



UNIVERSIDADE ESTADUAL DO NORTE DO PARANÁ

Credenciada pelo Decreto Estadual n.º 3.909, publicado no D.O.E. n.º 7.861, de 1.º-12-2008

CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS

CAMPUS DE JACAREZINHO

PROGRAMA DE MESTRADO EM CIÊNCIA JURÍDICA

Recomendado pela Portaria do MEC nº 524, de 29 de abril de 2008

**FUNDAMENTAÇÃO PRINCIPOLÓGICA DO DIREITO PENAL
ECONÔMICO: UM DEBATE SOBRE A AUTONOMIA CIENTÍFICA
DA TUTELA PENAL NA SEARA ECONÔMICA**

FUNÇÃO POLÍTICA DO DIREITO

DÉCIO FRANCO DAVID

JACAREZINHO (PR)

2014



UNIVERSIDADE ESTADUAL DO NORTE DO PARANÁ

Credenciada pelo Decreto Estadual n.º 3.909, publicado no D.O.E. n.º 7.861, de 1.º-12-2008

CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS

CAMPUS DE JACAREZINHO

PROGRAMA DE MESTRADO EM CIÊNCIA JURÍDICA

Recomendado pela Portaria do MEC nº 524, de 29 de abril de 2008

**FUNDAMENTAÇÃO PRINCIPOLÓGICA DO DIREITO PENAL
ECONÔMICO: UM DEBATE SOBRE A AUTONOMIA CIENTÍFICA
DA TUTELA PENAL NA SEARA ECONÔMICA**

FUNÇÃO POLÍTICA DO DIREITO

DÉCIO FRANCO DAVID

Dissertação submetida como requisito parcial para obtenção do grau de **Mestre em Ciências Jurídicas**, no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciências Jurídicas, Área de Concentração em “Teorias da Justiça: Justiça e Exclusão”, da Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP.

Orientador: Prof. Doutor Valter Foletto Santin

**JACAREZINHO (PR)
2014**

David, Décio Franco, 1985 -
fundamentação principiológica do direito penal econômico: um debate
sobre a autonomia científica da tutela penal na seara econômica /
Décio Franco David, 2014.
263f.

Orientador: Prof. Dr. Valter Foletto Santin.
Dissertação (mestrado) – Universidade Estadual do Norte do Paraná
(UENP), Centro de Ciências Sociais Aplicadas (CCSA), *Campus*
Jacarezinho.
Bibliografia: f. 234-263.

1 Direitos Penal Econômico. 2 Princípios de Direito Penal. 3 Modernização
e Expansão. 4 Modalidades de atuação isonômica no sistema penal
I Universidade Estadual do Norte do Paraná. Centro de Ciências Sociais
Aplicadas. II. Título.

CDU-343.33

DÉCIO FRANCO DAVID

**FUNDAMENTAÇÃO PRINCÍPIOLÓGICA DO DIREITO PENAL ECONÔMICO:
UM DEBATE SOBRE A AUTONOMIA CIENTÍFICA DA TUTELA PENAL NA
SEARA ECONÔMICA**

Essa dissertação foi julgada adequada para obtenção do título de Mestre em Direito e aprovada na sua forma final pela Coordenação do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica do Centro de Ciências Sociais Aplicadas do Campus de Jacarezinho da Universidade Estadual do Norte do Paraná, na área: Justiça e Exclusão; linha de pesquisa: Estado e responsabilidade: questões críticas.

BANCA EXAMINADORA

Presidente: Prof. Dr. Valter Foletto Santin

Membro Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa

Membro Prof. Dr. Paulo César Busato

Coordenador: Prof. Dr. Vladimir Brega Filho

Jacarezinho, 25 de janeiro de 2014.

*Para Larissa, amada noiva e fonte de inspiraça3o,
por acreditar em meus sonhos.*

A obtenção do título de mestre significa o encerramento da primeira grande jornada de um pesquisador. Inevitável não recordar de todas as pessoas que contribuíram para que este sonho fosse realizado, principalmente por todos os momentos em que o estudo exigiu que me isolasse do convívio de pessoas tão caras a mim.

Primeiramente, agradeço a Deus e à minha Divina Mãe por me agraciarem com toda a segurança e proteção ao longo das inúmeras viagens à cidade de Jacarezinho.

Agradeço meu querido orientador, professor Valter Foleto Santin, por ter aceitado a tarefa de me guiar neste trabalho. Principalmente pelos momentos em que lhe exigi paciência e ajuda, bem como pelos momentos em que exerceu cobrança e demonstrou compreensão. Acredito que o maior fruto deste trabalho seja o grande elo de confiança criado em nossa amizade.

A toda minha família, pelo amor, carinho e apoio incondicional, sem os quais seria impossível qualquer uma das conquistas de minha vida. Agradeço por me darem os instrumentos necessários para o desbastar da pedra bruta. Em especial, agradeço à minha mãe Laurici, a meu pai Cláudio e aos meus pais por adoção, Valdir e Carmen. Muito obrigado por todo o sacrifício e dificuldades vencidas em razão deste objetivo.

À minha amada noiva Larissa, agradeço por toda palavra de incentivo, por todos os gestos e sorrisos nos momentos de dificuldades, por todo amor que a mim demonstra e principalmente por compartilhar de meus sonhos e ideias. Sem você, nenhuma conquista teria o doce sabor da vitória. Desculpo-me por todos os momentos de ausência, os quais foram por mim sentidos de maneira profunda.

Agradeço a todos os professores do programa de Mestrado em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná por acreditarem na capacidade de seus alunos, estimulando-os a todo o momento. Em especial, um agradecimento ao Prof. Dr. Gilberto Giacoia, grande mestre e incentivador de todos os alunos deste curso. Seu sonho tornou-se nosso!

Agradeço aos professores Vladimir Brega Filho e Ilton Garcia da Costa pelas correções, sugestões e indicações bibliográficas realizadas na banca de qualificação e também pela gentil amizade de ambos. Aqui, deixo minha homenagem ao prof. Vladimir por toda a sua dedicação e esforço na coordenação deste programa de mestrado. Seu trabalho é exemplo para todos os alunos desta faculdade.

Agradeço em especial à Natalina, secretária do programa de mestrado, exemplo de pessoa humana, por toda ajuda, atenção, carinho e amizade.

Ao professor Paulo César Busato, exemplo de pesquisador, professor e profissional, o grande responsável pela minha iniciação no Direito Penal. Pessoa maravilhosa com quem aprendo a cada conversa e que espero um dia poder retribuir, de alguma forma, todo incentivo e ajuda que sempre despendeu a mim. Na sua pessoa, agradeço a todos os membros do Grupo Modernas Tendências do Sistema Criminal por acreditarem que um Direito Penal Democrático é possível.

Ao professor João Irineu de Resende Miranda, primeiro orientador de minha vida acadêmica, amigo e grande incentivador de meus projetos.

Agradeço às Faculdades Integradas de Itararé – FAFIT –, nas pessoas Edson Makoto Ueno e Cláudia Colla Ribas, por terem acreditado no jovem e inexperiente professor que tentava uma vaga como docente no curso de Direito no final do já longínquo ano de 2009. Agradeço, ainda, pela bolsa que me fora concedida durante o tempo em que estive vinculado à instituição.

Ao Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM – por toda a contribuição ao estudo do Direito Penal em nosso país e principalmente por fornecer o espaço e o material bibliográfico fundamentais ao desenvolvimento desta pesquisa.

Por fim, agradeço a todos os meus estimados colegas de mestrado, em especial aos amigos Marcelo e Edilson e ao meu querido amigo, irmão de todas as horas, Guilherme.

“(...) a insistência na completitude dos conceitos sobre justiça para toda escolha possível não só é um inimigo da ação social prática, como também pode refletir um certo equívoco sobre a natureza da própria justiça. (...) O uso excessivo do conceito de justiça acaba por reduzir a força da idéia quando aplicada às terríveis privações e desigualdades que caracterizam o mundo em que vivemos. A justiça é como um canhão, e não precisa ser disparada para matar um mosquito”

– Amartya Sen –

A aprovação do presente trabalho não significará o endosso do conteúdo por parte do Professor Orientador, Coorientador, da Banca Examinadora, ou da Universidade Estadual do Norte do Paraná à ideologia que o fundamenta ou que nele é exposta.

DAVID, Décio Franco. Fundamentação principiológica do direito penal econômico: um debate sobre a autonomia científica da tutela penal na seara econômica. Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Ciência Jurídica – Área de Concentração: Teorias da Justiça: Justiça e Exclusão, linha de pesquisa: Função Política do Direito– da Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP: Jacarezinho, 2014.

RESUMO

A presente dissertação de mestrado tem por objeto o estudo acerca da autonomização do Direito Penal Econômico frente ao Direito Penal tradicional. O tema está inserido na Área de concentração do programa (Teorias da Justiça e Exclusão), adotando-se a Linha de Pesquisa “Função Política do Direito”, por meio da qual se buscou a compreensão do problema apresentado tendo como respaldo, em todo o desenvolvimento do trabalho, o reconhecimento de que o Direito Penal não pode estruturar diferentes tratamentos a certos grupos ou classes. O presente estudo objetiva contribuir para a formação de um pensamento crítico voltado aos ideais humanistas do Direito Penal, refratário de qualquer postura que proporcione a flexibilização das garantias historicamente conquistadas. Para a confecção desta dissertação foi realizado levantamento bibliográfico, normativo e jurisprudencial. A pesquisa permeia não apenas os assuntos de dogmática penal, mas essencialmente os elementos estruturais da teoria geral do Direito Penal, especialmente no pertinente à adoção de uma adequada política criminal. A escolha da política criminal está estreitamente vinculada à cadeia hierárquica dos direitos da pessoa humana, vinculação esta imbricada à rejeição da institucionalização de instrumentos seletivos e segregadores de natureza penal. Por tal razão, é estudado o fenômeno da modernização e expansão do Direito Penal, delimitando-se a opção por uma perspectiva distinta (migração). Além disso, ao se estruturar as bases iniciais da pesquisa, foi verificado que a relação entre Direito e Economia esta é delimitada por um modelo de interação. Em sua estrutura formal, o trabalho é dividido em três capítulos. No primeiro é apresentada a estruturação do discurso capitalista e sua importância para a formação das relações jurídicas estatais, concluindo-se com o problema dos mandados de criminalização e a necessidade de intervenção estatal na esfera econômica como forma de garantir o direito ao desenvolvimento. No segundo capítulo, é analisada a formação do Direito Penal Econômico e se este constitui um verdadeiro ramo autônomo do Direito Penal, posicionando-se pelo não reconhecimento desta autonomia, motivo pelo qual se busca estabelecer uma reestruturação das bases principiológicas do Direito Penal na seara econômica, possibilitando-se um sistema harmonizado, condizente com uma política criminal garantista de liberdade, cujo cerne é a pessoa humana. No último capítulo, são apresentados os princípios formadores do Direito Penal e como eles sofrem a influência das modificações socioeconômicas. Optou-se por delimitar o Direito Penal em seis princípios basilares: legalidade, humanidade, ofensividade, intervenção mínima, culpabilidade e proporcionalidade, demonstrando como eles devem atuar para evitar a flexibilização de garantias na atuação penal econômica e de empresa. Por fim, o trabalho conclui que o Direito Penal Econômico não possui os elementos capazes de lhe auferir

autonomia científica (método, objeto e princípios), razão pela qual deve ser orientado pelos princípios estruturais e garantias do Direito Penal clássico a fim de se evitar um tratamento desigual entre indivíduos com capacidades econômicas distintas, o que aumentaria as consequências devastadoras da exclusão social.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Penal Econômico – Princípios de Direito Penal – Modernização e Expansão – Modalidades de atuação isonômica no sistema penal

DAVID, Décio Franco. Principiologic estruturation of Economic Criminal Law: a debate about the scientific autonomy of the criminal protectorship in the economics area. Dissertation submitted to the Masters Degree Program in Law – Concentration Area: Theories of Justice: Justice and Exclusion, research line: Law's Politic Function – of Northern Paraná State University: Jacarezinho, 2014.

ABSTRACT

This research is the work produced to obtain de title of Master (Dissertation). The objective of this research is study the process of autonomy rolled by Economic Criminal Law in confront of traditional Criminal Law. the subject is contained in the proven area of concentration in the program (Theories of Justice and Exclusion), inserting in the Research Line “Function Policy Law”, through which we sought to understand the problem presented as having support for all the development work the recognition that the criminal law can not contribute to different treatments to certain groups or classes. This study aims to contribute to the formation of a critical thinking back to humanistic ideas of the Criminal Law, refractory any approach that provides the flexibility guarantees historically conquered. To realize the work it was used bibliographic, normative and jurisprudential research. This study analyses not the traditional dogmatic subjects of Criminal Law, but even the mechanisms of Criminal Politic. The choice of the Criminal Politic is linked to the hierarchical chain of human rights, link with the rejection of the institutionalization the selective and disregard tools of Criminal Law. For this reason, the phenomenon of modernization and expansion of the Criminal Law is studied, limiting the option for a different perspective (migration). Furthermore, by structuring the initial basis of the research, it was found that the relationship between law and economics is bounded by an interaction model. In its formal structure, the work is divided into three chapters. In the first chapter is presented the structuring of capitalist discourse and its importance for the formation of the state legal relations, concluding with the issue of warrants criminalization and the need for state intervention in the economic sphere as the first way to ensure the right to development. The second chapter analyzes the formation of the Economic Criminal Law and if this is a real autonomous branch of the Criminal Law, positioning themselves not to recognize this autonomy, reason for the seeks to establish a restructuring of principiologicas bases of criminal law in the economic area, enabling a harmonized system, consistent with a safeguard criminal policy of freedom, whose core is the human person. The last chapter presents the principles of criminal law makers and how they are influenced by the socioeconomic changes. It has been chosen to define the criminal law in six basic principles: legality, humanity, offensiveness, minimal culpability and proportionality intervention, demonstrating how they should act to prevent the loosening of collateral in criminal economic activities and enterprise. Finally, the paper concludes that the Economic Criminal Law does not have the specifics elements able to earn academic autonomy (method, object and principles) Finally, the paper concludes that the Economic Criminal Law does not have the elements you are able to earn academic autonomy (method, object and principles), reason why it should be guided by the structural principles and

guarantees of classical Criminal Law in order to avoid unequal treatment among individuals with different economic capabilities, which would increase the devastating consequences of social exclusion.

KEY-WORDS: Economic Criminal Law - Principles of Criminal Law - Modernization and Expansion - Modes of Isonomic action in the penal system

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	14
1. A RELAÇÃO ENTRE DIREITO E ECONOMIA E O MODELO DE ESTADO	16
1.1 Direito e Economia	16
1.2 Relação entre Direito e Economia: causação ou integração?	18
1.2.1 Relação de Causação	19
1.2.2 Relação de Integração	21
1.2.3 Relação de Interação	23
1.2.4 Análise Econômica do Direito	24
1.2.5 Posição adotada	27
1.3 Estado, Capitalismo e Sociedade	28
1.4 Sociedade de Risco e Globalização	42
1.5 A economia no texto constitucional e o embate dos mandados de criminalização	49
1.5.1 O reconhecimento dos mandados de criminalização existentes no texto constitucional	53
1.5.2 A negação da existência dos mandados de criminalização no corpo constitucional	56
1.5.3 O Direito ao desenvolvimento como fundamento da intervenção penal na esfera econômica	58
2 O DIREITO PENAL ECONÔMICO	64
2.1. Formação Histórica	64
2.2 Análise Criminológica	71
2.3 Contemporaneidade	84
2.4 Conceito de Direito Penal Econômico	89
2.4.1 Conceito Restrito	93
2.4.2 Conceito Amplo	96
2.5 A autonomia científica do Direito Penal Econômico	102
2.5.1 O Direito Penal Econômico como disciplina autônoma	106
2.5.2 O Direito Penal Econômico como área específica de incriminação dentro do ramo do Direito Penal – ausência de autonomia	123

2.6 Alternativas de tratamento em busca da superação do problema da autonomia do Direito Penal Econômico: O Direito de Intervenção e o Direito Penal de Velocidades	131
2.6.1 Postura Minimalista: O Direito de Intervenção	131
2.6.2 Expansionismo Discricionário: Direito Penal de Velocidades	137
2.7. Conclusões Preliminares	141
3 MATERIALIZAÇÃO DO PROBLEMA: AGRESSÕES ÀS GARANTIAS PENAIS .	145
3.1 As fontes do Direito Penal.....	145
3.1.1 Fontes Materiais	146
3.1.2 Fontes Formais	152
3.2 Princípios formadores do Direito Penal.....	153
3.2.1 Princípio da Legalidade	158
3.2.2 Princípio da Humanidade.....	185
3.2.3 Princípio da Ofensividade	192
3.2.4 Princípio da Intervenção Mínima.....	199
3.2.5 Princípio da Culpabilidade	208
3.2.6 Princípio da Proporcionalidade	221
3.3 Aportes conclusivos	225
CONCLUSÕES	228
BIBLIOGRAFIA	234

INTRODUÇÃO

O campo jurídico que mais sofre com as evoluções sociais é o Direito Penal. O evoluir econômico e social exige um respaldo do ordenamento jurídico, o qual usa seu leque de instrumentos, com uma especial preferência pelo mecanismo penal.

O contexto da sociedade de risco globalizada exige um tratamento diferenciado do Direito Penal. Nesse sentido, ganha reforço a ideia de que o Direito Penal Econômico estaria rompendo com o paradigma do Direito Penal clássico, superando-o no objeto, método e princípios. O discurso político criminal seria o aporte que fundamentaria as técnicas e instrumentos estatais para o rompimento de tal paradigma.

Assim, o presente estudo tem por objeto resolver a seguinte indagação: “o Direito Penal Econômico pertence ao sistema do Direito Penal ou representa uma nova área autônoma do Direito?”. Para obtenção de tal resposta, foi realizada pesquisa bibliográfica, legislativa e jurisprudencial. O trabalho foi dividido em três capítulos.

No primeiro capítulo é exposta a relação entre Direito e Economia e como tal relação desenvolve e atua no modelo de Estado. É analisado, ainda, o contexto da atual sociedade de risco e os efeitos da globalização, bem como o papel desempenhado pelo capitalismo nessa conjectura. Além disso, é debatida, neste primeiro capítulo, a existência de ordens constitucionais de incriminação sobre a seara econômica.

O segundo capítulo inicia com a estruturação histórica do Direito Penal Econômico e sua fundamentação criminológica. É também realizada uma exposição acerca dos diferentes aportes conceituais que podem incidir sobre o Direito Penal Econômico e os crimes do colarinho branco. Nesse contexto, busca-se apurar a existência de uma autonomia científica do Direito Penal Econômico, sendo que a aceitação de tal premissa ou sua recusa é estruturada no processo de expansão e modernização do Direito Penal.

Após responder a indagação que objetivou o presente estudo, passou-se à averiguação dos efeitos do Direito Penal Econômico em uma esfera principiológica. Portanto, o terceiro capítulo tem por objetivo analisar as fontes do Direito Penal, motivo pelo qual são apresentadas as fontes formais e materiais de acordo com a classificação tradicional, dando-se maior enfoque aos princípios formadores do

Direito Penal, os quais são os verdadeiros delimitadores estruturais de toda a ciência penal. Por fim, são expostas as conclusões do trabalho.

Desde já, justifica-se a presente pesquisa em razão do atual momento ser um período de transição entre o Direito Penal clássico e vertentes defensoras de uma modernização do Direito Penal. A escolha da política criminal está estreitamente vinculada à cadeia hierárquica dos direitos da pessoa humana, vinculação esta imbricada à rejeição da institucionalização de instrumentos seletivos e segregadores de natureza penal. Por tal razão, o tema está comprovadamente contido na área de concentração do programa (Teorias da Justiça e Exclusão), optando-se pela Linha de Pesquisa “Função Política do Direito”, a qual melhor proporciona o estudo do fenômeno de modernização/expansão do Direito Penal e seus efeitos sobre as garantias penais.

Em síntese, pode-se afirmar que o presente estudo almeja contribuir para a formação de um pensamento crítico voltado aos ideais humanistas do Direito Penal, refratário de qualquer postura que proporcione a flexibilização das garantias historicamente conquistadas. Afinal, já que o Direito Penal remonta ser irrenunciável, é imprescindível que exista condicionado e limitado por uma estrutura principiológica garantista voltada à liberdade da pessoa humana.

1. A RELAÇÃO ENTRE DIREITO E ECONOMIA E O MODELO DE ESTADO

O modo estatal de atuar sobre a economia está imbricado à estruturação jurídica adotada pelo próprio Estado. Assim, verifica-se que a relação entre o Direito e a Economia sofre e produz efeitos diretos perante o modelo de Estado adotado por determinada sociedade. Por tal razão, é necessário verificar como ocorre a formalização desta vinculação entre estas duas áreas do conhecimento e como estão ligadas ao modelo estatal e seus mecanismos de atuação sobre a coletividade.

1.1 Direito e Economia

Pode-se dizer que uma das tarefas mais intensas de se realizar em qualquer pesquisa é a adoção de conceitos que sejam aceitos como irrefutáveis. Aparentemente, poder-se-ia pensar que a tarefa profícua de qualquer pesquisa seja questionar as verdades tidas como absolutas. Talvez, seja sobre tal idealismo que resida a dificuldade de se aceitar um conceito único e inquestionável do que venha a ser o Direito. Esta dificuldade não é característica exclusiva do Direito, o mesmo ocorre com a Economia.

Certamente, apenas a delimitação conceitual destes dois grandes ramos seriam temas autônomos para o desenvolvimento de uma dissertação na área da Teoria Geral do Direito. Assim, desde já, destaca-se que não é a missão da presente pesquisa apontar conceitos absolutos para, então, desenvolver o problema essencial traçado no objetivo geral do projeto.

Especificamente no tocante ao conceito de Direito, José Cretela Júnior afirma ser tarefa árdua, quase impossível¹. Contudo, destaca ser possível apurar as características essenciais que formalizam o Direito enquanto sistema, tais como normatividade, imperatividade, coercibilidade, sistematização, etc². Direcionando o conceito de Direito sobre a sociedade, José Dias Marques, afirma que o Direito constitui “a disciplina jurídica da comunidade estatal”³.

¹ CRETELA JÚNIOR, José. **Primeiras Lições de Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 86 e ss.

² CRETELA JÚNIOR, José. *Op. cit.*, p. 88 e ss.

³ MARQUES, José Dias. **Introdução ao Estudo do Direito**. Lisboa: Centro de estudos de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1972, p. 34.

O pensamento do professor português se pauta na concepção de que o que caracteriza a ordenação jurídica é a possibilidade desta garantir o cumprimento das normas que disciplinam a atividade dos membros da coletividade em razão dos fins sociais que fundamentam essa mesma sociedade⁴. Nesse sentido, explica que são possíveis dois conceitos de Direito: um lato e um restrito. O conceito lato entende o Direito como as “normas tuteladas por quaisquer meios, contanto que organizados”⁵. Por outro lado, o conceito restrito considera o Direito formado pelas “normas tuteladas por meios que culminam no emprego organizado e monopolizado da força física”⁶.

Notadamente, verifica-se o acerto do professor português quando do conceito de Direito em sentido restrito, posto ser este o que melhor exemplifica a relação entre o Direito e a comunidade estatal.

Do mesmo modo, ao se falar em Economia, pode-se afirmar que ela constitui a “ciência que trata dos atos e fenômenos econômicos traduzidos em relações constantes, que representam as leis econômicas. Tem como objeto a atividade econômica exercida pelo homem de forma associativa”⁷. Assim, por envolver aspectos de comportamento humano, a Economia se integra ao grande ramo das Ciências Sociais⁸. Por tal motivo, verifica-se que a economia não é algo fechado em si mesmo. Afinal, tal qual o Direito, as implicações econômicas incidem sobre todos os demais aspectos do viver em sociedade.

Nesse sentido, afirma José Paschoal Rossetti que a Economia se ocupa do “estudo das leis sociais que regulam a produção e a distribuição dos meios materiais destinados a satisfazer às necessidades humanas”⁹.

Por sua vez, Paul Wonnacott e Ronald Wonnacott entendem que a Economia se apresenta como o “estudo de como as pessoas ganham a vida, adquirem alimentos, casa roupa e outros bens, sejam eles necessários ou de luxo”¹⁰. Para os dois autores, a Economia analisa “os problemas enfrentados pelas pessoas e as maneiras pelas quais esses problemas podem ser contornados”¹¹. Assim,

⁴ MARQUES, José Dias. *Op. cit.*, p. 32.

⁵ MARQUES, José Dias. *Op. cit.*, p. 35.

⁶ MARQUES, José Dias. *Op. cit.*, p. 35.

⁷ GASTALDI, José Petrelli. **Elementos de Economia Política**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 3.

⁸ ROSSETTI, José Paschoal. **Introdução à Economia**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 30.

⁹ ROSSETTI, José Paschoal. *Op. cit.*, p. 49

¹⁰ WONNACOTT, Paul; WONNACOTT, Ronald. **Economia**. 2. ed. São Paulo: Makron Books, 2004, p. 3.

¹¹ WONNACOTT, Paul; WONNACOTT, Ronald. *Loc. cit.*

entendem que a Economia é um estudo de políticas, tendo como objetivo final a formulação de políticas para resolver os problemas econômicos da sociedade¹².

Nesse sentido, afirmou Celso Furtado que o fenômeno econômico “não pode ser captado fora de seu contexto e que para situá-lo nesse contexto são necessários juízos de valor que pressupõem a aceitação de princípios”¹³ básicos de convivência social.

Logo, tanto o Direito quanto a Economia atuam sobre a sociedade e seus valores. Os momentos históricos, os anseios populares e a exigência das relações da sociedade civil acabam sendo fatores que influenciam e recebem influência dessas duas áreas do saber.

No entanto, isso não é suficiente para estabelecer a relação entre Direito e Economia, fazendo-se necessário apurar de forma mais detalhada como se desenvolve esse processo.

1.2 Relação entre Direito e Economia: causação ou integração?

As relações entre Direito e Economia sempre foram muito próximas, pois verifica-se que, em regra, as normas jurídicas estão vinculadas aos problemas econômicos incidentes sobre determinado período histórico. Isto é, o Direito acompanha as mudanças do próprio mercado, do mesmo modo que o mercado acompanha as mudanças do Direito¹⁴.

Nesse sentido, verifica-se que a seleção dos objetos de tutela das normas jurídicas sempre está intimamente relacionada com os valores de interesse da coletividade incidente sobre todo o grupo social ou sobre poucos, ou um único, indivíduos.

¹² WONNACOTT, Paul; WONNACOTT, Ronald. *Op. cit.*, p. 6-7.

¹³ FURTADO, Celso. Da objetividade do economista. *In: Subdesenvolvimento e Estado Democrático*. Recife: Condepe, 1962. Disponível em: <http://www.centrocelsofurtado.org.br/arquivos/image/201108311215480.da_objetividade_do_economista.pdf>. Acesso em: 10 out. 2013.

¹⁴ Essa reciprocidade é verificável por meio de inúmeras medidas normativas e econômicas adotadas pelo Estado em todas as suas esferas de governo. Imagine-se um incentivo fiscal para que uma empresa venha a estabelecer sua sede em determinada localidade, a finalidade econômica e social serve de *ratio essendi* da construção normativa. Do mesmo modo, um Programa de Recuperação Fiscal (REFIS) visa o pagamento dos débitos tributários, sendo a norma jurídica que proporcionará a realização econômica pretendida.

A relação entre Direito e Economia pode se estruturar de quatro formas: a) relação de causalção; b) relação de integração (posição de Rudolf Stammler; c) relação de interação (posição intermediária)¹⁵; e d) relação da análise econômica do Direito (*Law and Economics*)¹⁶.

1.2.1 Relação de Causalção

A primeira forma (relação de causalção) é baseada no materialismo histórico e dialético, de Karl Marx¹⁷. De acordo com tal pensador, o Direito se constitui como uma superestrutura ideológica, condicionado pela infraestrutura econômica¹⁸. Isto é, o “conjunto das forças de produção consistiria, pois, a base econômica em que assenta a superestrutura jurídica e política à qual correspondem certas formas de consciência social”¹⁹. Em outras palavras, a forma de produção da vida material determina o condicionamento absoluto do viver social em todas as suas esferas. Desta forma, Direito e Economia estariam “vinculados numa relação de causa e efeito de forma que toda e qualquer alteração ou transformação no sistema econômico reflete-se sobre o sistema jurídico que deve necessariamente adaptar-se às novas circunstâncias econômicas”²⁰. Esta perspectiva, de cunho marxista, defende que “toda manifestação espiritual do homem seria tão-somente “epifenômenos” do material”²¹.

Consequentemente, toda produção “cultural, inclusive a formação de Estados e de ordens jurídicas, seria a superestrutura”²², a qual dependeria de uma base econômica social definida pelas condições de vida de uma pessoa, alcançadas por meio do desenvolvimento histórico da sociedade em que esta pessoa esteja inserida²³. Em síntese, para Marx, o Direito é “dependente das condições

¹⁵ BALDAN, Édson Luís. **Fundamentos do Direito Penal Econômico**. Curitiba: Juruá, 2005, p. 30-34; SILVA, Ivan Luiz da. **Direito Penal Econômico e Teoria da Adequação Econômica da Conduta**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 55-58.

¹⁶ SILVA, Ivan Luiz da. *Op. cit.*, p. 58-60.

¹⁷ BALDAN, Édson Luís. *Op. cit.*, p. 31.

¹⁸ REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 21.

¹⁹ BALDAN, Édson Luís. *Op. cit.*, p. 31.

²⁰ BALDAN, Édson Luís. *Op. cit.*, p. 31.

²¹ HORN, Norbert. **Introdução à Ciência do Direito e à Filosofia Jurídica**. trad. Elisete Antoniuk. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005, p. 305.

²² HORN, Norbert. *Op. cit.*, p. 305.

²³ HORN, Norbert. *Op. cit.*, p. 305.

econômicas da respectiva sociedade e é acionado como instrumento da classe dominante para fortalecimento de sua situação e defesa de seus privilégios”²⁴.

Contudo, verifica-se ao longo da obra de Karl Marx uma evolução da forma de identificar o uso do Direito. Wayne Morrison explica que em seus primeiros escritos, Marx “acredita que o direito é uma grande força progressiva”²⁵. Já em sua fase de maturidade Marx apresenta duas funções ao Direito. A primeira função é servir como instrumentalismo de classe, na qual o Direito é “um instrumento para a opressão das classes sociais mais baixas”²⁶. Na segunda função, o Direito deve servir ao determinismo econômico, constituindo-se como “um fenômeno produzido e reproduzido pelas forças mais importantes que impulsionam as transformações sociopolíticas e culturais numa sociedade (para Marx, o modo de produção econômica)”²⁷.

Assim, Marx defendeu que a ordem jurídica se estrutura nas relações de propriedade existentes entre os indivíduos e suas classes. Logo, a “expressão coerciva de um Estado constituído por tal condição – comandos, regras, injunções, decretos administrativos, não pode ser outra além da vontade da classe dominante elevada à condição de direito”²⁸, motivo pelo qual seu conteúdo consistirá na preservação das “condições de funcionamento em vigência no sistema econômico”²⁹.

²⁴ HORN, Norbert. *Op. cit.*, p. 309. No mesmo sentido, pode-se afirmar que para Marx, “Estado e Direito estariam destinados ao desmonte progressivo, uma vez que não subsistiriam após a ditadura do proletariado. O destronamento da superestrutura, por sua própria autocontradição interna, só poderia gerar a necessária superação das cristalizadas diferenças sociais. O direito não é nem instrumento para a realização da justiça, nem a emanção da vontade do porco (volkgeist), nem a mera vontade do legislador, mas uma superestrutura ideológica a serviço das classes dominantes. A ordem instaurada pela regra jurídica é a causa de manutenção das distorções político-econômicas, que estão na base das desigualdades sociais e da exploração do proletariado” (BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de Filosofia do Direito**. 9. ed. São Paulo, Saraiva, 2011, p. 376-377). Tal conclusão está claramente expressa nos ideais apresentados por Marx e Engels: “A cultura, cuja perda o burguês deplora, é, para a imensa maioria dos homens, apenas um adestramento que os transforma em máquinas. Mas não discutais conosco enquanto aplicardes à abolição da propriedade burguesa o critério de vossas noções burguesas de liberdade, cultura, direito, etc. Vossas próprias idéias decorrem do regime burguês de produção e de propriedade burguesa, assim como vosso direito não passa da vontade de vossa classe erigida em lei, vontade cujo conteúdo é determinado pelas condições materiais de vossa existência como classe” (MARX, Karl Heinrich; ENGELS, Friedrich. **Manifesto do Partido Comunista**, p. 10-11. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cv000042.pdf>>. Acesso em: 20 mai. 2013).

²⁵ MORRISON, Wayne. **Filosofia do Direito: dos gregos ao pós-modernismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 298.

²⁶ MORRISON, Wayne. *Op. cit.*, p. 299.

²⁷ MORRISON, Wayne. *Op. cit.*, p. 299.

²⁸ MORRISON, Wayne. *Op. cit.*, p. 313.

²⁹ MORRISON, Wayne. *Op. cit.*, p. 313.

Sob tal postura, o “Estado e o poder público são reflexos de interesses econômicos”³⁰ que possibilitam a manutenção do Direito enquanto instrumento apto à dominação de um grupo sobre o outro. Para Marx, essa situação seria superada após a instalação e desmantelamento da ditadura do proletariado³¹.

1.2.2 Relação de Integração

Para segunda forma, proposta por Rudolf Stammler, o jurídico e o econômico são uma única coisa, isto é, “ao invés de se repelirem, completam-se, formando único e monolítico bloco”³². Para Stammler, o Direito é a forma da existência social humana³³, ou seja, a ciência do Direito é a “investigação sistemática de fundo de um ordenamento jurídico puramente em seu aspecto formal”³⁴. Segundo o autor, a “evolução dos fenômenos econômicos é o que, com toda certeza, determina o caminho dos desenvolvimentos futuros do ordenamento jurídico”³⁵.

Além disso, destaca que não há possibilidade de existir uma norma jurídica de conteúdo material absoluto, pois a norma jurídica não consegue se autoafirmar originariamente como o próprio conteúdo contido em si mesmo³⁶. Deste modo, não seria exato

conceber a relação entre o ordenamento jurídico e a Economia social sob um viés de influência causal, colocando esta influência sob a relação de causa e efeito. Pois isto pressuporia que ambos os fatores, Economia e Direito, gozassem de uma existência independente de como dois objetos distintos, coisa que em modo algum ocorre, pois, na realidade, o

³⁰ MORRISON, Wayne. *Op. cit.*, p. 315.

³¹ “Ainda há o Estado e ainda há Direito enquanto uma classe mantiver-se no poder. Durante a própria instalação da ditadura do proletariado, ainda que transitória, ainda há Direito. Após a ditadura do proletariado, e o gradativo desmantelamento das estruturas jurídicas e burocráticas, passará a vigor uma situação comunista em que o Direito é algo dispensável, em face da própria igualdade de todos e da própria comunhão de tudo. Abolida a divisão de classes sociais, o Estado desaparece, porque é mera expressão da dominação de uma classe sobre a outra” (BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. *Op. cit.*, p. 377).

³² BALDAN, Édson Luís. *Op. cit.*, p. 33.

³³ STAMMLER, Rudolf. **Economia y Derecho** según la concepción materialista de la historia – Una investigación filosófico social. Madrid: Editora Reus, 1929, p. 169.

³⁴ STAMMLER, Rudolf. *Op. cit.*, p. 169.

³⁵ STAMMLER, Rudolf. *Op. cit.*, p. 158.

³⁶ STAMMLER, Rudolf. *Op. cit.*, p. 165.

investigador social só pode ver aqui dois elementos, necessariamente vinculados, de um único objeto³⁷.

Para Stammler, o Direito não possui uma existência e substantividade (materialidade) própria diante da convivência social sobre a qual atue de um modo determinado. Eis que toda norma jurídica leva sempre consigo uma regulação da Economia social sobre a qual recai. Consequentemente, não há um único preceito jurídico que não apareça como contendo uma determinada regulação de cooperação social humana. Afinal, o Direito não é como um vestido sobreposto ou como uma casa, na qual se entra para morar e se abandona quando seja conveniente³⁸.

Afirma Stammler que não teria sentido visualizar o Direito como algo com existência própria externa à economia social: o querer jurídico só terá uma significação se for entendido como regulação de uma cooperação humana que, deste modo, passa a ser social. Para o autor, toda norma jurídica entranha em seu conteúdo, de per si, uma determinada regulação da convivência humana. E todas estas normas juntas, agrupadas para formar a unidade de um ordenamento jurídico determinado, constituem a regulação conjunta de uma economia social; porém, sem gozar de uma existência própria a influenciar externamente a Economia social regulamentada³⁹.

Desta forma, a categoria de causalidade não pode ser aplicada aqui de nenhum modo, pois “as regras jurídicas não representam senão o aspecto formal do objeto único de investigação científica, a vida social e somente podem se dar, por que se refere a este ponto de vista, unidas com a matéria regulada, a cooperação humana de que se trate”⁴⁰. Porém, adverte Stammler, “tampouco a Economia social é algo com existência própria e materializada sobre o que a regulação jurídica não tivesse influência.”⁴¹ Segundo o autor, isto ocorre porque ao conceito de Economia social só é possível se chegar se partir-se da noção de cooperação para satisfação das necessidades humanas⁴²:

A doutrina de Stammler se opõe a de Marx, uma vez que para aquele, a Economia é um conteúdo historicamente variável do Direito, porém não é a forma

³⁷ STAMMLER, Rudolf. *Op. cit.*, p. 202.

³⁸ STAMMLER, Rudolf. *Op. cit.*, p. 202.

³⁹ STAMMLER, Rudolf. *Op. cit.*, p. 203.

⁴⁰ STAMMLER, Rudolf. *Op. cit.*, p. 203.

⁴¹ STAMMLER, Rudolf. *Op. cit.*, p. 203.

⁴² STAMMLER, Rudolf. *Op. cit.*, p. 209.

ordenatória de tal conteúdo⁴³. Assim, “a forma do Direito condiciona logicamente a experiência que é fundamentalmente econômica. (...) A economia dá o conteúdo àquilo que é formalmente jurídico”⁴⁴. Em outras palavras, “qualquer consideração sobre os fenômenos econômicos se encontra sob as condições lógicas estabelecidas pelo Direito. Desse modo, Economia e Direito, são, respectivamente, matéria e forma dos fenômenos sociais”⁴⁵. Igualmente, destaca-se que para Stammler, o Direito não possui a característica empírica⁴⁶, portanto, desvincula-se do fenômeno histórico, o qual pertence, repete-se, unicamente, à economia⁴⁷.

1.2.3 Relação de Interação

A terceira forma apresentada, defendida por Miguel Reale, é chamada relação de interação ou posição intermediária. Esta vertente entende que “não há dominação nem do econômico sobre o jurídico e tampouco deste sobre aquele, pois ambos se interfluem”⁴⁸. Nesse sentido, denota-se que a relação entre Economia e Direito não ocorre de forma independente, motivo pelo qual não se pode conceber uma como formadora exclusiva da outra.

A relação entre Direito e Economia é de interação, não servindo um de “roupagem ideológica” ao outro⁴⁹. Isto ocorre por que essa interação entre as duas

⁴³ REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 340.

⁴⁴ REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**, p. 340.

⁴⁵ SILVA, Ivan Luiz da. *Op. cit.*, p. 57.

⁴⁶ REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**, p. 339.

⁴⁷ “A forma do Direito condiciona logicamente a experiência que é fundamentalmente econômica. Foi em obra célebre conhecida geralmente com o título abreviado de Direito e Economia, que Stammler sustentou ser o Direito uma forma universal da experiência social, que é de conteúdo econômico. A economia dá o conteúdo àquilo que é formalmente jurídico” (REALE, Miguel, **Filosofia do Direito**, p. 340). Afirma-se, ainda, que “Rudolf Stammler, um dos renovadores da Filosofia do Direito contemporânea, em obra célebre, publicada em fins do século passado, contrapunha-se ao materialismo histórico afirmando que, se o *conteúdo* dos atos humanos é econômico, a sua *forma* é necessariamente jurídica” (REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 21-22).

⁴⁸ BALDAN, Édson Luís. *Op. cit.*, p. 33.

⁴⁹ REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 21. Nas próprias palavras do autor: “Os próprios marxistas mais abertos à crítica já reconheceram o caráter unilateral dessa colocação do problema, a qual peca inclusive do vício lógico de conceber uma estrutura econômica anterior ao Direito e independente dele, quando, na realidade, o Direito está sempre presente, qualquer que seja a ordenação das forças econômica. Por outro lado, quando uma nova técnica de produção determina a substituição de uma estrutura jurídica por outra, a nova estrutura repercute, por sua vez, sobre a vida econômica, condicionando-a. Há, pois, entre Economia e Direito uma interação constante, não se podendo afirmar que a primeira cause o segundo, ou que o Direito seja mera “roupagem ideológica” de uma dada forma de produção”.

ciências, além de constante, é dialética, razão pela qual não pode ser reduzida a nexos causais, tampouco a análise de uma relação entre forma e conteúdo⁵⁰. É o desenvolvimento histórico que condiciona essa relação entre Direito e Economia, afinal “à medida que os processos de produção, os meios de utilização das forças naturais vão se modificando, operam-se mutações inevitáveis nos conceitos jurídicos”⁵¹.

1.2.4 Análise Econômica do Direito

A quarta forma de relação entre economia e direito se verifica com o movimento do *Law and Economics*, o qual surgiu nos Estados Unidos da América⁵², na década de 60, mais precisamente na universidade da cidade de Chicago, cuja faculdade de Economia possuía uma enorme tradição⁵³.

Verifica-se que os estudos que originaram esta perspectiva foram os trabalhos de Ronald Coase (*The Problem of Social Cost* – 1960), professor da Universidade de Chicago, Guido Calabresi (*Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts* – 1961), professor da universidade de Yale, e Gary Becker (*Crime and Punishment: an Economic Approach* – 1968), professor da Universidade de Chicago. No Brasil, os defensores dessa linha de pesquisa são Rachel Sztajn (*Notas de Análise Econômica: Contratos e Responsabilidade Civil* – 1998; co-organizadora da obra *Direito e Economia, Análise Econômica do Direito e das Organizações* – 2005), Décio Zylbersztajn (co-organizador da obra *Direito e Economia, Análise Econômica do Direito e das Organizações* – 2005), Clóvis do Couto e Silva (*A Ordem Jurídica e a Economia* – 1982) e Guiomar Estrella Faria (*Interpretação Econômica do Direito* – 1994)⁵⁴.

⁵⁰ REALE, Miguel, **Lições preliminares de Direito**, p. 21.

⁵¹ REALE, Miguel, **Filosofia do Direito**, p. 435.

⁵² De acordo com Armando Castelar Pinheiro e Jairo Saddi, este movimento é mais antigo e possui autores de diversas nacionalidades que se debruçaram sobre ele, tendo um maior destaque os de línguas inglesas (PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, Economia e Mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 84).

⁵³ BATTESINI, Eugênio; BALBINOTTO NETO, Giacomo, TIMM, Luciano Benetti. O movimento de Direito e Economia no Brasil (nota de introdução expositiva do tema). In: COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & Economia**. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 17-21.

⁵⁴ BATTESINI, Eugênio; BALBINOTTO NETO, Giacomo, TIMM, Luciano Benetti. *Op. cit.*, p. 17-21.

Esta abordagem possui enunciados que “olham o direito como um sistema que aloca incentivos e responsabilidades dentro do sistema econômico, e que pode, e deve, ser analisado à luz de critérios econômicos, como o da eficiência”⁵⁵. Assim, a eficiência ganha destaque nessa modalidade de abordagem, podendo ser compreendida sob duas conotações. Na primeira, segue a proposta de Pareto, na qual uma conduta será eficiente quando “a posição de A melhora sem prejuízo da de B”⁵⁶. Na segunda, segue o modelo de Kaldor-Hicks, segundo a qual uma atividade será eficiente se “o produto da vitória de A excede os prejuízos da derrota de B, aumentando, portanto, o excedente real”⁵⁷.

Além disso, essa corrente entende que o Direito “importa em custos de transação econômica positivos e significativos e que as instituições jurídicas refletem, significativamente, sobre o comportamento dos agentes econômicos”⁵⁸.

Nesse contexto, Eric Hadmann Jasper apresenta seis características para a Análise Econômica do Direito:

- (i) A AED atribui peso igual ao bem estar de todas as pessoas e foca no valor esperado e agregado de bem estar.
- (ii) Uma regra jurídica é desejável se é eficiente, ou seja, se a soma de bem estar gerado é maior que a soma dos custos.
- (iii) O critério padrão da AED para bem estar é a satisfação de preferências individuais e o dinheiro é, na maioria dos casos, o denominador comum da AED.
- (iv) O conteúdo das preferências individuais é irrelevante. A AED busca o pluralismo.
- (v) A análise custo/benefício é utilizada para resolver o problema de agregar preferências individuais de várias pessoas. A análise custo/benefício mede as preferências das pessoas com base na disposição que as pessoas têm de pagar por algum bem.
- (vi) A AED assume que seres humanos são maximizadores racionais de seus conjuntos estáveis de preferências individuais formadas pelo processamento de informações diversas.⁵⁹

Estas características demonstram que a economia é vista pela Análise Econômica do Direito como uma teoria que tenta descrever o comportamento humano ao mesmo tempo em que se constitui como um método de previsão e análise⁶⁰.

⁵⁵ PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Op. cit.*, p. 84.

⁵⁶ PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Op. cit.*, p. 88.

⁵⁷ PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Op. cit.*, p. 88.

⁵⁸ SILVA, Ivan Luiz da. *Op. cit.*, p. 58.

⁵⁹ JASPER, Eric Hadmann. Tema: Fundamentos filosóficos da Análise Econômica do Direito. *In: Revista Brasileira de Filosofia*, ano 61, n. 238, jan.-jul/2012, p. 250-251.

⁶⁰ JASPER, Eric Hadmann. *Op. cit.*, p. 239.

Para os dois principais autores dessa abordagem, Robert Cooter e Thomas Ulen, a economia proporciona “uma teoria científica para prever os efeitos das sanções legais sobre o comportamento. Para os economistas, as sanções se assemelham aos preços, e, presumivelmente, as pessoas reagem às sanções, em grande parte, da mesma maneira que reagem aos preços”⁶¹.

Nesse sentido, Ivo Teixeira Gico Junior afirma que quando é usado o termo “Análise Econômica do Direito” se está referindo à “aplicação do ferramental econômico justamente às circunstâncias a que normalmente não se associam questões econômicas”⁶². Assim, defende o autor que a *juseconomia* pode ajudar na interpretação da atividade criminosa, na verificação das razões pelas quais uma legislação será adotada ou rejeitada, bem como na concretização dos direitos fundamentais⁶³.

Ainda no pertinente à aplicação desta teoria à seara penal, Gustavo André Olsson e Luciano Benetti Tim, explicam que ela pode ocorrer sob dois modelos⁶⁴. O primeiro modelo, chamado Análise Econômica Comportamental do crime integra na “teoria racional tradicional estudos de psicologia, sociologia, antropologia e de outras disciplinas de forma a buscar compreender melhor o comportamento do criminoso atual”⁶⁵. Já o segundo modelo, denominado Análise Econômica do Comportamento Irracional, o qual utiliza como base teórica estudos de economia e de psicologia, objetiva compreender as frações de crimes e agentes criminosos que “não estavam abarcadas no modelo do comportamento racional, como os casos em que a racionalidade é limitada em razão das emoções, da impulsividade, da loucura, etc.”⁶⁶.

Outro autor desta vertente que também trata do Direito Penal é Richard A. Posner. Ao analisar a relação entre culpa e responsabilidade nas sociedades primitivas – dois institutos de natureza penal –, Posner demonstra como os

⁶¹ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Op. cit.*, p. 25.

⁶² GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. *In: Economic Analysis of Law Review* 1.1, 2010, p. 13. Disponível em: <http://works.bepress.com/ivo_teixeira_gico_junior/44>. Acesso em: 10 set. 2013.

⁶³ GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. *Op. cit.*, p. 13.

⁶⁴ OLSSON, Gustavo André; TIM, Luciano Benetti. Análise econômica do crime no Brasil. *In: BOTTINO, Thiago; MALAN, Diogo. Direito penal e economia*. Rio de Janeiro: Elsevier: FGV, 2012, p. 115.

⁶⁵ OLSSON, Gustavo André; TIM, Luciano Benetti. *Op. cit.*, p. 115.

⁶⁶ OLSSON, Gustavo André; TIM, Luciano Benetti. *Op. cit.*, p. 115.

conceitos econômicos da incerteza e do custo da informação servem para esclarecer a preocupação de tais sociedades com a seguridade⁶⁷.

Em âmbito geral, pode-se afirmar que o movimento defende a elaboração, interpretação e aplicação das normas jurídicas mediante sua avaliação por critérios econômicos⁶⁸, daí a nomenclatura utilizada no Brasil: Análise Econômica do Direito.

1.2.5 Posição adotada

O presente trabalho segue a perspectiva apresentada pela terceira forma de relação entre Direito e Economia, ou seja, relação de interação, uma vez que a vinculação entre as duas searas é resultado de um *construir constante*. Porém, este *construir constante* a que se refere Miguel Reale, não está limitado apenas aos valores econômicos e jurídicos, mas a um conjunto de diversos elementos (fatos) que se inserem nos processos humanos⁶⁹. Por tal motivo, parece ser mais adequada esta terceira forma de relação entre Direito e Economia, até mesmo em razão do reconhecimento do conteúdo material de tutela da norma que será apresentado mais à frente. Logo, não há uma relação de sobreposição entre uma seara e outra, mas uma eterna relação de reconhecimento mútuo de formas e conteúdos que institucionalizam as relações sociais de determinado período histórico.

Em razão disso, verifica-se que a cada passo de evolução das relações econômicas, notadamente na evolução do próprio capitalismo, houve também um

⁶⁷ POSNER, Richard A. **A economia da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 269.

⁶⁸ “O Direito e a Economia, ao diminuírem suas diferenças, tornam-se essenciais um para o outro. Além disso, é consenso que o crescimento econômico se pauta em instituições fortes de direito, e quando este se reveste de uma visão mais econômica, há um melhor sistema econômico. Assim, as leis devem estar baseadas em incentivos (positivos ou negativos) econômicos para o seu fiel cumprimento. O Direito tem um papel fundamental na definição de regras de acesso e de saída do mercado e ainda regula a competição e a conduta nos setores em que há problemas de concorrência” (PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Op. cit.*, p. 32).

⁶⁹ “Se todo e qualquer sistema de normas jurídicas é condicionado por um conjunto de fatos, que podem ser de natureza econômica, psicológica, racial, demográfica, geográfica etc., devemos evitar o simplismo das explicações unilineares, características de uma época de naturalismo sequioso de encontrar a raiz “única” dos processos humanos. Não é aceitável, em verdade, qualquer explicação monística dos fatos que governam o mundo jurídico. Há doutrinas que exageram certos fatores sociais, atribuindo-lhes a primazia, quando não a exclusividade na produção do fenômeno político e jurídico. Quase se pode dizer que existe hoje acordo no reconhecimento de que tais explicações reducionistas mutilam a verdadeira natureza da sociedade e do Estado” (REALE, Miguel, **Filosofia do Direito**, p. 435). Miguel Reale ainda defende a superação desse problema de reducionismo monístico por intermédio do desenvolvimento da teoria da experiência jurídica a qual se fundamenta na experiência social, sobre o assunto vide: REALE, Miguel. **O Direito como Experiência**: introdução à epistemologia jurídica. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 32-33.

determinado modelo jurídico de Estado que melhor cumprisse com as valorações de cada época⁷⁰. Especificamente, apura-se que a cada fase de desenvolvimento do capitalismo correspondeu um modelo de Estado distinto⁷¹.

1.3 Estado, Capitalismo e Sociedade

Como já afirmado, “a atividade econômica, além de vinculada às condições espaço-temporais, sociais e culturais, também é condicionada à estrutura jurídica adjacente”⁷². Conseqüentemente, “toda e qualquer alteração ou transformação no sistema econômico reflete-se sobre o sistema jurídico que deve necessariamente adaptar-se às novas circunstâncias econômicas”⁷³.

Portanto, a sociedade, em cada período evolutivo, sempre esteve vinculada aos elementos de sua esfera patrimonial, sendo o capitalismo o grande fator revolucionário dos interesses sociais⁷⁴.

Desde as concepções de estudo político-institucional dos clássicos gregos⁷⁵ às vertentes jusnaturalistas⁷⁶ pré-constituintes do contratualismo, é possível se

⁷⁰ “O Estado é uma realidade cultural, isto é, uma realidade constituída historicamente em virtude da própria natureza social do homem, mas isto não implica, de forma alguma, a negação de que se deva também levar em conta a contribuição que consciente e voluntariamente o homem tem trazido à organização da ordem estatal” (REALE, Miguel. **Teoria do Direito e do Estado**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 9).

⁷¹ “em cada sociedade estatal coexistem vários modos de produção social, ainda que um deles seja característico dela; isso porque toda formação social autoriza diversos modos de produção – e relações entre modos de produção; logo, em cada sociedade capitalista se manifesta *um capitalismo*, resultante da coexistência histórica de todos esses modos de produção” (GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 116).

⁷² BALDAN, Édson Luís. *Op. cit.*, p. 30.

⁷³ BALDAN, Édson Luís. *Op. cit.*, p. 31. Sobre o assunto destaca-se a posição de José Paschoal Rossetti, para quem Direito e Economia possuem uma elevado grau de interdependência “uma vez que compete à lei jurídica situar o homem, a empresa e a sociedade diante do poder político e do meio ambiente definindo direitos e responsabilidades e também fixando as balizas dentro das quais poderá ser exercida a liberdade de ação de cada um dos agentes econômicos” (ROSSETTI, José Paschoal. **Introdução à Economia**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 1994, p. 43).

⁷⁴ Como bem afirma Eros Grau: “O entrelaçamento que une mercado capitalista e Estado é vigoroso, pois o Estado moderno, em última instância, é produzido pelo capitalismo. Daí também por que o capitalismo é essencialmente jurídico, na medida em que não prescinde de uma ordem jurídica estatal, voltada, como vimos, à superação das crises e à preservação dos mercados” (GRAU, Eros Roberto. *Op. cit.*, p. 127).

⁷⁵ Sobre o pensamento clássico grego destaca-se as posturas de Sócrates que lançava as bases questionadoras da sociedade (*A República*), Platão em sua divisão de homens e formas de governo e, em especial, Aristóteles que divide os governos em retos e desviados, fundamentando tal divisão pela possibilidade de participação dos classes, as quais vivem em uma “tensão que só pode ser evitada pela mediação da *pólis* o Estado da *Polítia*”, assim Aristóteles já fazia menção às divisões de

deparar com um fator em comum, intrinsecamente vinculado aos fatores econômicos: a mobilização da sociedade.

Para Maquiavel, o termo sociedade corresponde ao “espaço onde o povo desenvolve as atividades econômicas, onde se gera a propriedade privada, onde se constrói a família. E é aqui onde o príncipe (o Estado) não deve intervir”⁷⁷.

Com os contratualistas exsurge o pensamento da necessidade de uma intervenção estatal para garantir a permanência da sociedade enquanto conjunto. Para tanto, os cidadãos outorgam uma parcela de seus direitos ao Estado para que este atue como grande mantenedor da ordem social. Isto se dá em razão da divisão entre o estado de natureza e o estado civil. Para estes pensadores, a expressão sociedade acaba por se caracterizar como a substituição do estado natural pelo estado (sociedade) civil⁷⁸, a qual está intimamente relacionada ao Estado enquanto instituto.

Do contratualismo, destaca-se a postura de John Locke ao defender que a propriedade resulta da transformação do estado comum da natureza por meio de seu trabalho⁷⁹. Já para o nome mais popular do contratualismo, Jean Jacques Rousseau, é a “instituição da propriedade privada que origina a emergência das

classes. (MONTAÑO, Carlos; DURIGUETTO, Maria Lúcia. **Estado, Classe e Movimento Social**. São Paulo: Cortez, 2010, p. 19-21).

⁷⁶ A propriedade possui origem dentro do pensamento jusnaturalista, pois o reconhecimento ao indivíduo automaticamente resulta no reconhece de algum direito inerente à sua natureza, e que a organização política resulta na formação da sociedade civil que é diferente da sociedade natural. Para eles, o Estado é uma concepção de sentimentos e valorações (MONTAÑO, Carlos; DURIGUETTO, Maria Lúcia. *Op cit.*, pp. 22 e 23).

⁷⁷ MONTAÑO, Carlos; DURIGUETTO, Maria Lúcia. *Op cit.*, p. 21.

⁷⁸ Impera-se destacar que os dois grandes nomes iniciais do contratualismo foram Thomas Hobbes e John Locke, ambos defendem que os homens vivem em estado de natureza, ou seja, um estado de absoluta liberdade. Contudo, diferem entre si no concernente à fundamentação do pacto social. “Para Hobbes, o pacto representa a submissão dos súditos ao soberano, enquanto que em Locke o contrato é um pacto de consentimento dos indivíduos para a proteção da propriedade, é um pacto que institui um poder político limitado, uma vez que o poder executivo é subordinado ao poder legislativo”. (MONTAÑO, Carlos; DURIGUETTO, Maria Lúcia. *op cit.*, p. 23-27).

⁷⁹ MONTAÑO, Carlos; DURIGUETTO, Maria Lúcia. *op cit.*, p. 25. Assim, “os homens passam a se apropriar da natureza pelo trabalho, podendo acumular bens à medida que seu trabalho conseguir produzir maior riqueza do que suas necessidades imediatas de consumo, tornando-se assim produtores de valores de troca, o que leva à existência de homens ricos e pobres nesse estado de natureza, justificados pela capacidade de trabalho de cada um de criar valores” (MONTAÑO, Carlos; DURIGUETTO, Maria Lúcia. *op cit.*, p. 25). No mesmo sentido, destaca Ricardo Castilho que “John Locke pregava que a propriedade privada é fruto direto do trabalho do homem sobre as coisas da natureza. Desse modo, atentar contra a propriedade privada seria um atentado contra a lei natural e, portanto, um crime” (CASTILHO, Ricardo. **Filosofia do Direito**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 112).

‘grandes desigualdades’, de acesso à riqueza, rivalidade de interesses e a concorrência, as quais tornam o egoísmo a motivação básica da vida social”⁸⁰.

A este período histórico também corresponde a primeira fase do capitalismo (chamado Capitalismo Comercial ou Pré-Capitalismo), a qual abandonou o modelo feudal⁸¹ e jogou-se ao desenvolvimento de uma “economia de mercado urbano, a acumulação de um pequeno capital e o crescimento das trocas de mercadorias em base monetária”⁸². Além das conglomerações em “cidades-mercado”⁸³, outro ponto de destaque é o desenvolvimento das técnicas de navegação, chegando-se aos grandes empreendimentos para “além-mar”.

A aplicabilidade normativa estatal neste período expressa os interesses dos indivíduos que governavam (nobreza e clero), mantendo-se afastado os interesses da classe emergente (burguesia); assim, a expressão “cidadão” representava somente aqueles a quem o Estado reconhecesse tal indumentária. Resumindo o exposto até então, é possível afirmar que “a nenhum grego, na democracia ateniense da Antiguidade, pareceria lesivo à isonomia o fato de os escravos, as mulheres e os jovens encontrarem-se excluídos das decisões de interesse da

⁸⁰ MONTAÑO, Carlos; DURIGUETTO, Maria Lúcia. *op cit.*, p. 28. Esta perspectiva resulta do fato de que “Rousseau, na esteira de Locke, considerava que o homem, em seu estado de natureza, é puro e bom e que a propriedade privada foi o passo principal para a corrupção dos homens, porque foi a partir dela que se deu a divisão entre pobres e ricos. (...) Rousseau afirmava que o contrato social foi um artifício criado pelos poderosos para ludibriar e subjugar os mais fracos” (CASTILHO, Ricardo. *Op. cit.*, p. 112)

⁸¹ “O feudalismo surgiu como resultado da combinação de dois significativos eventos: a decadência da sociedade escravagista romana e a fragmentação da sociedade gentílica dominante entre povos nórdicos da Europa” (WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no Direito**. 3. ed. São Paulo: Alfa Ômega, 2001, p. 28). Especificamente, sobre o desenrolar histórico e político da transição entre os dois modelos: CONTE, Giuliano. **Da crise do feudalismo ao nascimento do capitalismo**. Lisboa: Editorial Presença, 1979, p. 7-40.

⁸² WOLKMER, Antônio Carlos. *Op. cit.*, p. 29. Nas palavras do autor: “À medida que se esgota o Feudalismo, instaura-se o Capitalismo como novo modelo de desenvolvimento econômico e social em que o capital é o instrumento fundamental da produção material; O avanço dessas transformações dá-se, principalmente, nos horizontes de modificações originadas pelo grande impulso das atividades comerciais de algumas cidades européias com o Oriente (principalmente após as grandes Cruzadas), pela substituição das relações sociais servis e da produção artesanal dos pequenos trabalhadores independentes (donos de suas ferramentas, matéria-prima e oficina), pela força de trabalho assalariada, pela passagem das pequenas oficinas autônomas para as manufaturas, e, finalmente, pela constante busca do lucro, pela implementação da produtividade econômica de mercado livre e pela sistematização do comércio através das trocas monetárias. Assim, o Capitalismo irá construir-se paulatinamente, durante o final da Idade Média e alcançará quase toda a Europa depois dos séculos XVI e XVII” (WOLKMER, Antônio Carlos. *Loc. cit.*)

⁸³ “as técnicas comerciais e financeiras inerentes ao capitalismo iniciaram-se no século XII (com as feiras), continuaram nos séculos posteriores, até culminar com a criação dos grandes bancos públicos nos séculos XVII e XVIII, que disseminaram o uso do papel-moeda e assim dotaram a Economia de um instrumento maneável e flexível para trocas comerciais” (SILVA, Ivan Luiz da. *Op. cit.*, p. 47.)

Pólis⁸⁴. Obviamente, na sequência lógica do raciocínio, não era estranho o servo feudal ter direitos distintos de seu senhor⁸⁵.

Portanto, a primeira fase do capitalismo “foi a revolução social empreendida pela burguesia, com as bandeiras de luta erguidas contra o feudalismo, que criou as condições para a edição de normas jurídicas falando em igualdade de todas as classes sociais”⁸⁶. Dessa relação entre sociedade, capitalismo e Estado, surge o modelo de Estado absolutista, o qual permitiu a acumulação de capital por meio do mercantilismo⁸⁷. Em outras palavras, foi por meio do Estado absolutista que o capitalismo surgiu e se expandiu⁸⁸.

No século XVIII, em razão das grandes invenções mecânicas que resultaram na revolução industrial, aflora o capitalismo moderno⁸⁹. A revolução proporcionada pelo maquinismo (substituindo o trabalho exclusivamente braçal) permitiu um desenvolvimento da produção industrial de bens, os quais eram trocados no livre mercado, obtendo-se a acumulação de capital por meio dos lucros advindos da atividade industrial⁹⁰.

Neste mesmo século (XVIII), aflora o pensamento de Georg Wilhelm Friedrich Hegel, para quem o Estado não será mais um modelo ideal, mas sim “uma descrição do Estado burguês no marco do movimento histórico real de desenvolvimento e consolidação da sociedade capitalista”⁹¹. Para Hegel, o Estado regulamenta os interesses privatistas da sociedade civil, assim, o Estado toma os contornos que a sociedade civil determinar, ou seja, o Estado é interdependente da

⁸⁴ COELHO, Fábio Ulhoa. **Direito e Poder**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 3.

⁸⁵ COELHO, Fábio Ulhoa. *Op cit.*, p. 3.

⁸⁶ COELHO, Fábio Ulhoa. *Op cit.*, p. 3. No mesmo sentido, Ricardo de Brito Albuquerque Pontes Freitas bem anota que “O surgimento do modo de produção capitalista implicou no domínio da burguesia na esfera econômica. Aliando-se aos monarcas, igualmente interessados no enfraquecimento do feudalismo, a burguesia tratou de assegurar sua condição privilegiada. O rei, por sua vez, beneficiou-se com a ascensão da burguesia porque tal acontecimento possibilitou-lhe a obtenção dos recursos necessários ao seu fortalecimento e engrandecimento do Estado”. (FREITAS, Ricardo de Brito Albuquerque Pontes. **Razão e sensibilidade**: fundamentos do direito penal moderno. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p. 20).

⁸⁷ “A política econômica vigente nos Estados absolutistas foi aquela conhecida por mercantilismo. Caracterizava-se o mercantilismo pelo dirigismo estatal destinado a assegurar a expansão comercial – frequentemente pelo uso puro e simples da força – no intuito de gerar superávits na balança comercial, proporcionando assim a acumulação de metais preciosos pelo Estado. Essa política econômica reforçava o poder real, ao mesmo tempo em que permitia à burguesia expandir cada vez mais as suas atividades, reflexo de seus interesses de classe” (FREITAS, Ricardo de Brito Albuquerque Pontes. *Op. cit.*, p. 22).

⁸⁸ FREITAS, Ricardo de Brito Albuquerque Pontes. *Op. cit.*, p. 23-25; SILVA, Ivan Luiz da. *Op. cit.*, p. 48.

⁸⁹ SILVA, Ivan Luiz da. *Op. cit.*, p. 47.

⁹⁰ SILVA, Ivan Luiz da. *Op. cit.*, p. 48.

⁹¹ MONTAÑO, Carlos; DURIGUETTO, Maria Lúcia. *op cit.*, p. 31.

sociedade civil⁹². Isto se dá em razão deste autor definir a sociedade civil como um “sistema de necessidades em que se desenvolvem as relações e atividades econômicas e as regulamentações jurídico-administrativas”⁹³. Por tal postura, daria para traçar o perfil discriminatório estatal, pois a sociedade influente é a burguesia ascendente, a qual está intimamente vinculada à percepção da acumulação da propriedade.

Acerca desse perfil normativo adotado pelo Estado representando a burguesia ascendente, é necessário relembrar a memorável frase de Rudolf Von Ihering: “ao defender sua propriedade o homem defende a si mesmo, a sua personalidade”⁹⁴.

Assim, exsurge o pensamento liberal, o qual propugnava a contraposição aos hábitos da Idade Média: “autoridade despótica dos governantes e obediência cega às doutrinas da igreja”⁹⁵. Desta forma, renovou-se o pensamento científico⁹⁶, especialmente no viés econômico.

O liberalismo expressa uma corrente de pensamento organizada em torno dos interesses de classe da burguesia e centra sua abordagem na concepção de liberdade⁹⁷. Em síntese, o liberalismo prega uma concepção de Estado com poderes e funções limitadas (tanto quanto aos seus poderes, quanto às suas funções), contrapondo-se ao Estado absoluto e ao Estado social⁹⁸.

⁹² MONTAÑO, Carlos; DURIGUETTO, Maria Lúcia. *op cit.*, pp. 31-33. “Origina-se, do pensamento liberal, a expressão *sociedade civil*” (CASTILHO, Ricardo. *Op. cit.*, p. 113).

⁹³ MONTAÑO, Carlos; DURIGUETTO, Maria Lúcia. *op cit.*, p. 31.

⁹⁴ IHERING, Rudolf von. **A luta pelo Direito**. Tradução de Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2006, p. 42. É preciso esclarecer que Ihering baseia sua teoria no fato de que cada modelo de profissão adota um objeto jurídico a ser protegido pelo possuidor. Assim, atribui ao oficial a honra, ao camponês a propriedade e ao comerciante o crédito (IHERING, Rudolf von. *Op. cit.*, p. 47-51). No entanto, sua definição de propriedade expõe bem o ideário burguês da passagem da primeira para a segunda fase do capitalismo: “A propriedade nada mais é senão a periferia da pessoa projetada no terreno material” (IHERING, Rudolf von. *Op. cit.*, p. 54).

⁹⁵ CASTILHO, Ricardo. *Op. cit.*, p. 121.

⁹⁶ Acerca da aplicação do liberalismo na ciência e a importância de Isaac Newton, vide: CASTILHO, Ricardo. *Op. cit.*, p. 121-122.

⁹⁷ MONTAÑO, Carlos; DURIGUETTO, Maria Lúcia. *op cit.*, pp. 49-50.

⁹⁸ BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e Democracia**. São Paulo: Brasiliense, 1988, p. 7 e p. 17. Segundo a doutrina liberal, “O homem, todos os homens, indiscriminadamente, têm por natureza e, portanto, independentemente de sua própria vontade, e menos ainda da vontade de alguns poucos ou de apenas um, certos direitos fundamentais, como o direito à vida, à liberdade, à segurança, à felicidade – direitos esses que o Estado, ou mais concretamente aqueles que num determinado momento histórico detêm o poder legítimo de exercer a força para obter a obediência a seus comandos devem respeitar, e portanto não invadir, e ao mesmo tempo proteger contra toda possível invasão por parte dos outros. Atribuir a alguém um direito significa reconhecer que ele tem a faculdade de fazer ou não fazer algo conforme seu desejo e também o poder de resistir, recorrendo, em última instância, à força (própria ou dos outros), contra o eventual transgressor, o qual tem em consequência o dever (ou a obrigação) de se abster de qualquer ato que possa de algum modo

Essa limitação mínima de liberdade é reconhecida como os direitos fundamentais de primeira dimensão, isto é, direitos de liberdade, os quais “devem ser gozados por todos os cidadãos sem discriminações derivadas da classe social, do sexo, da religião, da raça, etc.”⁹⁹. Tais direitos devem estar previstos em uma regra geral a toda sociedade (constituição).

O Estado liberal necessita ser um Estado de Direito estruturado com base em uma norma fundamental, afinal de contas, dentre os pensadores liberais encontra-se Charles Alexis de Tocqueville, o qual, além de defensor da constituição escrita, sofreu direta influência do pensamento revolucionário americano e francês¹⁰⁰. Assim, assinala que “a democracia é fundamental à existência da igualdade e liberdade, em razão de que a percepção da ‘igualdade de condições’ é algo inevitável”¹⁰¹.

Como bem anota Norberto Bobbio, os postulados iniciais do liberalismo são encontrados nas concepções contratualistas de John Locke¹⁰², mas é Thomas Paine quem reconhece a grande importância da sociedade e a maleficência do Estado perante esta própria sociedade¹⁰³. Assim, de acordo com Paine, o Estado liberal é o

interferir aquela faculdade de fazer ou não fazer”(BOBBIO, Norberto. *Op. cit.*, p. 11). No mesmo sentido, afirma Esteban Righi que “o liberalismo foi uma reação contra o absolutismo monárquico, que postulou um exercício racional do poder e resultou no estabelecimento de limites a autoridade pública. O Estado deixou de ter origem divina, derivando sua legitimidade do povo, de quem os governantes recebem um poder relativo” (RIGHI, Esteban. **Derecho Penal Economico Comparado**. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1991, p. 3).

⁹⁹ BOBBIO, Norberto. *Op. cit.*, p. 41. Segundo Vladimir Brega Filho, os direitos desta geração podem ser denominados como Liberdades Públicas. Dentre estes direitos estão aqueles inerentes ao indivíduo, tais como: igualdade, intimidade, honra, vida, propriedade, liberdade de expressão, de imprensa, de associação, de manifestação, de reunião, participação política e de liberdade religiosa (BREGA FILHO, Vladimir. **Direitos Fundamentais na Constituição de 1988**: conteúdo jurídico das expressões. São Paulo: Juarez de Freitas, 2002, p. 22).

¹⁰⁰ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 86. Este autor destaca que Tocqueville afirmou que a Inglaterra não possuía uma constituição em razão desta não ser escrita.

¹⁰¹ MONTAÑO, Carlos; DURIGUETTO, Maria Lúcia. *op. cit.*, p.51. Conforme explica Bobbio, este conceito de igualdade é o único que se adéqua ao liberalismo, pois “para o liberal, o fim principal é a expansão da personalidade individual, mesmo se o desenvolvimento da personalidade mais rica e dotada puder se afirmar em detrimento do desenvolvimento da personalidade mais pobre e menos dotada; para o igualitário, o fim principal é o desenvolvimento da comunidade em seu conjunto, mesmo que ao custo de diminuir a esfera de liberdade dos singulares. A única forma de igualdade que não só é compatível com a liberdade tal como entendida pela doutrina liberal, mas que é inclusive por essa solicitada, é a igualdade na liberdade: o que significa que cada um deve gozar de tanta liberdade quanto compatível com a liberdade dos outros, podendo fazer tudo o que não ofenda a igual liberdade dos outros” (BOBBIO, Norberto. *Op. cit.*, p. 39).

¹⁰² BOBBIO, Norberto. *Op. cit.*, p. 12.

¹⁰³ Bobbio transcreve o pensamento de Paine: A sociedade é produzida por nossas carências e o governo por nossa perversidade; a primeira promove nossa felicidade positivamente mantendo juntos os nossos afetos, o segundo negativamente mantendo sob freio os nossos vícios. Uma encoraja as relações o outro cria as distinções. A primeira protege, o segundo pune. A sociedade é sob qualquer

alargamento da esfera de liberdade do indivíduo diante dos poderes públicos. O expoente da corrente liberal é encontrado no pensamento de Max Weber, o qual “buscou compreender o Capitalismo, tanto como culminância de um processo de racionalidade da vida organizada, quanto como *ethos* civilizatório da moderna sociedade ocidental européia”¹⁰⁴.

Para Weber, “o capitalismo é produto histórico do modo racional de pensar as relações sociais no contexto do mundo moderno ocidental”¹⁰⁵, sendo o Estado “uma organização que representa uma forma de manifestação da política (concebida como relação de dominação) correspondente à racionalização própria da sociedade moderna”¹⁰⁶, que possui “o monopólio do uso legítimo da ação coercitiva”¹⁰⁷.

Todas essas posturas liberais possuem ampla vinculação ao contratualismo, o qual “foi o paradigma do pensamento que serviu à burguesia industrial em sua luta crescente contra a nobreza hegemônica”¹⁰⁸. Este modelo contratualista liberal não serviu apenas de cerne aos modelos sócio-econômicos estatais, mas influenciou diretamente o modelo jurídico adotado desde então.

Em síntese, para a Escola Liberal, o papel do Estado na economia “deveria ser reduzido drasticamente, o indivíduo é que deveria ser o único agente econômico, dotado de maior liberdade para agir e realizar, o mercado, portanto, seria regido pela “mão invisível””¹⁰⁹. Tal postura é resultado da congregação de inúmeros pensadores econômicos, especialmente de Quesnay, Marquês de Mirabeau, Turgot, Adam Smith, John Stuart Mill, Thomas Robert Malthus e David Ricardo¹¹⁰. Como fundamento de seus propósitos, a Escola Liberal teve três princípios fundamentais:

o entendimento que existia no domínio econômico uma ordem natural, que seria estabelecida espontaneamente, contanto que os indivíduos ficassem livres para agir, inspirando-se em seus próprios interesses; b) essa “ordem natural” é a melhor e mais capaz de assegurar a prosperidade e riqueza das nações, infinitamente superior do que qualquer fórmula artificial criada pela

condição uma bênção; o governo, inclusive na sua melhor forma, nada mais é do que um mal necessário, e na sua pior forma é insuportável (BOBBIO, Norberto. *Op cit.*, p. 21).

¹⁰⁴ WOLKMER, Antônio Carlos. *Op cit.*, p. 33.

¹⁰⁵ WOLKMER, Antônio Carlos. *Op cit.*, p. 32.

¹⁰⁶ MONTAÑO, Carlos; DURIGUETTO, Maria Lúcia. *op cit.*, p.67.

¹⁰⁷ MONTAÑO, Carlos; DURIGUETTO, Maria Lúcia. *loc cit.*

¹⁰⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro**: primeiro volume – teoria geral do Direito Penal. 2. Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 527.

¹⁰⁹ JALIL, Maurício Schaun. **Criminalidade econômica e as novas perspectivas de repressão penal**. 2006. 136. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 9.

¹¹⁰ JALIL, Maurício Schaun. *Op. cit.*, p 8.

intelectualidade humana; c) os interesses individuais e gerais concordam entre si, portanto não há antagonismos, formando uma verdadeira harmonia econômica.¹¹¹

Consequentemente, o pensamento apresentado pelos liberais converte-se em ideologia da estruturação de toda a sociedade¹¹². A ideologia, em senso comum, “tem o sentido de um conjunto de idéias, pensamentos, doutrinas e visões de mundo de um indivíduo ou de um grupo, orientado para suas ações sociais, culturais e políticas”¹¹³. Esta ideologia proporciona modificações em todas as áreas jurídicas¹¹⁴, inclusive na esfera penal. Resultado direto desta perspectiva foi a escola penal clássica, a qual possui características burguesas e românticas, preceituando o individualismo, o humanitarismo, todos com um fundo ético, além do jurídico¹¹⁵. Seu efeito principal foi a “restauração da dignidade do homem em face da tirania do poder político, de integração do Direito penal na sua autonomia e na sua nobreza”¹¹⁶.

Assim sendo, a intervenção mínima do Estado frente aos interesses dos cidadãos também é transpassada à esfera penal de controle social, de tal modo que “a disputa entre industriais em ascensão e nobres na decadência propiciou o espaço para a elevação do nível do pensamento penal, ao propor um discurso jurídico limitador, que constituiu a versão fundacional do direito penal liberal”¹¹⁷.

¹¹¹ JALIL, Maurício Schaun. *Op. cit.*, p 8.

¹¹² “O termo liberalismo engloba o *liberalismo político*, ao qual estão associadas as doutrinas dos direitos humanos e da divisão dos poderes, e o *liberalismo económico*, centrado sobre uma economia de mercado livre (capitalista). Se a sociedade burguesa fornecia o substrato sociológico ao Estado constitucional, este, por sua vez, criava condições políticas favoráveis ao desenvolvimento do liberalismo económico” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 109).

¹¹³ KAZMIERCZAK, Luiz Fernando. **Direito Penal Constitucional e exclusão social**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2010, p. 53.

¹¹⁴ Segundo Esteban Righ, “O ordenamento jurídico foi sistematizado pelo liberalismo sobre as bases proporcionadas pelo princípio da legalidade, que condiciona os atos do executivo e faz previsíveis as sentenças dos juízes. O parlamento dita normas gerais, iguais para todos, e somente obrigatórias na medida em que sua aprovação seja prévia ao comportamento do sujeito. A vontade do monarca foi substituída pela da lei. Como consequência de exigências derivadas da razão. Os privilégios da nobreza desaparecem pela vigência do princípio de igualdade perante a lei; Em um estado mais avançado, a codificação supõe a consagração de regras estáveis e ordenadas. O poder judicial, por sua vez, deve manter-se independente. A função do Estado consiste em garantir o império da lei, o que permite que cada indivíduo se desenvolva em liberdade, somente limitada pela liberdade de seus semelhantes. A esfera privada, que inclui a produção e distribuição de bens, não pode ser objeto de regulação legal. Resultam incompatíveis com o sistema liberal as normas protetoras dos trabalhadores que caracterizam o atual direito do trabalho” (RIGHI, Esteban, p. 5).

¹¹⁵ BRUNO, Anibal. **Direito Penal**. tomo 1º. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 105.

¹¹⁶ BRUNO, Anibal. *Loc cit.* Desta mesma escola surgem os preceitos de legalidade e proporcionalidade de Cesare Beccaria, bem como as propostas de execução penal de Jeremias Bentham e John Howard.

¹¹⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Op cit.*, p.516.

Portanto, “a idéia do contrato social não foi um mero recurso liberal, mas o paradigma da disputa política no espaço aberto pela revolução industrial”¹¹⁸, o qual culminará na terceira fase do capitalismo, conhecida como “monopolista-financeiro”.

Em sentido completamente oposto ao liberalismo, surge a linha teórica do socialismo, liderada por Karl Marx e Friedrich Engels, cujo discurso é derivado da crítica ao modelo econômico capitalista instalado nas sociedades industriais européias do Século XIX¹¹⁹.

Para Marx, o capitalismo se baseia “na relação entre trabalho assalariado e capital, mais exatamente na valorização do capital através da mais-valia extorquida ao trabalhador”¹²⁰. Assim, o capitalismo consiste em um modo de produção estruturado na extorsão da *mais-valia* por meio do *mais-trabalho* do trabalhador. O trabalhador (proletário) é explorado porque é obrigado a vender “livremente” sua força de trabalho a quem detenha a remuneração (dinheiro) e os meios de produção, isto é, o proprietário (burguês)¹²¹.

O pensamento marxista é fruto da segunda fase do capitalismo (industrialismo), no qual ocorre a “separação definitiva do produtor da propriedade dos meios de produção (ou daquilo que dela tinha ficado), e se estabelece uma relação simples e direta entre capitalistas e assalariados”¹²². No entanto, as idéias de Marx não se resumem a isto, uma vez que além de constituir um “projeto revolucionário da classe proletária para superação do sistema capitalista, o marxismo deve ser compreendido como um projeto da humanidade, em seus renovados esforços para reorganizar a sociedade de forma científica”¹²³. Facilmente, percebe-se que, sob este viés, o Estado adota uma postura socialista absoluta, isto é, a sociedade é dirigida totalmente pelo Estado em todas as acepções, pois o Estado se converte em um instituto absoluto.

¹¹⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Op cit.*, p.518.

¹¹⁹ GUARANI, Fábio André. D'AQUINO, Dante Bruno. “Póstuma Modernidade” e Erro de Proibição. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, ano 19, nº 88, jan-fev/2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 49.

¹²⁰ BOBBIO, Norberto; MATEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. 11. ed. Brasília: UNB, 1998, p. 142. Conforme bem expõem os autores: Para Marx, “o trabalho é a substância e a medida imanente dos valores, mas ele mesmo não tem valor”. Ou melhor, o trabalho perde o seu valor logo que entra no mercado das mercadorias capitalistas, tornando-se ele mesmo mercadoria” (BOBBIO, Norberto; MATEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Op.cit.*, p. 142).

¹²¹ BOBBIO, Norberto; MATEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Op.cit.*, p. 142.

¹²² BOBBIO, Norberto; MATEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Op.cit.*, p.144-145.

¹²³ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**, vol. 1. 9. Ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 3.

Contudo, a concepção da expansão capitalista e a ascensão da burguesia à classe governamental não sofreu censuras exclusivas dos olhares negativos do pensamento marxista. Na transição entre os séculos XIX e XX surgiram outros movimentos que também criticaram o capitalismo defendido até então, dentre os quais se destaca a doutrina do *keynesianismo*¹²⁴.

Nessa nova fase, sob a forte influência de John Maynard Keynes, a sociedade industrial abandona seu aspecto individualista de produção e o Estado, em seu viés de política econômica, adota uma postura intermediária entre o dirigismo total marxista e o liberalismo radical¹²⁵. Para Keynes, era essencial um mínimo de ingerência estatal na economia, possibilitando uma regulação e complementação de fatores e relações econômicas, sem, todavia, abandonar a iniciativa privada¹²⁶. As ideias de Keynes proporcionam as estruturas para o intervencionismo estatal na atividade econômica, sendo que tal perspectiva terá como uma de suas consequências a formação do Estado de Bem-Estar Social (*Welfare State* ou *Wohlfahrstaat*)¹²⁷.

O Estado de Bem-Estar Social representa o modelo “resultante das modificações ocasionadas pelos fatores históricos, socioeconômicos e culturais”¹²⁸, cujo norte é, por meio da “intervenção na economia e da prestação de auxílios, promover o bem-estar social, amparando especialmente as pessoas acometidas por

¹²⁴ JALIL, Maurício Schaun. *Op. cit.*, p 10. Além dos estudos de John Maynard Keynes, destacaram-se a escola matemática de Stanley Jevons e Walras, o marginalismo de Carl Menger, Friederich von Wieser e Eugen von Bohn-Bawerk e o institucionalismo de François Siminad (JALIL, Maurício Schaun. *Op. cit.*, p 10).

¹²⁵ JALIL, Maurício Schaun. *Op. cit.*, p 10. Apura-se que uma das fortes razões para a adoção deste modelo, tenha sido a crise americana de 1929.

¹²⁶ JALIL, Maurício Schaun. *Op. cit.*, p 11.

¹²⁷ SILVA, Ivan Luiz da. *Op. cit.*, p. 52; JALIL, Maurício Schaun. *Op. cit.*, p 11. Destaca-se que o surgimento desse modelo estatal social, corresponde ao reconhecimento da segunda geração de direitos fundamentais, os quais outorgam ao "indivíduo direitos a prestações sociais estatais, como assistência social, saúde, educação, trabalho, etc., revelando uma transição das liberdades formais abstratas para as liberdades materiais concretas" (SARLET. Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 8 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 57). Segundo Celso Lafer, há uma complementação entre as Liberdades Públicas e os direitos de segunda geração (sociais), pois estes asseguram as condições para o pleno exercício daqueles (LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**. São Paulo: Cia das letras, 1988, p. 131).

¹²⁸ SGARBOSSA, Luís Fernando. **Crítica à teoria dos custos dos Direitos**. vol. 1: Reserva do possível. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2010, p. 54. O autor explica que existiu uma pluralidade de modelos de Estados Sociais, porém, para o presente trabalho identifica-se apenas o modelo acima citado. Para maiores detalhes, vide: SGARBOSSA, Luís Fernando. *Op. cit.*, p. 36-85.

infortúnios e aqueles em situação mais vulnerável, notadamente do ponto de vista econômico”¹²⁹.

Em razão dessa atuação sobre as relações econômicas, em especial sobre a produção normativa de tais atividades, os Estados passaram a constitucionalizar a ordem econômica, isto é, a ordem econômica passou a ser inserida nos textos das constituições de diversos países¹³⁰, motivo pelo qual tais textos podem ser chamados de “constituição econômica”, uma vez que neles estão inseridas as “tarefas e políticas a serem realizadas no domínio econômico e social para atingir certos objetivos”¹³¹. Esse movimento de “constitucionalismo social” é resultado do “fato de que as constituições não pretendem mais receber a estrutura econômica existente, mas querem alterá-la”¹³².

Com a planificação da economia, direcionada a estimular o pleno emprego e a fomentar o desenvolvimento econômico, a sociedade industrial abandona seu aspecto individualista de produção¹³³. Na verdade, este novo cenário resultou do crescimento acelerado e do brutal processo de concentração e centralização de capitais. Ademais, toda evolução econômica iniciada pela Revolução Industrial “tem sido de acelerado progresso técnico, de contínuo mas irregular crescimento

¹²⁹ SGARBOSSA, Luís Fernando. *Op. cit.*, p. 55. Sob o intervencionismo estatal dessa época, verifica-se que “A insuficiência dos automatismos do mercado que, antes, delimitavam as relações privadas entre empregados X empregadores, produtores X fornecedores, etc., fez com que o Estado interviesse no setor privado não só para disciplinar os conflitos envolvendo classes diferentes, como também proteger e dispor sobre normas que incidam direta ou indiretamente na economia, portanto, em todo meio social” (JALIL, Maurício Schaun. *Op. cit.*, p. 11).

¹³⁰ Maurício Schaun Jalil (*op. cit.*, p. 11) expõe que “(...) a ordem econômica adquiriu dimensão jurídico-constitucional quando as diversas Cartas Políticas, de diferentes países, passaram a discipliná-las, sistematicamente, como exemplo, temos: a Constituição **Mexicana de 1917** (sendo, talvez, a primeira Constituição a tratar de forma ordenada, e organizada assuntos de interesses econômico-ver art. 25); a Alemã, de 1920, após a proclamação da República de Weimar (decorrente da queda do Kaiser em 10 de novembro de 1918), estruturou, da mesma forma, a ordem econômico-social, em sua Quinta Seção, arts. 150 à 165; a **Soviética de 1923**, pós-revolução bolchevique, a qual após as reformas de 1925, principalmente àquelas referentes a *planificação geral da economia*, a *coletivização das propriedades rurais*, e outras medidas mais, influenciou, sobremaneira, os demais Estados socialistas (até então!) para orientarem suas futuras Constituições de acordo com os ideais marxista-leninistas, como foi o caso da Iugoslávia (31.01.1946), Albânia (15.03.1946), Bulgária (04.02.1947), Polônia (19.02.1947), Romênia (17.04.1948), Tchecoslováquia (08.05.1948), Hungria (18.08.1949), República Popular da China (1949), entre outros.

¹³¹ BERCOVICI, Gilberto; SOUZA, Luciano Anderson de. Intervencionismo Econômico e Direito Penal Mínimo: uma equação possível. In: OLIVEIRA, William Terra de; LEITE NETO, Pedro Ferreira; ESSADO, Tiago Cintra; SAAD-DINIZ, Eduardo. **Direito penal econômico: Estudos em homenagem aos 75 anos do Professor Klaus Tiedmann**. São Paulo: LiberArs, 2013, p. 19.

¹³² BERCOVICI, Gilberto; SOUZA, Luciano Anderson de. *Op. cit.*, p. 19.

¹³³ GUIMARÃES, Sérgio Chastinet Duarte. **Tutela penal do consumo: abordagem dos aspectos penais do Código de Defesa do Consumidor e do artigo 7º da Lei nº 8.137, de 27.12.1990**. Rio de Janeiro: Revan, 2004, p. 13.

econômico, e de crescente ‘globalização’, ou seja, de uma divisão mundial cada vez mais elaborada e complexa de trabalho”¹³⁴.

O marco histórico da passagem para a terceira fase do capitalismo é, sem dúvida, a mobilização bélica das duas guerras mundiais, afinal tais guerras foram de massa¹³⁵. Segundo dados de Hobsbawn,

Mesmo antes da primeira Guerra Mundial, a França fazia planos para uma produção de munição de 10-12 mil granadas por dia, e no fim sua indústria teve de produzir 150 mil granadas por dia, ou uma taxa de 4,5 milhões por mês. Não admira que os processos das fábricas de engenharia mecânica fossem revolucionados. Quanto aos instrumentos menos destrutivos da guerra, lembremos que durante a Segunda Guerra Mundial o exército dos EUA encomendou mais de 519 milhões de pares de meias e mais de 219 milhões de calças, enquanto as forças alemãs, fiéis à tradição burocrática, num único ano (1943) encomendou 4,4 milhões de tesouras e 6,2 milhões de almofadas para carimbos dos departamentos militares (Milward, 1979, p. 68). A guerra em massa exigia produção em massa.

Mas a produção também exigia organização e administração (...) Falando em termos mais gerais, a guerra total era o maior empreendimento até então conhecido do homem, e tinha de ser conscientemente organizado e administrado.

(...)

Na verdade, os exércitos e guerra logo se tornaram ‘indústrias’ ou complexos de atividade econômica muito maiores que qualquer coisa no comércio privado, motivo pelo qual no século XIX tantas vezes proporcionaram a especialização e a capacidade de administração para os vastos empreendimentos privados que se desenvolveram na área industrial, por exemplo, os projetos de ferrovias ou instalações portuárias.¹³⁶

Consequentemente, “a guerra total sem dúvida revolucionou a administração”¹³⁷, afinal de contas “adiantou visivelmente a tecnologia, pois o conflito

¹³⁴ HOBBSAWM, Eric. **Era dos Extremos: o breve século XX: 1914-1991**. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 92.

¹³⁵ HOBBSAWM, Eric. *Op. cit.*, p. 51. Continua ainda o autor: “temos como certo que a Guerra moderna envolve todos os cidadãos e mobiliza a economia para a sua produção, e são usados em quantidades inimagináveis; produz indizível destruição e domina e transforma absolutamente a vida dos países nela envolvidos. (...) O monstro da guerra total do século XX não nasceu já do seu tamanho. Contudo, de 1914 em diante, as guerras foram inquestionavelmente guerras de massa. Mesmo na Primeira Guerra Mundial, a Grã-Bretanha mobilizou 12,5% de seus homens para as Forças Armadas, a Alemanha 15,4%, e a França quase 17%. Na Segunda Guerra Mundial, a porcentagem de força humana total que foi para as Forças Armadas esteve muito geralmente nas vizinhanças de 20% (Milward, 1979, p. 216). Podemos observar de passagem que um tal nível de mobilização de massa, durante anos, não pode ser mantido, a não ser por uma economia industrializada de alta produtividade e – ou alternativamente – em grande parte nas mãos de setores não combatentes da população. (...) Mesmo em sociedades industriais, uma tão grande mobilização de mão-de-obra impõe enormes tensões à força de trabalho, motivo pelo qual as guerras de massa fortaleceram o poder do trabalhismo organizado e produziram uma revolução no emprego de mulheres fora do lar: temporariamente na Primeira Guerra Mundial, permanentemente na Segunda (HOBBSAWN, Erick. *Op cit.*, p. 92).

¹³⁶ HOBBSAWN, Erick. *Op cit.*, p. 52.

¹³⁷ HOBBSAWN, Erick. *Op cit.*, p. 54.

entre beligerantes avançados era não apenas de exércitos, mas de tecnologias em competição para fornecer-lhes armas eficazes e outros serviços essenciais”¹³⁸.

Este novo cenário global acaba por desencadear uma alteração na estruturação ideológica existente. Além de ser preciso regulamentar a economia, o Estado terá de enfrentar um enorme dilema: como combater o aumento do desemprego – o qual, assim como a guerra, tornou-se – de massa? Tal problema “tornou-se a pedra fundamental da política econômica nos países de capitalismo democrático”¹³⁹.

Todos esses fatores decorrentes da industrialização que constituem o capitalismo de terceira fase, caracterizado pelo surgimento de grandes grupos econômicos empresariais com vendas de ações em bolsas e intervenção estatal na economia. Assim, as atividades econômicas passam a ser direcionadas às grandes massas que se tornam o fator de evolução do pensamento ideológico incidente no grupo: a transmutação do *ser individual* em *ser coletivo* é o grande marco do aspecto social, o qual sofre a influência direta da evolução dos meios de comunicação que modelam a faceta econômica da sociedade de massa, convertendo-a em sociedade do consumo¹⁴⁰.

A sociedade abandona os ideais liberais individualistas, caracterizando-se como uma massa coletiva de interesses comuns. De forma simplista, abandonam-se os ideais de tutela individual para a abordagem dos bens coletivos e difusos. Assim, as preocupações transcendem o indivíduo e passam a ser de todo o grupo.

Logo, a função estatal (resultante de uma esfera pública alerta e crítica) de construir a segurança tão desejada após a superação da sociedade bélica da primeira metade do século XX, “avança com os riscos e precisa ser, (...)”,

¹³⁸ HOBBSBAWN, Erick. *Op cit.*, p. 54. Nas palavras do autor: “Não fosse pela Segunda Guerra Mundial, e o medo de que a Alemanha nazista explorasse as descobertas da física nuclear, a bomba atômica certamente não teria sido feita, nem os enormes gastos necessários para produzir qualquer tipo de energia nuclear teriam sido empreendidos no século XX. Outros avanços tecnológicos conseguidos, no primeiro caso, para fins de guerra mostraram-se consideravelmente de aplicação mais imediata na paz – pensamos na aeronáutica e nos computadores – mas isso não altera o fato de que a guerra ou a preparação para a guerra foi um grande mecanismo para acelerar o progresso técnico, ‘carregando’ os custos de desenvolvimento de inovações tecnológicas que quase com certeza não teriam sido empreendidos por ninguém que fizesse cálculos de custo-benefício em tempo de paz, ou teriam sido feitos de forma mais lenta e hesitante. (...) As guerras, sobretudo a Segunda Guerra Mundial, ajudaram muito a difundir a especialização técnica, e certamente tiveram um grande impacto na organização industrial e nos métodos de produção em massa, mas o que conseguiram foi, de longe, mais uma aceleração da mudança que uma transformação. (HOBBSBAWN, Erick. *Op cit.*, pp. 54-55 *passim*).

¹³⁹ HOBBSBAWN, Erick. *Op cit.*, p. 100.

¹⁴⁰ GUIMARÃES, Sérgio Chastinet Duarte. *Op cit.*, p. 14.

continuamente reforçada por meio de intervenções cosméticas ou efetivas no desenvolvimento técnico-econômico¹⁴¹.

As inovações das relações econômicas deste período resultam em “uma rede cada vez maior de fluxos e intercâmbios que ligam todas as partes da economia mundial ao sistema global”¹⁴².

Os avanços tecnológicos e econômicos acabam por inserir na população uma constante sensação de incerteza. O medo, o perigo e o risco são termos que passam a integrar o cotidiano das vidas humanas, do mesmo modo que as preocupações deixam de ser com os sofrimentos do passado. Os indivíduos passam a se debruçar sobre o presente e, inevitavelmente, sobre as projeções futuras. Em outras palavras, “a produção social de riqueza é acompanhada sistematicamente pela produção social de riscos”¹⁴³.

Este modelo de Estado Social perdurará até a década de 70, quando inúmeros fatores o enfraquecem¹⁴⁴, passando-se a um novo modelo: o Estado Neoliberal¹⁴⁵, no qual o Estado deve se voltar para o mercado, em detrimento das atividades estatais sociais e políticas¹⁴⁶. Como bem destaca André Ramos Tavares, o neoliberalismo econômico está alicerçado na “concepção da presença do Estado sobre a economia, portanto, na revalorização das forças de mercado, na defesa da desestatização e na busca de um Estado financeiramente mais eficiente, probo e equilibrado”¹⁴⁷, por meio do qual devem ser reduzidos “os encargos sociais criados no pós-guerra, ainda que sem afastar totalmente o Estado da prestação de serviços essenciais”¹⁴⁸.

Conforme será visto adiante, os textos constitucionais pátrios adotaram a intervenção na economia como um de seus fundamentos. Certamente, isso não

¹⁴¹ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. São Paulo: ed. 34, 2010, p. 24.

¹⁴² HOBBSBAWN, Erick. *Op. cit.*, p. 92.

¹⁴³ BECK, Ulrich. *Op. cit.*, p. 23.

¹⁴⁴ “A crise do Estado-providência inicia-se nos anos 70, sendo que, entre outros fatores que irão desencadeá-la, está a própria “crise do petróleo”, a recessão econômica mundial, além de novas correntes doutrinárias pregando o fim desse Estado “paternalista”. (JALIL, Mauricio Schaun. *Op. cit.*, p. 12).

¹⁴⁵ “a crise gerada pelo fracasso dos sistemas econômicos do socialismo e do *Welfare State* ensejou, a partir da última década do século XX, uma mudança nos parâmetros de atuação do Estado na Economia, na qual se percebe uma retomada dos ideais concebidos pelo liberalismo econômico. Nesse novel contexto, defende-se a redução das dimensões do Estado em razão de sua notória ineficiência e de seus vícios (burocratização, cerceamento de liberdades individuais, desperdício de recursos e má condução da Economia)” (SILVA, Ivan Luiz da. *Op. cit.*, p. 52).

¹⁴⁶ SILVA, Ivan Luiz da. *Op. cit.*, p. 53.

¹⁴⁷ TAVARES, André Ramos. **Direito econômico constitucional**. São Paulo: Método, 2006, p. 64.

¹⁴⁸ TAVARES, André Ramos. *Op. cit.*, p. 64.

ocorreu apenas em virtude da evolução do capitalismo, mas especialmente, nos tempos atuais, em razão da institucionalização da sociedade de risco globalizada.

1.4 Sociedade de Risco e Globalização

O termo Sociedade de Risco (*Risikogesellschaft*) foi criado por Ulrich Beck no ano de 1986, quando da publicação de sua obra intitulada “Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade” (*Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*). Este famoso estudo se propôs a explicar as questões da sociedade de modernidade tardia. Incisivamente, o autor afirma logo no início do texto que “Na modernidade tardia, a produção social de *riqueza* é acompanhada sistematicamente pela produção social de *riscos*”¹⁴⁹.

Esta constatação do autor parte do pressuposto de que “não se trata mais exclusivamente de uma utilização econômica da natureza para libertar as pessoas de sujeições tradicionais, mas também e sobretudo de problemas decorrentes do próprio desenvolvimento técnico-econômico”¹⁵⁰. Desta forma, este processo de desenvolvimento (ou modernização) se converte em algo reflexivo: é, simultaneamente tema e problema¹⁵¹.

A sociedade sempre conviveu com riscos, porém, atualmente, eles são diferentes dos antigos, pois sobre os riscos atuais incide uma adjetivação imprescindível, eles são globalizados, isto é, são ameaças a toda existência global¹⁵². Segundo Renato de Mello Jorge Silveira, pode-se averiguar três fases no

¹⁴⁹ BECK, Ulrich. *Op. cit.*, p. 23.

¹⁵⁰ BECK, Ulrich. *Op. cit.*, p. 24.

¹⁵¹ BECK, Ulrich. *Op. cit.*, p. 24.

¹⁵² O conceito de risco tem realmente a importância sócio-histórica que lhe é aqui assinalada? Não se trata de um fenômeno originário de qualquer ação humana? Não serão os riscos justamente uma marca da era industrial, em relação à qual deveriam ser nesse caso isolados? É certo que os riscos não são uma invenção moderna. Quem – como Colombo – saiu em busca de novas terras e continentes por descobrir assumiu riscos. Estes eram, porém, riscos *pessoais*, e não situações de ameaça global, como as que surgem para toda a humanidade com a fissão nuclear ou o acúmulo de lixo nuclear. A palavra “risco” tinha, no contexto daquela época, um tom de ousadia e aventura, e não o da possível autodestruição da vida na terra. (...) Os riscos e ameaças atuais diferem-se, portanto, de seus equivalentes medievais, com frequência semelhantes por fora, fundamentalmente por conta da *globalidade* de seu alcance (ser humano, fauna, flora) e de suas causas *modernas*. São riscos da modernização. São um *produto de série* do maquinário industrial do progresso, sendo *sistematicamente* agravados com seu desenvolvimento ulterior (BECK, Ulrich. *Op. cit.*, p. 25-26). Igualmente, BECK, Ulrich. *Op. cit.*, p. 43-45. No mesmo sentido, Pierpaolo Cruz Bottini afirma que “A produção, as fontes de energia, o consumo de produtos não envolviam tecnologias complexas e não interferiam na construção das expectativas da vida em comum. Os riscos do passado caracterizavam-

desenvolvimento do risco como um problema social: a) na primeira fase, correspondente à Idade Moderna, os riscos não individuais são incipientes; b) na segunda fase (final do século XIX até a primeira metade do século XX), os riscos são controláveis e mensuráveis; c) por fim, tem-se a fase atual, na qual os riscos são graves e incontroláveis, decorrentes da sociedade pós-industrial¹⁵³.

A sociedade de risco é “fruto do desenvolvimento do modelo econômico que surge na Revolução Industrial, que organiza produção de bens por meio de um sistema livre de concorrência mercadológica”¹⁵⁴. Consequentemente, este modelo econômico exige uma produção em massa, a fim de cumprir com os desejos do próprio mercado¹⁵⁵.

Ainda que seja uma sociedade com problemas decorrentes das atuações na seara econômica (Estado social) em busca da redução e da extinção da exclusão social e da miséria material¹⁵⁶, a sociedade de risco não se expressa como uma sociedade de classes¹⁵⁷. Isto ocorre em razão da distribuição dos riscos ser uniforme a todos: “cedo ou tarde, eles alcançam inclusive aqueles que os produziram ou que lucraram com eles”¹⁵⁸.

Em razão dessa abrangência geral, verifica-se que os riscos atuais não são naturais ou então vinculados exclusivamente à existência humana em seu critério biológico. Esses desastres são artificiais, isto é, são resultados das próprias atividades humanas¹⁵⁹, motivo pelo qual surgem no campo da economia¹⁶⁰.

se pela personalidade, pela regionalidade, pela concretude e pela facilidade de medição ou de previsão. Logo, não é a existência do risco que caracteriza a sociedade atual, mas a nova dimensão deste risco” (BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de Perigo Abstrato**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 35).

¹⁵³ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito Penal Econômico como Direito Penal de Perigo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 38.

¹⁵⁴ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Op. cit.*, p. 35.

¹⁵⁵ “Este modelo econômico exige dos agentes produtores a busca por inovações tecnológicas que permitam a produção e a distribuição de insumos em larga escala, sob pena de perecimento por obsolescência. (...) A obstinação na inovação importa na velocidade da descoberta de novas tecnologias que, por sua vez, decorre do financiamento de pesquisas científicas destinadas a tais finalidades. (...) Do descompasso entre surgimento de inovações científicas e o conhecimento das conseqüências de seu uso surge a incerteza, a insegurança, que obrigam o ser humano a lidar com o risco sob uma nova perspectiva” (BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Op. cit.*, p. 35-36).

¹⁵⁶ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito Penal Econômico...**, p. 35.

¹⁵⁷ BECK, Ulrich. *Op. cit.*, p. 47 e ss.

¹⁵⁸ BECK, Ulrich. *Op. cit.*, p. 44.

¹⁵⁹ MENDOZA BUERGO, Blanca. **El derecho penal en la sociedad del riesgo**. Madrid: Civitas, 2011, p. 25-26.

¹⁶⁰ Beck cita o problema do desemprego em massa, da nova pobreza resultante desse mesmo desemprego e o tratamento diferenciado nas questões de gênero (especialmente nas relações familiares, na educação, no trabalho e na segurança econômica). Assim, vide: BECK, Ulrich. *Op. cit.*, p. 133 -148 e 149-188. No mesmo sentido: “a sociedade de risco compreende um período em que as

Na esfera econômica, a atual conjectura de riscos resulta no *desencaixe*¹⁶¹ do sistema social, proporcionado por dois mecanismos: *fichas simbólicas* e *sistemas peritos*¹⁶². Fichas simbólicas são os “meios de intercâmbio que podem ser ‘circulados’ sem ter em vista as características específicas dos indivíduos ou grupos que lidam com eles em qualquer conjectura particular”¹⁶³. Por outro lado, os sistemas de peritos consistem nos “sistemas de excelência técnica ou competência profissional que organizam grandes áreas dos ambientes material e social em que vivemos hoje”¹⁶⁴.

Adequando-se os conceitos aos instrumentos materiais existentes na sociedade, verifica-se que o dinheiro é o elemento correspondente à ficha simbólica que melhor demonstra os problemas da sociedade hodierna. Afinal, “o dinheiro em sua forma desenvolvida é definido acima de tudo em termos de crédito e débito, em que estes dizem respeito a uma pluralidade de intercâmbios amplamente difundidos”¹⁶⁵. Portanto, pode-se dizer que “o dinheiro possibilita a realização de transações entre agentes amplamente separados no tempo e no espaço”¹⁶⁶. Logo, ele é instrumento fundamental para o desencaixe do mercado econômico, pois o expansionismo dos mercados capitalistas só é possível por meio do dinheiro, o qual garante ao mercado sua globalização.

Simultaneamente à ficha simbólica, os desencaixes são proporcionados pelos sistemas de peritos, aos quais já se afirmou serem formados pelo conhecimento dos peritos. Assim, simples atos como estar conduzindo um veículo ou descansando no interior de um apartamento correspondem aos sistemas de peritos, pois o indivíduo submetido a tais situações confia nos métodos de construção

conseqüências da modernidade se tornam mais radicalizadas e universalizadas do que antes, e podem ser compreendidas, então, como o conjunto de relações econômicas e sociais que se desempenham na era pós-industrial, em que o novo modelo de produção determina um novo papel ao risco” (BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Op. cit.*, p. 36).

¹⁶¹ Anthony Giddens define desencaixe como o “deslocamento das relações sociais de contextos locais de interação e sua reestruturação através de extensões indefinidas de espaço-tempo” (GIDDENS, Anthony. **As conseqüências da modernidade**. São Paulo: Editora Unesp, 1991, p. 29).

¹⁶² GIDDENS, Anthony. *Op. cit.*, p. 30.

¹⁶³ GIDDENS, Anthony. *Op. cit.*, p. 30.

¹⁶⁴ GIDDENS, Anthony. *Op. cit.*, p. 35.

¹⁶⁵ GIDDENS, Anthony. *Op. cit.*, p. 32.

¹⁶⁶ GIDDENS, Anthony. *Op. cit.*, p. 32. Afirma o autor: “O dinheiro é um modo de adiantamento, proporcionando os meios de conectar crédito e dívida em circunstâncias em que a troca imediata de produtos é impossível. O dinheiro, pode-se dizer, é um meio de retardar o tempo e assim separar as transações de um local particular de troca. Posto com mais acurácia, nos termos anteriormente introduzidos, o dinheiro é um meio de distanciamento tempo-espaço” (GIDDENS, Anthony. *Loc. cit.*).

e produção de tais objetos¹⁶⁷. O mesmo pode se dizer de todas as profissões: a aceitação ao procedimento cirúrgico ressalta a confiança na perícia do cirurgião; a contratação do advogado expressa a confiança nos serviços de consultoria e representação judicial do mesmo; o investimento no mercado de valores enseja na confiança de que o que se está oferecendo (oferta e procura) seja algo real, etc¹⁶⁸.

Portanto, averigua-se que além destes dois elementos, as relações de desençaixe prescindem de um elemento subjetivo, qual seja: a confiança. A confiança “sempre leva à conotação de credibilidade em face de resultados contingentes, digam estes respeito a ações de indivíduos ou à operação de sistemas”¹⁶⁹. Na sociedade de risco, os ambientes das relações de confiança, quando infringidos, geram crises. Igualmente, ainda que cumpridos e respeitados,

¹⁶⁷ GIDDENS, Anthony. *Op. cit.*, p. 35-36.

¹⁶⁸ Fábio André Guaragni tem um exemplo que se encaixa de forma correta à relação de confiança nos sistemas peritos: “Recorro ao exemplo de uma embalagem longa-vida de leite, consumido pela manhã. Não estive no local em que foi produzida a embalagem; tampouco presenciei o momento em que foi produzida. Ausente do local e alheio ao momento da produção, nada testemunhei acerca da fabricação. desconheço a técnica, quem fez, como e quando. Tampouco entendo da engenharia empenhada no processo fabril da embalagem. Porém, consumo o leite nela embalado, há semanas, confiando na capacidade que possui de preservar um alimento altamente perecível e cujo consumo, acaso arruinado, pode gerar-me grave conseqüência para a saúde. Consumo porque confio não em quem fez (não sei quem foi), mas no conjunto de conhecimentos que o processo fabril sintetiza. Firma-se uma curiosa relação de confiança não entre homem e homem, mas entre homem e objeto. Para o objeto converge todo um caudal de conhecimentos técnicos no qual tenho fé. Isto, de um lado, ratifica o objeto como fotografia do sistema perito que o produz (um *corpus* emblemático); de outro, é conseqüente com o fenômeno da globalização, dando-lhe parcial explicação. Acaso as relações de confiança não se travassem entre homens, de um lado, e objetos sínteses de sistemas-peritos, de outro, seria impossível o desençaixe tempo espacial. Só confiaríamos na embalagem tipo “longa-vida” se testemunhássemos, pessoalmente ou por um especialista que nos representasse, sua regular fabricação (simultaneidade, encaixe temporal). Teríamos que estar no lugar de fabricação da caixa do leite. Preferiríamos comprar o leite embalado por aquele que fosse nosso conhecido pessoal, julgado digno de nossa confiança (encaixe espacial). Fossem assim as coisas, a produção, distribuição e consumo de bens e serviços que se opera no ambiente da economia de mercado não seria viável, sobretudo nos patamares globalizados atuais. Em síntese, os sistemas peritos são essenciais para o crescimento escalonado do ciclo econômico da produção, distribuição e consumo de bens e serviços no ambiente de mercado. Além disso, emolduram um dado modo de vida. Vivemos numa autêntica sociedade tecnológica. As tecnologias nos cercam, independentemente de classe social. Meios de transporte como aviões, ônibus, automóveis, metrô; meios de comunicação como telefones, televisão, rádio, internet; fontes de energia, como hidrelétricas, termoeletricas; manipulação industrial de alimentos, roupas, medicamentos, etc, são todos sínteses corporificadas dos conhecimentos expertos que constituem os sistemas peritos. Este cerco de objetos, cujo consumo é exigente de confiança nos sistemas peritos, afigura-se em boa medida irrenunciável (GUARAGNI, Fábio André. *A função do Direito Penal e os “sistemas peritos”*. In: CÂMARA, Luiz Antônio; GUARAGNI, Fábio André. **Crimes Contra a Ordem Econômica: Temas atuais de Processo e Direito Penal**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 79-80).

¹⁶⁹ GIDDENS, Anthony. *Op. cit.*, p. 41. De acordo com Giddens, “em condições de modernidade, a confiança existe no contexto de: (a) a consciência geral de que a atividade humana – incluindo nesta expressão o impacto da tecnologia sobre o mundo material – é criada socialmente, e não dada pela natureza das coisas ou por influência divina; (b) o escopo transformativo amplamente aumentado da ação humana, levado a cabo pelo caráter dinâmico das instituições sociais modernas” (GIDDENS, Anthony. *Loc. cit.*).

podem se converter em ambientes de risco, resultado expresso do viés reflexivo já mencionado¹⁷⁰.

Nesse contexto, o risco se torna decisivo para a manutenção da própria sociedade industrial, que não mais sobreviveria se não fosse o avanço tecnológico e científico. Em outras palavras, “o risco, fator indispensável ao desenvolvimento econômico de livre mercado, passa a ocupar papel central no modelo de organização social. O risco passa a compor o núcleo da atividade social, (...) passa a ser sua essência”¹⁷¹.

Entretanto, ao mesmo tempo em que o risco é mantenedor da sociedade capitalista de produção de bens, se apresenta também como consequência negativa. Sobre o assunto, Jesús María Silva-Sánchez afirma que a sociedade atual possui como duas características essenciais: a aparição de avanços tecnológicos jamais vistos anteriormente pela humanidade e o fato do marco econômico atual ser rapidamente modificável¹⁷². Os valores imaginados pela modernidade ao mesclar a realização pessoal (individual) com o desenvolvimento social (coletivo) não são possíveis de serem alcançados nas conjecturas atuais. Isso porque, como fora demonstrado acima, o projeto da modernidade fracassou¹⁷³. A busca de mercados econômicos que possibilitem a sustentação do capitalismo em meio a essa evolução tecnológica, social e econômica apura o rompimento das alianças “entre economia de mercado, Estado do bem estar-social e democracia que legitimou e integrou, até o presente momento, o modelo ocidental e o projeto do Estado nacional para a modernidade”¹⁷⁴.

Eis que o evoluir incontrolável da economia faz com que ela mova-se “rápido o bastante para se manter permanentemente um passo adiante de qualquer Estado (territorial, como sempre) que possa tentar redirecionar suas viagens”¹⁷⁵.

¹⁷⁰ O próprio autor irá questionar tais perspectivas dos ambientes de confiança, confrontando-os com os ambientes de risco, o que por si, acaba incidindo na reflexividade acima mencionada (GIDDENS, Anthony. *Op. cit.*, p. 83-149).

¹⁷¹ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Op. cit.*, p. 36.

¹⁷² SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. **La expansión del Derecho penal: Aspectos de la Política Criminal en las sociedades postindustriales**. 3. ed. Madrid: Edisofer, 2011, p. 13.

¹⁷³ BECK, Ulrich. **O que é globalização?** Equívocos do globalismo: resposta à globalização. São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. 25.

¹⁷⁴ BECK, Ulrich. **O que é...**, p. 25-26.

¹⁷⁵ BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: As consequências humanas**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999, p. 63.

Surge, assim, um segundo problema da sociedade mundial contemporânea: a globalização, que implica na ausência de barreiras físicas para as ações que regem e comandam as relações humanas.

Ulrich Beck explica que não se pode falar apenas em “globalização” como a sensação de ausência de limites físicos e temporais. Para ele, é importante diferenciar “globalização” (ou globalidade) de “globalismo”. Assim, define globalismo como “a concepção de que o mercado mundial bane ou substitui, ele mesmo a ação política; trata-se portanto da ideologia do império do mercado mundial, da ideologia do neoliberalismo”¹⁷⁶. Por outro lado, a globalização (ou globalidade) significa o fato de viver em sociedade mundial “no sentido de que a idéia de espaços isolados se tornou fictícia. Nenhum país, nenhum grupo pode se isolar dos outros. Desta maneira se entrecrocaram as diversas formas econômicas, culturais e políticas”¹⁷⁷. Logo, o cerne da atual sociedade é o fato de que o conjunto das relações sociais não está submetido (integrado) às políticas de um Estado nacional, tampouco esse conjunto pode ser determinado ou determinável¹⁷⁸.

Por isso, Bauman afirma que o “significado mais profundo transmitido pela idéia de globalização é o do caráter indeterminado, indisciplinado e de autopropulsão dos assuntos mundiais”¹⁷⁹. Em suma, pode-se asseverar que globalização significa “os processos, em cujo andamento os Estados nacionais vêm a sua soberania, sua identidade, suas redes de comunicação, suas chances de poder e suas orientações sofrerem a interferência cruzada de atores transnacionais”¹⁸⁰. E esses processos ocorrem com maior contundência no campo econômico, afinal, a “globalização é um fenômeno de significado fundamentalmente econômico”¹⁸¹. Muitos autores tentam analisar se esse fenômeno provoca efeitos positivos ou negativos, porém, sobre tais acontecimentos não é cabível uma análise axiológica definidora de “bom” ou “mau”, apenas constata-se que é inevitável¹⁸². Para Beck, existem oito razões para que esse fenômeno seja inevitável:

¹⁷⁶ BECK, Ulrich. **O que é...**, p. 27.

¹⁷⁷ BECK, Ulrich. **O que é...**, p. 29.

¹⁷⁸ BECK, Ulrich. **O que é...**, p. 29.

¹⁷⁹ BAUMAN, Zygmunt. **Globalização...**, p. 67.

¹⁸⁰ BECK, Ulrich. **O que é...**, p. 30.

¹⁸¹ GRACÍA MARTÍN, Luís. **Prolegômenos para a luta pela modernização e expansão do Direito Penal e para a crítica do discurso de resistência**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005, p. 66.

¹⁸² COELHO, Fábio Ulhoa. Dignidade da Pessoa na Economia Globalizada. In: MIRANDA, Jorge; MARQUES DA SILVA, Marco Antonio. **Tratado Luso-brasileiro da Dignidade Humana**. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 1353.

1. Ampliação geográfica e crescente interação do comércio internacional, a conexão global dos mercados financeiros e o crescimento do poder das companhias transnacionais.
2. A ininterrupta revolução dos meios tecnológicos de informação e comunicação.
3. A *exigência*, universalmente imposta, por direitos humanos – ou seja, o princípio (do discurso) democrático.
4. As correntes icônicas da indústria cultural global.
5. À política mundial pós-internacional e policêntrica – em poder e número – fazem par aos governos uma quantidade cada vez maior de atores transnacionais (companhias, organizações não-governamentais, uniões nacionais).
6. A questão da pobreza mundial.
7. A destruição ambiental mundial.
8. Conflitos transculturais localizados.¹⁸³

Estes oito motivos apuram de forma indiscutível a imposição das relações do mundo globalizado. Entre tais relações, apuram-se alguns efeitos secundários que atingem a população economicamente ativa e que acaba isolada em razão da própria estrutura do sistema. Dentre esses efeitos, impera mencionar o processo de migração de trabalhadores. Como bem destaca Valter Foletto Santin, “os países desenvolvidos recebem trabalhadores para serviços braçais e técnicos especializados e manda executivos (multinacionais). Os países subdesenvolvidos mandam braçais e técnicos especializados, e recebem executivos”¹⁸⁴. Anota Santin que

A pobreza dos países subdesenvolvidos provoca a carência de trabalho e de oportunidades no local de origem, em dicotomia com a grande procura de mão de obra nos locais receptores, estimulam a mudança de residência e a aceitação de trabalho, normalmente desqualificado e por salário menor que os nacionais. A mão de obra migrante é mais barata e menos qualificada, preenchendo postos de trabalho recusados pelos nacionais.¹⁸⁵

Esse movimento traz consequências diretas para as relações jurídico-econômicas, podendo se apurar, no mínimo, quatro efeitos diretos: Primeiramente, verifica-se a criação de um mercado paralelo que facilita por métodos ilícitos a entrada nos países receptores da mão de obra. Em segundo lugar, apura-se o conglomerado dessas pessoas em situação irregular em bairros periféricos, transferindo o problema da alocação da pobreza em regiões periféricas de grandes

¹⁸³ BECK, Ulrich. **O que é...**, p. 30-31.

¹⁸⁴ SANTIN, Valter Foletto. Migração e Discriminação de Trabalhador. *In: Argumenta*, n. 7. Jacarezinho: Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro, 2007, p. 133.

¹⁸⁵ SANTIN, Valter Foletto. *Op. cit.*, p. 133.

centros econômicos. Em terceiro lugar, as pessoas que se submetem a tais condições acabam trabalhando na informalidade e sem condições de segurança. O quarto efeito pode ser constatado nas oscilações do mercado com o corte dessas vagas, o que acaba por direcionar essas pessoas à prática delitiva em razão da falta de oportunidades. Tal esboço fático demonstra como a globalização pode provocar efeitos demasiadamente negativos e que atingem a população mundial de forma direta.

Esse é o quadro da sociedade mundial atual: a revolução tecnológica, o esgotamento de recursos naturais, a mídia e sua atuação imediata, a produção capitalista globalizada e todos os efeitos adstritos a ela proporcionam o centro do qual irradiarão as relações conflitivas da sociedade de risco¹⁸⁶. É sobre essas relações que o Direito será convocado a atuar, motivo pelo qual a relação entre os arquétipos sociais e econômicos devem ser compreendidos para que se evite a instauração de um sistema jurídico que não condiga com a finalidade do próprio Estado em face do indivíduo.

Os elementos políticos de seleção da atuação do ordenamento jurídico passam a ter enorme importância. Serão eles que delimitarão os procedimentos e mecanismos que serão adotados para a preservação do sistema enquanto organismo social.

1.5 A economia no texto constitucional e o embate dos mandados de criminalização

De acordo com Konrad Hesse, a Constituição Federal, aplicada ao viver em sociedade, tem como funções o estabelecimento de uma integração, a realização de uma organização e a delimitação da direção jurídica¹⁸⁷.

Assim, verifica sua *integração* na institucionalização (formação e conservação) do Estado, o qual deve “cultivar-se e assegurar-se no processo

¹⁸⁶ COSTA, Daniela Carvalho Almeida da. **O fenômeno da Globalização e seus reflexos nas Ciências Criminais**. 2005. 302. Tese (Doutorado em Direito Penal) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 140.

¹⁸⁷ HESSE, Konrad. **Temas Fundamentais do Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 3 e ss.

político da moderna sociedade pluralista”¹⁸⁸. A função de *organização* se verifica na ação e incidência dos órgãos estatais constituídos para os fins de formação e conservação da unidade política (integração) do próprio Estado¹⁸⁹. Por fim, a função de *direção jurídica* consiste na adoção de cânones, os quais são “modelos para configurar o presente e o futuro da geração atual”¹⁹⁰.

Estes cânones são valores oriundos não apenas de um Direito natural existente à margem do pensamento e da ação humana, mas também não vinculado a um ceticismo positivista. Assim, esses cânones devem ser os parâmetros desenvolvidos pelas experiências históricas, nascidos da luta e da experiência de muitas gerações, vinculados aos direitos humanos e civis e demais direitos fundamentais. Deste modo, essa função diretriz da constituição repassa aos cânones uma força vinculante para todo o ordenamento jurídico¹⁹¹.

Em virtude do cumprimento dessas três funções é que será possível a formação e manutenção da unidade política e a criação e manutenção do ordenamento jurídico de determinada sociedade¹⁹².

De acordo com Andrei Zenkner Schimidt e Luciano Feldens¹⁹³ há, atualmente, uma perspectiva constitucional baseada em quatro pilares: a) modificação das relações entre Estado e Sociedade; b) democratização das Constituições, que passaram a se fundamentar no princípio da soberania popular e no reconhecimento do pluralismo político e social; c) a elevação do grau de normatividade da Constituição; e d) a ampliação do âmbito constitucional.

Essa nova perspectiva confirma que o evoluir da história constitucional proporcionou a modificação dos valores constantes no bojo de diretrizes do ordenamento (cânones). Do mesmo modo, a evolução histórica dos modelos econômicos faz com que exsurja no Estado, a partir do início do século XX, uma “significativa preocupação com as forças econômicas, com técnicas intervencionistas do Estado e com a incorporação constitucional de direitos sociais”¹⁹⁴.

¹⁸⁸ HESSE, Konrad. *Op. cit.*, p. 3.

¹⁸⁹ HESSE, Konrad. *Op. cit.*, p. 4.

¹⁹⁰ HESSE, Konrad. *Op. cit.*, p. 6.

¹⁹¹ HESSE, Konrad. *Op. cit.*, p. 6-7.

¹⁹² HESSE, Konrad. *Op. cit.*, p. 4-5.

¹⁹³ SCHMIDT, Andrei Zenkner; FELDENS, Luciano. **O crime de Evasão de Divisas**: A tutela penal do Sistema Financeiro Nacional na perspectiva da política cambial brasileira. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 3.

¹⁹⁴ SCHMIDT, Andrei Zenkner; FELDENS, Luciano. *Op. Cit.*, p. 3.

Este movimento não passou despercebido pelo ordenamento jurídico brasileiro, de modo que se verifica no texto das constituições de 1934 (art. 115), 1937 (art. 135), 1946 (art. 145) e 1967 (art. 157) a delimitação das diretrizes econômicas do Estado brasileiro¹⁹⁵.

Por sua vez, a Constituição de 1988, promulgada em um especial momento na história brasileira, também apresentou as diretrizes da ordem econômica em seu texto (art. 170), coadunando-os aos objetivos fundamentais do país sob a luz do Estado Democrático de Direito (art. 3)¹⁹⁶.

De acordo com Ricardo Hasson Sayeg, esse “balizamento serve para resolver a questão primordial da gestão econômica de nosso País, que é a solução da relação de disponibilidade dos recursos econômicos escassos diante das necessidades brasileiras”¹⁹⁷. Apura o autor que a sociedade brasileira sofre com a escassez de recursos econômicos de forma grave, haja vista os déficits sociais que colocam “quase um quinto da população abaixo da linha de miséria”¹⁹⁸.

Por tal motivo, o autor afirma que a Constituição Federal de 1988 sustenta o capitalismo como regime econômico, não no modelo clássico do Estado Liberal, mas em um neoliberalismo de economia social de mercado, no sentido de viabilizar o desenvolvimento cultural e socioeconômico, o bem estar da população e a autonomia tecnológica do país, conforme ditames do art. 219 da Constituição Federal¹⁹⁹.

Ainda que esta perspectiva direcionada à preservação da dignidade humana em meio a um sistema capitalista enseje um discurso intervencionista direto, o próprio texto constitucional declara – art. 174 – que a intervenção estatal será normativa e reguladora, tendo as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, descritas em lei como determinantes na atividade econômica desempenhada pelo setor público, mas apenas indicativa ao setor privado.

Do mesmo modo, prevê o texto constitucional a possibilidade de exploração direta da atividade econômica pelo Estado, desde que essencial à preservação da segurança nacional ou proteção de relevante interesse coletivo (art. 173).

¹⁹⁵ SCHMIDT, Andrei Zenkner; FELDENS, Luciano. *Op. Cit.*, p. 4.

¹⁹⁶ SCHMIDT, Andrei Zenkner; FELDENS, Luciano. *Op. Cit.*, p.5.

¹⁹⁷ SAYEG, Ricardo Hasson. O Capitalismo Humanista no Brasil. *In: MIRANDA, Jorge; MARQUES DA SILVA, Marco Antonio. Tratado Luso-brasileiro da Dignidade Humana*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 1366.

¹⁹⁸ SAYEG, Ricardo Hasson. *Op. cit.*, p. 1366.

¹⁹⁹ SAYEG, Ricardo Hasson. *Op. cit.*, p. 1367.

Analisando este dispositivo, Gastão Alves de Toledo defende que a exploração de atividade econômica pelo Estado configura a possibilidade de participação deste no mercado, porém isto não significa que o Estado esteja intervindo no mercado, uma vez que esta só é permitida no concernente ao Sistema Tributário, haja vista seu viés de excepcionalidade, conforme determinação do art. 149 da Constituição Federal²⁰⁰.

Tais apontamentos reafirmam o modelo adotado no texto constitucional no pertinente à ordem econômica. Afinal, é indiscutível que nos termos delimitados a ordem econômica “não se amolda nem ao figurino liberal nem ao dirigismo estatal, mas adota uma orientação moderna, adequada à social democracia, ou seja, economia de mercado socialmente controlada”²⁰¹.

Para que este modelo seja mantido, é necessário respeitar a livre concorrência do mercado, no entanto impondo-se como limites a ela o abuso do poder econômico, o aumento arbitrário dos lucros e a proteção do consumidor²⁰². Com isso, verifica-se que “Liberdade e responsabilidade devem ser os vetores indicativos de uma economia dinâmica, aberta à modernização, na qual se corre risco e se exorciza o cartorialismo propiciador de vantagens”²⁰³.

Diante destas considerações, pode-se dizer que para manter sua atividade institucional (formação e conservação) de Estado harmonizada aos objetivos traçados como fundamentais de si próprio (art. 3º, CF), o texto constitucional prevê no art. 173, § 5º, a possibilidade de responsabilização da empresa e de seus dirigentes.

É evidente que a partir do momento em que o Estado opta pela atuação nos moldes previstos no texto constitucional ocorrerá, conseqüentemente, a ampliação da tutela da dignidade da pessoa, a qual não deriva de nenhuma imposição de ordem moral, mas decorre da própria necessidade de atuação do Estado perante o mercado, especialmente no contexto de uma ordem global²⁰⁴.

No entanto, é preciso verificar a necessidade dessa tutela, notadamente na seara penal. Afinal, ao determinar a proteção da Ordem Econômica, o constituinte

²⁰⁰ TOLEDO, Gastão Alves de. *Ordem Econômica e Financeira*. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira, NASCIMENTO, Carlos Valder do. **Tratado de Direito Constitucional**, v. 2. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 337-338.

²⁰¹ REALE JÚNIOR, Miguel. **Casos de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 19.

²⁰² REALE JÚNIOR, Miguel. **Casos...**, p. 19.

²⁰³ REALE JÚNIOR, Miguel. **Casos...**, p. 19.

²⁰⁴ COELHO, Fábio Ulhoa. *Dignidade da Pessoa Humana...*, p. 1347.

expressou a importância do conteúdo aos valores e objetivos fundamentais que estruturam o Estado brasileiro.

Neste contexto, aparece grande embate doutrinário acerca do reconhecimento do mandado constitucional de tutela penal da ordem econômica, verificando-se duas posições antagônicas: uma favorável outra contrária.

1.5.1 O reconhecimento dos mandados de criminalização existentes no texto constitucional

A doutrina que reconhece o dever constitucional de criminalização parte de uma análise das obrigações estatais frente ao indivíduo. Defensor desse entendimento, Luciano Feldens afirma que para o Estado cumprir as funções a ele atribuídas é preciso ocorrer a arrecadação fiscal²⁰⁵.

O autor estrutura seu raciocínio no modelo de deveres fundamentais propostos por Canotilho. Para o constitucionalista português, os deveres fundamentais corresponderiam ao “outro lado” dos direitos fundamentais, isto é, “como ao titular de um direito fundamental corresponde, em princípio um dever por parte de um outro titular, poder-se-ia dizer que o particular está vinculado aos direitos fundamentais como destinatário de um dever fundamental”²⁰⁶. Afirma Canotilho que as “ideias de “solidariedade” e de “fraternidade” apontam para deveres fundamentais entre cidadãos”²⁰⁷. Em outras palavras, os deveres serão decorrentes da forma como os direitos fundamentais são tutelados pelo Estado.

Esses deveres podem ser classificados em conexos ou autônomos aos direitos fundamentais. Esta vinculação está contida em deveres atrelados diretamente aos direitos, como ocorre no dever de votar com o direito de voto. Porém, verificam-se, ainda, deveres que não se vinculam com outros direitos de forma direta. Este é o caso do dever de pagar impostos²⁰⁸, o qual está previsto no texto constitucional brasileiro de forma condicionada à capacidade econômica do contribuinte (art. 145, § 1º, CF).

²⁰⁵ FELDENS, Luciano. **Tutela Penal de Interesses Difusos e Crimes do Colarinho Branco**: por uma relegitimação da atuação do ministério público: uma investigação à luz dos valores constitucionais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 86.

²⁰⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Op. cit.*, p. 532.

²⁰⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Op. cit.*, p. 536.

²⁰⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Op. cit.*, p. 533.

Assim, defende Luciano Feldens que a tributação não é “um objetivo em si do Estado, mas sim o *meio que possibilita ao Estado cumprir os objetivos constitucionalmente programados*”²⁰⁹. Deste modo, a infração à arrecadação financeira, seria, para ele, uma forma de inviabilizar o custeio das atividades estatais e, portanto, mereceria uma repressão penal²¹⁰. Eis, então, a razão pela qual se torna possível defender um mandado de criminalização das atividades econômicas irregulares, notadamente aquelas que inviabilizam a arrecadação fiscal. Nesse sentido, o autor vincula sua ideia à cláusula de proibição do retrocesso social²¹¹.

Segundo Feldens, em algumas situações o constituinte optou por prever expressamente no texto constitucional a incriminação de condutas para sanar eventuais dúvidas sobre a tutela penal de tais conteúdos²¹². Contudo, defende que nem sempre os mandados de criminalização serão expressos, mas que ainda assim existirão e exigirão a tutela penal. Para tanto, propõe por meio da harmonização das proibições de proteção excessiva e deficiente a tutela da vida, dignidade humana e liberdade²¹³.

Com tais considerações, Feldens apresenta seis situações nas quais entende haver mandados expressos de criminalização no texto constitucional: a) art. 5º, inciso XLII: determina a criminalização do racismo; b) art. 5º, inc. XLIII: prevê a criminalização da prática da tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e do terrorismo; c) art. 5º, inciso XLIV: determina a punição das ações de grupos armados, tanto civis quanto militares, quando suas ações sejam realizadas em detrimento da ordem constitucional e do Estado Democrático; d) art. 7º, inciso X: este dispositivo afirma ser crime a retenção dolosa do salário do trabalhador; e) art. 225, § 3º: prevê a tutela penal do meio ambiente; e, f) art. 227, § 4º: este parágrafo prevê a sanção penal do abuso, violência e exploração sexual praticada contra criança e adolescente²¹⁴.

Assim, verifica-se que no campo das atividades econômicas este autor vinculou o mandado de criminalização não apenas pela proibição do retrocesso, mas também pela efetividade dos direitos fundamentais por meio da harmonização entre

²⁰⁹ FELDENS, Luciano. *Op. cit.*, p. 86.

²¹⁰ FELDENS, Luciano. *Op. cit.* 88 e ss.

²¹¹ FELDENS, Luciano. *Op. cit.* 88-91.

²¹² FELDENS, Luciano. **A Constituição Penal**: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 94.

²¹³ FELDENS, Luciano. **A Constituição**..., p. 140 e ss.

²¹⁴ FELDENS, Luciano. **Direitos Fundamentais e Direito Penal**: A constituição penal. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 73-81.

as proibições de tutela deficiente e excessiva. Portanto, seu raciocínio não decorreu de um mandado expresso no pertinente à seara econômica.

Em sentido próximo, está o pensamento do professor Valter Foleto Santin, o qual entende que o constituinte previu a intervenção penal no campo econômico quando se determinou no art. 173, § 4º a edição de norma especial para repressão do abuso do poder econômico²¹⁵. Do mesmo modo, afirma Santin que o constituinte determinou a responsabilidade dos dirigentes e da pessoa jurídica no pertinente às condutas contrárias à ordem econômica e financeira e economia popular (art. 173, § 5º, CF), “delineando o campo mínimo de culpabilidade, tanto de dirigentes como da própria empresa, em aproximação ao sistema de responsabilidade de pessoa física e jurídica nos crimes ambientais (art. 225, § 3º, da Constituição Federal, e Lei nº 9.605/998)”²¹⁶.

De acordo com Santin

A mensagem denota necessidade de repressão integral dos envolvidos, em mandamento de criminalização ao legislador infraconstitucional para reprovação da própria empresa e seus dirigentes, em conduta contrária à ordem econômica.

A tipificação específica deve ser com a finalidade de coibir o “abuso do poder econômico”, ligado à “dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”. Também estaria elencado no mesmo campo de repressão penal “os atos praticados contra a ordem financeira e contra a economia popular” (art. 173, § 5º), sendo a ordem financeira relativa ao sistema financeiro, inclusive o cooperativismo de crédito (art. 192, da Constituição Federal). Estariam incluídos também no mesmo ramo os delitos de lesão à condição do Estado de agente regulador e fiscalizador da economia (art. 174, caput), que podem ser interpretados como integrantes da repressão ao abuso do poder econômico²¹⁷.

Esta posição é também defendida por Heloisa Estellita que, entendendo a constituição como um limite e um fundamento do Direito Penal, afirma existir uma obrigatoriedade de criminalizar em certas circunstâncias²¹⁸. Em síntese, afirma a autora que “quanto aos valores fundamentais individuais e coletivos, a Constituição de 1988 é referencial seguro”²¹⁹.

Todavia, verifica-se que este entendimento não é pacífico.

²¹⁵ SANTIN, Valter Foleto. **Crime Econômico no Comércio de Combustível Adulterado**. São Paulo: Verbatim, 2012, p. 41.

²¹⁶ SANTIN, Valter Foleto. **Crime Econômico**..., p. 41.

²¹⁷ SANTIN, Valter Foleto. **Crime Econômico**..., p. 41.

²¹⁸ ESTELLITA, Heloisa. **A tutela penal e as obrigações tributárias na Constituição Federal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 88-97.

²¹⁹ ESTELLITA, Heloisa. *Op. cit.*, p. 91.

1.5.2 A negação da existência dos mandados de criminalização no corpo constitucional

Para parcela considerável da doutrina, o legislador penal não está submetido a mandamentos constitucionais de criminalização, devendo, ainda que previsto no corpo do texto constitucional uma ordem de criminalização, verificar sempre, por meio dos princípios formadores do Direito Penal, a necessidade de tutela desta natureza.

Sobre o assunto, Claus Roxin afirma que cabe ao legislador “decidir se quer proteger um bem jurídico pela esfera penal ou por meio do Direito Civil e do Direito Público”²²⁰, destacando que as formas extrapenais são dotadas de prioridade. Em verdade, Roxin afirma que “por regra geral não existe um mandato constitucional de punição”²²¹; porém, indica o art. 26, I, da Constituição Alemã como um mandato expresso. Nesse dispositivo está contido que os atos atentatórios à garantia da paz serão sancionados por medidas penais.

Afirma Roxin que além desse dispositivo não há qualquer outra previsão no texto constitucional alemão e defende que nem deveria haver, pois “a ponderação entre bem comum e liberdade individual, assim como a delimitação das liberdades individuais em colisão, é assunto do legislador, cujas margens de decisão são muito maiores que os campos em que está vinculado”²²².

Na defesa da inexistência de mandados constitucionais de criminalização, tem-se o forte posicionamento de Janaína Conceição Paschoal, para quem “a busca de um Direito Penal mínimo não pode conviver com uma Constituição que traz, em seu bojo, necessidades automáticas (e não concretas) de criminalização”²²³. Para Paschoal, a Constituição não é um fundamento do Direito Penal, mas apenas um limite²²⁴. Para ela, “mesmo ante as determinações expressas de criminalização, não

²²⁰ ROXIN, Claus. **Derecho Penal: Parte General**. Tomo I: Fundamento. La Estructura de la Teoría del Delito. Traducción de la 2ª edición alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña; Miguel Díaz Y García Conlledo; Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 2007, p. 64.

²²¹ ROXIN, Claus. *Op. cit.*, p. 64.

²²² ROXIN, Claus. *Op. cit.*, p. 64.

²²³ PASCHOAL, Janaína Conceição. **Constituição, criminalização e Direito Penal mínimo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 77.

²²⁴ PASCHOAL, Janaína Conceição. *Op. cit.*, p. 82.

existe obrigatoriedade de tipificar, e, sim, a possibilidade de fazê-lo, diante da efetiva necessidade e utilidade da tutela. Que serão verificadas pelo legislador ordinário”²²⁵.

Segundo Paschoal, a “não obrigatoriedade” decorre de duas constatações. A primeira é que o constituinte apresenta o quadro máximo de limitação de atuação do legislador ordinário. A segunda é que as determinações expressas não se vinculam à necessidade de tutela penal, mas apenas a fatores históricos e reclamos sociais do momento de sua elaboração²²⁶. Acerca dessa segunda constatação alertam Franco, Lira e Félix que conhecer os fatos sociais, políticos, econômicos e as valorações político-criminais possibilita entender os motivos adotados pelo constituinte²²⁷. Destacam, ainda, que a Constituição de 1988 “contém um amplo rol de normas que aludem a indicadores penais, inapropriados”²²⁸.

Ainda sob a óptica de Janaína Conceição Paschoal, a aceitação dos mandados de criminalização implica na recusa dos princípios formadores do Direito Penal. Além disso, reconhecer que é o constituinte que delimita o merecimento e a necessidade significaria abandonar o caráter material da lei e da Constituição, posto que um Direito Penal mínimo deve ser pautado na necessidade efetiva de tutela dos bens, a qual não precisa ser, necessariamente, penal²²⁹.

Uma última ponderação da autora aborda a harmonia entre os três poderes, pois ela questiona qual deverá ser a atuação do Poder Judiciário quando o Legislativo se negar a cumprir o mandamento constitucional de criminalizar²³⁰. Para a autora, tal situação poderia, inclusive, desencadear uma verdadeira ditadura do Poder Judiciário²³¹. Nesse aspecto, a autora questiona, ainda, qual seria o remédio para a imposição do cumprimento do mandado. Afinal, por ser ele constitucional, deveria ser discutido o seu cumprimento por mandado de injunção ou ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão? Responde a autora que não cabe mandado de injunção, pois este instrumento é direcionado à efetivação do exercício de liberdades individuais²³². Porém, destaca que também não se pode delimitar uma imposição do Judiciário sobre o Legislativo, isso em razão de que “não basta

²²⁵ PASCHOAL, Janaína Conceição. *Op. cit.*, p. 82-83.

²²⁶ PASCHOAL, Janaína Conceição. *Op. cit.*, p. 83.

²²⁷ FRANCO, Alberto Silva; LIRA, Rafael; FÉLIX, Yuri. **Crimes Hediondos**. 7. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 133.

²²⁸ FRANCO, Alberto Silva; LIRA, Rafael; FÉLIX, Yuri. *Op. cit.*, p. 133.

²²⁹ PASCHOAL, Janaína Conceição. *Op. cit.*, p. 84.

²³⁰ PASCHOAL, Janaína Conceição. *Op. cit.*, p. 88.

²³¹ PASCHOAL, Janaína Conceição. *Op. cit.*, p. 89.

²³² PASCHOAL, Janaína Conceição. *Op. cit.*, p. 89-90.

constatar a imposição e a não elaboração da norma, fazendo-se necessário realizar uma análise material, checando a indisponibilidade prática da norma legislativa, isto é, sua necessidade”²³³.

Assim, conclui a autora que “não existe um dever de criminalização, mas uma possibilidade conferida pela Constituição, que sempre deverá ser analisada juntamente com o contexto social, bem como com a efetiva necessidade e utilidade da tutela”²³⁴.

Ainda que a doutrina não seja unânime na determinação da existência de mandados de criminalização de ordem constitucional, verifica-se que a pergunta “Por que, então, tutelar as relações econômicas pelo Direito Penal?” pode ser respondida por um caminho alternativo, o qual encontra respaldo na delimitação dos bens jurídicos penais, que, não necessariamente, deverão estar previstos textualmente no corpo da Constituição, conforme se verá adiante.

Contudo, é possível suscitar um entendimento que não derive automaticamente de mandados de criminalização, tampouco da própria seleção de bens jurídicos, mas que decorra das finalidades traçadas pelo constituinte no corpo da Constituição Federal.

1.5.3 O Direito ao desenvolvimento como fundamento da intervenção penal na esfera econômica

Ao tratar dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (art. 3º), a Constituição impõe quatro metas a serem alcançadas: a) construir uma sociedade livre, justa e solidária; b) garantir o desenvolvimento nacional; c) erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; e, d) promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Esses quatro objetivos devem ser obtidos cumprindo com as demais determinações constitucionais, especialmente no pertinente ao respeito dos fundamentos do Estado Democrático de Direito previstos no artigo 1º, dentro os quais se destacam a dignidade da pessoa humana (inciso III)

²³³ PASCHOAL, Janaína Conceição. *Op. cit.*, p. 90.

²³⁴ PASCHOAL, Janaína Conceição. *Op. cit.*, p. 91.

e a livre iniciativa (inciso IV). Em outras palavras, é preciso interpretar os objetivos por meio de uma filtragem imposta pelos fundamentos.

Nesse sentido, é possível afirmar que a grande meta institucional do Estado brasileiro é permitir o desenvolvimento da pessoa humana e da sociedade. Tal perspectiva perpassa pelos quatro objetivos e respeita os fundamentos expressos no texto constitucional. De acordo com Amartya Sen, as relações de desenvolvimento se convertem em supedâneos para se atingir a justiça. Ele entende que o desenvolvimento constitui “um processo de expansão das liberdades reais que as pessoas desfrutam. Portanto, tem a liberdade um papel ao mesmo tempo constitutivo e instrumental no desenvolvimento, vez que é um meio e o fim em si mesmo (do processo desenvolvimentista)”²³⁵.

Para este autor, a economia deve se aproximar de valores éticos conforme pensava Aristóteles²³⁶, pois, entende que a economia perdeu muito ao se afastar da ética, principalmente pelo fato de que as pessoas não fazem as coisas baseadas exclusivamente no autointeresse²³⁷.

Segundo Aristóteles, a busca de riquezas deve servir de meio para a obtenção de bens maiores²³⁸. Deste modo, a economia deve estar subordinada à política, pois esta é a ciência que estuda os meios para se chegar ao bem coletivo (da *polis*), o qual está em nível de superioridade ao bem individual²³⁹. Retornando aos objetivos traçados no texto constitucional, verifica-se uma proximidade muito grande com tais delineamentos.

²³⁵ BASSO, Larissa de Santis. **A eficácia do regionalismo no desenvolvimento**: Reflexões para a América Latina. 2008. 188. Dissertação (Mestrado em Direito Internacional) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 51.

²³⁶ SAPPACK, Leonardo Monteiro. Democracia e desenvolvimento Econômico: a contribuição de Amartya Sen. *In: Cadernos de iniciação Científica*, Ano 4, v. 4. São Bernardo do Campo: Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo, 2007, p. 89.

²³⁷ SEN, Amartya. **Sobre ética e economia**. São Paulo: Companhia das Letras, 1999, p. 27.

²³⁸ ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999, p. 20.

²³⁹ SAPPACK, Leonardo Monteiro. *Op. cit.*, p. 90. Nas palavras de Aristóteles: “Se há, então, para as ações que praticamos, alguma finalidade que desejamos por si mesma, sendo tudo mais desejado por causa dela, e se não escolhemos tudo por causa de algo mais (...), evidentemente tal finalidade deve ser o bem e o melhor dos bens. Não terá então uma grande influência sobre a vida o conhecimento deste bem? (...) Sendo assim, cumpre-nos tentar determinar, mesmo sumariamente, o que é este bem, e de que ciências ou atividade ele é o objeto. Aparentemente ele é o objeto da ciência mais imperativa e predominante sobre tudo. Parece que ela é a ciência política, pois esta determina quais são as demais ciências que devem ser estudadas em uma cidade, e quais os cidadãos que devem aprendê-las, e até que ponto: e vemos que mesmo as atividades tidas na mais alta estima se incluem entre tais ciências, como por exemplo, a estratégia, a economia e a retórica. Uma vez que a ciência política usa as ciências restantes e, mais ainda, legisla sobre o que devemos fazer e sobre aquilo de que devemos nos abster-nos (...) e então essa finalidade deve ser o bem do homem” (ARISTÓTELES. *Op. cit.*, p. 17).

Conforme mencionado, a ideia central de Amartya Sen está baseada em ter um desenvolvimento com liberdades, fundamentado na capacidade individual, a qual possui cinco liberdades instrumentais: a) liberdades políticas; b) facilidades econômicas; c) oportunidades sociais; d) garantias de transparência; e, e) segurança protetora²⁴⁰.

As liberdades políticas correspondem às oportunidades das pessoas escolherem quem irá governar e sob quais princípios, bem como a possibilidade de fiscalizar e criticar tais autoridades, além de ter a liberdade de se expressarem politicamente e ter uma imprensa livre, podendo, ainda, escolher entre diferentes partidos, etc²⁴¹. Em outras palavras, correspondem aos “direitos políticos associados às democracias no sentido mais abrangente (abarcando oportunidades de diálogo político, dissensão e crítica, bem como direito de voto e seleção participativa de legisladores e executivos)”²⁴².

As facilidades econômicas são “as oportunidades que os indivíduos têm para utilizar recursos econômicos com propósitos de consumo, produção ou troca”²⁴³. De acordo com Sen, o desenvolvimento econômico de um país deve incrementar as relações inseridas no âmbito das facilidades econômicas²⁴⁴.

As oportunidades sociais servem para materializar a participação nas atividades econômicas e políticas, pois correspondem às “disposições que a sociedade estabelece nas áreas de educação, saúde, etc., as quais influenciam a liberdade substantiva de o indivíduo viver melhor”²⁴⁵. Como afirma o próprio Sen, essas facilidades trazidas pelas oportunidades sociais não são importantes apenas para a condução da vida privada, mas também para uma participação nas atividades políticas e econômicas²⁴⁶.

A quarta liberdade instrumental está vinculada às interações sociais, especificamente no pertinente às suposições sobre o que é oferecido e o que se espera obter, tal procedimento se baseia em uma presunção de confiança. Logo, as garantias de transparência estão adstritas às “necessidades de sinceridade que as pessoas podem esperar: a liberdade de lidar uns com os outros sob garantias de

²⁴⁰ SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 25 e 55.

²⁴¹ SEN, Amartya. **Desenvolvimento...**, p. 55.

²⁴² SEN, Amartya. **Desenvolvimento...**, p. 55.

²⁴³ SEN, Amartya. **Desenvolvimento...**, p. 55.

²⁴⁴ SEN, Amartya. **Desenvolvimento...**, p. 55-56.

²⁴⁵ SEN, Amartya. **Desenvolvimento...**, p. 56.

²⁴⁶ SEN, Amartya. **Desenvolvimento...**, p. 56.

dessegrado e clareza”²⁴⁷. Essas garantias estão intimamente relacionadas com a prevenção da corrupção, com a responsabilidade financeira e com a preservação de transações ilícitas²⁴⁸.

Por fim, verifica-se que a segurança protetora proporciona uma “rede de segurança social, impedido que a população afetada seja reduzida à miséria abjeta e, em alguns casos, até mesmo à fome e à morte”²⁴⁹. É uma proteção às pessoas que se encontram vulneráveis por causa de mudanças materiais em suas vidas²⁵⁰.

As cinco liberdades instrumentais defendidas por Sen demonstram claramente a importância da atividade estatal em tutelar seus cidadãos, permitindo-lhes o desenvolvimento. Para isso, as relações econômicas precisam ser transparentes e prover uma segurança protetora, conforme ditam os objetivos constitucionais republicanos (art. 3º). Nesse passo, é preciso, simultaneamente, refutar um utilitarismo racionalista da economia e defender que “o papel da renda e da riqueza – ainda que seja importantíssimo, juntamente com outras influências – tem de ser integrado a um quadro mais amplo e completo de êxito e privação”²⁵¹.

Para Sen, a eficiência econômica não deve ser interpretada em razão de utilidades, mas em função de liberdade individuais²⁵², proporcionando uma relação de equidade²⁵³ o que garante uma preservação das relações adequadas no âmbito econômico. Amartya Sen não propõe uma utópica proposta de que os agentes econômicos sejam movidos somente por valores sentimentais e de justiça. Pelo contrário, sua proposta é equilibrar as suposições de comportamento²⁵⁴. Assim, entende que a discussão sobre atividades ilícitas na seara econômica (como a corrupção) não se restringem apenas às apurações empíricas do problema ou de fecundidade do comportamento, mas servem também para ilustrar a importância das normas e dos valores para os padrões de comportamento que podem ser fundamentais para a elaboração de políticas públicas²⁵⁵ e, conseqüentemente, para as regras do mercado econômico, principalmente em sociedades cuja intervenção estatal nesse campo é dotada de finalidades sociais.

²⁴⁷ SEN, Amartya. **Desenvolvimento...**, p. 56.

²⁴⁸ SEN, Amartya. **Desenvolvimento...**, p. 56.

²⁴⁹ SEN, Amartya. **Desenvolvimento...**, p. 57.

²⁵⁰ SEN, Amartya. **Desenvolvimento...**, p. 57.

²⁵¹ SEN, Amartya. **Desenvolvimento...**, p. 35.

²⁵² SEN, Amartya. **Desenvolvimento...**, p. 142.

²⁵³ SEN, Amartya. **Desenvolvimento...**, p. 143-145.

²⁵⁴ SEN, Amartya. **Desenvolvimento...**, p. 317.

²⁵⁵ SEN, Amartya. **Desenvolvimento...**, p. 317.

Outrossim, Sen defende que o “contraste entre as perspectivas diferentes da renda e da capacidade influencia diretamente o espaço no qual igualdade e eficiência serão examinadas”²⁵⁶. Nesse sentido, uma empresa de pequeno porte não terá a mesma capacidade de participar das disputas no mercado se as atividades ilícitas de outras foram eficientes nos moldes do teorema de Kaldor-Hicks. A preservação de tal ideário resultará na monopolização do mercado e na conseqüente seleção “não natural” de empresas no mercado. Não serão as regras do jogo que ditarão qual agente econômico permanece atuando, mas quais condutas, ainda que ilícitas, forem mais eficientes para haver a compensação da vantagem de um sobre o prejuízo alheio.

Este exemplo é bastante pontual para se compreender que o Estado deve intervir na esfera econômica no intuito de promover o Direito ao desenvolvimento. Afinal, “os abrangentes poderes de mecanismo de mercado têm de ser suplementados com a criação de oportunidades sociais básicas para a equidade e a justiça social”²⁵⁷. Por tal razão, há se de debruçar uma maior atenção a forma como o poder econômico é exercido nas relações econômicas.

De acordo com Gilberto José Pinheiro Júnior, o poder econômico pode se expressar sob a forma pública e sobre a forma privada²⁵⁸. Na primeira modalidade, corresponde às atividades econômicas estatais, enquanto que na segunda corresponde às atividades econômicas da esfera privada. Evidentemente, é sabido que abusos podem ocorrer tanto na esfera pública quanto na esfera privada, em ambas sua existência produz uma sociedade ainda mais desigual, haja vista que os abusos econômicos são empecilhos diretos à obtenção dos objetivos fundamentais traçados no texto constitucional.

Nesse sentido, o Estado deve se valer de mecanismos jurídicos para atuar nas relações econômicas, inclusive, se necessário for, de instrumentos penais. Contudo, o uso Direito Penal não deve ocorrer de forma desenfreada, sob o risco de se promover ainda mais desigualdade e injustiça. Sobre o assunto, sabiamente afirmou Amartya Sen que o “uso do raciocínio socialmente responsável e de ideias de justiça relaciona-se estreitamente à centralidade da liberdade individual”²⁵⁹.

²⁵⁶ SEN, Amartya. **Desenvolvimento**..., p. 116.

²⁵⁷ SEN, Amartya. **Desenvolvimento**..., p. 170.

²⁵⁸ PINHEIRO JÚNIOR, Gilberto José. **Crimes econômicos**: As limitações do direito penal. Edicamp: Campinas, 2003, p. 26-27.

²⁵⁹ SEN, Amartya. **Desenvolvimento**..., p. 297.

Conforme se verá adiante, toda e qualquer atuação estatal deve ter como único referencial a preservação da pessoa humana. Consequentemente, o Direito ao desenvolvimento, nos moldes sociais traçados pela Constituição Federal, está em plena harmonia com tal ideário.

Em síntese, conclui-se com este primeiro capítulo a existência da necessidade de intervenção do Estado sobre a seara econômica, especialmente diante dos princípios e objetivos estruturais da República Federativa do Brasil expressos no texto constitucional que servem de norte para todas as atividades estatais.

2 O DIREITO PENAL ECONÔMICO

Ao longo de todo o desenvolvimento do Direito Penal, verifica-se em diversos momentos sua utilização para sancionar condutas contrárias a determinados interesses e valores que se aproximavam da seara econômica atual.

Segundo Joyce Roysen, é possível dizer que “a criminalidade ligada à atividade econômica, entendida em sentido amplo, como as atividades de produção e trocas sociais, existe desde que o homem é homem e vive em sociedade”²⁶⁰, recebendo tratamento diferenciado (maior ou menor formalidade) “conforme o período histórico sobre o qual nos debruçarmos e refletirá em suas disposições os valores e a cultura da época e do povo que o produziu”²⁶¹.

Nesse sentido, é possível verificar ainda na antiguidade a vinculação entre condutas lesivas aos credores e o uso de sanções de natureza penal²⁶². Porém, afirma-se que o Direito Penal Econômico surge, enquanto sistema, apenas na virada do século XIX para o XX, não sendo possível se falar em tal matéria em períodos anteriores. Isto se dá em razão da delimitação dos bens jurídicos estar voltada, até então, apenas a questões de individualismo, ou seja, eram usados somente ordenamentos estruturados sobre a proteção de interesses individuais²⁶³.

2.1. Formação Histórica

Ao desenvolver um esboço histórico, Luciano Anderson de Souza elenca quatro fases históricas sobre o desenvolvimento do Direito penal Econômico: a) Primeira Fase: Casuismo Legislativo; b) Segunda Fase: Proteção ao Liberalismo; c)

²⁶⁰ ROYSEN, Joyce. Histórico da Criminalidade Econômica. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 11, nº 42, jan/mar, 2003 p. 192.

²⁶¹ ROYSEN, Joyce. *Op. cit.*, p. 192.

²⁶² Ainda que a prisão fosse utilizada apenas como instrumento de custódia, em inúmeras hipóteses, nos mais distintos modelos punitivos, ela estava atrelada à coerção para pagamento de dívidas. Nesse sentido: BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: Parte Geral, vol. 1. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 459 e ss.

²⁶³ GUARAGNI, Fábio André. A origem do Direito Penal Econômico: razões históricas. In: CÂMARA, Luiz Antonio. **Crimes contra a ordem econômica e tutela de direitos fundamentais**. Curitiba: Juruá, 2009, 139-152.

Terceira Fase: Estado do Bem-Estar Social; d) Quarta Fase: Retração do Papel do Estado²⁶⁴.

A fase do Casuísmo Legislativo corresponde ao período iniciado na Antiguidade (Século III A.C) até o Século XVIII. Pode-se dizer que a característica comum de todo esse longo contexto histórico é que “há na utilização do controle penal de assuntos de interesse da economia erro sentido de busca por correção de situações pontuais, sem sistematização ou uma lógica evolutiva, quer legislativa ou dogmática”²⁶⁵.

Analisando alguns pontos essenciais desse período, afirma Joyce Roysen que o direito romano já trazia em seu bojo punições muito severas para a prática de preços abusivos, especulação e ilícitos na importação e exportação de produtos dentro das fronteiras do Império. Ainda no concernente ao direito romano, Klaus Tiedmann afirma que havia o castigo penal sobre as condutas de especulação de preços e monopólio para assegurar o abastecimento de cereais, bem como sobre as infrações à proibição de exportação de armas e aço²⁶⁶.

Sobre esse período de casuísmo legislativo, anota Joyce Roysen que o direito canônico, influente em diversos momentos da história, sempre condenou práticas de usura, afinal, entende que a cobrança de juros significa uma forma de taxação sobre o tempo, o qual se constitui como um elemento sagrado. Consequentemente, tal elemento estaria fora do alcance das mãos humanas²⁶⁷. Aponta, ainda que ao longo dos séculos seguintes não fora diferente, pois as transformações sociais, cada uma do seu jeito, traziam consigo novas condutas valoradas como ilícitas na seara das atividades econômicas e eram sancionadas por meio do Direito penal²⁶⁸.

Assim, afirma que antes mesmo da formação dos Estados modernos, já se verificava a criminalização da falsificação de moeda, pois esta foi elemento fundamental nos processos de unificações. O mesmo ocorre no período das grandes navegações, no qual a falsificação podia ser punida com a morte na fogueira ou o

²⁶⁴ SOUZA, Luciano Anderson de. **Direito Penal Econômico: Fundamentos, Limites e Alternativas**. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 23-46.

²⁶⁵ SOUZA, Luciano Anderson de. *Op. cit.*, p. 23.

²⁶⁶ TIEDMANN, Klaus. **Manual de Derecho Penal Económico**: Parte General y Especial. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, p. 61.

²⁶⁷ ROYSEN, Joyce. *Op. cit.*, p. 192.

²⁶⁸ ROYSEN, Joyce. *Op. cit.*, p. 193.

confisco de bens²⁶⁹. Verifica-se, ainda, nessa época, a “revisão para delitos como o roubo ou a apropriação indébita de aves e escravos, previstos no Código Penal das Ordenações Filipinas do Reino de Portugal e que vigeu aqui por longos anos”²⁷⁰.

Na segunda fase, Proteção ao Liberalismo²⁷¹, verifica-se, com a estruturação do modelo econômico do Estado-nação, que a liberdade econômica corresponde ao poder de conquistar novos consumidores e mercados²⁷². Porém, o resultado da livre atuação dos agentes resultou em acúmulo e concentração de capitais e monopólio, situações contrárias aos fundamentos do sistema²⁷³. Nesse período, incentivados pelo movimento codificador, países influenciados pelo liberalismo e pela ideologia das Revoluções Francesa e Industrial passaram a criminalizar as especulações comerciais²⁷⁴ (a França edita em 1810 seu Código Penal, assim como a Bélgica no ano de 1867 e a Itália em 1899²⁷⁵). Desse mesmo período verifica-se a proteção ao consumidor foi assegurada “no domínio dos preços, por leis sobre a *taxation* em certos produtos e pela célebre lei *du Maximum*”²⁷⁶. Luciano Anderson de Souza anota que em 1890 fora promulgada nos Estados Unidos a *Sherman Act*, lei que abordou pela primeira vez aspectos antitruste em solo americano²⁷⁷.

A terceira fase, alcunhada de “Estado do Bem-Estar Social”, corresponde ao surgimento desse modelo estatal por meio de uma “sistemática centralização do regramento econômico, com vistas à proteção de economias nacionais fragilizadas,

²⁶⁹ ROYSEN, Joyce. *Op. cit.*, p. 193.

²⁷⁰ ROYSEN, Joyce. *Op. cit.*, p. 193.

²⁷¹ Sobre o Liberalismo, Miguel Reale afirma que este “foi considerado, de início, na Europa e nos países ligados à sua cultura, uma doutrina mais aplicável na área econômica, com base nos ensinamentos setecentistas de Adam Smith e de seus continuadores, ao passo que já ganhava também uma conotação política nos Estados Unidos da América, graças às diretrizes firmadas por Thomas Jefferson e demais fundadores da Grande República do Norte. Aos poucos, porém, essa acepção Lara se estendeu a todas as nações ocidentais, adquirindo, ao longo da passada centúria, o significado de doutrina política caracterizada pela distinção básica entre atividade econômica e atividade política, sendo a primeira confiada à iniciativa privada ficando a outra a cargo do Estado incumbido apenas da ordem interna e da defesa das soberanias nacionais, sem cuidar de medidas da natureza assistencial” (REALE, Miguel. *Variações sobre o Liberalismo*. In: REALE, Miguel. **Política e Direito**: ensaios. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 13).

²⁷² SOUZA, Luciano Anderson de. *Op. cit.*, p. 25.

²⁷³ REALE, Miguel. **Crise do Capitalismo e crise do Estado**. São Paulo: SENAC, 2000, p. 25; SOUZA, Luciano Anderson de. *Op. cit.*, p. 26.

²⁷⁴ SOUZA, Luciano Anderson de. *Op. cit.*, p. 26; Joyce Roysen. *Op. cit.*, p. 193.

²⁷⁵ Joyce Roysen. *Op. cit.*, p. 193.

²⁷⁶ FONSECA, Antonio Cezar Lima da. **Direito Penal do Consumidor**: Código de Defesa do Consumidor e Lei nº 8.137/90. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 25. Afirma este autor que no pertinente à tutela das relações de consumo, é apurada a tutela penal desde a Idade Média, com as Corporações (FONSECA, Antonio Cezar Lima da. *Op. cit.*, p. 25).

²⁷⁷ SOUZA, Luciano Anderson de. *Op. cit.*, p. 26.

utilizando-se amplamente o Direito penal para tanto”²⁷⁸. Luciano Anderson de Souza expõe que esse período se inicia com a Primeira Guerra Mundial²⁷⁹, fato este que, para Jorge de Figueiredo Dias e Manuel da Costa Andrade, é o marco inicial da história do Direito Penal Econômico²⁸⁰. Afirmam os autores portugueses que

Este acontecimento, pelos conflitos sociais que o acompanharam, pela necessidade de direcção e mobilização da economia para os esforços da guerra, obrigaram o Estado a assumir o papel de responsável maior pelo curso da vida económica, dirigindo-o, conformando-o e defendendo-o. Isto obrigou ao esquecimento – que seria definitivo e irreversível – do modelo liberal de separação entre o direito e a economia, o Estado e a sociedade. E criaram-se, por outro lado, os pressupostos do recurso ao direito penal (económico) como meio preferencial de defesa do modelo económico querido pelo Estado²⁸¹.

Ademais, ao período posterior a Primeira Grande Guerra somou-se uma violenta crise económica, a qual repercutiu em um movimento de intervenção da economia para a construção de um Estado social, do qual a Constituição de Weimar é exemplo²⁸²:

As carências provocadas pela guerra levaram (em 1914) às leis que autorizaram o *bundesrat* a tomar as medidas consideradas necessárias em matéria económica e, em especial, no domínio dos preços (máximos). Seguiu-se a proliferação quase incontrolada de normas administrativas de direcção da vida económica que recorriam (abusivamente, por vezes) às sanções penais como garantia de eficácia e de prevenção. Só em matéria de luta contra formas especulativas (*Kriegswuchergesetze*) foram publicadas mais de quarenta mil disposições penais, que depois veriam a sua vigência prolongada para além do termo da guerra na forma de leis reguladoras dos preços.

A mudança de condições e de horizonte político, económico e social nos quadros da República de Weimar determinou o aparecimento de leis visando a “socialização” de certas matérias primas (v.g., a potassa) e proteger a posição da Alemanha no comércio internacional. Outros sectores da vida económica suscitaram a intervenção estadual e levaram à inflação de sistemas sancionatórios por parte das autoridades administrativa (*Ordnungsstrafen*). O decreto contra o abuso do poder económico (a KVO de 1923) é um caso típico da legislação (penal) económica da República de Weimar que historicamente surgiu como um *estado económico* (*Wirtschaftsstaat*)²⁸³.

²⁷⁸ SOUZA, Luciano Anderson de. *Op. cit.*, p. 27.

²⁷⁹ SOUZA, Luciano Anderson de. *Op. cit.*, p. 27.

²⁸⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. Problemática Geral das Infrações contra a Economia Nacional. In: PODVAL, Roberto. **Temas de Direito Penal Econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 69.

²⁸¹ DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Op. cit.*, p. 69-70.

²⁸² SOUZA, Luciano Anderson de. *Op. cit.*, p. 28.

²⁸³ DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Op. cit.*, p. 71-71.

Destaca-se ainda que os Estados Unidos da América também necessitaram de uma modificação no paradigma do tratamento da economia, especialmente pela crise sofrida com a quebra de 1929. Neste compasso, o presidente americano Franklin Delano Roosevelt propôs uma política conhecida como *New Deal*, a qual era influenciada diretamente pelas ideias de John Maynard Keynes²⁸⁴, conforme visto no capítulo anterior. Ademais, apura-se que a normatização da esfera econômica mesclou-se com a elaboração de diplomas penais, ocorrendo certa confusão entre as duas searas²⁸⁵.

A quarta fase elencada por Luciano Anderson de Souza, chamada “Retração do Papel do Estado”, surge após um novo período de crise vivenciado pelos Estados Unidos da América. Na verdade, no espaço temporal entre a Segunda Guerra Mundial e a Guerra do Vietnã, o EUA viveu um momento de prosperidade econômica. No final da década de setenta, o governo americano passa a sofrer com algumas crises resultantes de fatores como a Guerra do Vietnã, a crise no petróleo e seus efeitos na economia mundial, bem como o escândalo Watergate²⁸⁶. No início da década de 80, Ronald Reagan assume como presidente dos EUA e, em harmonia à política de Margareth Thatcher, é adotada uma política de redução do intervencionismo na economia²⁸⁷. Nesse período, o “Estado busca apenas gerenciar os atores econômicos com vistas à assecuração do modelo vigente, sem interferir de forma mais significativa no mercado, que deve funcionar livremente”²⁸⁸, mas isso não implicou na redução do uso do Direito Penal sobre a economia²⁸⁹. Simultaneamente a estes fatos, verifica-se na Alemanha um movimento de reforma penal voltado à esfera econômica. Conforme afirma Hans Achenbach, o *boom* econômico vivido pela República Feral Alemã, com a sua reconstrução após a Segunda Guerra Mundial, sempre esteve vinculado ao uso de normas penais, sendo dessa época a institucionalização de um movimento formalizador do Direito Penal Econômico naquele país²⁹⁰.

²⁸⁴ SOUZA, Luciano Anderson de. *Op. cit.*, p. 28-29.

²⁸⁵ BERCOVICI, Gilberto; SOUZA, Luciano Anderson de. *Op. cit.*, p. 21.

²⁸⁶ SOUZA, Luciano Anderson de. *Op. cit.*, p. 31.

²⁸⁷ SOUZA, Luciano Anderson de. *Op. cit.*, p. 31.

²⁸⁸ SOUZA, Luciano Anderson de. *Op. cit.*, p. 31.

²⁸⁹ SOUZA, Luciano Anderson de. *Op. cit.*, p. 31.

²⁹⁰ ACHENBACH, Hans. Movimento de reforma do Direito Penal Econômico – uma retrospectiva. *In*: OLIVEIRA, William Terra de; LEITE NETO, Pedro Ferreira; ESSADO, Tiago Cintra; SAAD-DINIZ, Eduardo. **Direito penal econômico**: Estudos em homenagem aos 75 anos do Professor Klaus Tiedmann. São Paulo: LiberArs, 2013, p. 35. Destaca-se que o estudo de Achenbach traz dados

Salienta-se que nesse período o capitalismo passa a dominar todos os aspectos da vida social com uma alternância cada vez mais acentuada nas relações de trocas, não apenas em microrregiões, mas em um espaço global²⁹¹. Nesse contexto global, são apurados novos riscos, propiciadores de fraudes, falências e desvios que atingirão toda a economia mundial, como, por exemplo, os casos Enron, WroldCom e Parmalat²⁹². Esses casos de repercussão mundial fizeram com que se modificasse o entendimento da tutela sobre as relações econômicas²⁹³. Assim, desde a década de noventa, tem se vivenciado um período de aumento da tutela da economia por meio de normas penais.

O ordenamento jurídico-penal brasileiro acompanhou esse processo histórico de perto. Até o século XX, poucos crimes possuíam vinculação às atividades econômicas. Como aponta Luciano Anderson de Souza, à época das Ordenações Filipinas, punia-se a falsificação de moedas e as fraudes empreendidas por ourives²⁹⁴. Ainda enquanto colônia de Portugal, verifica-se a existência de crimes tributários, como bem anota Angelo Alves Carrara, sendo o contrabando de pau-brasil o primeiro delito tributário existente em terras brasileiras. Posteriormente, passou-se a tutelar penalmente o contrabando de escravos, além da extração clandestina ou então não declarada do ouro²⁹⁵.

A falsificação de moedas e a falência também foram objetos de incriminação do Código do Império (1830) e do Código Republicano (1890)²⁹⁶. Somente no Século XX, em razão dos movimentos acima expostos, é que se inicia a preocupação com uma tutela específica da economia. Assim, na década de trinta do século passado, verificou-se a incriminação de falsificação de moedas e dos crimes contra a liberdade de trabalho (arts. 239 a 244 e 204 da Consolidação das Leis

minuciosos da evolução da dogmática penal econômica alemã no período compreendido entre o final da década de sessenta e o final da década de noventa do século passado.

²⁹¹ SANTOS, Boaventura de Souza. **Para um novo senso comum**: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática. Vol. 1: A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência. 6. ed. São Paulo: Cortez, 2007, p. 153-154.

²⁹² SILVEIRA, Renato Jorge de Mello. *Op. cit.*, p. 21; ROYSEN, Joyce. *Op. cit.*, p. 196 e ss; SOUZA, Luciano Anderson de. *Op. cit.*, p. 32.

²⁹³ Luciano Anderson de Souza ainda cita a crise de 2008 (SOUZA, Luciano Anderson de. *Op. cit.*, p. 33), especificamente sobre os contornos que esta crise proporciona ao Direito Penal: FRANCO, Alberto Silva. A crise financeira de 2008: cinco anos depois. *In: Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 21, n. 103. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul.-ago./2013, p. 131-157.

²⁹⁴ SOUZA, Luciano Anderson de. *Op. cit.*, p. 34.

²⁹⁵ CARRARA, Angelo Alves. **Impostos, contrabando e revoltas no setecentos colonial**. (comentário). Disponível em: <<http://www.historiacolonial.arquivonacional.gov.br>>. Acesso em 25 jun. 2013.

²⁹⁶ SOUZA, Luciano Anderson de. *Op. cit.*, p. 34.

Penais, respectivamente), sendo da mesma década a lei que proibia a usura (Dec. 22.626/33)²⁹⁷.

Em 1938, com o Decreto-Lei 869, passou-se a proteger os abusos do poder econômico em razão dos interesses do consumidor. Já o Código de 1940 trouxe a criminalização do contrabando e da falsificação de moeda. Nos anos seguintes exurgiram inúmeras leis, merecendo menção as seguintes normas: Lei 1.521/51 (crimes contra a economia popular); Lei 4.729/65 (crimes de sonegação fiscal); Lei 7.492/86 (crimes contra o sistema financeiro nacional); Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor); Lei 8.137 (crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo); Lei 8.176/91 (modalidades de crimes contra a ordem econômica); Lei 8.666/93 (Lei de Licitações); Lei 9.605/98 (crimes ambientais); Lei 9.613/98 (crimes de lavagem de dinheiro, atualmente modificada substancialmente pela Lei 12.683/2012); Lei complementar 105/2001 (delitos contra o sigilo das operações de instituições financeiras); Lei 10.303/2001 (crimes contra o mercado de capitais)²⁹⁸; e, Lei 11.101/2005 (Lei de Falências)²⁹⁹.

Assim, apura-se que a tutela penal de aspectos de interesse econômico tornou-se objeto de reiterada previsão legislativa, criando novas situações jurídicas. Por tal razão, pode-se afirmar que o “Direito Penal Econômico foi, para o Direito Penal, a maior novidade do século XX, sobretudo em razão da enorme gama de possibilidades de sanção e seus efeitos, introduzidos por aquela ciência”³⁰⁰.

Não obstante o cômputo dos dados históricos e legislativos, verifica-se que este movimento de incriminação da economia se deve a outros elementos de grande importância, notadamente os estudos de criminologia.

²⁹⁷ SOUZA, Luciano Anderson de. *Op. cit.*, p. 35.

²⁹⁸ SOUZA, Luciano Anderson de. *Op. cit.*, p. 36-37.

²⁹⁹ Renato de Mello Jorge Silveira afirma que a preocupação penal econômica só passa a ser percebida no Brasil a partir da década de 1960 e indica como principais diplomas normativos a Lei nº 4.595/1964 (que abordou a Política e as Instituições Monetárias, Bancárias e Creditícias), a Lei 4.728/1965 (que abordou o mercado de capitais) e as leis 4.729/1965, 7.492/86, 8.137/1990 e 9.613/1998 já apontadas acima (SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Organização e associação criminosa nos crimes econômicos: Realidade típica ou contradição em termos?* In: OLIVEIRA, William Terra de; LEITE NETO, Pedro Ferreira; ESSADO, Tiago Cintra; SAAD-DINIZ, Eduardo. **Direito penal econômico: Estudos em homenagem aos 75 anos do Professor Klaus Tiedmann**. São Paulo: LiberArs, 2013, p.166).

³⁰⁰ JALIL, Maurício Schaun. *Op. cit.*, p. 4.

2.2 Análise Criminológica

Em verdade, essa evolução histórica é melhor compreendida se analisada por meio da abordagem criminológica realizada por Edwin Sutherland, a qual desmascara a antiga e reacionária ideia de que somente as classes menos favorecidas praticavam delitos.

Sutherland iniciou seus estudos em 1906, na Universidade de Chicago, objetivando responder três perguntas: “o que é crime, quais são as suas causas e, de forma mais específica, qual a relação entre o crime e a lei”³⁰¹.

Verifica-se que o período histórico em que Sutherland viveu foi decisivo para o desenvolvimento de sua teoria. Como bem aponta Celso Furtado, o período posterior a Primeira Grande Guerra foi de extrema fertilidade à economia dos Estados Unidos da América, chegando-se a um aumento de 35 por cento na renda *per capita*³⁰², reforçando, ainda mais, o papel deste país como grande economia global. No entanto, o desenvolvimento econômico americano é travado pelo *crack* da bolsa de Nova York no ano de 1929, o qual origina uma esfera de insolvência coletiva, o aumento da pobreza e, em razão da perpetração da “Lei Seca”, o aumento da criminalidade³⁰³.

Em 1932, Franklin Delano Roosevelt é eleito presidente dos EUA, adotando, no início de seu governo, seu plano de combate à depressão econômica: o *New Deal*³⁰⁴. Como já explanado anteriormente, o plano de Roosevelt consistia num programa econômico baseado nas ideias de John Maynard Keynes, tendo como princípio básico a possibilidade do Estado intervir na economia no intuito de amenizar a tensão social³⁰⁵.

A crise de 1929 origina uma situação anômica na economia mundial, países de menor potencial industrial só conseguirão superar a crise na década de 40³⁰⁶, quando, então, eclode a Segunda Guerra Mundial e, conseqüentemente, novas políticas financeiras no pós-guerra.

³⁰¹ SANTOS, Cláudia Maria Cruz. **O Crime de Colarinho Branco**: da origem do conceito e sua relevância criminológica à questão da desigualdade na administração da justiça penal. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 42.

³⁰² FURTADO, Celso. **Formação econômica do Brasil**. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1998, p. 181.

³⁰³ SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 205.

³⁰⁴ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Op. cit.*, p. 205.

³⁰⁵ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Op. cit.*, p., 205-206.

³⁰⁶ Sobre o assunto, FURTADO, Celso. *Op. cit.*, p. 217 e ss.

É nesse contexto histórico que as pesquisas de Sutherland surgiram. Seus estudos podem ser classificados como a “fase que marcou o início de nosso século, caracterizada por um pioneirismo moralista associado à tentativa de provar que a criminalidade não é exclusivamente provocada pelas classes tradicionalmente vistas como perigosas”³⁰⁷.

Assim, no ano de 1940, Sutherland publica um artigo intitulado “*White Collar Criminality*” na *American Sociological Review*. O conteúdo do artigo havia sido exposto em seu discurso no 52º encontro da American Economic Association, em 27 de dezembro de 1939³⁰⁸.

Neste trabalho, Sutherland demonstrou que a prática criminosa era inerente ao mundo dos negócios, mas que este comportamento criminal era diferente da criminalidade praticada pela classe socioeconômica baixa, especialmente nos procedimentos administrativos utilizados no tratamento dos delinquentes, bem como no pertinente às variações desses procedimentos administrativos, ou seja, sob a óptica da causa do delito, tais variações de procedimento não são significativas³⁰⁹.

Sutherland intitulou tais práticas de “delitos de colarinho branco”, explicando que o uso do termo serve para “fazer referência, principalmente, a empresários e executivos, no sentido em que usou um presidente da General Motors que escreveu *Uma Autobiografia de um trabalhador de Colarinho Branco*”³¹⁰.

Desta forma, propôs um conceito ao crime de colarinho branco como o “delito cometido por uma pessoa de respeito e elevado *status* social no exercício de sua ocupação”³¹¹.

Um dos objetivos de Sutherland era demonstrar que os delitos de colarinho branco consistem em uma prática constante, assim, invalidaria as teorias que defendiam que o delito se deve à pobreza e aos problemas a ela associados³¹². Além disso, sua proposta refutava as teorias da Escola Positiva³¹³, possibilitando “uma grande discussão dentro da perspectiva social”³¹⁴.

³⁰⁷ SANTOS, Cláudia Maria Cruz. *Op. cit.*, p. 42.

³⁰⁸ VERAS, Ryanna Pala. **Nova Criminologia e os crimes do colarinho branco**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 23.

³⁰⁹ SUTHERLAND, Edwin H. **El Delito de Cuello Blanco**: versión completa. Montevideo: Editorial B de F, 2009, p. 9.

³¹⁰ SUTHERLAND, Edwin H. *Op. cit.*, p. 9, rodapé 7.

³¹¹ SUTHERLAND, Edwin H. *Op. cit.*, p. 9.

³¹² SUTHERLAND, Edwin H. *Op. cit.*, p. 10.

³¹³ A Escola Positiva teve como cerne a identificação do delinqüente nato. Seus principais autores foram Cesare Lombroso, Raffaele Garofalo e Enrico Ferri, os quais estudaram a figura do delinqüente sob aspectos antropológicos, psicológicos e sociais, respectivamente. Sobre o assunto: GARCIA,

Assim, Sutherland desenvolve sua Teoria da Associação Diferencial, a qual foi estruturada sob a influência de Margaret Mead e Gabriel Tarde. Mead defendia uma teoria sócio-psicológica, na qual salientava a importância dos elementos cognitivos na determinação dos comportamentos, ou seja, como os significados (fatores cognitivos) são interpretados por cada indivíduo em razão de suas experiências, sendo estas condicionadas pelos elementos psicológicos e sociais individuais³¹⁵. Por sua vez, Tarde propôs uma teoria baseada em “Leis da Imitação”, a qual “funciona através de uma repetição <<de cima para baixo>> que leva, nomeadamente, o empregado a imitar seu chefe e os filhos a imitar os pais”³¹⁶.

Conseqüentemente, a Teoria da Associação Diferencial, mesclando os dois autores acima referidos, defende que a motivação para a prática do crime e o conhecimento dos procedimentos para cometimento do crime são aprendidos por meio dos processos de comunicação no interior de grupos³¹⁷. Este processo de aprendizagem deve ser compreendido como a “gênese profunda do comportamento humano, enquanto processo complexo e global do desenvolvimento psicológico e conductual do homem”³¹⁸.

O processo de aprendizagem é resultado do “contato com valores, atitudes, definições e pautas de condutas criminais no curso de normais processos de comunicação e interação do indivíduo com seus semelhantes”³¹⁹. Logo, sem o processo de comunicação, torna-se impossível o desenvolvimento do indivíduo à

Basileu. **Instituições de Direito Penal**. Vol. I, Tomo I. 6. ed. São Paulo: Mas Limonad, 1982, p. 81 e ss.

³¹⁴ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Op. cit.*, p. 209.

³¹⁵ SANTOS, Cláudia Maria Cruz. *Op. cit.*, p. 43.

³¹⁶ SANTOS, Cláudia Maria Cruz. *Op. cit.*, p. 44. Acerca do pensamento de Tarde, merece transcrição a explicação de Bruno Shimizu: “Tarde afirma que o tipo criminoso nada mais é que uma espécie de tipo profissional, que tem seus traços físicos e psicológicos adquiridos em virtude da rotina de sua ocupação. Dessa forma, assim como um clérigo ou um operário acabam por adquirir uma postura e um modo de pensar e agir condicionados por seu fazer social, também o criminoso constrói sua identidade de acordo com seu tipo profissional (Tarde, 1924). Na doutrina de Tarde, as influências sociais tomam o primeiro plano na origem dos comportamentos. As sociedades funcionariam regidas pelo que o autor denominou *leis da imitação*, visto que os comportamentos sociais sempre devem ser aprendidos para que se possa executá-los. Nas palavras do autor: “Uma idéia de crime, assim como uma invenção genial, não brota do chão por geração espontânea” (Tarde, 2005, p. 181). O delito, como comportamento social, não haveria de ser diferente, sendo o delinquente também um tipo profissional absorvido pela aprendizagem, o que depende do meio em que o indivíduo se situa”. (SHIMIZU, Bruno. **Solidariedade e gregarismo nas facções criminosas**: um estudo criminológico à luz da psicologia das massas. São Paulo: IBCCRIM, 2011, p. 37).

³¹⁷ SANTOS, Cláudia Maria Cruz. *Op. cit.*, p. 44.

³¹⁸ GOMES, Luiz Flávio; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA. Antonio. **Criminologia**: Introdução a seus fundamentos teóricos: Introdução às bases criminológicas da Lei 9.099/95 – Lei dos Juizados Especiais Criminais. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 300.

³¹⁹ GOMES, Luiz Flávio; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA. Antonio. **Criminologia**..., p. 300.

prática delitiva. Isso ocorre em razão de que os “valores dominantes no seio do grupo “ensinam” o delito. Uma pessoa converte-se em delinqüente quando as definições favoráveis à violação superam as desfavoráveis”³²⁰.

Para condicionar sua teoria ao modo, intensidade e duração dos contatos do indivíduo com o grupo, Sutherland apresenta nove teses (proposições):

1. A conduta delitiva é uma conduta aprendida; não se herda, não se inventa.
2. A conduta delitiva se aprende em interação com outras pessoas no curso de um processo de comunicação.
3. A conduta criminosa se aprende, principalmente, em grupos pessoais íntimos. Os meios de comunicação não têm um papel muito relevante (nessa época, a televisão estava pouco desenvolvida).
4. A aprendizagem da conduta delitiva compreende:
 - a) As técnicas de comissão do delito, que algumas vezes são complicadas e outras simples.
 - b) A orientação específica dos motivos, inclinações, racionalizações e atitudes.
5. A específica orientação dos motivos e inclinações é aprendida de forma que são valoradas positiva ou negativamente pelas leis.
6. Uma pessoa transforma-se em delinqüente em conseqüência de que, em seu redor, predominam as posições favoráveis à infração sobre as que valoram negativamente a infração da norma.
7. Os contatos diferenciais variam segundo a freqüência, desviação, precocidade e intensidade da reação emocional dos contatos sociais.
8. O processo em que se aprende a conduta desviada, mediante contatos com pautas de condutas criminais e pautas contrárias ao delito, é similar a qualquer outro processo de aprendizagem em que se aprendem outros tipos de condutas.
9. A conduta delitiva é expressão dos mesmos valores e necessidades gerais das que guiam a conduta não delitiva: ganhar dinheiro é uma aspiração comum tanto ao que rouba quanto ao que trabalha para consegui-lo³²¹.

Para comprovar suas nove teses, Sutherland realizou uma densa pesquisa empírica, analisando os registros de setenta grandes empresas³²² e as condenações por elas sofridas por diversas condutas delitivas, tendo elas incidido nas condutas de concorrência desleal, uso fraudulento de “descontos” (forma de discriminação de preços entre companhias), lesão a direitos autorais, apresentação de propagandas

³²⁰ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Op. cit.*, p. 209; No mesmo sentido: SANTOS, Cláudia Maria Cruz. *Op. cit.*, p. 44.

³²¹ MUÑOZ CONDE, Francisco; HASSEMER, Winfried. **Introdução à Criminologia**. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: 2011, p. 60-61; No mesmo sentido, de forma resumida: VERAS, Ryanna Pala. *Op. cit.*, p. 37-38.

³²² Dentre essas empresas estavam multinacionais como a Ford, General Motors, Goodyer, Chrysler, Paramount, Standard Brands e Warner Bros. A relação completa está contida nos quadros apresentados por Sutherland em sua obra em versão completa (SUTHERLAND, Edwin H. *Op. cit.*, p. 20-23 e 26-29).

enganosas e abusivas, práticas laborais abusivas (injustas), manipulações financeiras, entre outras diversas infrações legais³²³.

Além disso, seus estudos apuraram as práticas de violações às regulações em períodos de guerras, dentre as quais verificaram-se, além da desobediência às normas de exceção ao período, evasão fiscal, concorrência desleal em material bélico, interferências nas políticas de guerra para preservação de suas posições de concorrência no mercado, violações à embargos normativos e determinações de neutralidade e traição³²⁴.

Na parte final de sua análise empírica, Sutherland apresenta casos envolvendo práticas ilícitas por corporações vinculadas ao serviço público de energia e luz elétrica. O criminólogo apurou a prática de fraudes contra os consumidores, fraudes contra investidores, restrição do comércio e concorrência desleal e práticas laborais abusivas³²⁵. Especificamente a estas empresas vinculadas ao serviço público, Sutherland concluiu que: a) as comissões estatais de fiscalização sobre as companhias ignoravam as políticas utilizadas pelas empresas e eram incapazes de atuar com eficácia sobre as violações legais que tomavam conhecimento; b) as corporações de serviços públicos combateram toda regulação destinada a aplicar a lei contra fraude aos sistemas de serviços públicos; c) as corporações de serviços públicos apresentaram uma propaganda organizada a desenvolver sentimentos favoráveis sobre suas atividades; d) as corporações de serviços públicos lutaram energicamente contra toda tentativa das comunidades locais ou de coletividades maiores para criação de autoabastecimento de energia e luz elétrica por meio de métodos mais econômicos; e) as corporações de serviços públicos usam métodos ilegais para influenciar eleições e nomeações de cargos, de modo que muitas pessoas ocupantes de altos cargos públicos estão estreitamente relacionadas com as empresas prestadores de serviços públicos, ainda que estes vínculos não constituam nenhuma atividade ilícita³²⁶.

Diante de tais dados, Sutherland conclui que o delito de colarinho branco se mostra como algo organizado. Para tanto realiza uma comparação entre a figura do “empresário ideal” e do “delinqüente ideal”, chegando a quatro constatações:

³²³ SUTHERLAND, Edwin H. *Op. cit.*, p. 89-260; p. 289-397.

³²⁴ SUTHERLAND, Edwin H. *Op. cit.*, p. 261-287.

³²⁵ SUTHERLAND, Edwin H. *Op. cit.*, p. 302-326.

³²⁶ SUTHERLAND, Edwin H. *Op. cit.*, p. 327-330.

1. A delinquência das corporações é persistente, ou seja, uma grande proporção de seus delinquentes volta a reincidir na conduta (segundo o autor, o índice empírico demonstra 97,1% de taxa de reincidência)³²⁷. Assim, “nenhum dos procedimentos oficiais usados contra os homens de negócios por violações a lei resultou muito efetivo para reabilitá-los ou dissuadir outros de cometerem condutas similares”³²⁸.

2. As condutas ilegais são superiores aos índices apresentados pelas investigações judiciais e pelas denúncias³²⁹. Verifica-se que “muitos tipos de violação à lei são comuns a toda a indústria, no sentido de que todas as empresas na indústria os praticam”³³⁰.

3. Em regra, o homem de negócios que viola as leis que regulam as atividades negociais não perde o *status* entre seus sócios comerciais³³¹. Isto é, “ainda que uns poucos membros da indústria os menosprezem, outros os admiram”³³².

4. Os homens de negócios geralmente sentem e expressam desprezo à lei, ao governo e aos agentes governamentais, o que se dá pelo fato de que os homens de negócios enxergam os agentes governamentais como políticos e burocratas, e, também, como infiltrados aos cargos autorizados a investigar as práticas comerciais³³³. Segundo Sutherland, “os homens de negócios crêem, geralmente, que quanto menos o governo haja melhor será, exceto se necessitem de favores especiais dele; e muitas vezes consideram que promulgar uma lei é um delito, ao invés de sê-lo sua violação”³³⁴.

Retornando à comparação entre delitos de colarinho branco e ao criminoso “ideal”, o autor afirma que as diferenças mais significativas consistem na ideia de que os delinquentes têm de si mesmos e no conceito que o público tem sobre eles:

O ladrão profissional se vê como um delinqüente, e o público em geral compartilha essa ideia, assim como também o ladrão que não anseia uma reputação pública favorável, é orgulhoso de sua fama. Por outro lado, o

³²⁷ SUTHERLAND, Edwin H. *Op. cit.*, p. 334.

³²⁸ SUTHERLAND, Edwin H. *Op. cit.*, p. 334.

³²⁹ SUTHERLAND, Edwin H. *Op. cit.*, p. 334.

³³⁰ SUTHERLAND, Edwin H. *Op. cit.*, p. 334.

³³¹ SUTHERLAND, Edwin H. *Op. cit.*, p. 335.

³³² SUTHERLAND, Edwin H. *Op. cit.*, p. 335.

³³³ SUTHERLAND, Edwin H. *Op. cit.*, p. 336.

³³⁴ SUTHERLAND, Edwin H. *Op. cit.*, p. 336.

homem de negócios se preocupa em ser um cidadão respeitável e, em geral, é assim considerado pelo público.³³⁵

Sobre esse aspecto, verificou o autor que a complexidade dos processos negociais e a grande dispersão de seus efeitos no tempo e no espaço facilitam a preservação dos delitos de colarinho branco em segredo, assim como os homens de negócio desenvolvem justificações destinadas a esconder os fatos criminosos³³⁶, justamente na tentativa de manter seu *status*.

Imbuídas do mesmo objetivo, as empresas atuam de modo a receber tratamentos diferenciados, isso porque seus membros não querem ser presos por policiais, conduzidos aos tribunais criminais ou condenados penalmente³³⁷.

Sobre esse tratamento diferenciado, Alessandro Baratta afirma que existem fatores de natureza social (tais como o prestígio dos autores das infrações, a ausência de estereótipos desses agentes e o fraco efeito estigmatizante das penas aplicadas), fatores de natureza jurídico-formal (como as competências especiais ou os órgãos especiais) e fatores de natureza econômica (como a possibilidade de contratar advogados de prestígio ou então de pressionar os denunciadores)³³⁸. Todas essas circunstâncias resultam na ausência de punição da criminalidade econômica ou na modificação dos procedimentos penais, no intuito de se evitar o estigma do delito sobre os agentes. Sob essa perspectiva antiestigmatizante, Sutherland equiparou os delitos de colarinho branco à criminalidade juvenil³³⁹.

Além disso, apura-se que “o mundo dos negócios possui uma firme organização no sentido de permitir a infração das normas que o regem, enquanto a sociedade não está organizada para impedir tal violação”³⁴⁰.

Igualmente, é cediça a influência dos agentes econômicos dominantes nas atividades governamentais. Ao longo da história, os grupos próximos ao governo sempre tiveram um tratamento diferenciado dos grupos mais periféricos³⁴¹.

Atualmente, verificam-se no ordenamento jurídico pátrio situações de claro tratamento discrepante como, por exemplo, os efeitos penais do arrependimento

³³⁵ SUTHERLAND, Edwin H. *Op. cit.*, p. 337.

³³⁶ SUTHERLAND, Edwin H. *Op. cit.*, p. 340.

³³⁷ SUTHERLAND, Edwin H. *Op. cit.*, p. 341.

³³⁸ BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**: introdução à sociologia do direito penal. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002, p. 102.

³³⁹ SUTHERLAND, Edwin H. *Op. cit.*, p. 77.

³⁴⁰ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Op. cit.*, p. 208.

³⁴¹ SANTOS, Cláudia Maria Cruz. *Op. cit.*, p. 17-37.

posterior. De acordo com o artigo 16 do Código Penal, nos crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, reparado o dano ou restituída a coisa, até o recebimento da denúncia ou da queixa, por ato voluntário do agente, a pena será reduzida de um a dois terços. Assim, ao criminoso “ideal” (mantendo-se a expressão de Sutherland) que pratica o furto de um bem móvel, mas por razões pessoais decide devolver o bem à vítima, aplicar-se-á a pena, mas com uma redução em seu *quantum*. Por outro lado, se um “homem de negócio” (também no sentido empregado por Sutherland) pratica uma sonegação de milhões de reais e, antes do recebimento da denúncia, realiza o pagamento, terá decretada a extinção de sua punibilidade³⁴². Não bastasse tal favorecimento, são encontradas na jurisprudência decisões que permitiram a extensão deste benefício, em razão do artigo 9ª da Lei 10.684/2003, até o momento de prolação da sentença³⁴³.

Destarte, para situações idênticas (práticas delituosas com arrependimentos posteriores que proporcionam o retorno do *status quo ante*) têm-se a aplicação de medidas distintas. Somente tal situação já ensejaria a necessidade de se pensar em uma reestruturação dogmática do sistema penal brasileiro. Nesse sentido, alguns autores, dentre os quais merecem destaque Juarez Cirino dos Santos³⁴⁴, Nilo Batista, Eugenio Raúl Zaffaroni³⁴⁵ e, em especial, Michel Foucault³⁴⁶, chegam a defender que a lei é instrumento de classe, no intuito de ser aplicada contra a parcela dominada, atuando o sistema jurídico criminal como mecanismo de dominação da classe por meio da gestão da criminalidade.

É justamente nesse contexto que a empresa (corporação, nas palavras de Sutherland) aparece como fator decisivo na prática delituosa, pois possibilita a prática de condutas criminosas por meio da estrutura organizacional da atividade empresarial. Assim, reforça-se a ideia da importância da análise da criminalidade de

³⁴² Conforme artigo 34 da Lei 9.249/95.

³⁴³ Por todas: “AÇÃO PENAL. Crime tributário. Tributo. Pagamento após o recebimento da denúncia. Extinção da punibilidade. Decretação. HC concedido de ofício para tal efeito. Aplicação retroativa do art. 9º da Lei federal nº 10.684/03, cc. art. 5º, XL, da CF, e art. 61 do CPP. O pagamento do tributo, a qualquer tempo, ainda que após o recebimento da denúncia, extingue a punibilidade do crime tributário, 5º, XL, CF e art. 61CPP” (STF HC 81929 RJ, Relator: SEPÚLVEDA PERTENCE, Data de Julgamento: 15/12/2003, Primeira Turma, Data de Publicação: DJ 27-02-2004 PP-00027 EMENT VOL-02141-04 PP-00780).

³⁴⁴ SANTOS, Juarez Cirino dos. **A criminologia radical e a política do controle social**. 3. Ed. Curitiba: ICPC: Lumen Juris, 2008, p. 80 e ss. SANTOS, Juarez, Cirino dos. **Direito penal: parte geral**. 2. Ed. Curitiba: ICPC: Lumen Juris, 2007, pp. 495-498.

³⁴⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Op. cit.*, p. 383 e ss.

³⁴⁶ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. 36. Ed. Petrópolis: Vozes, 2009, pp. 228-244.

empresa, a qual é expressa, segundo Bernd Schünemann, como “todo o âmbito dos delitos econômicos em que por meio de uma atuação de uma empresa se lesam bens jurídicos e interesses externos, incluídos os bens jurídicos e interesses próprios dos contribuintes da empresa”³⁴⁷.

Nesse sentido, Sutherland defende que existem três aspectos de justificação racional para uma corporação praticar condutas ilegais de forma organizada. Primeiramente, a corporação seleciona delitos que implicam um risco mínimo de descobrimento e de identificação, com vítimas sem grande probabilidade de resistência.³⁴⁸

Em segundo lugar, as corporações selecionam crimes que são difíceis de provar. Nesse sentido, o crime de colarinho branco se assemelha ao roubo profissional, uma vez que a seleção dos delitos sobre essa base se ilustra com a publicidade: como certo exagero se considera justificada em algumas atividades, a prova de que um exagero é irrazoável será difícil³⁴⁹. Sutherland indica como exemplo deste aspecto o fato de que as empresas detêm sob seu controle os sindicatos, tornando muito difícil a prova de práticas laborais abusivas. Um exemplo bastante atual seria o caso das condutas de gestão temerária³⁵⁰, as quais podem ser apresentadas como atividades de risco inerentes às atividades da instituição financeira, como também podem ser condutas delitivas justamente em razão de serem operações de risco sujeitas às variações do mercado³⁵¹.

O terceiro aspecto apresentado por Sutherland consiste na adoção de políticas para “arranjar” casos³⁵². Em outras palavras, estas políticas de “arranjo” equivaleriam aos famosos “jeitinhos” de modo que quando se detém dinheiro torna-se mais fácil “arranjar uma saída” aos problemas que surgirem. Para o autor, as empresas tentam evitar a aplicação da lei por meio desses “arranjos” vinculados à

³⁴⁷ SCHÜNEMANN, Bernd. **Delincuencia empresarial**: cuestiones dogmáticas y de política criminal. Buenos Aires: Fabián J. Di Plácidos, 2004, p. 19.

³⁴⁸ SUTHERLAND, Edwin H. *Op. cit.*, p. 345.

³⁴⁹ SUTHERLAND, Edwin H. *Op. cit.*, p. 347.

³⁵⁰ Artigo 4º, Parágrafo único da Lei nº 7.492/86.

³⁵¹ Acerca da análise da temeridade da gestão frente aos riscos e suas consequências merece destaque o trabalho desenvolvido por Álvaro Edauto da Silva Gomes que analisa tais institutos sob um foco econômico-contábil (GOMES, Álvaro Edauto da Silva. **Uma contribuição ao estudo de gestão temerária nas instituições financeiras brasileiras**. 2002. 119. Dissertação (Mestrado em Controladoria e Contabilidade Estratégica) – Faculdade de Ciências Econômicas de São Paulo, São Paulo, p. 48-58).

³⁵² SUTHERLAND, Edwin H. *Op. cit.*, p. 347.

prática de delitos de colarinho branco³⁵³. Para tanto, praticam subornos, negociações particulares e exercem influências por meio de pressões político-econômicas.

No entanto, esses três aspectos não implicam na assertiva de que toda prática delituosa por meio de uma empresa (corporação) se dê de forma organizada, mas se comprova que uma parte considerável das práticas ilegais vinculadas às atividades negociais ocorre de forma organizada³⁵⁴.

Um ponto fundamental para Sutherland chegar a tais conclusões, especificamente na atribuição de suas nove teses que estruturam a Teoria da Associação Diferencial, foi a demonstração de que os crimes de colarinho branco “são crimes”. Certamente, o desenvolvimento da demonstração da ilicitude penal de um fato não é tarefa fácil, essencialmente na órbita das condutas econômicas, motivo pelo qual, não obstante as constatações já realizadas acima sobre os fatores de tratamentos diversificados, é preciso levar em consideração a interpretação por meio de conceitos históricos e sociológicos vinculados à percepção social. Nesse sentido, a análise da corrupção realizada por Roberto Livianu³⁵⁵, sob a influência da doutrina de Villoria Mendieta, torna possível verificar três cores equivalentes à prática delituosa da corrupção e que se amoldam perfeitamente às circunstâncias do presente tópico, especialmente pelo fato da corrupção ser, essencialmente, um delito do colarinho branco. Assim, cada cor representa o nível de aceitação e assimilação da ilicitude de uma conduta pela sociedade.

O primeiro nível abrange a corrupção (ou criminalidade econômica) negra que é composta pelas ações condenadas pelas elites morais da sociedade, proporcionando uma congruência entre lei e opinião pública. O segundo nível equivale a corrupção cinza, a qual é condenada pela elite moral, mas os cidadãos não a rechaçam, como foi a proibição do consumo de álcool trazida pela Lei Seca da década de 20 nos Estados Unidos. E, por fim, tem-se a corrupção branca, a qual não é condenada pela elite moral ou pela população em geral de forma clara, mas é tolerada, ainda que não em sua totalidade, como ocorre com o tráfico de influências³⁵⁶. Denota-se de tal comparação que a dificuldade de reconhecimento da

³⁵³ SUTHERLAND, Edwin H. *Op. cit.*, p. 348.

³⁵⁴ SUTHERLAND, Edwin H. *Op. cit.*, p. 348.

³⁵⁵ LIVIANU, Roberto. **Corrupção e Direito Penal**: Um diagnóstico da corrupção no Brasil. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 30.

³⁵⁶ LIVIANU, Roberto. *Op. cit.*, p. 30.

ilicitude de uma conduta econômica está imbricada aos valores históricos e sociais que acabam por favorecer a classe economicamente dominante.

Nesse sentido, para Sutherland comprovar que os delitos de colarinho branco constituem verdadeiras práticas delitivas, fora preciso analisar as condutas proibidas pela legislação antitruste norte-americana sob o filtro de dois critérios abstratos indicados por ele como necessários para definir um delito: descrição legal de um ato como socialmente lesivo e a previsão legal de uma pena para este ato³⁵⁷. Como ambos os requisitos estavam contidos nas legislações analisadas por Sutherland, o criminólogo conseguiu comprovar que as práticas empresariais também podem ser criminosas.

Um ponto de importante crítica ao pensamento de Sutherland se dá ao fato de que não há uma reafirmação doutrinária (e até mesmo empírica) de seus apontamentos. Nesse sentido, Helena Regina Lobo da Costa aponta críticas à adoção do pensamento de Sutherland aos dias atuais sem delimitar certas ressalvas³⁵⁸. Segundo a autora, estudos atuais comprovam que a criminalidade econômica não é praticada pelas camadas mais altas, como afirmava Sutherland, mas pela classe média³⁵⁹. Em sentido idêntico, Eduardo Correia afirma que existem “condutas desviantes das regras da ordem econômica levadas a cabo por <<homens de colarinho branco>> que não constituiriam crimes”³⁶⁰, ao mesmo tempo em que “muitas ações violadoras da ordem econômica seriam praticadas por homens de <<colarinho azul>>, ou seja, de inferior extração social”.

Outra crítica é apontada por Ramiro García Falconí, segundo o qual não é possível generalizar todos os fenômenos delitivos sob o beiral da Teoria da Associação Diferencial, pois ela não contempla em sua estrutura fatores irracionais (no sentido econômico) ou meramente instintivos, tais como os que motivam comportamentos agressivos ou antissociais nas crianças³⁶¹. Afirma, ainda, que a teoria de Sutherland não considera as diferenças naturais existentes entre as

³⁵⁷ SUTHERLAND, Edwin H. *Op. cit.*, p. 65.

³⁵⁸ COSTA, Helena Regina Lobo da. **Direito Penal Econômico e Direito Administrativo Sancionador**: *ne bis in idem* como medida de política sancionadora integrada. 2013. 261. Tese (Livro Docência em Direito Penal) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 30 e ss.

³⁵⁹ COSTA, Helena Regina Lobo da. *Op. cit.*, 44.

³⁶⁰ CORREIA, Eduardo. Introdução ao Direito Penal Económico. *In*: **DIREITO Penal Económico e Europeu**: textos doutrinários: volume I – problemas gerais. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 309.

³⁶¹ GARCÍA FALCONÍ, Ramiro. Nueva delincuencia y nuevos delincuentes: Las teorías de la criminalidad económica. *In*: FALCONÍ, Ramiro García et al. **Derecho Penal Económico**, tomo I. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2012, p. 25.

peças e a presença de outros fatores que possam incidir em um potencial criminógeno mais elevado³⁶².

Além disso, Helena Regina Lobo da Costa verifica que a “quantificação dos danos causados por tais crimes não recebeu, até agora, suficiente atenção da criminologia”³⁶³. Especificamente sobre a questão numérica desses delitos, atesta que “as cifras negras – chamadas, nesse campo, de cifras douradas – teriam sido objeto de estudos, sendo consideradas, ainda, não mensuráveis cientificamente, o que torna ainda mais questionáveis os números relativos à criminalidade econômica”³⁶⁴. Segundo a autora,

Esse certo desinteresse da criminologia pela criminalidade econômica é decorrência, ao menos parcialmente, da repercussão da obra de Sutherland. Desde seus estudos, passou-se a trabalhar de forma quase cega com a ideia de que os ricos e poderosos são tratados de forma mais favorável pelo sistema criminal, deixando-se de lado análises outras sobre o tema. Evidentemente que outros fatores, além da obra de Sutherland, podem ser apontados como causas da timidez criminológica na matéria. Schneider justifica a ausência, na Alemanha, de análises criminológicas e empíricas do direito penal econômico, sob o argumento de que os criminólogos críticos costumam incluir os criminosos econômicos e ambientais no rol daqueles que mereciam punição penal, por consideraram suas condutas extremamente reprováveis, razão pela qual não se interessam em desenvolver esses estudos no que concerne a tais crimes e, também, clamam por maior punição dessa matéria, sendo tidos pelo ator como gestores atípicos da moral nessa matéria.³⁶⁵

Assim, verifica-se por meio dos apontamentos da autora que a obra de Sutherland deixou inúmeros pontos a serem melhor aprofundados pela criminologia, o que acaba dificultando a adoção e criação de políticas públicas adequadas à matéria³⁶⁶.

Contudo, é indiscutível que os estudos de Sutherland foram importantes para o “desmascaramento” da face oculta do Direito Penal, sendo seus apontamentos considerados relevantes até os dias atuais, motivo pelo qual, ainda que existam tais críticas, não se pode retirar o mérito de seu trabalho, por mais que este seja considerado superado³⁶⁷.

³⁶² GARCÍA FALCONÍ, Ramiro. *Op. cit.*, p. 25.

³⁶³ COSTA, Helena Regina Lobo da. *Op. cit.*, 44-45.

³⁶⁴ COSTA, Helena Regina Lobo da. *Op. cit.*, 45.

³⁶⁵ COSTA, Helena Regina Lobo da. *Op. cit.*, 45-46.

³⁶⁶ COSTA, Helena Regina Lobo da. *Op. cit.*, 46-47.

³⁶⁷ COSTA, Helena Regina Lobo da. *Op. cit.*, 233.

Além da pesquisa de Sutherland, merece destaque o trabalho de Daniel Glaser, o qual complementou a Teoria da Associação Diferencial, afirmando que os delitos empresariais não decorrem da associação diferencial, mas da identificação diferencial³⁶⁸.

Para Glaser, o processo de aprendizagem da conduta criminosa não ocorre pela comunicação ou interação pessoal, mas sim pela identificação, ou seja, uma pessoa praticará uma conduta delitiva quando se identificar com outras pessoas, reais ou fictícias, sob uma perspectiva de que sua própria conduta criminal seria considerada aceitável³⁶⁹. Em outras palavras, o indivíduo só passa a ter um comportamento desviante depois de se identificar com pessoas que têm este mesmo comportamento. Logo, é possível atribuir um forte papel educacional aos mecanismos midiáticos, “pois uma figura pública, como um atleta ou um membro do meio artístico, de acordo com a identificação diferencial, pode incidir e influir mais em uma pessoa do que aquelas com as quais o sujeito interage diretamente”³⁷⁰.

Analisando esta teoria, Ramiro García Falconí explica que os personagens de filmes, seriados e novelas e heróis de histórias em quadrinhos configuram protótipos a serem imitados e a ficção possibilita o implante de subvalores que serão interpretados como aceitáveis e legítimos³⁷¹. Desta forma, para o debate sobre a formação da criminalidade empresarial, seria preciso analisar os arquétipos e estereótipos que influenciam o comportamento de determinados indivíduos.

Contudo, esta teoria também é merecedora de críticas, notadamente por não levar em consideração o poder dos meios de comunicação de massa em proporcionar e produzir a realidade, tanto pelos noticiários quanto pela construção e promoção do anti-herói em fatos reais ou ficções³⁷². Igualmente, ressalta-se que a adoção de arquétipos e estereótipos não leva em consideração a diversidade inerente a uma sociedade pluralista, como a atual³⁷³. A desconsideração do pluralismo implica na “eleição de valores morais que não podem ser tomados como referência em um contexto social integrado por sujeitos autorresponsáveis e

³⁶⁸ GARCÍA FALCONÍ, Ramiro. *Op. cit.*, p. 26.

³⁶⁹ GARCÍA FALCONÍ, Ramiro. *Op. cit.*, p. 26.

³⁷⁰ GARCÍA FALCONÍ, Ramiro. *Op. cit.*, p. 26.

³⁷¹ GARCÍA FALCONÍ, Ramiro. *Op. cit.*, p. 26-27.

³⁷² Sobre o assunto, SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Op. cit.*, p. 218-222.

³⁷³ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. Derechos humanos y limites de la intervención penal en Brasil. *In: Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 18, nº 85. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul-ago/2010, p. 122.

críticos”³⁷⁴. Por tais motivos, ainda que a proposta de Glaser ofereça uma forte contribuição à associação diferencial, mesmo que rejeite sua fundamentação basilar, ela padece de equívocos estruturais que não permitem sua aceitação como única teoria explicativa da criminalidade de colarinho branco.

2.3 Contemporaneidade

De todo o exposto verifica-se que a criminalidade de colarinho branco é algo que exsurge de forma massiva somente com o advento da pós-modernidade, especificamente em razão do processo inevitável de globalização e da contextualização da sociedade de risco.

Ney Fayet afirma que a crise do Estado-Nação (consequência direta da sociedade de risco globalizada) transmite bem a “elasticidade e a dimensão do problema”³⁷⁵, pois, ao projetar-se sobre o Direito Penal, “a crise apresenta-se, de um lado, essencialmente relacionada às bases de sua legitimação ou de sua utilidade social; e, de outro, vinculada às coordenadas básicas tradicionais do sistema penal”³⁷⁶, sendo expressado tanto por sua não-adaptação ao modelo econômico vigente, quanto por sua gigantesca expansão sofrida nas últimas décadas³⁷⁷.

Esclarecendo melhor o problema, verifica-se que a realidade socioeconômica está em disparidade com a estrutura normativa presente no sistema penal, motivo pelo qual se fortalece o entendimento de que o Direito Penal clássico estaria blindado às inovações necessárias para combater a nova criminalidade³⁷⁸.

Porém, esta crise estrutural da seara penal não está ocorrendo pela primeira vez. A própria adoção de um modelo garantista de cunho iluminista também foi resultado de crises e rupturas³⁷⁹. Nesse sentido, assinala Luis Gracia Martín que o modelo de tutela penal baseado nos anseios do iluminismo corresponde ao Direito Penal de um Estado Liberal, enquanto que o atual modelo de Estado Social exige

³⁷⁴ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Op. cit.*, p. 122.

³⁷⁵ FAYET JÚNIOR, Ney. A Criminalidade Econômica e a Política Criminal: Desafios da Contemporaneidade. In: **Revista de Estudos Criminais**. Porto Alegre: Notadez, v. 8, nº 30, jul/set, 2008, p. 148-149.

³⁷⁶ FAYET JÚNIOR, Ney. *Op. cit.*, p. 149.

³⁷⁷ FAYET JÚNIOR, Ney. *Op. cit.*, p. 149.

³⁷⁸ FAYET JÚNIOR, Ney. *Op. cit.*, p. 149.

³⁷⁹ FAYET JÚNIOR, Ney. *Op. cit.*, p. 150. Sobre o assunto, GUARANI, Fábio André. D'AQUINO, Dante Bruno. *Op. cit.*, p. 46-53; GRACIA MARTÍN, Luis. *Op. cit.*, p. 37-39.

uma nova modificação dos pressupostos de atuação desta seara. Para ele, o Direito Penal do Estado Social sofre um novo processo de modernização³⁸⁰.

Contudo, desde já, é necessário defender que esse processo de modernização não implica na recusa do modelo penal liberal. Afinal, tal modelo “não deve ser entendido como uma etapa histórica, mas sim como um ideal teórico que deve salvaguardar, de maneira especial, os valores que constituem, indubitavelmente, o núcleo de garantias que é gozado atualmente”³⁸¹. Além disso, a “desejável busca do bem-estar social não implica na necessidade de um sacrifício desmesurado da liberdade dos cidadãos”³⁸²; pois, ainda que os anseios econômicos e os valores da sociedade de consumo se imiscuem aos anseios existenciais da população, a valoração subjetiva de cada pessoa sobre os bens da sociedade importará na forma de atuação do Direito para controlar a relação que os indivíduos desenvolvem. Especialmente, pelo fato do Estado ter como missão a proteção da pessoa humana³⁸³.

Demonstrando bem a realidade já comentada no capítulo anterior, tem-se nos atuais modelos sociais a regra do alcance da meta cultural, denotada por Robert King Merton como o *american dream*, que possibilita a riqueza e o prestígio³⁸⁴. É o insucesso do alcance da meta que proporciona em muitas situações a demanda criminal.

Jock Young chama o processo de modificação dos estratégias sociais de transição da modernidade inclusiva para uma sociedade excludente³⁸⁵. Nesse contexto, os delitos tradicionais recebem um tratamento cada vez mais grave, aumentando ainda mais as intransponíveis barreiras socioeconômicas.

Todavia, essa repulsa ao criminoso tradicional acabava por mascarar uma realidade simultânea: não são apenas os grupos desfavorecidos que praticam crimes. Após o grande processo de industrialização mundial acrescido da

³⁸⁰ GRACIA MARTÍN, Luis. *Op. cit.*, p. 43-44.

³⁸¹ GARCÍA FALCONÍ, Ramiro. *Op. cit.*, p. 12.

³⁸² BERCOVICI, Gilberto; SOUZA, Luciano Anderson de. *Op. cit.*, p. 22. No mesmo sentido, BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Op. cit.*, p. 125.

³⁸³ BUSATO, Paulo César. Por que, afinal, aplicam-se penas? In: SCHMIDT, Andrei Zenkner. **Novos Rumos do Direito Penal Contemporâneo** – Livro em homenagem ao Prof. Dr. Cezar Roberto Bittencourt. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 518

³⁸⁴ SABADELL, Ana Lúcia. **Manual de Sociologia Jurídica**: Introdução a uma leitura externa do Direito. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 93.

³⁸⁵ YOUNG, Jock. **A sociedade Excludente**: Exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002, p. 23-23.

globalização tecnológica, não se pode mais fechar os olhos para a criminalidade econômica. O homem tradicional passa a ser um homem econômico.

As metas culturais apresentadas pelo sistema capitalista reforçam a necessidade de preenchimento dos vazios trazidos pela quebra e perda da identidade. Deste modo, até os indivíduos que detêm cargos dotados de poder e prestígio financeiro precisam atingir as metas que criam para si. O *american dream* possui graus de definição: quanto maior a expectativa sobre a meta, maiores as chances de o sujeito tentar burlar as regras do jogo³⁸⁶. A corroborar o exposto, Robert Agnew defende que as pressões econômicas constituem uma causa importante para os delitos de colarinho branco, haja vista que muitas vezes os indivíduos membros da classe alta perseguem metas que se encontram muito além de suas possibilidades³⁸⁷. Assim, a competição do capitalismo é o campo perfeito para o desenvolvimento de inovações ilícitas.

Na proporção que a sociedade muda sua atenção sobre determinados valores, o Estado passa a atuar sobre estes. A criminalidade abandona a esfera dos delitos “tradicionais” e passa a abranger as pessoas de prestígio e *status* social, as quais se valem de suas posições profissionais para a prática delitiva. Afinal, “a criminalidade econômica não é um fenômeno novo, mas sim são novos os interesses políticos e científicos atuais pela mesma e a tendência legislativa em direção à construção e consolidação de um Direito penal econômico”³⁸⁸.

Conseqüentemente, a modificação da atuação estatal sobre a criminalidade econômica pode ser expressada pela “ideia de delito como escolha racional, na qual o delinquente é visto como uma “pessoa racional amorala” (*homo economicus*), que escolhe o delito com base em uma análise prévia de custos e benefícios”³⁸⁹.

Esta imposição de cunho racionalista-econômico estrutura a aplicabilidade do Direito Penal sob o viés da *Law & Economics*, segundo explica Jesús-María Silva

³⁸⁶ Sobre os modos de adaptação às metas culturais propostos por Merton, SABADELL, Ana Lúcia. *Op. cit.*, p. 94.

³⁸⁷ GARCÍA FALCONÍ, Ramiro. *Op. cit.*, p. 34. A teoria de Robert Agnew, chamada Teoria da Pressão Geral, ou GST – sigla de seu nome em inglês (*General Strain Theory*), considera que os indivíduos de todas as classes sociais são induzidos a alcançar metas de êxito econômico e status sociais. Para ele, os integrantes da classe alta também sofrem frustrações ao não alcançar suas metas (GARCÍA FALCONÍ, Ramiro. *Op. cit.*, p. 34).

³⁸⁸ GRACIA MARTÍN, Luis. *Op. cit.*, p. 50-51.

³⁸⁹ MASI, Carlo Velho. **O crime de evasão de divisas na era da globalização**. Porto Alegre: Editora Pradense, 2013, p. 61.

Sánchez³⁹⁰. Todavia, nem sempre tal fundamentação se mostra adequada, conforme se verá adiante.

No contexto de repressão da seara econômica, é possível dizer que há um “movimento” de reação contra a criminalidade dos poderosos³⁹¹. Nesse sentido, Alberto Zacharias Toron explana que com a crescente “democratização da sociedade ampliou-se o espectro de incidência do sistema penal e órgãos de controle como a polícia, Procuradoria das diferentes Fazendas, etc., que também passaram a investigar casos até então tido como *irrelevantes*”³⁹².

Para Alberto Silva Franco, a criminalidade econômica é uma das conseqüências da globalização, mas que ainda assim o Estado, fragilizado no seu operar em razão das malhas internacionais das organizações, tenta se valer da repressão penal. E o faz na busca da eficácia preventiva do poder punitivo e da preservação do processo de globalização³⁹³.

Na ousada tentativa de apresentar uma resposta eficaz por meio do Direito Penal, chega-se a uma verdadeira derrocada de todas as garantias penais e processuais penais que foram conquistadas na história. Sábias são as palavras de José Eduardo Faria:

enquanto no âmbito dos direitos basicamente sociais e econômicos se vive hoje um período de reflexo e *flexibilização*, no direito penal se tem uma situação diametralmente oposta: veloz e intensa definição de novos tipos penais; crescente jurisdicização e criminalização de várias atividades em inúmeros setores na vida social; enfraquecimento dos princípios da legalidade e da tipicidade, por meio do recurso a normas com *textura aberta* (isto é, regras porosas, sem conceitos precisos); ampliação do rigor de penas já cominadas e de severidade das sanções; encurtamento das fases de investigação criminal e instrução processual, inversão do ônus da prova, passando-se a considerar culpado quem, uma vez acusado, não provar sua inocência.³⁹⁴

O efeito é óbvio: “com a aparição dos “novos” personagens do mundo do crime, os abusos que antes eram objeto de viva repulsa, passaram a ser não apenas

³⁹⁰ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Eficiência e Direito Penal**. Barueri: Manole, 2004, p. 11.

³⁹¹ MASI, Carlo Velho. *Op. cit.*, p. 63.

³⁹² TORON, Alberto Zacharias. Crimes de Colarinho Branco: os novos perseguidos? *In: Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 7, n. 28. São Paulo: Revista dos Tribunais, out.-dez./1999, p. 73.

³⁹³ FRANCO, Alberto Silva. Globalização e Criminalidade dos Poderosos. *In: PODVAL, Roberto. Temas de Direito Penal Econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 258-259.

³⁹⁴ FARIA, José Eduardo. **Direitos humanos e globalização econômica**: notas para uma discussão. São Paulo: Estudos Avançados, 1997, p. 50-51.

tolerados, como, de certa forma, incentivados³⁹⁵. É a ideologia da punição aos poderosos: é a “hora e a vez da burguesia na polícia”³⁹⁶! Tal ideário resulta na inversão dos valores, pois o que no passado foi chamado de opressão aos grupos desfavorecidos não pode se tornar em instrumento validade e aplaudido, como um instrumento de democratização do Direito Penal³⁹⁷.

Uma das razões pela qual se almeja “justiça” para os grupos mais abastados é a forte influência midiática no procedimento da respostas penais. É certo que mais crimes são cometidos na atual sociedade, porém é cediço, igualmente, que os veículos de comunicação estão sedentos pelas chamadas sensacionalistas de cunho informativo, as quais possibilitam uma massificação da população que não se preocupa com a obtenção de um verdadeiro conhecimento³⁹⁸.

Assim, o povo anseia por ver no “Jornal Nacional” a imagem de uma personalidade importante sendo presa. Transpassa a sensação de que a “justiça” foi feita, ainda que tenham ocorrido inúmeras agressões aos direitos do acusado. É compreensível tal movimento, afinal os crimes “modernos” são praticados por pessoas que detém o poder, a capacidade financeira, o *status*. Estes elementos possibilitam a “esquiva” dos aparelhos punitivos.

Há que se repensar a forma de atuação da tutela penal sobre tais agentes e suas condutas. É preciso compreender os mecanismos de atuação e atividade desses agentes para, então, se pensar em mecanismos justos de atuação. Afinal, se há a necessidade de se democratizar o Direito Penal que o seja pelas garantias e não pelos abusos.

Contextualizando as relações estruturais dos atuais paradigmas, Carlos Pérez del Valle afirma que a criminalidade hoje equivale à criminalidade de empresa, a qual é “entendida como a célula essencial na estrutura e no desenvolvimento econômico”³⁹⁹. Nesse sentido, verifica-se que o campo da atividade econômica proporciona as ocasiões para que ocorram delitos. Afinal, “se não existissem

³⁹⁵ TORON, Alberto Zacharias. *Op. cit.*, p. 74.

³⁹⁶ TORON, Alberto Zacharias. *Op. cit.*, p. 74.

³⁹⁷ TORON, Alberto Zacharias. *Op. cit.*, p. 74.

³⁹⁸ Sobre o assunto, NATALINO, Marco Antonio Carvalho. **O discurso do telejornalismo de referência**: criminalidade violenta e controle punitivo. São Paulo: Ibccrim, 2007, p. 66 e ss. Ainda sobre o poder mediático, FRANCO, Alberto Silva. *Op. cit.*, p. 244.

³⁹⁹ PÉREZ DEL VALE, Carlos. *Introducción al Derecho Penal Económico*. In: BACIGALUPO, Enrique. **Curso de Derecho Penal Económico**. Madrid: Marcial Pons, 1998, p. 19.

deveres de confiança de gerentes ou administradores das empresas não poderiam existir delitos fundados na infração desses deveres”⁴⁰⁰.

Igualmente, os mecanismos de controle ou de instituição de deveres em “relação às entidades de caráter público implica na possibilidade de fraudes de verbas públicas ou delitos fiscais”⁴⁰¹. Isto ocorre porque os delitos empresariais utilizam-se das próprias forças produtivas para se perpetrarem, “posto que se a globalização impõe o distanciamento do homem de seu espaço-temporal, este mesmo processo facilita praticas até então inimagináveis”⁴⁰².

O Direito Penal vem avocando a responsabilidade de atuar como norma de reforço das demais searas, “inflacionando, por assim dizer, o campo de incidência do Direito Penal, daí ser freqüente dizer-se que a expansão do Direito Penal é uma conseqüência ou efeito da criminalidade econômica”⁴⁰³.

É justamente sobre esse efeito de expansão que a função política do direito tem atuado de forma ativa. Os novos valores trazidos ao Direito Penal exigem uma modificação nas formas tradicionais de resposta. Nesse contexto, questionam-se os mecanismos de política criminal que serão adotados e a metodologia implícita a eles.

Para tanto, torna-se imprescindível delimitar se o movimento ampliativo do Direito Penal exige uma nova categoria científica ou se é a mesma categoria somente com novos objetos de estudo. Os instrumentos formais de atuação do Direito Penal são colocados em dúvida, principalmente na delimitação de um processo de democratização do ordenamento jurídico penal. Assim, passa-se a análise da conceituação do Direito Penal Econômico e do ponto central do presente trabalho, se ele se amolda como um novo ramo autônomo do Direito Penal.

2.4 Conceito de Direito Penal Econômico

De acordo com Klaus Tiedemann, existem quatro possíveis abordagens para conceituar o Direito penal Econômico. A primeira se baseia em uma perspectiva

⁴⁰⁰ PÉREZ DEL VALE, Carlos. *Op. cit.*, p. 20.

⁴⁰¹ PÉREZ DEL VALE, Carlos. *Op. cit.*, p. 20.

⁴⁰² SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Tipicidade Penal e Sociedade de Risco**. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 86.

⁴⁰³ ALMEIDA, Arnaldo Quirino de. **Direito Penal Econômico e autoria no crime tributário praticado em nome e no interesse da pessoa jurídica**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012, p. 44.

processual-criminalística. Para esta abordagem, os delitos econômicos são “delitos patrimoniais puros com complexidades processuais (probatórias)”⁴⁰⁴. Neste sentido, os problemas do Direito Penal Econômico seriam solucionados pela adoção de medidas relativas ao pessoal, aos recursos materiais e às questões de organização⁴⁰⁵. Verifica-se que a expressão “criminalística” está vinculada à estruturação dos organismos de investigação e persecução penal, os quais, realmente, detêm problemas estruturais. Porém, esta perspectiva não consegue explicar a particularidade dos delitos patrimoniais como verdadeiros crimes econômicos⁴⁰⁶.

A segunda abordagem tenta conceituar o Direito Penal Econômico sob um viés criminológico. Conforme preceitua Tiedemann, as concepções que partem de aspectos criminológicos se baseiam, em parte, nas repercussões geradas pelos delitos econômicos e, em parte, no abuso da confiança necessária ao tráfego das operações econômicas⁴⁰⁷. Essa confiança não deve ser entendida como uma confiança individual dos agentes do mercado considerados de forma pessoal (individualizada), mas como uma confiança institucionalizada⁴⁰⁸. Um sistema institucionalizado nas relações de confiança do tráfego econômico se aproxima muito dos sistemas de peritos anteriormente referidos. Nessas relações, “o consumidor moderno deve confiar necessariamente na qualidade dos alimentos e objetos de primeira necessidade, já que individualmente não possui mecanismos de controle dessa qualidade”⁴⁰⁹. Ademais, a perspectiva criminológica destaca as características do autor definido por Sutherland como uma pessoa de alta reputação social que pratica delitos no exercício de sua profissão.

A terceira perspectiva se vale de uma conceituação jurídico-dogmática. Sob este aspecto, o Direito Penal Econômico é conceituado pela natureza supraindividual dos bens jurídicos tutelados⁴¹⁰. Nesse mesmo sentido, Gunther Arzt se atenta ao fato de que a natureza do bem jurídico é fundamental para a classificação dos tipos

⁴⁰⁴ TIEDEMANN, Klaus. *Op. cit.*, p. 55.

⁴⁰⁵ TIEDEMANN, Klaus. *Op. cit.*, p. 56.

⁴⁰⁶ TIEDEMANN, Klaus. *Op. cit.*, p. 56.

⁴⁰⁷ TIEDEMANN, Klaus. *Op. cit.*, p. 57.

⁴⁰⁸ TIEDEMANN, Klaus. *Op. cit.*, p. 57.

⁴⁰⁹ TIEDEMANN, Klaus. *Op. cit.*, p. 57.

⁴¹⁰ TIEDEMANN, Klaus. *Op. cit.*, p. 58.

penais⁴¹¹. Afirma Arzt que os crimes contra a coletividade são “mais difusos e mais dificilmente arroláveis. A razão está no fato de que Estado, coletividade, interesses coletivos e interesses de instituições públicas especiais são dificilmente dissociáveis uns dos outros”⁴¹².

A quarta abordagem trata da conceituação do Direito Penal Econômico pelos instrumentos das relações empresariais como objeto de proteção, porém esta abordagem esta atrelada à terceira. Segundo Tiedemann, o ponto de vista baseado nas considerações dogmático-penais dos bens jurídicos tutelados se complementa por meio da proteção dos instrumentos das relações comerciais, que são utilizados de forma abusiva na realização de delitos econômicos⁴¹³.

No entanto, a apresentação das abordagens não satisfaz totalmente o problema da conceituação do Direito Penal Econômico. Elas demonstram algumas características do sistema sem delimitar um conceito válido.

Ademais, interessante relatar que em estudo anterior ao desenvolvimento de seu “Manual de Direito Penal Econômico”, o próprio Tiedemann mesclava esses critérios sob a égide de um conceito amplo de Direito Penal Econômico⁴¹⁴.

Metodologia parecida foi utilizada por Jorge de Figueiredo Dias e Manuel da Costa Andrade. Para os autores portugueses é possível conceituar o Direito Penal Econômico por meio de três critérios: criminológico, criminalístico e eclético⁴¹⁵.

O criminológico, como já mencionado acima, delimita o conceito desses crimes nas qualidades do agente⁴¹⁶. Segundo os autores, tal fundamento é facilmente criticado, pois “enquanto não houver idéias seguras sobre as formas, frequência, etc. da criminalidade econômica, todo o conceito de Direito Penal Econômico será, pelo menos, provisório”⁴¹⁷.

O da perspectiva criminalística, parte dos mesmos argumentos utilizados por Tiedemann. Assim, verifica-se o Direito Penal Econômico como uma área em que os delitos só podem ser “investigados e julgados mediante processos especiais, por policiais e magistrados dotados de conhecimento a moderna vida econômica e

⁴¹¹ ARZT, Gunther. A parte especial do Direito Penal Material. In: ROXIN, Claus; ARZT, Gunther; TIEDEMANN, Klaus. **Introdução ao Direito Penal e ao Direito Processual Penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 105.

⁴¹² ARZT, Gunther. *Op. cit.*, p. 105-106.

⁴¹³ TIEDEMANN, Klaus. *Op. cit.*, p. 59.

⁴¹⁴ TIEDEMANN, Klaus. **Poder...**, p. 10-15.

⁴¹⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Op. cit.*, p. 80 e ss.

⁴¹⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Op. cit.*, p. 81.

⁴¹⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Op. cit.*, p. 82.

mediante o dispêndio de avultas quantias”⁴¹⁸. Isso se daria como consequência da natural complexidade dos delitos econômicos. Logo, partir-se-ia de um conceito que se baseia na dificuldade de atuação dos mecanismos tradicionais de repressão, o que não parece ser um critério seguro, principalmente pelo fato de que não são apenas os delitos econômicos de difícil investigação. Inúmeros são os casos em que se verificam a utilização e o desenvolvimento de novos e complexos meios de perícia criminal. Todavia, a ideia central deste critério é a de fomentar a delimitação da atuação do Direito Penal Econômico para as condutas que “naturalmente” mereceriam tais modelos especiais de procedimento.

Por fim, os autores indicam um critério eclético, o qual definiria o Direito Penal Econômico em razão dos valores inerentes às relações empresariais. Assim, o delito econômico seria definido em “função duma *violação da confiança* em que se assenta a vida econômica e sem a qual esta não é possível”⁴¹⁹. Nesta perspectiva, a confiança se converte no bem jurídico tutelado pela norma⁴²⁰. Figueiredo Dias e Costa Andrade se atentam ao problema de delimitar um bem jurídico penal com um conceito tão vago e afirmam que uma solução intermediária seria adotar um conceito de delito econômico no qual esteja contida a violação de confiança como algo vigente na vida econômica acrescentada da lesão a um bem jurídico que seria a ordem econômica, a vida econômica, etc⁴²¹.

A dificuldade de um conceito seguro decorre das características desse modelo de intervenção estatal na economia. Como aponta Wiliam Terra de Oliveira, “o dinamismo, originalidade e instabilidade são marcas próprias do Direito Penal Econômico”⁴²², daí, então, reforçar a ideia de que conceituar o Direito Penal Econômico seja uma tarefa árdua e que parece, no mínimo, algo controvertido.

Nessa esteira, Klaus Tiedemann apurou que os conceitos não são claros nem unívocos, especialmente quando se utiliza de pesquisas comparativas entre ordenamentos estrangeiros⁴²³:

⁴¹⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Op. cit.*, p. 82.

⁴¹⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Op. cit.*, p. 83.

⁴²⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Op. cit.*, p. 83.

⁴²¹ DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Op. cit.*, p. 84.

⁴²² OLIVEIRA, William Terra de. Algumas questões em torno do novo Direito Penal Econômico. *In: Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 3, n. 11. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul.-set./1995, p. 233.

⁴²³ TIEDEMANN, Klaus. *Poder...*, p. 9.

Por exemplo, quando os espanhóis falam de << delitos econômicos >>, os ingleses de <business crimes>>, os franceses de << délits d'affaires >>, os suecos de <ökonomisk brottsliget>> e os alemães de << Wirtschaftsdelikte >>, não se alude ao mesmo assunto. Esta evidente discrepância obstaculiza o desenvolvimento científico, o intercâmbio de experiências e o desenvolvimento das reformas penais; o que justifica que aqui intencionamos precisar o alcance desses conceitos fundamentais.⁴²⁴

Ao analisar o tema, Eduardo Novoa Monreal expõe que é realmente difícil uma ideia unívoca de delito econômico, pois os valores selecionados pelo ordenamento econômico variam de país para país, de sistema para sistema⁴²⁵.

2.4.1 Conceito Restrito

Diante de tais adversidades, parece que o melhor caminho a ser adotado para uma conceituação perpassa sobre o que se busca com o Direito Penal Econômico. Portanto, se o que se almeja é uma tutela estatal sobre a economia, esta atividade aparenta ser um bom início para a definição de um conceito⁴²⁶. Afinal, “seu desenvolvimento desde o início, sempre esteve ligado à qualidade e grau de intervenção do Estado na vida econômica”⁴²⁷, seja pela delimitação do campo de atuação, seja pelos bens jurídicos que serão tutelados por si.

Tentando superar esta dificuldade, Manoel Pedro Pimentel propôs a definição de Direito Penal Econômico como

um sistema de normas que defende a política econômica do Estado, permitindo que esta encontre os meios para a sua realização. São, portanto, a segurança e a regularidade da realização dessa política que constituem precipuamente o objeto jurídico do Direito penal econômico. Além do patrimônio de indefinido número de pessoas, são também objeto da proteção legal o patrimônio público, o comércio geral, a troca de moedas, a fé pública, e a administração pública em certo sentido⁴²⁸.

⁴²⁴ TIEDEMANN, Klaus. **Poder...**, p. 9. No mesmo sentido, Eduardo Correia comenta a dificuldade de utilização da terminologia do direito francês (CORREIA, Eduardo. *Op. cit.*, p. 313).

⁴²⁵ MONREAL, Eduardo Novoa. Reflexões para a determinação e delimitação do delito econômico. *In: Revista de Direito Penal e Criminologia*, nº 33. Rio de Janeiro: Ed. Forense, jan.-jun./1982, p. 120.

⁴²⁶ No mesmo sentido, FRAGOSO, Heleno Claudio. Direito Penal Econômico e Direito Penal dos Negócios. *In: Revista de Direito Penal e Criminologia*, nº 33. Rio de Janeiro: Ed. Forense, jan.-jun./1982, p. 122-123.

⁴²⁷ OLIVEIRA, William Terra de. *Op. cit.*, p. 233.

⁴²⁸ PIMENTEL, Manoel Pedro. **Direito Penal Econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p. 21.

Eduardo Reale Ferrari critica este conceito dizendo que é uma definição vaga e lacunosa, podendo se atrelar a ela qualquer tema atinente à economia⁴²⁹. Diante de tais considerações, busca-se um conceito com maior capacidade de delimitação do objeto, isto é, mais fechado, restrito.

Segundo Carlos Martínez-Buján Pérez, em um conceito restrito, os delitos econômicos seriam “todas aquelas infrações que atentam contra a atividade interventora e reguladora do Estado na economia”⁴³⁰.

Para Ivan Luiz da Silva, o conceito restrito foi formulado a partir da adoção de um bem jurídico como parâmetro para definição do Direito Penal Econômico. Assim, teria “por objeto de tutela a ordem econômica em sentido estrito, que é compreendida exclusivamente como a atividade estatal de intervenção e direção da Economia”⁴³¹, sendo possível a intervenção não apenas na economia como objeto supraindividual, como também nos interesses patrimoniais individuais.

Para Klaus Tiedemann, em sentido restritivo, o Direito Penal Econômico é concebido “como direito da direção da economia pelo Estado”⁴³², abrangendo, portanto, os objetivos de planificação econômica estatais.

Heleno Claudio Fragoso foi um defensor dessa perspectiva mais restrita. Para ele, delito econômico é aquele “cuja objetividade jurídica reside na ordem econômica, ou seja, em bem-interesse supra-individual que se expressa no funcionamento regular do processo econômico de produção, circulação e consumo de riqueza”⁴³³.

Para Carlos Guillermo Castro Cuenca e Paula Andrea Ramírez Barbosa, o conceito restritivo define o Direito Penal Econômico como “o conjunto de normas jurídico-penais que protegem a ordem econômica entendida como a regulação jurídica do intervencionismo estatal na Economia”⁴³⁴.

Acerca do conceito restrito, Francisco Muñoz Conde explica que se a ordem econômica for entendida como a forma de “intervenção direta do Estado na relação

⁴²⁹ FERRARI, Eduardo Reale. Legislação Penal Antitruste: Direito Penal Econômico e sua Acepção Constitucional. In: REALE, Miguel; REALE JÚNIOR, Miguel; FERRARI, Eduardo Reale. **Experiências do Direito**. Campinas: Millenium, 2004, p. 264.

⁴³⁰ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. **Derecho Penal Económico y de la Empresa**: Parte General. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007, p. 94.

⁴³¹ SILVA, Ivan Luiz da. *Op. cit.*, p. 122.

⁴³² TIEDEMANN, Klaus. **Poder...**, p. 19.

⁴³³ FRAGOSO, Heleno Claudio. *Op. cit.*, p. 123.

⁴³⁴ CASTRO CUENCA, Carlos Guillermo; RAMÍREZ BARBOSA, Paula Andrea. **Derecho Penal Económico**: Parte General. Bogotá: Editorial Ibañez, 2010, p. 37.

econômica, como um assunto de primeira ordem impondo coercitivamente uma série de normas e planejando o comportamento dos distintos agentes econômicos”⁴³⁵, serão criados para a proteção desse sistema os “delitos fiscais, monetários e de contrabando e os delitos que afetam a determinação e formação dos preços”⁴³⁶. Explica que em todos esses casos, estar-se-ia protegendo uma forma do Estado atuar na economia, de modo que como hoje se estende um pouco mais a intervenção direta do Estado, também se estenderia um pouco mais o Direito Penal Econômico. No entanto, desde já critica esta conceituação afirmando que ela deixaria sem proteção a livre concorrência, o consumidor e sistema financeiro⁴³⁷.

Adotando claramente esta postura restritiva, Esteban Righi conceitua a disciplina como “as normas jurídico-penais que protegem o ordenamento econômico, entendido como a regulação jurídica do intervencionismo estatal na economia”⁴³⁸. Logo, entende o delito econômico como “a infração que lesa ou põe em perigo essa atividade interventora e regulamentadora do Estado na economia”⁴³⁹.

Para Righi esse é o conceito adequado ao Direito Penal Econômico, pois

É o único conceito que resulta útil, pois se inserem tanto as hipóteses de intervenção anticrise como as de promoção do desenvolvimento; as hipóteses de proteção da economia de mercado e também a tutela de instrumentos de alocação forçada de recursos. Assim, pertence ao direito penal econômico tanto o monopólio que afeta a livre concorrência como as hipóteses de lesão a medidas estatais que impedem o acesso ao mercado de determinadas pessoas, como por exemplo, um investidor estrangeiro⁴⁴⁰.

Nesse contexto, Raúl Cervini explica que o conceito restritivo foi muito aceito em razão de se considerar o único que “era ao mesmo tempo garante e útil, já que era receptível tanto as hipóteses de tutela nos casos de intervenção anticrises, como nas de promoção do desenvolvimento”⁴⁴¹. Por tal motivo, apresenta três grandes efeitos desse conceito.

⁴³⁵ MUÑOZ CONDE, Francisco. Principios Políticocriminales que inspiran el tratamiento de los delitos contra el orden socioeconómico en el proyecto de código penal español de 1994. *In: Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 3, n. 11. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 9.

⁴³⁶ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Op. cit.*, p. 9.

⁴³⁷ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Op. cit.*, p. 9.

⁴³⁸ RIGHI, Esteban. *Op. cit.*, p. 320.

⁴³⁹ RIGHI, Esteban. *Op. cit.*, p. 321.

⁴⁴⁰ RIGHI, Esteban. *Op. cit.*, p. 321.

⁴⁴¹ CERVINI, Raúl. Derecho Penal Económico – Concepto y Bien Jurídico. *In: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel. Direito Penal Econômico e da Empresa: Direito Penal econômico. Coleção doutrinas essenciais; v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 240.*

O primeiro corresponde ao reconhecimento de que sua tarefa era a proteção de interesses individuais dos particulares ou do Estado, sem abranger os interesses coletivos ou supraindividuais⁴⁴². O segundo efeito delimita que as normas da disciplina do Direito Penal Econômico só protejam a ordem econômica⁴⁴³. Como último efeito, tem-se um conceito de ordem econômica como a regulação jurídica do intervencionismo estatal na economia⁴⁴⁴.

Em síntese, Cervini expõe que para essa perspectiva restritiva, o Direito Penal Econômico é o setor jurídico que reforça, por sanções penais, a direção e o controle estatal da economia⁴⁴⁵.

2.4.2 Conceito Amplo

Parcela da doutrina entende que em razão da inclusão dos aspectos criminológicos sobre a ideia de crime econômico, bem como ao se adotar uma visão pragmática que busca agrupar todos os tipos de conteúdo econômico, o conceito restritivo não se sustenta⁴⁴⁶, motivo pelo qual se torna necessário ampliar as delimitações do conceito.

Assim, defendendo a adoção de um conceito amplo, Martínez-Buján Pérez define os delitos econômicos como

as infrações que vulneram bens jurídicos supraindividuais de conteúdo econômico que, enquanto não afetam diretamente a regulação jurídica do intervencionismo estatal na economia, transcendem a dimensão puramente individual-patrimonial, trata-se de interesses gerais de conteúdo econômico ou trata-se – ao menos – de interesses de amplos setores ou grupos de pessoas.⁴⁴⁷

Klaus Tiedemann explica que se outorga um âmbito maior “ao conceito de delitos econômicos, aceitando a ideia de que o Direito Econômico está formado pelo conjunto de normas jurídicas promulgadas para a regulação da produção e a

⁴⁴² CERVINI, Raúl. *Op. cit.*, p. 236.

⁴⁴³ CERVINI, Raúl. *Op. cit.*, p. 236.

⁴⁴⁴ CERVINI, Raúl. *Op. cit.*, p. 236.

⁴⁴⁵ CERVINI, Raúl. *Op. cit.*, p. 236.

⁴⁴⁶ SILVA, Ivan Luiz da. *Op. cit.*, p. 123.

⁴⁴⁷ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Op. cit.*, p. 95 e 97.

fabricação e distribuição de bens econômicos”⁴⁴⁸. Segundo Tiedemann, essa perspectiva mais ampla possibilita a aceitação, como delitos econômicos, não apenas dos fatos puníveis dirigidos contra os planos econômicos estatais, mas também todo o conjunto de delitos relacionados à atividade econômica e direcionados contra as normas estatais que organizam e protegem a vida econômica⁴⁴⁹.

Para Castro Cuenca e Ramírez Barbosa, em sentido amplo, o Direito Penal Econômico é “o conjunto de normas jurídico-penais que protegem a ordem econômica entendida como a regulamentação jurídica da produção, distribuição e consumo de bens e serviços”⁴⁵⁰.

Ivan Luiz da Silva explica que nessa concepção, “o direito penal econômico visa tutelar a atividade econômica no âmbito da economia de mercado”⁴⁵¹. Idêntica é a postura de Gamil Föppel El Hireche, para quem o Direito Penal Econômico, no viés amplo, “representaria toda e qualquer manifestação das normas penais referentes à produção de riqueza”⁴⁵². Maurício Kalache, ao explicar o sentido amplo, define o delito econômico “como todas as infrações à atividade de produção, distribuição e consumo de bens e serviços”⁴⁵³.

Por sua vez, Valter Foletto Santin explica que “em sentido amplo, o Direito Penal Econômico pode incluir normas de proteção das relações tributárias, societárias, cambiais, monetárias, falimentares e de consumo”⁴⁵⁴.

Outro autor clássico do Direito Penal Econômico brasileiro foi João Marcello Araújo Júnior, para quem a ordem econômica, bem jurídico dos delitos econômicos, “possui caráter supra-individual e se destina a garantir um justo equilíbrio na produção, circulação e distribuição da riqueza entre os grupos sociais”⁴⁵⁵. Em seu entendimento, o texto constitucional abarca dois institutos merecedores de tutela penal: o patrimônio individual e a ordem econômica enquanto valor

⁴⁴⁸ TIEDEMANN, Klaus. **Poder...**, p. 19.

⁴⁴⁹ TIEDEMANN, Klaus. **Poder...**, p. 20.

⁴⁵⁰ CASTRO CUENCA; Carlos Guillermo; RAMIREZ BARBOSA, Paula Andrea. *Op. cit.*, p. 37.

⁴⁵¹ SILVA, Ivan Luiz da. *Op. cit.*, p. 124.

⁴⁵² HIRECHE, Gamil Föppel El. Notas sobre a (Des)Legitimação do Direito Penal Econômico. *In*: BITENCOURT, Cezar Roberto. **Direito Penal no Terceiro Milênio**: Estudos em homenagem ao prof. Francisco Muñoz Conde. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 402.

⁴⁵³ KALACHE, Maurício. Direito Penal Econômico. *In*: PRADO, Luiz Regis. **Direito Penal Contemporâneo**: Estudos em homenagem, ao Professor José Cerezo Mir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 391-400. , p. 398.

⁴⁵⁴ SANTIN, Valter Foletto. *Op. cit.*, p. 40.

⁴⁵⁵ ARAÚJO JÚNIOR, João Marcello. **Dos crimes contra a ordem econômica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 36.

supraindividual⁴⁵⁶. Defendia que o patrimônio individual “deve ser resguardado pela lei penal através dos crimes tradicionais cuja existência, desde sempre, revelou a preocupação comunitária com a defesa da pessoa, em seus múltiplos aspectos”⁴⁵⁷, ao mesmo tempo em que os delitos econômicos “merecem a reprovação máxima, não pelos danos que possam causar aos indivíduos, mas à coletividade como um todo”⁴⁵⁸. Segundo Araújo Júnior, a expressão “Crimes contra a Ordem Econômica” abrangeria toda e qualquer conduta abusiva do poder econômico e as lesivas à livre iniciativa, à economia popular e às relações de consumo. Para o autor, a expressão conteria ainda os delitos tributários, financeiros e todas as demais derivações, haja vista defender que tais delitos constituem espécies dos delitos econômicos⁴⁵⁹.

Paulo Salvador Frontini atribuía ao conceito de delito econômico um viés mais pragmático e amplo, entendendo que tais condutas “vão desde o grande estelionato até o crime contra a economia popular e a fraude fiscal”⁴⁶⁰. Para ele, o delito econômico é “uma entidade que se externa sob variados matizes, atingindo bens jurídicos inerentes à intervenção do Estado na economia, quer esta intervenção se projete no campo mercantil, administrativo, tributário, trabalhista ou outro qualquer”⁴⁶¹. Ainda segundo Frontini, o delito econômico é executado, em regra, por meio de uma empresa, tendo sua maior expressividade em “crimes de execução sofisticada”, tais como: estelionato, duplicata simulada, fraude no comércio, fraudes e abusos na fundação ou administração de sociedade por ações, receptação, crimes contra a propriedade industrial, crimes falimentares, crimes contra a economia popular, crimes contra a organização do trabalho, crimes contra a saúde pública, crimes em matéria financeira e creditícia (bancos, instituições financeiras, seguros, títulos de crédito) e sonegação fiscal⁴⁶².

Para Francisco Muñoz Conde, a evolução econômica na Europa necessitou de um conceito de ordem econômica mais amplo, o qual servisse como fator aglutinante. Deste modo, passou-se a admitir um conceito de ordem econômica como a “regulação jurídica da produção, distribuição e consumo de bens e serviços,

⁴⁵⁶ ARAÚJO JÚNIOR, João Marcello. *Op. cit.*, p. 37.

⁴⁵⁷ ARAÚJO JÚNIOR, João Marcello. *Op. cit.*, p. 38.

⁴⁵⁸ ARAÚJO JÚNIOR, João Marcello. *Op. cit.*, p. 38.

⁴⁵⁹ ARAÚJO JÚNIOR, João Marcello. *Op. cit.*, p. 39-41.

⁴⁶⁰ FRONTINI, Paulo Salvador. Crime Econômico por meio da empresa. *In*: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel. **Direito Penal Econômico e da Empresa**: Direito Penal econômico. Coleção doutrinas essenciais; v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 220.

⁴⁶¹ FRONTINI, Paulo Salvador. *Op. cit.*, p. 220.

⁴⁶² FRONTINI, Paulo Salvador. *Op. cit.*, p. 220, nota de rodapé 3.

uma chave que permitia englobar todas as infrações delitivas que tivesse vinculada ao mundo da economia⁴⁶³. Relata o catedrático de Sevilla que essa foi a perspectiva adotada pelo projeto de reforma penal na Espanha em 94. No entanto, protesta dizendo que isso proporcionaria uma ampliação desmedida do conceito de delito econômico, ampliando-se ele a campos que não pertence⁴⁶⁴. Assim, direcionando suas críticas ao projeto afirma que

A elefantíase da atitude megalomaniaca, sem dúvida bem intencionada, tomada pelos redatores, teria conduzido na prática à esterilidade e ineficácia de toda a regulação que se preconizava, não somente por suas insuficiências técnicas, senão, porque pretendendo abarcar tudo, se diluía em puro voluntarismo ideológico incapaz de transformar a realidade econômica subjacente⁴⁶⁵.

Esteban Righi, em sua análise, apresenta o conceito amplo como “o conjunto de normas jurídico-penais que protegem a ordem econômica entendida como regulação jurídica da produção, distribuição e consumo de bens e serviços”⁴⁶⁶, o que implica em “colocar a proteção de interesses patrimoniais em primeiro lugar e somente em segundo plano a tutela de interesses coletivos relacionados com a regulação econômica do mercado”⁴⁶⁷.

Contrário a essa acepção ampla do Direito Penal Econômico, Righi afirma que tal concepção possui consequências negativas inevitáveis, tais como: a) a dificuldade para delimitar o âmbito da disciplina; b) a dificuldade de precisar a noção do que se deve entender por delito econômico; c) a dificuldade de se definir o delito como uma infração que ao afetar um bem jurídico patrimonial individual lese ou exponha a perigo, em segundo plano, a regulação jurídica da produção, distribuição e consumo de bens e serviços⁴⁶⁸. Outrossim, afirma que o fato deste conceito se harmonizar aos critérios criminológicos à criminalidade econômica não compensa a imprecisão e a confusão que produz de forma inevitável⁴⁶⁹.

Além disso, Righi questiona a afirmação de que o delito em sentido amplo lesa em primeiro lugar os interesses individuais. Segundo ele, tal pensamento contradiz a essência dos bens jurídicos protegidos – de natureza supraindividual.

⁴⁶³ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Op. cit.*, p. 9.

⁴⁶⁴ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Op. cit.*, p. 10.

⁴⁶⁵ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Op. cit.*, p. 10.

⁴⁶⁶ RIGHI, Esteban. *Op. cit.*, p. 321.

⁴⁶⁷ RIGHI, Esteban. *Op. cit.*, p. 321.

⁴⁶⁸ RIGHI, Esteban. *Op. cit.*, p. 321.

⁴⁶⁹ RIGHI, Esteban. *Op. cit.*, p. 322.

Assevera que a melhor demonstração da imprecisão proporcionada por este conceito amplo está na enumeração dos tipos que seriam objeto de tutela⁴⁷⁰, os quais abrangeriam as normas de proteção ao meio ambiente, as insolvências puníveis, a formação de cartel, os crimes cibernéticos, a falsificação de documentos contábeis, a concorrência desleal, as fraudes em todas as suas modalidades, a falsificação de mercadorias, a publicidade enganosa, as infrações bancárias e de crédito, as infrações contra as normas de segurança e higiene do trabalho, as infrações contra as sociedades mercantis, a evasão de divisas, os boicotes empresariais, as receptações, a má aplicação de verbas públicas, as corrupções, as apropriações indevidas, os crimes de falso, os abusos econômicos, a criação de sociedades empresariais “fantasmas”, etc⁴⁷¹.

Contrariando Righi, Raúl Cervini afirma que embora o conceito amplo de Direito Penal Econômico perca em precisão conceitual, ele ganha em importância quantitativa⁴⁷². Assim, ao definir no sentido amplo o Direito Penal Econômico como a “regulação jurídica da produção, distribuição e consumo de bens e serviços”⁴⁷³ apresenta três características essenciais dessa perspectiva.

A primeira corresponde ao próprio conceito de Direito Penal Econômico já apresentado. A segunda demonstra que essa concepção extensiva coloca como primeiro objeto de proteção os interesses patrimoniais cujo titular poderia ser o Estado ou os particulares. A terceira consequência corresponde ao fato de que os interesses coletivos ou supraindividuais relacionados com a regulação econômica do mercado seriam protegidos de forma secundária ou subsidiária⁴⁷⁴.

Ante o exposto, verifica-se que há incongruências na adoção de ambos os conceitos. René Ariel Dotti, em escrito de 1982, afirma que “dentro do gênero “Direito Penal Econômico” gravitam as mais variadas espécies segundo as preferências semânticas dos escritores”⁴⁷⁵, razão pela qual “a tentativa de precisar conceitualmente a natureza, o objeto e os fins da disciplina traduzem esforços permanentes da doutrina”⁴⁷⁶.

⁴⁷⁰ RIGHI, Esteban. *Op. cit.*, p. 323.

⁴⁷¹ RIGHI, Esteban. *Op. cit.*, p. 323-324.

⁴⁷² CERVINI, Raúl. *Op. cit.*, p. 256.

⁴⁷³ CERVINI, Raúl. *Op. cit.*, p. 240.

⁴⁷⁴ CERVINI, Raúl. *Op. cit.*, p. 237.

⁴⁷⁵ DOTTI, René Ariel. O Direito Penal Econômico e a Proteção do Consumidor. *In: Revista de Direito Penal e Criminologia*, nº 33. Rio de Janeiro: Ed. Forense, jan.-jun./1982, p. 144.

⁴⁷⁶ DOTTI, René Ariel. O Direito Penal Econômico..., p. 144.

Na tentativa de superar tal dificuldade, há que se considerar uma ponderação feita por Raúl Cervini. Segundo ele, o conceito de criminalidade econômica não pode ser entendido “de forma isolada do contexto social concreto donde é produzida”⁴⁷⁷, até mesmo pelo fato de que para a compreensão do delito econômico é “imprescindível a compreensão, logicamente anterior, da disciplina jurídico-econômica do fato”⁴⁷⁸.

Logo, toda e qualquer tentativa de delimitação dogmática e doutrinária deve ter como primeiro passo a delimitação de atuação – tanto territorial, quanto de conteúdo –, pois somente conhecendo os valores do grupo social é que se torna possível delimitar as esferas de atuação do Direito.

Nesse sentido, relembra-se que a criminalidade empresarial tem como uma de suas características a transnacionalidade, a qual constitui um dos motivos de maior dificuldade para que seja adotado um conceito unívoco. Eis uma das razões pelas quais Klaus Tiedemann explica que somente um conceito amplo poderá abarcar a tutela dos valores econômicos da atualidade⁴⁷⁹.

Assim, na intenção de transpassar esse dilema conceitual, a Associação Internacional de Direito Penal (AIDP), em seu XIII Congresso Internacional, teve como objeto de discussão o conceito e os princípios do Direito Penal Econômico e da Empresa. O congresso foi realizado na cidade do Cairo e, ao final do evento, foi apresentada uma Carta de Recomendações.

A lista é composta por 19 recomendações⁴⁸⁰, sendo clara e inequívoca a adoção de uma perspectiva ampla, conforme se verifica nas recomendações 1, 4 e 5:

⁴⁷⁷ CERVINI, Raúl. *Op. cit.*, p. 246.

⁴⁷⁸ ESTELLITA, Heloisa. Tipicidade no Direito Penal Econômico. *In*: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel. **Direito Penal Econômico e da Empresa**: Direito Penal econômico. Coleção doutrinas essenciais; v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 162.

⁴⁷⁹ TIEDEMANN, Klaus. *Op. cit.*, p. 20.

⁴⁸⁰ As recomendações estão anexadas ao término da obra de Klaus Tiedemann, “Poder económico y delito” (apêndice A, p. 183-185). já referenciada acima e também ao final do artigo de Heloisa Estellita “Tipicidade no Direito Penal Econômico”, suprarreferido. Interessante consignar que as recomendações não foram “criadas” no congresso. Em setembro de 1982, ocorreu um colóquio preparatório para congresso na cidade de Freiburg, no qual já haviam sido apresentados 17 recomendações, as quais estão apresentadas no trabalho de José de Faria Costa e Manuel da Costa Andrade (COSTA, José de Faria; ANDRADE, Manuel da Costa. Sobre a concepção e os princípios do Direito Penal Econômico: Notas a propósito do Colóquio preparatório da AIDP. *In*: PODVAL, Roberto. **Temas de Direito Penal Econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 118-120). Ambas as listas estão publicadas no site da AIDP <www.penal.org>.

1. A delinqüência econômica e de empresa afeta com frequência ao conjunto da economia ou a setores importantes da mesma e de interesse especial em numerosos países independentemente de seus sistemas econômicos.

(...)

4. A expressão “Direito Penal Econômico” se emprega aqui para circunscrever os delitos contra a ordem econômica. A expressão “Direito Penal de Empresa” se refere aos delitos praticados no âmbito das empresas privadas e públicas. Ambas as expressões se encontram intimamente relacionadas no sentido de que os delitos atingem regulações legais que organizam e protegem a vida econômica.

(...)

5. Na maioria dos casos, o Direito Penal tutela, neste âmbito, bens jurídicos coletivos, não apenas individuais. A maior parte destes bens jurídicos coletivos resulta mais difícil de serem determinados e defendidos do que os bens jurídicos individuais, em razão de seu caráter particularmente complexo e difuso. Por isso, existe uma necessidade especial de proteger estes interesses coletivos. Sua proteção a cargo da lei penal deveria estar incluída no Código Penal.

Enfim, o presente trabalho concorda com a adoção de um critério amplo, haja vista ser o que melhor se adéqua aos valores e objetivos traçados ao Direito Penal Econômico.

Todavia, a adoção de uma perspectiva ampla acaba por reforçar o problema apresentado no início da presente pesquisa: será o Direito Penal Econômico um ramo autônomo do Direito Penal clássico? Essa ampliação do objeto de tutela resulta em uma verdadeira modificação? Essas são as indagações que serão respondidas no próximo tópico.

2.5 A autonomia científica do Direito Penal Econômico

A discussão acerca da cientificidade do Direito e de seu objeto já rendeu inúmeras discussões. Não se busca no presente trabalho uma explanação do viés científico do Direito Penal, mas apenas apurar se o Direito penal Econômico é um ramo autônomo do Direito Penal. Para tanto, parte-se da explicação de Tércio Sampaio Ferraz Júnior de que “as modernas discussões sobre o termo ciência estão sempre ligadas à metodologia”⁴⁸¹ e que o embate sobre esse ponto permeia a discussão acerca de uma possível classificação de ciências diferentes quanto ao seu objeto e método⁴⁸². Segundo Ferraz Junior, é comum verificar nos manuais

⁴⁸¹ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **A Ciência do Direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 9.

⁴⁸² FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Op. cit.*, p. 11.

jurídicos brasileiros a defesa de que exista uma ciência unitária do Direito com a subdivisão em ramos de acordo com os objetos de tutela⁴⁸³. Com o Direito Penal não é diferente.

Logo, a delimitação de uma nova disciplina dentro da Ciência já sistematizada perpassa pela análise do método a ser utilizado e do objeto de estudo. Aqui, exige-se uma atenção especial. A expressão “método” não pode ser confundida com a expressão “técnica”. O que é verificável em trabalhos sobre o chamado efeito “expansionismo penal” é a confusão desses dois termos. Método corresponde ao “conjunto de princípios de avaliação de evidência, cânones para julgar a adequação das explicações propostas, critérios para selecionar hipóteses”⁴⁸⁴, enquanto que a técnica corresponde ao “conjunto dos instrumentos, variáveis conforme os objetos e temas”⁴⁸⁵.

Assim, explica Ferraz Junior que o Direito pode ser analisado sob o enfoque de distintos métodos, dando ênfase a três: histórico, analítico e funcionalista⁴⁸⁶. Adequando esse viés metodológico ao Direito Penal, verifica-se a formação dos modelos de atuação geral do sistema penal, tais como foram o liberalismo de Feuerbach, o causal-naturalismo de Liszt, o finalismo de Welzel e, mais recentemente, o funcionalismo, tanto na proposta de Roxin quanto na vertente de Jakobs.

Essas diferentes abordagens se fundamentam nas diferentes perspectivas que permitem observar o mesmo fenômeno, ou seja, são os diferentes métodos que possibilitam desenvolver diferentes respostas aos questionamentos elaborados nas hipóteses traçadas. Em suma, são os métodos que decidem sobre o critério científico da investigação⁴⁸⁷. As técnicas, por sua vez, incidirão diretamente no objeto de estudo.

Nesse contexto, recentemente, Winfried Hassemer escreveu importante trabalho em que analisou a relação entre a política e o direito para sua formação científica. Para Hassemer, é impossível conceber a ciência jurídica por meio de sua total abstração, sendo inerente a ela uma adjetivação pragmática, motivo pelo qual intitula o Direito Penal como ciência prática, a qual deve desenvolver e organizar sua

⁴⁸³ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Op. cit.*, p. 12-13.

⁴⁸⁴ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Op. cit.*, p. 11.

⁴⁸⁵ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Op. cit.*, p. 11.

⁴⁸⁶ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Op. cit.*, p. 15-16.

⁴⁸⁷ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Op. cit.*, p. 15.

autocompreensão em busca de liberdade científica, autonomia e relação com seu objeto⁴⁸⁸. Afirma o jurista alemão que o objeto de estudos do Direito Penal é variante em razão dos valores que o Direito tenta proteger⁴⁸⁹. O elemento de variabilidade do objeto do Direito é indiscutível. Basta lembrar que o estudo jurídico é um estudo das relações humanas. A consequência é evidente: mudam-se os paradigmas sociais, mudam-se os objetos sobre os quais o Direito atua. E, quando não são modificados os objetos, mas apenas a valoração sobre eles, o Direito também tende a modificar sua forma de tratamento. Isso tudo, pelo fato de que o Direito é um instrumento de controle social⁴⁹⁰.

Por tal motivo, espera-se que a tarefa da ciência penal seja atuar na mediação entre o Direito Penal e as expectativas políticas sociais⁴⁹¹. Hassemer comenta que as políticas que atuam no Direito Penal são compostas tanto pelas de partido, quanto diárias, desde que sejam relevantes para o Direito Penal⁴⁹².

No pertinente à política diária explica que os acontecimentos desta política pertencem ao âmbito da ciência penal justamente por serem atendidos por ela. Em outras palavras, o autor se vale de um conceito amplo do termo “política”⁴⁹³.

Em outro trabalho, Hassemer denuncia o mau uso do Direito Penal em razão de “práticas de resultado”, isto é, a utilização do Direito Penal para responder aos anseios imediatos da população (que não deixam de ser uma forma de política diária) e sua correlação com segurança pública, o que acaba desvirtuando a finalidade da política criminal que deve ser adotada por um Estado Democrático de Direito⁴⁹⁴.

Especificamente sobre a segurança pública, Valter Foleto Santin anota que esta constitui direito fundamental, vinculado sempre aos valores essenciais da sociedade e que se exige a necessidade de criação de políticas públicas efetivas

⁴⁸⁸ HASSEMER, Winfried. La autocomprensión de la ciencia del Derecho penal ante los desafíos del presente. In: ESER, Albin; HASSEMER, Winfried; BURKHARDT, Björn; CONDE, Francisco Muñoz (Coord.). **La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 33.

⁴⁸⁹ HASSEMER, Winfried. La autocomprensión..., p. 50.

⁴⁹⁰ Sobre o assunto: MUÑOZ CONDE, Francisco. **Derecho Penal y Control Social**. Jerez de La Frontera: Fundación Universitaria de Jerez, 1985, p. 31 e ss.

⁴⁹¹ HASSEMER, Winfried. La autocomprensión..., p. 51.

⁴⁹² HASSEMER, Winfried. La autocomprensión..., p. 45.

⁴⁹³ HASSEMER, Winfried. La autocomprensión..., p. 45.

⁴⁹⁴ HASSEMER, Winfried. **Direito Penal: Fundamentos, estrutura, política**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008, p. 295 e ss.

para a tutela de tal direito⁴⁹⁵. Trabalhar sobre a ideia de segurança pública não implica na imediata adoção de medidas de incriminação, pelo contrário. Pensar a questão da segurança pública como direito fundamental proporciona a discussão do assunto sob o viés da efetividade da tutela de direitos fundamentais, o que possibilita a promoção de mecanismos preventivos extrapenais.

A discussão acerca dessa expansão do Direito Penal coloca em destaque as considerações sobre as características que ele assumirá como maior e mais forte instrumento de controle social. É nesse contexto que “se levanta a encruzilhada entre pregar uma abordagem da ciência penal que flexibiliza as regras de imputação e as garantias político-criminais ou manter-se em um modelo de Direito Penal que siga as diretrizes dos ideais liberais”⁴⁹⁶.

De início, é possível adotar uma máxima: “a decisão política de construir este subsistema não deve se relacionar necessariamente com uma demanda social, a finalidade estatal pode ser satisfazer um interesse eleitoral ou o sobredimensionamento de um reclamo social”⁴⁹⁷. Um exemplo claro dessa observação é a já conhecida tentativa de inserir via legislação simbólica um pseudoefeito pacificador na população, como se vê, atualmente, com a tentativa de justificar uma qualificação da corrupção como um crime hediondo ou então simplesmente quadruplicar suas penas como propõem alguns projetos em trâmite no congresso⁴⁹⁸.

A função política do Direito pode servir para afastar esse tipo de oportunismo legislativo. A estruturação dos mecanismos penais exige um comprometimento ainda maior por parte do Congresso. Afinal, se está diante da arma mais agressiva que detém o aparato estatal para reprimir e controlar as condutas sociais.

Uma má escolha do mecanismo penal não prejudica apenas um único réu, mas toda a população que está submetida ao sistema. Um reforço da atividade

⁴⁹⁵ SANTIN, Valter Foletto. **Controle Judicial da Segurança Pública**: Eficiência do serviço na prevenção e repressão ao crime. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 76 e ss. Santin defende que quando o Estado não porporcina de forma efetiva a segurança pública pode o Ministério Público por meio de ação civil pública pleitear o controle e o exercício eficaz do referido direito (SANTIN, Valter Foletto. **Controle...**, p. 200 e ss.).

⁴⁹⁶ CASTIGLIONE, Hugo. La expansión del Derecho penal y su repercusión en el ámbito económico. In: RUBINSKA, Ramiro M; ALMENAR, Daniel Schurjin. **Derecho penal económico**, tomo I. Buenos Aires: Marcial Pons, 2010, p. 146.

⁴⁹⁷ MONZÓN, José Maria. Del White collar crime al delito corporativo. Ética y Política en la construcción del derecho penal económico. In: RUBINSKA, Ramiro M; ALMENAR, Daniel Schurjin. **Derecho penal económico**, tomo I. Buenos Aires: Marcial Pons, 2010, p. 279.

⁴⁹⁸ DAVID, Décio Franco; CAMBI, Eduardo. *Op. cit.*, p. 281-285.

punitiva, em regra, tende a provocar exclusão. Não se democratiza uma sociedade com a ampliação injustificada do Direito Penal. A razão de tal afirmação é simples: “o direito penal não possui função de agente transformador da realidade econômica”⁴⁹⁹.

Assim, no contexto da presente pesquisa, se o que se pretende é tutelar os valores vinculados à ordem econômica dentro dos preceitos delimitados pelo texto constitucional de 1988, é preciso saber delimitar o método e as técnicas a serem empregados em tal missão. Além disso, é preciso ter bastante claro que o “direito penal está atrelado diretamente aos contornos político-constitucionais do Estado de Direito e não exatamente com as nuances dos modelos liberal ou social, com maior coloração econômica”⁵⁰⁰.

Deste modo, na tentativa de obter melhores resultados na proteção destes “novos” valores, aparecem duas opções ao Direito Penal. A primeira delas é reconhecer a autonomia científica do Direito Penal Econômico em razão de ser ele um “novo” (ou moderno) Direito Penal, enquanto que a segunda é negar tal autonomia.

2.5.1 O Direito Penal Econômico como disciplina autônoma

A discussão acerca da possível autonomia do Direito Penal Econômico, como se viu, parte da modificação dos valores objetos de avaliação. Ao se verificar que o objeto se constitui como algo materialmente “novo”, exsurgiu a necessidade de se discutir as técnicas empregadas, as quais poderiam não estar adequadas aos métodos definidos anteriormente. Assim, discutir a autonomia do Direito Penal Econômico é reconhecer o estado de “crise” ao Direito Penal, conforme já exposto anteriormente.

Todavia, a percepção da existência de crise nos métodos e técnicas do Direito Penal não é algo estrito à atualidade. Arturo Rocco já denunciava no ano de 1933 a existência de uma crise⁵⁰¹. Para ele, o problema estava centrado na mescla de outros ramos à concepção de “ciência” do Direito Penal. Em estudo clássico, o

⁴⁹⁹ BERCOVICI, Gilberto; SOUZA, Luciano Anderson de. *Op. cit.*, p. 22.

⁵⁰⁰ BERCOVICI, Gilberto; SOUZA, Luciano Anderson de. *Op. cit.*, p. 22.

⁵⁰¹ ROCCO, Arturo. **El problema y el método de la Ciencia del Derecho Penal**. Bogotá: Editorial Temis, 2009, p. 1-4.

jurista italiano apresentou a quebra do paradigma metafísico no Direito Penal com a adoção de um viés sociológico e antropológico⁵⁰².

Atualmente, não se discute o problema da heterogeneidade dentro do Direito. Afinal, não se pode conceber um sistema penal sem aceitar a influência da criminologia e da política criminal⁵⁰³, os quais são estão naturalmente enraizados ao estudo do delito⁵⁰⁴. Nessa esteira, lembra-se que a criminologia teve papel importantíssimo, pois graças aos estudos de Sutherland é que se mudou o olhar sobre as condutas no cerne empresarial. Além disso, como se apurou no capítulo anterior, o evoluir social trouxe o problema econômico para o Direito Penal. Verificar a inclusão de novas áreas de atuação penal insurge no debate sobre a modernização do Direito Penal, principalmente após a evolução legislativa e científica penal da última metade do século passado, a qual constitui o marco histórico da “modernização” do Direito Penal⁵⁰⁵. Porém, neste mesmo período se verifica um importante fenômeno, pois enquanto “o Projeto Alternativo tendia a uma restrição do direito penal, a tendência da modernização é inversa: ela foi caracterizada por Silva Sánchez como uma fase de “expansão do direito penal”⁵⁰⁶.

Frente a este fenômeno verifica-se a polarização doutrinária em dois grandes grupos. De um lado um grupo de autores que rejeita esse processo expansionista e almeja restringir o Direito Penal a seu âmbito mais clássico e central. A esse grupo é possível adotar a nomenclatura de “Minimalistas” e é formado pela Escola de Frankfurt⁵⁰⁷, liderada por Winfried Hassemer.

No outro pólo estão os autores que reconhecem o fenômeno expansionista. Este grupo se subdivide em razão de duas perspectivas: uma normativa (ou prescritiva) e outra descritiva (ou prospectiva)⁵⁰⁸. Para o grupo normativo, o Direito Penal deve ampliar seu objeto e intensidade de resposta às novas realidades da criminalidade. Esta perspectiva é defendida por Bernd Schünemann, Klaus Tiedmann e Luis Gracia Martín. O segundo grupo, intitulado descritivo, entende que

⁵⁰² ROCCO, Arturo. *Op. cit.*, p. 5 ess.

⁵⁰³ Sobre o assunto, ROXIN, Claus. **Política Criminal e Sistema Jurídico-penal**. Tradução de Luíz Greco. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Renovar. 2012.

⁵⁰⁴ Assim, bem anota Luíz Greco, “A política criminal atravessa todos os conceitos da dogmática penal – e é bom que isso seja reconhecido” (GRECO, Luíz. **Modernização do Direito Penal, Bens Jurídicos Coletivos e Crimes de Perigo Abstrato**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 2).

⁵⁰⁵ GRECO, Luíz. *Op. cit.*, p. 1.

⁵⁰⁶ GRECO, Luíz. *Op. cit.*, p. 1.

⁵⁰⁷ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. **Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo**. 2. ed. Buenos Aires, 2010, p. 53-54.

⁵⁰⁸ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. **Aproximación...**, p. 54.

o Direito Penal tenderá inevitavelmente a crescer e se ampliar, principalmente em razão das funções sociais que são desempenhadas pelo próprio Direito Penal atualmente e que no passado integravam apenas áreas extrapenais⁵⁰⁹. Nesta segunda perspectiva está o pensamento de Silva Sánchez⁵¹⁰.

Delimitar o conteúdo expansionista do Direito Penal ou refutá-lo implica diretamente no reconhecimento de uma autonomia científica do Direito Penal Econômico. Afinal, os atentados às relações econômicas, assim como os atentados ao meio ambiente, institucionalizam as principais situações que formalizariam e exigiriam uma modernização do Direito Penal.

É nesse sentido que José de Faria Costa propõe o reconhecimento do Direito Penal Econômico enquanto disciplina autônoma⁵¹¹. Para tanto, explica o jurista português que não se está a confundir uma nova área de incriminação com uma nova disciplina. Deste modo, conceitua área de incriminação como o “conjunto de crimes que o legislador achou por bem criar para proteger interesses ou valores econômicos que se diferenciam dos interesses patrimoniais comumente protegidos na sistemática tradicional dos códigos penais”⁵¹².

Iniciando sua proposta, expõe que o Direito Penal Econômico não foge do grande grupo da Ciência Global do Direito Penal (*Gesamtstrafrechtswissenschaft*). Com isso, Faria Costa delimita o Direito Penal dentro do conjunto da Ciência Penal. Tal atitude demonstra que, em sua óptica, o Direito Penal Econômico se caracteriza como uma disciplina autônoma da dogmática penal tradicional, colocando-se ao lado de outras disciplinas de mesma grandeza como a criminologia, a psicologia criminal e a política criminal⁵¹³.

O segundo passo dado por Faria Costa é demonstrar quais os elementos que tornam uma disciplina normativa autônoma das demais. Assim, para que isso ocorra, torna-se imprescindível a identificação de três pressupostos: metodologia, objeto e princípios⁵¹⁴.

De acordo com o autor, esses critérios apresentados detêm uma concepção moderna, sem vinculação ao movimento pós-modernista científico. Para Faria Costa, “dentro dos parâmetros de determinação metódica o pensamento pós—moderno

⁵⁰⁹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. **Aproximación...**, p. 54.

⁵¹⁰ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. **Aproximación...**, p. 54.

⁵¹¹ COSTA, José de Faria. **Direito Penal Econômico**. Coimbra: Quarteto, 2003.

⁵¹² COSTA, José de Faria. *Op. cit.*, p. 15.

⁵¹³ COSTA, José de Faria. *Op. cit.*, p. 17.

⁵¹⁴ COSTA, José de Faria. *Op. cit.*, p. 19.

ainda não trouxe, pelo menos como sólido horizonte constituinte, uma válida e conseqüente alternativa”⁵¹⁵.

Faria Costa explica que o ideal do homem polímata foi substituído, em razão do iluminismo, pelo ideal do homem segmentado: o conhecimento deixa de ser global e deve passar a ser delimitado em áreas de especialização. Nas palavras do autor:

Todos sabemos que a modernidade trouxe como linha de clivagem ou traço de descontinuidade a ideia forte de que a ciência ou mesmo o pensamento em geral é tanto mais conseqüente e frutuoso quanto mais se mostrar especializado. Passara o tempo do saber global, enciclopédico e integrado. Ao ideal do homem da Renascença impunha-se, agora, na modernidade, o homem segmentado. Para dizê-lo com uma fórmula superior de ironia e de desencanto: ao “especialista de ideias gerais” – qualidade com que nós, portugueses, nos podemos arroupar – contrapunha-se o especialista “*tout court*”. E se o grande paradigma referencial era o das ciências exactas é óbvio, então, que, quer por efeito de imitação ou de emulação, quer por força de arrastamento simbólico, o certo é que as disciplinas normativas não resistiram ao apelo de também elas se especializarem. O mundo era o da segmentação. Da especialização. Ao fazer-se esta afirmação não se está, por outro lado, mais do que a lançar uma pequeníssima insinuação – e que só quer ser insinuação – daquilo que constitui o pano de fundo matricial da cultura e do pensamento que o séc. XIX já mostrara e que o século passado, até ao último quartel, consolidara. Por isso, pouco importa retalhar, neste momento, o passado. É indubitável que praticamente os dois últimos séculos se mostraram como exaltação da especialização. Em qualquer campo do saber.⁵¹⁶

Esse processo, que sofre indiscutível influência das ciências naturais, é de análise simplificada: “a segmentação da normatividade é, outrossim, um corolário directo da segmentação da própria realidade social”⁵¹⁷. Não obstante tais apontamentos, Faria Costa apura que essa diminuição do campo do saber não deve ser vista de forma negativa, se conseguir ser compensada com o aprofundamento analítico na área de segmentação⁵¹⁸.

O autor ainda faz importante comparação entre o Direito Penal Económico e os outros ramos que surgiram de forma contemporânea: Direito Penal do Meio Ambiente, Direito Penal Informático e Direito Penal do Consumo. Comenta que a “criação” de muitas áreas novas poderia gerar a errada ideia de que teríamos uma disciplina para cada um dos bens jurídicos escolhidos pela parte especial do código

⁵¹⁵ COSTA, José de Faria. *Op. cit.*, p. 20.

⁵¹⁶ COSTA, José de Faria. *Op. cit.*, p. 21.

⁵¹⁷ COSTA, José de Faria. *Op. cit.*, p. 22.

⁵¹⁸ COSTA, José de Faria. *Op. cit.*, p. 22.

penal⁵¹⁹. Tal raciocínio desvirtuaria a concepção do que constitui uma disciplina autônoma. Sem delongas, o autor defende que esses três ramos constituem, ao lado do Direito Penal Econômico, disciplinas autônomas do Direito Penal clássico e o fazem com aquilo que a Ciência Global do Direito Penal (*Gesamtstrafrechtswissenschaft*) lhes proporciona: “os novos ramos do direito penal são ainda produtos teóricos directos e imediatos da reflexão consolidada na e pela doutrina geral da infração criminal”⁵²⁰.

Sobre essa delimitação dos novos ramos frente à Ciência Global do Direito Penal, explica Faria Costa que não se trata, exclusivamente, de uma delimitação de nomenclaturas, chamada por ele de nominalismo, mas da análise do verdadeiro conteúdo material que se procura segmentar na nova disciplina⁵²¹.

Acerca da delimitação de uma possível sistematização pelo objeto, Faria Costa comenta o problema da abordagem em sentido amplo e restrito, e ainda que não utilize estes termos, fala o autor em “domínio financeiro do Estado”⁵²² e tutela econômica dos interesses da colectividade e do consumidor⁵²³. Para ele, todos os valores que se atrelem a estes dois campos (de controle da economia ou de interesse amplo na economia) consistirão o objeto de estudo do Direito Penal Econômico. Por conseguinte, pode-se falar na adoção de um conceito amplo no pertinente ao objeto delimitador do conteúdo, o que se atrela à doutrina dominante sobre o assunto e também às recomendações da Associação Internacional de Direito Penal.

Outro ponto destacado por Faria Costa acerca da autonomia disciplinar do Direito Penal Econômico consiste na produção teórica, a qual segundo ele é “um bom indício de autonomia e de especificidades”⁵²⁴.

Assim, para justificar seu posicionamento de que o Direito Penal Econômico é uma disciplina (área de intervenção incriminadora) autônoma, Faria Costa analisa os pressupostos fundamentais de tal independência.

Acerca do objeto, afirma ele que existe uma tendência “voraz” no Direito Penal Econômico, consistente na disposição natural de absorver para si as

⁵¹⁹ COSTA, José de Faria. *Op. cit.*, p. 23-24.

⁵²⁰ COSTA, José de Faria. *Op. cit.*, p. 24.

⁵²¹ COSTA, José de Faria. *Op. cit.*, p. 26.

⁵²² COSTA, José de Faria. *Op. cit.*, p. 27.

⁵²³ COSTA, José de Faria. *Op. cit.*, p. 28.

⁵²⁴ COSTA, José de Faria. *Op. cit.*, p. 29.

categorias que lhe estão próximas⁵²⁵: “o direito penal económico nasce, e diremos que até se consolida, afirmando-se como uma categoria de tendência marcadamente expansionista”⁵²⁶. Nessa perspectiva, destaca que os bens jurídicos do Direito Penal Económico têm como natureza essencial o fato de serem supraindividuais⁵²⁷.

No pertinente à metodologia, destaca que o Direito Penal Económico, por trabalhar com bens supraindividuais, utiliza-se de crimes de perigo, tanto concretos quanto abstratos, isso distinguiria o preceito económico dos bens objetos do Direito Penal Económico e os bens tutelados na esfera patrimonial tradicional do Código Penal⁵²⁸. Além deste item, apresenta a responsabilização penal da pessoa jurídica como um “novo centro de imputação”⁵²⁹. No pertinente a este tema, Faria Costa afirma que esse debate só surgiu em razão do Direito Penal Económico e que se tornou imprescindível a discussão deste assunto para que se chegue à superação dos problemas de reconhecimento da possibilidade de incriminação das pessoas jurídicas. Sobre isso delimita dois eixos fundamentais para solução da temática:

a) na analogia material entre a culpaindividual e a responsabilidade por culpa relativamente às pessoas coletivas e; b) no raciocinar inverso àquele que fundamenta a categoria da imputabilidade, isto é: enquanto na imputabilidade formal (idade) o direito penal esquece, esmaga ou ficciona a inexistência de uma liberdade onto-antropológica – e por isso diz que o menor não ascende à discursividade penal – que o menor jamais deixa de ter, na responsabilidade penal das pessoas colectivas, inversamente, o direito penal liberta, cria, expande aquilo que os órgãos das pessoas colectivas assumem como vontade própria e, por isso, tem legitimidade para as responsabilizar penalmente.⁵³⁰

Para Faria Costa, há ainda a existência de outras características que são naturais do Direito Penal Económico. Defende ele a tendência para a indeterminação dos agentes da infração ante as cadeias hierárquicas das empresas, as quais ele afirma não serem límpidas nem transparentes e muitas vezes constituídas por várias outras unidades orgânicas autônomas⁵³¹. Além disso, inclui a tendência à indeterminação das vítimas ante a estruturação dos bens jurídicos

⁵²⁵ COSTA, José de Faria. *Op. cit.*, p. 33.

⁵²⁶ COSTA, José de Faria. *Op. cit.*, p. 34.

⁵²⁷ COSTA, José de Faria. *Op. cit.*, p. 39-41.

⁵²⁸ COSTA, José de Faria. *Op. cit.*, p. 42.

⁵²⁹ COSTA, José de Faria. *Op. cit.*, p. 45.

⁵³⁰ COSTA, José de Faria. *Op. cit.*, p. 51.

⁵³¹ COSTA, José de Faria. *Op. cit.*, p. 52-54.

supraindividuais⁵³². Sobre esse assunto, interessa consignar que Eduardo Reale apresenta uma classificação interna aos bens jurídicos supraindividuais. Segundo ele, é preciso distinguir os bens jurídicos coletivos dos difusos. Assim, afirma que nos bens jurídicos difusos a titularidade é indeterminada, enquanto que nos coletivos, ainda que o bem se caracterize por sua indivisibilidade, é possível identificar seus titulares⁵³³. Para Renato de Mello Jorge Silveira, em sentido amplo, o termo supraindividual expressa de forma correta os bens jurídicos coletivos e difusos pelo fato de que a “distinção realizada quanto às pessoas, determinadas ou indeterminadas, de um certo grupo, perderá a razão de ser ao se tomar a necessidade de que, mesmo dentro de uma massa indistinta de pessoas, alguns agentes tenham de ser identificados para poder-se configurar uma lesão”⁵³⁴. Explica, ainda, que o elemento comum desses bens jurídicos consiste no fato da titularidade não ser individual, mas compartilhada por todos os membros de uma determinada coletividade, o que proporciona a mescla dos conceitos “difuso” e “coletivo”⁵³⁵.

Faria Costa destaca outra característica essencial ao Direito Penal Econômico: o estilo serial das agressões revelado nos resultados penalmente desvalorados. Em outras palavras, para se verificar a ofensividade penalmente relevante nestes casos, a conduta precisa ser produzida em série⁵³⁶. Assim, conclui a apresentação dos elementos estruturantes de sua teoria defensiva da autonomia disciplinar do Direito Penal Econômico.

No entanto, repete-se que esta teoria estaria ainda enraizada na Ciência Global do Direito Penal (*Gesamtstrafrechtswissenschaft*), tal qual a Criminologia e a Política Criminal, motivo pelo qual não se consideraria uma autonomia plena. Afinal, um dos requisitos trazidos por Faria Costa como essenciais ao reconhecimento da autonomia disciplinar não é modificado totalmente.

Adotar os padrões trazidos pela *Gesamtstrafrechtswissenschaft* implica em manter os princípios tradicionais do Direito Penal clássico. A importância de tal constatação é essencial para o reconhecimento do acerto na proposta de Faria

⁵³² COSTA, José de Faria. *Op. cit.*, p. 55-57.

⁵³³ FERRARI, Eduardo Reale. Direito Penal do Consumidor e a tutela de bens jurídicos supraindividuais: Uma análise constitucional. In: PRADO, Luiz Regis. **Direito Penal Contemporâneo: Estudos em homenagem, ao Professor José Cerezo Mir**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 275.

⁵³⁴ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito Penal Supra-individual: Interesses difusos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 59

⁵³⁵ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito Penal Supra-individual**, p. 59, rodapé 112.

⁵³⁶ COSTA, José de Faria. *Op. cit.*, p. 58.

Costa. Porém, antes de se pronunciar sobre tal assunto, impera-se frisar, com Reale Júnior, que “os princípios jurídicos são unificadores e permitem entender o sistema como uma ordem de valores, teleologicamente dirigido, ou seja, com vista a determinados escopos valorativos”⁵³⁷. Logo, se são mantidos os mesmos princípios, mantém-se o mesmo sistema.

Assim, a proposta de Faria Costa não modifica o método inicial de abordagem do Direito Penal Econômico, pois ele se mantém dentro do Direito Penal clássico. O que o professor português apura, indiscutivelmente, são os problemas técnicos que acompanham a ideia de tutela penal sobre a seara econômica.

Outrossim, uma simples individualização de determinados bens jurídicos é apenas e tão somente uma área de incriminação que deve seguir as demais já existentes no ordenamento penal. Notadamente, é possível asseverar que a hipótese lançada não se amolda à proposta: uma disciplina não se torna autônoma apenas por seus bens jurídicos serem supraindividuais e trazerem para si o que estiver próximo. Basta pensar na criminalização das condutas de falsificação documental e estelionato. Nem sempre a prática do crime de falso corresponde ao meio para se praticar o estelionato, assim como nem sempre o estelionato é praticado no contexto de crimes empresariais. Até mesmo em razão da especificação de sua área de incriminação, pois o tipo aparece no Código Penal no capítulo dos crimes contra o patrimônio.

Desta forma, as características levantadas por Faria Costa em quase nada auxiliam a discussão acerca da autonomia do Direito Penal Econômico, exceto por uma afirmação que pode gerar uma conclusão indireta. Afirma o autor a necessidade de se resolver o problema da responsabilidade penal da pessoa jurídica, a qual ele chama de “novo centro de imputação”. Esta assertiva possibilita a discussão acerca da modificação, ainda que parcial, da estruturação do princípio da culpabilidade (conforme se verá mais adiante). Contudo, a reestruturação de um único princípio não modifica todos os elementos compositores da *Gesamtstrafrechtswissenschaft*, de modo que a forma como propõe a autonomia científica (disciplinar) do Direito Penal Econômico não restaria configurada.

Em sentido próximo ao posicionamento de Faria Costa está a doutrina de Hugo Duarte Fonseca. Sustenta este autor que o fundamento da autonomia do

⁵³⁷ REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições...*, p. 61.

Direito Penal Econômico está assentado na responsabilização penal da pessoa jurídica e na natureza supraindividual dos bens jurídicos⁵³⁸. Verifica-se a forte influência de José Faria Costa no pensamento deste autor, pois usa a mesma expressão do mestre português para expor a incriminação da pessoa jurídica: “novo centro de imputação”⁵³⁹. Segundo Fonseca, há uma exigência específica peculiar nos bens jurídicos supraindividuais, demonstrando, com a expansão do perímetro de atuação penal, o abandono de uma visão exasperadamente liberal do homem⁵⁴⁰, a qual garante, justamente pela índole supraindividual dos bens jurídicos, a razão maior de sua autonomia dogmática⁵⁴¹.

Fonseca atribui a esta independência normativa penal um corpo de normas com identidade autônoma das normas existentes no Direito Penal tradicional, de modo que elenca quatro características dessa normatividade autônoma: a) o emprego de conceitos importados do direito administrativo nos tipos legais (seja com técnicas de reenvio ou em aspectos semânticos); b) a tendência no uso de tipos incriminadores abertos (estruturados com conceitos indeterminados); c) a preferência no uso de crimes de perigo; d) no âmbito processual, cita a possibilidade da assistência de acusação a toda pessoa que tenha sofrido uma lesão de delito econômico⁵⁴². Neste último item, o autor cita o Decreto-Lei nº 28/84, o qual traz tal previsão no direito português. No Direito brasileiro, o Código de Processo Penal (arts. 268 a 273) permite a participação do ofendido ou, em sua ausência, de um rol restrito de familiares (art. 31, CPP) para manifestarem-se no processo como assistentes do Ministério Público nas ações penais públicas. Assim, esta característica não seria uma “inovação” para o Direito Penal pátrio, bastando-se reconhecer/identificar o dano ao indivíduo particular em casos de tutela de bens jurídicos difusos, como, por exemplo, nas relações de consumo. Este é o sentido trazido pela observação do autor.

Ainda acerca da participação da vítima no processo penal, Fonseca propõe que seja permitida a participação de grupos representativos e associações no

⁵³⁸ FONSECA, Hugo Duarte. *Direito Penal Económico: Da autonomia dogmática à integridade nos princípios (ou) para uma cosmovisão: do big bang na dogmática à radiação fóssil dos princípios*. COSTA, José de Faria (coord.). **Temas de Direito Penal Económico**. Coimbra: Coimbra editora, 2005, p. 149.

⁵³⁹ FONSECA, Hugo Duarte. *Op. cit.*, p. 149.

⁵⁴⁰ FONSECA, Hugo Duarte. *Op. cit.*, p. 150.

⁵⁴¹ FONSECA, Hugo Duarte. *Op. cit.*, p. 166.

⁵⁴² FONSECA, Hugo Duarte. *Op. cit.*, p. 167-168.

processo, justifica seu posicionamento afirmando que “ante um singular problema, colocado por bens *colectivos*, uma ímpar resposta, convocando *colectividades*”⁵⁴³.

No Direito pátrio já existe disposição parecida com a proposta do autor. Acerca da defesa do consumidor em juízo, o Código de Proteção e Defesa do Consumidor, prevê expressamente em seus artigos 82 e 91 a possibilidade de associações legalmente constituídas – há prazo superior a um ano e que tenham como finalidade a proteção do consumidor – proporem ações coletivas para a defesa de interesses individuais homogêneos. O mesmo ocorre em outras situações, para as quais a intervenção de terceiros ocorre de forma anômala⁵⁴⁴, por meio da figura do *amicus curiae*. De acordo com Alexandre de Moraes, o *amicus curiae* tem como função apresentar no processo “parecer ou informações com o intuito de trazer à colação considerações importantes sobre a matéria de direito a ser discutida pelo Tribunal”⁵⁴⁵, no intuito de “pluralizar o debate constitucional”⁵⁴⁶. Alguns dispositivos legais possuem previsão expressa para a participação do *amicus curiae* no trâmite regular do feito⁵⁴⁷, contudo a ausência de previsão legal não impede este tipo de participação.

De acordo com o entendimento do Supremo Tribunal Federal são requisitos para admissão dessa modalidade de intervenção a relevância da causa e capacidade de contribuição do interventor ao processo, desde que a causa produza efeito multiplicador, não se admitindo tal intervenção em processos que envolvam apenas direitos individuais⁵⁴⁸. Em matéria penal, merece destaque a autorização,

⁵⁴³ FONSECA, Hugo Duarte. *Op. cit.*, p. 169.

⁵⁴⁴ Art. 131, § 3º do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

⁵⁴⁵ MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 740.

⁵⁴⁶ STF - ADI: 2130 SC, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 28/08/2001, Data de Publicação: DJ 04/09/2001 P – 00028.

⁵⁴⁷ Art. 7º, § 2º, Lei 9.868/99 (ação declaratória de inconstitucionalidade que também se aplica às ações declaratórias de constitucionalidade, conforme mensagem de veto nº 1674/1999 do art. 18, § 2º da Lei 9.868/99), art. 31, Lei 6.385/76 (processos de interesse da Comissão de Valores Mobiliários), art. 118, Lei 12.529/2011 (processos de interesse do Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Esta possibilidade já estava contida na antiga lei do CADE – art. 89 da Lei 8.884/94), art. 6.º, § 2º, Lei 9.882/1999 (ações de argüição de descumprimento de preceito fundamental), art. 482, § 3º do Código de Processo Civil (controle difuso de constitucionalidade), art. 543-A, § 6º do Código de Processo Civil (análise da repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento de recurso extraordinário), Art. 543-C, § 4º do CPC (análise da controvérsia de matéria em Recursos Especiais submetidos ao procedimento dos recursos repetitivos), art. 3º, § 2º, Lei 11.417 (edição, revisão e cancelamento de Súmula Vinculante).

⁵⁴⁸ (...) Não estando o presente recurso submetido ao rito dos recursos repetitivos e nem se incluindo na hipótese de multiplicidade de demandas similares a demonstrar a generalização da decisão, não há previsão legal para a inclusão do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOAB na condição de *amicus curiae*, notadamente porquanto em discussão direito individual ao

pelo Supremo Tribunal Federal, da participação de *amicus curiae* em *habeas corpus*⁵⁴⁹. Além disso, em meados do ano de 2010, o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais criou uma comissão especial para atuações como *amicus curiae* em processos perante o Supremo Tribunal Federal, tendo obtido sua primeira autorização na arguição de preceito fundamental nº 187/DF⁵⁵⁰.

Portanto, a proposta do autor português já se encontra efetivada em terras nacionais, mas tal situação não implica diretamente no reconhecimento de uma autonomia científica ao Direito Penal Econômico, haja vista que tal instituto pode se aplicar a tanto processos de natureza extrapenal como penais. Destacando-se que para os processos de matéria penal pouco importa se o bem jurídico é individual ou supraindividual, pois o critério de autorização pelo Supremo Tribunal Federal está delimitado na extensão dos efeitos da decisão e não na classificação do bem jurídico ou no número de vítimas da conduta em julgamento.

Além disso, a crítica mais contundente a este posicionamento está contida no próprio texto do autor quando afirma que os princípios do Direito Penal tradicional devem ser mantidos nesta nova dogmática⁵⁵¹:

(...) se por ventura se aceitasse que o crucial momento da realização do direito penal económico era instante propício à mobilização de uma qualquer racionalidade finalístico-estratégica (no fito de à razão calculadora do crime económico fazer frente) significaria isso dizer *sim* à descaracterização, pura e simples, do direito penal económico enquanto direito. Pois que sempre que a estratégia do legislador o impusesse se anuiria então no atropelo dos princípios fundamentais do direito penal geral (em que o direito penal económico também deve radicar), em uma inadmissível subversão, porquanto é neles que a validade que (em último termo) *todo* o direito penal intenciona encontra *crystalização* (...) ⁵⁵².

Ao contrário do que pensa o autor, a defesa da manutenção dos mesmos princípios do Direito Penal tradicional fundamenta argumentos contra sua proposta. Novamente, verifica-se um erro de delimitação doutrinária. Se o método empregado pugna por uma reestruturação dogmática, torna-se imprescindível a identificação de

recebimento de verba advocatícia. (...) (STJ – AgRg na PET no AREsp 151.885/PR, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 11/09/2012)

⁵⁴⁹ STF – HC 82424, Relator Min. Moreira Alves, Relato p/ Acórdão: Min. Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, julgado em 17/09/2003 (Este é o famoso julgamento de Winfried Elwanger, acusado da prática de racismo)

⁵⁵⁰ Sobre o assunto: EDITORIAL. O IBCCRIM como *amicus curiae*. **Boletim IBCCRIM**. São Paulo: IBCCRIM, ano 18, n. 222, mai/2011, p. 01.

⁵⁵¹ FONSECA, Hugo Duarte. *Op. cit.*, p. 185.

⁵⁵² FONSECA, Hugo Duarte. *Op. cit.*, p. 183.

técnicas próprias do novo método. Em outras palavras, se o que se procura é a defesa de um âmbito autônomo do Direito Penal Econômico, torna-se mister comprovar a metodologia, o objetos e os princípios autônomos da seara a que se projeta a autonomia.

Assim, a autonomia pleiteada por Hugo Duarte Fonseca se adéqua como delimitação de área específica de incriminação, mas em nenhuma hipótese será ramo autônomo do Direito, isto é, alheio ao *Gesamtstrafrechtswissenschaft*.

Ainda em terras portuguesas, Jorge de Figueiredo Dias também defende a “autonomização” do Direito Penal Econômico. Para tanto, apresenta três níveis em que essa “autonomização” precisa atuar para ser definitiva: a) o primeiro nível seria o da especificidade do ilícito; b) o segundo nível aborda a especificidade das sanções (fundamentos, sentido e limites); e, c) o terceiro nível, de índole processual, corresponde à aplicação concreta das sanções⁵⁵³.

Neste estudo específico ele relata que a pena deve ser composta pela ideia preventiva ou de integração⁵⁵⁴ e que o Direito Penal Econômico, ainda que dotado de autonomia, deve seguir os princípios gerais do Direito Penal tradicional⁵⁵⁵. Desta forma, ao término de seu trabalho, afirma que a autonomia do Direito Penal Econômico não deve ser absoluta, mas sim relativa, “legitimada à luz da dupla função, pessoal e comunitária, desempenhada pela personalidade do homem no contexto do Estado de Direito e traduzida numa ordem legal dos bens jurídicos de índole específica”⁵⁵⁶.

Com isso, verifica-se que a postura de Figueiredo Dias está inserida no reconhecimento de uma autonomia relativa do Direito Penal Econômico, fundada nos interesses coletivos e individuais sobre bens jurídicos supraindividuais no contexto de um Estado de Direito. Logo, o Direito Penal Econômico, ainda que dotado destas características peculiares, não estaria fora da grande ciência do Direito Penal tradicional (*Gesamtstrafrechtswissenschaft*).

Ainda sobre uma possível autonomia do Direito Penal Econômico, é possível indicar a proposta de Luis Gracia Martín, o qual defende ser o Direito Penal Econômico um “Moderno Direito Penal”. Gracia Martín entende que para se fazer

⁵⁵³ DIAS, Jorge de Figueiredo. Breves considerações sobre o fundamento, o sentido e a aplicação das penas em Direito Penal Económico. In: PODVAL, Roberto. **Temas de Direito Penal Económico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 123.

⁵⁵⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Op. cit.*, p. 125 e ss.

⁵⁵⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Op. cit.*, p. 134.

⁵⁵⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Op. cit.*, p. 134-135.

uma análise do que seria esse moderno Direito Penal, é essencial que a discussão deva ocorrer fora das delimitações tradicionais de análise crítica do Direito Penal, isso em razão de que a modernização deve se formar por si própria e não como um discurso de crítica do atual modelo penal⁵⁵⁷.

Gracia Martín defende uma construção material-histórica do Direito Penal moderno, de forte cunho crítico. Para ele, a “formação de qualquer disciplina é sempre o resultado de uma luta pelo discurso, por apropriar-se dele e para exercer o poder de disposição sobre ele como um dispositivo para a produção de conseqüências materiais”⁵⁵⁸.

Diferentemente do que se imagina com a expressão “modernização” do Direito Penal, Gracia Martín não defende a relativização dos princípios tradicionais do Direito Penal. Pelo contrário, assevera que o Direito Penal moderno está em total conformidade com as exigências do Estado de Direito, enfatizando que esta conformidade se realiza em um grau absoluto⁵⁵⁹.

Assim, os reflexos da modernização, como a desmaterialização do bem jurídico, a utilização de normas penais em branco, delitos de perigo e delitos de acumulação, são institutos trazidos pelo Direito Penal moderno, o qual não pode ser analisado em um debate interno do Direito Penal, mas deve ser definido como

um processo de constituição de objetos de criminalidade completamente *novos* e de formulação de enunciados de criminalização desses mesmos objetos, para a formação de um discurso de criminalização completamente novo e *fora* dos limites do campo discursivo de um Direito penal constituído e estruturado como uma disciplina articulada essencialmente em torno dos postulados sociais e político-liberais da Ilustração.⁵⁶⁰

Em síntese, propõe o autor que a modernização do Direito Penal constitua o rompimento com os “dogmas” políticos ilustrados liberais da burguesia capitalista⁵⁶¹, possibilitando ao ordenamento uma sistematização uniforme, na qual seja possível punir não apenas o grupo dominado, mas também a elite dominadora.

⁵⁵⁷ GRACIA MARTÍN, Luis. *Op. cit.*, p. 116.

⁵⁵⁸ GRACIA MARTÍN, Luis. *Op. cit.*, p. 117.

⁵⁵⁹ GRACIA MARTÍN, Luis. *Op. cit.*, p. 110.

⁵⁶⁰ GRACIA MARTÍN, Luis. *Op. cit.*, p. 116.

⁵⁶¹ GRACIA MARTÍN, Luis. *Op. cit.*, p. 117.

A crítica a ser traçada a este posicionamento é bastante objetiva: não se produz justiça social por meio do Direito Penal⁵⁶². Se o que se deve combater é o tratamento excludente apresentado por um grupo dominante sobre o outro, o Direito Penal será, certamente, um mecanismo com legitimidade altamente questionável.

Além disso, não é possível verificar uma nova abrangência de valores tutelados que justifiquem o adjetivo “moderno”. Esta observação será melhor desenvolvida abaixo, quando da apresentação das teses contrárias à autonomia do Direito Penal Econômico.

Sob o enfoque de uma reestruturação do Direito Penal em face do discurso de exclusão natural do Direito Penal, é possível realizar uma nova interpretação de como o Direito Penal Econômico admite importância frente aos problemas da atualidade. Talvez, seja este o aspecto sob o qual deveria se iniciar o debate acerca de uma autonomia científica do Direito Penal Econômico.

Este argumento é apresentado por Bernd Schünemann ao realizar um estudo comparativo do Direito Penal de classe baixa com o Direito Penal de classe alta. Explica Schünemann que o Direito Penal liberal (clássico) “foi a réplica do conceito liberal de propriedade”⁵⁶³, motivo pelo qual identifica a origem do Direito Penal enquanto um instrumento contrário à criminalidade do pobres e aventureiros⁵⁶⁴. Para Schünemann, o processo de seletividade criminal que formalizou o Direito Penal no período de transição entre Idade Média e Iluminismo era o da formalização da exclusão dos grupos (classes) sociais que não quiseram ou não puderam se adaptar aos novos valores e interesses trazidos pelo contexto

⁵⁶² Nesse sentido é a doutrina de Ana Elisa Bechara: “(...) no contexto de um Estado Democrático de Direito de cunho personalista, o direito penal, como subsistema do sistema de controle social, é naturalmente subordinado, por meio da política criminal, à carga valorativa que conforma todos os outros subsistemas de controle, impedindo que se atribua à intervenção penal objetivos irreais, como instrumento político de transformação social. Nessa linha democrática, o critério político-criminal fundamental identifica-se com a própria garantia dos direitos individuais. (...) Nessa linha, a proteção da segurança social, não deve ser diretamente relacionada ao direito penal, mas, sim, ao direito em geral, sendo a intervenção penal apenas um dos instrumentos (na verdade, o último) a cooperar com o ordenamento jurídico em tal tarefa. Por isso, quando a proteção da sociedade pode ser obtida por outros meios, preferíveis por serem menos lesivos aos direitos individuais, o direito penal deixa de ser necessário, em coerência com a exigência, no âmbito democrático, da busca de maior bem com o menor prejuízo social.” (BECHARA, Ana Elisa. **Da teoria do Bem Jurídico como critério de legitimidade do Direito Penal**. 2012. 464. Tese (Livre Docência em Direito Penal) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, p.35).

⁵⁶³ SCHÜNEMANN, Bernd. *Del Derecho Penal de la clase baja al Derecho Penal de la clase alta*. In: FALCONÍ, Ramiro García et al. **Derecho Penal Económico**, tomo I. Buenos Aires: Rubinzal–Culzoni, 2012, p. 56.

⁵⁶⁴ SCHÜNEMANN, Bernd. *Del Derecho...*, p. 55.

histórico e expressados na lei⁵⁶⁵. Portanto, há que se repensar os métodos de atuação do Direito Penal na atualidade, especialmente diante dos “novos” valores estruturais da sociedade.

Este discurso pode parecer dotado de forte cunho marxista, contudo Schünemann expõe que não se trata de remontar às teses de Proudhon ou de Marx, mas de centrar o Direito Penal sob o estandarte da justiça igualitária⁵⁶⁶.

Objetivando alcançar uma justiça igualitária (defendido pelo autor como um postulado inviolável⁵⁶⁷), Schünemann entende ser insustentável querer combater a criminalidade avançada (do século XXI) com os métodos do Direito Penal do século XX⁵⁶⁸. Do mesmo modo, assevera o professor alemão que é preciso “perseguir de forma mais dura os danos ao meio ambiente pela produção ilimitada de pequenices inúteis de nossa sociedade de consumo que a apropriação ilegal, segundo o Direito Civil, dessas pequenices dispersas”⁵⁶⁹.

O trato diferenciado às classes mais altas, repete o autor, se dá na tentativa de alcançar uma justiça igualitária. No entanto, frisa que isso só pode ocorrer em obediência ao princípio da *ultima ratio*, sobre o qual, em sua opinião, não entende ser “sustentável a tese de que o emprego do Direito Penal é, em princípio, subsidiário e posterior ao controle por autoridades da administração”⁵⁷⁰.

Segundo Schünemann, a

fórmula da *ultima ratio* não deve se concretizar mediante perspectivas globalizantes e simplificadoras, senão baseado em uma construção de grupos de casos que parta do bem jurídico protegido, que leve em consideração tanto os caminhos que conduzem a sua lesão em determinado contexto histórico-social como também os recursos para sua proteção, e que assim desenvolva as necessidades de proteção do bem jurídico em uma análise tridimensional. Esta necessidade de proteção do bem jurídico deve, por outro lado, ser contraposta à perda de liberdade de ação produzida pela proibição penal, para determinar o alcance adequado da proibição penal. O resultado deste racionamento pode, primeiramente, ser formulado por meio de máximas político-criminais, sobre as quais, por sua vez, devem ser projetados os espaços de discricionariedade do legislador que tem de ser concedidos no marco de um exame constitucional do Poder Legislativo pelo Poder Judiciário. Assim, os limites a estes espaços de discricionariedade marcam a barreira insuperável da política criminal de um Estado de Direito⁵⁷¹.

⁵⁶⁵ SCHÜNEMANN, Bernd. Del Derecho..., p. 55.

⁵⁶⁶ SCHÜNEMANN, Bernd. Del Derecho..., p. 57.

⁵⁶⁷ SCHÜNEMANN, Bernd. **Obras**, tomo II. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2009, p. 224.

⁵⁶⁸ SCHÜNEMANN, Bernd. Del Derecho..., p. 74.

⁵⁶⁹ SCHÜNEMANN, Bernd. Del Derecho..., p. 74-75.

⁵⁷⁰ SCHÜNEMANN, Bernd. **Obras**..., p. 98-99.

⁵⁷¹ SCHÜNEMANN, Bernd. **Obras**..., p. 99.

Importante frisar que a proposta de Schünemann não corresponde à criação de uma nova dogmática penal, mas apenas no direcionamento da superação de um grave procedimento de exclusão e segregação por intermédio do Direito Penal, ou seja, reconhecer de forma normativa o fenômeno expansionista.

Sobre o ponto de vista de Schünemann, comenta Cornelius Prittwitz que é necessário superar este problema da exclusão de classes reforçada pelo Direito Penal, porém, critica Schünemann afirmando que isso não significa subverter o Direito Penal às modificações trazidas pela sociedade de risco⁵⁷².

Para Prittwitz, o “Direito Penal não serve para combater os problemas da sociedade de risco, mas está muito carregado por esta tarefa e aceita-a”⁵⁷³. Aponta que existem seis razões para o Direito Penal não ser o instrumento de controle adequado na sociedade atual: a) o Direito Penal tem uma orientação ao passado, enquanto que os valores da sociedade de risco estão orientados para o futuro⁵⁷⁴; b) o Direito Penal é programado para atuar nas respostas claras, baseadas em dois conceitos: “sim” e “não”, isto é, culpável ou não culpável⁵⁷⁵; c) O Direito Penal está orientado ao indivíduo, enquanto que a sociedade de risco está direcionada às relações supraindividuais⁵⁷⁶; d) o Direito Penal está direcionado ao comportamento individual desviado, enquanto a sociedade de risco não tem, em regra, uma relação com comportamentos desviados⁵⁷⁷; e) os efeitos penais causam danos aos cidadãos; e, f) o Direito Penal tem uma dicotomia entre “bom” e “mau”, na sociedade de risco, o “mau” acaba sendo mostrado como perigo e não como dano⁵⁷⁸.

Assim, conclui que a ampliação do campo de atuação do Direito Penal com novos bens jurídicos, redução do conteúdo dos princípios e a implementação de imputação objetiva e subjetiva não produz os efeitos que são esperados do Direito

⁵⁷² PRITTWITZ, Cornelius. A função do direito penal na sociedade globalizada do risco – defesa de um papel necessariamente modesto. *In*: AMBOS, Kai; BÖHM, Maria Laura. **Desenvolvimentos atuais das Ciências criminais na Alemanha**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 66. Desde já, destaca-se que Cornelius Prittwitz integra a “Escola de Frankfurt”, conforme exposto no item 2.6.1 abaixo.

⁵⁷³ PRITTWITZ, Cornelius. *Op. cit.*, p. 62.

⁵⁷⁴ PRITTWITZ, Cornelius. *Op. cit.*, p. 62-63.

⁵⁷⁵ PRITTWITZ, Cornelius. *Op. cit.*, p. 63.

⁵⁷⁶ PRITTWITZ, Cornelius. *Op. cit.*, p. 63.

⁵⁷⁷ PRITTWITZ, Cornelius. *Op. cit.*, p. 63.

⁵⁷⁸ PRITTWITZ, Cornelius. *Op. cit.*, p. 63-64.

Penal, pois não se pode tomar da “busca justa e exemplar pela responsabilidade individual”⁵⁷⁹.

Além destas posturas expansionistas em âmbito geral, direcionadas notadamente para o campo econômico, é identificada uma nova abordagem do Direito Penal estruturada no contexto da sociedade de risco. Nesse enfoque é apresentada uma vertente que admite a utilização do Direito Penal como instrumento de controle dos novos riscos: é o denominado Direito Penal do Risco, que propõe uma nova dogmática jurídico-penal orientada para o futuro⁵⁸⁰. Para tanto, sugere “a mitigação do princípio da reserva legal, o amplo emprego de mecanismos de antecipação da tutela penal e o abandono de princípios básicos de garantia do cidadão ante o *ius puniendi*, como a culpabilidade e a imputação objetiva, dentre outros”⁵⁸¹. Como maior expoente deste Direito Penal do Risco pode ser citado Gunther Stratenwerth.

Para Stratenwerth, é preciso romper com a cosmovisão antropocêntrica e direcioná-la às gerações futuras⁵⁸², abandonando-se o referencial do bem jurídico e adotando como parâmetro delimitador da definição do crime uma “determinada ordem da vida, que parece merecedora de proteção por não corresponder aos interesses de quaisquer indivíduos, mas sim a concepções comuns de o que seja uma vida boa”⁵⁸³. Deste modo, afirma que a atuação do Direito Penal possa ser capaz de desenvolver uma consciência geral coletiva por intermédio da característica preventiva geral positiva das sanções penais. Para ele, se “houver uma chance, ainda que mínima, de que o direito penal contribua para a vida na terra, é nosso dever não a deixar escapar”⁵⁸⁴. É facilmente perceptível que a vinculação aos riscos da hodierna sociedade, sob a óptica de Stratenwerth, estão direcionados a aspectos de danosidade ambiental.

As críticas a esta postura são uniformizadas no sentido de que uma abertura tão ampla como a proposta por Stratenwerth resultaria em um Direito Penal contrário aos institutos fundamentais de um Estado Democrático de Direito⁵⁸⁵.

⁵⁷⁹ PRITTWITZ, Cornelius. *Op. cit.*, p. 66.

⁵⁸⁰ ROXIN, Claus. **Derecho Penal...**, p. 62.

⁵⁸¹ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Op. cit.*, p. 106.

⁵⁸² GRECO, Luís. *Op. cit.*, p. 11.

⁵⁸³ GRECO, Luís. *Op. cit.*, p. 11.

⁵⁸⁴ GRECO, Luís. *Op. cit.*, p. 11.

⁵⁸⁵ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Op. cit.*, p. 107-108.

2.5.2 O Direito Penal Econômico como área específica de incriminação dentro do ramo do Direito Penal – ausência de autonomia

Verifica-se que as tentativas de autonomizar o Direito Penal Econômico possuem inúmeras críticas e razões para que não sejam aceitas. Certamente, o que se constata é um equívoco na interpretação do fenômeno de seletividade penal.

Muito se fala sobre a expansão do Direito Penal (expressão consagrada de Jesús María Silva Sánchez), segundo a qual se torna possível afirmar que em virtude da generalização de novas realidades, da escassez de realidades tradicionalmente abundantes ou, então, por conta do incremento essencial de valor que é experimentando em razão das mudanças sociais e culturais, novos valores passam a fazer parte do cotidiano social⁵⁸⁶ e exigem a tutela jurídica, inclusive a penal.

Deste modo, os bens jurídicos que invocam a atuação do Direito Penal, entre os quais se encontra o sistema econômico, não exigiria a criação de um novo mecanismo de tutela, mas sim a efetivação da tutela penal sobre tal seara.

No entanto, a própria percepção de expansão é algo questionável. Sobre o assunto, Paulo César Busato bem explica que

Resulta falsa a identificação de uma *expansão do Direito penal*. O Direito penal só se expandiria se não deixasse para trás o *entulho* derivado da evolução social. Há muito mais itens que o Direito penal deveria abandonar para outras instâncias do que itens que ele deveria assumir sob seu exercício de controle. Assim, o processo seria de uma *migração* e não de uma *expansão*. Do mesmo modo, as instâncias administrativa, civil e laboral de controle social jurídico deveriam igualmente *migrar*, para assumir, por um lado, uma boa parte do recorte de objeto da instância penal e, por outro, para entregar a esta o pedaço mais agressivo dos seus mecanismos de controle.⁵⁸⁷

María Victoria Azzato e Mariela Mazzón concordam com tal observação, e sustentam que na “história de todo Direito penal se verifica sua expansão e redução conforme as mudanças sociais e necessidades de cada época, tendo sempre

⁵⁸⁶ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. **La expansión...**, p. 12-13.

⁵⁸⁷ BUSATO, Paulo César. **Fundamentos...**, p. 173. Destaques no original.

existido adaptações às teorias oportunamente reinantes”⁵⁸⁸. Logo, esse processo de expansão não é inerente apenas ao contexto hodierno econômico-social, mas é o resultado da própria concepção da experiência social, isto é, o Direito se constrói por intermédio desse viver histórico e dele seleciona em seus diversos ramos qual a natureza da norma que servirá para proteger determinado bem jurídico.

É sob esse viés que deve ser analisado o Direito Penal Econômico. Ele não “inova” os bens jurídicos e as técnicas de imputação por conta própria, mas apenas em razão do processo pendular de criminalização e descriminalização é que se verifica a incidência do Direito Penal sobre a área econômica. Este é o argumento para se refutar um processo de reconhecimento da autonomia científica do Direito Penal Econômico.

Nesse sentido, Manoel Pedro Pimentel afirma que o Direito Penal Econômico não é um ramo autônomo, tratando-se, “simplesmente, de um ramo do Direito penal comum e, como tal, sujeito aos mesmos princípios fundamentais deste”⁵⁸⁹. Explica que não é possível negar que se tratam de leis especiais editadas em razão de novos interesses ligados à política econômica estatal, porém tais leis penais não podem se imiscuir das exigências impostas a todos os preceitos penais⁵⁹⁰. Segundo Pimentel, “não é a natureza especial das normas, incorporadas em setor diverso do Código penal, em Leis extravagantes, que permite a afirmação de autonomia do Direito penal econômico”⁵⁹¹, por isso assevera que os princípios tradicionais do Direito Penal devem ser mantidos e que não se deve abrir mão dos mesmos⁵⁹².

Idêntico é o entendimento de João Marcello de Araújo Júnior, para quem o Direito Penal Econômico “é Direito Penal, sujeito aos princípios liberais e garantistas deste”⁵⁹³, destinando-se “a garantir e fazer funcionar a política econômica, algumas características próprias, que hoje já influenciam o Direito Penal comum e, *no futuro, certamente, serão o grande motor de suas transformações*”⁵⁹⁴.

⁵⁸⁸ AZZATO, María Victoria; MAZZÓN, Mariela E. Algunas reercusiones de la expansión del Derecho Penal en el ámbito penal económico argentino. In: RUBINSKA, Ramiro M; ALMENAR, Daniel Schurjin. **Derecho penal económico**, tomo I. Buenos Aires: Marcial Pons, 2010 p. 237.

⁵⁸⁹ PIMENTEL, Manoel Pedro. *Op. cit.*, p. 15.

⁵⁹⁰ PIMENTEL, Manoel Pedro. *Op. cit.*, p. 15.

⁵⁹¹ PIMENTEL, Manoel Pedro. *Op. cit.*, p. 15.

⁵⁹² PIMENTEL, Manoel Pedro. *Op. cit.*, p. 16.

⁵⁹³ ARAÚJO JÚNIOR, João Marcello de. O Direito Penal Econômico. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, ano 7, n. 25. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan.-mar./1999, p. 149.

⁵⁹⁴ ARAÚJO JÚNIOR, João Marcello de. O Direito..., p. 149-150. Grifos do original. Em estudo anterior, afirmou que “os delitos financeiros estão incluídos no Direito Penal Econômico, que é o ramo

Para René Ariel Dotti, o Direito Penal Econômico (destaca-se que o autor usa a expressão Direito Penal dos Negócios) não possui autonomia científica a ponto de justificar classificação e sistematização específicas.⁵⁹⁵ Frisa o autor que o Direito Penal não pode ser fragmentado, contudo admite a especificação das áreas de incriminação⁵⁹⁶. Este entendimento é seguido por Maurício Kalache⁵⁹⁷.

Ao adotar o conceito restrito de delito econômico, Heleno Claudio Fragoso defendia que o Direito Penal Econômico não está separado do Direito Penal comum, motivo pelo qual devem ser aplicados os princípios gerais do Direito Penal⁵⁹⁸.

Para Rafael Berruezo, o Direito Penal Econômico “é parte do Direito Penal, com particularidades próprias, porém, penal ao fim, com tudo o que isso significa”⁵⁹⁹, motivo pelo qual entende que não há uma diferença ontológica nem uma diferença qualitativa entre o injusto comum e o injusto econômico⁶⁰⁰.

Por sua vez, Miguel Bajo e Silvina Bacigalupo afirmam que a dimensão deste setor do Direito Penal sob a denominação de Direito Penal Econômico não persegue uma autonomia científica frente às demais disciplinas penais⁶⁰¹. Complementam sua ideia explicando que a referência a este setor específico do Direito Penal se dá apenas no intuito de facilitar o trabalho científico sobre uma nova matéria que tem protagonizado um notável desenvolvimento legislativo e científico nos últimos anos⁶⁰². Este é, também, o entendimento de Mário Luís Lírio Cipriani, para quem o “direito penal econômico é um ramo do direito penal geral, que com autonomia estuda, regula e aplica os dispositivos legais aos delitos praticados contra a ordem econômica”⁶⁰³, isto é, a expressão “autonomia” não significa um

do Direito Penal que se destina a sancionar com uma pena as graves violações à “ordem econômica” (ARAÚJO JÚNIOR, João Marcello de. Os crimes contra o sistema financeiro no esboço de nova parte especial do Código Penal de 1994. *In: Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 3, n. 11. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 148).

⁵⁹⁵ DOTTI, René Ariel. Algumas reflexões sobre o “direito penal dos negócios”. *In: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel. Direito Penal Econômico e da Empresa: Teoria geral da tutela penal transindividual. Coleção doutrinas essenciais; v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 709.*

⁵⁹⁶ DOTTI, René Ariel. Algumas reflexões..., p. 709.

⁵⁹⁷ KALACHE, Maurício. *Op. cit.*, p. 400.

⁵⁹⁸ FRAGOSO, Heleno Claudio. *Op. cit.*, p. 127.

⁵⁹⁹ BERRUEZO, Rafael. Derecho Penal Económico. *In: BERRUEZO, Rafael et al. Derecho Penal Económico. Buenos Aires: B de F, 2010, p. 31.*

⁶⁰⁰ BERRUEZO, Rafael. *Op. cit.*, p. 32; BERRUEZO, Rafael. *Derecho Penal Económico. Córdoba: Nuevo Enfoque Jurídico, 2011, p. 53.*

⁶⁰¹ BAJO, Miguel; BACIGALUPO, Silvina. *Derecho Penal Económico. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2001, p. 16.*

⁶⁰² BAJO, Miguel; BACIGALUPO, Silvina. *Op. cit.*, p. 16.

⁶⁰³ CIPRIANI, Mário Luís Lírio. Direito penal econômico e legitimação da intervenção estatal – Algumas linhas para a limitação ou não-intervenção penal no domínio econômico à luz da função da pena e da política criminal. *In: D’AVILA, Fabio Roberto; SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. Direito*

rompimento científico do Direito Penal, mas apenas uma delimitação de área de incriminação.

Igualmente, Eduardo Sanz de Oliveira e Silva também defende a análise do Direito Penal Econômico no âmbito interno do Direito Penal geral, porém, ressaltando a existência de “autonomia em certos campos dogmáticos com o intuito de melhor trabalhar com os instrumentos humanistas do direito penal clássico na esfera econômica”⁶⁰⁴.

Ressalta-se que na tentativa de solucionar o impasse, a AIDP, em seu Congresso de 1984 no Cairo, propôs o reconhecimento da continência do Direito Penal Econômico ao Direito Penal tradicional, afirmando tal entendimento de forma expressa na recomendação de número 6, *ad litteram*:

6. Não obstante as peculiaridades do Direito Penal Econômico e da Empresa deveriam ser aplicados os princípios gerais do Direito Penal, especialmente aqueles que protegem os direitos humanos. Não deveria ser invertida a carga probatória ao acusado.

Comprova-se, portanto, que a perspectiva internacional dos especialistas da área atribui ao Direito Penal Econômico a condição de ramo interno do Direito Penal geral. Isto ocorre em razão da necessidade de unificação e uniformização do Direito Penal enquanto ciência. Tal ideia se coaduna com o que fora traçado por Renato de Mello Jorge Silveira que ao discorrer sobre a sistematização dos crimes sexuais afirma que o “lastro referencial da ciência há de ser sempre igual”⁶⁰⁵. Outrossim, acertadamente assevera Helena Regina Lobo da Costa que não se pode admitir “a existência de ramos autônomos no interior do direito penal, sujeitos a princípios e metodologias distintas”⁶⁰⁶.

Todavia, conforme destaca a autora, o reconhecimento da inexistência da autonomia do Direito Penal Econômico não implica na negação de suas características essenciais. Afinal, é possível reconhecer “aplicação de regras

Penal Secundário: Estudos sobre crimes econômicos, ambientais, informáticos e outras questões. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra Editora, 2006, 438.

⁶⁰⁴ SILVA, Eduardo Sanz de Oliveira. O princípio da subsidiariedade e a expansão do direito penal econômico. *In*: D’AVILA, Fabio Roberto; SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. **Direito Penal Secundário:** Estudos sobre crimes econômicos, ambientais, informáticos e outras questões. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 209.

⁶⁰⁵ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Crimes Sexuais:** Bases críticas para a reforma do Direito Penal Sexual. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 25.

⁶⁰⁶ COSTA, Helena Regina Lobo da. **Direito Penal Econômico...**, p. 85.

particulares a determinados campos, desde que a metodologia penal, os princípios e conceitos fundamentais sejam observados integralmente”⁶⁰⁷.

Sob este enfoque, Carlos Martínez-Buján Pérez afirma que não há justificativas para se falar de um Direito Penal substancialmente diferente, devendo-se se manter regido pelos mesmos princípios do Direito Penal tradicional⁶⁰⁸. Não obstante tais considerações, afirma que as condutas objeto do Direito Penal Econômico são de uma “família delitiva que oferece determinadas peculiaridades ou características que permitem individualizá-la e que serve para diferenciá-la daquelas agrupações delitivas que tradicionalmente se tem atribuído ao Direito penal “clássico”, “comum”, ou “nuclear””⁶⁰⁹.

Assim, Martínez-Buján Pérez classifica os delitos econômicos como um grupo com características distintas das demais modalidades incriminadoras. Para que um delito seja considerado socioeconômico, ele deve deter alguns elementos inerentes a esta natureza socioeconômica⁶¹⁰. Destaca-se que alguns deles já foram mencionados por Klaus Tiedemann quando da tentativa de conceituar o Direito Penal Econômico, comprovando-se que tais elementos não podem ser fracionados, mas devem ser analisados de forma conjunta, haja vista fornecerem as características naturais dos delitos econômicos.

O primeiro deles, considerado pelo autor como critério fundamental e inescusável, é a natureza supraindividual (ou coletiva) dos bens jurídicos, a qual se comprova pelos “motivos e razões que influenciam a decisão do legislador de outorgar-lhes a classificação penal”⁶¹¹, de modo que será levada em conta “a existência de interesses coletivos ou supraindividuais necessários para um correto funcionamento do sistema econômico prevalecente”⁶¹². Com tal requisito, Martínez-Buján Pérez consegue afastar do âmbito do Direito Penal Econômico os delitos patrimoniais clássicos como a fraude, apropriação indébita, danos, etc⁶¹³ e os delitos que tem conteúdo econômico, mas se direcionam à tutela de outros bens jurídicos, como a apropriação indébita de recursos públicos⁶¹⁴.

⁶⁰⁷ COSTA, Helena Regina Lobo da. **Direito Penal Econômico...**, p. 85.

⁶⁰⁸ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. **Derecho Penal Económico**. Marid: lustel, 2012, p. 13 e 16.

⁶⁰⁹ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Op. cit.*, p. 14.

⁶¹⁰ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Op. cit.*, p. 66.

⁶¹¹ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Op. cit.*, p. 67 e 71.

⁶¹² MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Op. cit.*, p. 67.

⁶¹³ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Op. cit.*, p. 68.

⁶¹⁴ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Op. cit.*, p. 71.

O segundo critério é “não pertencimento” ao núcleo tradicional do Direito Penal. De acordo com Martínez-Buján Pérez, os delitos socioeconômicos se apresentam como complementares, isto é, são delitos que “pressupõem a existência de um ilícito extrapenal (administrativo, tributário, civil, mercantil ou trabalhista), com relação ao qual o Direito Penal tem a teórica missão de reforçar sua tutela”⁶¹⁵, utilizando-se das sanções penais como resposta aos ataques mais intoleráveis aos bens jurídicos envolvidos na seara socioeconômica. Em sentido próximo, Gunther Arzt destaca que os delitos desta seara exigem “reflexões bastante complicadas para descobrir se um comportamento é proibido ou não”⁶¹⁶, isso porque o Direito Penal Econômico não detém o mesmo caráter evidente que detém o Direito Penal tradicional (nuclear).

O terceiro elemento está vinculado ao aspecto processual. A persecução penal na seara econômica tem alguns obstáculos característicos de suas peculiaridades, tais como a grande complexidade que apresentam os fatos objeto de investigação judicial, as dificuldades jurídicas e econômicas da matéria, a ausência de especialistas apropriados para superar tal complexidade e as falhas e insuficientes assistências judiciais nas relações internacionais⁶¹⁷.

O quarto requisito é o critério criminológico essencial a estes delitos. Destaca Martínez-Buján Pérez que o “conceito criminológico sempre é suscetível de uma capacidade potencial de expansão que a noção jurídica – estreitada pelo limite do bem jurídico – não possui”⁶¹⁸. Deste modo, o autor dos crimes socioeconômicos sempre deterá algumas características pessoais peculiares e, geralmente, vinculadas a um específico *modus operandi*. Os critérios criminológicos apontam que os delitos socioeconômicos têm como característica o desconhecimento dos efeitos prejudiciais que suas condutas originam, além do fato de que o criminoso, na linha de Sutherland, detém um *status* elevado⁶¹⁹.

O último requisito traçado por Martínez-Buján Pérez delimita a execução das condutas por meio de uma empresa ou em benefício desta⁶²⁰, conforme já afirmado acima com base no pensamento de Bernd Schünemann. Sob esse viés, fora demonstrado anteriormente que Luis Gracia Martín, ao tentar comprovar a

⁶¹⁵ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Op. cit.*, p. 76.

⁶¹⁶ ARZT, Gunther. *Op. cit.*, p. 98.

⁶¹⁷ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Op. cit.*, p. 77.

⁶¹⁸ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Op. cit.*, p. 83.

⁶¹⁹ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Op. cit.*, p. 84.

⁶²⁰ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Op. cit.*, p. 85.

autonomia do Direito Penal Econômico, afirma que a criminalidade atual se “desenvolve em contextos de uma atividade coletiva realizada por uma pluralidade de sujeitos que atuam de acordo com o princípio da divisão de trabalho e de funções e em posições de superioridade e subordinação hierárquica”⁶²¹. Na verdade, parece mais acertada a posição de Martínez-Buján Pérez, o qual identifica tal elemento como um requisito do delito econômico, mas não como um fundamento de autonomia ou, nas exatas palavras de Gracia Martín, de um Direito Penal moderno.

Ainda acerca deste requisito, é válida a explicação realizada por Rodrigo Sánchez Rios ao apresentar a diferenciação entre as expressões “criminalidade da empresa” e “criminalidade na empresa”. A segunda expressão “afeta bens jurídicos avessos ao sistema econômico. Citem-se os delitos cometidos pelos servidores da empresa contra o próprio estabelecimento empresarial, crimes estes que podem ser enquadrados totalmente nos delitos comuns”⁶²². Por outro lado, a primeira expressão serve de critério identificador dos delitos econômicos, ainda que não haja uma total subsunção entre os delitos de empresa e os delitos econômicos é possível afirmar que a imensa maioria dos delitos econômicos ocorrem no seio da empresa⁶²³.

Em razão do exposto, pode-se concluir a adoção da postura do não reconhecimento da autonomia científica do Direito Penal Econômico, haja vista a inexistência de uma metodologia própria e fontes próprias a justificarem uma adjetivação de “autônomo”.

Nesse espeque, relembra Helena Regina Lobo da Costa que

Toda e qualquer utilização do direito penal precisa ser limitada por seus princípios fundamentais, conceitos e metodologia, desenvolvidos em razão do reconhecimento de que toda a violência estatal tende ao abuso e precisa ser, sem exceções, rigorosamente balizada.⁶²⁴

Ademais, rememora a autora que o

reconhecimento do direito penal econômico como uma parte do direito penal é decorrência necessária de sua indiferenciação e conduz à fundamental

⁶²¹ GRACIA MARTÍN, Luis. *Op. cit.*, p. 64.

⁶²² RIOS, Rodrigo Sánchez. Reflexões sobre o delito econômico e a sua delimitação. *In*: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel. **Direito Penal Econômico e da Empresa**: Direito Penal econômico. Coleção doutrinas essenciais; v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 279.

⁶²³ RIOS, Rodrigo Sánchez. *Op. cit.*, p. 279.

⁶²⁴ COSTA, Helena Regina Lobo da. **Direito Penal Econômico...**, p. 84.

consequência de impedir a aplicação de um regime jurídico específico nesse campo, que leve, por exemplo, ao abandono ou flexibilização de princípios ou conceitos penais. A presença de algumas características mais acentuadas nos crimes econômicos nada mais é do que um reflexo da própria ideia de fragmentariedade do direito penal. Não é possível buscar uma ilicitude penal contínua, uniforme, idêntica: o direito penal é, por natureza e exigência para sua legitimação, descontínuo⁶²⁵.

Portanto, não há fundamentos científicos de método e técnica que justifiquem um discurso de autonomização do Direito Penal Econômico, especificamente pelo fato de que o reconhecimento dessa autonomia ensejaria na legitimação de um tratamento diferenciado entre classes de delitos, criando-se classes legais de sanção e tipos penais. Em outras palavras, a autonomia do Direito Penal Econômico serviria para a criação de um mecanismo de tutela penal típico de Estados totalitários. Seria o brado de uma nova “caça às bruxas”, haja vista que a evolução das influências midiáticas sobre o discurso penal agregadas aos anseios de uma tutela simbólica certamente resultariam em um tratamento destoante do que se espera do Direito Penal.

A autonomia seria a materialização da segregação de classes por intermédio do pináculo punitivo estatal. Certamente, a existência de discursos que afirmam ser uma necessidade dos novos tempos, buscando-se uma equiparação à exclusão institucional do Direito Penal (conforme defende Schünemann) não pode servir para a formalização de um sistema ainda mais punitivo. O simples direcionamento das armas penais estatais aos delitos econômicos não enseja a efetividade no controle dos mesmos.

Como bem assevera Ney Fayet Junior, a ampliação do Direito Penal a setores com poder econômico e político não conseguirá superar a perversa seletividade do Direito Penal⁶²⁶, posto que a estruturação do sistema penal se demonstrou historicamente excludente.

Há muito é sabido que o Direito Penal não possui uma capacidade efetiva de pedagogia social, razão pela qual há de se respeitar os preceitos estruturais da ciência do Direito Penal, sob o risco de se construir e legitimar um verdadeiro Direito Penal do Inimigo sob a alcunha “Econômico”.

Não obstante o esforço da doutrina em superar o problema da autonomização do Direito Penal Econômico, merecem destaque duas propostas que

⁶²⁵ COSTA, Helena Regina Lobo da. **Direito Penal Econômico...**, p. 86-87.

⁶²⁶ FAYET JUNIOR, Ney. *Op. cit.*, p. 143.

tentam solucionar o problema da tutela penal de bens jurídicos econômicos por métodos distintos na abordagem da autonomização.

2.6 Alternativas de tratamento em busca da superação do problema da autonomia do Direito Penal Econômico: O Direito de Intervenção e o Direito Penal de Velocidades

Conforme exposto acima, o problema da autonomização do Direito Penal Econômico está atrelado diretamente às questões de funcionamento das técnicas do Direito Penal frente ao movimento de expansionismo. Na tentativa de solucionar este impasse, apresentam-se as posturas minimalista e do intervencionismo descritivo, as quais apresentam propostas próprias, mas muito próximas.

2.6.1 Postura Minimalista: O Direito de Intervenção

Conforme exposto anteriormente, a postura minimalista objetiva a preservação do chamado “núcleo duro” do Direito Penal, refutando o movimento de expansão do Direito Penal. Dessa linha teórica, será abordada apenas a principal delas, chamada Direito de Intervenção, a qual é proposta por Winfried Hassemer, ainda que seja comum a doutrina atribuir tal perspectiva à “Escola de Frankfurt”. Primeiramente, é importante destacar que a “Escola de Frankfurt” não pode ser entendida no sentido tradicional atribuído ao termo, haja vista que os pensadores deste movimento possuem abordagens próprias e bastante peculiares, tendo como único ponto comum a “recusa em relação aos novos desenvolvimentos no direito penal”⁶²⁷.

Em síntese, a proposta de Hassemer é restringir a função penal à tutela de direitos individuais⁶²⁸. Uma afirmativa direta como esta poderia induzir ao erro de achar que Hassemer se apresenta contrário à ideia de modernização do Direito Penal. Em verdade, o Direito de Intervenção é justamente a proposta de

⁶²⁷ GRECO, Luís. *Op. cit.*, p. 15. A mesma observação é feita em OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. **Hassemer e o Direito Penal Brasileiro: Direito de Intervenção, sanção penal e administrativa**. São Paulo: Ibccrim, 2013, p. 25-28.

⁶²⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Temas básicos da doutrina penal**. Coimbra: Coimbra, 2001, p. 164.

modernização deste autor. Isso se dá pelo fato dele reconhecer a impossibilidade de ser mantido o Direito Penal em seu método tradicional diante dos novos anseios sociais. Assim, ao invés de optar por uma flexibilização das garantias tradicionais de imputação e de Parte Geral, bem como refutar a flexibilização de regras processuais apresenta sua proposta de organização de um novo ramo jurídico⁶²⁹.

Pode-se afirmar que o Direito de Intervenção tem como objetivo principal

permitir a atuação do Direito Penal somente em relação aos tipos tradicionais, ao *núcleo duro*, e assim, possibilitar que se mantenham princípios constitucionais penais fundamentais, desenvolvidos ao longo dos tempos pela teoria do delito. Dessa maneira, seria possível esvaziar o Direito Penal dos tipos abertos e das demandas por flexibilização do processo, trazendo as novas condutas, características do desenvolvimento econômico contemporâneo, para esse “novo ramo”⁶³⁰.

Por tal razão, verifica-se que o Direito de Intervenção não se constitui como um Direito Penal mais brando ou então um Direito Administrativo, mas sim uma resposta qualitativa à criminalidade moderna que se apresenta nos dias atuais, não se convertendo em mero aumento quantitativo das sanções penais⁶³¹.

O professor de Frankfurt bem critica a postura do Direito Penal atual que busca colher os “frutos da fachada empírica sem querer arcar com os custos respectivos: quer ser instrumento de efetiva solução de problemas, mas não admite ser questionado em sua eficiência”⁶³².

Assim, a busca por uma medida de tutela qualitativa deve ser pensada nos moldes de uma política criminal orientada ao modelo do Estado Democrático e Social. Infelizmente, o “debate atual em torno da Política criminal correta é permeado por invectivas sujas e suposições imprecisas”⁶³³. Portanto, ao se imaginar um novo método de atuação sobre os novos problemas, é preciso que se adote “uma concepção de Política Criminal orientada pela liberdade, ao promover análises e tornar discursos mais racionais”⁶³⁴.

Hassemer relembra que a política criminal e o Direito Penal possuem um aspecto normativo, o qual corresponde ao aspecto da Justiça, isto é, o equilíbrio da

⁶²⁹ OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. *Op. cit.*, p. 61.

⁶³⁰ OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. *Op. cit.*, p. 63.

⁶³¹ OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. *Op. cit.*, p. 62.

⁶³² HASSEMER, Winfried. História das idéias penais na Alemanha do pós-guerra. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, ano 2, nº 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr.-jun./1994, p. 71.

⁶³³ HASSEMER, Winfried. **Direito Penal...**, p. 304.

⁶³⁴ HASSEMER, Winfried. **Direito Penal...**, p. 304.

proteção jurídica dos atingidos pelo processo penal⁶³⁵. Todavia, o discurso e as práticas empregadas pela Política Criminal demonstram um pensamento militar, orientado para o combate, a luta e a vitória⁶³⁶. Diante deste quadro, alerta que “o Direito Penal também tem uma tradição normativa, uma tradição de proteção jurídica e não apenas de tradição de eficiência e de luta”⁶³⁷.

Para o autor, o Direito Penal tem um maciço e notório déficit de execução frente aos crimes vinculados à temática das drogas, do sistema econômico e da ecologia⁶³⁸. Nesses campos, a criminalidade transcende os direitos individuais universais, constituindo bens jurídicos supraindividuais e universais os quais são vagos e genéricos⁶³⁹. Nesse contexto, Hassemer defende que o Direito Penal deve preservar sua vertente clássica, baseando-se nos princípios da subsidiariedade e da *ultima ratio*⁶⁴⁰. Afirma que na sociedade hodierna não cabe ao Direito Penal tutelar os novos riscos sob pena de sua função ser “meramente simbólica e pouco significativa para o enfrentamento de problemas atuais”⁶⁴¹. Por isso, defende que tal função seja de outros ramos do Direito, dentre os quais o Direito Administrativo e os demais meios de controle social extrajurídicos⁶⁴², pois, afinal, o Direito de intervenção objetiva buscar soluções fora do Direito Penal⁶⁴³.

Ademais, ao analisar os novos valores da sociedade e sua relação com o Direito Penal, Hassemer defende a teoria pessoal do bem jurídico, a qual conceitua bens jurídicos como “interesses humanos que carecem de proteção penal”⁶⁴⁴. Em outras palavras, a tutela penal é limitada “até onde ela for condição da possibilidade de proteção de pessoas humanas”⁶⁴⁵. Entretanto, o conceito pessoal de bem jurídico não implica na impossibilidade de existência de bem jurídicos coletivos. Pelo contrário, a proteção penal deve incidir sobre esses bens jurídicos, com a condição

⁶³⁵ HASSEMER, Winfried. Perspectivas de uma moderna política criminal. *In: Revista Brasileira de Ciências Criminas*, ano 02, nº 08. São Paulo: Revista dos Tribunais, out.-dez./1994, p.43.

⁶³⁶ HASSEMER, Winfried. Perspectivas..., p. 43.

⁶³⁷ HASSEMER, Winfried. Perspectivas..., p. 43.

⁶³⁸ Hassemer, Winfried. História das..., p. 71.

⁶³⁹ HASSEMER, Winfried. Perspectivas..., p. 45.

⁶⁴⁰ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Op. cit.*, p. 100.

⁶⁴¹ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Op. cit.*, p., p. 101.

⁶⁴² DIAS, Jorge de Figueiredo. *Op. cit.*, p. 165.

⁶⁴³ OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. *Op. cit.* 64.

⁶⁴⁴ HASSEMER, Winfried. Linhas gerais de uma teoria pessoal do bem jurídico. *In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (org). O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 23.

⁶⁴⁵ HASSEMER, Winfried. Linhas gerais..., p. 23.

de que sejam tutelados a partir da pessoa humana, tomando-se por base os interesses dos indivíduos⁶⁴⁶.

Hassemer afirma que o bem jurídico não pode ser considerado fruto de um processo natural, pois ele decorre do contexto histórico e cultural de uma sociedade. Desta forma, entende que o processo de valoração do bem jurídico não possui um fundamento racional, e motiva sua proposta no sentido de que a teoria do bem jurídico deve manter relação com a realidade⁶⁴⁷. Para tanto, assevera que a problemática pode ser solucionada desde que se proceda à análise da valoração que a sociedade oferece aos objetos da tutela penal: frequência de lesão a um interesse, intensidade da necessidade do objeto em tela e a intensidade de ameaça de acordo com a percepção social da lesão⁶⁴⁸. Contudo, tais “fatores sociais da criminalização seriam diversamente percebidos em função dos contextos culturais e sociais de referência e de seu histórico evolver”⁶⁴⁹.

Defendendo sua teoria pessoal do bem jurídico, Hassemer propõe que o conceito de bem jurídico deva ser aberto o necessário para possibilitar decisões discricionárias do legislador penal⁶⁵⁰. Somente desta forma alcançar-se-ia a promoção da percepção pessoal na escolha de objetos de tutela penal⁶⁵¹.

Para Hassemer, a questão da proteção de bens jurídicos, nos últimos anos, recebeu “uma nova dimensão: de um contexto crítico-penal descriminalizador para um contexto jurídico-penal fundamentador e criminalizador”⁶⁵². Se antes o legislador penal só poderia criminalizar o que efetivamente colocasse em risco um bem jurídico, nessa nova conjectura o princípio do bem jurídico incentiva o legislador a evidenciar o fundamento empírico – o próprio bem jurídico – como embasamento da ameaça penal⁶⁵³.

Entretanto, a ameaça a um bem jurídico não é o único elemento a ser preenchido para a criminalização de uma conduta e, conseqüentemente, sua punição. Hassemer afirma que “à violação de bens jurídicos como elemento fundamentador do merecimento de pena contrapõem-se princípios que atuam no

⁶⁴⁶ HASSEMER, Winfried. Linhas gerais..., p. 25.

⁶⁴⁷ ESTELLITA, Heloisa. A tutela penal..., p. 36.

⁶⁴⁸ ESTELLITA, Heloisa. *Op. cit.*, p. 36.

⁶⁴⁹ ESTELLITA, Heloisa. *Op. cit.*, p. 36.

⁶⁵⁰ HASSEMER, Winfried. Linhas gerais..., p. 21.

⁶⁵¹ HASSEMER, Winfried. Linhas gerais..., p. 21.

⁶⁵² HASSEMER, Winfried. Linhas gerais..., p. 17.

⁶⁵³ HASSEMER, Winfried. Linhas gerais..., p. 17.

sentido de uma limitação da punibilidade⁶⁵⁴, atribuindo a tais princípios o título de “formalização da justiça penal”, entre os quais se incluem a subsidiariedade, a danosidade social e a tolerância, humanidade e respeito da dignidade humana⁶⁵⁵.

Além disso, o jurista elenca outros dois elementos limitadores da imposição do merecimento de pena: os princípios do Direito Penal do fato e da taxatividade da lei penal⁶⁵⁶. Segundo o autor, esses dois elementos demonstram que “o legislador pode garantir a proteção de bens jurídicos somente dentro de estritos limites e apenas com meios específicos para tanto”⁶⁵⁷, dificultando, desta forma, “uma irrefletida adaptação do Direito Penal a interesses político-criminais”⁶⁵⁸.

Hassemer, então, sugere que o Direito Penal se distancie das normas que criminalizem condutas que não lesionem direitos individuais e aponta como possível solução o já mencionado Direito de Intervenção, o qual “teria por finalidade controlar e inibir os riscos oriundos das novas tecnologias, por meio da proibição de condutas perigosas e da proteção de bens jurídicos coletivos”⁶⁵⁹.

Agora, pode-se compreender que o Direito de Intervenção estaria situado entre vários ramos do Direito, tais como o Direito Penal, Direito Administrativo, o direito dos atos ilícitos no Direito Civil e o Direito Fiscal⁶⁶⁰, e teria como característica penas não privativas de liberdade⁶⁶¹.

Assim, o Direito de Intervenção admite “a utilização do Direito tributário e outros instrumentos de intervenção no mercado e nas decisões econômicas, incorpora obrigações de notificação, procedimentos de controle e reparação de danos, e se socorre também de meios penais para garantir o cumprimento das obrigações”⁶⁶². Este novo ramo

(...) substituiria o Direito penal nas áreas em que este só poderia ser empregado ao preço de renunciar a suas condições vitais: prevenção de danos em tempo hábil em vez de reação tardia à lesão de bens jurídicos; domínio amplo sobre situações de risco em vez da punição pontual de algumas pessoas; imposição de decisões e ações a grupos, coletividades e estruturas em vez da imputação individual por atos ilícitos; acesso irrestrito

⁶⁵⁴ HASSEMER, Winfried. Linhas gerais..., p. 18.

⁶⁵⁵ HASSEMER, Winfried. Linhas gerais..., p. 18.

⁶⁵⁶ HASSEMER, Winfried. Linhas gerais..., p. 18.

⁶⁵⁷ HASSEMER, Winfried. Linhas gerais..., p. 18.

⁶⁵⁸ HASSEMER, Winfried. Linhas gerais..., p. 18.

⁶⁵⁹ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Op. cit.*, p. 102.

⁶⁶⁰ HASSEMER, Winfried. Perspectivas de uma moderna política criminal. *In: Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Ano 02, nº 08, out-dez/94, p.49.

⁶⁶¹ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Op. cit.*, p. 102.

⁶⁶² HASSEMER, Winfried. *Direito Penal: fundamentos...*, p. 314.

a procedimentos de gênese do perigo com possibilidade de atuar sobre eles em vez do emprego da violência como reação a danos consumados; possibilidade de influenciar atos preparatórios e de execução de condutas lesivas em vez de punição de alguns indivíduos após o feito.⁶⁶³

Em síntese, o Direito de Intervenção propõe a realização de uma intervenção preventiva precoce com enfoque nos bens jurídicos supraindividuais (universais)⁶⁶⁴. Disso se depreende o raciocínio de que o autor não propõe a criação de um novo Direito Penal, mas sim a retirada de conteúdos que não devem estar sob a sombra deste ramo⁶⁶⁵, preservando-se, portanto, o “Direito Penal da decomposição de suas estruturas fundamentais”⁶⁶⁶, isto é, assegurando o respeito aos princípios inarredáveis do Direito Penal (proporcionalidade das intervenções do Estado, proteção de bens jurídicos individuais, princípio da culpabilidade, imputação individual do injusto e processo penal justo)⁶⁶⁷.

Na mesma linha de pensamento de Hassemer, estão os escritos de Miguel Reale Junior⁶⁶⁸, Helena Regina Lobo da Costa⁶⁶⁹, Renato de Mello Jorge Silveira⁶⁷⁰, Eduardo Reale Ferrari⁶⁷¹, Alexandre Wunderlich⁶⁷², Luciano Anderson de Souza⁶⁷³, Fábio Medina Osório⁶⁷⁴ Cornelius Pritwitz, Felix Herzog, Wolfgang Naucke, e Francisco Muñoz Conde⁶⁷⁵.

Contraopondo-se a esta proposta, parcela da doutrina afirma que ela proporciona a criação de um Direito penal de Classes, além de tentar resolver problemas do “agora” com instrumentos do “ontem”⁶⁷⁶. Outra crítica duramente dirigida a proposta de Hassemer trata da permuta entre a amputação de garantias

⁶⁶³ HASSEMER **Direito Penal...**, p. 314.

⁶⁶⁴ HASSEMER, Winfried. *Perspectivas de uma moderna...*, p. 50.

⁶⁶⁵ OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. *Op. cit.*, p. 71.

⁶⁶⁶ OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. *Op. cit.*, p. 71.

⁶⁶⁷ OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. *Op. cit.*, p. 72.

⁶⁶⁸ REALE JUNIOR, Miguel. Despenalização no Direito Penal Econômico: uma terceira via entre o crime e a infração administrativa? *In: Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 7, n. 28, São Paulo: Revista dos Tribunais, out-dez/1999, p. 116-129.

⁶⁶⁹ COSTA, Helena Regina Lobo da. **Proteção Penal Ambiental...**, p. 184 e ss.

⁶⁷⁰ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito Penal Supra-individual...**, p. 199-206, e 221 (item 16).

⁶⁷¹ FERRARI, Eduardo Reale. *Legislação Penal...*, p. 253-315; FERRARI, Eduardo Reale. *Direito Penal do Consumidor...*, p. 274-291.

⁶⁷² WUNDERLICH, Alexandre. Sobre a tutela penal das relações de consumo: da exegese da Lei n. 8.078/90 à Lei n. 8.137/90 e as conseqüências dos ‘tropeços’ do legislador. *In: REALE, Miguel; REALE JUNIOR, Miguel; FERRARI, Eduardo Reale. Experiências do Direito*. Campinas: Millennium, 2004, p. 381-415.

⁶⁷³ SOUZA, Luciano Anderson de. *Op. cit.*, p. 136 e ss.

⁶⁷⁴ OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

⁶⁷⁵ Esses quatro autores são referenciados por Pierpaolo Bottini (BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Op. cit.*, p. 100).

⁶⁷⁶ OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. *Op. cit.*, p. 82-85.

em razão da retirada da pena privativa de liberdade, tal situação poderia levar a arbitrariedade em prol de possíveis contenções eficazes de risco⁶⁷⁷. Igualmente, pode-se citar ainda o problema da utilização do Direito Penal como controle de reprovação social, residindo sobre tal perspectiva a verificação de uso do Direito Penal como instrumento a “serviços das ideologias menos progressistas, dispensando-se do debate acerca da validade dos próprios consensos sociais”⁶⁷⁸, além das escolhas que deveriam ser avaliadas criticamente no processo de elaboração legislativa⁶⁷⁹.

2.6.2 Expansionismo Discricionário: Direito Penal de Velocidades

O fenômeno do expansionismo, segundo Silva Sánchez, é uma realidade incontestável, que segue em contínua progressão, favorecida pela situação crítica das sociedades contemporâneas, notadamente pela instabilidade econômica e política, bem como em razão da globalização. Silva Sánchez ainda frisa que o processo de europeização do Direito Penal colabora com o fenômeno do expansionismo⁶⁸⁰. Segundo o autor espanhol, as prováveis causas do expansionismo seriam os avanços tecnológicos e suas ameaças, o aumento da complexidade nas relações sociais, o aumento da criminalidade de rua e a sensação de insegurança e medo⁶⁸¹.

Silva Sánchez destaca que este processo de expansão não se dá apenas em um limite razoável, mas que as conjecturas da Sociedade de Risco possibilitam uma expansão irrazoável⁶⁸². O autor expõe de forma minuciosa toda a receptividade do Direito, especificamente na seara penal, aos anseios da sociedade pósindustrial ou de risco. Segundo ele, o problema da expansão não se apresenta de forma tão grave sobre os aspectos institucionais da Parte Geral do Direito Penal, mas sim quando essa expansão incide sobre a pena privativa de liberdade⁶⁸³.

⁶⁷⁷ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Op. cit.*, p. 100; COSTA, Helena Regina Lobo da. **Proteção Penal Ambiental...**, p. 206; OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. *Op. cit.*, p. 88.

⁶⁷⁸ OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. *Op. cit.*, p. 87.

⁶⁷⁹ OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. *Op. cit.*, p. 87.

⁶⁸⁰ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. **Aproximación...**, p. 54.

⁶⁸¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. **Aproximación...**, p. 20 e ss.

⁶⁸² SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. **La expansión...**, p. 12.

⁶⁸³ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. **La expansión...**, p. 169.

Outrossim, Silva Sánchez assevera a existência de dois blocos de ilícitos. De um lado os que são sancionados com penas de prisão e do outro os ilícitos punidos com outros gêneros de sanções⁶⁸⁴, entendendo ser certo que a demanda social de proteção penal provavelmente não se resolveria de um modo funcional com um Direito penal reduzido ao núcleo duro⁶⁸⁵. Desta forma, compreende que é “mais provável que tal expansão flexibilize regras de imputação e princípios de garantia, pois, dada a natureza dos interesses objeto de proteção, tal tutela seria praticamente impossível no marco de regras e princípios clássicos”⁶⁸⁶; contudo, tal constatação não faz com que o autor anua ao processo de modernização do Direito Penal. Em suas próprias palavras: “não parece que a sociedade atual está disposta a admitir um Direito Penal orientado ao paradigma do “Direito Penal mínimo”. Porém isso não significa que a situação nos leve a um modelo de Direito penal máximo”⁶⁸⁷.

Segundo o catedrático de Barcelona, a atuação punitiva estatal pode se dar de forma funcional e garantista, salvaguardando o modelo clássico de imputação e de princípios para o núcleo duro dos delitos apenados com pena de prisão⁶⁸⁸.

É sobre a relação entre as garantias pessoais e as penas privativas de liberdade que Silva Sánchez desenvolve sua teoria do Direito Penal de Duas Velocidades. A influência do expansionismo não chega a formalizar em sua teoria uma modernização do Direito Penal conforme visto anteriormente, mas apenas uma reestruturação do Direito Penal frente aos novos valores e demandas sociais:

Para resumir, pode se afirmar que, na medida em que a sanção seja de prisão, uma pura consideração de proporcionalidade requeriria que a conduta assim sancionada apresentasse uma significativa repercussão em termos de afetação ou lesividade individual; por sua vez, proceder-se-ia – precisamente pelo afirmado – manter um claro sistema de imputação individual (pessoal). Mas, na medida em que a sanção não seja de prisão, mas sim restritiva de direitos ou pecuniária, parece que não teria que se exigir tamanha afetação pessoal estrita; e a imputação tampouco teria que se tão abertamente pessoal. A ausência de penas “corporais” permitiria flexibilizar o modelo de imputação. Contudo, para atribuir sentido, neste nível, seria importante que a sanção se impusesse por uma instância judicial penal, de modo que retivesse (na medida do possível) os elementos de estigmatização social e de capacidade simbólico-comunicativa próprios do Direito penal.⁶⁸⁹

⁶⁸⁴ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. **La expansión...**, p. 177.

⁶⁸⁵ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. **La expansión...**, p. 177.

⁶⁸⁶ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. **La expansión...**, p. 177.

⁶⁸⁷ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. **La expansión...**, p. 179.

⁶⁸⁸ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. **La expansión...**, p. 179.

⁶⁸⁹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. **La expansión...**, p. 181.

Diferentemente da Escola de Frankfurt, o autor não defende a redução do Direito Penal diante dos novos riscos, “mas defende um sistema que faça frente aos novos riscos e que, ao mesmo tempo, respeite os princípios de um Estado Democrático de Direito: o direito penal de duas velocidades”⁶⁹⁰.

Assim, na primeira velocidade seriam mantidas as garantias constitucionais inerentes ao núcleo duro do Direito Penal, preservando-se a ameaça da pena de prisão sobre os bens jurídicos tradicionais de intervenção do campo penal⁶⁹¹.

Já a segunda velocidade teria por objeto os problemas penais das sociedades pósindustriais, isto é, aquelas situações em que as garantias tradicionais do Direito Penal tivessem que ser flexibilizadas para atender às demandas sociais.

Diante de tais considerações, apura-se que, em tese, o Direito Penal Econômico estaria circunscrito a este modelo da segunda velocidade, pois, para o autor, é cabível uma flexibilização controlada das regras de imputação⁶⁹² e dos princípios político-criminais⁶⁹³ nesta seara. Segundo Silva Sánchez, estes princípios são suscetíveis de uma acolhida gradual e idêntica ao que ocorre na relação entre o Direito Penal e o Direito Administrativo Sancionador, na qual se verifica a ausência de justificativa para se utilizar os princípios gerais de forma equânime para penas distintas⁶⁹⁴.

Este posicionamento de Silva Sánchez acabou gerando inúmeras críticas, sendo a principal o fato de criar um Direito Penal de Classes, retirando a possibilidade de aplicação de penas privativas de liberdade para agentes criminosos de classe alta.

O próprio autor refuta tal crítica explicando que jamais afirmou que a segunda velocidade equivaleria ao Direito Penal Econômico. Para ele, são as flexibilizações sobre os modelos tradicionais de imputação, princípios e garantias que justificam o uso da segunda velocidade⁶⁹⁵. Inclusive, chega a destacar que jamais teria afirmado que crimes como fraudes, apropriações indébitas,

⁶⁹⁰ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Op. cit.*, p. 104.

⁶⁹¹ OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. *Op. cit.*, p. 77.

⁶⁹² Elencadas, exemplificadamente, por ele como a responsabilidade penal das pessoas jurídicas, ampliação dos critérios de autoria ou de comissão por omissão, dos requisitos de vencibilidade do erro, etc (SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. **La expansión...**, p. 180).

⁶⁹³ O autor indica o princípio da legalidade, da taxatividade (*el mandato de determinación*) e da culpabilidade (SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. **La expansión...**, p. 180).

⁶⁹⁴ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. **La expansión...**, p. 180

⁶⁹⁵ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. **La expansión...**, p. 200-201.

administrações desleais e atos de insolvência puníveis, cometidos por poderosos ou não poderosos, não deveriam pertencer à primeira velocidade⁶⁹⁶.

Assim, Silva Sánchez reafirma que se trata da análise de espécies de fatos e não de classes de sujeitos, de modo que os fatos que não se encaixam ao Direito Penal de primeira velocidade são assim classificados por possuírem estruturas de antecipação ou acumulação, ou ambas, porque “o modelo de tipificação e punição que exemplificam supõe uma quebra de algumas das garantias básicas do Direito Penal (a lesividade e a proporcionalidade, além da taxatividade)”⁶⁹⁷.

Em outras palavras, para que se utilize a pena de prisão há a necessidade de se vincular os delitos dotados de lesividade precisa à aplicação de regras rígidas de imputação, o que não significaria que tais ilícitos não pudessem ser relativamente leves. Pelo contrário, pois sua lesividade está garantida na taxatividade⁶⁹⁸.

Em suma, verifica-se que a proposta de Silva Sánchez tenta atrelar a estruturação do Direito Penal à natureza da sanção e à técnica de imputação.

Helena Regina Lobo da Costa traça quatro críticas essenciais a teoria de Silva Sánchez. A primeira se dirige à confusão realizada pelo autor ao identificar a pena privativa de liberdade com o sistema de garantias do Direito Penal. Afirma a autora que as “garantias do direito penal não tem fundamento apenas no fato de que por seu intermédio pode-se aplicar a pena privativa de liberdade. Tais garantias se dirigem a todo o sistema penal, que de forma global representa um ataque aos direitos fundamentais”⁶⁹⁹.

Na segunda crítica, pontua que “a tentativa de se criar uma “segunda velocidade” do direito penal abre as portas para uma “contaminação” da primeira velocidade pela segunda – e nunca o contrário”⁷⁰⁰, o que resultaria em uma ampliação desmedida da flexibilização das garantias penais.

A terceira crítica indica que a admissão de duas formas de Direito Penal abre uma brecha para o surgimento de uma terceira forma, na qual se aplica a pena de prisão sem as garantias penais⁷⁰¹. Esta terceira forma é trazida por Silva Sánchez em sua obra. Ele equipara esta terceira velocidade ao Direito Penal do

⁶⁹⁶ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. **La expansión...**, p. 201.

⁶⁹⁷ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. **La expansión...**, p. 201.

⁶⁹⁸ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. **La expansión...**, p. 204.

⁶⁹⁹ COSTA, Helena Regina Lobo da. **Proteção Penal Ambiental...**, p. 214.

⁷⁰⁰ COSTA, Helena Regina Lobo da. **Proteção Penal Ambiental...**, p. 214.

⁷⁰¹ COSTA, Helena Regina Lobo da. **Proteção Penal Ambiental...**, p. 214.

Inimigo de Günther Jakobs⁷⁰². No entanto, é preciso relatar que Silva Sánchez não concorda com tal abordagem, o que ele faz é identificar que tal situação ocorre, notadamente nos delitos sócio-econômicos, porém, o que pretende é corrigir esse problema reconduzindo tais situações a uma das duas velocidades defendidas nos termos em que as classificou⁷⁰³. É louvável o esforço do autor, porém a crítica apresentada pela professora Helena Lobo é inquestionável. Se é permitida a estruturação nos moldes em que o autor propõe, torna-se inevitável a formalização institucionalizada (ainda que não declarada abertamente) de um sistema com técnicas que não obedecem o sistema de garantias.

Por fim, a autora critica o fato de Silva Sánchez não se atentar que seu modelo de intervenção penal “pode ser disfuncional e contraproducente, bem como fazer com que o direito penal perca completamente seu traço distintivo dentro do aparato de controle social”⁷⁰⁴, que consiste em servir como pináculo punitivo das condutas mais intoleráveis.

2.7. Conclusões Preliminares

Conforme já expressado acima, é adotado no presente trabalho o entendimento de que o Direito Penal Econômico não constitui um ramo autônomo do Direito Penal, sendo integrante da *Gesamtstrafrechtswissenschaft*.

Logo, tendo-se afastado tal possibilidade, torna-se imperioso analisar como deve ser estruturada a fundamentação do Direito Penal Econômico. Para tanto, verifica-se a necessidade de exposição acerca da metodologia (especificamente na aplicabilidade das técnicas específicas deste ramo), do objeto e dos princípios do Direito Penal Econômico. Afinal, “a escolha entre uma abordagem de Direito Penal clássico *versus* moderno (expansão do Direito Penal) é, antes de tudo, uma opção metodológica por parte do intérprete”⁷⁰⁵.

Diante de tamanha tarefa, optou-se por estruturar o Direito Penal Econômico por meio de uma interpretação principiológica, pois se não é possível reconhecer certa autonomia perante o *Gesamtstrafrechtswissenschaft*, é preciso compreender

⁷⁰² SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. **La expansión...**, p. 183-188.

⁷⁰³ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. **La expansión...**, p. 183.

⁷⁰⁴ COSTA, Helena Regina Lobo da. **Proteção Penal Ambiental...**, p. 215.

⁷⁰⁵ OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. *Op. cit.*, p. 29.

no que consistirá a especificidade de suas características, conforme traçado por Carlos Martinez-Buján Pérez.

Assim, optou-se pela análise da estruturação do Direito Penal Econômico enquanto área de incriminação com adjetivos específicos por meio do estudo dos princípios do Direito Penal pelo fato de que os princípios, assim como “a imensa maioria dos direitos fundamentais e garantias individuais, colocam-se como obstáculo ao poder e ao arbítrio do Estado, mesmo a pretexto de combater a sempre crescente criminalidade, seja ela clássica ou econômico-financeira”⁷⁰⁶.

A discussão travada na doutrina acerca do reconhecimento de um ramo autônomo no contexto do processo de modernização ou expansão nada mais é que um debate sobre a opção principiológica que será adotada: todo método possui seu grupo de princípios⁷⁰⁷.

Os princípios gerais do Direito Penal são os elementos que conseguem, ao mesmo tempo, fundamentar a cientificidade do Direito Penal e restringir a agressão aos Direitos e Garantias Fundamentais do cidadão. Ademais, conforme será visto adiante, os princípios são uma espécie de norma, o que fortalece a tradição estrutural do Direito Penal. Nessa óptica, adverte Winfried Hassemer que “o Direito Penal também tem uma tradição normativa, uma tradição de proteção jurídica e não apenas essa tradição de eficiência e de luta. A tradição do Direito Penal está nessa tensão entre o normativo e o empírico, e essa tensão nós temos que conservá-la”⁷⁰⁸.

Essa proteção jurídica para solucionar a tensão entre o normativo e o empírico (real) só será possível se forem respeitados os elementos estruturais do Direito Penal, especialmente nesta área delimitada do campo econômico. Repte-se: uma ampliação dos instrumentos repressivos nesta seara não proporcionará uma harmonização positiva do Direito Penal, mas apenas um reforço em cascata da agressividade do método excludente já desmascarado pela doutrina.

E a razão de ser assim é bastante clara: não se está diante de um processo de expansão (ampliação) do Direito Penal, mas apenas de um processo de migração. É inerente ao Direito Penal que, de tempos em tempos, ele se autorrecicle

⁷⁰⁶ ALMEIDA, Arnaldo Quirino de. *Op. cit.*, p. 45.

⁷⁰⁷ Sobre o assunto, Ana Carolina Carlos de Oliveira afirma que “o debate científico em torno das possibilidades de “modernização” do Direito Penal implica também uma opção principiológica – e político criminal – em relação ao modelo de Direito Penal mais adequado para a sociedade contemporânea, e em relação à possibilidade de expansão para novas áreas de tutela” (OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. *Op. cit.*, p. 29).

⁷⁰⁸ HASSEMER, Winfried. **Três temas de Direito Penal**. Porto Alegre: Fundação Escola Superior do Ministério Público, 1993, p. 86.

substituindo determinados objetos importantes até então por outros, acompanhando o constante e irrefreável movimento pendular de desenvolvimento social⁷⁰⁹.

O erro que se pode apurar com os apontamentos acima apresentados é que as demais áreas do Direito estão avançando “em direção a uma postura de controle mais ingerente, de caráter eminentemente sancionatório dilapidando diferenças estruturais entre a sanção administrativa e a penal”⁷¹⁰.

Por isso, se for adotado um discurso de aumento da repressão penal sobre os novos valores da atual sociedade sem a devida cautela e sem respeitar a estruturação principiológica do Direito Penal, estar-se-á legitimando o abuso da autoridade estatal em detrimento dos cidadãos: o aumento de repressão penal sobre as camadas sociais economicamente favorecidas não gera justiça sobre elas, mas reforça a injustiça sobre as camadas menos favorecidas.

O discurso de aumento da sanção penal jamais coincide com o aumento de justiça social. Não se proporciona bons resultados à população com a agressão às garantias penais desta mesma população, uma vez que os princípios e modos de atuação do Direito Penal devem conviver de forma harmônica com os demais valores da sociedade⁷¹¹.

Nesse passo, as propostas modernizadoras ou autonomizadoras do Direito Penal Econômico tendem a justificar o afastamento das garantias conquistadas duramente ao longo da evolução do pensamento jurídico. Pouco importa se é atribuído a este método repressivo o nome de Direito Penal Econômico, Direito Penal de Classe Alta, Direito Penal Moderno ou Direito de Duas Velocidades:

É possível chamar o controle social mais grave exercido pelo Estado de Direito penal, de Direito administrativo, de Direito civil, até mesmo de liquidificador ou de abajur, se quisermos! Isso não desnatura o fato de que está aí presente o mecanismo mais grave que o Estado dispõe para a ingerência na vida do cidadão. Como tal, esse mecanismo deve gozar da melhor estrutura de garantias. Esta é uma máxima da qual a evolução social da humanidade simplesmente não pode prescindir. Isso é inegociável. Já, por outro lado, se vamos produzir o abandono do *Direito penal* por algo melhor do que ele, como queria Radbruch, ou se vamos avançar e chamar

⁷⁰⁹ Nesse sentido, BUSATO, Paulo César. **Fundamentos...**, p. 173.

⁷¹⁰ BUSATO, Paulo César. **Fundamentos...**, p. 172.

⁷¹¹ “Os princípios garantistas do direito penal convivem constitucionalmente com os valores promotores de condições essenciais de vida com dignidade, tais como os direitos à saúde, à educação, os direitos trabalhistas, o meio ambiente, bem como as regras da atividade econômica, caso da livre concorrência e do limite ao poder econômico. Apenas esta “convivência”, jamais “submissão”, pode consagrar um regime democrático com cariz social” (BERCOVICI, Gilberto. SOUZA, Luciano Anderson de. *Op. cit.*, p. 24).

tudo de *Direito civil*, pouco importa. O importante é que as intervenções mais graves estejam *pari passu* com as garantias mais afirmadas.⁷¹²

Assim, é preciso reforçar a preservação dos princípios gerais formadores do Direito Penal⁷¹³ e tentar superar os problemas que os novos valores inserem na estruturação destes princípios. Essa estruturação demonstra as finalidades que se atribuirão à função política do Direito, a qual no campo penal gerará impactos diretos na aplicação do sistema penal.

Por isso, repete-se com Hassemer: a política criminal a ser adotada deve seguir um modelo de liberdade e garantismo⁷¹⁴. Logo, frente ao momento atual de migração das instâncias jurídicas, imposta pela irrefreável mudança dos valores e interesses sociais, o que se deve ter como inegociável é a preservação das garantias penais, por meio da preservação dos princípios gerais do Direito Penal.

⁷¹² BUSATO, Paulo César. **Fundamentos...**, p. 173. Gusvat Radbruch defendia que “a evolução do direito penal em outros períodos transcenda o direito penal e que seu aperfeiçoamento (*Verbsserung*) não desemboque em direito penal *melhor* (*besseres*), mas em um direito de melhora ou de correção (*Besserungsrecht*) e prevenção, que seria *melhor que* (*bessr als*) o direito penal, quer dizer, muito mais inteligente e muito mais humano” (RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 246).

⁷¹³ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito Penal Econômico...**, p. 177-178.

⁷¹⁴ HASSEMER, Winfried. **Direito Penal...**, p. 300 e ss.

3 MATERIALIZAÇÃO DO PROBLEMA: AGRESSÕES ÀS GARANTIAS PENAIS

Até aqui se constatou que o Direito Penal Econômico é um ramo do Direito Penal que ganha notoriedade em razão da evolução sócio-econômica vivenciada nos últimos séculos, especificamente nos últimos cinquenta anos.

Entendendo ser o Direito Penal Econômico apenas uma área de incriminação, como todas as demais inerentes ao campo penal, torna-se imprescindível delimitar os problemas que os valores atuais trazem à estruturação do Direito Penal, notadamente na seara econômica.

Assim, verifica-se que toda a estruturação do problema lançado redundava sobre o campo das fontes do Direito Penal, em especial, sobre seus princípios formadores.

3.1 As fontes do Direito Penal

No Direito, a palavra fonte é usada em sentido figurado, tendo, assim, sentido de origem⁷¹⁵, isto é, as fontes correspondem aos modos de criação e formação do Direito⁷¹⁶.

Tradicionalmente, a doutrina divide as fontes em dois grupos: materiais e formais⁷¹⁷. Todavia, esta classificação não é uníssona, pois muitos autores dividem em fontes de cognição e fontes de produção⁷¹⁸, outros em fontes diretas e indiretas⁷¹⁹ e alguns mesclando os termos de classificação⁷²⁰.

⁷¹⁵ “No vernáculo, *fonte* é o lugar onde perenemente nasce água. Em sentido figurado é sinônimo de origem, princípio e causa. Fonte do Direito Penal é, pois, aquilo de que ele se origina ou promana” (MAGALHÃES NORONHA, Edgard. **Direito Penal**. 1º volume: Introdução e Parte Geral. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1970, p. 45).

⁷¹⁶ “Segundo seu próprio sentido etimológico, *origem, procedência*, é empregado para indicar tudo de onde procede alguma coisa, onde ela se funda e tira razão de ser, ou todo fato que dá nascimento a outro” (DE PLÁCIDO E SILVA, Oscar Joseph. **Vocabulário Jurídico**. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p.628).

⁷¹⁷ Por todo, MARQUES, José Frederico. **Tratado de Direito Penal**. Volume I: Propedêutica penal e norma penal. 1. ed. atualizada. Campinas: Bookseller, 1997, p. 174: “Distinguem-se, assim, as fontes do Direito, em materiais ou formais, conforme se refiram ao conteúdo da norma, em sua gênese e produção (fontes materiais) ou em sua maneira de revelarem as regras e preceitos impostos obrigatoriamente à obediência de todos (fontes formais)”.

⁷¹⁸ SOLER, Sebastián. **Derecho Penal Argentino**. Tomo I. Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina, 1967, p. 121-126; SABINO JÚNIOR, Vicente. **Direito Penal**. v. 1: Parte Geral. São Paulo: Sugestões literárias, 1967, p. 52-53 (na verdade, este autor usa como classificação os termos fonte originária e fonte originária remota, os quais ele próprio chama, respectivamente, de fonte de produção e fonte de cognição); SALGADO MARTINS, José. **Sistema de Direito Penal Brasileiro**:

No presente trabalho, adota-se, em razão de serem os termos mais adequados, a classificação em fontes formais e materiais. Contudo, a simples colocação destes conceitos não chega a expor de forma aprofundada os elementos que caracterizam tal classificação, merecendo, portanto, uma análise mais detalhada.

3.1.1 Fontes Materiais

As chamadas fontes materiais se constituem como “todo poder ou força social com poder normativo criador próprio – com “*potestas normandi*” -, com poder de criar normas”⁷²¹. Assim, as fontes materiais estão vinculadas com o poder de criar normas, isto é, as fontes materiais são “os fatores que criam o direito, dando origem aos dispositivos válidos”⁷²². Resumidamente, afirma-se que a fonte material corresponde a *quem estabelece o Direito*⁷²³.

Nesse sentido, Maria José Falcón y Tella defende que existem três fontes materiais do Direito: o Estado (enquanto organização política), o povo (como elemento demográfico do Estado) e os juízes e tribunais (como criadores de princípios ao aplicar o Direito)⁷²⁴. Tal perspectiva é válida no sentido de que tenta atrelar a cada uma das espécies de fontes um conteúdo material formativo. Porém, tal posição não corresponde à realidade dos institutos formadores do Direito, principalmente porque demonstra um critério apenas produtivo do Direito, ou seja, poderia simplesmente chamá-los de fontes de produção.

O problema no uso desse termo, ou então de definir as fontes materiais simplesmente como sinônimos de fontes de produção, está no reconhecimento do

Introdução e Parte Geral. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1957, p. 115-116 (este autor inicia sua exposição com tal nomenclatura, mas logo na sequência afirma entender que a classificação em fontes substanciais (materiais) e formais seja mais adequada (SALGADO MARTINS, José. *Op. cit.*, p. 116-117).

⁷¹⁹ Nomenclatura mencionada por SALGADO MARTINS, José. *Op. cit.*, p. 117. Nomenclatura usada na exposição das espécies de fontes por MAGALHÃES NORONHA, Edgard. *Op. cit.*, p.46-53.

⁷²⁰ MAGALHÃES NORONHA, Edgard. *Op. cit.*, p. 45.

⁷²¹ FALCÓN Y TELLA, Maria José. **Lições de Teoria Geral do Direito**. Tradução de Claudia de Miranda Avena, Ernani de Paula Contipelli. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 94.

⁷²² DIMOULIS, Dimitri. **Manual de Introdução ao Estudo do Direito**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 201.

⁷²³ FALCÓN Y TELLA, Maria José. *Op. cit.*, p. 94. No mesmo sentido Dimitri Dimoulis explica que “são fontes materiais todas as autoridades, pessoas, grupos e situações que influenciam a criação do direito em determinada sociedade” (DIMOULIS, Dimitri. *Op. cit.*, p. 201).

⁷²⁴ FALCÓN Y TELLA, Maria José. *Op. cit.*, p. 94.

que sejam tais institutos. Veja-se: é facilmente verificado que a doutrina em sua grande maioria aceita que o Estado seja a fonte material do Direito Penal⁷²⁵. Esta concepção é derivada da determinação de competência legislativa prevista na Constituição Federal⁷²⁶, porém, o fato de se atribuir a competência legislativa a determinada esfera da administração pública não implica em dizer que tal esfera seja fonte material do Direito Penal.

O órgão estatal que recebe a atribuição de legislar sobre determinado assunto cumpre tal função somente em razão desta determinação, e não porque seja o “criador” dos valores materiais que fundamentam o processo de criação do Direito. Em outras palavras, a determinação de competência é um elemento de formalização do procedimento legislativo. Por tal motivo, não se pode atribuir ao órgão dotado de competência legislativa o atributo de fonte material do Direito. Afinal, “as fontes substanciais se encontram nos princípios éticos que informam a atividade punitiva do Estado”⁷²⁷, os quais são identificados pela “imperiosa exigência de que o Direito esteja ancorado à realidade própria do momento histórico”⁷²⁸.

Nessa toada, deve-se entender que a fonte material do Direito, especialmente do Direito Penal, seja retirada do próprio modelo de formação histórico cultural de um povo, o qual é exteriorizado em leis por intermédio do mecanismo de produção legislativa estatal. Porém, repete-se, o Estado não se constitui em fonte do Direito, apenas produz um valor que se materializa no seio da sociedade⁷²⁹. E de outra forma isto não pode ser entendido, uma vez que a única e exclusiva função do Estado é a de preservar a própria sociedade e seus cidadãos⁷³⁰.

O reconhecimento do conteúdo material da fonte vai além da atribuição de competência legislativa. Reconhecer que a fonte é designada apenas pela competência de produção legal é retirar a essência do significado da expressão *fonte*.

Assim, o conteúdo material da fonte do Direito está contido nos valores fundantes da estrutura de nomogênese, o qual é resultado do reflexo do *todo* cultural

⁷²⁵ MAGALHÃES NORONHA, Edgard. *Op. cit.*, p.45; SABINO JÚNIOR, Vicente. *Op. cit.*, 52; SOLER, Sebastián. *Op. cit.*, p. 121.

⁷²⁶ Os autores mencionados como defensores de tal posição fundamentam sua tese unicamente no artigo de determinação de competência previsto no texto constitucional.

⁷²⁷ MARQUES, José Frederico. *Op. cit.*, p. 174.

⁷²⁸ REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições...*, p. 76,

⁷²⁹ “Todas as normas são produto da cultura” (MAYER, Max Ernst. **Derecho Penal**: parte general. Montevideo/Buenos Aires: Editorial B de f, 2007, p. 55).

⁷³⁰ BUSATO, Paulo César. Por que, afinal, aplicam-se penas?... , p. 518.

de uma sociedade. Por tal razão, verifica-se que “a norma constitui o momento culminante de um processo no qual estão em contínua tensão fato e valor”⁷³¹. Logo, a normatividade é “a qualidade científica culminante do direito, que expressa, de forma abstrata, objetivações resultantes da incidência valorativa sobre dados fáticos”⁷³². Em suma, é por meio do conteúdo normativo que os valores materiais de construção legislativa de dada sociedade são identificados.

Consequentemente, um delito, enquanto fato típico, caracteriza-se como um espelho de condutas reprováveis, segundo valores vigentes em dado ciclo histórico⁷³³. Portanto, simplificar o conteúdo material das fontes do Direito, especialmente na elaboração do Direito Penal, pela competência legislativa é equivocado, motivo pelo qual se deve buscar nas relações estruturais da sociedade a verdadeira fonte material do Direito.

Nesse sentido, Savigny defendia que a fonte material (substancial) do Direito era a “consciência comum do povo, que dá origem e legitimidade às normas lógicas que, dela, a razão extrai”⁷³⁴. Para Vicente Sabino Júnior, a consciência popular é a fonte originária remota do Direito Penal⁷³⁵. Destaca-se que para este autor, o Direito Penal se baseia tão somente nos elementos normativos, ou seja, existe uma restrição da ciência penal a seu viés dogmático, motivo pelo qual ao tratar das fontes do Direito, as nomeia como fontes da norma penal. Assim, afirma que o objeto do Direito Penal é “o estudo do conteúdo das normas que, num Estado, compõem o seu ordenamento jurídico. A esse estudo denomina-se – *dogmática jurídico-penal* – ou, simplesmente – *dogmática penal*”⁷³⁶. Segundo ele, esta dogmática proporciona ao Direito Penal o “caráter específico de ciência normativa, pois que o seu objetivo se exaure na atuação baseada na legislação positiva”⁷³⁷.

De forma semelhante, Giuseppe Bettiol defende que as fontes do Direito Penal correspondem aos “valores que vivem, se agitam e se transformam com a maturação da situação histórica em que se acha um determinado povo”⁷³⁸. Para o

⁷³¹ REALE JÚNIOR, Miguel. **Antijuridicidade Concreta**. São Paulo: José Bushasky, 1974, p. 25.

⁷³² REALE JÚNIOR, Miguel. **Antijuridicidade...**, p. 27.

⁷³³ REALE, Miguel. Preliminares ao estudo da estrutura do delito. *In: Revista da Faculdade de Direito*. vol. LXIII, São Paulo: USP, 1968, p. 158.

⁷³⁴ RÁO, Vicente. **O Direito e a Vida dos Direitos**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 273.

⁷³⁵ SABINO JÚNIOR, Vicente. *Op. cit.*, 52.

⁷³⁶ SABINO JÚNIOR, Vicente. *Op. cit.*, 52.

⁷³⁷ SABINO JÚNIOR, Vicente. *Op. cit.*, 52.

⁷³⁸ BETTIOL, Guiseppe. **Direito Penal**. Campinas: Red Livros, 2000, p. 93-94.

penalista italiano, tais valores correspondem à moral⁷³⁹, a qual constitui a essência do direito, não como origem ou antítese, mas como essência⁷⁴⁰.

Todavia, tais posturas acabam sendo preocupantes, pois a adoção de uma perspectiva que fundamente o pressuposto material de origem do Direito na consciência do povo (ou apenas pela moral) pode provocar absurdos extremos, como o modelo penal do Nacional Socialismo Alemão. O modelo penal nazista projetava o fundamento material do Direito Penal e de suas normas exclusivamente no *Volksgemeinschaft*, isto é, na consciência do povo alemão⁷⁴¹.

Desta forma, ao se conceber o conteúdo material de formação do Direito na própria cultura de uma sociedade é preciso estabelecer um filtro para identificar como isso ocorra sem agredir a pessoa humana, a qual é a única finalidade do Direito existir.

Isso pode ocorrer por meio do recorte político-filosófico do modelo estatal, baseando-se no fato de que a sociedade atual reconhece o Estado como sendo democrático e de Direito. Somente nesse contexto é que se poderá reconhecer o pressuposto material de criação do Direito como instituto resultante do viver histórico-social.

⁷³⁹ “São fontes substanciais as que “constituem a matéria por meio da qual se atinge o conteúdo do preceito jurídico”. Na exposição de um direito penal em que se pretenda enquadrar o próprio direito na moldura completa de suas componentes ético-políticas, não se pode em verdade prescindir de uma breve consideração a respeito das fontes substanciais do direito penal, que indubitavelmente identificamos com a *moral*. (...) Com a afirmação de que o direito penal está “enquadrado” nos valores ético-político-sociais já superamos uma fase meramente técnico-formalista no estudo das fontes e abrimos também caminho para poder proceder a uma indagação acerca do conteúdo “metajurídico” da vontade estatal expressa em forma de lei. Fonte do direito penal do ponto-de-vista substancial é a *moral*. Não há disciplina jurídica que se avizinha mais do direito penal que a moral, seja pelo objeto de tutela, seja pela natureza de seus institutos fundamentais como a culpa e a pena, que somente no âmbito de uma visão ética da vida adquirem um significado substancial”(BETTIOL, Guiseppe. *Op. cit.*, p. 94-95).

⁷⁴⁰ “a natureza do homem é o critério que empresta ao “valor” o seu significado, enquanto a ordem que o homem deve seguir ao atuar no ambiente social. E, quando o homem observa esta ordem, atua moralmente e torna a sua ação passível de qualificação jurídica ulterior. O direito não apresenta, portanto, oriundo da moral, nem tampouco em oposição a ela, mas é a própria moral considerada de um ângulo mais estático, mais fixo, mais objetivo, já que o direito não pode descer à raiz da ação para colher os mais variegados pormenores, a sua ondulação mais remota, o motivo mais sutil sobre o qual se assenta, mas, por evidentes razões de uniformidade e igualdade social, preocupa-se em fixar o lado externo da ação, a moldura que a moral deve assumir no ambiente social para determinar as qualificações jurídicas respectivas e suas conseqüências” (BETTIOL, Guiseppe. *Op. cit.*, p. 96).

⁷⁴¹ Sobre todo o tratamento do Direito Penal no regime do Nacional socialismo na Alemanha e a construção de um modelo autoritarista, é válida a menção à tese doutoral de Christiano Falk Fragoso, especificamente o capítulo 3 do trabalho. Em outro item (capítulo 4), o professor carioca apresenta a utilização do autoritarismo no modelo penal brasileiro traçando críticas que apontamentos que comprovam a rigidez do sistema inclinado ao tratamento autoritário ainda nos dias atuais (FRAGOSO, Christiano Falk. **Autoritarismo e Sistema Penal**. 2011. 379. Tese (Doutorado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro).

Já à sua época, Vicente Ráo afirmava que a fonte substancial do Direito (aqui incluído o Penal) não está apenas nos valores históricos independentes de outras variáveis, mas essencialmente no reconhecimento de que as regras de direito consagram princípios éticos e jurídicos fundamentais, inerentes à natureza do homem e dela inseparáveis, incorporados ao Direito pelas práticas costumeiras devidamente influenciadas pela razão e pela reflexão⁷⁴². Sob tal enfoque, o Direito está vinculado diretamente à ideia de experiência. No entanto, a experiência jurídica “não se identifica com a experiência social, já que esta constitui o suceder dos fatos, enquanto que aquela usa a compreensão do sentido dos fatos, segundo uma perspectiva “do que deve ser” em função de valores que o legislador entenda devam ser tutelados”⁷⁴³.

Eis, então, que a fonte material do Direito Penal se constitui pelos valores sociais da coletividade, inserida no contexto do Estado Democrático de Direito que possui como cerne de toda a sua estrutura o respeito e a tutela da dignidade humana.

No entanto, há entendimento contrário que retira o conteúdo material da valoração social e o aceita como fenômeno histórico “que exprime a vontade política dominante em determinado momento”⁷⁴⁴. Sob esta óptica, o Direito não teria origem nos valores sociais em respeito à pessoa humana, mas apenas na relação de dominação inerente às teorias do conflito social, as quais tem origem com o pensamento de Karl Marx⁷⁴⁵. As teorias do conflito social entendem que na sociedade “agem grupos com interesses estruturalmente opostos, que se encontram em situação de desigualdade e em luta perpétua pelo poder”⁷⁴⁶, motivo pelo qual estas teorias “consideram que o nexos principal da sociedade não é o interesse comum, o consenso, o progresso ou a convivência pacífica, mas, ao contrário, a

⁷⁴² RÁO, Vicente. *Op. cit.*, p. 273.

⁷⁴³ REALE JÚNIOR, Miguel. **Antijuridicidade**..., p. 26.

⁷⁴⁴ DIMOULIS, Dimitri. *Op. cit.*, p. 202.

⁷⁴⁵ É possível resumir a origem destas teorias à frase de abertura do Manifesto do Partido Comunista, na qual Marx e Engels afirmam: “A história de todas as sociedades que existiram até nossos dias tem sido a história das lutas de classes” (MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *Loc. cit.*). Sobre os fundamentos da teoria marxista e de como ela pode proporcionar a emancipação humana, é válida a citação da tese doutoral do professor Antonio Carlos de Souza: SOUZA, Antonio Carlos de **Fundamentos da ética marxista: A crítica radical da sociedade capitalista e as mediações políticas para a construção da emancipação humana**. 2007. 171. Tese (Doutorado em Educação) – Faculdade de Educação, Universidade Estadual de Campinas, Campinas, São Paulo.

⁷⁴⁶ SABADELL, Ana Lúcia. *Op. cit.*, p. 84-85.

coação e o condicionamento ideológico”⁷⁴⁷. Para os teóricos do conflito social, existe na sociedade uma estratificação social que cria uma desigualdade no acesso ao poder e aos meios econômicos, a qual seria a criadora dos conflitos⁷⁴⁸. Assim, para os teóricos do conflito social de vertente marxista existirá apenas duas classes: de um lado os detentores dos meios de produção e do outro os explorados. Nesse viés, Dimitri Dimoulis defende que a fonte material do Direito é dada pelos interesses do grupo dominante sobre o grupo dominado⁷⁴⁹. Já para a vertente liberal, o conflito social decorre da atuação dos vários estratos sociais e elites sociais existentes na sociedade⁷⁵⁰.

A postura adotada no presente trabalho entende que a fonte material do Direito decorre dos valores inerentes às relações sociais baseados em uma estrutura funcionalista e não em uma estrutura de conflito social. Para as teorias funcionalistas, “o direito corresponde à expressão dos interesses gerais da sociedade”⁷⁵¹ direcionados ao exercício de uma função por meio do sistema jurídico, a qual, repete-se, deve sempre estar direcionada à proteção da pessoa humana.

No âmbito sociológico, as teorias funcionalistas “consideram a sociedade como uma grande máquina. Esta distribui papéis e recursos (dinheiro, poder prestígio, educação) aos seus membros, que são identificados como “as pelas da máquina”⁷⁵². Assim, a “finalidade da sociedade é a sua reprodução por meio do funcionamento perfeito dos seus vários componentes”⁷⁵³, devendo se orientar sob o filtro da dignidade da pessoa humana, no intuito de evitar a criação de modelos totalitários.

Ao contrário das teorias do conflito social, a perspectiva funcionalista direcionada à preservação dos valores inerentes à sociedade filtrados pela dignidade da pessoa humana promovem e garantem a evolução social, podendo-se refutar as críticas de que a teoria funcionalista restrinja a mudança e a evolução social⁷⁵⁴.

Consequentemente, aplicando esta teoria sobre o sistema jurídico verifica-se que a fonte material de todo o Direito, inclusive o Penal, está vinculada aos valores

⁷⁴⁷ SABADELL, Ana Lúcia. *Op. cit.*, p. 85.

⁷⁴⁸ SABADELL, Ana Lúcia. *Op. cit.*, p. 85.

⁷⁴⁹ DIMOULIS, Dimitri. *Op. cit.*, p. 202.

⁷⁵⁰ SABADELL, Ana Lúcia. *Op. cit.*, p. 85.

⁷⁵¹ DIMOULIS, Dimitri. *Op. cit.*, p. 202.

⁷⁵² SABADELL, Ana Lúcia. *Op. cit.*, p. 84.

⁷⁵³ SABADELL, Ana Lúcia. *Op. cit.*, p. 84.

⁷⁵⁴ Sobre essa restrição: SABADELL, Ana Lúcia. *Op. cit.*, p. 84.

sociais enraizados à sociedade em determinado período temporal⁷⁵⁵, os quais serão tutelados pela norma penal a ser criada pelo Estado, objetivando-se a tutela de bens jurídicos fundamentais à preservação dos indivíduos e de toda a coletividade.

Portanto, o Estado não é a fonte material do Direito Penal, mas apenas o instrumento de exteriorização e formalização desse conteúdo material por meio das normas penais⁷⁵⁶, as quais são fontes formais e sofrem diretamente a influência da “consciência jurídica relativa a cada momento histórico, sendo o direito um instrumento orientador e condicionador da realização *in concreto*”⁷⁵⁷ dos valores e fins de dada sociedade.

3.1.2 Fontes Formais

As fontes formais correspondem às “diversas formas ou maneiras de estabelecer normas, de criar Direito positivo”⁷⁵⁸. São chamadas de formais porque “dão forma ao direito, porque “formulam” os dispositivos válidos”⁷⁵⁹. Em síntese, as fontes formais expressam “*como* – em que forma – cria-se o Direito”⁷⁶⁰, isto é, o meio pelo qual o Direito é exteriorizado, ou como alguns autores preferem, como ele é conhecido (fonte de cognição).

Tradicionalmente, a doutrina divide as fontes formais em direta ou imediata e indireta ou mediata. A lei é a “única fonte formal imediata do Direito Penal”⁷⁶¹. Como se verá adiante na exposição acerca dos princípios formadores do Direito Penal, a lei é a grande garantia do cidadão contra os atos dos demais indivíduos e também do Estado. Não existe Direito Penal sem lei, de modo que ela não corresponde apenas a uma fonte, mas também à medida de atuação do Direito Penal⁷⁶².

Por sua vez, as fontes formais indiretas (ou mediatas) correspondem aos princípios formadores do Direito Penal, aos costumes e à analogia. Verifica-se que

⁷⁵⁵ “os fins últimos, que firmam o horizonte do ambiente cultural, não são imutáveis, mas se transformam e se modificam no decorrer da história” (REALE JÚNIOR, Miguel. **Antijuridicidade...**, p. 3).

⁷⁵⁶ Nesse sentido RÁO, Vicente. *Op. cit.*, p. 274.

⁷⁵⁷ REALE JÚNIOR, Miguel. **Antijuridicidade...**, p. 5

⁷⁵⁸ FALCÓN Y TELLA, María José. *Op. cit.*, p. 94.

⁷⁵⁹ DIMOULIS, Dimitri. *Op. cit.*, p. 203.

⁷⁶⁰ FALCÓN Y TELLA, María José. *Op. cit.*, p. 94.

⁷⁶¹ MAGALHÃES NORONHA, Edgard. *Op. cit.*, p. 46.

⁷⁶² MAGALHÃES NORONHA, Edgard. *Op. cit.*, p. 46.

tanto o costume quanto a analogia não devem ser utilizados como fontes punitivas do Direito Penal. Por tal razão, no presente trabalho, optou-se por realizar o estudo desses dois institutos, assim como da fonte formal imediata (lei), por meio da análise e interpretação da aplicação dos princípios formadores do Direito Penal.

3.2 Princípios formadores do Direito Penal

Todo conhecimento científico ou filosófico resulta da existência de princípios, os quais podem ser definidos como “enunciados lógicos admitidos como condição ou base de validade das demais asserções que compõem dado campo do saber”⁷⁶³.

Para Miguel Reale, os princípios podem ser divididos em três categorias: a) omnivalentes; b) plurivalentes; e, c) monovalentes. Os princípios omnivalentes são “válidos para todas as formas de saber, como é o caso dos princípios de identidade e de razão suficiente”⁷⁶⁴. Os princípios plurivalentes são “aplicáveis a vários campos de conhecimento, como de dá com o princípio da causalidade, essencial às ciências naturais. Mas, não extensivo a todos os campos do conhecimento”⁷⁶⁵. Por fim, os princípios monovalentes são aqueles que “só valem no âmbito de determinada ciência, como é o caso dos princípios gerais de direito”⁷⁶⁶.

Para Reale, os princípios gerais de direito são “enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, quer para a sua aplicação e integração, quer para a elaboração de novas normas”⁷⁶⁷. Os princípios não são meros “preceitos de ordem moral ou econômica, mas sim esquemas que se inserem na experiência jurídica, convertendo-se, desse modo, em elementos componentes do Direito”⁷⁶⁸.

Maurício Antonio Ribeiro Lopes adverte que a palavra princípio é equívoca, pois pode ter significados diversos, podendo significar *começo* ou *início*⁷⁶⁹. Porém,

⁷⁶³ REALE, Miguel. **Lições...**, p. 303.

⁷⁶⁴ REALE, Miguel. **Lições...**, p. 304.

⁷⁶⁵ REALE, Miguel. **Lições...**, p. 304.

⁷⁶⁶ REALE, Miguel. **Lições...**, p. 304.

⁷⁶⁷ REALE, Miguel. **Lições...**, p. 304.

⁷⁶⁸ REALE, Miguel. **Lições...**, p. 306.

⁷⁶⁹ LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. **Princípios Políticos do Direito Penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 115.

destaca o autor que a expressão *princípio* para o Direito corresponde a um “mandamento nuclear de um sistema”⁷⁷⁰. Deste modo, conceitua princípio como

(...) disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico⁷⁷¹.

Em sentido próximo, Ricardo Freire Soares afirma que os princípios “figuram como os pressupostos necessários de um sistema particular de conhecimento, servindo como a condição de validade das demais proposições que integram um dado campo do saber, até mesmo no plano do conhecimento jurídico”⁷⁷².

A análise dos princípios é essencial para a compreensão e aplicação das normas constantes nas leis de todo um ordenamento. Sobre o assunto, destaca Humberto Ávila que é preciso “construir o sentido e delimitar a função daquelas normas que, sobre prescreverem fins a serem atingidos, servem de fundamento para a aplicação do ordenamento constitucional – os princípios jurídicos”⁷⁷³.

Por tal motivo é que não apenas a doutrina, mas também a jurisprudência têm se valido dos princípios para resolver problemas concretos. Assim, verifica-se que para se alcançar o desenvolvimento de uma crítica à concepção formalista e axiologicamente neutra inerente ao positivismo jurídico exige a institucionalização de um modelo principiológico do direito⁷⁷⁴.

Nesse sentido, deve-se conferir aos princípios “uma condição de estruturação do raciocínio do jurista, com reflexos diretos na interpretação e aplicação da norma jurídica, tendo em vista a realização de um direito mais justo”⁷⁷⁵.

Baseando-se na estruturação de todo o ordenamento, Jean-Louis Bergel define que os princípios gerais “são regras de direito objetivo, não de direito natural ou ideal, expressas ou não nos textos mas aplicadas pela jurisprudência e dotadas de um caráter suficiente de generalidade”⁷⁷⁶. Explica o jurista francês que toda norma possui uma característica de generalidade, porém, destaca que a

⁷⁷⁰ LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Op. cit.*, p. 115.

⁷⁷¹ LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Op. cit.*, p. 115-116.

⁷⁷² SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 113.

⁷⁷³ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 23.

⁷⁷⁴ SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Op. cit.*, p. 112.

⁷⁷⁵ SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Op. cit.*, P. 112.

⁷⁷⁶ BERGEL, Jean-Louis. **Teoria Geral do Direito**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 109.

generalidade da regra jurídica não é entendida no mesmo sentido que se atribui a generalidade do princípio. Para ele, uma regra se aplica a uma generalidade de fatos correspondentes ao seu objeto, enquanto que o princípio é geral “pelo fato de comportar uma série indefinida de aplicações”⁷⁷⁷. Destaca, ainda, que o que caracteriza os princípios é a sua aplicação pela jurisprudência, a qual “sem os criar do começo ao fim, os ‘extrai da lei ou do costume, com a ajuda da doutrina’”⁷⁷⁸.

Humberto Ávila define os princípios como normas finalísticas, isto é, “primeiramente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção”⁷⁷⁹. Para Ávila, os princípios estabelecem um fim a ser atingido, o qual não precisa ser um “ponto final qualquer (*Endzustand*), mas apenas um conteúdo desejado”⁷⁸⁰. Assim, defende uma estruturação dos princípios como nortes de um conteúdo final, os quais são condicionados pelos meios (objetos e situações)⁷⁸¹. Logicamente, tais meios não podem estar desvinculados do objetivo final traçado, motivo pelo qual afirma que os princípios “instituem o dever de adotar comportamentos necessários à realização de um estado de coisas ou, inversamente, instituem o dever de efetivação de um estado de coisas pela adoção de comportamentos a ele necessários”⁷⁸².

Por sua vez, para Robert Alexy⁷⁸³ e Virgílio Afonso da Silva⁷⁸⁴, os princípios, assim como as regras, são uma espécie do gênero “normas”. Para tanto, mestre e discípulo fazem uma análise detalhada sobre os critérios distintivos dos princípios e das regras⁷⁸⁵.

O primeiro critério de distinção, o qual é utilizado em grande escala, é o da generalidade, segundo o qual “princípios são normas com grau de generalidade relativamente alto, enquanto o grau de generalidade das regras é relativamente

⁷⁷⁷ BERGEL, Jean-Louis. *Op. cit.*, p. 110.

⁷⁷⁸ BERGEL, Jean-Louis. *Op. cit.*, p. 111.

⁷⁷⁹ ÁVILA, Humberto. *Op. cit.*, p. 78-79.

⁷⁸⁰ ÁVILA, Humberto. *Op. cit.*, p. 79.

⁷⁸¹ ÁVILA, Humberto. *Op. cit.*, p. 79.

⁷⁸² ÁVILA, Humberto. *Op. cit.*, p. 80.

⁷⁸³ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

⁷⁸⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

⁷⁸⁵ Humberto Ávila também trabalha com a distinção entre as normas e princípios. Para este autor existem quatro critérios que proporcionam a distinção. O autor baliza toda a sua teoria no fato dos princípios se constituírem como normas finalísticas, conforme referenciado acima.

baixo”⁷⁸⁶. O constitucionalista alemão ainda indica que inúmeros critérios podem ser utilizados para a diferenciação, os quais acabam por desembocar em três teses específicas para tal fim⁷⁸⁷.

A primeira tese sustenta que não tem como diferenciar princípios de regras. Assim, qualquer tentativa “seria, diante da diversidade existente, fadada ao fracasso”⁷⁸⁸. A segunda tese vale-se dos graus inerentes às normas, isto é, “os adeptos dessa tese são sobretudo aqueles vários autores que vêem no grau de generalidade o critério decisivo para a distinção”⁷⁸⁹. A terceira tese defende que além da diferença de grau existe uma diferença qualitativa, esta é a tese utilizada por Alexy⁷⁹⁰. Deste modo, o autor afirma que “o ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”⁷⁹¹.

Na mesma toada, Virgílio Afonso da Silva afirma que de acordo com a teoria dos princípios, a diferenciação ocorre pela “estrutura dos direitos que essas normas garantem”. Assim, “no caso das *regras*, garantem-se direitos (ou se impõem deveres) definitivos, ao passo que no caso dos *princípios* são garantidos direitos (ou são impostos deveres) *prima facie*”⁷⁹².

Conseqüentemente, “se um direito é garantido por uma norma que tenha a estrutura de uma regra, esse direito é definitivo e deverá ser realizado totalmente, caso a regra seja aplicável ao caso concreto”⁷⁹³, ou seja, a regra é sempre aplicada no caso concreto, inclusive no pertinente a sua exceção. Já no condizente aos

⁷⁸⁶ ALEXY, Robert. *Op. cit.*, p. 87.

⁷⁸⁷ “Outros critérios discutidos são a ‘determinabilidade dos casos de aplicação’, a forma de seu surgimento – por exemplo, por meio da diferenciação entre normas ‘criadas’ e normas ‘desenvolvidas’ – o caráter explícito de seu conteúdo axiológico, a referência à idéia de direito ou a uma lei jurídica suprema e a importância para a ordem jurídica. Princípios e regras são diferenciados também com base no fato de serem razões para regras ou serem eles mesmos regras, ou ainda. No fato de serem normas de argumentação ou normas de comportamento” (ALEXY, Robert. *Op. cit.*, p. 88-89). Igualmente, Virgílio Afonso da Silva afirma que “Há autores que sustentam que entre regras e princípios há uma diferença de grau. A partir dessa idéia, há aqueles que sustentam que o que distingue ambos seria o grau de importância: *princípios* seriam as normas mais importantes de um ordenamento jurídico, enquanto as *regras* seriam aquelas normas que concretizariam esses princípios. Há também aqueles que distinguem ambos a partir do grau de abstração e generalidade: princípios seriam mais abstratos e mais gerais que as regras. Outras classificações baseadas em algum tipo de gradação são possíveis” (SILVA, Virgílio Afonso da. *Op. cit.*, p. 44).

⁷⁸⁸ ALEXY, Robert. *Op. cit.*, p. 89.

⁷⁸⁹ ALEXY, Robert. *Op. cit.*, p. 90.

⁷⁹⁰ ALEXY, Robert. *Loc. cit.*

⁷⁹¹ ALEXY, Robert. *Loc. cit.*

⁷⁹² SILVA, Virgílio Afonso da. *Op. cit.*, p. 45.

⁷⁹³ SILVA, Virgílio Afonso da. *Loc. cit.*

princípios “não se pode falar em realização sempre total daquilo que a norma exige”⁷⁹⁴, sendo que muitas vezes se dá de forma parcial. Isso ocorre “porque no caso dos princípios há uma diferença entre aquilo que é garantido (ou imposto) *prima facie* e aquilo que é garantido (ou imposto) definitivamente”⁷⁹⁵.

Nessa esteira, Alexy conceitua princípios como mandamentos de otimização, os quais são caracterizados por “poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas”⁷⁹⁶, em outras palavras, seu uso será o mais amplo possível. Em sentido idêntico, posiciona-se Virgílio Afonso da Silva⁷⁹⁷.

É justamente sobre esses mandados de otimização que se fundam os problemas atuais do Direito Penal Econômico. Afinal, a adoção de um novo modelo de tutela para resolver os anseios sociais sobre as condutas lesivas ao sistema econômico pode desencadear todo um movimento de retrocesso punitivo do Direito Penal, o que proporciona um tratamento penal seletivo e excludente contrário ao modelo constitucional adotado no Brasil. Este é o problema que será enfrentado neste último capítulo.

Repetindo-se a posição adotada de que o Direito Penal Econômico é um ramo pertencente ao Direito Penal clássico, constituindo-se como uma área específica de incriminação, a discussão acerca da averiguação principiológica do Direito Penal Econômico deve ser delimitada pelos princípios formadores do Direito Penal clássico.

Em trabalho que analisou o crime de comércio de combustível adulterado como modalidade de delito econômico, Valter Foleto Santin afirma que o Direito penal tem como princípios a fragmentariedade, a intervenção mínima e a proporcionalidade⁷⁹⁸.

Diferente não é o entendimento de Eduardo Reale Ferrari que ao estruturar os princípios do Direito Penal Econômico apresenta os princípios da fragmentariedade, intervenção mínima e proporcionalidade⁷⁹⁹.

⁷⁹⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. *Loc. cit.*

⁷⁹⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. *Loc. cit.*

⁷⁹⁶ ALEXY, Robert. *Loc. cit.*

⁷⁹⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. *Op. cit.*, p. 63-64.

⁷⁹⁸ SANTIN, Valter Foleto. **Crimes Econômico...**, p. 40-41.

⁷⁹⁹ REALE, Eduardo. **Legislação Penal Antitruste...**, p. 267 e ss.

No entanto, ao se adotar o entendimento de que o Direito Penal Econômico é apenas uma área específica de incriminação que integra o *Gesamtstrafrechtswissenschaft* é pertinente que se adote e aplique todos os princípios estruturais formadores do Direito Penal. É certo que o número de princípios formadores do Direito Penal tende a variar de acordo com o referencial doutrinário adotado. Nesse espeque, verifica-se que para Cezar Roberto Bittencourt existem onze princípios (legalidade, intervenção mínima, fragmentariedade, culpabilidade, humanidade, irretroatividade da lei penal, adequação social, insignificância, ofensividade e proporcionalidade)⁸⁰⁰, para Fernando Galvão existem sete princípios (humanidade, reserva legal, fragmentariedade, intervenção mínima e adequada, ofensividade, culpabilidade e individualização da pena)⁸⁰¹, para Juarez Cirino dos Santos existem seis princípios (legalidade, culpabilidade, lesividade, proporcionalidade, humanidade e responsabilidade penal pessoal)⁸⁰², para Nilo Batista são cinco (legalidade, intervenção mínima, lesividade, humanidade e culpabilidade)⁸⁰³ e para Paulo César Busato são apenas três (legalidade, intervenção mínima e culpabilidade)⁸⁰⁴.

No presente trabalho é defendida a existência de seis princípios formadores do Direito Penal: a) Legalidade; b) Humanidade; c) Ofensividade; d) Intervenção mínima; e) Culpabilidade; e, f) Proporcionalidade. Destaca-se que de cada um destes princípios decorrem garantias que foram tratadas por outros autores como princípios autônomos. Contudo, diante da natureza jurídica atribuída aos princípios (mandados de omitização), entende-se que seis institutos merecem tal tratamento.

3.2.1 Princípio da Legalidade

O princípio da legalidade é o principal corolário formativo do Direito Penal, pois, “no Estado Democrático de Direito, está indissociavelmente, relacionado com o

⁸⁰⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Op. cit.*, p.10-24.

⁸⁰¹ GALVÃO, Fernando. **Direito Penal: Parte Geral**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 126-143.

⁸⁰² SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal...**, p. 19-32.

⁸⁰³ BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao Direito Penal brasileiro**. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 61-101.

⁸⁰⁴ BUSATO, Paulo César. **Direito Penal: parte geral**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 22-100.

princípio da dignidade da pessoa humana⁸⁰⁵. Por tal motivo, Claudio Brandão afirma que este princípio estabelece que “pela lei não somente se protege o homem das ações lesivas aos bens jurídicos, pela lei se protege o homem do próprio Direito Penal”⁸⁰⁶.

Assim, entende-se que o princípio consiste em um “imperativo que não admite desvios nem exceções e representa uma conquista da consciência jurídica que obedece a exigências de justiça”⁸⁰⁷.

Por tais razões, Paulo César Busato afirma que “se fosse necessário estabelecer qual é o princípio que constitui a pedra angular de todo o Direito penal de origem latina, não se pode duvidar em escolher o princípio de legalidade”⁸⁰⁸.

Historicamente, verifica-se que o princípio da legalidade “cumpre uma função decisiva na garantia de liberdade dos cidadãos, frente ao poder punitivo Estatal, desde o século XVIII”⁸⁰⁹. A doutrina, em sua grande maioria, defende que a instituição deste princípio ocorreu em razão dos ideais do iluminismo e do liberalismo⁸¹⁰. Nesse sentido, é verificável em Beccaria colocações basilares do princípio, especialmente na conclusão de sua clássica obra, quando afirma que “para não ser um ato de violência contra o cidadão, a pena deve ser, de modo essencial, pública, pronta, necessária, a menor das penas aplicáveis nas circunstâncias dadas, proporcionada ao delito e determinada pela lei”⁸¹¹.

No Direito Romano, de acordo com Francisco Muñoz Conde e Mercedes García Arán, se invoca um texto de Ulpiano coletado no Digesto no qual se estabelecia que *poena non irrogatur, nisi quae quoque lege vel quo ali iure specialiter huic delicto imposita est*⁸¹². Os catedráticos espanhóis destacam que a interpretação deste dispositivo não é clara e, igualmente, podem ser invocados outros dispositivos da época em que se admitia a analogia e as acusações

⁸⁰⁵ LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros. **Direito Penal Constitucional**: A imposição dos princípios constitucionais penais. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 97.

⁸⁰⁶ BRANDÃO, Claudio. **Introdução ao direito penal**: análise do sistema penal à luz do princípio da legalidade. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 41.

⁸⁰⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Op. cit.*, p.10.

⁸⁰⁸ BUSATO, Paulo César. **Fundamentos...**, p. 145-146.

⁸⁰⁹ BUSATO, Paulo César. **Fundamentos...**, p. 146.

⁸¹⁰ BUSATO, Paulo César. **Fundamentos...**, p. 146. GOMES, Luiz Flávio; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA. Antonio. **Direito Penal**: Parte Geral. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 33-34; BATISTA, Nilo. *Op. cit.*, p. 65-66.

⁸¹¹ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. tradução de Torrieri Guimaraes. São Paulo: Martin Claret, 2005, p. 107.

⁸¹² MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. **Derecho Penal**: Parte General. 2. Ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996, p. 88.

extraordinárias (*crimina extraordinária*)⁸¹³. No mesmo sentido, Maurício Antonio Ribeiro Lopes destaca que o dispositivo “se existiu, não teve, porém, mais do que efêmera existência”⁸¹⁴, dando destaque ao extenso uso da *crimina extraordinária*. Comenta, ainda, que durante certo período o Direito Romano possuiu a previsão dos delitos e das penas, mas que isso jamais constituiu uma garantia abstrata e permanente⁸¹⁵.

Ademais, Muñoz Conde e García Arán informam que o princípio da legalidade não existiu no antigo Direito Germânico, uma vez que este sistema se regia fundamentalmente pelos costumes⁸¹⁶. Ribeiro Lopes destaca que o mesmo se deu na França, com uma indiscutível arbitrariedade dos juízes e do rei⁸¹⁷.

Certa parcela da doutrina vincula a origem do princípio à *Magna Charta libertatum* inglesa, de 1215⁸¹⁸, porém, tal afirmação não pode ser aceita, haja vista que as limitações contidas na Magna Carta tratavam de circunstâncias jurisdicionais e não propriamente de produção legislativa na esfera penal⁸¹⁹.

Indiscutivelmente, pode-se atribuir a origem do princípio à sedimentação da teoria do contrato social, expressão direta do pensamento iluminista⁸²⁰. Nesse sentido, Muñoz Conde e García Arán afirmam que a verdadeira fonte originária corresponde ao momento histórico em que o povo deixa de ser instrumento e sujeito passivo do poder absoluto do monarca para adotar um lugar de controle e participação do poder, exigindo garantias para tanto⁸²¹.

Assim, foi em 1813 que o princípio ganha, pelas mãos de Feuerbach, seu famoso enunciado: *nullum crimen nulla poena sine praevia lege*⁸²², isto é, o

⁸¹³ MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Op. cit.*, p. 88.

⁸¹⁴ LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. **Princípio da Legalidade Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 38.

⁸¹⁵ LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Op. cit.*, p. 38.

⁸¹⁶ MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Op. cit.*, p. 88.

⁸¹⁷ LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Op. cit.*, p. 38.

⁸¹⁸ Por todos, TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 21.

⁸¹⁹ BUSATO, Paulo César. **Direito Penal...**, p. 31-32; BATISTA, Nilo. *Op. cit.*, p. 65-66.

⁸²⁰ MEROLLI, Guilherme. **Fundamentos Críticos de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 270. Acerca da evolução histórico-filosófica, BACH, Marion. **Leis Penais em Branco e Princípio da Legalidade Penal: Análise à luz da sociedade contemporânea**. 2012. 187. Dissertação (Mestrado em Direito de Estado) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, Paraná, p. 15-34.

⁸²¹ MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Op. cit.*, p. 88; MUÑOZ CONDE, **Introducción al Derecho Penal**. 2. ed. 1. reimpressão. Montevideo-Buenos Aires: Editorial BdeF, 2003, p. 139.

⁸²² LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003, p. 20.

“fundamento da aplicação da pena só pode ser a lei”⁸²³. Destarte, verifica-se que o princípio da legalidade é uma garantia individual de que “nenhum fato poderá ser considerado crime e nenhuma pena poderá ser aplicada sem que haja anterior previsão em lei”⁸²⁴.

Sob a formalização do enunciado “*nullum crimen*”, explica Nilo Batista que não existe na obra de Feuerbach a fórmula ampla “*“nullum crimen nulla poena sine lege”*”; nelas se encontra, sim, uma articulação das fórmulas “*nulla poena sine lege*”, “*nullum crimen sine poena legali*” e “*nulla poena (legalis) sine crimine*”⁸²⁵. Tal observação é verificada na obra do próprio Feuerbach ao tratar das garantias que derivam do princípio da legalidade:

I) Toda imposição de pena pressupõe uma lei penal (*nulla poena sine lege*). Por isso, somente a cominação legal do mal pela lei é o que fundamenta o conceito e a possibilidade jurídica de uma pena; II) a imposição de uma pena está condicionada à existência da ação cominada (*nulla poena sine crimine*). Conseqüentemente, é mediante a lei que se vincula a pena ao fato, como pressuposto juridicamente necessário; III) o fato legalmente cominado (o pressuposto legal) está condicionado pela pena legal (*nullum crimen sine poena legali*). Assim, o mal, como conseqüência jurídica necessária, vincular-se-á, mediante a lei, a uma lesão determinada⁸²⁶.

Outrossim, constata-se a vinculação do princípio da legalidade à própria origem do constitucionalismo (Declaração de Direitos da Virgínia – 1776; Constituição norte-americana – 1787; Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão – 1789)⁸²⁷. Os textos constitucionais brasileiros também trouxeram em seus conteúdos este princípio. A Constituição Política do Império do Brasil, de 1824, tem seu art. 179, inc. XI mesclava este princípio com os princípios do juiz natural e do devido processo legal⁸²⁸. Este dispositivo seria trazido, com ligeiras modificações, pelas constituições de 1891 (art. 72, § 15); 1934 (art. 113, item 26) e 1946 (art. 141, § 27)⁸²⁹. Já as constituições de 1937 (art. 122, item 13) e 1967 (art. 151, § 16) vinculavam a legalidade apenas à delimitação temporal.

⁸²³ GALVÃO, Fernando. *Op. cit.*, p. 131.

⁸²⁴ GALVÃO, Fernando. *Op. cit.*, p. 131.

⁸²⁵ BATISTA, Nilo. *Op. cit.*, p. 66.

⁸²⁶ FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. **Tratado de Derecho Penal**. 14. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2007, p. 55.

⁸²⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Op. cit.*, p. 202.

⁸²⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Op. cit.*, p. 202.

⁸²⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Op. cit.*, p. 202.

A Constituição Federal de 1988 adotou expressamente este corolário do Direito Penal em seu artigo 5º, inciso XXXIX. Do mesmo modo, o Código Penal traz em seu artigo 1º, este mesmo princípio.

Muñoz Conde e García Aran destacam que o princípio da legalidade possui um claro fundamento político e razões puramente jurídicas que o fundamentam. Enquanto fundamento político, tem-se como produto do espírito liberal que criou o Estado liberal de Direito⁸³⁰. Deste modo, seu objetivo fundamental será o de garantir os direitos e liberdades fundamentais das pessoas, pois, afirmam os autores, a “melhor maneira de protegê-los é concretizá-los e formulá-los em leis, e castigar com penas suas lesões ou violações”⁸³¹. Por outro lado, juridicamente, o princípio se fundamenta na “garantia dos cidadãos frente ao poder punitivo estatal”⁸³² em todos os estágios em que ele seja exercido. Tal garantia se expressa em quatro circunstâncias⁸³³: a) garantia criminal; b) garantia penal; c) garantia jurisdicional; e, d) garantia de execução.

A garantia criminal está vinculada à delimitação do que seja crime pela previsão legal⁸³⁴. A garantia penal limita a aplicação das penas fixadas pela lei⁸³⁵. A garantia jurisdicional prevê que só poderá ser executada a sanção que tiver sido imposta por uma sentença final condenatória expedida pelo juízo competente⁸³⁶. Por fim, a garantia de execução expressa a delimitação das sanções serem executadas nos moldes previstos em lei sob o controle da autoridade competente⁸³⁷.

Para Diego-Manuel Luzón Peña este princípio se expressa como uma garantia formal, porém com repercussões materiais, resumidas na tríplice exigência da lei ser prévia, escrita e certa⁸³⁸. Além disso, afirma que o princípio “tem um evidente fundamento político-constitucional, proveniente da ideologia liberal do Iluminismo e de sua teoria da divisão dos poderes, e se concebe como uma garantia de liberdade, certeza e segurança jurídica do cidadão”⁸³⁹. Luzón Peña afirma ainda

⁸³⁰ MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Op. cit.*, p. 90.

⁸³¹ MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Op. cit.*, p. 91.

⁸³² MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Op. cit.*, p. 93.

⁸³³ Paulo César Busato chama essas circunstâncias de garantias individuais (BUSATO, Paulo César. **Direito Penal...**, p. 36-42).

⁸³⁴ MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Op. cit.*, p. 93.

⁸³⁵ MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Op. cit.*, p. 93.

⁸³⁶ MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Op. cit.*, p. 93-94.

⁸³⁷ MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Op. cit.*, p. 94.

⁸³⁸ LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. **Curso de Drecho Penal**: Parte General, vol. I. Madrid: Editorial Universitatis, 1996, p. 81.

⁸³⁹ LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Op. cit.*, p. 81.

que este princípio se amolda às exigências do Estado democrático, pois deverá ser o Poder Legislativo, enquanto representantes do povo, a única instância legitimada para decidir sobre as questões de criação ou agravação da responsabilidade penal⁸⁴⁰.

Acerca desta garantia formal, Marion Bach explica que ela se expressa como a imposição da *reserva absoluta*, segundo a qual somente lei oriunda do Poder Legislativo pode instituir conteúdo incriminador, devendo se submeter ao processo regular de produção normativa em âmbito federal, haja vista a delimitação de competência contida no artigo 22, I, da Constituição Federal⁸⁴¹. Esta mesma colocação é realizada por Paulo César Busato sob a nomenclatura de “significado e alcance político do princípio da legalidade”⁸⁴². Para este autor, há, ainda, o “significado e alcance técnico do princípio da legalidade”, segundo o qual o princípio da legalidade constitui a garantia mais valiosa do indivíduo perante o Estado, constituindo-se como a “Magna Carta do cidadão”⁸⁴³.

Na mesma toada, Santiago Mir Puig entende que o princípio da legalidade em seu status atual é derivado da teoria do contrato social, a qual pressupõe uma organização política baseada na divisão de poderes, sendo a lei objeto de competência exclusiva dos representantes do povo. Por tal motivo, também defende que o princípio da legalidade representa não apenas uma exigência de segurança jurídica, mas também uma garantia política do cidadão frente ao Estado⁸⁴⁴.

Mir Puig também se posiciona favorável às garantias já mencionadas por Muñoz Conde e García Arán (criminal, penal, jurisdicional e de execução)⁸⁴⁵. Além dessas quatro garantias, afirma que o princípio da legalidade impõe certos requisitos (exigências) à norma jurídica que oferece às quatro garantias mencionadas. Estes requisitos são identificados pelo autor como tríplice exigência, posto que são derivadas do próprio axioma latino *nullum crimen*, quais sejam: *lex praevia*, *lex scripta* e *lex stricta*⁸⁴⁶, ou seja, a lei penal deve ser prévia, escrita e estrita.

Essa tríplice exigência está prevista, também, na doutrina de Francesco Palazzo como os três corolários do princípio da legalidade: reserva legal, princípio

⁸⁴⁰ LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Op. cit.*, p. 81.

⁸⁴¹ BACH, Marion. *Op. cit.*, p. 35-39.

⁸⁴² BUSATO, Paulo César. **Direito Penal**..., p. 33-36.

⁸⁴³ BUSATO, Paulo César. **Direito Penal**..., p. 36-38.

⁸⁴⁴ MIR PUIG, Santiago. **Derecho Penal**: Parte General. 7. ed. Barcelona: Editorial Reppertor, 2006, p. 115.

⁸⁴⁵ MIR PUIG, Santiago. *Op. cit.*, p. 116.

⁸⁴⁶ MIR PUIG, Santiago. *Op. cit.*, p. 116.

da taxatividade-determinação e da irretroatividade da lei penal⁸⁴⁷. No Brasil, destaca-se que Luiz Luisi seguiu a mesma identificação de Palazzo.⁸⁴⁸

Na formulação do princípio, verifica-se que tanto a exigência tríplice de Mir Puig, quanto os três corolários de Palazzo e Luisi resultam como institutos delimitadores do poder punitivo estatal que, por sua vez, convertem-se em quatro conseqüências, as quais são trazidas na forma de proibições: a) proibição da analogia; b) proibição do uso do Direito consuetudinário para fundamentar e agravar a pena; c) proibição da retroatividade da lei penal, e; d) proibição de leis penais e penas incertas⁸⁴⁹.

A *proibição da analogia (nullum crimen nulla poena sine lege stricta)* incide sobre a forma de se completar o conteúdo do tipo penal. A analogia “é uma forma de preenchimento de lacuna por autointegração, pois a partir de um comportamento regulado estende-se a outro não regulado, a regra disciplinadora do primeiro ao segundo, em virtude de serem juridicamente similares”⁸⁵⁰. Assim, a analogia consiste no uso de um procedimento lógico para a atribuição em um caso que não possui dispositivo legal a regra prevista para um caso semelhante⁸⁵¹. Obviamente, se o Direito Penal possui como fonte exclusiva para a incriminação a lei então não poderá sucumbir ao uso da analogia, pois estar-se-ia convertendo em uma arma típica de regimes totalitários, tais quais os regimes nazista e soviético⁸⁵².

Essa afirmação parece de todo suficiente ao problema da analogia, mas não o é. Como bem assinala Miguel Reale, a analogia “atende ao princípio de que o Direito é um sistema de fins”⁸⁵³. Evidentemente, por ser um sistema de fins, a analogia é algo implícito ao Direito. Acerca deste raciocínio, Norberto Bobbio afirma que a analogia consiste no mais típico e importante dos procedimentos interpretativos de um determinado sistema normativo⁸⁵⁴. Explica o jusfilósofo italiano que a analogia consiste no “procedimento mediante o qual se manifesta a chamada

⁸⁴⁷ PALAZZO, Francesco Carlo. **Valores constitucionais e Direito Penal**. tradução de Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 1989, p. 43-52.

⁸⁴⁸ LUISI, Luiz. *Op. cit.*, p. 17-30.

⁸⁴⁹ ROXIN, Claus. **Derecho Penal...**, p. 140. No mesmo sentido, GALVÃO, Fernando. *Op. cit.*, p. 133-136; SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal...**, p. 20.

⁸⁵⁰ REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições de Direito Penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2009, p. 91.

⁸⁵¹ BATISTA, Nilo. *Op. cit.*, p. 74.

⁸⁵² Sobre o assunto: REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições...**, p. 92 BATISTA, Nilo. *Op. cit.*, p. 75-76.

⁸⁵³ REALE, Miguel. **Lições...**, p. 296.

⁸⁵⁴ BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral do Direito**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 303.

tendência de todo sistema jurídico a *expandir-se* para além dos casos expressamente regulados”⁸⁵⁵.

Esta necessidade de “expansão” do sistema aos casos não regulados tende a cumprir o ideário de segurança jurídica incipiente ao ordenamento jurídico, isto é, o Direito não é construído para um único caso. A norma é idealizada para uma infinitude de situações fáticas. Desta forma, concorda-se com Winfried Hassemer, para quem a aplicação do Direito é um procedimento analógico⁸⁵⁶. Para Hassemer, “uma norma jurídica de modo algum pode ser compreendida sem levar em consideração o seu sentido, a *tertium comparationis*, que une e torna comparáveis os casos uns aos outros”⁸⁵⁷. Assim, o próprio procedimento de aplicação da norma por intermédio da subsunção nada mais é que um processo analógico. Por tal razão, afirma Arthur Kaufmann que o “problema da proibição da analogia é um problema *no seio do analógico*”⁸⁵⁸.

Explica Kaufmann que a criação da lei aborda um “processo de equiparação entre a ideia de direito e as possíveis futuras situações de vida”⁸⁵⁹. Por sua vez, a aplicação, chamada por ele de determinação, do Direito consiste em um “processo de equiparação entre a norma legal e a situação de facto real”⁸⁶⁰. Logo, a funcionalidade do Direito exige uma correspondência entre o dever ser (norma) e o ser (situação fática concreta). Sobre isso, afirma Kaufmann que

Tal equiparação, tal assimilação, tal *estabalecer a correspondência* entre o dever e o ser presuppõe todavia que haja um *tertium* no qual a ideia ou norma e a situação da vida coincidam, um *mediador entre dever e ser*. Precisamos de algo que represente simultaneamente o particular e o geral, o facto e a norma, de um *universale in re*, um dever no ser.

Este *tertium*, este mediador do processo de feitura da lei e de determinação do direito é o “sentido” no qual a ideia de direito ou norma legal e a situação da vida devem ser idênticas para que assim possa ser postas em correspondência recíproca (identidade da relação de sentido). Este “sentido”, esta “*ratio iuris*” (que todavia não se encontra apenas no Direito, mas também nas concretas situações de vida) é o que também se designa por “natureza das coisas” é contudo amplamente plurissignificativa). A “*ratio iuris*” é o *topos* em que se encontram ser e dever, é o lugar metódico da ligação (“*cortrespondência*”) entre realidade e valor. A inferência partindo da situação de facto para a norma ou da norma para a situação de facto é, por

⁸⁵⁵ BOBBIO, Norberto. **Teoria...**, p. 303.

⁸⁵⁶ HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do Direito Penal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005, p. 357.

⁸⁵⁷ HASSEMER, Winfried. **Introdução...**, p. 357.

⁸⁵⁸ KAUFMANN, Arthur. **Filosofia do Direito**. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2010, p. 186.

⁸⁵⁹ KAUFMANN, Arthur. *Op. cit.*, p. 187.

⁸⁶⁰ KAUFMANN, Arthur. *Op. cit.*, p. 187.

isso, sempre uma inferência por meio da “ratio iuris”. Ela é a pedra angular da inferência analógica, é o fundamento do processo analógico tanto de feitura da lei como de determinação do direito. Pois ela é a mediação entre justiça material e justiça normativa, de que trata todo o conhecimento jurídico⁸⁶¹.

Contudo, tal afirmação não remonta na aceitação da aplicação da analogia ao Direito Penal. A proibição trazida pelo princípio da legalidade não é algo que vede a aplicação da norma correta ao caso contido em sua previsão típica. A proibição está contida na “diferença entre a interpretação extensiva autorizada e a analogia proibida”⁸⁶².

Bobbio, ao tratar da distinção entre os dois institutos, afirma que a analogia corresponde “ao procedimento com que se extrai uma nova regra para um caso imprevisto não a partir da regra que se refere a um caso singular (...), mas a partir de todo o sistema ou de uma parte dele”⁸⁶³. Em outras palavras, a analogia tem como efeito a criação de uma “nova” norma jurídica. De outra banda, afirma que a interpretação extensiva consiste na “extensão de uma norma a casos não previstos por ela”⁸⁶⁴. Assim, na interpretação extensiva ocorre uma ampliação do conteúdo da norma já existente⁸⁶⁵. Deste modo, a distinção entre os dois institutos perpassa por uma diferença de maior e menor gradação na amplitude do processo integrativo da norma⁸⁶⁶.

Essa amplitude de gradação da norma está adstrita ao seu *sentido*, isto é, sua *ratio iuris*. Sob essa óptica, Hassemer explica que a analogia aborda um caso em que a situação candidata à incidência da norma é negativa, enquanto que na interpretação extensiva, a situação candidata é positiva. Desta forma, conclui que a “analogia é a transferência da norma a um outro âmbito, enquanto que a interpretação (extensiva) é somente a “ampliação” da norma até o final do seu próprio âmbito”⁸⁶⁷.

Em conclusão, Arthur Kaufmann defende que o princípio da legalidade não pode vedar uma estrita proibição da analogia, pois, se assim o fosse, o delito deveria ser definido na lei por conceitos unívocos e acabados, situação esta que é contrária

⁸⁶¹ KAUFMANN, Arthur. *Op. cit.*, p. 187-188.

⁸⁶² HASSEMER, Winfried. **Introdução**..., p. 356.

⁸⁶³ BOBBIO, Noberto. **Teoria**..., p. 306.

⁸⁶⁴ BOBBIO, Noberto. **Teoria**..., p. 306.

⁸⁶⁵ REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições**..., p. 87.

⁸⁶⁶ REALE, Miguel. **Lições**..., p. 298.

⁸⁶⁷ HASSEMER, Winfried. **Introdução**..., p. 356.

à própria funcionalidade geral do sistema⁸⁶⁸. Solucionando o problema, afirma que a “analogia no direito penal encontra os seus limites no tipo de ilícito subjacente à previsão legal”⁸⁶⁹.

Demonstrando a aplicabilidade doutrinária referenciada, verifica-se, com Miguel Reale Júnior, a emblemática questão do reconhecimento da causa de aumento no crime de roubo pelo emprego de arma, quando o agente se vale de uma arma de brinquedo⁸⁷⁰. Segundo o autor, o sentido (*iuris ratio*) da expressão “arma” não compreende a “não arma”, esta é a “arma de brinquedo”, a qual não possui a potencialidade de ferir que é própria da “arma”⁸⁷¹. Logo, reconhecer a incidência da causa especial de aumento implica no uso da analogia e não de interpretação extensiva, pois a arma de brinquedo é uma situação subjacente à previsão legal, ou seja, o sentido da norma não abarca a situação fática concreta (*tertium*).

Essa problemática foi discutida no Superior Tribunal de Justiça quando da revogação da Súmula 174, a qual se pronunciava a favor da aplicação da causa de aumento. Em julgado datado de 24 de outubro de 2011, a Terceira Turma do egrégio tribunal cancelou a súmula, pois entendeu que a preservação do entendimento demonstrava a violação do princípio da legalidade⁸⁷².

Na seara do Direito Penal Econômico existe um precedente importante do STF sobre o assunto. No julgamento do Habeas Corpus 94.404/SP discutiu-se a aplicabilidade da expressão “organização criminosa” no ordenamento jurídico brasileiro. A tese apresentada pela acusação era a de que o grupo de pessoas deveria responder com as limitações trazidas pela Lei nº 9.034/95 e pelo Decreto nº 5.015/2004 (ratificação da Convenção de Palermo de combate ao Crime Organizado Transnacional), dentre as quais figurava a proibição de recorrer em liberdade e a custódia cautelar do acusado. Entendeu o STF que tais implicações agrediam as garantias processuais do réu, motivo pelo qual concedeu a liberdade ao acusado.

No entanto, verifica-se que a discussão do caso também permeia o problema da definição de “organização criminosa”, a qual, à época, não detinha

⁸⁶⁸ KAUFMANN, Arthur. *Op. cit.*, p. 191.

⁸⁶⁹ KAUFMANN, Arthur. *Op. cit.*, p. 191. No mesmo sentido, HASSEMER, Winfried. *Op. cit.*, p. 358-359.

⁸⁷⁰ REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições...*, p. 93.

⁸⁷¹ REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições...*, p. 94.

⁸⁷² STJ, REsp 213054/SP, Rel. Ministro José Arnaldo da Fonseca, Terceira Seção, julgado em 24/10/2002, DJ 11/11/2002, p. 148.

conceituação em norma penal⁸⁷³, consistindo em expressão vaga com mescla e confusão perante o crime de quadrilha ou bando (art. 288, CP). Nesse sentido, Luciano Feldens expôs que a definição de “organização criminosa” trazida pelo Decreto 5.015/2004 não detinha uma correta técnica legislativa, pois se valia de uma conceituação negativa⁸⁷⁴. Expõe Feldens que a inexistência de um conceito no ordenamento jurídico interno causava insegurança e má aplicabilidade do termo, motivo pelo qual indica que se deveria partir do “cotejo do conceito com outros parâmetros normativos já existentes que lhe sirvam de referência (positiva ou negativa)”⁸⁷⁵. No mesmo sentido, Renato de Mello Jorge Silveira⁸⁷⁶ e Heloisa Estellita⁸⁷⁷ afirmam que a Convenção de Palermo apresenta apenas diretrizes gerais e não

Assim, pretendendo apresentar um sentido possível à expressão “organização criminosa”, defende que ela não deve estar vinculada aos delitos de quadrilha ou bando (art. 288 do CP) ou de associação para o tráfico de entorpecentes (art. 35 da Lei nº 11.343/2006)⁸⁷⁸. Afinal, não há entre esses diplomas nenhuma razão de identificação, ou seja, não há neles um vínculo de sentido (*ratio iuris*).

Desta forma, a tentativa de mesclar o conceito de “organização criminosa” prevista na Convenção de Palermo com os dois tipos mencionados se configura como a incidência da norma a um ilícito subjacente à previsão típica. Conseqüentemente, ter-se-ia a “criação” de uma norma para aplicabilidade concreta, situação que viola o princípio da legalidade de forma abrupta⁸⁷⁹.

É justamente para combater esse tipo de situação que a proibição ora referenciada existe. Pois, a ampliação de um conceito normativo não pode se dar de forma desmedida, mas tão somente quando entre as normas existir uma razão (sentido) comum. Neste caso, a expressão “organização criminosa” não quer inibir

⁸⁷³ Sobre a ausência de lei nacional definindo organização criminosa: DOTTI, René Ariel; SCANDELARI, Gustavo Britta. Ausência do tipo penal de organização criminosa na legislação brasileira. *In: Revista Ciências Penais*, ano 7, n. 13. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul.-dez./2010, p. 336-337.

⁸⁷⁴ FELDENS, Luciano. Organizações criminosas como critério determinante de competência jurisdicional: problemas à vista. *In: Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 14, n. 170, p. 13-14, jan. 2007.

⁸⁷⁵ FELDENS, Luciano. Organizações..., p. 14.

⁸⁷⁶ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Organização e associação criminosa..., p. 168.

⁸⁷⁷ ESTELLITA, Heloisa. **Criminalidade de empresa, quadrilha ou bando e organização criminosa**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 83.

⁸⁷⁸ FELDENS, Luciano. Organizações..., p. 14.

⁸⁷⁹ Nesse sentido, ESTELLITA, Heloísa. **Criminalidade**..., p. 85; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Organização e associação criminosa..., p. 168.

apenas a união de pessoas para o cometimento de crimes ou então tráfico de drogas. Ela exsurge como reprimenda da facilitação à criminalidade organizada transnacional. Em outras palavras, a razão (sentido) desta é distinta da razão daquelas, motivo pelo qual não se pode tentar combinar as previsões, sob o risco de se estar utilizando a analogia em prejuízo dos réus.

Essa situação foi corrigida com o advento da Lei nº Lei 12.850/2013, que entrou em vigor dia 19 de setembro de 2013. Nesta nova lei, há a diferenciação dos institutos da organização criminosa para a quadrilha ou bando, evitando-se uma justaposição de coisas distintas⁸⁸⁰.

No entanto, ainda que a nova lei preveja a diferenciação entre os dois tipos penais, exsurtem inúmeros problemas no pertinente à aplicação destes dispositivos na prática judicial. Afinal, é sabido que, em processos com imputação de delitos empresariais, o Ministério Público denuncia, simultaneamente, os réus pela prática do delito de formação de quadrilha ou bando. No entanto, a prática de delitos no âmbito empresarial não implica na imediata consumação do delito associativo, pois bastaria pensar em uma empresa que é constituída de forma regular e detém em seu contrato social o exercício de um objeto lícito, mas que em determinado momento pratica um delito tributário⁸⁸¹. A consumação deste delito não serve, por si só, como critério para a imputação do delito de associação, ainda que haja a reiteração de condutas. Afinal, como bem defendem Heloisa Estellita e Luís Greco, para que haja a consumação de um delito associativo, é imprescindível a demonstração do desvalor autônomo suficientemente verificado pela ilegalidade que caracteriza a organização e associação criminosa⁸⁸². Esse pode ser comprovado

⁸⁸⁰ Nos termos da nova lei, a organização é definida, no artigo 1º, § 1º, como “a associação e 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional”. Já o delito de quadrilha ou bando, agora intitulado “associação criminosa” – modificação realizada no artigo 288 do Código Penal pelo artigo 24 da referida lei – é prevista como a associação de “3 (três) ou mais pessoas, para o fim específico de cometer crimes”. Nesse sentido, tem-se o estudo comparativo traçado por Luiz Flávio Gomes e Alice Bianchini: GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice. *Criminalidade Econômica Organizada*. In: OLIVEIRA, William Terra de; LEITE NETO, Pedro Ferreira; ESSADO, Tiago Cintra; SAAD-DINIZ, Eduardo. **Direito penal econômico: Estudos em homenagem aos 75 anos do Professor Klaus Tiedmann**. São Paulo: LiberArs, 2013, p. 175-189.

⁸⁸¹ Nesse sentido FELDENS, Luciano. A criminalização da atividade empresarial no Brasil: entre conceitos e preconceitos. In: BOTTINO, Thiago; MALAN, Diogo (coord.). **Direito penal e economia**. Rio de Janeiro: Elsevier: FGV, 2012, p. 105-107.

⁸⁸² ESTELLITA, Heloisa; GRECO, Luís. Empresa, quadrilha (Art. 288 do CP) e organização criminosa: uma análise sob a luz do bem jurídico tutelado. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, ano 19, n. 91. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul.-ago./2011, p. 404-406.

pelo teste proposto pelos autores, consistente na indagação e subtrair os demais delitos e analisar se a mera associação das pessoas envolvidas já deteria conteúdo de desvalor suficiente para justificar uma sanção penal. Em caso de resposta positiva, se está diante de um delito associativo⁸⁸³.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Inquérito 2.786⁸⁸⁴, já se manifestou favorável ao entendimento de que a prática de crimes econômicos em atividade empresarial não configura, de forma automática, a consumação do delito ou associativo. Anteriormente a este julgamento, o Ministro Cezar Peluso já havia se posicionado favorável ao entendimento ora apresentado em seu voto no HC 84.223/RS⁸⁸⁵. Todavia, neste julgado, o STF entendeu, por maioria de votos, pelo reconhecimento do delito associativo, justificando tal postura na averiguação de provas, conforme se depreende da ementa do julgado⁸⁸⁶. Essa contradição entre os dois julgados comprova o alerta de Flavio Antônio da Cruz ao afirmar que “a legalidade é um mito útil, porquanto – ainda que haja leis melhores que outras, menos ambíguas que outras – o fato é que a linguagem é polissêmica; juízes aplicam mais analogia do que supõem e não há como congelar o sentido de símbolos e signos”⁸⁸⁷. Desta forma, verifica-se que a vedação da analogia também se vincula aos elementos da taxatividade da norma, conforme se verá adiante.

Por outro lado, atenta-se que a proibição trazida pelo princípio incide apenas no uso da analogia em prejuízo do réu, sendo permitido o seu uso em benefício deste. Um exemplo clássico do uso da analogia em benefício do réu é verificável nos dispositivos do artigo 181 do Código Penal, ao estender a excludente de punibilidade prevista para o cônjuge ao convivente, haja vista estar diante de um mesmo “sentido”, o qual possibilita a autointegração normativa⁸⁸⁸.

⁸⁸³ ESTELLITA, Heloisa; GRECO, Luís. *Op. cit.*, p. 405.

⁸⁸⁴ STF – Inq 2786, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 17/02/2011, DJe-107 DIVULG 03-06-2011 PUBLIC 06-06-2011 EMENT VOL-02537-01 PP-00001.

⁸⁸⁵ STF – HC: 84.223/RS, Relator: Min. EROS GRAU, Data de Julgamento: 03/06/2008, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-200 DIVULG 22-10-2009 PUBLIC 23-10-2009 EMENT VOL-02379-04 PP-00714.

⁸⁸⁶ “HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. FORMAÇÃO DE QUADRILHA. INÉPCIA DA DENÚNCIA. INOCORRÊNCIA. Tendo o Ministério Público demonstrado indícios suficientes de que os pacientes integravam organização criminosa com o objetivo de praticar crimes contra a ordem tributária, não é inepta a acusação pelo crime de formação de quadrilha. Ordem denegada”.

⁸⁸⁷ CRUZ, Flavio Antônio da. Provocações sobre a interpretação das fontes do Direito Penal Econômico: Entre a relatividade hermenêutica e o dogma constitucional da taxatividade. *In*: FRANCO, Alberto Silva; LIRA, Rafael (coord.). **Direito Penal Econômico**: Questões atuais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 76.

⁸⁸⁸ REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições...**, p. 94-96.

Além da vedação à analogia, o princípio da legalidade determina que somente a lei escrita pode criar crimes e penas, nesse caso, “o fato de que a responsabilidade penal não pode ser fundamentada ou agravada pelo direito consuetudinário é uma consequência óbvia da regra que prevê que a responsabilidade criminal só pode ser determinada legalmente”⁸⁸⁹. Desta consideração decorre a *Proibição do uso do Direito Consuetudinário para fundamentar e agravar a pena (nullum crimen nulla poena sine lege scripta)*.

Roxin afirma que há uma grande dificuldade de regras costumeiras se tornarem escritas e isto as torna inseguras, motivo pelo qual não se poderia admitir o uso dos costumes para fundamentar ou agravar a pena⁸⁹⁰.

Contudo, verifica-se que a costume pode gerar a criminalização de condutas, desde que se reconheça a lesão a algum bem jurídico fundamental (isto é, de natureza penal) à sociedade. Tal afirmação não implica no reconhecimento de um crime sem sua previsão normativa. O que se está a defender é que a construção social pode gerar o conteúdo material do tipo incriminador. Exemplo irrefutável dessa afirmação são as novas incriminações na seara empresarial, ou então o longo histórico de incriminação de condutas fraudulentas nos processos de falência⁸⁹¹.

Especificamente sob esta temática, verifica-se que o costume já foi utilizado como meio de coerção econômica por intermédio de sanções penais na antiguidade. Tem-se um bom exemplo no antigo Egito, onde era possível o penhor do cadáver do devedor até o pagamento da dívida, para evitar que fosse realizado o culto fúnebre da mumificação, a qual era costume de indiscutível importância àquele povo⁸⁹².

Conforme explica Tércio Sampaio Ferraz Junior, o simples uso (hábito) não se confunde com a obrigação jurídica imposta (costume). O costume surge quando ocorre a formação de seus dois elementos (objetivo e subjetivo ou substancial e relacional): uso/hábito continuado e a convicção da obrigatoriedade. As meras condutas cotidianas como acender a luz numa sala escura ou então fazer um número certo de refeições não são costumes, são meros hábitos⁸⁹³.

⁸⁸⁹ ROXIN, Claus. **Derecho...**, p. 140.

⁸⁹⁰ ROXIN, Claus. **Derecho...**, p. 159-10

⁸⁹¹ Sobre o assunto: DAVID, Décio Franco; ZAMBIAZI, Larissa Horn. Ofensividade, Bem jurídico e Conteúdo Material da imputação. In: BUSATO, Paulo César. **Teoria do Delito**. Curitiba: Juruá, 2012, p. 75-76; BATISTA, Nilo. **Lições de Direito Penal Falimentar**. Rio de Janeiro: Revan, 2006, p. 29-44.

⁸⁹² REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Falimentar**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1976, p. 6 e ss

⁸⁹³ FERRAZ JUNIOR, Tércio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 206-211.

No mesmo sentido, Falcón y Tella explica que para se reconhecer o conteúdo normativo do costume, exige-se a verificação de três requisitos: a) o *usus*; b) a *opinio iuris seu necessitatis*; e, c) a racionalidade⁸⁹⁴.

O *usus* corresponde ao elemento material externo do costume, consistente na “repetição de atos externos, uniforme, generalizados, duradouros e de previsível continuidade”⁸⁹⁵. A *opinio iuris seu necessitatis* é o elemento espiritual do costume, ou seja, consiste na consideração de que o *usus* é um costume jurídico, ou seja, uma norma⁸⁹⁶. O requisito da racionalidade corresponde ao costume não ser contrário à moral ou a ordem pública⁸⁹⁷.

Diante dos elementos apresentados por Ferraz Júnior e Falcón y Tella apura-se que não é qualquer hábito social que corresponderá a um instituto material que fundamentará a construção de uma norma de caráter penal, mas apenas aquelas situações que se enraizarem no conteúdo valorativo essencial de determinada sociedade. Sobre o assunto, afirma Miguel Reale, ao comentar o momento da aplicação da regra penal, que

só há crime quando um *fato* (que pode ser um *ato* situado como acontecimento delimitado em uma certa relação espaciotemporal) é lesivo de um bem jurídico, segundo os *valôres* vigentes em dado ciclo histórico, e é considerado axiologicamente negativo (*antijuridicidade* como dimensão axiológica objetiva do fato) e, como tal reprovável e punível segundo a norma determinadora das razões e limites de culpabilidade⁸⁹⁸.

Negando o costume como fonte substancial de nomogênese, Nilo Batista afirma que “o princípio da legalidade proíbe a intervenção dos costumes apenas – porém incondicional e totalizantemente – no que concerne à criação (definição ou agravamento) de crimes e penas”⁸⁹⁹. Ao mesmo tempo, reconhece que a formação da adequação social da conduta (tanto como caráter consuetudinário, quanto como princípio de interpretação – assim, aludindo ao entendimento completo de Welzel) está indissolúvelmente ligada aos costumes⁹⁰⁰.

Eis que a relação entre “o costume e o direito penal começam por dizer respeito ao sistema de fontes, e ao alcance a conferir ao princípio da reserva de lei

⁸⁹⁴ FALCÓN Y TELLA, María José. *Op. cit.*, p. 107.

⁸⁹⁵ FALCÓN Y TELLA, María José. *Op. cit.*, p. 107.

⁸⁹⁶ FALCÓN Y TELLA, María José. *Op. cit.*, p. 107.

⁸⁹⁷ FALCÓN Y TELLA, María José. *Op. cit.*, p. 108.

⁸⁹⁸ REALE, Miguel. *Preliminares...*, p. 158-159.

⁸⁹⁹ BATISTA, Nilo. **Introdução...**, p. 71.

⁹⁰⁰ BATISTA, Nilo. **Introdução...**, p. 71.

em matéria penal⁹⁰¹. Assim, o ponto crucial da relação do costume com o Direito Penal está na aplicabilidade do tipo penal frente à adequação social da conduta.

A adequação social surge no Direito Penal pelos estudos de Hans Welzel, com o “claro objetivo de indagar a efetiva dimensão do tipo penal”⁹⁰². Posteriormente, Welzel constata que é na antijuridicidade da conduta que reside a adequabilidade social⁹⁰³, tendo, novamente, após críticas de Hirsch, retornado à tese inicial de que a adequação social é um instrumento de verificação da tipicidade⁹⁰⁴. Já para as teorias funcionalistas, a adequação social incide em um momento pré-típico, constituindo situações “em que a análise não comporta nem mesmo a avaliação do risco, dentro de uma sede típica, justificando, pois a discussão anterior ao desenho típico”⁹⁰⁵.

Assim, tem-se que a adequação social é um instituto hermenêutico, porém não se constitui como princípio. Esta afirmativa é importante, diante do fato de que normalmente a doutrina afirma que a conduta da mãe que fura a orelha de sua filha ainda na maternidade não deve ser punida em razão do “princípio da adequação social”. Entretanto, o instituto da adequação social não se resume a tão diminuto problema. No pertinente a sua aplicação, há que se verificar a formação do reconhecimento de que determinada conduta se configure como algo socialmente adequado. Para Miguel Reale Júnior, é “o significado e a função da ação que a tornam socialmente adequada, pois o seu significado e a sua função podem ser considerados positivos e até mesmo necessários à vida social”⁹⁰⁶. Isso não significa que o costume sobre uma dada conduta implique, com o evoluir dos tempos, em sua descriminalização⁹⁰⁷. Sobre esse viés, Cezar Roberto Bitencourt faz uma importante constatação: “no caso do famigerado “jogo do bicho”, pode-se afastar sua aplicação

⁹⁰¹ FARIA, Maria Paula Bonifácio Ribeiro de. **A adequação social da conduta no Direito Penal: ou o valor dos sentidos sociais na interpretação da lei penal**. Porto: Publicações Universidade Católica, 2005, p. 795,

⁹⁰² SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Fundamentos da Adequação Social em Direito Penal**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 116.

⁹⁰³ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Fundamentos...**, p. 131.

⁹⁰⁴ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Fundamentos...**, p. 144-146.

⁹⁰⁵ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Fundamentos...**, p. 402.

⁹⁰⁶ REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições...**, p. 151. Para este autor, a adequação social se encaixa como uma excludente supralegal de antijuridicidade, isso porque defende ser a antijuridicidade o cerne do tipo, isto é seu elemento signifiicante. Logo, “o valor positivo da ação elimina o desvalor do resultado, até porque busca-se, no final, um resultado também reconhecido como socialmente positivo” (REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições...**, p. 151.

⁹⁰⁷ Sobre o problema da conduta criminoso ser um costume, ainda que todos refutem, mas o aceitem, vide: DAVID, Décio Franco; CAMBI, Eduardo Augusto Salomão. A legitimidade do Direito Penal para combater a corrupção. *In: Revista dos Tribunais*, ano 101, v. 924. São Paulo: Revista dos Tribunais, out./2012, p. 269-274.

em relação ao “apontador”, por política criminal, mantendo-se a norma plenamente válida para punir o “banqueiro”, cuja ação e resultados desvaliosos merecem a censura jurídica⁹⁰⁸.

Sobre o assunto, afirma Maria Paula Bonifácio Ribeiro de Faria que “ao costume apenas poderá (se puder) ser assinalada eficácia como fonte de direito no âmbito do direito penal onde se trate de integrar a incriminação nas suas margens ou fronteiras de significado⁹⁰⁹. O uso do costume fora dessa margem, “onde se trate de decidir do fundamento normativo, (...) não será possível, uma vez que se põem em causa princípios básicos de segurança e certezas jurídicas – a própria garantia dos cidadãos – e o cumprimento de uma função de prevenção geral⁹¹⁰”.

Ainda que o costume possa ser entendido como elemento fático indutor de uma criação normativa, verifica-se que o costume por si só não servirá para derogar uma lei. Ao se verificar a adequação social, se está discutindo a incidência típica da norma sobre uma conduta isolada. Não se estende a ela uma regra geral de *desuetudine*.

Corroborando o exposto, relembra-se a previsão do artigo 2º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, o qual prevê que “a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue”. Esse é o atual entendimento jurisprudencial pátrio para a permanência da incriminação do delito de manutenção de casa de prostituição (art. 229, CP), conforme afirmações da ministra Carmen Lúcia no julgamento do Habeas Corpus 104.467/RS⁹¹¹.

Na esfera do Direito Penal Econômico se verifica a mesma situação no pertinente ao delito de violação de direitos autorais (art. 184, CP). Em julgamento sobre o comércio de CD’s piratas, afirmou a Ministra Maria Thereza de Assis Moura que esse delito deve ser analisado sob o viés social. A Ministra comenta a condescendência estatal deste delito, materializada pela abertura dos “Shoppings populares” que seriam destinados à comercialização de produtos populares, mas

⁹⁰⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Op. cit.*, p. 18-19.

⁹⁰⁹ FARIA. Maria Paula Bonifácio Ribeiro de. *Op. cit.*, p. 804-805.

⁹¹⁰ FARIA. Maria Paula Bonifácio Ribeiro de. *Op. cit.*, p. 805.

⁹¹¹ “Nos termos do art. 2º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (com alteração da Lei n. 12.376/2010), “não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue”.12.3763. Mesmo que a conduta imputada aos Pacientes fizesse parte dos costumes ou fosse socialmente aceita, isso não seria suficiente para revogar a lei penal em vigor (HC 104467 RS , Relator: Min. CÁRMEN LÚCIA, Data de Julgamento: 08/02/2011, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-044 DIVULG 04-03-2011 PUBLIC 09-03-2011 EMENT VOL-02477-01 PP-00057)

que, sabidamente, não passam de uma grande feira de produtos “pirateados”, comercializados em plena luz do dia e com o conhecimento do Estado”⁹¹².

Assim, mesmo que a atividade seja “tolerada pela esmagadora parcela da população, consumidora assídua dos produtos, até em razão do poder de compra reduzido, que não lhes permite adquirir o produto original”⁹¹³, entendeu a Ministra que tal aspecto não autoriza e justifica a prática proibida.

Idêntico é o entendimento do Supremo Tribunal Federal. Ao julgar o Habeas Corpus nº 98.898/SP, no qual também se discutia a incriminação da venda de CD’s piratas, o Ministro Ricardo Lewandowski afirmou que “não ilide a incidência da norma incriminadora a circunstância de que a sociedade alegadamente aceita e até estimula a prática do delito ao adquirir os produtos objeto originados de contrafação”⁹¹⁴. Destacou, ainda, que “não se pode considerar socialmente tolerável uma conduta que causa enormes prejuízos ao Fisco pela burla do pagamento de impostos, à indústria fonográfica nacional e aos comerciantes regularmente estabelecidos”⁹¹⁵.

Outro importante julgado sobre o assunto foi proferido pelo STJ quando da análise da necessidade de punição do popularmente difundido “jogo do bicho”. O Ministro Adhemar Maciel asseverou na condenação de um acusado da prática desta contravenção penal que

o sistema jurídico brasileiro não admite possa uma lei parecer pelo desuso, porquanto, assentado no princípio da supremacia da lei escrita (fonte principal do direito), sua obrigatoriedade só termina com sua revogação por outra lei. noutros termos, significa que não pode ter existência jurídica o costume “contra legem”⁹¹⁶.

Concordando com a jurisprudência, apresenta-se o entendimento de Guilherme de Souza Nucci, para quem “o costume não serve para criar ou revogar

⁹¹² STJ, Recurso Especial nº 1.193.196/MG, Relator: Ministra Maria Thereza De Assis Moura, Data de Julgamento: 26/09/2012, S3 – Terceira Seção

⁹¹³ STJ, Recurso Especial nº 1.193.196/MG, Relator: Ministra Maria Thereza De Assis Moura, Data de Julgamento: 26/09/2012, S3 – Terceira Seção

⁹¹⁴ STF – HC 98898 SP, Relator: Min. Ricardo Lewandowski, Data de Julgamento: 20/04/2010, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-091 Divulg 20-05-2010 Public 21-05-2010 Ement Vol-02402-04 PP-00778.

⁹¹⁵ STF – HC 98898 SP, Relator: Min. Ricardo Lewandowski, Data de Julgamento: 20/04/2010, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-091 Divulg 20-05-2010 Public 21-05-2010 Ement Vol-02402-04 PP-00778.

⁹¹⁶ STJ REsp nº 30705 SP 1992/0033143-2, Relator: Ministro Adhemar Maciel, Data de Julgamento: 14/03/1995, T6 – Sexta Turma, Data de Publicação: DJ 03/04/1995 p. 8150 RJDTACSP vol. 29 p. 480 RT vol. 715 p. 539.

lei penal, a despeito de servir para o processo de interpretação⁹¹⁷. Para Nucci, o costume serve apenas como interpretação normativa. Em que pese tal entendimento, verifica-se ele ser contrário à própria construção do Direito. É evidente que o ordenamento jurídico precisa corresponder aos valores de uma determinada sociedade, sob o risco de estar em desarmonia com a própria sociedade que tenta controlar. Nesse passo, afirmar que o costume não pode ser uma fonte do conteúdo material do injusto, o qual se converterá em crime com a criação da lei, é contrariar a própria ideia de sistema inerente ao Direito.

Com relação à derrogação da lei por um costume, verifica-se adequada tal imposição, pois para afastar a tipicidade, o costume insurge-se na análise do caso como elemento configurador da adequação social, mas não como derogador da lei.

A proibição trazida pelo princípio da legalidade, insurge-se sob a criação de normas sem o devido processo de nomogênese. Além disso, a relevância penal do bem jurídico só pode ser atribuída em meio aos anseios sociais de determinado período histórico, motivo pelo qual o costume por si só não “cria” uma lei penal, mas serve para a averiguação da fundamentação material do injusto.

Reconhecendo a admissão relativa do costume em matéria penal, René Ariel Dotti comenta que o costume “constitui o conteúdo de muitas normas incriminadoras, a exemplo do que ocorre com os chamados *elementos normativos do tipo*”⁹¹⁸, dentre os quais elenca, exemplificativamente, as expressões “ato obsceno”, “repouso noturno”, etc⁹¹⁹.

Além destas duas vedações, tem-se, ainda, a *proibição da retroatividade da lei penal (nullum crimen nulla poena sine lege praevia)*, a qual está contida na própria concepção expressa do princípio da legalidade, pois o adjetivo *praevia*, acima assinalado, representa o que há de mais seguro na estruturação de tipos criminais, configurando-se, no dizer de Claus Roxin, “uma exigência irrenunciável do Estado de Direito”⁹²⁰. Em outras palavras, é a “função histórica do princípio da legalidade, que surgiu exatamente para reagir contra lei *ex post facto*”⁹²¹.

Segundo Luiz Luisi, as constituições dos Estados modernos, desde a Declaração Francesa dos Direitos do Homem, consagram expressamente a

⁹¹⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**: Parte Geral: Parte Especial. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 98.

⁹¹⁸ DOTTI, René Ariel. *Op. cit.*, p. 305.

⁹¹⁹ DOTTI, René Ariel. *Op. cit.*, p. 305.

⁹²⁰ ROXIN, Claus. **Derecho**..., p. 161.

⁹²¹ BATISTA, Nilo. **Introdução**..., p. 69.

irretroatividade⁹²². Destaca que a antiga União Soviética e a China não contemplavam a proibição da retroatividade, situação que se modificou com a reforma do CP chinês em 1980 e a extinção da URSS⁹²³.

O ordenamento jurídico brasileiro também já infringiu a presente proibição ao tratar dos crimes contra a segurança externa por meio do Decreto-Lei nº 4.766/1942 que permitiu a retroatividade da lei penal à data da ruptura das relações diplomáticas com as “Potências do Eixo”⁹²⁴.

Atualmente, reconhece-se que a proibição da retroatividade da lei penal detém uma “permanente atualidade político-jurídica pelo fato de todo legislador poder cair na tentação de introduzir ou agravar *a posteriori* as previsões de pena sob a impressão de fatos especialmente escandalosos”⁹²⁵, ou, então, para “aplacar estados de alarme e excitação politicamente indesejados”⁹²⁶.

Ademais, a proibição expressa a “exigência da atualidade da lei, impondo que a mesma, como princípio, só alcança os fatos cometidos depois do início de sua vigência, não incidindo sobre os fatos anteriores”⁹²⁷. Logo, “tudo que se refira ao crime (...) e tudo que se refira à pena (...) não pode retroagir em detrimento do acusado”⁹²⁸.

Do mesmo modo que a analogia, permite-se a retroatividade da lei quando for favorável ao réu. A própria Constituição Federal prevê tal possibilidade em seu artigo 5º, inciso XL⁹²⁹. Em igual sentido, o Código Penal em seu artigo 2º, Parágrafo único, prevê a retroatividade da lei mais benéfica. Este mesmo dispositivo, consagra em seu *caput* que “Ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória”. Assim, verifica-se a previsão da aplicação imediata da *abolitio criminis*, ainda que já transitada em julgado a sentença. Tal circunstância foi instituída pela reforma da Parte Geral do Código Penal em 1984, constituindo-se como uma imposição e não mera faculdade sujeita à discricionariedade do magistrado. Afinal, se “uma norma posterior deixa de considerar o fato criminoso ou

⁹²² LUISI, Luiz. *Op. cit.*, p. 26.

⁹²³ LUISI, Luiz. *Op. cit.*, p. 27.

⁹²⁴ LUISI, Luiz. *Op. cit.*, p. 27.

⁹²⁵ ROXIN, Claus. **Derecho...**, p. 161.

⁹²⁶ ROXIN, Claus. **Derecho...**, p. 161.

⁹²⁷ LUISI, Luiz. *Op. cit.*, p. 26.

⁹²⁸ BATISTA, Nilo. **Introdução...**, p. 69.

⁹²⁹ “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”.

lhe reduz a pena, há formal reconhecimento de que o juízo de valor anterior era inadequado”⁹³⁰.

Na alçada do Direito Penal Econômico, verificou-se a aplicação da retroatividade em benefício do acusado quando da entrada em vigor da portaria nº 75/2012 do Ministério da Fazenda que modificou os valores para inscrição da Dívida Ativa da União e os valores para ajuizamento de Executivos Fiscais. Esta portaria será melhor analisada adiante, quando da exposição acerca do princípio da intervenção mínima e da aplicabilidade da insignificância.

Além do efeito da retroatividade em favor do Réu, verifica-se em algumas situações a ultra-atividade da norma, que ocorre quando a lei já foi revogada por outra legislação posterior, mas se insurge sob as condutas praticadas sob sua vigência.

Isso ocorre especificamente nos casos de *novatio legis in pejus*. Em tais situações, a lei nova “traz disposição mais gravosa para o réu, quer seja recortando exigências para a incriminação, quer seja recrudescendo a pena aplicada ou mesmo a forma de sua execução”⁹³¹. De acordo com Busato, nesses casos “aplica-se a proibição da retroatividade, já que a lei nova vem em prejuízo do réu. Os crimes até o advento da lei não receberão os tratamentos mais gravosos previstos nela”⁹³².

No campo do Direito Penal Econômico ocorreu tal fenômeno quando da modificação das penas para o crime de apropriação indébita previdenciária. Inicialmente, a conduta era punida pelo art. 2º, inciso II, da Lei 8.137/90 com uma pena de detenção de seis meses a dois anos e multa. Ocorre que no ano seguinte, entrou em vigor a Lei nº 8.212/91, a qual trazia em seu artigo 95, *d* e § 1º a punição da mesma conduta com a pena de reclusão de dois a cinco anos e multa. Em suma, verifica-se que a lei posterior possui sanção mais grave que a anterior, motivo pelo qual mantém-se os efeitos da primeira para as condutas praticadas sob sua vigência. Posteriormente, a conduta em análise sofreu nova mudança normativa. O crime de apropriação indébita foi inserido no Código Penal pela Lei nº 9983/2000, com a inclusão do art. 168-A. Todavia, nessa última alteração manteve-se a pena de reclusão de dois a cinco anos e multa.

⁹³⁰ GALVÃO, Fernando. *Op. cit.*, p. 133.

⁹³¹ BUSATO, Paulo César. **Fundamentos...**, p. 128.

⁹³² BUSATO, Paulo César. **Fundamentos...**, p. 128.

A situação ora narrada foi objeto de análise pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Habeas Corpus nº 76.978/RS de relatoria do Ministro Maurício Corrêa, oportunidade em que se reconheceu a ultra-atividade da *Lex mitior*⁹³³.

O princípio da legalidade impõe, ainda, a obrigação da norma ser determinada, isto é, taxativa. A esta obrigação atribui-se o título de *Proibição de Leis Penais e Penas Incertas (nullum crimen lunna poena sine lege certa)*. Tal imposição direciona-se ao legislador, “vetando ao mesmo a elaboração de tipos penais com a utilização de expressões ambíguas, equívocas e vagas de modo a ensejar diferentes e mesmo contrastantes entendimentos”⁹³⁴. Evidentemente que a melhor das redações é suscetível de interpretações distintas, por isso, reconhece-se que o princípio da legalidade “impõe ao legislador não precisões e exatidões, impossíveis para o ser humano, mas rigor de linguagem pelos instrumentos de técnica legislativa”⁹³⁵, no intuito de construir dicções unívocas e também de evitar o uso desmedido da analogia.

Eis que se torna importante que a “descrição da matéria proibida e de todos os outros requisitos de que dependa em concreto uma punição seja levada até um ponto em que se tornem objectivamente determináveis os comportamentos proibidos e sancionados”⁹³⁶. Por conta dessa previsão objetiva e determinada, a conduta do cidadão se torna objetivamente motivável e dirigível⁹³⁷.

Winfried Hassemer destaca que a *lex certa* é a “esperança natural de qualquer legislador de que com o seu pronunciamento conseguirá impor determinados efeitos dentro de uma comunidade jurídica”⁹³⁸.

Enrique Bacigalupo afirma que a taxatividade tem por objetivo a redução do subjetivismo dos tribunais nas decisões casuísticas⁹³⁹. Esta ponderação é de extrema relevância para preservação de um sistema penal garantista adequado ao modelo democrático de Estado.

Além disso, a proibição trazida pela taxatividade obriga a determinação dos elementos da conduta pela previsão normativa no intuito de manter a punibilidade da

⁹³³ STF – HC 76978, Relator: Min. Maurício Corrêa, Segunda Turma, julgado em 29/09/1998, DJ 19-02-1999 PP-00027 Ement Vol-01939-01 PP-00060.

⁹³⁴ LUISI, Luiz. *Op. cit.*, p. 24.

⁹³⁵ LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros. *Op. cit.*, p. 101.

⁹³⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal**: Parte Geral, tomo I. São Paulo: Revista dos Tribunais, Coimbra Editora, 2007, p. 186.

⁹³⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Op. cit.*, p. 186.

⁹³⁸ HASSEMER, Winfried. **Introdução**..., p. 335.

⁹³⁹ BACIGALUPO, Enrique. **Direito Penal**: Parte geral. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 109.

conduta no próprio fato, pois, caso a dicção normativa não seja determinada e clara, será o juiz quem deverá fixar o que a conduta estaria ferindo, ou seja, construir, por intermédio de sua decisão, o injusto⁹⁴⁰.

Por tal razão, Mariângela Gama de Magalhães Gomes assevera que a taxatividade é “expressão de um “pacto social” entre Estado e cidadãos, na medida em que o primeiro se compromete a realizar a correta formulação dos preceitos penais, e os cidadãos comprometem-se a conhecê-los”⁹⁴¹. Acerca das formulações legais, Winfried Hassemer destaca a importância da exigência gramatical da lei, haja vista que as leis são construções de linguagem que vinculam a atuação dos magistrados ao julgar uma pessoa⁹⁴².

A taxatividade não incide somente sobre a previsão típica da conduta, mas também sobre sua pena. Isso porque não há razão para o Direito Penal tratar duas condutas semelhantes ou idênticas com penas demasiadamente discrepantes. Igualmente, não há justificativa para punir alguém que não pudesse compreender o conteúdo da desobediência normativa⁹⁴³. Notadamente sobre a incapacidade de compreender o conteúdo normativo, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais absolveu um comerciante ambulante de CD’s piratas por entender que a expressão contida no art. 184 “violar direitos autorais” “é extremamente vaga, razão pela qual não é exigível que um simples vendedor ambulante, dedicado ao comércio de CDs piratas, entenda a ilicitude de sua conduta”⁹⁴⁴.

No pertinente ao Direito Penal Econômico, é verificável a dificuldade de superar a tecnicidade inerente a determinadas expressões utilizadas na elaboração da norma penal. Nesse sentido, Flavio Antônio da Cruz afirma que se os jargões técnicos forem compreendidos a partir de um eventual senso comum, poder-se-á resultar na ampliação ou redução da repressão penal⁹⁴⁵, motivo pelo qual defende

⁹⁴⁰ ROXIN, Claus. **Derecho...**, p. 141.

⁹⁴¹ GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **Direito Penal e Interpretação Jurisprudencial: Do princípio da legalidade às Súmulas Vinculantes**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 16.

⁹⁴² HASSEMER, Winfried. **Crítica al Derecho Penal de Hoy**. 2. ed. Buenos Aires: Ad Hoc, 2003, p. 24.

⁹⁴³ GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *Op. cit.*, p. 14.

⁹⁴⁴ TJMG, Ap. 1.0000.00.353210-8/000, 3ª Cam., j. 18.5.2004, rel Des. Erony da Silva, *DOMG* 3.9.2004.

⁹⁴⁵ CRUZ, Flavio Antônio da. *Op. cit.*, p. 123. Afirma o autor que “Conceitos como tributo (art. 1º da Lei 8.137), divisas (art. 22 da Lei 7.492), informação relevante (art. 27-D da Lei 6.385), animais exóticos (art. 32 da Lei 9.605), cetáceos (art. 1.º da Lei 7.643) são denotações específicas, em muitos casos veiculando um conceito técnico compartilhado por determinados setores profissionais. Em outras palavras: muitas prestações que, vulgarmente, as pessoas possam denominar de tributo (p. ex., um preço público) a rigor não se enquadram no conceito do art. 3.º do CTN. Cheques emitidos

que “o juiz deve pesquisar o conteúdo denotativo das expressões técnicas, respeitando o sentido compartilhado culturalmente no âmbito das outras ciências (economia, direito tributário, física, biologia etc.)”⁹⁴⁶. Em suma, tal problema incide nos aspectos que permitem que uma pessoa compreenda o termo legal para então cumprir com as determinações normativas.

Não obstante este problema da determinabilidade da pessoa frente à norma, a taxatividade também repulsa a descrição exageradamente genérica. Nesse sentido, Alberto Jorge Correia de Barros Lima afirma que “se não é possível exigir uma descrição casuística de cada conduta incriminada, não se pode admitir a utilização de cláusulas genéricas”⁹⁴⁷. Defende este autor que o legislador “está obrigado não só a classificar as características diferenciais que são decisivas para circunscrever os tipos penais, senão também destacá-las com o emprego de conceitos específicos gerais”⁹⁴⁸.

Especificamente sobre a taxatividade, ganha espaço a problemática das normas penais abertas que, segundo René Ariel Dotti, são “aquelas normas incriminadoras que não indicam a conduta proibida a qual somente é identificada em função dos elementos exteriores ao tipo”⁹⁴⁹ e, de acordo com o penalista paranaense, seriam hipóteses de tais normas os crimes culposos, os crimes comissivos por omissão e os crimes cujo preceito se refere à ilicitude com o emprego de expressões ou vocábulos específicos, tais como “sem justa causa”, “sem consentimento de quem de direito”, etc.⁹⁵⁰.

O Direito Penal Econômico sofre o problema das incriminações abertas, ele é detentor da norma de maior imprecisão de todo o ordenamento penal pátrio. O artigo 4º da Lei nº 7.492/1986 prevê como crime a prática de “gerir fraudulentamente instituição financeira”, atribuindo à conduta uma pena de reclusão de três a doze anos e multa. No *caput* deste artigo não afloram maiores problemas à delimitação dos elementos do tipo, uma vez que a expressão “fraudulentamente” está atrelada

em solo brasileiro, tendo como sacado banco nacional, não são divisas; mas há quem assim os considere. A expressão *informação relevante* é alvo de um conjunto de orientações técnicas promovidas pelo CADE. Em todos esses âmbitos, enfim, soa cogitável um distanciamento entre a percepção coletiva daquela expressão lingüística e o seu uso técnico; basta recordar que, para várias pessoas, sustentar que um juiz é incompetente significa tão somente que o magistrado é inapto ou indolente (olvidando do conceito processual do termo)” (CRUZ, Flavio Antônio da. *Op. cit.*, p. 124).

⁹⁴⁶ CRUZ, Flavio Antônio da. *Op. cit.*, p. 129.

⁹⁴⁷ LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros. *Op. cit.*, p. 101.

⁹⁴⁸ LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros. *Op. cit.*, p. 101.

⁹⁴⁹ DOTTI, René Ariel. *Op. cit.*, p. 131.

⁹⁵⁰ DOTTI, René Ariel. *Op. cit.*, p. 131.

às práticas por meio de fraude, conceito já delimitado pelo ordenamento penal. A problemática principal converge sobre o parágrafo deste artigo, o qual pune a gestão “temerária” e atribui a ela uma pena de reclusão de dois a oito anos e multa. Porém, a expressão “temerária” é demasiadamente aberta admitindo as mais diversas interpretações.

Além disso, verifica-se que as atividades econômicas de empresas de grande porte, como o são as instituições financeiras, são sempre realizadas levando-se em consideração os riscos inerentes a elas. Logo, uma punição por meio deste tipo abrangeria toda a atividade de risco que não obtivesse o lucro esperado, mas como trataria a mesma atividade se ela obtivesse o lucro almejado? Certamente, não seria com uma sanção penal⁹⁵¹. Por tal razão, este tipo merece uma reestruturação a fim de evitar esse tratamento diferenciado para condutas idênticas.

Ademais, uma lei indeterminada ou imprecisa “não pode proteger o cidadão da arbitrariedade, porque não implica uma autolimitação do *ius puniendi* estatal a que se possa recorrer”⁹⁵². Além disso, tal lei se mostraria “contrária ao princípio da divisão dos poderes, porque permite a juiz fazer qualquer interpretação que queira e invadir, com isso, o campo do Legislativo”⁹⁵³. Direcionando tal perspectiva ao destinatário da lei, verifica-se que um texto indeterminado não permite ao indivíduo reconhecer o que se está querendo proibir⁹⁵⁴, assim como não seria possível compreender a consequência (pena) de seu descumprimento. Isso acabaria com uma capacidade que é própria do homem: a responsabilidade de se autodeterminar em face da vontade estatal⁹⁵⁵.

Por fim, no referente à taxatividade, tem se destacado na atualidade as questões inerentes às chamadas normas penais em branco. De acordo com Santiago Mir Puig,

⁹⁵¹ Nesse sentido ganha espaço o debate acerca da adequação econômica da conduta, proposta por Ivan Luiz da Silva a qual defende que determinadas condutas ilícitas não merecem punição, desde que realizadas com eficiência e em prol do progresso e do desenvolvimento econômico nacional (SILVA, Ivan Luiz da. *Op. cit.*, p. 285-307 e SILVA, Ivan Luiz da. Teoria da adequação econômica da conduta no Direito Penal Econômico. *In: Ciências Penais*, ano 9, n. 17. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul.-dez./2012, p. 241-283).

⁹⁵² ROXIN, Claus. *Derecho...*, p. 169.

⁹⁵³ ROXIN, Claus. *Derecho...*, p. 169.

⁹⁵⁴ ROXIN, Claus. *Derecho...*, p. 169.

⁹⁵⁵ PALAZZO, Francesco. Carlo. *Op. cit.*, p. 51.

Fala-se de leis penais em branco para se referir a certos preceitos penais principais que, excepcionalmente, não expressam completamente os elementos específicos do preceito da norma secundária, remetendo a outros preceitos ou autoridade para que completem a determinação daqueles mesmos⁹⁵⁶.

Essa complementação essencial à norma penal em branco decorre de duas causas, uma consistente na flexibilidade e atualização da lei penal e a outra correspondente à exigência de conhecimento específico e aprofundado⁹⁵⁷. Nessas duas hipóteses verifica-se a necessidade de uma produção normativa mais célere, não podendo ficar o conteúdo no aguardo do demorado e burocrático mecanismo legislativo.

De acordo com Marion Bach, a produção da norma penal em branco deve estar delimitada aos preceitos do tipo e às sanções, nas estritas possibilidades já mencionadas (flexibilidade e atualização da lei penal e a segunda é a exigência de conhecimento específico e aprofundado)⁹⁵⁸.

No Direito Penal Econômico a norma penal em branco é usada amplamente, um exemplo simbólico do uso dessa modalidade normativa consiste no art. 1º, inciso I da Lei 8.176/91, a qual prevê como crime contra a ordem econômica as condutas de “adquirir, distribuir e revender derivados de petróleo, gás natural e suas frações recuperáveis, álcool etílico, hidratado carburante e demais combustíveis líquidos carburantes, em desacordo com as normas estabelecidas na forma da lei”. O tipo penal em comento transfere a averiguação da prática delituosa aos atos normativos da autoridade administrativa. No pertinente ao comércio de combustíveis, a Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP) é o órgão competente para regulamentar as normas incidentes sobre tais práticas comerciais. Desta forma, verifica-se que a norma penal era “preenchida” pela Portaria nº 248/2000 da ANP, a qual foi revogada pela Resolução ANP nº 09/2007⁹⁵⁹. Em situação idêntica, encontra-se o inciso II do artigo 1º da alusiva Lei 8.176/91.

Igualmente, podem ser citados os artigos 1º, II e 7º, II, ambos da Lei 8.137/90 e os artigos 7º, 10 e 11 da Lei 7.492/86, entre outros. Sobre tais normas incidem críticas de que haveria um desrespeito à legalidade penal, especificamente

⁹⁵⁶ MIR PUIG, Santiago. *Op. cit.*, p. 76.

⁹⁵⁷ BACH, Marion. *Op. cit.*, p. 77-85.

⁹⁵⁸ BACH, Marion. *Op. cit.*, p. 88.

⁹⁵⁹ Sobre a substituição de uma portaria pela outra e o complemento do conteúdo material do injusto penal, merece destaque o HC nº 150032/MG, que tramitou perante o STJ, sob a relatoria do Ministro Jorge Mussi (Quinta Turma, Data de Julgamento: 04/08/2011, Data de Publicação: DJ-e 29/08/2011).

no âmbito da determinação das competências dos poderes⁹⁶⁰. Sob tal circunstância, é imperiosa a crítica traçada por Paulo César Busato acerca do uso de normas penais em branco: “se é preciso aceitar a dinâmica das normas penais em branco, a necessidade do seu emprego deve revestir-se de outras garantias e sofrer a incidência de outros princípios limitadores, tais como recorrer a ela somente em *ultima ratio*”⁹⁶¹, bem como que a “interpretação que resulte da integração entre norma penal e norma administrativa se dê sempre sob o foco da proteção ao bem jurídico”⁹⁶².

Entretanto, nem toda remissão contida em norma penal a outro ordenamento, ainda que de cunho administrativo, constitui norma penal em branco. Conforme preleciona Alamiro Velludo Salvador Netto, “pululam na lei penal os casos de dependência de atos da administração, o que comumente se caracterizou como a “accessoriedade administrativa” em sentido estrito”⁹⁶³. Nos casos de accessoriedade, “os elementos normativos vivem em potencial, já que condicionam a ocorrência concreta do tipo penal a decisões específicas da administração”⁹⁶⁴, isto é, em tais casos, são as decisões da administração pública que condicionarão a existência ou não do delito, mas não, propriamente, um ato normativo. Exemplos desse tipo de normativa são encontrados em quase toda a Lei 9.605/98, que possui ao longo de seu texto expressões como “devida permissão”, “licença”, “autorização da autoridade competente”, etc. Acerca das diferentes modalidades de preenchimento do conteúdo normativo, Mauricio Alfredo Rettig Espinoza explica que existem quatro modalidades de normas penais⁹⁶⁵: a) tipos abertos⁹⁶⁶; b) cláusulas gerais⁹⁶⁷; c) emprego

⁹⁶⁰ ZINI, Júlio César Faria. Apontamentos sobre o Direito Penal Econômico e suas especificidades. *In: Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, n. 60. Belo Horizonte, jan.-jun./2012, p. 184 e ss.

⁹⁶¹ BUSATO, Paulo César. *Direito Penal...*, p. 182-183.

⁹⁶² BUSATO, Paulo César. *Direito Penal...*, p. 183.

⁹⁶³ SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. Tipicidade penal e princípio da legalidade: o dilema dos elementos normativos e a taxatividade. *In: Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 18, n. 85. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul.-ago./2010, p. 230.

⁹⁶⁴ SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Op. cit.*, p. 230.

⁹⁶⁵ RETTIG ESPINOZA, Mauricio Alfredo. El principio de legalidad em la reciente Reforma del Código Penal chileno. *In: Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 18, n. 85. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul.-ago./2010, p.184-186.

⁹⁶⁶ Definidos pelo autor como “aqueles em que a premissa fática não delimita claramente a conduta incriminada e a complementação é feita pelo juiz” (RETTIG ESPINOZA, Mauricio Alfredo. *Op. cit.*, p. 184).

⁹⁶⁷ São “formulas excessivamente amplas, globais ou extensivas, de modo que o tipo penal pode conter qualquer comportamento, não sendo possível determinar o que se quer regular dada a vagueza das expressões utilizadas” (RETTIG ESPINOZA, Mauricio Alfredo. *Op. cit.*, p. 185).

excessivo de elementos normativos⁹⁶⁸; e, d) normas penais em branco⁹⁶⁹. Segundo o autor chileno, tais situações merecem o título de “casos de indeterminação de premissa fática”. Em síntese, tais situações exigirão, cada qual em sua especificidade, o complemento de normas alheias ao Direito Penal.

Reforçando a preocupação sobre esse tema, a Associação Internacional de Direito Penal, em seu XIII Congresso Internacional, recomendou (itens 7 e 8) atenção ao trato da delimitação típica dos delitos econômicos, *ad litteram*:

7. No Direito Penal Econômico e da Empresa deveriam se evitar, no possível, as cláusulas gerais. Quando seja necessário o emprego de cláusulas gerais, estas deverão ser interpretadas restritivamente. As condutas proibidas devem ser descritas com precisão.

8. Em relação à descrição dos delitos, o emprego de técnicas de remissão a instâncias normativas fora do Direito Penal, para delimitar quais são as condutas que se incriminam, pode conduzir ao perigo de imprecisão e falta de clareza, assim como um excesso de delegação do poder legislativo à Administração Pública. A conduta ou o resultado proibidos devem estar especificados, no possível, no próprio preceito penal.

Assim, o comando proibitivo trazido pela taxatividade penal – de não serem utilizadas expressões vazias, incertas e até mesmo genéricas – exige atenção para que seus novos contornos não impliquem na lesão às garantias penais tradicionais.

3.2.2 Princípio da Humanidade

O Direito Penal, por ser *parte* de um *todo* sistema jurídico, deve respeitar os pressupostos basilares de formalização do Estado Democrático de Direito, neste caso, verifica-se que o um postulado de extrema importância seja o “respeito ao princípio da humanidade, que decorre do fato de ser o homem o fim de todas as considerações sociais”⁹⁷⁰. Esse é o motivo pelo qual Fernando Galvão afirma que o princípio da humanidade é o maior postulado político criminal do sistema⁹⁷¹.

⁹⁶⁸ São “casos em que se deixa livre à vontade do magistrado a determinação do tipo penal e a consequência do emprego excessivo de elementos de difícil precisão, como “pequenas quantidades” (RETTIG ESPINOZA, Mauricio Alfredo. *Op. cit.*, p. 186).

⁹⁶⁹ Correspondem àquelas “disposições em que a sanção é precisa, mas o preceito ao qual se associa esta consequência não está formulado além de uma proibição genérica, que deve ser definida por uma lei atual ou futura, por um regulamento, ou, inclusive, por uma ordem de autoridade” (RETTIG ESPINOZA, Mauricio Alfredo. *Op. cit.*, p. 186).

⁹⁷⁰ GALVÃO, Fernando. **Direito Penal**: Parte Geral. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 128.

⁹⁷¹ GALVÃO, Fernando. *Op. cit.*, p. 128.

Este princípio é deduzido da dignidade da pessoa humana a qual está prevista como fundamento do Estado Democrático de Direito – artigo 1º, inciso III da Constituição Federal.

Não sem razão, assevera Sérgio Salomão Shecaira que “o respeito incondicional pela dignidade do ser humano é idéia fundamental sem a qual não há Estado Democrático de Direito nem é possível falar em um direito penal afinado com os valores inerentes a esse Estado”⁹⁷².

Os preceitos da dignidade da pessoa humana devem estar aplicados ao direito como um valor próprio que identifica o ser humano como tal⁹⁷³. Segundo Ingo Wolfgang Sarlet, em razão dessa valoração implícita à existência humana, chegou-se a discutir a desnecessidade de definir juridicamente a dignidade da pessoa humana⁹⁷⁴; porém, o abandono de tal ideia possibilitaria a subversão da concepção de dignidade, posto que ainda que uma pessoa cometa a maior atrocidade à outra pessoa, sua dignidade não poderá ser lesada em razão de seus atos. Para Sarlet, a dignidade humana é simultaneamente “limite e tarefa dos poderes estatais e, no nosso sentir, da comunidade em geral, de todos e de cada um, condição dúplice esta que também aponta para uma paralela e conexa dimensão defensiva e prestacional da dignidade”⁹⁷⁵. Assim, pode-se definir a dignidade da pessoa humana como

a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto toda e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas pra uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos⁹⁷⁶.

⁹⁷² SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Prestação de serviços à comunidade**: Alternativa à pena privativa de liberdade. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 9.

⁹⁷³ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humano e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 39. No mesmo sentido: NALINI, José Renato. **Por quê filosofia?** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 101.

⁹⁷⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade...**, p. 42.

⁹⁷⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade...**, p. 47. No mesmo sentido: MOTTA, Márcio Pinheiro Dantas. **O princípio da dignidade como instrumento jurídico de inclusão social**. Ponta Grossa: Toda Palavra, 2011, p. 57-60.

⁹⁷⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade...**, p. 62.

No mesmo sentido, Giberto Giacoia afirma que o exercício do poder por parte do Estado não pode perder seu objetivo de promover a realização da pessoa humana enquanto ser individual⁹⁷⁷, integrante, simultaneamente, do todo social⁹⁷⁸. Isso se dá pelo fato de que, ao viver em sociedade, “os seres humanos se limitam inevitavelmente em suas liberdades, porquanto o poder de um encontra correspondência no igual poder dos outros que com ele convivem”⁹⁷⁹. Por esta razão, o poder estatal nunca poderá ser identificado à vontade de um único homem, devendo “emanar-se da coletividade para lhe assegurar as condições de vida e desenvolvimento”⁹⁸⁰.

Tais imposições que apresentam a dignidade humana como um limite e uma tarefa, fomentadora da autonomia da pessoa humana e de sua capacidade de autodeterminação, são resultado das ideias do iluminismo que culminaram no Estado de Direito⁹⁸¹.

A análise da dignidade possui relevância em razão do Brasil viver o “paradoxo de a Constituição agasalhar grandes princípios humanistas e garantias socioeconômicas, tornados, em parte, ineficazes pela realidade sociopolítica”⁹⁸², especialmente pela circunstância de que a dignidade da pessoa humana é “considerada o limite absoluto do conteúdo essencial dos direitos fundamentais”⁹⁸³.

Helena Regina Lobo da Costa explica que a dignidade da pessoa humana no Direito Penal aparece como fundamento jurídico, como postulado normativo e como princípio do Direito Penal. Como fundamento jurídico, entende-se que “o direito penal é, atualmente, antropologicamente fundado, devendo ter como centro de preocupação a pessoa e sua dignidade, que deve permear todos os seus âmbitos, preenchendo-os de conteúdo material”⁹⁸⁴. Em tal acepção, a dignidade da pessoa humana delimita a seleção de bens jurídicos individuais ou, quando

⁹⁷⁷ GIACOIA, Gilberto. Invasão da Intimidade. In: **Argumenta**, n. 1. Jacarezinho: Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro, 2001, p. 13.

⁹⁷⁸ GIACOIA, Gilberto. Justiça e Dignidade. In: **Argumenta**, n. 2. . Jacarezinho: Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro, 2002, p. 17.

⁹⁷⁹ GIACOIA, Gilberto. Invasão..., p. 13.

⁹⁸⁰ GIACOIA, Gilberto. Invasão..., p. 13.

⁹⁸¹ LUSI, Luiz. *Op. cit.*, p 46. De acordo com Giacoia, “O Estado Constitucional de Direito hodierno somente se concebe enquanto emanção de uma estrutura de poder a serviço da libertação do homem, nunca de sua dominação, compreendida no sentido de cerceamento aos direitos derivados de sua condição humana” (GIACOIA, Gilberto. Invasão..., p. 17).

⁹⁸² TORON, Alberto Zacharias. **Crimes Hediondos**: o mito da repressão penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 51.

⁹⁸³ NALINI, José Renato. *Op. cit.*, p. 101.

⁹⁸⁴ COSTA, Helena Regina Lobo. **A dignidade humana**: Teorias de prevenção geral positiva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 59.

coletivos, que somente sejam admitidos aqueles que detenham referibilidade à pessoa⁹⁸⁵.

Como postulado normativo, é um “critério material de interpretação de normas penais, tanto materiais quanto processuais. Seu campo de aplicação é delimitado por outros postulados, como, por exemplo, o da legalidade e a proibição da analogia na interpretação de tipos penais”⁹⁸⁶.

Por fim, como princípio, “a dignidade humana determina, diretamente, a adoção de certos comportamentos, tais como a absoluta proibição da tortura pelo sistema penal, além de constituir princípios de maior concretude, que intermedeiam sua aplicação”⁹⁸⁷, quais sejam: o princípio da culpabilidade e da humanidade das penas⁹⁸⁸. Afirma Helena Lobo que o princípio da culpabilidade é a mais forte expressão da dignidade humana no Direito Penal⁹⁸⁹. Diante de tal constatação, pode-se defender que o princípio da humanidade é equivalente à expressão principiológica da dignidade humana.

Assim, no presente momento, denota-se maior importância sobre a infundável discussão acerca da humanidade das penas, a qual “determina a proibição das penas cruéis ou de caráter perpétuo. Trata-se de princípio de grande relevância, já que a dignidade daqueles que não interessam ao Estado é sempre a que está mais ameaçada”⁹⁹⁰.

Destarte, do princípio da humanidade “deduz-se a proscrição das penas cruéis e de qualquer pena que desconsidere o homem como pessoa”⁹⁹¹. Nesse sentido, Juarez Cirino dos Santos bem anota que “o princípio da humanidade não se limita a proibir a abstrata cominação e aplicação de penas cruéis ao cidadão livre, mas proíbe também a concreta execução cruel de penas legais ao cidadão condenado”⁹⁹². Portanto, por meio deste princípio exsurge uma obrigação ao Estado de tratar “os indivíduos, sempre e sempre (isso incluía as situações em que figuram como suspeitos, réus e condenados), como pessoas – sujeitos de direitos – e nunca

⁹⁸⁵ COSTA, Helena Regina Lobo. **A dignidade...**, p. 60.

⁹⁸⁶ COSTA, Helena Regina Lobo. **A dignidade...**, p. 61.

⁹⁸⁷ COSTA, Helena Regina Lobo. **A dignidade...**, p. 62.

⁹⁸⁸ COSTA, Helena Regina Lobo. **A dignidade...**, p. 62.

⁹⁸⁹ COSTA, Helena Regina Lobo. **A dignidade...**, p. 63. Em razão de sua autonomia, o princípio da culpabilidade será analisado abaixo em tópico específico.

⁹⁹⁰ COSTA, Helena Regina Lobo. *Op. cit.*, p. 64.

⁹⁹¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal brasileiro**. v. 1: Parte Geral. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 157.

⁹⁹² SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal...**, p. 30.

como um simples objeto, disposto ao bel prazer do Estado e de seus agentes perniciosos”⁹⁹³.

Destaca-se que o princípio da humanidade é o substrato material para que não se estenda a punição sobre liberdades que não são atingidas pela sentença condenatória: apenas a liberdade de locomoção do indivíduo é afetada pela pena privativa de liberdade, devendo-se respeitar “a liberdade de pensamento, de crença de ensino e qualquer outra expressão da liberdade que não seja abrangida pela restrição à liberdade de locomoção”⁹⁹⁴.

Este princípio possui efeitos previstos em diversos textos normativos de conteúdo penal, especialmente na Constituição (art. 5º, XLVII⁹⁹⁵, XLIX⁹⁹⁶), no Código Penal (art. 38⁹⁹⁷), na Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/84, arts. 40⁹⁹⁸, 41⁹⁹⁹ e 43¹⁰⁰⁰) e no Estatuto do Índio (Lei 6.001/73, art. 57¹⁰⁰¹).

⁹⁹³ SMANIO, Gianpaolo Poggio; FABRETTI, Humberto Barrionuevo. **Introdução ao Direito Penal: Criminologia, princípios e cidadania.** São Paulo: Atlas, 2010, p. 182.

⁹⁹⁴ COSTA, Helena Regina Lobo da. *Op. cit.*, p. 65.

⁹⁹⁵ LVII – não haverá penas:

- a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;
- b) de caráter perpétuo;
- c) de trabalhos forçados;
- d) de banimento;
- e) cruéis;

⁹⁹⁶ XLIX – é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral;

⁹⁹⁷ Art. 38 – O preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade, impondo-se a todas as autoridades o respeito à sua integridade física e moral.

⁹⁹⁸ Art. 40 – Impõe-se a todas as autoridades o respeito à integridade física e moral dos condenados e dos presos provisórios.

⁹⁹⁹ Art. 41 - Constituem direitos do preso:

- I - alimentação suficiente e vestuário;
- II - atribuição de trabalho e sua remuneração;
- III - Previdência Social;
- IV - constituição de pecúlio;
- V - proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho, o descanso e a recreação;
- VI - exercício das atividades profissionais, intelectuais, artísticas e desportivas anteriores, desde que compatíveis com a execução da pena;
- VII - assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa;
- VIII - proteção contra qualquer forma de sensacionalismo;
- IX - entrevista pessoal e reservada com o advogado;
- X - visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados;
- XI - chamamento nominal;
- XII - igualdade de tratamento salvo quanto às exigências da individualização da pena;
- XIII - audiência especial com o diretor do estabelecimento;
- XIV - representação e petição a qualquer autoridade, em defesa de direito;
- XV - contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes.
- XVI – atestado de pena a cumprir, emitido anualmente, sob pena da responsabilidade da autoridade judiciária competente.

¹⁰⁰⁰ Art. 43 - É garantida a liberdade de contratar médico de confiança pessoal do internado ou do submetido a tratamento ambulatorial, por seus familiares ou dependentes, a fim de orientar e acompanhar o tratamento.

Assim, resta expresso no ordenamento jurídico brasileiro que uma pena não pode ser cruel em nenhuma hipótese, seja em sua perspectiva abstrata, seja diante de um caso concreto¹⁰⁰², motivo pelo qual se deve sempre “conciliar a tutela da segurança social com o respeito à pessoa humana”¹⁰⁰³. Quando isto não for possível, deve-se declarar a inconstitucionalidade da pena ou da norma em si, haja vista ser este princípio a válvula de controle da “inconstitucionalidade de qualquer pena ou consequência do delito que crie um impedimento físico permanente (morte, amputação, castração ou esterilização, intervenção neurológica, etc.)”¹⁰⁰⁴.

Este raciocínio é próprio da constatação de que “o cerne de nosso sistema valorativo é a pessoa humana. O Direito e o Estado existem para servir à pessoa humana”¹⁰⁰⁵. Em outras palavras, “o homem há de ser a medida primeira e última das coisas”¹⁰⁰⁶. Por conseguinte, verifica-se que a alteridade é indissociável do princípio da humanidade enquanto expressão da dignidade da pessoa humana¹⁰⁰⁷.

A relação de alteridade impõe a finalidade existencial do *eu* confirma-se no *outro*, a “relação ético-existencial de um “eu” concreto, de carne e osso, que precisamente, pela sua condição só pode ser se tiver o “outro”, cuidar do outro, cuidar de si cuidando o “outro” e cuidando este cuidar de si”¹⁰⁰⁸. O preceito do princípio da humanidade se assenta no reconhecimento da autonomia dos demais indivíduos da coletividade, pois

O *ser* só é em relação aos demais. Se não houver o *outro* para que haja a comunicação e a identificação do que se é, não haveria *ser*. Desta forma, pode-se dizer que o *ser* só se identifica enquanto sujeito porque contraposto em relação ao *outro*. E da mesma forma, só poderá dizer que é um *ser* único porque diferente em relação ao *outro*.

(...)

o *ser* só exhibe a sua diferença enquanto reconhecer nos *outros* a diferença com o próprio *ser*. Esta diferença, e respeito pela diferença dos ser-com-os-

¹⁰⁰¹ Art. 57. Será tolerada a aplicação, pelos grupos tribais, de acordo com as instituições próprias, de sanções penais ou disciplinares contra os seus membros, desde que não revistam caráter cruel ou infamante, proibida em qualquer caso a pena de morte.

¹⁰⁰² ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Op. cit.*, p. 157.

¹⁰⁰³ REALE JÚNIOR, Miguel. **Novos rumos do Sistema Criminal**. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 80.

¹⁰⁰⁴ “ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Op. cit.*, p. 157.

¹⁰⁰⁵ COSTA, Helena Regina Lobo da. **Proteção Penal Ambiental**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 5.

¹⁰⁰⁶ SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Prestação...**, p. 10. Sobre o assunto, Márcio Pinheiro Dantas Motta afirma que “consignar na Constituição da República em seu artigo 1º, III, que a dignidade da pessoa humana é verdadeiro fundamento do Estado brasileiro significa dizer que não é o homem que existe para o Estado, mas este para aquele”. (MOTTA, Márcio Pinheiro Dantas. *Op. cit.*, p. 58).

¹⁰⁰⁷ NALINI, José Renato. *Op. cit.*, p. 106.

¹⁰⁰⁸ COSTA, José de Faria. **Linhas de Direito Penal e de Filosofia: alguns cruzamentos reflexivos**. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 224.

outros, é que origina as proibições, como que uma exigência além da tolerância, mas como que uma exigência comunicacional da relação do ser-com-o-outro.¹⁰⁰⁹

Somente com o reconhecimento pleno da alteridade e do fato de ser o homem um fim em si mesmo que se pode exigir “do legislador – principalmente o penal – a preservação dessa dignidade humana, resguardando sua vida, sua honra, sua liberdade, seu direito de consciência e opinião”¹⁰¹⁰. Esta concepção de ser um “fim em si mesmo” ganhou maior concretude com o pensamento de Immanuel Kant¹⁰¹¹. Para Kant, a liberdade é o único direito original pertencente aos seres humanos justamente em virtude de sua humanidade¹⁰¹², motivo pelo qual os homens detêm “uma qualidade humana de ser o seu próprio senhor”¹⁰¹³. Assim, sob a óptica kantiana, a dignidade da pessoa humana “pode ser sintetizada em dois comandos: a não coisificação do homem, e sua autodeterminação”¹⁰¹⁴. Estes dois comandos devem imperar na esfera penal, evitando-se a prática de atos abusivos por parte do Estado.

Normalmente, tais argumentos são debruçados aos estigmas das penas privativas de liberdade e sobre a parcela que tradicionalmente é rotulada como delinquente. Contudo, um movimento às avessas parece querer aumentar a represália penal sobre os delitos econômicos por intermédio de manifestações ao arrepio do princípio da humanidade.

Na seara econômica é verificável nos atuais movimentos de combate à corrupção o incentivo à retirada do viés humanitário das sanções penais em prol de um fanatismo vingativo. A população fica à espreita de que algum magistrado, enrustido de paladino da justiça, cometa as maiores atrocidades sob o manto da “justiça”. Nesse contexto, foram apresentados nas últimas décadas nove projetos

¹⁰⁰⁹ SILVA, Eduardo Sanz de Oliveira e. Direito Penal preventivo e os crimes de perigo: uma apreciação dos critérios de prevenção enquanto antecipação do agir penal no Direito. *In*: COSTA, José de Faria (coord.). **Temas de Direito Penal Econômico**. Coimbra: Coimbra editora, 2005, p. 254.

¹⁰¹⁰ SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Prestação...**, p. 10.

¹⁰¹¹ ANDRADE, Guilherme Oliveira de. **O princípio da intervenção mínima e o direito penal de risco**. 2009. 196. Dissertação (Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania) – Centro Universitário Curitiba, Curitiba, Paraná, p. 169.

¹⁰¹² KANT, Immanuel. **A Metafísica dos Costumes**. 2. ed. Bauru: Edipro, 2008, p. 83.

¹⁰¹³ KANT, Immanuel. *Op. cit.*, p. 84.

¹⁰¹⁴ ANDRADE, Guilherme Oliveira de. *Op. cit.*, p. 169.

para aumentos desmedidos de penas e inserção da corrupção no rol dos crimes hediondos¹⁰¹⁵.

Igualmente, a já referida Lei 9.034/95 trazia em seu bojo inúmeras restrições às garantias processuais dos acusados, tornando-se verdadeiro instrumento de violência estatal legitimada. Por tal razão, é preciso compreender que a transgressão dos direitos fundamentais do réu não resulta apenas na abdicação casuística isolada, mas em um efeito dominó incontrolável. Na tentativa de frear o ímpeto da punição cega e desumana, o princípio da humanidade atua como verdadeiro estandarte do Estado Democrático de Direito.

3.2.3 Princípio da Ofensividade

O princípio da ofensividade se constitui na assertiva de que para que exista crime, é necessária a lesão ou o perigo de lesão a um determinado bem jurídico. Desta forma, ele constitui a “expressão político-ideológica de um Estado ‘pluralista, laico, inspirado em valores de tolerância, no qual todo o poder estadual emana do povo soberano, que reconhece no homem o valor da dignidade e um núcleo de direitos invioláveis’”¹⁰¹⁶. Disto, conclui-se que tal princípio possui receptividade constitucional, operando efeitos nos planos legislativo e hermenêutico¹⁰¹⁷.

Em razão desses efeitos, adotou-se no presente trabalho o termo “ofensividade” ao invés de “lesividade”. Segundo Renato Jorge de Mello Silveira, a lesividade expressa o fato de “como deve ser entendida a proteção ofertada”¹⁰¹⁸, enquanto que a ofensividade trata de uma “exclusiva proteção a bens jurídicos, mostrando-se informador do conteúdo material do tipo”¹⁰¹⁹.

¹⁰¹⁵ DAVID, Décio Franco; CAMBI, Eduardo. *Op. cit.*, p. 281-285.

¹⁰¹⁶ D’AVILA. Fabio Roberto. **Ofensividade e Crimes omissivos próprios**. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 48.

¹⁰¹⁷. Fabio Roberto D’avila expõe que a atuação se daria “no plano legislativo, *ex ante* a norma penal, limitando o universo dos comportamentos tipificáveis àqueles detentores de uma danosidade ao menos potencial; no plano interpretativo, *ex post* a elaboração da norma, mediante a utilização do princípio da ofensividade como cânone hermenêutico-aplicativo a ser operado pelo magistrado, de forma a exigir, no caso concreto, para o reconhecimento da existência do crime, uma efetiva ofensa ao bem tutelado pela norma” (D’AVILA. Fabio Roberto. *Op. cit.*, p. 55).

¹⁰¹⁸ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito Penal Econômico...**, p. 161-162.

¹⁰¹⁹ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito Penal Econômico...**, p. 162.

Por conta dessa mescla de atividades, nas quais se verifica uma como espécie e a outra o gênero¹⁰²⁰, é que se tornaria possível aceitar a alternância conceitual-terminológica. Todavia, diante do intuito traçado no presente trabalho, optou-se pela utilização do termo “ofensividade”, pois conforme se verifica na doutrina de Francesco Palazzo, a expressão *lesividade* aparenta estar adstrita apenas à atividade jurisdicional¹⁰²¹. Superado o problema terminológico, apura-se que a perspectiva da ofensividade surge com a necessidade de delimitar a ingerência estatal na vida dos cidadãos¹⁰²². Assim sendo, o bem jurídico tem vinculação direta ao Estado Liberal de origem contratualista,¹⁰²³ o qual possui um “propósito fundamental e absolutamente claro: o de manter viva a própria sociedade”¹⁰²⁴. Nesse sentido, evidencia-se que o Estado não possui “um fim em si próprio, mas deve apenas promover o desenvolvimento e a garantia das possibilidades vitais do ser humano”¹⁰²⁵.

A origem do princípio remonta aos estudos de Feuerbach que procurou delimitar a existência de um crime pela prática de lesões a direitos subjetivos¹⁰²⁶. atribui-se a Birnbaum a paternidade da concepção de bem jurídico, quando este passa a declinar seus estudos sobre a adequação da teoria do delito às normas penais vigentes em sua época, em especial sob o foco do delito como lesão de direitos subjetivos¹⁰²⁷. Birnbaum observa a necessidade da existência de um referencial material para que houvesse a tutela penal, ou seja: exige um bem radicado diretamente no mundo do ser ou da realidade (objeto material), que tenha

¹⁰²⁰ “ofensa é o gênero que comporta a lesão ou o perigo concreto de lesão como espécies. Utilizando-se a palavra lesividade poder-se-ia permitir uma certa confusão entre o gênero e a espécie” (GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da ofensividade no Direito Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 11, nota 1).

¹⁰²¹ Nas palavras do jurista italiano: “O princípio da lesividade do delito, pelo qual o fato não pode constituir ilícito se não for ofensivo (lesivo ou simplesmente perigoso) do bem jurídico tutelado, responde a uma clara exigência de delimitação do direito penal. E isso a dois níveis. A nível legislativo, o princípio da lesividade (ou ofensividade), enquanto dotado de natureza constitucional, deve impedir o legislador de configurar tipos penais que já hajam sido construídos, *in abstracto*, como fatos *indiferentes* e preexistentes à norma. Do ponto de vista, pois, do valor e dos interesses sociais, já foram consagrados como *inofensivos*. A nível jurisdiciona-aplicativo, a integral atuação do *princípio da lesividade* deve comportar, para o juiz, o dever de excluir a subsistência do crime quando o fato, no mais, em tudo se apresenta na conformidade do tipo, mas, ainda assim, concretamente é inofensivo ao bem jurídico específico tutelado pela norma”. (PALAZZO, Francesco C. *Op. cit.*, p. 79-80).

¹⁰²² PASCHOAL, Janaína Conceição. *Op. cit.*, p. 25.

¹⁰²³ ESTELLITA, Heloisa. **A tutela penal...**, p. 27.

¹⁰²⁴ BUSATO, Paulo César. *Por que...*, p. 477.

¹⁰²⁵ HASSEMER, Winfried. *Linhas gerais...*, p. 21

¹⁰²⁶ COELHO, Yuri Carneiro. **Bem jurídico-penal**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 37.

¹⁰²⁷ TAVARES, Juarez E. X. **Bien jurídico y función em Derecho penal**. Buenos Aires: Hamurabi, 2004, p. 20.

importância para a coletividade ou para uma pessoa e que pudesse ser atingido pela ação¹⁰²⁸. Em um momento histórico subsequente, Binding delimitará a identificação do bem jurídico à previsão legislativa, assim, para ele, o legislador é o “criador” do bem jurídico¹⁰²⁹.

Franz von Lizst supera a vinculação positiva extremada de Binding defendendo que os bens jurídicos são valores vitais à sociedade e que pré-existem à norma¹⁰³⁰. Esta concepção de pré-existência do bem jurídico é a mais adequada aos tempos atuais, conforme destaca Fábio D’Ávila¹⁰³¹.

Por sua vez, Hans Welzel não atribuía um papel de extrema importância ao bem jurídico, haja vista que para ele a função do Direito Penal seria a de reforçar os valores ético-sociais da atitude interna, ou seja, estaria atrelada a uma ideia de pedagogia social¹⁰³².

Atualmente, podem ser apontados três entendimentos referenciais acerca da teoria do bem jurídico, os quais correspondem às ideias de Winfried Hassemer, Claus Roxin e Gunther Jakobs.

Conforme mencionado anteriormente, Hassemer parte de uma perspectiva pessoal do bem jurídico por meio da qual a tutela penal é limitada “até onde ela for condição da possibilidade de proteção de pessoa humanas”¹⁰³³, esta concepção é também chamada de teoria monista personalista, a qual se opõe às concepções dualistas de bens jurídicos. As propostas dualistas entendem a existência natural de bens jurídicos supraindividuais e individuais. A teoria monista, em sua vertente personalista, entende que os bens jurídicos supraindividuais só são válidos se possibilitarem a proteção de uma pessoa individual¹⁰³⁴.

Para Claus Roxin, bens jurídicos são “circunstâncias dadas ou finalidades que são úteis para o indivíduo e seu livre desenvolvimento no marco de um sistema social global estruturado sobre a base dessa concepção dos fins ou para o

¹⁰²⁸ BIRNBAUM, Johann Michael Franz. **Sobre la necesidad de una lesión de derechos para el concepto de delito**. Trad. José Luis Guzmán Dalbora. Montevideo – Buenos Aires: Editorial B de F. 2010, p. 35-71; PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e constituição**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p., p. 27.

¹⁰²⁹ COELHO, Yuri Carneiro. *Op. cit.*, p. 43.

¹⁰³⁰ SALOMÃO, Heloisa Estellita. *Op. cit.*, p. 30.

¹⁰³¹ D’AVILA, Fábio Roberto. Aproximações à teoria da exclusiva proteção de bens jurídicos no direito penal contemporâneo. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, ano 17, n. 80, São Paulo: Revista dos Tribunais, set-out/2009, p. 21

¹⁰³² BUSATO, Paulo César. **Fundamentos...**, p. 35 e ss.

¹⁰³³ HASSEMER, Winfried. *Loc. cit.*

¹⁰³⁴ Sobre as teorias dualistas e monistas: BUSATO, Paulo César. **Fundamentos...**, p. 58-60.

funcionamento do próprio sistema”¹⁰³⁵. Esta concepção de Roxin se constitui como um tipo normativo de conceituação, sobre a qual ele delimita o que será bem jurídico por intermédio de uma conceituação negativa. Deste modo elenca situações que não se configuram como bens jurídicos¹⁰³⁶ para então reconhecer que a concepção do bem jurídico não pode se dar de forma estática, uma vez que dentro do marco das finalidades constitucionais ela deve estar aberta às mudanças sociais e aos progressos do conhecimento científico¹⁰³⁷.

Em sua proposta, os institutos jurídicos precisam ser “submetidos à funcionalização, isto é, exige-se deles que sejam capazes de desempenhar um papel acertado no sistema, alcançando conseqüências justas e adequadas”¹⁰³⁸. Em outras palavras, deve-se avaliar se os institutos que o legislador pretende identificar como bens jurídicos são capazes de pertencer, ou não, aos requisitos essenciais à existência e à conservação da vida livre e pacífica em sociedade¹⁰³⁹.

Em oposição ao princípio da ofensividade está o pensamento de Günther Jakobs, para quem o Direito Penal não tutela bens jurídicos, mas sim a vigência da norma¹⁰⁴⁰. Seu fundamento parte da idéia de que o Direito é a estrutura das relações das pessoas, sendo que tais relações sofrem controle pela utilização de normas. Assim, em sua teoria, o delito será “lesão à vigência da norma”¹⁰⁴¹, enquanto que a

¹⁰³⁵ ROXIN, Claus. **Derecho Penal...**, p. 56.

¹⁰³⁶ Roxin identifica dez circunstâncias que não merecem o reconhecimento como bem jurídico penal: 1) Motivações ideológicas ou que atentam contra direitos fundamentais e humanos; 2) A simples transcrição do objeto da lei ; 3) Atentados contra a moral; 4) Atentado contra a própria dignidade humana não se confundem com lesão de um bem jurídico ; 5) Sentimentos, salvo os de ameaça; 6) Autolesão consciente ; 7) Leis simbólicas; 8) Tabus ; 9) Objetos de proteção de uma abstração incompreensível ; 10) Meras violações contratuais (DAVID, Décio Franco; ZAMBIAZI, Larissa Horn. O papel do bem jurídico e a estrutura do delito no Sistema Penal. *In*: BUSATO, Paulo César. **Fundamentos do Direito Penal**. Curitiba: Juruá, 2013, p. 52. No mesmo sentido, GRECO, Luís. Breves reflexões sobre os princípios da proteção de bens jurídicos e da subsidiariedade no Direito Penal. *In*: SCHMIDT, Andrei Zenkner (coord). **Novos rumos do Direito Penal Contemporâneo**: Livro em homenagem ao Prof. Dr. Cezar Roberto Bitencourt. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p.409-413.

¹⁰³⁷ ROXIN, Claus. **Derecho Penal...**, p. 57-58.

¹⁰³⁸ GRECO, Luís. Introdução à dogmática funcionalista do delito – Em comemoração aos trinta anos de “Política criminal e sistema jurídico-penal” de Roxin. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, ano 8, nº 32, out/dez, 2000, p. 132.

¹⁰³⁹ Tal pressuposto é o que Arturo Rocco designa como objeto substancial genérico do crime, ou seja, o interesse/segurança do Estado na manutenção da vida em comum (FRAGOSO, Heleno. **Direito Penal e Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Forense, 1977, pp. 45-48).

¹⁰⁴⁰ JAKOBS, Günther. O que é protegido pelo Direito Penal: bens jurídicos ou a vigência da norma? *In*: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (org). **O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 177.

¹⁰⁴¹ JAKOBS, Günther. *Op. cit.*, p. 117.

pena será “a limitação da lesão”¹⁰⁴². A proposta de Jakobs é perigosa, pois pode resultar em um tratamento abusivo expressado pelo Direito Penal do Inimigo¹⁰⁴³.

Ocorre que o entendimento adequado aos padrões garantistas do Direito Penal deve defender a preservação do referencial do bem jurídico, uma vez que ele serve como referencial crítico da legitimidade penal¹⁰⁴⁴, delimitando-se quais serão os injustos típicos e comprovando-se a materialidade de tais condutas nos casos concretos.

É justamente sobre esse conteúdo material do injusto que reside o problema da ofensividade frente aos valores atuais. O processo de mudança estrutural do Direito ocorrido em razão da sociedade pósindustrial de risco torna a lesão a determinados bens jurídicos insuportável, motivo pelo qual passa-se a utilizar uma modalidade de imputação que antecipa a tutela penal aos riscos criados sobre o bem jurídico, tentando-se prevenir a prática da lesão. Esses modelos são os chamados delitos de perigo, os quais podem ser abstratos ou concretos.

Os crimes de perigo concreto são aqueles em que há uma situação na qual um perigo forma parte integrante do tipo, devendo o perigo ser verificado caso a caso, ou seja, o perigo concreto “deve ser averiguado ou demonstrado na medida de sua efetividade”¹⁰⁴⁵. Já os crimes de perigo abstrato são aqueles em que o perigo é presumido diante de uma situação hipotética, isto é, não existe o perigo no tipo, mas descreve apenas uma ação perigosa, pois entende que o surgimento do perigo se deduz da realização de uma ação com características¹⁰⁴⁶ que definem a aplicação da norma incriminadora.

A Associação Internacional de Direito Penal, no mencionado congresso de 1984, recomenda (item nº 9) o uso dos delitos de perigo abstrato no Direito Penal Econômico, *in verbis*:

9. O emprego de tipos delitivos de perigo abstrato é um meio válido para a luta contra a delinquência econômica e de empresa, sempre e quando a conduta proibida para o legislador venha especificada com precisão e tanto a proibição se refira diretamente a bens jurídicos claramente determinados. A criação de delitos não é justificada para facilitar a prova dos delitos.

¹⁰⁴² JAKOBS, Günther. *Op. cit.*, p. 117.

¹⁰⁴³ Sobre a institucionalização desse tratamento diferenciado: JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Direito Penal do Inimigo: Noções e Críticas**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 21-48.

¹⁰⁴⁴ BECHARA, Ana Elisa. **Da teoria do Bem Jurídico...**, p. 357 e ss.

¹⁰⁴⁵ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito Penal Econômico...**, p. 115.

¹⁰⁴⁶ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito Penal Econômico...**, p. 119.

Como exemplo do grande uso desses modelos de imputação no Direito Penal Econômico, tem-se os crimes contra o consumidor (arts. 63, §1º, 64, 65 e 73 do CDC) e os delitos de gestão fraudulenta e gestão temerária (art. 4º e Parágrafo único, da Lei 7492/86, respectivamente). Atualmente, em razão das críticas que podem ser traçadas sobre esse modelo de imputação¹⁰⁴⁷, há forte corrente que exige a comprovação do perigo abstrato em cada caso específico. Esse foi o entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Habeas Corpus nº 90.779/PR¹⁰⁴⁸.

Além do problema dos delitos de perigo, verifica-se, especificamente na seara econômica, uma confusão com a delimitação do bem jurídico. É corrente o entendimento de que certas atividades possam ser consideradas bens jurídicos. Nesse sentido, posiciona-se Cláudio Costa¹⁰⁴⁹, o qual defende que nos delitos de sonegação fiscal o bem jurídico é a arrecadação tributária. No pertinente aos delitos previstos na Lei 7.492/86, René Ariel Dotti afirma que se tutela o sistema financeiro nacional, “como bem jurídico que é estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do país e a servir aos interesses da coletividade (art. 192, CF)”¹⁰⁵⁰. Observação parecida é realizada por Carlos Martínez-Buján Pérez ao comentar os delitos de contrabando no Direito Penal espanhol, afirma o autor que existe uma nota comum a todas as infrações de contrabando: elas agredem a atividade de controle desempenhada pelas autoridades aduaneiras¹⁰⁵¹. No entanto, destaca que isso não constitui o verdadeiro bem jurídico, mas que cada tipo de

¹⁰⁴⁷ Sobre as críticas à legitimação dos crimes de perigo abstrato são de extrema importância as considerações de Helena Regina Lobo da Costa (COSTA, Helena Regina Lobo da. **Proteção Penal Ambiental...**, p. 32-65) e Paulo César Busato (BUSATO, Paulo César. **Direito Penal...**, p. 389-391).

¹⁰⁴⁸ “A criminalização da conduta, todavia, está a exigir do titular da ação penal a comprovação da impropriedade do produto para uso. Pelo que imprescindível, no caso, a realização de exame pericial para aferir a nocividade dos produtos apreendidos.” (STF – HC: 90779 PR, Relator: Min. Carlos Britto, Data de Julgamento: 17/06/2008, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-202 Divulg 23-10-2008 PUBLIC 24-10-2008 Ement Vol-02338-02 pp-00244). A proposta utilizada no julgado mencionado se amolda à determinada espécie de crime de perigo abstrato, são os chamados delitos de aptidão. Sobre o assunto: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. A busca de legitimidade dos crimes de perigo abstrato no direito penal econômico. *In: Boletim IBCCRIM*. São Paulo: IBCCRIM, ano 20, n. 238, set/2012, p. 06-07; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. Os crimes de Perigo no Direito penal econômico e empresarial. *In: Revista Liberdades*, São Paulo, nº 13, mai.-ago./2013, p. 3-26.

¹⁰⁴⁹ COSTA, Cláudio. **Crimes de Sonegação Fiscal**. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 37. O autor justifica seu entendimento com base na doutrina de Sergio Mott e Bajo Fernandes.

¹⁰⁵⁰ DOTTI, René Ariel. Crime contra o Sistema Financeiro Nacional. *In: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel. Direito Penal Econômico e da Empresa: Direito Penal Tributário, Previdenciário e Financeiro. Coleção doutrinas essenciais; v. 5. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 1014.*

¹⁰⁵¹ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. **Derecho Penal Económico y de la Empresa: Parte Especial**. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005, p. 848.

conduta detém em si a agressão aos interesses que serão os verdadeiros bens jurídicos, tais como o erário público, interesse de política comercial, proteção de monopólio comercial, etc.

Nesse sentido, Martínez-Buján Pérez comenta que na seara econômica as infrações não estão diretamente vinculadas à proteção de valores básicos do indivíduo, senão em cumprimento de determinadas funções¹⁰⁵². Contudo, tal percepção não parece adequada. Juarez Tavares explica que não se pode confundir as funções estatais com bem jurídico, uma vez que a “distinção entre função e bem jurídico é, pois, essencial a um direito penal democrático”¹⁰⁵³.

Segundo Tavares, a distinção entre bem jurídico e função reside no fato de que a “função não existe por si mesma, depende de uma relação e de suas variáveis, possibilitando unicamente cálculos de predicados, que não podem ser confundidos com valores”¹⁰⁵⁴. A função não detém valor substancial¹⁰⁵⁵, sendo conceituada a partir da ideia de que “toda função tem sempre uma característica de instrumentalidade e de dependência de outro objeto”¹⁰⁵⁶. Juarez Tavares define bem jurídico como “um valor que se incorpora à norma como seu objeto de preferência real e constitui, portanto, o elemento primário da estrutura do tipo, ao qual se devem referir a ação típica e todos os seus demais componentes”¹⁰⁵⁷.

Assim,

O bem jurídico na qualidade de valor e, conseqüentemente, inserido no amplo aspecto da finalidade da ordem jurídica cumpre a função de proteção, não dele próprio, senão da pessoa humana, que é o objeto final da proteção da ordem jurídica. Isto significa que o bem jurídico só *vale* na medida em que se insira como objeto referencial de proteção da pessoa, pois só nesta condição é que se insere na norma como valor.¹⁰⁵⁸

Por tal motivo, dando razão ao posicionamento de Juarez Tavares, é possível identificar que nos delitos acima mencionados, não se deve atribuir à função estatal a condição de verdadeiros bens jurídicos. Especificamente na seara dos delitos econômicos, Miguel Bajo e Silvina Bacigalupo explicam que nos delitos

¹⁰⁵² MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. **Derecho Penal Económico**, p. 68.

¹⁰⁵³ TAVARES, Juarez. **Teoria do Injusto Penal**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 212.

¹⁰⁵⁴ TAVARES, Juarez. **Teoria...**, p. 212.

¹⁰⁵⁵ TAVARES, Juarez. **Teoria...**, p. 213.

¹⁰⁵⁶ TAVARES, Juarez. **Teoria...**, p. 205.

¹⁰⁵⁷ TAVARES, Juarez. **Teoria...**, p. 198.

¹⁰⁵⁸ TAVARES, Juarez. **Teoria...**, p. 199.

tributários o bem jurídico será o erário público e não a função de arrecadação dos tributos¹⁰⁵⁹.

Esta observação serve para delimitar os bens jurídicos econômicos, pois, se o que se almeja é uma política criminal garantista de liberdade, não se pode permitir a confusão entre as funções a serem desempenhadas pelo Estado com os verdadeiros bens jurídicos da sociedade. Esta confusão proporcionaria uma ampliação dos poderes punitivos do Estado em detrimento do cidadão, convertendo o bem jurídico em instrumento justificante de ampliação punitiva, o que desvirtuaria sua natureza de instituto delimitador da atividade sancionadora estatal.

3.2.4 Princípio da Intervenção Mínima

Como já afirmado anteriormente, o Direito Penal serve como instrumento de controle social. Indubitavelmente, sua atuação é violenta, afinal, diversamente das demais searas do Direito, ele incide suas sanções, essencialmente, sobre a liberdade dos cidadãos. Em outras palavras, é o pináculo punitivo estatal. Por tal razão, inúmeras situações devem ser deixadas a cargo de outra área do Direito, no intuito de se obter melhores resultados do que a mera punição de natureza penal. A esta postura, atribui-se o termo “intervenção em *ultima ratio*”.

Assim, o Princípio da Intervenção Mínima possui duas características essenciais: a) fragmentariedade, e; b) subsidiariedade¹⁰⁶⁰. Certamente, essas duas características são postas a prova em toda previsão típica de delito econômico. Afinal, a insegurança acerca da escolha dos melhores mecanismos de controle social institucionalizados pelo Direito sofre demasiada agressão quando do processo de criação legislativa. Inúmeros são os casos em que se pode relatar a má opção pela criminalização de condutas que certamente seriam melhor protegidas por ramos extrapenais.

Depreende-se da própria institucionalização de que a proteção de bens jurídicos é função inerente ao Direito Penal que nem todos os valores podem ser

¹⁰⁵⁹ BAJO, Miguel; BACIGALUPO, Silvina. *Op. cit.*, p. 218.

¹⁰⁶⁰ Adota-se aqui a posição de Nilo Batista (Introdução..., p. 84 e ss), Paulo César Busato (Fundamentos..., p. 166 e ss) e Francisco Muñoz Conde (Introducción..., p.). Para outra fração da doutrina, o princípio da intervenção mínima é expresso como subsidiariedade enquanto que a fragmentariedade seria um outro princípio (Por todos, Bitencourt, Cesar Roberto. *Op. cit.*, p. 11-13).

adjetivados como bem jurídico, quanto mais, de um segundo adjetivo. Ainda assim, os bens jurídicos selecionados pelo Direito Penal só são protegidos de forma parcial, nunca integral¹⁰⁶¹. É aqui que reside o caráter fragmentário do Direito Penal, ou seja, na escolha e na proteção do bem jurídico.

Como bem afirma Muñoz Conde¹⁰⁶², esse caráter fragmentário do Direito Penal aparece em uma forma tripartida nas atuais legislações penais. Primeiramente, “defendendo o bem jurídico somente contra ataques de especial gravidade, exigindo determinadas intenções e tendências, excluindo a punição de condutas imprudentes em alguns casos, etc”¹⁰⁶³. Em segundo lugar, “tipificando somente um parte do que as demais áreas do ordenamento jurídico estimam como antijurídico”¹⁰⁶⁴. Em terceiro lugar, “deixando, em princípio, sem punição as ações meramente imorais, como a homossexualidade ou a mentira”¹⁰⁶⁵.

Em síntese, pode-se conceituar a fragmentariedade como a “seleção de bens jurídicos e de níveis de gravidade de ataque”¹⁰⁶⁶, por intermédio do Direito Penal.

Em razão de sua natural subsidiariedade, o Direito Penal só deve atuar quando “fracassam as demais barreiras protetoras do bem jurídico oferecidas por outros ramos do direito”¹⁰⁶⁷. Como o Direito Penal é a forma mais dura de todas as intervenções estatais na liberdade do cidadão, só poderá intervir quando os outros meios menos duros não forem capazes de obter um êxito suficiente¹⁰⁶⁸. Para Claus

¹⁰⁶¹ GALVÃO, Fernando. *Op. cit.*, p. 136. “O Direito Penal, repito mais uma vez, se limita somente a punir as ações mais graves contra os bens jurídicos mais importantes, daí seu caráter “fragmentário”, por causa da variedade de ações proibidas e bens jurídicos protegidos pelo ordenamento jurídico, o direito penal só se ocupa de uma parte – fragmentos – embora a de maior importância” (MUÑOZ CONDE, Francisco. *Op. cit.*, p. 124).

¹⁰⁶² O renomado catedrático de Sevilha divide a fragmentariedade em duas conseqüências: uma quantitativa (referente ao número de ações incriminadas) e outra qualitativa (referente à gravidade das penas). (MUÑOZ CONDE, Francisco. *Op. cit.*, p. 123-137).

¹⁰⁶³ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Op. cit.*, p. 124.

¹⁰⁶⁴ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Op. cit.*, p. 124-125.

¹⁰⁶⁵ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Op. cit.*, p. 125. Torna-se necessária uma observação acerca da afirmação do homossexualismo como imoralidade. A obra referenciada é escrita antes do movimento de defesa aos direitos de afetividade. Do mesmo modo, inúmeros outros autores também mencionam que o hábito de manter relações sexuais com pessoas do mesmo sexo seja algo imoral. O sentido dessas expressões é baseado em sociedades em que não se reconhecia o multiculturalismo inerente às sociedades hodiernas. Explica-se isso para evitar qualquer espécie de afirmação preconceituosa por parte do autor ou das obras aqui referenciadas. Sobre a tutela dos direitos das minorias: COSTA, Igor Sporch da. **Igualdade na diferença e tolerância**. Viçosa: Editora Universidade Federal de Viçosa, 2007.

¹⁰⁶⁶ BUSATO, Paulo César. **Fundamentos...**, p. 170.

¹⁰⁶⁷ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Op. cit.*, p. 108.

¹⁰⁶⁸ ROXIN, Claus. **Derecho...**, p. 65-66. Para o penalista alemão, a subsidiariedade é decorrência do princípio da proporcionalidade. (ROXIN, Claus. **Derecho...**, p. 65 -67).

Roxin, a subsidiariedade possui um caráter maior de diretriz político-criminal do que de um mandado vinculante¹⁰⁶⁹. O autor afirma isso em razão de entender que é uma questão de decisão político-social fixar o limite para o legislador transformar fatos puníveis em condutas ilícitas de outras áreas ou então para descriminalizar outras condutas¹⁰⁷⁰.

A verdade inquestionável trazida pela subsidiariedade resulta no fato de que o “Direito penal não é uma solução para todos os males, não é a única forma de controle social jurídico, nem tampouco é a única forma de intervenção à disposição do Estado”¹⁰⁷¹. Disso decorre uma conclusão óbvia: “Ao Direito penal não podemos atribuir, de maneira exclusiva ou principal, a tarefa de redução da criminalidade, que pode ser mais amplamente atendida ou diminuída por outros meios de controle social”¹⁰⁷². Afinal “Muito Direito penal equivale a nenhum”¹⁰⁷³. No entanto, o fenômeno de incriminação de condutas atreladas à seara econômica não obedece tais preceitos, verificando-se incontáveis delitos que estariam muito melhor protegidos por searas alheias ao Direito Penal.

Por outro lado, não obstante estas duas características essenciais traçadas pelo princípio da intervenção mínima, é possível averiguar que a correta utilização deste princípio gera efeitos para outras situações debatidas no âmbito penal, como por exemplo, o princípio da insignificância.

A tipicidade penal exige uma ofensa ou um exposição grave de perigo ao bem jurídico para que se tenha a configuração do delito. Nem todas as ofensas configuram-se como delituosas, tal afirmação é possível em razão de que existe um comando imperativo de “efetiva proporcionalidade entre a gravidade da conduta que se pretende punir e a drasticidade da intervenção penal”¹⁰⁷⁴.

¹⁰⁶⁹ ROXIN, Claus. **Derecho...**, p. 67.

¹⁰⁷⁰ ROXIN, Claus. **Derecho...**, p. 67.

¹⁰⁷¹ BUSATO, Paulo César. **Fundamentos...**, p. 171.

¹⁰⁷² BUSATO, Paulo César. **Fundamentos...**, p. 171. Em sentido próximo, Claus Roxin chega a numerar três alternativas para o uso do Direito Penal: “A primeira consiste em pretensões de indenização de direito civil, que, especialmente em violações de contrato, bastam para regular os prejuízos. A segunda alternativa são medidas de direito público, que podem comumente garantir mais segurança que o direito penal em casos, p. ex., de eventos e atividades perigosas: controles, determinações de segurança, revogações de autorizações e permissões, proibições e mesmo fechamento de empresas. A terceira possibilidade de descriminalização está em atribuir ações de lesividade social relativamente reduzida a um direito de contravenções especial, que preveja sanções pecuniárias ao invés da pena” (ROXIN, Claus. **Estudos de Direito Penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 52).

¹⁰⁷³ BUSATO, Paulo César. **Fundamentos...**, p. 167.

¹⁰⁷⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Op. cit.*, p. 19.

O princípio da insignificância foi adotado por Claus Roxin, em um trabalho no ano de 1964, como um princípio válido para a definição geral do injusto¹⁰⁷⁵, assim, define-o como critério para afastamento da tipicidade da conduta.

A insignificância incide sobre o conteúdo material do tipo penal e não sobre a concepção formal, alcançando-se, assim, por meio do poder judiciário, “a proposição político-criminal da necessidade de descriminalização de condutas que, embora formalmente típicas, não atingem de forma socialmente relevante os bens jurídicos protegidos pelo Direito Penal”¹⁰⁷⁶. Em palavras mais simples, “fatos insignificantes devem ficar fora do Direito Penal”¹⁰⁷⁷.

Ante o fato de que “as normas jurídico-penais devem perseguir somente o objetivo de assegurar aos cidadãos uma coexistência pacífica e livre, sob a garantia de todos os direitos humanos”¹⁰⁷⁸, verifica-se que os fatos insignificantes não colocam em risco a coexistência pacífica e livre da sociedade¹⁰⁷⁹.

Assim, é por meio do princípio da intervenção mínima que a insignificância deve ser analisada¹⁰⁸⁰. No entanto, o princípio da insignificância tem servido de

¹⁰⁷⁵ ROXIN, Claus. **Política Criminal e Sistema Jurídico-penal**. Tradução de Luís Greco. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 47.

¹⁰⁷⁶ VICO MAÑAS, Carlos. **O Princípio da Insignificância como Excludente da Tipicidade no Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 81.

¹⁰⁷⁷ GOMES, Luiz Flávio; GACIA-PÁBLOS DE MOLINA, Antonio. *Op. cit.*, p. 219. Estes autores defendem uma perspectiva diversa do princípio da insignificância, dividindo as condutas insignificantes em próprias e impróprias (para estas usam a expressão princípio da irrelevância penal). A conduta própria seria a tradicionalmente reconhecida enquanto insignificante, já a imprópria é aquela na qual há um fato típico (com conteúdo material e formal de injusto), porém que não há razão político-criminal de aplicar a pena. Veja-se o exemplo apontado pelos autores: “são impróprias as infrações penais que não nascem insignificantes, mas “a posteriori” podem ser consideradas como tais, em razão das circunstâncias pessoais e do fato concreto. Quem rouba, sem violência (com ameaça), um real da vítima é preso em flagrante, primário, bons antecedentes, fica vários dias ou meses na cadeia, é processado, etc. não merece mais nenhuma sanção penal. A pena se torna desnecessária. Nesse caso o único princípio aplicável é o da irrelevância penal do fato (que se equipara a um perdão judicial, em razão da desnecessidade concreta da pena, seja para fins de prevenção, seja para fins de repressão). Em relação ao princípio da irrelevância penal do fato são plenamente pertinentes todas as circunstâncias pessoais do agente e do fato (culpabilidade, vida anterior, antecedentes criminais, ocasionalidade da infração, primariedade, restituição da *res* ou ressarcimento, etc.), porque está em jogo a “necessidade” da pena (ou seja: o fato é formal e materialmente típico)” (GOMES, Luiz Flávio; GACIA-PÁBLOS DE MOLINA, Antonio. *Op. cit.*, p. 219).

¹⁰⁷⁸ ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. 2. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 18.

¹⁰⁷⁹ No exemplo do mestre tedesco: “maus-tratos são uma lesão grave ao bem-estar corporal, e não qualquer lesão; da mesma forma, é libidinoso no sentido do código penal só uma ação sexual de alguma relevância; e só uma violenta lesão à pretensão de respeito social será criminalmente injuriosa. Por “violência” não se pode entender uma agressão mínima, mas somente a de certa intensidade, assim como uma ameaça deve ser “sensível”, para adentrar no marco da criminalidade” (ROXIN, Claus. **Política Criminal...**, p. 47-48).

¹⁰⁸⁰ Nesse sentido BUSATO, Paulo César. **Fundamentos...**, p. 174; Em sentido contrário, LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros. *Op. cit.*, p. 88: “Preferimos qualificar a insignificância, em vista da polissemia já referida neste trabalho, como um subprincípio, uma ferramenta interpretativa derivada

instrumento a um Direito Penal seletivo, convertendo-se em um Direito Penal de autor. Inúmeras decisões de todos os tribunais pátrios comprovam a existência de uma pré-concepção por parte do Poder Judiciário acerca da refutabilidade da incidência da insignificância¹⁰⁸¹, isto em razão de não saber analisar os critérios da intervenção mínima sobre o caso concreto.

Na tentativa de superar tais dificuldades, o Ministro Celso de Mello, membro do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do *habeas corpus* nº 84.412/SP, propôs a adoção de quatro *vetores*¹⁰⁸² para identificação da incidência do princípio da insignificância, quais sejam: a) a mínima ofensividade da conduta do agente; b) a nenhuma periculosidade social da ação; c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento; e, d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada.

Tais *vetores* não se formalizam como parâmetro seguro, na verdade tais expressões não significam nada além do óbvio: uma conduta insignificante não é criminosa. Ao traçar esses critérios, é preciso responder: a) quando a conduta é minimamente ofensiva; b) quando a conduta não portaria periculosidade social; c) como se afere o reduzidíssimo grau de reprovabilidade (especialmente diante de um Direito Penal cada vez mais influenciado pela mídia); e, a principal d) o que torna a lesão jurídica inexpressiva. Essas respostas não são respondidas pelos *vetores*, pois cada uma delas está imbricada na outra, demonstrando uma verdadeira miscelânea conceitual.

Paulo César Busato tece duras críticas à estruturação desses vetores, os quais, segundo o autor, não condizem com as ideias que fundamentam o

dos influxos do princípio constitucional da ofensividade”. Em sentido intermediário, DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal**: Parte Geral. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 141-142: “Enquanto o princípio da *intervenção mínima* se vincula mais ao legislador, visando reduzir o número das normas incriminadoras, o da *insignificância* se dirige ao juiz do caso concreto, quando o dano ou o perigo de dano são irrisórios. No primeiro caso é aplicada uma sanção extrapenal; no segundo caso, a ínfima afetação do bem jurídico dispensa qualquer tipo de punição. Pode-se falar então em intervenção mínima (*da lei penal*) e insignificância (*do bem jurídico afetado*)”.

¹⁰⁸¹ Por todos, pode-se citar a decisão do *habeas corpus* nº 107.733/MG, no Supremo Tribunal Federal.

¹⁰⁸² Desde já, deixa-se a crítica sobre a expressão *vetores*, a qual não possui nenhuma vinculação com a forma de apuração do alusivo princípio. Vetor é um conceito vinculado à física e à matemática cuja representação simbólica é feita por meio de uma flecha. A própria simbologia determina a expressão no sentido de direcionar e não no sentido de delimitar. É perceptível que o ilustre relator do *habeas corpus* usou a expressão em figura de linguagem, no sentido de direcionar a percepção de incidência do princípio. No entanto, foi um uso infeliz, especialmente em razão de que eles mais servem para confundir do que para qualquer outra finalidade a que tivessem sido criados, isto é, *direcionados*.

princípio¹⁰⁸³, especialmente pelo fato de ocorrerem sobreposições díspares em casos análogos, além de distorções interpretativas graves.

Além disso, esses *vetores* não são utilizados de forma equânime e segura pelos tribunais pátrios. Tal afirmação é comprovada pela pesquisa realizada por Francisco de Assis do Rêgo Monteiro Rocha Junior e Cristina Alexandra Rosane Mocelin, na qual os autores demonstram que tanto o Supremo Tribunal Federal quanto o Superior Tribunal de Justiça deturpam o significado e abrangência dos alusivos “vetores”, usando como grandes fundamentadores da aplicação do princípio o valor do bem supostamente subtraído e as características pessoais do autor¹⁰⁸⁴. Por isso, é extremamente válida a crítica dos autores:

De toda a análise realizada ao longo da presente pesquisa pode-se afirmar que os quatro critérios (mínima ofensividade da conduta do agente, nenhuma periculosidade social da ação, reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e inexpressividade da lesão jurídica provocada) que supostamente deveriam orientar a aplicação da insignificância nos crimes de furto simplesmente são ignorados no momento dos julgamentos realizados nas Cortes Superiores. De fato, são perqueridos outros elementos, os quais são cobertos com uma carapaça de “legitimidade jurídica”, que seriam os quatro critérios. Mas como visto, a mesma conduta, como se verifica num furto de bem avaliado em 150 reais, pode ser “inexpressiva quanto à lesão jurídica” num momento, enquanto em outro seria expressiva, impedindo a aplicação do princípio. Em suma, tratam-se de critérios absolutamente abstratos e formais I) que não tem contornos precisos, II) que não são definidos pela jurisprudência, e III) cuja utilização é absolutamente desigual diante de casos bastante semelhantes. Tudo isso nos leva a concluir que não passam de expressões de efeito sem qualquer conteúdo, e que não se refletem na jurisprudência analisada, tanto é que, no que diz respeito ao crime de furto, temos tanto no Superior Tribunal de Justiça quanto no Supremo Tribunal Federal a análise do valor do bem supostamente furtado e as características pessoais do autor para a

¹⁰⁸³ Sobre o assunto, é pontual a crítica de Paulo César Busato: “As idéias – claramente superpostas – de mínima ofensividade da conduta do agente, de nenhuma periculosidade social da ação e reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento têm sido interpretadas, especialmente pelos Tribunais dos Estados, mas também em alguma medida, na própria Corte Superior, de modo absolutamente errôneo, como a possibilidade de averiguação de toda a conduta social do agente, chamado à determinação da existência do fato criminoso, aspectos relativos à pessoa do réu em um verdadeiro Direito penal de autor. No que tange ao critério de “inexpressividade da lesão”, ele não diz nada mais do que o óbvio. O importante é saber o que torna a lesão inexpressiva. Como nada fica definido pelo critério, às vezes, de modo absolutamente equivocado, aparecem julgados levando em consideração, para o efeito de aferição da lesividade, o fato de que o crime foi tentado. Ora, isso é absolutamente irrelevante para essa afirmação do tipo de ação e do próprio injusto, em face da tipicidade derivada que possui a tentativa. De outro lado, em raríssimas ocasiões se vêem presentes considerações a respeito do significado do objeto material para a vítima, este sim um aspecto decisivo na determinação da aplicabilidade do princípio” (BUSATO, Paulo César. **Fundamentos...**, p. 175).

¹⁰⁸⁴ ROCHA JUNIOR, Francisco de Assis do Rêgo Monteiro; MOCELIN, Cristina Alexandra Rosane. Uma análise da aplicação do princípio da insignificância nos crimes de furto: os critérios utilizados pelos tribunais superiores nos anos 2000 e 2010 e 2011. In: ZILIO, Jacson; BOZZA, Fábio. **Estudos críticos sobre o sistema penal: homenagem ao Professor Doutor Juarez Cirino dos Santos por seu 70º aniversário**. Curitiba: LedZe Editora, 2012, p. 1057-1068.

aplicação do princípio como sendo seus principais elementos. Repita-se: acoplados a esses dois vetores “práticos” advêm os critérios “teóricos”, sem que no entanto haja qualquer linearidade desse acoplamento¹⁰⁸⁵.

Em extensa pesquisa jurisprudencial, Pierpaolo Cruz Bottini, Ana Carolina Carlos de Oliveira, Douglas de Barros Ibarra Papa e Thaísa Bernhardt Ribeiro demonstram que o princípio da insignificância tem se mostrado como um instrumento de política criminal para variados fins. Assim, não deter parâmetros claros, capazes de fixar sua aplicabilidade, tem sido utilizado de forma desigual e contraditória, notadamente quando é comparado o reconhecimento da incidência do princípio em delitos econômicos em face dos delitos patrimoniais¹⁰⁸⁶.

Destarte, sendo uma expressão da intervenção mínima, para que seja corretamente aplicado, é necessário que o princípio da insignificância siga alguns requisitos, os quais devem estar vinculados de forma direta ao bem jurídico tutelado:

Portanto, os requisitos para a aferição da hipótese de incidência do princípio de intervenção mínima são: (a) o reconhecimento de que o caso reflete um ataque a um bem jurídico fundamental para o desenvolvimento da vítima em sociedade; (b) que esse ataque foi grave o suficiente para justificar que a última instância de controle social penal entre em ação. Essa gravidade, por sua vez, deve ser medida tendo em conta: (b.1) a classe de violação realizada, em face de sua tolerabilidade social; (b.2) a intensidade do prejuízo ao bem jurídico da vítima em face de suas condições pessoais; (b.3) se o emprego do Direito penal, na hipótese concreta, não é meramente simbólico, diante da melhor e mais eficaz possibilidade de solução do problema social por outra via¹⁰⁸⁷.

Por meio desses requisitos (intrinsecamente relacionados com a conduta e a agressão ao bem jurídico) é possível averiguar de forma concreta e segura quando e como existirão condutas com significado que mereçam a intervenção do Direito Penal.

Acerca da inserção deste princípio no campo dos delitos econômicos, é destaque a questão da materialização dos crimes tributários, chegando a ser

¹⁰⁸⁵ ROCHA JUNIOR, Francisco de Assis do Rêgo Monteiro; MOCELIN, Cristina Alexandra Rosane. *Op. cit.*, p. 1065-1066.

¹⁰⁸⁶ BOTTINI, Pierpaolo Cruz; OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de; PAPA, Douglas de Barros Ibarra; RIBEIRO, Thaísa Bernhardt. A confusa exegese do princípio da insignificância e sua aplicação pelo STF: Análise estatística de julgados. *In: Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 20, n. 98. São Paulo: Revista dos Tribunais, set.-out./2012, p. 117-148.

¹⁰⁸⁷ BUSATO, Paulo César. **Fundamentos...**, p. 175. Em sentido próximo, Francisco de Assis do Rêgo Monteiro Rocha Júnior e Cristina Alexandra Rosane Mocelin destacam que é fundamental analisar as partes envolvidas. Por tal análise seria possível verificar a significância da conduta. (ROCHA JUNIOR, Francisco de Assis do Rêgo; MOCELIN, Cristina Alexandra Rosane. *Op. cit.*, p. 1066).

expedida uma portaria pelo Ministério da Fazenda – nº 75/2012 –, a qual determina a não inscrição em dívida ativa de débitos menores ou iguais a um mil reais e o não ajuizamento da ação de execução fiscal quando o valor do débito for igual ou inferior a vinte mil reais (art. 1º, inciso I). Em verdade, tal apenas portaria dobra o valor que já estava pacificado na jurisprudência pátria¹⁰⁸⁸ em razão de previsão legal (art. 20, Lei 10.522/2002) que previa a quantia de dez mil reais para arquivamento e baixa do executivo fiscal.

Além da delimitação ampliada da insignificância, o entendimento jurisprudencial apresenta alguns equívocos graves que afrontam o princípio da intervenção mínima no pertinente aos delitos tributários, especificamente sobre o esgotamento da via administrativa para o início da persecução penal. Como bem anota Miguel Reale Júnior, com o julgamento do HC 81.611¹⁰⁸⁹, o STF posicionou-se pelo reconhecimento da ausência de justa causa na ação enquanto não se encerrasse a discussão administrativa sobre a constituição do tributo¹⁰⁹⁰. Desta forma, o STF adotou o entendimento de que para a configuração do delito tributário é preciso que se tenha certeza absoluta sobre a existência da obrigação tributária¹⁰⁹¹.

Nesse passo, a Súmula Vinculante nº 24, editada em 11 de dezembro de 2009, prevê que “não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei nº 8.137/90, antes do lançamento definitivo do tributo”. De acordo com Reale Júnior, o STF erra ao atribuir a configuração do delito ao

¹⁰⁸⁸ Por todos, STF – HC: 96309/RS, Relator: Cármen Lúcia, Data de Julgamento: 24/03/2009, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-075 Divulg 23-04-2009 Public 24-04-2009 Ement Vol-02357-03 PP-00606; e STF – HC: 96976 PR, Relator: Cezar Peluso, Data de Julgamento: 10/03/2009, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-084 Divulg 07-05-2009 Public 08-05-2009 Ement Vol-02359-04 PP-00815

¹⁰⁸⁹ “Embora não condicionada a denúncia à representação da autoridade fiscal (ADInMC 1571), falta justa causa para a ação penal pela prática do crime tipificado no art. 1º da L. 8137/90 - que é material ou de resultado -, enquanto não haja decisão definitiva do processo administrativo de lançamento, quer se considere o lançamento definitivo uma condição objetiva de punibilidade ou um elemento normativo de tipo” (STF – HC 81611, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 10/12/2003, DJ 13-05-2005 PP-00006 EMENT VOL-02191-1 PP-00084).

¹⁰⁹⁰ REALE JÚNIOR, Miguel. Restrição ilegal. In: **Boletim IBCCRIM**. São Paulo: IBCCRIM, ano 21, n. 245, abr./2013, p. 2. Este entendimento já era encontrado em extenso grupo doutrinário, por todos: PASCHOAL, Janaína Conceição; PASCHOAL, Jorge Coutinho. A constituição do crédito tributário: a consumação do crime tributário e a extinção da punibilidade pela prescrição. In: **Boletim IBCCRIM**. São Paulo: IBCCRIM, ano 16, n. 194, jan./2009, p. 2-3; DELMANTO, Fábio Machado de Almeida. O Término do processo administrativo-fiscal como condição da ação penal nos crimes contra a ordem tributária. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, ano 6, n. 22. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr.-jun./1998, p. 63-79; TAFFARELLO, Rogério Fernando. Crimes tributários: consumação, prescrição e proposta de súmula vinculante 3 do Supremo Tribunal Federal. **Boletim IBCCRIM**. São Paulo: IBCCRIM, ano 16, n. 197, abr./2009, p. 11.

¹⁰⁹¹ REALE JÚNIOR, Miguel. Restrição..., p. 2.

lançamento do tributo, pois o tipo penal se refere apenas à expressão “tributo” e não “lançamento definitivo do tributo”¹⁰⁹². No mesmo sentido, posiciona-se Rogério Fernando Taffarello¹⁰⁹³.

Miguel Reale Júnior ainda aponta que o STJ, ao julgar o HC 236.376/SC, se equivocou ao delimitar o termo de início do prazo prescricional pelo lançamento definitivo do tributo¹⁰⁹⁴, confundindo-se a comprovação da prática delituosa com a consumação do crime¹⁰⁹⁵. Compartilhando deste entendimento, Taffarello afirma que “o momento consumativo do crime contra a ordem tributária repousa na data do vencimento da obrigação imposta ao sujeito passivo da relação jurídica tributária”¹⁰⁹⁶. Assim, não se pode definir como termo de início da contagem da prescrição a data do lançamento definitivo do tributo¹⁰⁹⁷.

Além destas ponderações, verifica-se que o critério do pagamento dos valores do tributo é uma verdadeira baliza comprobatória da desnecessidade de uso do Direito Penal em determinadas situações. Afinal, ao permitir tal exclusão de punibilidade o Direito Penal se converte em credor fiscal, desvirtuando-se de sua finalidade. Além disso, conforme já afirmado anteriormente, esta circunstância possibilita o tratamento diferenciado de situações análogas, tornando o Direito Penal um instrumento de segregação e exclusão. Por tal razão, há que se repensar a forma como o Direito Penal deverá atuar diante de delitos tributários, especialmente os de pequena monta – ainda que seja de difícil delimitação o que significaria esta expressão diante da arrecadação estatal –, pois, a antecipação da tutela penal se converte em violação direta ao princípio da intervenção mínima.

¹⁰⁹² REALE JÚNIOR, Miguel. Restrição..., p. 2.

¹⁰⁹³ TAFFARELLO, Rogério Fernando. Impropriedades da Súmula Vinculante 24 do Supremo Tribunal Federal e insegurança jurídica em matéria de crimes tributários. In: FRANCO, Alberto Silva; LIRA, Rafael (coord.). **Direito Penal Econômico: Questões atuais**. São Paulo: 2011, p. 319. Nas palavras do autor: “De se ver, desde logo, que, se o vocábulo *tributo* inegavelmente integra a tipicidade objetiva do delito, o mesmo não se pode dizer da locução *lançamento do tributo*, evidentemente não contemplada pelo legislador na descrição típica do crime, e que possui significação claramente diversa” (TAFFARELLO, Rogério Fernando. Impropriedades..., p. 319).

¹⁰⁹⁴ “O termo a quo para a contagem do prazo prescricional em relação ao crime previsto no art. 2º da Lei n. 8.137/1990 é o momento da constituição definitiva do crédito tributário, elemento imprescindível para o desencadeamento da ação penal” (STJ – HC 236376/SC, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 19/11/2012, DJe 01/02/2013).

¹⁰⁹⁵ REALE JÚNIOR, Miguel. Restrição..., p. 2. Na verdade, no julgamento do HC 81.611 o STF já havia se manifestado em sentido próximo: “enquanto dure, por iniciativa do contribuinte, o processo administrativo suspende o curso da prescrição da ação penal por crime contra a ordem tributária que dependa do lançamento definitivo” (STF – HC 81611, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 10/12/2003, DJ 13-05-2005 PP-00006 EMENT VOL-02191-1 PP-00084)

¹⁰⁹⁶ TAFFARELLO, Rogério Fernando. Impropriedades..., p. 327.

¹⁰⁹⁷ TAFFARELLO, Rogério Fernando. Impropriedades..., p. 328.

3.2.5 Princípio da Culpabilidade

O princípio da culpabilidade se identifica com várias funções que incluem a dimensão limitadora do exercício punitivo do Estado¹⁰⁹⁸. Tradicionalmente atribui-se ao princípio um triplo sentido: a) Fundamento da pena (imputabilidade, consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa); b) Graduação (elemento de determinação ou medição) de Pena; e, c) Fixação de dolo ou culpa (oposição à responsabilidade objetiva)¹⁰⁹⁹.

Desse triplo sentido resultam três consequências: a) a culpabilidade é a medida da pena; b) a responsabilidade penal é pelo fato e não pelo autor; e, c) não há responsabilidade objetiva pelo simples resultado¹¹⁰⁰.

Para Juarez Cirino dos Santos, este é o segundo instrumento mais importante de proteção individual no Estado Democrático de Direito, porque proíbe punir pessoas que não preenchem os requisitos do juízo de reprovação¹¹⁰¹.

É verificável que este princípio tem origem no reconhecimento do ser humano enquanto valor universal. Deste modo, suas raízes estão dispostas na filosofia cristã da Idade Média em razão do pensamento de respeito ao próximo¹¹⁰².

Para Luiz Luisi, que defende o princípio da culpabilidade como princípio da responsabilidade subjetiva, as Leis de Sólon já previam tratamento diversificado para quem praticasse homicídio com “plena intenção de matar” e quem praticasse

¹⁰⁹⁸ BUSATO, Paulo César. **Fundamentos...**, p. 181.

¹⁰⁹⁹ Por todos BITENCOURT, Cezar Roberto. *Op. cit.*, p. 14.

¹¹⁰⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Op. cit.*, p. 15.

¹¹⁰¹ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal...**, p. 24.

¹¹⁰² BUSATO, Paulo César. **Fundamentos...**, p. 182-183. BRANDÃO, Claudio. Culpabilidade: sua análise na dogmática e no Direito Penal brasileiro. *In: Ciências Penais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 1, n. 1, set.-dez/2004, p. 171-174. Para este autor, a culpabilidade enquanto princípio só pode ser analisada sob a luz do método do Direito Penal, assim, utilizando-se da tópica, afirma: “O princípio da culpabilidade, que traduz a responsabilidade penal do homem, condiciona o método do direito penal porque é um dos mecanismos para o sopesamento do caso no processo da decisão e da argumentação jurídica, possibilitando a própria realização da tópica, que para garantir o respeito à dignidade humana pode superar o silogismo, assegurando, em determinados casos, decisões até mesmo *contra legem*. Quando se reconhecem, por exemplo, causas supralegais de inexigibilidade de conduta diversa, que é causa de exclusão da culpabilidade, reconhece-se a insuficiência do silogismo legal, que por óbvio não contempla tais causas, valorizando-se o homem pelo reconhecimento de circunstâncias concretas que devem afastar a aplicação do tipo penal. Isto é, pois, o uso da tópica para aumentar a liberdade, o que confirma que o homem é um ser reconhecido em sua dignidade no direito penal, sendo, no âmago, o próprio fim desse direito. (BRANDÃO, Claudio. Culpabilidade..., p. 178)

homicídio por imprudência, ou seja, a diversificação se daria apenas pela intenção¹¹⁰³.

Assim, acertadamente Fernando Galvão defende que a “garantia da culpabilidade exige a precisa identificação do objeto do juízo de valoração”¹¹⁰⁴, motivo pelo qual, a culpabilidade “não pode ser conceito meramente formal e vazio de conteúdo, pois, caso contrário, o indivíduo submete-se ao incontrolável e imprevisível”¹¹⁰⁵. Por esta razão, deve-se sempre levar em consideração que o princípio da culpabilidade está atrelado à “norma constitucional que proclama a dignidade da pessoa humana como um dos primeiros fundamentos da República (art. 1, III)”¹¹⁰⁶. Eis, então. Que as três conseqüências atreladas ao três sentidos apontados por Bitencourt devem ser ampliadas, pois do postulado da culpabilidade, depreendem-se cinco garantias: a) Responsabilidade pessoal (ou individual); b) Responsabilidade subjetiva ou culpabilidade em sentido estrito; c) Responsabilidade pelo fato; d) Presunção de inocência ou não consideração prévia de culpabilidade; e, e) Individualização da pena.

A *responsabilidade pessoa (ou individual)* é uma conquista do Direito Penal liberal¹¹⁰⁷, por meio dela se afastou a ideia de responsabilidade penal objetiva e passou-se a exigir uma vinculação subjetiva¹¹⁰⁸. Ademais, vincula-se a ela a ideia central de que somente o infrator responsável pelo ato pode por ele responder¹¹⁰⁹.

Sua evolução decorre não apenas de restringir a aplicação da sanção a seu autor¹¹¹⁰, mas também da vinculação psicológica do agente. Inicialmente, “bastava demonstrar a relação de causa e efeito entre a conduta e o resultado”¹¹¹¹, porém,

¹¹⁰³ LUISI, Luiz. *Op. cit.*, p. 32-33.

¹¹⁰⁴ GALVÃO, Fernando. *Op. cit.*, p. 141.

¹¹⁰⁵ GALVÃO, Fernando. *Op. cit.*, p. 141.

¹¹⁰⁶ DOTTI, René Ariel. *Op. cit.*, p. 136.

¹¹⁰⁷ CERNICCHIARO, Luiz Vicente; COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **Direito penal na Constituição**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 71.

¹¹⁰⁸ BUSATO, Paulo César. **Fundamentos...**, p. 200.

¹¹⁰⁹ “O princípio da responsabilidade penal, portanto, tem significado preciso: somente o delinqüente pode sofrer a pena” (CERNICCHIARO, Luiz Vicente; COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Op. cit.*, p. 73). Sobre o assunto, afirma René Ariel Dotti que “Na realidade prática, os efeitos morais e materiais da infração penal vão para além da pessoa de seu autor para se transmitirem, não raro, às demais pessoas que com ele vivem. Daí porque a garantia formal da personalidade da pena é referida como um dogma” (DOTTI, René Ariel. *Op. cit.*, p. 526).

¹¹¹⁰ Conforme preconiza Friedrich-Christian Schroeder, a responsabilidade pessoal foi prevista expressamente no artigo 27 da Constituição de 1946, no intuito de se afastar a extensão automática da responsabilidade penal aos parentes que tinha sido instituída pelo regime fascista (SCHROEDER, Friedrich-Christian. *Punibilidade e Responsabilidade*. In: OLIVEIRA, William Terra de; LEITE NETO, Pedro Ferreira; ESSADO, Tiago Cintra; SAAD-DINIZ, Eduardo. **Direito penal econômico: Estudos em homenagem aos 75 anos do Professor Klaus Tiedmann**. São Paulo: LiberArs, 2013, p. 68 e 70).

¹¹¹¹ CERNICCHIARO, Luiz Vicente; COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Op. cit.*, p. 74.

depois, “acrescenta-se que a conduta esteja, quanto ao elemento subjetivo, vinculado ao resultado”¹¹¹².

Esta garantia está expressa no ordenamento jurídico pátrio por meio de previsão no texto constitucional, especificamente no artigo 5º, inciso XLV, com a seguinte dicção: “nenhuma pena passará da pessoa do condenado”¹¹¹³.

No entanto, ao se verificar como são praticados os procedimentos no âmbito interno de uma empresa, torna-se irrefutável a dificuldade – ou até mesmo impossibilidade – de se delimitar de forma segura cada ato praticado por cada funcionário da empresa.

As relações no âmbito da empresa se dão dissolvidas no plano horizontal sob a perspectiva da divisão de trabalho e no plano vertical em obediência à estruturação hierárquica¹¹¹⁴. Tal situação dificulta a delimitação da conduta de cada um dos agentes envolvidos no fato criminoso. Exemplo claro de tal dificuldade está contido na conduta prevista no artigo 73 do Código de Defesa do Consumidor, a qual apenas com detenção de um a seis meses ou multa a não correção imediata de informação inexata de consumidor. Nesse tipo penal se insere os casos de inscrição indevida de débito, quando após ser realizada a notificação da empresa credora de que a cobrança é indevida ainda assim insiste na existência do débito, muitas vezes com a negativação do nome do consumidor em cadastros. Utilizando-se os casos das empresas prestadores de telefonia, apura-se ser uma tarefa árdua descobrir quem foi o funcionário que deixou de corrigir a informação errada sobre o pagamento dos valores, haja vista o grande número de pessoas que operam e controlam o sistema de dados.

Acerca da estruturação hierárquica das empresas, Bernardo Feijoo Sánchez apura a dificuldade de preservação dos institutos delimitadores de autoria e

¹¹¹² CERNICCHIARO, Luiz Vicente; COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Op. cit.*, p. 75.

¹¹¹³ Sobre o assunto, é imperiosa a conclusão apresentada por Luiz Vicente Cernicchiaro: “Se a infração penal é indissolúvel da conduta, se a conduta reflete a vontade, não há como pensar o crime sem o elemento subjetivo. O princípio da legalidade fornece a forma e o princípio da personalidade a substância da conduta delituosa. Pune-se alguém porque praticou a ação descrita na lei penal. Ação, vale repisar, no sentido material. Consequência incontornável: é inconstitucional qualquer lei penal que despreze a responsabilidade subjetiva” (CERNICCHIARO, Luiz Vicente; COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Op. cit.*, p. 77).

¹¹¹⁴ CESANO, José Daniel. La imputación penal em el ámbito de la empresa y las estructuras omissivas: bases para su análisis. *In*: BERRUEZO, Rafael et al. **Derecho Penal Económico**. Buenos Aires: B de F, 2010, p.181.

participação¹¹¹⁵. Uma tentativa de delimitar a devida identificação da conduta de cada autor é o uso da teoria do domínio do fato de Claus Roxin. Conduta, esta teoria foi estruturada para se aplicar a apenas dois casos: a) situações em que o poder do Estado opera à margem da lei, exemplificado por Roxin como o caso Eichmann¹¹¹⁶; e, b) ações praticadas por grupos clandestinos, organizações secretas, gangues e similares, que para Roxin constituiriam um “Estado dentro do Estado”¹¹¹⁷.

Verifica-se que nenhuma das duas situações se equipara à estruturação empresária, ou como afirma Feijoo Sánchez, “as violações massivas e sistemáticas de direitos humanos em regimes como o nacionalsocialismo na Alemanha ou as ditaduras militares no Chile ou Argentina, tem pouco a ver com a comercialização de um produto defeituoso”¹¹¹⁸.

Então, desde já, é preciso delimitar que esta teoria não foi estruturada para a criminalidade empresária, mas, ainda assim, tem sido indicada para tanto. Em um dos casos mais famosos do Supremo Tribunal Federal, os ministros utilizaram a teoria em suas decisões para condenar os acusados, trata-se da Ação Penal nº 470/MG, conhecida pela alcunha de “Caso Mensalão”. Sobre o assunto, André Luís Calegari afirma que a aplicação da teoria não se deu de forma correta, ocorrendo a subversão de sua estrutura em diversas partes do processo¹¹¹⁹. No mesmo sentido, Luís Greco e Alaor Leite escreveram importante artigo, corrigindo alguns posicionamentos de autores brasileiros que insistiam na fundamentação equivocada da teoria¹¹²⁰. Assim, verifica-se que a delimitação da autoria nos aparelhos organizados empresariais não deve ocorrer por intermédio da proposta de Roxin.

Nesse passo, interessante consignar que a Associação Internacional de Direito Penal, no Congresso do Cairo de 1984, se manifestou (item. 12) pela delimitação de responsabilidade dos responsáveis pelas empresas por atos de seus empregados, veja-se:

¹¹¹⁵ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. **Cuestiones Actuales de Derecho Penal Económico**. Buenos Aires: B de F, 2009, p. 1-8.

¹¹¹⁶ ROXIN, Claus. **Autoría y Domínio del Hecho em Derecho Penal**. 7. ed. Madrid: Marcial Pons, 2000, p. 277.

¹¹¹⁷ ROXIN, Claus. **Autoría y Domínio...**, p. 278.

¹¹¹⁸ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. *Op. cit.*, p. 11.

¹¹¹⁹ CALEGARI, André Luís. Domínio do fato, limites normativos da participação criminal e dolo eventual no delito de lavagem de dinheiro: reflexos na APn 470/MG. *in: Revista dos Tribunais*, ano 102, vol. 933. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul./2013, p. 112-113.

¹¹²⁰ GRECO, Luís; LEITE, Alaor. O que é e o que não é a teoria sobre o domínio do fato sobre a distinção entre o autor e o partícipe no direito penal. *in: Revista dos Tribunais*, ano 102, vol. 933. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul./2013, p. 61-92.

12. Deve se estabelecer a responsabilidade penal das pessoas responsáveis das empresas por delitos cometidos pelos empregados das mesmas quando mediar naquelas uma infração de dever de vigilância ou culpabilidade (ao menos, imprudência em sentido penal). As regras gerais de participação punível não são afetadas por esta recomendação.

Contudo, ao se objetivar a responsabilização penal das pessoas responsáveis da empresa, é imprescindível que se atente à outra garantia do princípio da culpabilidade, qual seja: *Responsabilidade subjetiva ou culpabilidade em sentido estrito*.

De acordo com esta garantia, só haverá delito se o autor estiver vinculado subjetivamente ao fato, isto é, se “atuou com uma vontade própria de dolo ou se atuou imprudentemente”¹¹²¹. Isto se dá em razão de que sem esses componentes subjetivos o delito não se esgota e não há pena alguma a ser aplicada¹¹²².

Esta garantia projeta-se, igualmente, sobre os fatos produzidos por mero acidente, sem dolo nem culpa¹¹²³. Paulo César Busato afirma que, por intermédio da referida garantia, os delitos qualificados pelo resultado tornam-se duvidosos¹¹²⁴.

No pertinente ao Direito Penal Econômico, a Associação Internacional de Direito Penal recomendou (item nº 11) em seu congresso de 1984 que este preceito deve ser respeitado no âmbito da criminalidade empresária:

11. O princípio penal fundamental de culpabilidade deve ser respeitado também no Direito Penal Econômico e de Empresa. Quando existam tipos delitivos que não pressuponham uma responsabilização objetiva (dolo ou culpa) ou não exijam prova da mesma (*strict liability offences*), deverá admitir-se como exculpante a circunstância de não se ter podido agir de outra forma. Os trabalhos de reforma devem se orientar para a abolição de tais delitos de responsabilidade objetiva.

¹¹²¹ BUSATO, Paulo César. **Fundamentos...**, p. 202. Idêntico entendimento é exposto por Gustavo Henrique Badaró e Pierpaolo Cruz Bottini: “A conservação do elemento *subjetivo* do tipo é a garantia do cidadão contra a *responsabilidade objetiva* na seara penal, assegurando-lhe que somente serão puníveis os fatos que integraram seu espaço psíquico cognitivo e volitivo” (BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de Dinheiro: Aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei 9.613/1998, com as alterações da Lei 12.683/2012**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 93).

¹¹²² BUSATO, Paulo César. **Fundamentos...**, p. 202. Aqui é cabível a interpretação de que sem o liame subjetivo, corre-se o risco de punir uma pessoa por fazer parte do grupo social ou familiar de outra. Sobre o assunto, é pontual o entendimento de Luiz Vicente Cernicchiaro ao apresentar inúmeros casos em que ocorre uma vingança privada, exclusivamente direcionada às relações das pessoas, pouco importante se elas tiveram interesse ou não de concorrer ao fato delituoso, bem como se efetivamente chegaram a concorrer para o fato (CERNICCHIARO, Luiz Vicente; COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Op. cit.*, p. 72-73).

¹¹²³ BUSATO, Paulo César. **Fundamentos...**, p. 202; CERNICCHIARO, Luiz Vicente; COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Op. cit.*, p. 85;

¹¹²⁴ BUSATO, Paulo César. **Fundamentos...**, p. 203.

Essa garantia ganha outros questionamentos na atualidade. Um deles trata da delimitação da responsabilidade por intermédio da teoria da cegueira deliberada. Nesse sentido, verifica-se que no julgamento da AP 470 foram realizadas inúmeras considerações acerca da delimitação do dolo, tanto direto quanto eventual, especificamente na aplicação da teoria da cegueira deliberada¹¹²⁵.

De acordo com a teoria da cegueira deliberada, o agente procura “escapar ao conhecimento da ilicitude para tentar se eximir da responsabilidade penal, mesmo com a alta probabilidade da ilicitude”¹¹²⁶. Assim, pode-se afirmar que o intuito desta teoria consiste em “punir aquele que deliberadamente se coloca em situação de ignorância, sabendo, no entanto, da possibilidade decorrencial desse estado”¹¹²⁷. Renato de Mello Jorge Silveira assevera que existem poucas menções a esta teoria na jurisprudência brasileira e cita como exemplos de maior repercussão a referida AP 470 e o famoso caso do assalto ao Banco Central em Fortaleza. O autor conta que neste segundo processo, o magistrado de primeiro grau usou em sua decisão a teoria da cegueira deliberada como fundamento para condenar os réus. No entanto, a sentença foi reformada pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região¹¹²⁸. Segundo Valter Foletto Santin a teoria da cegueira deliberada tem sido bastante utilizada na Justiça Eleitoral¹¹²⁹.

Por ter origem no direito anglosaxão, a aplicação desta teoria se torna dificultosa no sistema do *civil Law*, principalmente por estar sendo utilizada em equiparação ao dolo eventual. A “utilização da teoria da cegueira deliberada como parâmetro de ampliação do conceito de dolo eventual é extremamente problemática, pois nem toda a situação de ignorância deliberada implica, necessariamente, em dolo eventual”¹¹³⁰. Todavia, isso não implica na negação do uso desta teoria como instituto de equiparação ao dolo eventual. Mas, para que isso seja possível, é preciso se atentar a dois requisitos traçados por Gustavo Badaró e Pierpaolo Bottini¹¹³¹. Primeiramente, é preciso que o agente “crie consciente e voluntariamente barreiras ao conhecimento, com a intenção de deixar de tomar contato com a

¹¹²⁵ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Cegueira deliberada e lavagem de dinheiro. *In: Boletim IBCCRIM*, ano 21, n. 246. São Paulo: IBCCRIM, mai./2013, p. 3.

¹¹²⁶ SANTIN, Valter Foletto. *Crime Econômico*..., p. 142.

¹¹²⁷ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Cegueira deliberada..., p. 4.

¹¹²⁸ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Cegueira deliberada..., p. 4.

¹¹²⁹ SANTIN, Valter Foletto. *Crime Econômico*..., p. 143 e ss.

¹¹³⁰ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Cegueira deliberada..., p. 4.

¹¹³¹ BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Op. cit.*, p. 98.

atividade ilícita, caso ela ocorra”¹¹³². Em segundo lugar, o agente “deve representar que a criação das barreiras de conhecimento facilitará a prática de atos *infracionais penais* sem sua ciência”¹¹³³. Conseqüentemente, caso falte ao agente o conhecimento de que esses filtros impedem que ele tome ciência das práticas delitivas, o dolo eventual será inexistente¹¹³⁴.

No intuito de comprovar sua proposta, os autores indicam como exemplo de cegueira deliberada a situação fática do diretor de instituição financeira que “desativa o setor de controle interno, e suspende os mecanismos de registros de dados sobre transações de clientes, com a *direta* intenção de afastar os filtros de cuidado”¹¹³⁵. Além deste exemplo casuístico, afirmam que o doleiro que suspeita que seus clientes “possam lhe entregar dinheiro sujo para operações de câmbio, e, por isso, toma medidas para não ter ciência de qualquer informação mais precisa sobre os usuários de seus serviços ou sobre a procedência do objeto de câmbio”¹¹³⁶ também está em cegueira deliberada.

Contudo, a tentativa de superar dificuldades fáticas em processos judiciais pode acabar resultando na expansão desmedida da teoria da cegueira deliberada, aplicando-a a delitos que não admitem a modalidade do dolo eventual¹¹³⁷, como ocorre na lavagem de dinheiro¹¹³⁸.

Outro problema que a garantia em comento necessita superar trata da delimitação de responsabilidade penal da pessoa jurídica. Tradicionalmente, a doutrina se manifesta contrária a esta possibilidade¹¹³⁹, justificando o entendimento na impossibilidade de se atribuir culpabilidade, delimitar o elemento subjetivo e realizar a prática da conduta.

¹¹³² BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Op. cit.*, p. 98.

¹¹³³ BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Op. cit.*, p. 98.

¹¹³⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Op. cit.*, p. 98.

¹¹³⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Op. cit.*, p. 98.

¹¹³⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Op. cit.*, p. 97.

¹¹³⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Op. cit.*, p. 95 e 99. Em sentido contrário, admitindo a modalidade delitiva em dolo eventual: SANCTIS, Fausto Martin de. **Combate à lavagem de dinheiro: teoria e prática**. Campinas: Millennium, 2008, p. 49 e MORO, Sérgio Fernando. **Crime de lavagem de dinheiro**. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 62.

¹¹³⁸ Como bem pondera Renato de Mello Jorge Silveira, a ausência de punição do delito de lavagem na modalidade culposa, gera grande dificuldade para a percepção de situações de dolo eventual (SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Cegueira deliberada...*, p. 4).

¹¹³⁹ Nesse sentido, cita-se a coletânea de diversos artigos organizada por Luiz Regis Prado e René Ariel Dotti que conta com trabalhos de Eugênio Raúl Zaffaroni, Miguel Reale Júnior, Rodrigo Sanchez Rios, Luis Gracia Martín e Jesús María Silva Sánchez (PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel (coord). **Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica: Em defesa do princípio da imputação penal subjetiva**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011).

No entanto, parcela significativa da doutrina passou a aceitar a possibilidade de responsabilização da pessoa jurídica. Nesse grupo, estão posicionados os escritos de Sérgio Salomão Shecaira¹¹⁴⁰, Paulo César Busato¹¹⁴¹ e Fábio André Guaragni¹¹⁴².

A Associação Internacional de Direito Penal também se manifestou favorável (item 13) a responsabilização penal das pessoas jurídicas no congresso de 1984, *verbo ad verbum*:

13. A responsabilidade penal das pessoas jurídicas é reconhecida em um número crescente de países como uma via apropriada para controlar a delinquência econômica e de empresa. Os países que não reconhecem tal classe de responsabilidade poderiam considerar a possibilidade de impor outras medidas contra tais entidades.

Diante do avanço das práticas econômicas, é preciso debater a responsabilização penal das pessoas jurídicas como via efetiva no controle da delinquência econômica e de empresa. Tornou-se imprescindível uma análise profunda e detalhada acerca das técnicas penais e extrapenais que poderão ser usadas nesse intuito.

Da garantia da *Responsabilidade pelo fato* decorre o chamado “Direito Penal do fato”, o qual se entende como uma regulação legal em que a punibilidade se vincula a uma ação concreta descrita no tipo penal, sendo a pena uma resposta proporcional ao fato individualmente praticado¹¹⁴³.

Assim, não é possível aceitar uma “culpabilidade pelo modo de vida”¹¹⁴⁴. Afinal, a culpabilidade é uma característica do sujeito e se vincula exclusivamente ao fato¹¹⁴⁵.

¹¹⁴⁰ SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica**. 3. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010; SHECAIRA, Sérgio Salomão. A responsabilidade das pessoas jurídicas e os delitos ambientais. In: **Boletim IBCCRIM**, nº 65. São Paulo: IBCCRIM, abril 1998, p. 3.

¹¹⁴¹ BUSATO, Paulo César. **Reflexões...**, 99-128 e 211-226; BUSATO, Paulo César. Razões criminológicas, político-criminais e dogmáticas para a adoção da responsabilidade penal de pessoas jurídicas na reforma do Código Penal brasileiro. In: **Revista Liberdades**. Edição Especial: Reforma do Código Penal. São Paulo, 2012, p. 98-128.

¹¹⁴² GURAGNI, Fábio André. “Interesse ou benefício” como critérios de responsabilização da pessoa jurídica decorrente de crimes – A exegese italiana como contributo à interpretação do art. 3º da Lei 9.605/98. In: BUSATO, Paulo César; GUARAGNI, Fábio André. **Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica**. Curitiba: Juruá, 2012, p. 93-131.

¹¹⁴³ ROXIN, Claus. **Derecho penal...**, p. 176.

¹¹⁴⁴ A culpabilidade pelo modo de vida é chamada de Direito Penal de Autor, o qual vincula a pena a personalidade do autor, ou seja, ao modo pelo qual conduz sua vida. Assim, o que torna alguém culpável não é o fato praticado, mas somente o fato do agente ser uma pessoa “tal” Sobre tais conceitos, ROXIN, Claus. **Derecho penal...**, p. 177.

Esta garantia direciona-se contrária ao modelo de imputação dogmática criada por Lothar Kuhlen por meio dos delitos de acumulação. Lothar Kuhlen levantou, “em 1986, a partir do § 324 do StGB (crime de poluição de águas do Código Penal Alemão) a problemática do despejo de esgotos no Rio Main”¹¹⁴⁶. Ao analisar o dispositivo mencionado, Kuhlen criou a modalidade dos delitos de acumulação (*Kumulationsdelikte*), os quais seriam configurados pelas “condutas que se tornam penalmente significativas não por si mesmas, e sim porque, sem uma proibição sancionatória, seriam realizadas em tal quantidade que levariam à ofensa ao bem jurídico protegido pela norma”¹¹⁴⁷.

Para Kuhlen, os delitos de acumulação prestariam “uma contribuição à solução de problemas de especial transcendência às condições naturais de vida, por meio da punição das condutas responsáveis por sua constituição”¹¹⁴⁸.

Desta forma, Kuhlen defende que o tipo penal de acumulação “não exige que uma conduta individual leve a uma lesão ou colocação em perigo, mas somente que pertença a um tipo de condutas que, se fossem realizadas em grande número, causariam uma lesão ou colocação em perigo”¹¹⁴⁹. A justificativa legitimadora do tipo penal residiria na “ideia de que em muitos casos o comportamento racional individual, quando exercido em grande número, levaria a resultados irracionais ou não otimais”¹¹⁵⁰. Portanto, este autor, seria apropriado usar o Direito Penal para vincular a conduta a um desvalor, de modo que o indivíduo não praticaria mais a conduta por critérios de racionalidade¹¹⁵¹.

¹¹⁴⁵ BUSATO, Paulo César. **Fundamentos...**, p. 203.

¹¹⁴⁶ CAETANO, Matheus Almeida. Ofensividade e delitos de acumulação no direito penal ambiental. *In: Boletim IBCCRIM*. São Paulo: IBCCRIM, ano 19, n. 220, mar/2011, p. 12.

¹¹⁴⁷ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. Delitos de acumulação e racionalidade da intervenção penal. *In: Boletim IBCCRIM*. São Paulo: IBCCRIM, ano 17, n. 208, mar/2010, p. 03.

¹¹⁴⁸ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Loc. cit.* Como bem explica Helena Regina Lobo da Costa (*op. cit.*, p. 59): “Lothar Kuhlen propôs a idéia dos delitos de acumulação em um artigo em 1986, em que intentava analisar qual deveria ser o resultado da conduta tipificada no crime de poluição de águas do Código Penal alemão. Sua argumentação nesse texto, inicia-se com o exemplo de um morador, cuja casa fica nas margens do rio Main, que lança os efluentes de sua cozinha, com restos de comida, no rio. Esse material orgânico é ‘absorvido’ com facilidade pelo rio e não tem aptidão para causar efeitos prejudiciais aos animais ou plantas do rio. Kuhlen afirma que uma tal conduta seria considerada típica pela interpretação majoritária do tipo de poluição de águas adotada pelos tribunais alemães – com exceção, apenas, da hipótese de aplicação de uma cláusula bagatelar”.

¹¹⁴⁹ COSTA, Helena Regina Lobo da. **Proteção penal ambiental...**, p. 59.

¹¹⁵⁰ COSTA, Helena Regina Lobo da. **Proteção penal ambiental...**, p. 60.

¹¹⁵¹ COSTA, Helena Regina Lobo da. **Proteção penal ambiental...**, p. 60.

Inúmeras críticas foram traçadas contra o estudo de Kuhlen¹¹⁵², merecendo destaque as traçadas por Jesús Maria Silva Sánchez, para quem é inadmissível a responsabilização penal por delitos de estrutura acumulativa, devendo-se transferir tais condutas à seara administrativa¹¹⁵³. Segundo o autor, os delitos de acumulação lesionam o princípio da culpabilidade e não apresentam efetiva lesividade¹¹⁵⁴. Além disso, Silva Sánchez ainda tece críticas à Kuhlen por meio da necessidade de individualização da pena¹¹⁵⁵ e das delimitações de co-autoria¹¹⁵⁶.

Ainda que haja a necessidade de se desenvolverem estudos sobre os delitos de acumulação, verifica-se que o não reconhecimento da insignificância em delitos ambientais¹¹⁵⁷ ou tributários enseja na utilização, ainda que indireta, dessa modalidade de imputação.

De acordo com a garantia da *presunção de inocência ou não consideração prévia de culpabilidade* se verifica que a culpabilidade se insere não apenas nos mecanismos de Direito material, mas é imprescindível à matéria processual¹¹⁵⁸.

¹¹⁵² Além da posição acima destacada, merecem nota os trabalhos de MENDOZA BUERGO, Blanca. **Limites dogmáticos y político criminales de los delitos de peligro abstracto**. Granada: Editorial Comares, 2001, p. 64-65 (A autora faz duras críticas aos delitos de acumulação, especificamente no pertinente às punições de condutas bagatelares) e de SILVA DIAS, Augusto. <<What IF everybody did it?>>: sobre a <<(in)capacidade de ressonância>> do Direito Penal à figura da acumulação. *In: Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. Coimbra: Coimbra Editora. Ano 13, n. 3, jul-set/2003, p. 303-345.

¹¹⁵³ SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. **La Expansión...**, p. 131-138 e 141.

¹¹⁵⁴ “é inadmissível como critério de imputação penal para responsabilizar um determinado sujeito pelo significado concreto da conduta isolada que foi realizada, pois uma sanção assim fundamentada não deixa de ser, desde a perspectiva do Direito penal, uma sanção *ex iniuria tertii*. Não há nenhuma possibilidade de introduzir elementos de lesividade concreta: nem lesão, nem perigo concreto, nem perigo abstrato entendido como perigo realmente existente, constatável na conduta em virtude de um juízo *ex ante*. Simplesmente, perigo presumido, perigo estatístico ou – todavia melhor – perigo global” (SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. **La Expansión...**, p. 139).

¹¹⁵⁵ “os termos de comparação em juízo de proporcionalidade são a pena que se impõe e o conteúdo do próprio risco da conduta (é obvio afirmar: isoladamente considerada) de quem recebe essa pena. Pois, a pena não se “distribui” entre o conjunto de aporções individuais, senão que assenta, precisamente, individualmente a cada sujeito” (SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. **La Expansión...**, p. 147).

¹¹⁵⁶ “nos casos de autoria acessória estamos diante de um único fato, que se projeta sobre um determinado objeto da ação. Nos casos dos delitos de acumulação, de outra forma, não se pode falar de um único fato sobre o qual se projetam várias aporções, senão de uma pluralidade de fatos que constituem um fenômeno global” (SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. **La Expansión...**, p. 148-149).

¹¹⁵⁷ TJ/MS. RESE 2007.018555-0/0, 2ª Turma Criminal, Rel. Des. Claudionor Miguel Absz Duarte DJ 25/07/2007.

¹¹⁵⁸ “O fato de que o princípio de culpabilidade seja fonte comum de outros princípios tanto na seara do direito material quanto do direito processual penal vem em reforço da idéia de comunhão de fontes entre o Direito penal e o Direito processual penal e em evidente rechace àqueles que preconizam a possibilidade de uma teoria geral do processo, capaz de abrigar sob um mesmo arcabouço principiológico o processo penal e o processo civil” (BUSATO, Paulo César. **Fundamentos...**, p. 205). Posicionamento idêntico em BUSATO, Paulo César. **Direito penal...**, p. 39, rodapé 69. Sobre uma teoria autônoma do Direito Processual Penal frente ao Direito processual Civil: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **A lide e o conteúdo do processo penal**. Curitiba: Juruá, 1989, p. 129 e ss.

Assim, não obstante esta garantia estar devidamente prevista no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição, verifica-se norma de extrema importância ante a atuação penal estatal, cada vez mais influenciada aos mecanismos midiáticos¹¹⁵⁹.

Como bem define Rogério Lauria Tucci, a presunção de inocência consiste na “asseguração, ao imputado, do direito de ser considerado inocente até que sentença penal condenatória venha transitar formalmente em julgado, sobrevivendo, então a coisa julgada de autoridade relativa”¹¹⁶⁰.

Assim, a garantia de que será mantido o estado de inocência até o trânsito em julgado da sentença condenatória provoca consequências diretas na forma de tratamento para com o réu, no ônus da prova e na “obrigatoriedade de que a constatação do delito e a aplicação da pena serão por meio de um processo com todas as garantias e através de uma sentença fundamentada (motivação como instrumento de controle da racionalidade)”¹¹⁶¹.

Acerca do tratamento para com o réu, destaca Aury Lopes Jr que a presunção deve ser um princípio da maior relevância, pois ele obriga o juiz “não só a manter uma posição “negativa” (não o considerando culpado), mas sim a ter uma postura positiva (tratando-o efetivamente como inocente)”¹¹⁶². Segundo o autor, a presunção de inocência:

a) Predetermina a adoção da verdade processual, relativa, mas dotada de um bom nível de certeza prática, eis que obtida segundo determinadas condições. b) Como consequência, a obtenção de tal verdade determina um tipo de processo, orientado pelo sistema acusatório, que impõe a estrutura dialética e mantém o juiz em estado de alheamento (rechaço à figura do juiz-inquisidor – com poderes investigatórios/instrutórios – e consagração do juiz de garantias ou garantidor). c) Dentro do processo, traduz-se em regras para o julgamento, orientando a decisão judicial sobre os fatos (carga

¹¹⁵⁹ Sobre o assunto, urge transcrever um trecho de um julgado do Supremo Tribunal Federal: “Não se desconhece que programas jornalísticos sensacionalistas infestam o cotidiano, influenciando de maneira sórdida a percepção e o raciocínio do cidadão, substituindo o resguardo do direito constitucional à informação por deturpação de fatos e versões. O “gosto de sangue” parece ser o mote principal desses veículos, que desconhecem respeito por vidas inocentes e honra alheia, em nome da necessidade de clientela e audiência, que, em substância, se reduzem a busca de mercado e, pois, de lucro sem compromisso ético” (HC 111756 MC, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, julgado em 22/12/2011, publicado em processo eletrônico DJe-022 divulg 31/01/2012 public 01/02/2012).

¹¹⁶⁰ TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 313.

¹¹⁶¹ LOPES JUNIOR, Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal**: fundamentos da instrumentalidade constitucional. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 176.

¹¹⁶² LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 8. ed., vol. I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 179.

da prova). d) Traduz-se, por último, em regras de tratamento do acusado, posto que a intervenção do processo penal se dá sobre um inocente.¹¹⁶³

Especificamente sobre o ônus da prova, é válido o alerta de Paulo Rangel:

A título de exemplo, se o ministério público narra, na denúncia, o fato chamado “matar alguém” com descrição do *modus operandi* e todas as circunstâncias do delito e em seu interrogatório o réu alega que na data e horário do fato encontrava-se em viagem a outro estado ou país, caberá ao Ministério Público provar o que descreveu na denúncia: um fato típico, ilícito e culpável e, conseqüentemente, seu álibi é falso, através dos meios de prova admitidos no ordenamento jurídico. (...) Enfim... o réu alega, mas o ônus da prova, hoje, diante da constituição, é exclusivo do ministério público. não se confunde o direito que tem o réu de alegar, em sua defesa, o que bem entender, com o ônus da prova. este é total e exclusivamente do MP. A regra inserta no art. 5º, LVII, da CRFB deve ser vista como inversora total do ônus da prova e qualquer dúvida que restar diante da não comprovação do fato imputado ao réu pelo Ministério Público deve, obrigatoriamente, ser resolvida em seu favor. trata-se da aplicação do princípio *in dubio pro reo*¹¹⁶⁴.

Por tal motivo, é possível afirmar que este princípio, formador de um processo penal liberal, se impõe como um verdadeiro dever de tratamento, atuando tanto na dimensão interna do processo quanto na externa¹¹⁶⁵.

Em sua dimensão interna, impõe um dever de tratamento ao juiz, no sentido de repassar todo o ônus probatório à acusação e que a dúvida seja uma baliza absolutória, ao mesmo tempo em que o uso de prisões cautelares não se dê de modo abusivo¹¹⁶⁶. Na dimensão externa, “a presunção de inocência exige uma proteção contra a publicidade abusiva e a estigmatização (precoce) do réu”¹¹⁶⁷, sua consequência lógica é que o “bizarro espetáculo montado pelo julgamento midiático deve ser coibido pela eficácia da presunção de inocência”¹¹⁶⁸.

Esta garantia ganha destaque extremado diante das tentativas de flexibilização dos mecanismos processuais na materialização de delitos. Um delito que se demonstra como verdadeira demonstração da inversão do ônus da prova e relativização da presunção de inocência consiste na conduta de *enriquecimento ilícito* do funcionário público. Modalidade delitiva prevista no Projeto de Reforma do

¹¹⁶³ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual**..., p. 179,

¹¹⁶⁴ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 17ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 495. No mesmo sentido, OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de Processo Penal**. 13ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 348.

¹¹⁶⁵ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual**..., p. 181.

¹¹⁶⁶ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual**..., p. 181.

¹¹⁶⁷ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual**..., p. 181.

¹¹⁶⁸ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual**..., p. 181.

Código Penal – PLS 236/2012 – (art. 277). Em Portugal, foi reconhecida a inconstitucionalidade desta tipificação justamente em razão de serem flexibilizadas as garantias acima mencionadas¹¹⁶⁹.

Conforme já afirmado, o princípio da culpabilidade incide tanto no Direito Penal quanto no processo penal. Resultado lógico dessa constatação é que o princípio seja aplicado, igualmente, à execução da pena. Aqui se insere a garantia da *Individualização da pena*. Por intermédio desta garantia, a culpabilidade “determina que cada sujeito tem o direito a sua própria pena, ou seja, que cada indivíduo tem o direito a que sua pena adquira uma conformação ajustada a ele próprio, tendo em vista os fins que visa alcançar”¹¹⁷⁰.

Individualizar a pena é “aplicar a pena devida a cada condenado”¹¹⁷¹, isto é, a “pena deve ser aplicada de maneira proporcional à ofensa produzida pelo delito ao bem jurídico”¹¹⁷², para tanto, deve-se fazer uma “diagnose embebida de significado valorativo”¹¹⁷³, somente assim, será alcançada a medida adequada e justa da reprovação. Afinal, individualizar a pena significa “quantificar a reprimenda penal em decorrência das características específicas do fato concreto”¹¹⁷⁴. Inevitável vislumbrar na individualização da pena a necessidade de análise da proporcionalidade da sanção, a qual será analisada no próximo item como instituto materializado do princípio da proporcionalidade. Outra consequência lógica do raciocínio aqui estruturado é a de que a individualização da pena é “incompatível com a noção de culpabilidade presumida”¹¹⁷⁵.

Além das considerações apresentadas, é preciso pontuar que as garantias inerentes ao princípio da culpabilidade devem possibilitar que o Direito Penal esteja apto a trabalhar com as múltiplas diferenças culturais – típicas do hodierno modelo de sociedade – inerentes aos indivíduos e grupos que venham a praticar condutas delitivas. Nesse sentido, defende-se, novamente, a preservação do referencial da pessoa humana como instituto apto a garantir a coesão social da coletividade¹¹⁷⁶.

¹¹⁶⁹ BECHARA, Ana Elisa. A criminalização do enriquecimento ilícito de funcionário público: Lições ao Brasil sobre o perigo de retrocesso do direito penal ao período pré-iluminista. *In: Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 20, nº 98. São Paulo: Revista dos Tribunais, set./out./2012, p. 503-538.

¹¹⁷⁰ BUSATO, Paulo César. *Fundamentos...*, p. 207.

¹¹⁷¹ GALVÃO, Fernando. *Op. cit.*, p. 142.

¹¹⁷² GALVÃO, Fernando. *Op. cit.*, p. 142.

¹¹⁷³ REALE JÚNIOR, Miguel. *Novos rumos...*, p. 31.

¹¹⁷⁴ GALVÃO, Fernando. *Op. cit.*, p. 142.

¹¹⁷⁵ GALVÃO, Fernando. *Op. cit.*, p. 142.

¹¹⁷⁶ Ao abordar o “princípio ético da humanidade”, Max Ernst Mayer afirma que o Direito deve estar adequado aos valores culturais, no sentido de reforçá-los: “Uma das condições que contribuem para

3.2.6 Princípio da Proporcionalidade

A grande maioria da doutrina atrela a ideia da proporcionalidade a aplicação da pena¹¹⁷⁷, nesse sentido costuma-se afirmar que a pena deve ser *proporcional* ao delito praticado. Assim, explica René Ariel Dotti que a pena deve “retribuir juridicamente a culpabilidade do autor da conduta típica e ilícita. Em última instância ela é o efeito de uma causa e deve guardar uma possível relação de proporcionalidade entre o mal do ilícito e o mal da ação (ou omissão)”¹¹⁷⁸. Nesse esteio, Diego Luzón Peña defende que “a proporcionalidade é necessária para um adequado funcionamento da prevenção geral”¹¹⁷⁹.

É certo que o princípio da proporcionalidade não guarda relações exclusivas com o Direito Penal material, sendo aplicável de forma contundente no Processo Penal e em outros ramos jurídicos como o Administrativo e, notadamente, o Constitucional, motivo pelo qual é possível afirmar que ainda que os princípios do Direito sejam monovalentes, verifica-se uma plurivalência interna deste princípio por ser aplicado a todos os ramos jurídicos.

Segundo Tiago Cintra Essado, o princípio da proporcionalidade é um instrumento fundamental para a atividade interpretativa e proporciona uma melhor aplicação do Direito¹¹⁸⁰, isto é, para este autor, o princípio está vinculado à atividade hermenêutica.

Interessante consignar que para Humberto Ávila o princípio da proporcionalidade não se encaixa na classificação dos princípios, pois se constitui

a relatividade do valor é a extensão e intensidade do fator de integração social; porém, possuem alcance geral, ainda que a expansão e profundidade da generalidade do interesse estejam germinadas com a linearidade e durabilidade da cultura dominante na sociedade correspondente. Portanto, assim como a proporção (plenamente abstrata) entre relatividade e linearidade não implica um critério para decidir sobre questões momentâneas, na proporção mais concreta existente entre a elaboração da ideia de comunidade e o valor dos valores culturais está contido um princípio ético, dotado de imediata aplicabilidade prática. Nem poderia ser de outro modo, porquanto a cultura é o cultivo dos interesses gerais. Agora, o Direito participa nesta prática, porquanto pode e deve contribuir muito, em todos os seus domínios para a efetividade do ideal de comunidade. E a tarefa aumenta quando vem à tona o desejo de criar relacionamentos duradouros, que ao alargar o círculo de cultura que afeta o valor (ou a norma), aumentam sua vida útil (MAYER, Max Ernst. **Filosofia del Derecho**. Traducción por Luis Legaz Lacambra. Barcelona: Editorial Labor, 1937, p. 208).

¹¹⁷⁷ Por todos, DOTTI, René Ariel. **Direito Penal**..., p. 526.

¹¹⁷⁸ DOTTI, René Ariel. **Direito Penal**..., p. 526.

¹¹⁷⁹ LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Op. cit.*, p. 86.

¹¹⁸⁰ ESSADO, Tiago Cintra. **O princípio da proporcionalidade no Direito Penal**. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 2008, p. 45.

como um postulado normativo¹¹⁸¹. Relembra-se que para este autor, o princípio possui como objeto estabelecer um fim a ser atingido¹¹⁸² de modo que a proporcionalidade não detém este fim. Para ele, acima dos princípios e das regras (grupo das normas) existe o grupo das metanormas ou regras de segundo grau, dentre as quais se encontram os postulados normativos¹¹⁸³ que servem como estrutura para a aplicação de outras normas¹¹⁸⁴. Acerca do postulado da proporcionalidade, Humberto Ávila destaca que para ser aplicado, o postulado depende da existência de um meio, um fim concreto e uma relação de causalidade¹¹⁸⁵. Já no pertinente ao seu funcionamento, o postulado exige o exame da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito¹¹⁸⁶, conforme se verá adiante.

Adotando a postura de que a proporcionalidade é um princípio, Teresa Aguado Correa, defende que um meio seja, no caso concreto, idôneo, necessário e proporcional para se obter o fim desejado¹¹⁸⁷. Logo, verifica-se a atuação deste princípio no direcionamento dos meios admissíveis para a consecução dos fins pretendidos¹¹⁸⁸.

Por tal razão, entende a autora a divisão do princípio em três subprincípios, ou, fazendo menção ao Tribunal Constitucional Alemão, três condições que regem a aplicação deste princípio: idoneidade, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito¹¹⁸⁹. A mesma postura é adotada por Mariângela Gama de Magalhães Gomes em sua dissertação de mestrado defendida perante a Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, em 2003. Porém, com relação ao pensamento da jurista espanhola, diverge na ordem dos subprincípios (condições), optando pela alocação da necessidade antes da idoneidade. A autora justifica tal modificação pelo fato de que enquanto nas demais áreas do direito público se exige a análise inicial da idoneidade (ou adequação), na esfera penal isso não pode ocorrer, haja vista que antes de analisar se a relação entre o meio e o fim é idônea – ou adequada –, é

¹¹⁸¹ ÁVILA, Humberto. *Op. cit.*, p. 146.

¹¹⁸² ÁVILA, Humberto. *Op. cit.*, p. 79.

¹¹⁸³ ÁVILA, Humberto. *Op. cit.*, p. 147. No mesmo sentido, ESSADO, Tiago Cintra. *Op. cit.*, p. 55.

¹¹⁸⁴ ÁVILA, Humberto. *Op. cit.*, p. 147.

¹¹⁸⁵ ÁVILA, Humberto. *Op. cit.*, p. 174.

¹¹⁸⁶ ÁVILA, Humberto. *Op. cit.*, p. 174.

¹¹⁸⁷ Veja-se que tal postura é muito próxima da proposta de Humberto Ávila, porém, para este, a proporcionalidade não seria um princípio, mas um postulado normativo.

¹¹⁸⁸ CORREA, Teresa Aguado. **El principio de proporcionalidad em Derecho Penal**. Madrid: Edersa, 1999, 67.

¹¹⁸⁹ CORREA, Teresa Aguado. *Op. cit.*, p. 147.

preciso confirmar se a intervenção penal se faz necessária para proteção do bem jurídico em um determinado caso¹¹⁹⁰. Esta é a ordem adotada no presente trabalho.

A necessidade, segundo Correa, comprova-se por meio da exigência de proteção de bens jurídicos. Para a professora espanhola, o princípio da necessidade se concretiza com a “proteção de bens jurídicos e no princípio de intervenção mínima com as duas manifestações deste princípio: o princípio da subsidiariedade e o princípio da fragmentariedade”¹¹⁹¹. Idêntica é a exposição apresentada por Mariângela Gomes¹¹⁹². Lembra-se que os fundamentos de tais institutos já foram abordados nas páginas anteriores.

Ainda com base nos ensinamentos de Correa, pode-se afirmar que a idoneidade constitui a exigência do Direito Penal poder e dever intervir apenas quando seja, no mínimo, eficaz e idôneo para prevenir o delito, devendo-se evitar sua intervenção quando, por razões político-criminais, se mostre ineficaz, inadequado, inoperante ou contraproducente à prevenção de novos delitos¹¹⁹³.

Explica Mariângela Gama de Magalhães Gomes que a idoneidade deve ser entendida como a “avaliação sobre a qualidade instrumental do meio, de modo a identificar sua aptidão para alcançar a finalidade proposta”¹¹⁹⁴. Igualmente, explica que a doutrina convencionada chamar a idoneidade de adequação ou utilidade do intervento punitivo¹¹⁹⁵. Acerca deste subprincípio, Mariângela Gomes apresenta a dificuldade de legitimação dos tipos de perigo abstrato¹¹⁹⁶, conforme visto acima no pertinente ao princípio da ofensividade.

Por fim, tem-se o último subprincípio, intitulado proporcionalidade em sentido estrito (também denominado por alguns como razoabilidade¹¹⁹⁷), que está relacionado ao “campo da verificação do significado dos valores objetos de tutela, sendo que uma vez incriminada a conduta afrontosa ao bem jurídico digno de proteção penal, tem lugar a ulterior questão acerca da identificação da *medida* da

¹¹⁹⁰ GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **O princípio da Proporcionalidade do Direito Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 78-81.

¹¹⁹¹ CORREA, Teresa Aguado. *Op. cit.*, p. 159.

¹¹⁹² GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **O princípio...**, p. 82-125.

¹¹⁹³ CORREA, Teresa Aguado. *Op. cit.*, p. 152.

¹¹⁹⁴ GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **O princípio...**, p. 126.

¹¹⁹⁵ GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **O princípio...**, p. 126.

¹¹⁹⁶ GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **O princípio...**, p. 134.

¹¹⁹⁷ Por todos, LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. O princípio da proporcionalidade no direito penal econômico. *In*: PODVAL, Roberto. **Temas de Direito Penal Econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 313.

resposta sancionatória”¹¹⁹⁸. Em outras palavras, este subprincípio possui a função de delimitar o *ius puniendi*¹¹⁹⁹, motivo pelo qual se aplica sobre a individualização da pena, notadamente para delimitação dos limites mínimos e máximos no caso concreto e também na criação na sanção normativa.¹²⁰⁰

No campo do Direito Penal, o grande embate acerca da proporcionalidade está neste terceiro subprincípio (ou condição), sendo inúmeros os casos em que o Supremo Tribunal Federal teve de se manifestar para solucionar o conflito de proporção quando da individualização da pena¹²⁰¹. A título exemplificativo pode ser citado o *Habeas Corpus* nº 109012/PR¹²⁰², no qual se discutiu a dosimetria da pena para os casos de receptação. O crime previsto no artigo 180 tem suscitado diversos debates sobre a possibilidade de aplicação de uma pena maior à conduta praticada com dolo eventual do que a pena aplicada à conduta praticada com dolo direto¹²⁰³.

Na esfera específica dos delitos econômicos, é verificado o mesmo problema no pertinente ao crime de falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais, previsto no artigo 273 do Código Penal que possui como pena mínima dez anos de reclusão. A desproporção da pena à conduta é tamanhamente aviltante que existem julgados do Superior Tribunal de Justiça¹²⁰⁴ em que se discute a possibilidade de ser aplicado o limite abstrato mínimo da pena prevista ao crime de tráfico de drogas a tais casos, o que constitui uma aplicação da analogia em benefício do réu.

Outrossim, é possível mencionar os inúmeros projetos de cunho estritamente simbólico que propõem aumentos injustificados de inúmeros crimes, como por exemplo a lavagem de dinheiro, a violação de impedimento em processos falimentares, concorrência desleal, etc., dentro os quais, merece destaque o Projeto

¹¹⁹⁸ GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **O princípio...**, p. 155.

¹¹⁹⁹ CORREA, Teresa Aguado. *Op. cit.*, p. 275-276.

¹²⁰⁰ GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **O princípio...**, p. 166 e ss.

¹²⁰¹ Sobre a interpretação do princípio da proporcionalidade em sentido amplo apresentada pelo STF, tem-se o minucioso trabalho de Bruno Ramos Pereira, o qual analisa a aplicação do princípio nos votos do ministro Gilmar Mendes (PEREIRA, Bruno Ramos. **O uso da proporcionalidade no Supremo Tribunal Federal: Análise dos votos do ministro Gilmar Mendes (2004-2006.)** 2009. 112. 136. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo).

¹²⁰² STF – HC 109012, Relator: Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 12/03/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-058 DIVULG 26-03-2013 PUBLIC 01-04-2013

¹²⁰³ Sobre esse assunto, BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. vol. III. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 394 e ss.

¹²⁰⁴ STJ – HC: 167320 PR 2010/0056749-8, Relator: Ministra LAURITA VAZ, Data de Julgamento: 03/09/2013, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 11/09/2013; STJ – REsp 915442/SC, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 14/12/2010, DJe 01/02/2011.

de Lei do Senado nº 236, de 2012 – projeto do novo Código Penal. De acordo com o projeto, o crime de lavagem de dinheiro passará a ter uma pena máxima de dezoito anos, enquanto que a atual é de dez anos. Para o delito de violação de impedimento, previsto no artigo 177 da Lei 11.101/2005, a pena máxima aumentará de quatro para doze anos. Já para o crime de concorrência desleal, o projeto dobra pena máxima, aumentando de um para dois anos de prisão.

3.3 Aportes conclusivos

Diante do exposto, verifica-se que o Direito Penal Econômico não é um novo ramo do Direito Penal, tampouco pode-se afirmar que esteja numa situação de autonomia científica do Direito Penal tradicional. O que se verifica é o processo lógico de desenvolvimento social, econômico e cultural em razão do constante evoluir das relações humanas, isto é, como os atuais valores sociais são distintos daqueles existentes quando da formação dos Estados modernos, certamente os valores objeto de tutela penal também sofrerão ampliação ou modificação.

A isso se atribui processo pendular de migração de áreas jurídicas¹²⁰⁵, sob o qual se verifica a incidência dos delitos econômicos praticados por ou no contexto de uma empresa. Lembra-se com Bernd Schünemann que a criminalidade de empresa constitui a parte mais importante da criminalidade econômica¹²⁰⁶, motivo pelo qual as flexibilizações apontadas não podem ser aceitas de forma desmedida, exige-se a necessidade de se reafirmar as garantias penais, sob o risco de imposição de um Direito Penal ainda mais desagregador e seletivo.

Portanto, conclui-se que os princípios formadores do Direito Penal são, e deverão continuar sendo, os filtros seguros de delimitação metodológica das técnicas de punição na seara penal. O discurso de modernização deve ser refutado se propor qualquer nível de mitigação dos princípios formadores do Direito Penal. Não apenas a *Gesamtstrafrechtswissenschaft*, enquanto ciência autônoma no campo das ciências jurídicas, depende da preservação destes institutos, mas também o cidadão para não ter de se submeter ao totalitarismo estatal.

¹²⁰⁵ BUSATO, Paulo César. **Fundamentos...**, p. 173.

¹²⁰⁶ SCHÜNEMANN, Bernd. **Delincuencia empresarial: cuestiones dogmáticas y de política criminal**. Buenos Aires: Fabián J. Di Plácidos, 2004, p. 19.

Para uma efetiva atuação penal na seara econômica, é preciso modificar as normas aplicadas às relações empresariais, tributárias e trabalhistas: “fechar o cerco” para os agentes econômicos nas searas de competência originária da matéria. Somente após tais instâncias falharem é que se poderá cogitar um aumento da intervenção penal.

A proposta de utilização de meios alternativos como o Direito de Intervenção somente se materializará de forma efetiva se o ideário de *ultima ratio* do Direito Penal for o norte delimitador das políticas criminais. Afinal, não se produz justiça social (no sentido de promoção do desenvolvimento e equiparação de condições sócio-econômicas) por meio do Direito Penal.

Não se pode renunciar às garantias penais historicamente conquistadas. Elas são a barreira intransponível imposta ao poder estatal. Sem elas, certamente, cair-se-ia no abismo profundo e escuro das masmorras medievais e o Direito Penal voltaria a usar os trajes de carrasco, legitimando-se, por conseguinte, o abandono do referencial humano enquanto norte de todo o sistema jurídico. A busca por “justiça” não pode servir de ferramenta para ceifar direitos dos cidadãos. Tal situação modifica o verdadeiro significado da palavra e, como bem alerta Amartya Sen, “o uso excessivo do conceito de justiça acaba por reduzir a força da idéia quando aplicada às terríveis privações e desigualdades que caracterizam o mundo em que vivemos. A justiça é como um canhão, e não precisa ser disparada para matar um mosquito”¹²⁰⁷.

Tais considerações são de extrema importância para o campo da delinquência econômica. Afinal, esta tem sido uma das áreas de maior produção legislativa penal, que em sua grande maioria propõem o aumento das incriminações e das penas, como se punir atores econômicos de forma desmedida significasse a evolução social prometida no corpo do texto constitucional quando trata do sistema econômico. É preciso que se puna, por meio do Direito Penal, uma série de condutas econômicas ilícitas, porém isso não implica na necessidade de abandonar as garantias penais.

Somente com este pensamento é que se alcançará um Direito Penal Econômico adequado aos princípios gerais do Direito Penal, deixando de ser uma

¹²⁰⁷ SEN, Amartya. **Desenvolvimento...**, p. 289.

mera ficção ou então um instrumento de depravação das garantias penais historicamente conquistadas.

CONCLUSÕES

1. As relações entre Direito e Economia devem ser analisadas sob o enfoque de sua natureza interrelacional. A relação de interação é a que melhor explica como os valores sociais incidem em todos os campos da vivência humana, haja vista ser o desenvolvimento histórico o condicionador da relação entre Direito e Economia. A modificação dos processos de produção e dos meios de utilização das forças naturais operam mutações em todos os ramos do saber, especialmente no Direito.

2. A evolução do capitalismo proporciona a modificação simultânea dos modelos de intervenção normativa sobre a sociedade. O texto da Constituição Federal de 1988 é extremamente claro ao expor que o sistema econômico deve ser interpretado à luz dos valores fundamentais da carta da República. Portanto, a intervenção na seara econômica se justifica ao passo que sirva para estruturar a sociedade brasileira em direção ao desenvolvimento equilibrado e equânime.

3. O processo de massificação da produção econômica posterior à Segunda Guerra Mundial gerou a necessidade de buscas por novos mercados. As insuficiências econômicas regionais, acrescidas à luta polarizada por dois atores (EUA e URSS) durante boa parte do século passado produziram modificações no cenário econômico mundial. Com o fim da Guerra Fria, vive-se a expansão mundial e ilimitada dos valores e interesses econômicos. O fenômeno do Globalismo e da Globalidade demonstram a impossibilidade de se conceber uma sociedade limitada territorialmente. Acrescido a isso, o fenômeno da insegurança relativo às incertezas produzidas pelo avanço tecnológico proporciona o cenário ideal para os efeitos “preenchedores” do capitalismo influírem sobre a formação das pessoas. O efeito irrevogável da globalização somado aos anseios da sociedade pós-moderna equivalem aos alicerces do edifício do sistema jurídico que prescinde de uma nova “reforma”.

4. O texto constitucional detém delimitações, orientações e recortes de materiais que expõem e determinam os nortes de toda a técnica do sistema jurídico. Parcela da doutrina atribui uma força vinculante aos preceitos penais da Constituição. Contudo, tal posicionamento afronta os princípios estruturais do Direito

Penal, além de retirar do legislador ordinário sua função precípua no campo penal. Aceitar a teoria dos mandados de criminalização implica na perda da capacidade de refrear o ímpeto generalista do constituinte. A negação da existência dos mandados de criminalização é a proposta que melhor se adéqua a um modelo democrático de Direito Penal.

5. O modelo de atuação do Direito Penal deve corresponder aos anseios sócio-econômicos do período histórico em que esteja inserido. Por isso, em razão dos avanços vivenciados no contexto econômico e social nos últimos cinquenta anos, ganha destaque o grupo das condutas agressivas aos interesses econômicos da sociedade. O reconhecimento da existência da criminalidade de colarinho branco é essencial para a compreensão da importância científica do estudo dos delitos econômicos.

6. O Direito Penal Econômico deve ser conceituado de forma ampla, possibilitando o entendimento de que os delitos econômicos não são apenas os fatos puníveis dirigidos contra os planos econômicos estatais, mas também todo o conjunto de delitos relacionados à atividade empresarial e direcionados contra as normas estatais que organizam e protegem a vida econômica.

7. Conclui-se que o Direito Penal Econômico é parte integrante da Ciência Global do Direito Penal (*Gesamtstrafrechtswissenschaft*), por tal razão não deve ser atribuído ao Direito Penal Econômico nenhuma autonomia científica. O Direito Penal Econômico é ramo específico de incriminação, pertencente ao Direito Penal clássico. Os processos de modernização e expansão são mal interpretados pela doutrina, pois não se está ampliando o campo de atuação do Direito Penal, mas apenas modificando seu conteúdo em razão do movimento pendular histórico dos procedimentos de migração e digressão de conteúdo pertence à seara penal.

8. Enquanto ramo específico de incriminação, o Direito penal Econômico detém cinco características marcantes: a) natureza supraindividual dos bens jurídicos; b) os delitos econômicos são complementares; c) os delitos econômicos detém peculiaridades no aspecto processual, como a dificuldade de delimitação das condutas de cada agente; d) os delitos econômicos detém um atributo criminológico

de extrema importância para seu reconhecimento como delitos de “colarinho branco” (autor dos crimes socioeconômicos sempre deterá algumas características pessoais peculiares e, geralmente, vinculadas a um específico *modus operandi.*); e) a execução das condutas delituosas sempre se será por meio de uma empresa ou em benefício desta.

9. O debate acerca do reconhecimento da autonomia científica do Direito Penal Econômico deve levar em consideração que toda ciência parte de um método, o qual delimita as técnicas que serão empregadas no estudo do objeto específico. Atrelados ao método e ao objeto, estão os princípios que norteiam determinado ramo científico. Desta forma, a discussão sobre a modernização/expansão – aqui entendida como movimento pendular de migração e digressão – do Direito Penal e o debate acerca da autonomia do Direito Penal Econômico provocam efeitos diretos no campo principiológico do Direito Penal.

10. A aceitação de uma autonomia científica do Direito penal Econômico implicaria na necessidade de tratamento diferenciado para grupos específicos de autores. Um aumento de repressão às condutas lesivas ao sistema econômico não proporciona uma igualdade em face da chamada criminalidade tradicional. Pelo contrário, o aumento da repressão para as camadas mais abastadas implica, inevitavelmente, em prejuízos ainda maiores às camadas sociais menos favorecidas. O Direito Penal não é instrumento produtor de equilíbrio socioeconômico, seu uso deve estar resguardado às agressões mais graves aos bens jurídicos mais importantes da sociedade.

11. A adoção de posturas alternativas, tais como o Direito de Intervenção, só se mostrarão eficazes se for mantida a ideia de que o Direito Penal deve ser o último mecanismo de controle social. Para isso, é imprescindível que as áreas extrapenais atuem de forma mais contundente e somente com a falha destas é que se poderá solicitar um avanço do instrumentário penal.

12. A política criminal, instrumento materializador da função política do Direito, deve estar sempre voltada aos ideias garantistas e de liberdade. Uma política criminal que não detenha este recorte ideológico não estará em harmonia

com os preceitos de um Estado Democrático de Direito. As garantias penais conquistadas ao longo da história são irrenunciáveis, motivo pelo qual deve ser refutada toda e qualquer concepção que proponha sua relativização.

13. A preservação das garantias penais é estruturada pela formação principiológica do Direito Penal, o qual possui seis princípios fundamentais: a) legalidade; b) humanidade; c) ofensividade; d) intervenção mínima; e) culpabilidade; e, f) proporcionalidade. Estes princípios têm sofrido fortes confrontos com as modificações trazidas pelo processo de migração e digressão de conteúdos penais.

14. O princípio da legalidade deve manter suas garantias estruturais, renunciando ao uso desmedido da analogia, bem como preservando as determinações temporais das normas penais e adequando os mecanismos incriminadores às condutas socialmente adequadas. No concernente à taxatividade, é preciso preservar a proibição de normas e penas incertas, diminuindo-se ao máximo possível o uso de normas penais abertas, normas penais em branco e técnicas de remissão, além de esclarecer melhor os conceitos técnicos e excluir os termos imprecisos.

15. O princípio da humanidade tem sido posto à prova com o aumento desenfreado de movimentos partidários do aumento de incriminação na esfera econômica. A mídia desempenha papel destacado no desrespeito ao princípio ético da alteridade, pilar estruturante da dignidade humana e do viver pacífico. O princípio da humanidade deve permanecer atuando como verdadeiro estandarte do Estado Democrático de Direito.

16. O princípio da ofensividade tem tido dificuldades para se manter não apenas no campo dos delitos econômicos. Muitas teorias têm questionado a necessidade de se preservar o referencial do bem jurídico. No entanto, apenas o bem jurídico é capaz de proporcionar uma delimitação segura, direcionada aos anseios da pessoa humana e de seu desenvolvimento, capaz de afastar a tentativa de tutelar, por meio do Direito Penal, meras funções estatais. Além disso, é preciso se atentar ao emprego excessivo de tipos delitivos de perigo. É certo que determinados bens jurídicos não admitem mais sequer sua exposição ao perigo,

contudo tais tipos delitivos não devem ser a regra, seu uso deve ser excepcional e controlado.

17. A intervenção mínima constituída pelos preceitos de fragmentariedade e subsidiariedade deve ser mantida sob o manto da *ultima ratio*. As áreas extrapenais, principalmente a administrativa, devem ser estruturadas para exercerem o controle social de forma adequada. Somente com a atividade insatisfatória desses mecanismos é que se poderá solicitar um avanço do instrumentário penal. No tocante ao princípio da insignificância é preciso reestruturar a forma como este instituto tem sido aplicado no Direito Penal. Os “vetores” criados pela jurisprudência em nada auxiliam a atividade jurisdicional, são, na verdade, termos dotados de abstração e ausentes de conteúdo material que justifiquem a importância a eles atribuída, especialmente quando se compara a aplicação do princípio em delitos patrimoniais e econômicos.

18. O princípio da culpabilidade precisa manter suas garantias intactas, especialmente frente à utilização de tipos delitivos por acumulação e aplicação da teoria da cegueira deliberada para apurar condutas em dolo eventual. No pertinente à delimitação da autoria, além de exigir o respeito à presunção constitucional de inocência, este princípio deve servir como reforço ao mau uso da teoria do domínio do fato. Ademais, diante do avanço das práticas econômicas, é preciso debater a responsabilização penal das pessoas jurídicas como via efetiva no controle da delinquência economia e de empresa. Tornou-se imprescindível uma análise profunda e detalhada acerca das técnicas penais e extrapenais que poderão ser usadas nesse intuito.

19. O princípio da proporcionalidade, aplicável a todos os ramos do ordenamento jurídico, estruturado pela necessidade, idoneidade e proporcionalidade em sentido estrito, deve servir a uma melhor aplicação e formulação do Direito Penal. Nesse sentido, enfatiza-se que muito Direito Penal equivale a nenhum Direito Penal. O juízo de proporcionalidade deve ser realizado não apenas na atividade hermenêutica, mas também no processo legislativo no sentido de evitar que um bem jurídico supraindividual, em regra tutelado por delitos de perigo, tenha pena superior

quando comparado a um delito que atinja bens jurídicos individuais que são, geralmente, tutelados por delitos de dano.

20. Em suma, conclui-se, portanto, pelo reconhecimento do Direito Penal Econômico como ramo pertencente ao Direito Penal clássico, motivo pelo qual as garantias principiológicas estruturais devem ser preservadas a todo custo. Se o objetivo é ampliar a tutela penal sobre novas áreas, é preciso que isto ocorra apenas quando apurada a ineficácia de outros meios. Somente nessas condições é que deve ser aceito que o Estado se valha de seu pináculo punitivo. Caso isto não ocorra, estar-se-á destituindo o cidadão de garantias historicamente reconhecidas, fazendo com que o Direito Penal regreda a um modelo pré-liberal de cunho absolutista, marcado pela ausência de preocupação com a pessoa humana e com os ideais de um Estado Democrático e de Direito, como o que fora delimitado no corpo do texto constitucional de 1988.

BIBLIOGRAFIA

ACHENBACH, Hans. Movimento de reforma do Direito Penal Econômico – uma retrospectiva. *In*: OLIVEIRA, William Terra de; LEITE NETO, Pedro Ferreira; ESSADO, Tiago Cintra; SAAD-DINIZ, Eduardo. **Direito penal econômico: Estudos em homenagem aos 75 anos do Professor Klaus Tiedmann**. São Paulo: LiberArs, 2013, p. 35-44.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

ALMEIDA, Arnaldo Quirino de. **Direito Penal Econômico e autoria no crime tributário praticado em nome e no interesse da pessoa jurídica**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.

ANDRADE, Guilherme Oliveira de. **O princípio da intervenção mínima e o direito penal de risco**. 2009. 196. Dissertação (Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania) – Centro Universitário Curitiba, Curitiba, Paraná.

ARAÚJO JÚNIOR, João Marcello. **Dos crimes contra a ordem econômica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

_____. O Direito Penal Econômico. *In*: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, ano 7, n. 25. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan.-mar./1999, p. 142-156.

_____. Os crimes contra o sistema financeiro no esboço de nova parte especial do Código Penal de 1994. *In*: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, ano 3, n. 11. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 145-165.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.

ARZT, Gunther. A parte especial do Direito Penal Material. *In*: ROXIN, Claus; ARZT, Gunther; TIEDEMANN, Klaus. **Introdução ao Direito Penal e ao Direito Processual Penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 77-142.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

AZZATO, María Victoria; MAZZÓN, Mariela E. Algunas reercusiones de la expansión del Derecho Penal en el ámbito penal económico argentino. *In*: RUBINSKA, Ramiro M; ALMENAR, Daniel Schurjin. **Derecho penal económico**, tomo I. Buenos Aires: Marcial Pons, 2010 p. 187-238.

BACH, Marion. **Leis Penais em Branco e Princípio da Legalidade Penal**: Análise à luz da sociedade contemporânea. 2012. 187. Dissertação (Mestrado em Direito de Estado) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, Paraná.

BACIGALUPO, Enrique. **Direito Penal**: Parte geral. São Paulo: Malheiros, 2005.

BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de Dinheiro**: Aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei 9.613/1998, com as alterações da Lei 12.683/2012. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

BAJO, Miguel; BACIGALUPO, Silvina. **Derecho Penal Económico**. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2001.

BALDAN, Édson Luís. **Fundamentos do Direito Penal Econômico**. Curitiba: Juruá, 2005.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**: introdução à sociologia do direito penal. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

BASSO, Larissa de Santis. **A eficácia do regionalismo no desenvolvimento**: Reflexões para a América Latina. 2008. 188. Dissertação (Mestrado em Direito Internacional) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao Direito Penal brasileiro**. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

_____. **Lições de Direito Penal Falimentar**. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

BAUMAN, Zygmunt. **Globalização**: As conseqüências humanas. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

_____. **Modernidade Líquida**. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. tradução de Torrieri Guimaraes. São Paulo: Martin Claret, 2005.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. A criminalização do enriquecimento ilícito de funcionário público: Lições ao Brasil sobre o perigo de retrocesso do direito penal ao período pré-iluminista. *In: Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 20, nº 98. São Paulo: Revista dos Tribunais, set./out./2012, p. 503-538.

_____. **Da teoria do Bem Jurídico como critério de legitimidade do Direito Penal.** 2012. 464. Tese (Livre Docência em Direito Penal) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo.

_____. Delitos de acumulação e racionalidade da intervenção penal. *In: Boletim IBCCRIM.* São Paulo: IBCCRIM, ano 17, n. 208, mar/2010, p. 03-05.

_____. Derechos humanos y limites de la intervención penal en Brasil. *In: Revista Brasileira de Ciências Criminales,* ano 18, nº 85. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul-ago/2010, p. 119-158.

BECK, Ulrich. **O que é globalização?** Equívocos do globalismo: resposta à globalização. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

_____. **Sociedade de risco:** rumo a uma outra modernidade. São Paulo: ed. 34, 2010.

BERCOVICI, Gilberto; SOUZA, Luciano Anderson de. Intervencionismo Econômico e Direito Penal Mínimo: uma equação possível. *In: OLIVEIRA, William Terra de; LEITE NETO, Pedro Ferreira; ESSADO, Tiago Cintra; SAAD-DINIZ, Eduardo. Direito penal econômico: Estudos em homenagem aos 75 anos do Professor Klaus Tiedmann.* São Paulo: LiberArs, 2013, p. 13-28.

BERGEL, Jean-Louis. **Teoria Geral do Direito.** 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

BERRUEZO, Rafael. **Derecho Penal Económico.** Córdoba: Nuevo Enfoque Jurídico, 2011.

_____. Derecho Penal Económico. *In: BERRUEZO, Rafael et al. Derecho Penal Económico.* Buenos Aires: B de F, 2010, p. 1-76.

BETTIOL, Guisepppe. **Direito Penal.** Campinas: Red Livros, 2000.

BIRNBAUM, Johann Michael Franz. **Sobre la necesidad de una lesión de derechos para el concepto de delito.** Trad. José Luis Guzmán Dalbora. Montevideo – Buenos Aires: Editorial B de F. 2010.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito penal:** Parte Geral, vol. 1. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. **Tratado de Direito Penal.** vol. III. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de Filosofia do Direito**. 9. ed. São Paulo, Saraiva, 2011.

BOBBIO, Norberto; MATEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. 11. ed. Brasília: UNB, 1998.

BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e Democracia**. São Paulo: Brasiliense, 1988.

_____. **Teoria Geral do Direito**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BOTTINI, Perpaolo Cruz. **Crimes de Perigo Abstrato**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____; OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de; PAPA, Douglas de Barros Ibarra; RIBEIRO, Thaísa Bernhardt. A confusa exegese do princípio da insignificância e sua aplicação pelo STF: Análise estatística de julgados. *In: Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 20, n. 98. São Paulo: Revista dos Tribunais, set.-out./2012, p. 117-148.

BRANDÃO, Claudio. **Introdução ao direito penal**: análise do sistema penal à luz do princípio da legalidade. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. Culpabilidade: sua análise na dogmática e no Direito Penal brasileiro. *In: Ciências Penais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 1, n. 1, set.-dez/2004, p. 171-184.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 2130/SC**, Relator: Min. Celso de Mello, julgado em 28/08/2001, publicado em 04/09/2001.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 76978**, Relator: Min. Maurício Corrêa, Segunda Turma, julgado em 29/09/1998, DJ 19-02-1999 PP-00027 Ement Vol-01939-01 PP-00060.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 81611/DF**, Relator: Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, Data de Julgamento: 10/12/2003, Data de Publicação: 13/05/2005 PP-00006 EMENT VOL-02191-1 PP-00084.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 81929/RJ**, Relator: Min. Sepúlveda Pertence, Data de Julgamento: 15/12/2003, Primeira Turma, Data de Publicação: DJ 27-02-2004 PP-00027 EMENT VOL-02141-04 PP-00780.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 82424/RS**, Relator Min. Moreira Alves, Relator p/ Acórdão: Min. Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, julgado em 17/09/2003.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 84223/RS**, Relator: Min. Eros Graus, Data de Julgamento: 03/06/2008, Primeira Turma, Data de Publicação: 23/10/2009, DJe-200 DIVULG 22/10/2009 EMENT VOL-02379-04 PP-00714.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 90779/PR**, Relator: Min. Carlos Britto, Data de Julgamento: 17/06/2008, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-202 Divulg 23-10-2008 PUBLIC 24-10-2008 Ement Vol-02338-02 pp-00244

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 96309/RS**, Relator: Cármen Lúcia, Data de Julgamento: 24/03/2009, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-075 Divulg 23-04-2009 Public 24-04-2009 Ement Vol-02357-03 PP-00606.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 96976/PR**, Relator: Cezar Peluso, Data de Julgamento: 10/03/2009, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-084 Divulg 07-05-2009 Public 08-05-2009 Ement Vol-02359-04 PP-00815.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 98898/SP**, Relator: Min. Ricardo Lewandowski, Data de Julgamento: 20/04/2010, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-091 Divulg 20-05-2010 Public 21-05-2010 Ement Vol-02402-04 PP-00778.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 104467/RS**, Relator: Min. Carmen Lúcia, Data de Julgamento: 08/02/2011, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-044 Divulg 04-03-2011 Public 09-03-2011 Ement Vol-02477-01 PP-00057.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 107733/MG**. Relator: Min. Luiz Fux, Data de Julgamento: 04/04/2011, Data de Publicação: DJe-068 divulg 08/04/2011 public 11/04/2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 109012/PR**, Relator: Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 12/03/2013, processo eletrônico DJe-058 DIVULG 26-03-2013 public 01-04-2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 111756/MC**, Relator: Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 22/12/2011, publicado em processo eletrônico DJe-022 divulg 31/01/2012 public 01/02/2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Inquérito nº 2786**, Relator: Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, Data de Julgamento: 17/02/2011, Data de Publicação: 06/06/2011, DJe-107 DIVULG 03-06-2011 EMENT VOL-02537-01 PP-00001

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental na Petição no Agravo em Recurso Especial nº 151.885/PR**. Relatora Min. Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 11/09/2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 150032/MG**, Relator: Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, Data de Julgamento: 04/08/2011, Data de Publicação: DJ-e 29/08/2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 167320/PR** 2010/0056749-8, Relator: Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, Data de Julgamento: 03/09/2013, Data de Publicação: DJe 11/09/2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 236376/SC**, Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, Data de Julgamento: 19/11/2012, Data de Publicação: 01/02/2013 DJe.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 30705/SP** 1992/0033143-2, Relator: Ministro Adhemar Maciel, Sexta Turma Data de Julgamento: 14/03/1995, Data de Publicação: DJ 03/04/1995 p. 8150 RJDTACSP vol. 29 p. 480 RT vol. 715 p. 539.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 213054/SP**, Rel. Ministro José Arnaldo da Fonseca, Terceira Seção, julgado em 24/10/2002, DJ 11/11/2002, p. 148.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 915442/SC**, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 14/12/2010, DJe 01/02/2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, **Recurso Especial nº 1.193.196/MG**, Relator: Ministra Maria Thereza De Assis Moura, Data de Julgamento: 26/09/2012, S3 – Terceira Seção.

BREGA FILHO, Vladimir. **Direitos Fundamentais na Constituição de 1988**: conteúdo jurídico das expressões. São Paulo: Juarez de Freitas, 2002.

BRUNO, Anibal. **Direito Penal**. tomo 1º. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

BUSATO, Paulo César. **Direito Penal**: parte geral. São Paulo: Atlas, 2013.

_____. **Fundamentos para um Direito Penal Democrático**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

_____. Por que, afinal, aplicam-se penas? In: SCHMIDT, Andrei Zenkner. **Novos Rumos do Direito Penal Contemporâneo** – Livro em homenagem ao Prof. Dr. Cezar Roberto Bittencourt. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 511-523.

_____. Razões criminológicas, político-criminais e dogmáticas para a adoção da responsabilidade penal de pessoas jurídicas na reforma do Código Penal brasileiro. *In: Revista Liberdades*. Edição Especial: Reforma do Código Penal. São Paulo, 2012, p. 98-128.

CALEGARI, André Luís. Domínio do fato, limites normativos da participação criminal e dolo eventual no delito de lavagem de dinheiro: reflexos na APn 470/MG. *in: Revista dos Tribunais*, ano 102, vol. 933. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul./2013, p. 111-129.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARRARA, Angelo Alves. **Impostos, contrabando e revoltas no setecentos colonial**. (comentário). Disponível em: <<http://www.historiacolonial.arquivonacional.gov.br>>. Acesso em 25 jun. 2013.

CASTIGLIONE, Hugo. La expansión del Derecho penal y su repercusión en el ámbito económico. *In: RUBINSKA, Ramiro M; ALMENAR, Daniel Schurjin. Derecho penal económico*, tomo I. Buenos Aires: Marcial Pons, 2010, p. 143-170.

CASTILHO, Ricardo. **Filosofia do Direito**. São Paulo: Saraiva, 2012.

CAETANO, Matheus Almeida. Ofensividade e delitos de acumulação no direito penal ambiental. *In: Boletim IBCCRIM*. São Paulo: IBCCRIM, ano 19, n. 220, mar/2011, p. 12-13.

CASTRO CUENCA, Carlos Guillermo; RAMÍREZ BARBOSA, Paula Andrea. **Derecho Penal Económico**: Parte General. Bogotá: Editorial Ibañez, 2010.

CESANO, José Daniel. La imputación penal em el ámbito de la empresa y las estructuras omissivas: bases para su análisis. *In: BERRUEZO, Rafael et al. Derecho Penal Económico*. Buenos Aires: B de F, 2010, p.177-216.

CERVINI, Raúl. Derecho Penal Económico – Concepto y Bien Jurídico. *In: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel. Direito Penal Econômico e da Empresa: Direito Penal econômico*. Coleção doutrinas essenciais; v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 229-260.

CIPRIANI, Mário Luís Lírio. Direito penal econômico e legitimação da intervenção estatal – Algumas linhas para a limitação ou não-intervenção penal no domínio econômico à luz da função da pena e da política criminal. *In*: D'AVILA, Fabio Roberto; SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. **Direito Penal Secundário**: Estudos sobre crimes econômicos, ambientais, informáticos e outras questões. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra Editora, 2006, 437-468.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**, vol. 1. 9. Ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. Dignidade da Pessoa na Economia Globalizada. *In*: MIRANDA, Jorge; MARQUES DA SILVA, Marco Antonio. **Tratado Luso-brasileiro da Dignidade Humana**. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 1344-1354.

_____. **Direito e Poder**. São Paulo: Saraiva, 2005.

COELHO, Yuri Carneiro. **Bem jurídico-penal**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

CONTE, Giuliano. **Da crise do feudalismo ao nascimento do capitalismo**. Lisboa: Editorial Presença, 1979.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & Economia**. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

CORREA, Teresa Aguado. **El principio de proporcionalidad em Derecho Penal**. Madrid: Edersa, 1999.

CORREIA, Eduardo. Introdução ao Direito Penal Económico. *In*: **DIREITO Penal Económico e Europeu**: textos doutrinários: volume I – problemas gerais. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 293-318.

COSTA, Claudio. **Crimes de Sonegação Fiscal**. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

COSTA, Daniela Carvalho Almeida da. **O fenômeno da Globalização e seus reflexos nas Ciências Criminais**. 2005. 302. Tese (Doutorado em Direito Penal) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo.

COSTA, Helena Regina Lobo. **A dignidade humana**: Teorias de prevenção geral positiva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. **Direito Penal Econômico e Direito Administrativo Sancionador**: *ne bis in idem* como medida de política sancionadora integrada. 2013. 261. Tese (Livro

Docência em Direito Penal) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo.

_____. **Proteção Penal Ambiental**. São Paulo: Saraiva, 2010.

COSTA, Igor Sporch da. **Igualdade na diferença e tolerância**. Viçosa: Editora Universidade Federal de Viçosa, 2007.

COSTA, José de Faria. **Direito Penal Económico**. Coimbra: Quarteto, 2003.

_____. **Linhas de Direito Penal e de Filosofia**: alguns cruzamentos reflexivos. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

_____; ANDRADE, Manuel da Costa. Sobre a concepção e os princípios do Direito Penal Económico: Notas a propósito do Colóquio preparatório da AIDP. *In*: PODVAL, Roberto. **Temas de Direito Penal Económico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 99-120.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **A lide e o conteúdo do processo penal**. Curitiba: Juruá, 1989.

CRETELA JÚNIOR, José. **Primeiras Lições de Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

CRUZ, Flavio Antônio da. Provocações sobre a interpretação das fontes do Direito Penal Económico: Entre a relatividade hermenêutica e o dogma constitucional da taxatividade. *In*: FRANCO, Alberto Silva; LIRA, Rafael (coord.). **Direito Penal Económico**: Questões atuais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 71-135.

D'AVILA, Fábio Roberto. Aproximações à teoria da exclusiva proteção de bens jurídicos no direito penal contemporâneo. *In*: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, ano 17, n. 80, São Paulo: Revista dos Tribunais, set-out/2009, p. 7-34.

_____. **Ofensividade e Crimes omissivos próprios**. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

DAVID, Décio Franco; ZAMBIAZI, Larissa Horn. Ofensividade, Bem jurídico e Conteúdo Material da imputação. *In*: BUSATO, Paulo César. **Teoria do Delito**. Curitiba: Juruá, 2012, p. 71-92.

_____; _____. O papel do bem jurídico e a estrutura do delito no Sistema Penal. *In*: BUSATO, Paulo César. **Fundamentos do Direito Penal**. Curitiba: Juruá, 2013, p. 43-70.

_____; CAMBI, Eduardo Augusto Salomão. A legitimidade do Direito Penal para combater a corrupção. *In: Revista dos Tribunais*, ano 101, v. 924. São Paulo: Revista dos Tribunais, out./2012, p. 261-296.

DE PLÁCIDO E SILVA, Oscar Joseph. **Vocabulário Jurídico**. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

DELMANTO, Fábio Machado de Almeida. O Término do processo administrativo-fiscal como condição da ação penal nos crimes contra a ordem tributária. *In: Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 6, n. 22. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr.-jun./1998, p. 63-79.

DIAS, Jorge de Figueiredo. Breves considerações sobre o fundamento, o sentido e a aplicação das penas em Direito Penal Económico. *In: PODVAL, Roberto. Temas de Direito Penal Económico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 121-135.

_____. **Direito Penal: Parte Geral**, tomo I. São Paulo: Revista dos Tribunais, Coimbra Editora, 2007.

_____; ANDRADE, Manuel da Costa. Problemática Geral das Infrações contra a Economia Nacional. *In: PODVAL, Roberto. Temas de Direito Penal Económico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 64-98.

_____. **Temas básicos da doutrina penal**. Coimbra: Coimbra, 2001.

DIMOULIS, Dimitri. **Manual de Introdução ao Estudo do Direito**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DOTTI, René Ariel. Algumas reflexões sobre o “direito penal dos negócios”. *In: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel. Direito Penal Económico e da Empresa: Teoria geral da tutela penal transindividual*. Coleção doutrinas essenciais; v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 707-726.

_____. Crime contra o Sistema Financeiro Nacional. *In: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel. Direito Penal Económico e da Empresa: Direito Penal Tributário, Previdenciário e Financeiro*. Coleção doutrinas essenciais; v. 5. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 1001-1023.

_____. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. O Direito Penal Económico e a Proteção do Consumidor. *In: Revista de Direito Penal e Criminologia*, nº 33. Rio de Janeiro: Ed. Forense, jan.-jun./1982, p. 130-158.

_____; SCANDELARI, Gustavo Britta. Ausência do tipo penal de organização criminosa na legislação brasileira. *In: Revista Ciências Penais*, ano 7, n. 13. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul.-dez./2010, p. 332-349.

ESSADO, Tiago Cintra. **O princípio da proporcionalidade no Direito Penal**. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 2008.

EDITORIAL. O IBCCRIM como *amicus curiae*. **Boletim IBCCRIM**. São Paulo: IBCCRIM, ano 18, n. 222, mai/2011, p. 01.

ESTELLITA, Heloisa. **A tutela penal e as obrigações tributárias na Constituição Federal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. **Criminalidade de empresa, quadrilha ou bando e organização criminosa**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____; GRECO, Luís. Empresa, quadrilha (Art. 288 do CP) e organização criminosa: uma análise sob a luz do bem jurídico tutelado. *In: Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 19, n. 91. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul.-ago./2011, p. 393-409.

_____. Tipicidade no Direito Penal Econômico. *In: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel. Direito Penal Econômico e da Empresa: Direito Penal econômico. Coleção doutrinas essenciais; v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 153-174.*

FALCÓN Y TELLA, Maria José. **Lições de Teoria Geral do Direito**. Tradução de Claudia de Miranda Avena, Ernani de Paula Contipelli. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

FARIA, Maria Paula Bonifácio Ribeiro de. **A adequação social da conduta no Direito Penal: ou o valor dos sentidos sociais na interpretação da lei penal**. Porto: Publicações Universidade Católica, 2005.

FARIA, José Eduardo. **Direitos humanos e globalização econômica: notas para uma discussão**. São Paulo: Estudos Avançados, 1997.

FAYET JÚNIOR, Ney. A Criminalidade Econômica e a Política Criminal: Desafios da Contemporaneidade. *In: Revista de Estudos Criminais*. Porto Alegre: Notadez, v. 8, nº 30, jul/set, 2008, p. 137-155.

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

_____. A criminalização da atividade empresarial no Brasil: entre conceitos e preconceitos. *In*: BOTTINO, Thiago; MALAN, Diogo (coord.). **Direito penal e economia**. Rio de Janeiro: Elsevier: FGV, 2012, p. 99-109.

_____. **Direitos Fundamentais e Direito Penal**: A constituição penal. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

_____. Organizações criminosas como critério determinante de competência jurisdicional: problemas à vista. *In*: **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, ano 14, n. 170, p. 13-14, jan. 2007.

_____. **Tutela Penal de Interesses Difusos e Crimes do Colarinho Branco**: por uma relegitimação da atuação do ministério público: uma investigação à luz dos valores constitucionais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

FERRARI, Eduardo Reale. Direito Penal do Consumidor e a tutela de bens jurídicos supraindividuais: Uma análise constitucional. *In*: PRADO, Luiz Regis. **Direito Penal Contemporâneo**: Estudos em homenagem, ao Professor José Cerezo Mir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 274-291.

_____. Legislação Penal Antitruste: Direito Penal Econômico e sua Acepção Constitucional. *In*: REALE, Miguel; REALE JÚNIOR, Miguel; FERRARI, Eduardo Reale. **Experiências do Direito**. Campinas: Millenium, 2004, p. 253-315.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **A Ciência do Direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

_____. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. **Cuestiones Actuales de Derecho Penal Económico**. Buenos Aires: B de F, 2009.

FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. **Tratado de Derecho Penal**. 14. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2007.

FONSECA, Antonio Cezar Lima da. **Direito Penal do Consumidor**: Código de Defesa do Consumidor e Lei nº 8.137/90. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

FONSECA, Hugo Duarte. Direito Penal Econômico: Da autonomia dogmática à integridade nos princípios (*ou*) para uma cosmovisão: do big bang na dogmática à radiação fóssil dos princípios. COSTA, José de Faria (coord.). **Temas de Direito Penal Econômico**. Coimbra: Coimbra editora, 2005, p. 147-202.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. 36. Ed. Petrópolis: Vozes, 2009.

FRAGOSO, Christiano Falk. **Autoritarismo e Sistema Penal**. 2011. 379. Tese (Doutorado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.

FRAGOSO, Heleno. **Direito Penal e Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

_____. Direito Penal Econômico e Direito Penal dos Negócios. *In: Revista de Direito Penal e Criminologia*, nº 33. Rio de Janeiro: Ed. Forense, jan.-jun./1982, p. 122-129.

FRANCO, Alberto Silva. A crise financeira de 2008: cinco anos depois. *In: Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 21, n. 103. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul.-ago./2013, p. 131-157.

_____. Globalização e Criminalidade dos Poderosos. *In: PODVAL, Roberto. Temas de Direito Penal Econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 235-277.

_____; LIRA, Rafael; FÉLIX, Yuri. **Crimes Hediondos**. 7. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

FREITAS, Ricardo de Brito Albuquerque Pontes. **Razão e sensibilidade: fundamentos do direito penal moderno**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

FRONTINI, Paulo Salvador. Crime Econômico por meio da empresa. *In: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel. Direito Penal Econômico e da Empresa: Direito Penal econômico*. Coleção doutrinas essenciais; v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 217-227.

FURTADO, Celso. Da objetividade do economista. *In: Subdesenvolvimento e Estado Democrático*. Recife: Condepe, 1962. Disponível em: <http://www.centrocelsofurtado.org.br/arquivos/image/201108311215480.da_objetividade_do_economista.pdf>. Acesso em: 10 out. 2013.

_____. **Formação econômica do Brasil**. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1998.

GALVÃO, Fernando. **Direito Penal: Parte Geral**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GARCIA, Basileu. **Instituições de Direito Penal**. Vol. I, Tomo I. 6. ed. São Paulo: Mas Limonad, 1982.

GARCÍA FALCONÍ, Ramiro. Nueva delincuencia y nuevos delincuentes: Las teorías de la criminalidad económica. *In: FALCONÍ, Ramiro García et al. **Derecho Penal Económico***, tomo I. Buenos Aires: Rubinzal–Culzoni, 2012, p. 11-47.

GASTALDI, José Petrelli. **Elementos de Economía Política**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

GIACOIA, Gilberto. Invasão da Intimidade. *In: **Argumenta***, n. 1. Jacarezinho: Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro, 2001, p. 11-23.

_____. Justiça e Dignidade. *In: **Argumenta***, n. 2. . Jacarezinho: Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro, 2002, p. 11-31.

GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. *In: **Economic Analyses of Law Review*** 1.1, 2010, p. 7-32. Disponível em: <http://works.bepress.com/ivo_teixeira_gico_junior/44>. Acesso em: 10 set. 2013.

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

GOMES, Álvaro Edauto da Silva. **Uma contribuição ao estudo de gestão temerária nas instituições financeiras brasileiras**. 2002. 119. Dissertação (Mestrado em Controladoria e Contabilidade Estratégica) – Faculdade de Ciências Econômicas de São Paulo, São Paulo.

GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice. Criminalidade Econômica Organizada. *In: OLIVEIRA, William Terra de; LEITE NETO, Pedro Ferreira; ESSADO, Tiago Cintra; SAAD-DINIZ, Eduardo. **Direito penal econômico**: Estudos em homenagem aos 75 anos do Professor Klaus Tiedmann*. São Paulo: LiberArs, 2013, p. 175-189.

_____; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA. Antonio. **Criminologia**: Introdução a seus fundamentos teóricos: Introdução às bases criminológicas da Lei 9.099/95 – Lei dos Juizados Especiais Criminais. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____; _____. **Direito Penal**: Parte Geral. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. **Princípio da ofensividade no Direito Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **Direito Penal e Interpretação Jurisprudencial**: Do princípio da legalidade às Súmulas Vinculantes. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. **O princípio da Proporcionalidade do Direito Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

GRACÍA MARTIN, Luís. **Prolegômenos para a luta pela modernização e expansão do Direito Penal e para a crítica do discurso de resistência**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005.

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

GRECO, Luís. Breves reflexões sobre os princípios da proteção de bens jurídicos e da subsidiariedade no Direito Penal. *In*: SCHMIDT, Andrei Zenkner (coord). **Novos rumos do Direito Penal Contemporâneo**: Livro em homenagem ao Prof. Dr. Cezar Roberto Bitencourt. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 401-426.

_____. Introdução à dogmática funcionalista do delito – Em comemoração aos trinta anos de “Política criminal e sistema jurídico-penal” de Roxin. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 8, nº 32, out/dez, 2000, p. 120-163.

_____. **Modernização do Direito Penal, Bens Jurídicos Coletivos e Crimes de Perigo Abstrato**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

_____; LEITE, Alaor. O que é e o que não é a teoria sobre o domínio do fato sobre a distinção entre o autor e o partícipe no direito penal. *in*: **Revista dos Tribunais**, ano 102, vol. 933. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul./2013, p. 61-92.

GUARAGNI, Fábio André. A origem do Direito Penal Econômico: razões históricas. *In*: CÂMARA, Luiz Antonio. **Crimes contra a ordem econômica e tutela de direitos fundamentais**. Curitiba: Juruá, 2009, 139-152.

_____. A função do Direito Penal e os “sistemas peritos”. *In*: CÂMARA, Luiz Antônio; GUARAGNI, Fábio André. **Crimes Contra a Ordem Econômica**: Temas atuais de Processo e Direito Penal. Curitiba: Juruá, 2011, p. 71-85.

_____. “Interesse ou benefício” como critérios de responsabilização da pessoa jurídica decorrente de crimes – A exegese italiana como contributo à interpretação do art. 3º da Lei 9.605/98. *In*: BUSATO, Paulo César; GUARAGNI, Fábio André. **Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica**. Curitiba: Juruá, 2012, p. 93-131.

_____. D’AQUINO, Dante Bruno. “Póstuma Modernidade” e Erro de Proibição. *In*: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, ano 19, nº 88, jan-fev/2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, pp. 45-60.

GUIMARÃES, Sérgio Chastinet Duarte. **Tutela penal do consumo**: abordagem dos aspectos penais do Código de Defesa do Consumidor e do artigo 7º da Lei nº 8.137, de 27.12.1990. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

HASSEMER, Winfried. **Crítica al Derecho Penal de Hoy**. 2. ed. Buenos Aires: Ad Hoc, 2003.

_____. **Direito Penal**: Fundamentos, estrutura, política. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.

_____. História das idéias penais na Alemanha do pós-guerra. *In*: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, ano 2, nº 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr.-jun./1994, p. 36-71.

_____. **Introdução aos fundamentos do Direito Penal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005.

_____. La autocomprensión de la ciencia del Derecho penal ante los desafíos del presente. *In*: ESER, Albin; HASSEMER, Winfried; BURKHARDT, Björn; CONDE, Francisco Muñoz (Coord.). **La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 21-52.

_____. Linhas gerais de uma teoria pessoal do bem jurídico. *In*: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (org). **O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 15-24.

_____. Perspectivas de uma moderna política criminal. *In*: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, ano 02, nº 08. São Paulo: Revista dos Tribunais, out.-dez./1994, p. 41-51.

_____. **Três temas de Direito Penal**. Porto Alegre: Fundação Escola Superior do Ministério Público, 1993.

HESSE, Konrad. **Temas Fundamentais do Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

HIRECHE, Gamil Föppel El. Notas sobre a (Des)Legitimação do Direito Penal Econômico. *In*: BITENCOURT, Cezar Roberto. **Direito Penal no Terceiro Milênio**: Estudos em homenagem ao prof. Francisco Muñoz Conde. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 397-426.

HOBSBAWM, Eric. **Era dos Extremos**: o breve século XX: 1914-1991. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

HORN, Norbert. **Introdução à Ciência do Direito e à Filosofia Jurídica**. trad. Elisete Antoniuk. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005.

IHERING, Rudolf von. **A luta pelo Direito**. Tradução de Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2006.

JAKOBS, Günther. O que é protegido pelo Direito Penal: bens jurídicos ou a vigência da norma? *In*: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (org). **O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p.159-177.

_____; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Direito Penal do Inimigo: Noções e Críticas**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

JALIL, Maurício Schaun. **Criminalidade econômica e as novas perspectivas de repressão penal**. 2006. 136. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo.

JASPER, Eric Hadmann. Tema: Fundamentos filosóficos da Análise Econômica do Direito. *In*: **Revista Brasileira de Filosofia**, ano 61, n. 238, jan.-jul/2012, p. 225-282.

KALACHE, Maurício. Direito Penal Econômico. *In*: PRADO, Luiz Regis. **Direito Penal Contemporâneo: Estudos em homenagem, ao Professor José Cerezo Mir**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 391-400.

KANT, Immanuel. **A Metafísica dos Costumes**. 2. ed. Bauru: Edipro, 2008.

KAUFMANN, Arthur. **Filosofia do Direito**. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2010.

KAZMIERCZAK, Luiz Fernando. **Direito Penal Constitucional e exclusão social**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2010.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**. São Paulo: Cia das letras, 1988.

LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros. **Direito Penal Constitucional: A imposição dos princípios constitucionais penais**. São Paulo: Saraiva, 2012.

LIVIANU, Roberto. **Corrupção e Direito Penal: Um diagnóstico da corrupção no Brasil**. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. O princípio da proporcionalidade no direito penal econômico. *In*: PODVAL, Roberto. **Temas de Direito Penal Econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 278-318.

_____. **Princípio da Legalidade Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

_____. **Princípios Políticos do Direito Penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 8. ed., vol. I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

_____. **Introdução Crítica ao Processo Penal**: fundamentos da instrumentalidade constitucional. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

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

LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. **Curso de Drecho Penal**: Parte General, vol. I. Madrid: Editorial Universitas, 1996.

MAGALHÃES NORONHA, Edgard. **Direito Penal**. 1º volume: Introdução e Parte Geral. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1970.

MARQUES, José Dias. **Introdução ao Estudo do Direito**. Lisboa: Centro de estudos de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1972.

_____. **Tratado de Direito Penal**. Volume I: Propedêutica penal e norma penal. 1. ed. atualizada. Campinas: Bookseller, 1997.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. **Derecho Penal Económico**. Madri: Iustel, 2012.

_____. **Derecho Penal Económico y de la Empresa**: Parte General. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007.

_____. **Derecho Penal Económico y de la Empresa**: Parte Especial. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005.

_____. Os crimes de Perigo no Direito penal econômico e empresarial. *In*: **Revista Liberdades**, São Paulo, nº 13, mai.-ago./2013, p. 3-26.

MARX, Karl Heinrich; ENGELS, Friedrich. **Manifesto do Partido Comunista**. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cv000042.pdf>>. Acesso em: 20 mai. 2013.

MASI, Carlo Velho. **O crime de evasão de divisas na era da globalização**. Porto Alegre: Editora Pradense, 2013.

MATO GROSSO DO SUL. Tribunal de Justiça. **Recurso em Sentido Estrito nº 2007.018555-0/0**. 2ª Turma Criminal. Rel. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte DJ 25/07/2007.

MAYER, Max Ernst. **Derecho Penal**: parte general. Montevideo/Buenos Aires: Editorial B de f, 2007.

_____. **Filosofia del Derecho**. Traducción por Luis Legaz Lacambra. Barcelona: Editorial Labor, 1937.

MENDOZA BUERGO, Blanca. **El derecho penal en la sociedad del riesgo**. Madrid: Civitas, 2011.

_____. **Limites dogmáticos y político criminales de los delitos de peligro abstracto**. Granada: Editorial Comares, 2001.

MEROLLI, Guilherme. **Fundamentos Críticos de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Apelação Criminal nº 1.0000.00.353210-8/000**. 3ª Câmara Criminal. Rel. Des. Erony da Silva, j. 18/05/2004, *DOMG* 03/09/2004.

MIR PUIG, Santiago. **Derecho Penal**: Parte General. 7. ed. Barcelona: Editorial Reppertor, 2006.

MONREAL, Eduardo Novoa. Reflexões para a determinação e delimitação do delito econômico. *In: Revista de Direito Penal e Criminologia*, nº 33. Rio de Janeiro: Ed. Forense, jan.-jun./1982, p. 90-121.

MONTAÑO, Carlos; DURIGUETTO, Maria Lúcia. **Estado, Classe e Movimento Social**. São Paulo: Cortez, 2010.

MONZÓN, José Maria. Del White collar crime al delito corporativo. Ética y Política en la construcción del derecho penal económico. *In: RUBINSKA, Ramiro M; ALMENAR, Daniel Schurjin. Derecho penal económico*, tomo I. Buenos Aires: Marcial Pons, 2010, p. 277- 302.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MORO, Sérgio Fernando. **Crime de lavagem de dinheiro**. São Paulo: Saraiva, 2008.

MORRISON, Wayne. **Filosofia do Direito**: dos gregos ao pós-modernismo. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MOTTA, Márcio Pinheiro Dantas. **O princípio da dignidade como instrumento jurídico de inclusão social**. Ponta Grossa: Toda Palavra, 2011.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Derecho Penal y Control Social**. Jerez de La Frontera: Fundación Universitaria de Jerez, 1985.

_____. **Introducción al Derecho Penal**. 2. ed. 1. reimpressão. Montevideo-Buenos Aires: Editorial BdeF, 2003.

_____. Principios Politicocriminales que inspiran el tratamiento de los delitos contra el orden socioeconómico en el proyecto de código penal español de 1994. *In*: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, ano 3, n. 11. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 7-20.

_____; GARCÍA ARÁN, Mercedes. **Derecho Penal**: Parte General. 2. Ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996.

_____; HASSEMER, Winfried. **Introdução à Criminologia**. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: 2011.

NALINI, José Renato. **Por quê filosofia?** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

NATALINO, Marco Antonio Carvalho. **O discurso do telejornalismo de referência: criminalidade violenta e controle punitivo**. São Paulo: Ibccrim, 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**: Parte Geral: Parte Especial. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de Processo Penal**. 13ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

OLIVEIRA, William Terra de. Algumas questões em torno do novo Direito Penal Econômico. *In: Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 3, n. 11. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul.-set./1995, p. 231-239.

OLSSON, Gustavo André; TIM, Luciano Benetti. Análise econômica do crime no Brasil. *In: BOTTINO, Thiago; MALAN, Diogo. Direito penal e economia*. Rio de Janeiro: Elsevier: FGV, 2012, p. 111-131.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

PALAZZO, Francesco Carlo. **Valores constitucionais e Direito Penal**. tradução de Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 1989.

PASCHOAL, Janaína Conceição. **Constituição, criminalização e Direito Penal mínimo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____; PASCHOAL, Jorge Coutinho. A constituição do crédito tributário: a consumação do crime tributário e a extinção da punibilidade pela prescrição. *In: Boletim IBCCRIM*. São Paulo: IBCCRIM, ano 16, n. 194, jan./2009, p. 2-3.

PEREIRA, Bruno Ramos. **O uso da proporcionalidade no Supremo Tribunal Federal**: Análise dos votos do ministro Gilmar Mendes (2004-2006.) 2009. 112. 136. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo.

PÉREZ DEL VALE, Carlos. Introducción al Derecho Penal Económico. *In: BACIGALUPO, Enrique. Curso de Derecho Penal Económico*. Madrid: Marcial Pons, 1998, p. 19-37.

PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e constituição**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel (coord). **Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica**: Em defesa do princípio da imputação penal subjetiva. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PRITTWITZ, Cornelius. A função do direito penal na sociedade globalizada do risco – defesa de um papel necessariamente modesto. *In: AMBOS, Kai; BÖHM, María Laura. Desenvolvimentos atuais das Ciências criminais na Alemanha*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 53-66.

PIMENTEL, Manoel Pedro. **Direito Penal Econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, Economia e Mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

PINHEIRO JÚNIOR, Gilberto José. **Crimes econômicos**: As limitações do direito penal. Edicamp: Campinas, 2003.

POSNER, Richard A. **A economia da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 17ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

RÁO, Vicente. **O Direito e a Vida dos Direitos**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

REALE, Miguel. **Crise do Capitalismo e crise do Estado**. São Paulo: SENAC, 2000.

_____. **Filosofia do Direito**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Lições preliminares de Direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **O Direito como Experiência**: introdução à epistemologia jurídica. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

_____. Preliminares ao estudo da estrutura do delito. *In*: **Revista da Faculdade de Direito**. vol. LXIII, São Paulo: USP, 1968, p. 155-168.

_____. **Teoria do Direito e do Estado**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. Variações sobre o Liberalismo. *In*: REALE, Miguel. **Política e Direito**: ensaios. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 13-15.

REALE JÚNIOR, Miguel. **Antijuridicidade Concreta**. São Paulo: José Bushasky, 1974.

_____. **Casos de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

_____. Despenalização no Direito Penal Econômico: uma terceira via entre o crime e a infração administrativa? *In*: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, ano 7, n. 28, São Paulo: Revista dos Tribunais, out-dez/1999, p. 116-129.

_____. **Instituições de Direito Penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

_____. **Novos rumos do Sistema Criminal**. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

_____. Restrição ilegal. *In: Boletim IBCCRIM*. São Paulo: IBCCRIM, ano 21, n. 245, abr/2013, p. 2-3.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Falimentar**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1976.

RETTIG ESPINOZA, Mauricio Alfredo. El principio de legalidad em la reciente Reforma del Código Penal chileno. *In: Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 18, n. 85. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul.-ago./2010, p.159-218.

RIGHI, Esteban. **Derecho Penal Economico Comparado**. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1991.

RIOS, Rodrigo Sánchez. Reflexões sobre o delito econômico e a sua delimitação. *In: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel. Direito Penal Econômico e da Empresa: Direito Penal econômico*. Coleção doutrinas essenciais; v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 261-282.

ROCCO, Arturo. **El problema y el método de la Ciencia del Derecho Penal**. Bogotá: Editorial Temis, 2009.

ROCHA JUNIOR, Francisco de Assis do Rêgo Monteiro; MOCELIN, Cristina Alexandra Rosane. Uma análise da aplicação do princípio da insignificância nos crimes de furto: os critérios utilizados pelos tribunais superiores nos anos e 2010 e 2011. *In: ZILIO, Jacson; BOZZA, Fábio. Estudos críticos sobre o sistema penal: homenagem ao Professor Doutor Juarez Cirino dos Santos por seu 70º aniversário*. Curitiba: LedZe Editora, 2012, p. 1057-1068.

ROSSETTI, José Paschoal. **Introdução à Economia**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 1994.

_____. **Introdução à Economia**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. 2. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. **Autoría y Domínio del Hecho em Derecho Penal**. 7. ed. Madrid: Marcial Pons, 2000.

_____. **Derecho Penal: Parte General**. Tomo I: Fundamento. La Estructura de la Teoría del Delito. Traducción de la 2ª edición alemana y notas por Diego-Manuel

Luzón Peña; Miguel Díaz Y García Conlledo; Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 2007.

_____. **Estudos de Direito Penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. **Política Criminal e Sistema Jurídico-penal**. Tradução de Luís Greco. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

ROYSEN, Joyce. Histórico da Criminalidade Econômica. *In: Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 11, nº 42, jan/mar, 2003 p. 192-213.

SABADELL, Ana Lúcia. **Manual de Sociologia Jurídica**: Introdução a uma leitura externa do Direito. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

SABINO JÚNIOR, Vicente. **Direito Penal**. v. 1: Parte Geral. São Paulo: Sugestões literárias, 1967.

SALGADO MARTINS, José. **Sistema de Direito Penal Brasileiro**: Introdução e Parte Geral. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1957.

SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. Tipicidade penal e princípio da legalidade: o dilema dos elementos normativos e a taxatividade. *In: Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 18, n. 85, jul-ago/2010. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 219-235.

_____. **Tipicidade Penal e Sociedade de Risco**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

SANCTIS, Fausto Martin de. **Combate à lavagem de dinheiro**: teoria e prática. Campinas: Millennium, 2008.

SANTIN, Valter Foletto. **Controle Judicial da Segurança Pública**: Eficiência do serviço na prevenção e repressão ao crime. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. **Crime Econômico no Comércio de Combustível Adulterado**. São Paulo: Verbatim, 2012.

_____. Migração e Discriminação de Trabalhador. *In: Argumenta*, n. 7. Jacarezinho: Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro, 2007, p. 131-140.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Para um novo senso comum**: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática. Vol. 1: A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência. 6. ed. São Paulo: Cortez, 2007.

SANTOS, Cláudia Maria Cruz. **O Crime de Colarinho Branco**: da origem do conceito e sua relevância criminológica à questão da desigualdade na administração da justiça penal. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **A criminologia radical e a política do controle social**. 3. Ed. Curitiba: ICPC: Lumen Juris, 2008

_____. **Direito Penal**: Parte Geral. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris/ICPC, 2007.

SAPPAK, Leonardo Monteiro. Democracia e desenvolvimento Econômico: a contribuição de Amartya Sen. *In*: **Cadernos de iniciação Científica**, Ano 4, v. 4. São Bernardo do Campo: Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo, 2007, p. 85-94.

SARLET. Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 8 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. **Dignidade da Pessoa Humano e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SAYEG, Ricardo Hasson. O Capitalismo Humanista no Brasil. *In*: MIRANDA, Jorge; MARQUES DA SILVA, Marco Antonio. **Tratado Luso-brasileiro da Dignidade Humana**. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 1356-1370.

SCHMIDT, Andrei Zenkner; FELDENS, Luciano. **O crime de Evasão de Divisas**: A tutela penal do Sistema Financeiro Nacional na perspectiva da política cambial brasileira. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SCHROEDER, Friedrich-Christian. Punibilidade e Responsabilidade. *In*: OLIVEIRA, William Terra de; LEITE NETO, Pedro Ferreira; ESSADO, Tiago Cintra; SAAD-DINIZ, Eduardo. **Direito penal econômico**: Estudos em homenagem aos 75 anos do Professor Klaus Tiedmann. São Paulo: LiberArs, 2013, p. 67-70.

SCHÜNEMANN, Bernd. Del Derecho Penal de la case baja al Derecho Penal de la clase alta. *In*: FALCONÍ, Ramiro García et al. **Derecho Penal Económico**, tomo I. Buenos Aires: Rubinzal–Culzoni, 2012, p. 49-75.

_____. **Delincuencia empresarial**: cuestiones dogmáticas y de política criminal. Buenos Aires: Fabián J. Di Plácidos, 2004.

_____. **Obras**, tomo I. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2009.

_____. **Obras**, tomo II. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2009.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

_____. **Sobre ética e economia**. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

SGARBOSSA, Luís Fernando. **Crítica à teoria dos custos dos Direitos**. vol. 1: Reserva do possível. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2010.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. **Prestação de serviços à comunidade**: Alternativa à pena privativa de liberdade. São Paulo: Saraiva, 1993.

_____. **Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica**. 3. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

_____. A responsabilidade das pessoas jurídicas e os delitos ambientais. *In*: **Boletim IBCCRIM**, nº 65. São Paulo: IBCCRIM, abril 1998, p. 3.

SHIMIZU, Bruno. **Solidariedade e gregarismo nas facções criminosas**: um estudo criminológico à luz da psicologia das massas. São Paulo: IBCCRIM, 2011.

SILVA, Eduardo Sanz de Oliveira e. Direito Penal preventivo e os crimes de perigo: uma apreciação dos critérios de prevenção enquanto antecipação do agir penal no Direito. *In*: COSTA, José de Faria (coord.). **Temas de Direito Penal Econômico**. Coimbra: Coimbra editora, 2005, p. 251-283.

_____. O princípio da subsidiariedade e a expansão do direito penal econômico. *In*: D'AVILA, Fabio Roberto; SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. **Direito Penal Secundário**: Estudos sobre crimes econômicos, ambientais, informáticos e outras questões. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 181-213.

SILVA, Ivan Luiz da. **Direito Penal Econômico e Teoria da Adequação Econômica da Conduta**. Curitiba: Juruá, 2011.

_____. Teoria da adequação econômica da conduta no Direito Penal Econômico. *In*: **Ciências Penais**, ano 9, n. 17. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul.-dez./2012, p. 241-283.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

SILVA DIAS, Augusto. <<What IF everybody did it?>>: sobre a <<(in)capacidade de ressonância>> do Direito Penal à figura da acumulação. *In: Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. Coimbra: Coimbra Editora. Ano 13, n. 3, jul-set/2003, p. 303-345.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. **Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo**. 2. ed. Buenos Aires, 2010.

_____. **Eficiência e Direito Penal**. Barueri: Manole, 2004.

_____. **La expansión del Derecho penal: Aspectos de la Política Criminal en las sociedades postindustriales**. 3. ed. Madrid: Edisofer, 2011.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. A busca de legitimidade dos crimes de perigo abstrato no direito penal econômico. *In: Boletim IBCCRIM*. São Paulo: IBCCRIM, ano 20, n. 238, set/2012, p. 06-07.

_____. Cegueira deliberada e lavagem de dinheiro. *In: Boletim IBCCRIM*, ano 21, n. 246. São Paulo: IBCCRIM, mai./2013, p. 3-4.

_____. **Crimes Sexuais: Bases críticas para a reforma do Direito Penal Sexual**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

_____. **Direito Penal Econômico como Direito Penal de Perigo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. **Direito Penal Supra-individual: Interesses difusos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. **Fundamentos da Adequação Social em Direito Penal**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

_____. Organização e associação criminosa nos crimes econômicos: Realidade típica ou contradição em termos? *In: OLIVEIRA, William Terra de; LEITE NETO, Pedro Ferreira; ESSADO, Tiago Cintra; SAAD-DINIZ, Eduardo. Direito penal econômico: Estudos em homenagem aos 75 anos do Professor Klaus Tiedmann*. São Paulo: LiberArs, 2013, p.157-173.

SMANIO, Gianpaolo Poggio; FABRETTI, Humberto Barrionuevo. **Introdução ao Direito Penal: Criminologia, princípios e cidadania**. São Paulo: Atlas, 2010.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SOLER, Sebastián. **Derecho Penal Argentino**. Tomo I. Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina, 1967.

SOUZA, Antonio Carlos de. **Fundamentos da ética marxista**: A crítica radical da sociedade capitalista e as mediações políticas para a construção da emancipação humana. 2007. 171. Tese (Doutorado em Educação) – Faculdade de Educação, Universidade Estadual de Campinas, Campinas, São Paulo.

SOUZA, Luciano Anderson de. **Direito Penal Econômico**: Fundamentos, Limites e Alternativas. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

STAMMLER, Rudolf. **Economía y Derecho** según la concepción materialista de la historia – Una investigación filosófico social. Madrid: Editora Reus, 1929.

SUTHERLAND, Edwin H. **El Delito de Cuello Blanco**: versión completa. Montevideo: Editorial B de F, 2009.

TAFFARELLO, Rogério Fernando. Crimes tributários: consumação, prescrição e proposta de súmula vinculante 3 do Supremo Tribunal Federal. **Boletim IBCCRIM**. São Paulo: IBCCRIM, ano 16, n. 197, abr./2009, p. 11.

_____. Impropriedades da Súmula Vinculante 24 do Supremo Tribunal Federal e insegurança jurídica em matéria de crimes tributários. *In*: FRANCO, Alberto Silva; LIRA, Rafael (coord.). **Direito Penal Econômico**: Questões atuais. São Paulo: 2011.

TAVARES, André Ramos. **Direito econômico constitucional**. São Paulo: Método, 2006.

TAVARES, Juarez E. X. **Bien jurídico y función em Derecho penal**. Buenos Aires: Hamurabi, 2004.

_____. **Teoria do Injusto Penal**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

TIEDEMANN, Klaus. **Poder económico y delito**: introducción al derecho penal económico y de la empresa. Barcelona: Editorial Ariel, 1985.

_____. **Manual de Derecho Penal Económico**: Parte Genereal y Especial. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 1994.

TOLEDO, Gastão Alves de. Ordem Econômica e Financeira. *In*: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira, NASCIMENTO, Carlos Valder do. **Tratado de Direito Constitucional**, v. 2. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 307- 348.

TORON, Alberto Zacharias. Crimes de Colarinho Branco: os novos perseguidos? *In*: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, ano 7, n. 28. São Paulo: Revista dos Tribunais, out.-dez./1999, p. 73-84.

_____. **Crimes Hediondos**: o mito da repressão penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais

VERAS, Ryanna Pala. **Nova Criminologia e os crimes do colarinho branco**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

VICO MAÑAS, Carlos. **O Princípio da Insignificância como Excludente da Tipicidade no Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 1994.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo jurídico**: fundamentos de uma nova cultura no Direito. 3. ed. São Paulo: Alfa Ômega, 2001.

WONNACOTT, Paul; WONNACOTT, Ronald. **Economia**. 2. ed. São Paulo: Makron Books, 2004.

WUNDERLICH, Alexandre. Sobre a tutela penal das relações de consumo: da exegese da Lei n. 8.078/90 à Lei n. 8.137/90 e as conseqüências dos 'tropeços' do legislador. *In*: REALE, Miguel; REALE JUNIOR, Miguel; FERRARI, Eduardo Reale. **Experiências do Direito**. Campinas: Millennium, 2004, p. 381-415.

YOUNG, Jock. **A sociedade Excludente**: Exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro**: primeiro volume – teoria geral do Direito Penal. 2. Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

_____; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal brasileiro**. v. 1: Parte Geral. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009;

ZINI, Júlio César Faria. Apontamentos sobre o Direito Penal Econômico e suas especificidades. *In: Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, n. 60, jan.-jun./2012, Belo Horizonte, p. 147 a 207.