UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE
PROGRAMA PÓS GRADUAÇÃO EM DIREITO

GAMIL FÖPPEL EL HIRECHE

DA (I)LEGITIMIDADE DA TUTELA PENAL DA ORDEM ECONÔMICA: SIMBOLISMO, INEFICIÊNCIA E DESNECESSIDADE DO DIREITO PENAL ECONÔMICO

DOUTORADO EM DIREITO

Recife
2011

GAMIL FÖPPEL EL HIRECHE

DA (I)LEGITIMIDADE DA TUTELA PENAL DA ORDEM ECONÔMICA: SIMBOLISMO, INEFICIÊNCIA E DESNECESSIDADE DO DIREITO PENAL ECONÔMICO

Tese apresentada ao Programa de Pós graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pernambuco como requisito parcial para a obtenção do grau de Doutor em Direito.
Área de Concentração: Teoria do Direito
Linha de Pesquisa: Tutela Penal dos Bens Jurídicos e teoria da Sanção Penal.

Orientador: Prof. Dr. Cláudio Roberto Cintra Bezerra Brandão.

Recife
2011

Hireche, Gamil Föppel el

Da (i)legitimidade da tutela penal da ordem econômica: simbolismo, ineficiência e desnecessidade do direito penal econômico / Gamil Föppel el Hireche. – Recife : O Autor, 2011.

432 folhas.

Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Pernambuco. CCJ. Direito, 2011.

Inclui bibliografia.

1. Legitimidade e direito - Análise. 2. Direito penal econômico - Cultura. 3. Convenções de Paris de 1810 e de 1883 - Sherman Act (1890). 4. Direito Penal Econômico - Modelo americano - Modelo Europeu - Países Socialistas? 5. Economia e direito. 6. Direito sancionador. 7. Tipos penais. 8. Bens jurídico-penais econômicos - Cultura. 9. Tutela penal da ordem econômica. 10. Tipicidade - Ilicitude - Culpabilidade. 11. Bens econômicos - Cultura - Proteção jurídica - Direito sancionador. I. Título.

343.2 CDU (2.ed.) UFPE

345 CDD (22.ed.)

BSCCJ2011-017

Gamil Föppel El Hireche

"Da (I) Legitimidade da Tutela Penal da Ordem Econômica: Simbolismo, Ineficiência e Desnecessidade do Direito Penal Econômico"

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito do Recife / Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Pernambuco PPGD/UFPE, como requisito parcial para obtenção do grau de Doutor.

Área de concentração : Teoria do Direito e Decisão Jurídica

Orientador: Dr. **Cláudio Roberto Cintra Bezerra Brandão**

A banca examinadora composta pelos professores abaixo, sob a presidencia do primeiro, submeteu o candidato à defesa, em nível de Doutorado, e o julgou nos seguintes termos:

MENÇÃO GERAL: Aprovado

Professor Dr. **Francisco de Queiroz Bezerra Cavalcanti** (Presidente - UFPE)

Julgamento: Aprovado Assinatura:

Professor Dr. **Cézar Roberto Bitencourt** (1° Examinador - UPO)

Julgamento: Aprovado Assinatura:

Professor Dr. **Juarez Cirino dos santos** (2° Examinador - UFPR)

Julgamento: Aprovado Assinatura:

Professora Drª. **Ricardo de Brito Albuquerque Pontes Freitas** (3° Examinador - UFPE)

Julgamento: APROVADO Assinatura:

Professor Dr. **Margarida de Oliveira Cantarelli** (4ª Examinadora - UFPE)

Julgamento: Aprovado Assinatura:

Recife, 22 de fevereiro de 2011.

Coordenador Prof.° Dr. **Marcos Antônio Rios da Nóbrega**

Para Roberta e Valentina, amores de minha vida, razões de tudo, por quem eu respiro todo dia, em sinal de todo o meu amor e afeto, com toda a minha intensidade, e com meu pedido de desculpas, pelas ausências, em boa parte, causadas por este estudo...

AGRADECIMENTOS

Todo meu reconhecimento e gratidão ao Prof. Dr. Cláudio Brandão, meu orientador, exemplo de mestre, de professor, maior conhecedor da dogmática penal do Brasil.

Aos professores do PPGD-UFPE, em especial aos Professores Drs. Roque de Brito Alves, Ricardo de Brito, Margarida Cantareli, Anamaria Campos Torres e Francisco Queiroz Cavalcanti.

Aos meus colegas do curso de doutoramento, Teodomiro Noronha Cardoso e Ivan Luiz Silva, pelo convívio, pelo debate de idéias, pela troca de experiências.

Aos zelosos e cuidados funcionários da UFPE, principalmente à Josi e a Carminha, por todas as manifestações de incentivo e de carinho.

Aos meus colegas de escritório, por toda a colaboração durante as minhas ausências pela elaboração desta tese.

Aos funcionários da Faculdade de Direito da UFBA, em especial a Jarbas Linhares e a Ramanita Albuquerque.

Aos meus pais, meus sogros, minha Irma, meu cunhado, minhas cunhadas e meus sobrinhos, por toda a convivência em família; para Auzinha, expressão incondicional de amor materno.

HIRECHE. Gamil Föppel El . Da (i)legitimidade da tutela penal da ordem econômica: simbolismo, ineficiência e desnecessidade do direito penal econômico. 2011. 432 f. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Centro de Ciências Jurídicas / FDR, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2011.

RESUMO

O presente trabalho versa sobre a falta de legitimidade da intervenção penal na ordem econômica. Para tanto, identifica o aparecimento do direito penal econômico a partir das convenções de Paris e do Sherman Act, preocupados, pois, com marcas e patentes e com a tutela anti-truste. Além disso, mostra que a criação destes novos bens jurídicos, ligados à economia, estão indissociavelmente vinculados à noção de cultura. Nestes bens culturais, aparece, ainda, o método usado no direito penal. Os bens jurídicos tradicionais são marcas da civilização, são bens corpóreos, tangíveis. Os bens culturais são incorpóreos, intangíveis. Estes bens são derivação de novas necessidades, criadas pela sociedade em que novos riscos são incrementados. Para tratar destes novos bens, a tipicidade penal, tradicionalmente marcada pela exigência da taxatividade, teria de ceder espaço para a criação de tipos abertos, repletos de elementos normativos, de normas penais em branco, haja vista que a mutabilidade dos bens culturais é incompatível com os rigores da tipicidade. Para além disso, como nestes bens culturais existe uma preocupação muito grande em evitar lesões, há um uso freqüente de crimes de perigo abstrato, antecipando a tutela penal. Assim, as garantias do direito penal restam desfiguradas, tendo as garantias da dogmática penal cedido espaço para as exigências da vida prática. Demonstra-se, adiante, a falta de legitimidade da intervenção penal na ordem econômica, expondo-se, para isso, o conceito de legitimidade, diferenciando-o de legitimação e de legitimidade. Expõe-se, assim, que a intervenção penal somente é legítima quando é necessária, justa e adequada. Apreciaram-se, ademais, as críticas da criminologia em relação ao direito penal econômico, examinando todas as teorias da pena, a evidenciar que a política criminal não tem como justificar e nem como fundamentar o direito de punir para o direito penal econômico. Adiante, cuida-se de apresentar alternativa, pautada no direito sancionador, meio termo entre o direito penal e o direito administrativo, apresentando, pois, todos os princípios inerentes, diferenciando-o o direito penal e do direito administrativo. Apresentaram-se as características do direito sancionador, do direito da intervenção, do direito penal de duas velocidades e do direito das contra ordenações. Critica-se a manifestação contrária ao direito sancionador, por meio do posicionamento dos chamados sistemas penais paralelos. Defende-se, pois, a aplicação de um direito punitivo enérgico, com diversas garantias (flexibilizando-se apenas a taxatividade e a jurisdicionalidade). Este direito, com tais garantias, apresenta sanções, que não podem conduzir a pena de prisão. Conclui-se a tese, demonstrando que a tutela penal deve reconhecer sua ilegitimidade para tutelar relações advindas da economia, destes bens culturais, cedendo espaço para o direito sancionador.

Palavras chave: Direito Penal Econômico; Bens Culturais; Ilegitimidade; Direito Sancionador.

HIRECHE. Gamil Föppel El . The (il)legitimacy of criminal guardiaship in the economic order: symbolism, innefficiency and unnecessity of the criminal law in the economic order. 2011. 432 p. Doctoral Thesis (Phd of law) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Centro de Ciências Jurídicas / FDR -Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2011.

ABSTRACT

The present study discusses the lack of legitimacy of criminal intervention in the economic order. For this, identifies the emergence of the economic criminal law from the Paris's convention and the Sherman Act, concerned, so, with trademarks and patents and with the anti-trust protection. Furthermore, it shows that the creation of new legal interests, linked to the economy, is inextricably linked to the notion of culture. In these cultural assets, appears also the method used in the criminal law. The traditional legal interests are characters of the civilization, are corporeal interests, tangible. The cultural interests are incorporeal, intangible. These interests are a derivation of new needs, created by the society in which new risks increased. To deal with these new interests, the criminal typicity, traditionally marked by the taxativity's exigency, would have to give space for the creation of open norms, full of normative elements, of criminal norms "in white", considering that the mutability of the cultural interests is incompatible with the rigors of the typicity. Moreover, as in these cultural interests exists a considerable concern to avoid injuries, there is a frequent use of "abstract danger's crime", anticipating the criminal protection. So, the guarantees of the criminal law remains disfigured, with the guarantees of criminal dogmatic given way to the demands of practical life. It is shown, hereinafter, the lack of legitimacy of criminal intervention in the economic sphere, exposing for this, the concept of legitimacy, differentiating it from the legitimation and legitimacy. It explains, therefore, that the criminal intervention is legitimate just when it is necessary, fair and appropriate. We analyzed, moreover, the critics of the criminology in relation to the economic criminal law, examining all the punishment's theories, to show that criminal policy has no way to justify and even as substantiate the right of punish for the criminal economic law. Hereinafter, we treat to present an alternative, based on the "sanctioning law", a middle ground between the criminal law and the administrative law, presenting, therefore, all the principles involved, differentiating it to the criminal law and the administrative law. It was presented the characteristics of the "sanctioning law", of the intervention law, of the "two speeds' criminal law" and the "against ordinations' law". It is criticized the manifestations against the "sanctioning law", by using the positioning of the called parallel criminal systems. It is argued, therefore, the application of a strong punitive law, with various guarantees (It is given a flexibility only to the taxability and the jurisdictionally). This law, with these guarantees, presents penalties, which can't lead to the prison sentence. We conclude the thesis showing that the criminal protection should recognize its illegitimacy to protect the relations stemming from the economy, of these cultural interests, giving space to the "sanctioning law".

Key-words: Economic Criminal Law; Cultural Interests. Illegitimacy; "Sanctioning Law".

GAMIL FÖPPEL EL HIRECHE

DE (IL)LEGITIMITE DE PROTECTION PÉNALE DES ORDRE ECONOMIQUE: LE SYMBOLISME, L'INEFFICACITÉ ET DE L'INANITÉ DE LA LOI PÉNALE

RÉSUMÉ

Le present travail discute la manque de légimité de la intervention penal dans l'ordre économique. Pour cela, Il identifie l'apparaison du droit penal économique à partir de les conventions de Paris et du Sherman Act, inquietes, donc, avec marques et brevets et avec la tutelle anti-trust.Du coup, Il montre que la création de ceux-ci nouveaux bien juridiques, liés à l'économie, ils sont indissociablement vinculées à la notion de culture. Dans ceux-ci biens culturels, Il apparaît, encore, le méthode utilisé dans le droit penal. Les biens juridiques traditionnels sont marques de la civilisation, ils sont des biens corporels, tangibles. Les biens culturels sont incorporels, intangibles. Ces biens sont des dérivations de nouveaux necessites, créées pour la société où nouveaux risques sont développés. Pour traiter de ces nouveaux biens, la typicité pénal, traditionnellement marquée pour l'exigence de la taxativité, Il aurait que ceder de espace pour la création de types ouverts, pleins d'éléments normatifs, de normes pénales en blanche, vu que la mutabilité de les biens culturels est incompatible avec la rigoureusité de la typicité. Du coup, comme dans ces biens culturels Il existe une très grand preoccupation en eviter des blessures, il y a une utilisation des crimes de danger presume, en anticipant la tutelle pénale. Ainsi, les garanties du droit penal restent défigurées, en ayant les guaranties de la dogmatique pénale cédé espace pour les exigences de la vie pratique. Il se démontre, em avance, la manque de légitimité de la intervention pénale dans l'ordre économique, en s'exposant, pour cela, le concept de légitimité, en le différenciant de légitimation et légitimité. Il s'expose, ainsi, que la intervention pénale seulement est légitime quand Il est nécessaire, juste et adequée. Il se sont appréciés, de plus, les critiques de la criminologie en relation au droit pénal économique, en examinant toutes les théories de la peine, à evidencier que la politique criminelle n'a pás comme justifier ni comme fondementer le droit de punir pour le droit pénal économique. En avance, Il se soigne de présenter alternative, réglée dans le droit punisseur, à moitié terme entre le droit pénal et le droit administratif, en présetant, donc, tous les príncipes inhérents, en le différenciant du droit pénal et du droit adiministratif. Ils se sont presentes les caractéristiques du droit punisseur, du droit de la intervention, du droit pénal de deux vitesses et du droit de les contre ordinations. Il se critique la manifestation contraire au droit punisseur, par moyen du positionnement de les appelés systèmes pénales parallèles. Il se défend, donc, l'application d'une droit punitif énergique, avec des diverses garanties (en se flexibilisant seulement la taxativité et la jurisdictionalité). Ce droit, avec ces garanties, Il présent sanctions, qu'ils ne peuvent pas conduire à peine de prison. Se conclut la thèse, en démontrant que la tutelle pénale doit reconnaître sa illégitimité pour protéger des relations arrivées de l'économie, de ces biens culturels, en ceder de l'espace pour le droit punisseur.

Mots-clefs: Droit Pénal Économique; Biens Culturels; Illégitimité; Droit Punisseur.

SUMÁRIO

UMA INTRODUÇÃO A RESPEITO DA FALTA DE LEGITIMAÇÃO PENAL NA ECONOMIA, BEM COMO PELA OBSERVAÇÃO DO SURGIMENTO DO DIREITO PENAL ECONÔMICO A PARTIR DO CONCEITO DE CULTURA 14

1 COLOCAÇÃO DO PROBLEMA. ANTECEDENTES HISTÓRICOS NECESSÁRIOS. HÁ VÍNCULO ENTRE DIREITO PENAL ECONÔMICO E CULTURA? 20

1.1 OS ASPECTOS HISTÓRICOS QUE SE RELACIONAM COM A QUESTÃO 26

1.1.1 O Histórico do Surgimento do Direito Penal Econômico 26

1.1.1.1 O Aparecimento do Patrimônio Cultural e as suas relações com o Direito Penal Econômico. Mais uma evidência da importância do conceito de cultura para a legislação penal econômica 28

1.1.1.2 A importância das Convenções de Paris de 1810 e de 1883. Necessidade de proteção a bens imateriais. Necessidade de proteção ao patrimônio cultural 33

1.1.1.3 O Sherman Act (1890). A necessidade de evitar o Truste. Intervenção penal na economia, contínuo aparecimento do Direito Penal Econômico em sentido estrito. Desdobramentos para os EUA 35

1.1.1.4 O Clayton Act e a legislação antitruste americana (1914) 37

1.1.1.5 Outros diplomas advindos dos EUA. Robinson Patman Act; Antitrust Procedures and Penalties Act; Antitrust Criminal Penalty Enhancement and Reform Act of 2004 38

1.1.1.6 A criminalidade de colarinho Branco e as posições de Sutherland. A Associação Diferencial 39

1.1.1.7 Os modelos de Direito Penal Econômico: o modelo americano e o modelo Europeu. Haveria Direito Penal Econômico em países Socialistas? 41

1.1.1.7.1 O Modelo de Direito Penal Econômico no regime Socialista de Produção. As contribuições da Escola de Kiev (Direito Penal Soviético) e do Direito Penal Cubano. A criminalidade de colarinho vermelho 42

1.1.1.8 O Direito Penal Econômico como um fenômeno da sociedade do Risco. Breves Notas sobre a Globalização e o Direito Penal Econômico 47

1.1.1.9 O Direito Penal Econômico no Brasil 56

1.1.2 Um novo bem jurídico penal anotações à Teoria do bem jurídico e o Direito

Penal Econômico. Bem jurídico como limitação à expansão penal e como desdobramento do conceito de cultura 58
1.1.2.1 O Direito Penal Econômico e as relações da "perene emergência" 66
1.1.3 Panorama Histórico da Economia Mundial 68
1.1.3.1 A Economia na Antiguidade 68
1.1.3.2 Período Arcaico 70
1.1.3.3 Período Clássico 73
1.1.3.4 Período Helenístico 74
1.1.3.5 Economia Romana 76
1.1.3.6 A economia na Idade Média 80
1.1.3.7 A economia na Modernidade 85
1.1.3.8 Economia, Pós-Modernidade, Globalização e Capitalismo 94
1.2 DA INTERVENÇÃO JURÍDICA NA ECONOMIA – A ECONOMIA E O DIREITO 100
1.2.1 O surgimento do Direito Sancionador. Primeiras Considerações. Breve análise 102
1.3 PROBLEMATIZAÇÃO: CONSTATAÇÃO DA INIDONEIDADE PARA A SOLUÇÃO DOS CONFLITOS SEM VIOLAR GARANTIAS FUNDAMENTAIS. FALTA DE LEGITIMAÇÃO DA TUTELA PENAL 104

2 CARACTERÍSTICAS DO DIREITO PENAL ECONÔMICO. IDENTIFICAÇÃO DA INIDONEIDADE PARA A SOLUÇÃO DE CONFLITOS. PERDA DE LEGITIMIDADE DA INTERVENÇÃO PENAL. PRIMEIRAS CONSIDERAÇÕES 113
2.1 NECESSIDADE DE UMA TEORIA GERAL DO DELITO PRÓPRIA PARA AS INFRAÇÕES PENAIS ECONÔMICAS? 115
2.2 O CONCEITO DE DIREITO PENAL ECONÔMICO. DIVERSOS SIGNIFICADOS. CONCEITO EM SENTIDO LATO E EM SENTIDO ESTRITO 118
2.3 TIPICIDADE NO DIREITO PENAL ECONÔMICO. OS IMPACTOS DA CULTURA NA DESCRIÇÃO DOS FATOS JURIDICAMENTE PROIBIDOS 122
2.3.1 Antecedentes necessários: a filosofia neokantiana e suas influências sobre a evolução histórico-técnica do tipo penal. Precedentes à tipicidade. Desenvolvimento de um novo método, relacionado com objetos culturais. Importância para o direito penal econômico 127

2.3.2 Notas histórico-técnicas acerca da expressão tipicidade penal. O surgimento do tipo penal. Desenvolvimento e características. 137
2.3.3 Tipos penais abertos. Emprego de elementos normativos e de normas penais em branco. Violação à legalidade estrita? 147
2.3.4 A criação de tipos penais anormais. O aparecimento de elementos normativos nos tipos penais. Necessidade? Violação à legalidade estrita, com supressão de garantias? Outra manifestação da inadequação das normas penais 152
2.3.5 Ainda mais fluidez na tipicidade: normas penais em branco? Conjugação de elementos a violar a legalidade estrita, em relação à taxatividade 156
2.3.6 Nova violação à tipicidade garantista: crimes de perigo abstrato. Ausência de ofensividade 161
2.4 DA CONDUTA TÍPICA REFERENTE À PESSOA JURÍDICA. BREVÍSSIMO ESCORÇO HISTÓRICO. POSSIBILIDADE DE A PESSOA JURÍDICA COMETER CRIMES? NOVOS BENS JURÍDICOS, NOVAS MANIFESTAÇÕES DE CULTURA 164
2.4.1 Breve análise histórica 166
2.4.2 Capacidade de ação – breve conceito. Poder-se-ia dizer que a pessoa jurídica é provida de tal elemento? Análise acerca da "vontade" em se tratando de ente coletivo 167
2.4.2.1 Análise do tema à luz do Princípio da Culpabilidade. Incongruência entre a imputação da responsabilidade penal à pessoa moral e a máxima extraída deste princípio. Culpabilidade estrita. Estudo sobre a subsunção dos seus elementos à pessoa jurídica 169
2.4.3 Responsabilidade da penal pessoa jurídica. Cotejo entre a responsabilidade objetiva e subjetiva. Aplicação no Direito Brasileiro. Entendimento doutrinário e jurisprudencial 174
2.4.3.1 Princípio da pessoalidade da sanção penal. Conflito aparente de normas. Análise dos dispositivos constitucionais que abordam a matéria. Recorrência à teoria do Ordenamento Jurídica, a fim de que se dê a solução da problemática. Utilização da dupla imputação 179
2.4.4 O sujeito passivo do crime econômico: a preponderância de crimes vagos, em vítimas 185
2.4.5 Ainda sobre a tipicidade: Possibilidade de aplicação do Princípio da Insignificância ao Direito Penal Econômico? 187

2.5 NOTAS SOBRE A ILICITUDE E O DIREITO PENAL ECONÔMICO. O JUÍZO DE VALOR DE CONDUTAS SOCIALMENTE DESAPROVADAS, A PARTIR DO SURGIMENTO DE NOVOS BENS JURÍDICO-PENAIS, CALCADOS NA NOÇÃO DE CULTURA 188
2.5.1 O exercício regular de um direito e o desenvolvimento de novos bens jurídicos a partir do conceito de cultura 191
2.6 CULPABILIDADE E DIREITO PENAL ECONÔMICO. OS IMPACTOS DO SURGIMENTO DE NOVOS BENS, PRETENSAMENTE JURÍDICOS, PARA A REPROVABILIDADE DO COMPORTAMENTO 197
2.6.1 Brevíssima Introdução. Sobre a culpabilidade e o Direito Penal Econômico 198
2.6.1.1 Teoria psicológica da culpabilidade 201
2.6.1.2 Teoria psicológico-normativa da culpabilidade 202
2.6.1.3 Teoria normativa pura da culpabilidade 203
2.6.2 A consciência da ilicitude em matéria penal econômica. Influência dos novos bens jurídicos imateriais, concebidos pelo desenvolvimento da cultura 205
2.6.3 A exigibilidade de atuação conforme o direito e o direito penal econômico. Desdobramentos da cultura nas novas manifestações punitivas 211
2.7 DA NECESSIDADE DE ADOÇÃO DO PRINCÍPIO DA RESERVA DO CÓDIGO 214

3 (DES)CONSTRUINDO O DISCURSO VIGENTE. AS (DIS)FUNÇÕES DO DIREITO PENAL E DA PENA CRIMINAL. (DES)NECESSIDADE DE LEI PENAL PARA A TUTELA DA ORDEM ECONÔMICA. RELAÇÕES COM O DIREITO PENAL ECONÔMICO 218
3.1 A EVOLUÇÃO DO SISTEMA CAPITALISTA E A NECESSIDADE DE CRIMINALIZAR TAIS CONDUTAS: A QUEM INTERESSA O DIREITO PENAL ECONÔMICO? 220
3.1.1 A seleção do bem jurídico 222
3.1.2 As teorias absolutas: relações entre o castigo e o direito penal econômico 225
3.1.3 As teorias preventivas. A propósito da busca de uma finalidade útil para as penas 235
3.1.3.1 Definição da expressão “prevenção” 236
3.1.3.2 A prevenção “primária”, “secundária” e “terciária” e a Escola Ecológica de Chicago 237

3.1.3.3 A Prevenção e a Defesa Social 240
3.1.3.4 A teoria da prevenção especial (ou da prevenção individual) 243
3.1.3.4.1 A prevenção especial negativa 245
3.1.3.4.2 A prevenção especial positiva: o trabalho carcerário e a nova defesa social 248
3.1.3.5 A idéia da prevenção geral 255
3.1.3.5.1 Prevenção Geral Negativa 257
3.1.3.5.2 Prevenção Geral Positiva 259
3.1.4 As teorias ecléticas 261
3.1.4.1 A tese conservadora e a tese progressista 261
3.1.4.2 Teoria Dialética Unificadora de Claus Roxin 262
3.1.5 As funções não declaradas 263
3.1.5.1 A idéia da seletividade do sistema: a justificação da dominação e as cifras ocultas da criminalidade 264
3.1.5.2 Transição para as críticas criminológicas: A pseudofunção simbólica do Direito Penal Econômico 269
3.1.6 A criminologia e o direito penal econômico 282
3.1.6.1 Críticas (criminológicas) ao direito penal econômico 284
3.1.7 A falta de legitimidade da intervenção penal na economia 294
3.1.7.1 Conceito e Sentidos do termo “legitimidade” 294
3.1.7.2 Legitimidade x Legalidade 304
3.1.7.3 A ilegitimidade da Economia enquanto bem jurídico penal 312
3.1.7.4 Da impossibilidade de uma legitimação penal forçada da Ordem Econômica 321
3.2 DIREITO PENAL ECONÔMICO COMO DIREITO PENAL DO INIMIGO? 330
3.2.1 Direito Penal do Inimigo. Primeiras linhas. Significado. Histórico. Conceito. O entrecruzamento do Direito Penal Econômico e do Direito Penal do Inimigo 334

4 PROPOSTAS DE CONTROLE. COMO RESGUARDAR BENS JURÍDICOS IMPORTANTES, DERIVADOS DA NOÇÃO DE CULTURA, SEM A ILEGÍTIMA INTERVENÇÃO PENAL 350
4.1 A ESCOLA DE FRANKFURT E A IMPORTÂNCIA PARA A CRÍTICA À SITUAÇÃO INSUSTENTÁVEL DAS MAIS NOVAS MANIFESTAÇÕES PUNITIVAS 355
4.2 DIREITO SANCIONADOR. DIREITO DA INTERVENÇÃO E DIREITO

DAS CONTRA-ORDENAÇÕES. DIREITO PENAL DE DUAS VELOCIDADES: NOVA PROPOSTA DE TUTELAR A ECONOMIA, DE FORMA EFETIVA E SEM VIOLAR GARANTIAS FUNDAMENTAIS 359
4.3 A CONTRIBUIÇÃO PORTUGUESA: O DIREITO DAS CONTRA-ORDENAÇÕES 372
4.4 GARANTIAS ATINENTES AO DIREITO SANCIONADOR 375
4.4.1 Legalidade/tipicidade 379
4.4.2 Anterioridade 382
4.4.3 *Non bis in indem* 383
4.4.4 Responsabilidade subjetiva 384
4.4.5 Garantias processuais 385
4.4.5.1 As duas garantias que não se aplicam: jurisdicionalidade e taxatividade 386
4.5 O PAPEL DO CADE, DO COAF, DA COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS, DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA PARA O DIREITO DA INTERVENÇÃO NO BRASIL. O DIREITO SANCIONADOR NO BRASIL 388
4.6 O SURGIMENTO DOS DIREITOS PENAIS PARALELOS: CRÍTICA AO DIREITO SANCIONADOR? 394

CONCLUSÕES 400

REFERÊNCIAS 406

UMA INTRODUÇÃO A RESPEITO DA FALTA DE LEGITIMAÇÃO PENAL NA ECONOMIA, BEM COMO PELA OBSERVAÇÃO DO SURGIMENTO DO DIREITO PENAL ECONÔMICO A PARTIR DO CONCEITO DE CULTURA

> [...] *debe um Estado proteger jurídico-penalmente la economia y a los actores económicos o debe, por el contrario, poner a los empresários lãs menores trabas posibles em aras de um presunto crecimento econômico?*[1]
>
> Na verdade, face ao grau de complexidade dos mecanismos económicos e financeiros, mas não só, a protecção penal não se pode quedar nos clássicos crimes de furto, abuso de confiança ou burla. Comportamentos há que, não obstante não prejudicarem ou ofenderem directamente uma concreta pessoa, lesam indiscriminadamente todos os membros da comunidade econômica. Pense-se, só para se dar dois exemplos de enorme actualidade e que já foram por nós trazidos a debate, no branqueamento de capitais ou no abuso de informação privilegiada. Em síntese: a ordenação dominial merece, assim, dois níveis de tutela penal. O primeiro, tendencialmente ligado ao indivíduo e ao gozo das utilidades dos bens que a ordenação dominial lhe potencia, traduz-se no clássico direito penal patrimonial. O segundo, determinado, entre outros factores, por uma agudização da sensibilidade e da densificação da consciência ético-jurídica, de matriz supra-individual, afirma-se como direito penal econômico.[2]

Nesta tese, começa-se por identificar as raízes do surgimento do direito penal econômico, particularmente a partir do conceito de cultura. Esta é, pois, uma análise que se pretende inovadora e que justificaria a elaboração de uma tese: verificar que, os bens do direito penal tradicional estariam ligados a um conceito mais antigo, o de civilização; o Direito Penal Econômico, por sua vez, estaria ligado ao conceito de cultura. Esta constatação é determinante para que se permita verificar que é a partir do conceito de cultura que se criam tipos penais abertos; foi este conceito de cultura determinante para o desenvolvimento dos tipos penais a partir do neokantismo. A noção de cultura, como se verá, foi determinante para a criação e desenvolvimento do método no direito penal. Muito já se escreveu sobre Direito Penal Econômico, porém um objetivo desta tese é evidenciar que o aparecimento desta manifestação punitiva está intimamente ligada ao desenvolvimento do conceito de cultura. Os bens culturais diferem dos bens tradicionais. Ligados à civilização, estão vida, patrimônio,

[1] TIEDEMANN, Klaus. Presente y Futuro del Derecho Penal Económico. *In: Hacia um Derecho Penal Económico Europeo. Jornadas em honor Del Profesor Klaus Tiedemann.* Madrid: Editora, 1995, p.32.

[2] COSTA, José de Faria. *Direito Penal Económico.* Coimbra: Quarteto, 2003, p.41-42.

honra, liberdade e dignidade sexual; ligados à cultura, estão os bens relacionados com a economia.

O presente trabalho é o produto final do curso de doutoramento, realizando entre 2007 e 2010, que se propõe a investigar o surgimento de bens jurídico-penais econômicos a partir do conceito de cultura. As duas referências que abrem esta introdução já apresentam uma abordagem inicial ao tema desta tese: com o corte epistemológico que a introdução do conceito de cultura possibilitou ao direito confere-se legitimidade para a intervenção penal na ordem econômica? Por quê? A hipótese apresentada identifica que o desenvolvimento do conceito de cultura possibilitou o aparecimento de novos bens, incorpóreos, imateriais, intangíveis, devendo-se examinar a manifesta impossibilidade de intervenção penal, haja vista que a tipicidade penal, marcada pela garantia da taxatividade, não se adequará a tal realidade.

Neste trabalho, ainda será abordado o surgimento e o histórico da tutela penal da ordem econômica, as relações do direito penal com a economia. Abordar-se-á, ainda, todo o conjunto de características referentes ao Direito Penal Econômico – tipicidade, ilicitude, culpabilidade. Todo este tratamento pretende evidenciar que, em crimes econômicos, muito mais importante que a análise dos crimes em espécie, é cuidar de apreciar que regras de teoria geral discrepam da dogmática penal tradicional. No primeiro capítulo, evidenciaram-se as diferenças entre os modelos de direito penal econômico americano e europeu. Brevemente, tratou-se, ainda, da relação entre globalização e Direito Penal Econômico.

Estes novos bens, incorpóreos, hauridos a partir do conceito de cultura, compreendidos, fizeram aparecer, a partir da década de vinte do século passado, a intervenção penal na ordem econômica. Estes bens não podem ser tocados no mundo material. Por conta disso, a sua compreensão passaria a exigir uma nova estrutura para o direito penal, afastando-se do seu tradicional papel de garantia. Neste trabalho, buscou-se identificar o surgimento do direito penal econômico, mormente a partir das convenções de Paris e do Sherman Act americado. Assim, primeiramente, tratou-se do surgimento do Direito Penal Econômico e de alguns de seus aspectos históricos, bem como dos principais modelos existentes no mundo, mormente o modelo americano e o modelo europeu, sem, no entanto, olvidar o direito penal econômico socialista. A necessidade, que será criticada ao longo deste texto, de criar normas penais econômicas fica adiante evidenciada por Manoel Pedro Pimentel:

> Novas relações entre o capital e o trabalho, a revolução dos meios de comunicação e de transporte, o nascimento das empresas, com

> investidores anônimos, as novas posições do mercado financeiro, a complexa interação dos fatores do mercado econômico, do trabalho e do mercado financeiro, dos preços e das rendas, tudo isso tornou necessária a ajuda do Estado com medidas de proteção, surgindo paulatinamente a intervenção estatal no domínio econômico.[3]

Esta intervenção passa a se dar em uma era que não é propriamente, não é, de fato, tradicionalmente, um bem jurídico penal. Por conta disso, o surgimento desta nova manifestação punitiva, que ganha corpo com o desenvolvimento destes objetos culturais, começa a se afastar do direito penal tradicional ou nuclear. Em razão de a realidade ser diferente daquela que os penalistas estavam acostumados, é certo que se começam a perder algumas garantias penais conquistadas há séculos. Veja-se, por exemplo, que, para tutelar estes bens (importantes, registre-se e reitere-se), há, frequentemente, um afastamento da taxatividade penal, o que faz surgir novas manifestações atinentes à tipicidade.

As inquietações motivadas pela intervenção penal na ordem econômica são muitas e variadas. Há diversas indagações de ordem criminológica, de dogmática penal – mormente aquelas relacionadas com a teoria do crime – de política criminal (pois se pergunta quais as funções e disfunções da intervenção penal na ordem econômica) e, ainda, de processo penal. Se, inicialmente, o direito penal tutelava bens que eram pensados e cuja tutela era demandada pela civilização, houve, por certo, o aparecimento de novas necessidades, que trariam novas inquietações. Os bens passam a ser incorpóreos. Intangíveis, protegem-se marcas e patentes, desenhos industriais, o bom funcionamento da economia, a circulação e produção de bens.

Com efeito, passam a ser frequentes o uso de elementos normativos no tipo penal e de normas penais em branco, consolidando a redação de figuras incriminadoras em tipos absolutamente abertos, o que gera incerteza e insegurança jurídica. Para se adequar a uma realidade tão mutável, não há outra alternativa para os tipos penais: se for para proteger penalmente a ordem econômica (o que não se acredita), não haverá outra forma de tutelar senão por meio deste afastamento da legalidade/taxatividade. De outra banda, é fato que estes novos bens, coletivos, transindividuais, também levam ao afastamento do princípio da lesividade, porquanto se entende que, pela importância destes bens, é necessário o uso frequente de tipos penais de perigo abstrato ou presumido.

Há, ainda, outras variáveis, com modificações na tipicidade (por meio da análise da imputação objetiva do resultado), bem como na ilicitude (notadamente, em relação

[3] PIMENTEL, Manoel Pedro. *Direito Penal Econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974, p.6-7.

ao exercício regular de direito). A culpabilidade ainda se modifica, máxime em relação ao conceito de potencial consciência da ilicitude do fato, tendo ainda outros contornos relacionados à inexigibilidade de conduta diversa. Em razão de tudo isso, percebe-se que há uma grande preocupação, referente ao fato de poder aplicar estas novas normas penais, com tantas modificações quando comparadas ao direito penal tradicional, sem violar as garantias tradicionais e, ainda, dotando estas normas de efetividade.

É possível que, com estas características de manifestação punitiva, a intervenção penal ou peque pela absoluta ineficiência, o que geraria uma sensação manifesta de impunidade e de impotência; ou, de outro lado, se for para se tornar eficiente a tutela destes novos bens, pode-se, certamente, levar à violação de garantias penais desenvolvidas para evitar abusos, o que seria, igualmente, indesejável. A cultura é, pois, uma importante manifestação do desenvolvimento do homem:

> O homem é o resultado do meio cultural em que foi socializado. Ele é um herdeiro de um longo processo acumulativo, que reflete o conhecimento e a experiência adquiridas pela numerosas gerações que o antecederam. A manipulação e a invenção adequada e criativa desse patrimônio cultural permite as inovações e as invenções.[4]

Estas perplexidades e esta crise (de um lado, efetividade, de outro, garantias) derivam, seguramente, da falta de legitimidade da intervenção penal na ordem econômica. Observe-se que a legitimidade da intervenção penal não deriva da exclusivamente da importância dos bens. Já é passada a hora de o penalista, atento à política criminal e à criminologia, reconhecer que há bens verdadeiramente muito importantes que, no entanto, estão fora da alçada de sua proteção. A falta de legitimidade, neste caso, deriva da inaptidão para tratar de bens que, por sua própria natureza, não se permitem tutelar penalmente.

É de se indagar, então, se este trabalho pregaria um discurso elitista, a ignorar que há diversos comportamentos lesivos à ordem econômica. Alguém desavisado poderia pensar que este texto defenderia, simplesmente, a não proteção da economia. Se assim fosse, o texto teria diversos inconvenientes: pecaria por ser inconoclasta, meramente destrutivo, pois evidenciaria as limitações do direito penal, pregando a sua desnecessidade, sem apontar como proteger estes novos bens; pecaria, ainda, por deixar impunes comportamentos de pessoas abastadas, que, por vezes, se julgam acima do bem e do mal; pecaria, também, por ignorar as transformações e mudanças sociais, pois é forçoso convir em que as novas necessidades humanas poderiam ser solenemente desprezadas pelo direito. Esclareça-se, desde já, que o

[4] LARAIA, Roque de Barros. *Cultura:* Um Conceito Antropológico. Rio de Janeiro: Zahar, 2009, p.45.

texto não tem (ao menos) estes pecados, haja vista que o que se pretende evidenciar é que estes tais bens econômicos, desenvolvidos a partir do conceito de cultura, demandam sim proteção jurídica, de um direito sancionador, punitivo, mas que não pode ser, seguramente, o direito penal. Veja-se, pois, que não se pretende apenas e tão somente afastar a tutela penal da ordem econômica; o que se quer, de fato, é buscar uma nova proteção que, concomitantemente, seja efetiva, sem desprezar as garantias fundamentais. Neste prisma:

> Em primeiro lugar, o legislador dificilmente recorre às previsões penais para atacar comportamentos ilícitos das classes económicas mais poderosas, não só por motivações que chamaríamos de atávicas mas, por sobre tudo, porque, por seu turno, os lobbies daquelas classes tudo fazem para que aqueles precisos comportamentos não sejam criminalizados. Em segundo lugar, é bem possível excogitar mecanismos de administrativização dos elementos do tipo que determinam o afastamento da característica penal. Para além disso e em terceiro lugar, a complexidade na determinação de todos os elementos do tipo, a que acresce que a actividade criminosa não tem como destinatários vítimas bem individualizadas, faz com que haja uma inibição e torne particularmente difícil a própria denúncia ou o próprio "aparecimento' do crime. Por um lado e a outra luz é importante salientar que tais infracções têm uma tendência a "perderem-se" nos labirintos dos mecanismos processuais, insto é, têm uma forte propensão à prescrição. A tudo isso se deve juntar o facto de que tais infracções beneficiam ainda de um forte poder de neutralização ou, se se quiser, de "destigmatização". De sorte que, faltando, de um ponto de vista sociológico, uma tal estigmatização aos comportamentos que preenchem aqueles factos, o que permanece sempre é o estereótipo tradicional (ladrão, burlão) – e não o estereótipo de falsificador de balanços de grandes sociedades – a condicionar os juízos da colectividade. Por isso, os factos atinentes à criminalidade econômica não são acompanhados, muito embora causem danos econômicos infinitamente superiores aos causados pelos crimes patrimoniais tradicionais, da reprovação social, justamente pelas razoes que se acabaram de, sucintamente, enunciar.[5]

As críticas à intervenção penal na ordem econômica não são recentes. Neste ponto, não se tem a falsa pretensão de abordar assuntos sempre novos; buscou-se, pois, uma sistematização, uma organização destas idéias. Entretanto, se é certo que estas idéias críticas não são novas, é igualmente certo que estas críticas passam por uma nova reflexão, a partir das indagações feitas, sobretudo, em relação aos prejuízos causados pelos chamados sistemas penais paralelos. Neste texto, uma das finalidades é fazer uma metacrítica às concepções da Escola de Frankfurt em relação ao Direito Penal Econômico, reafirmando-as.

[5] COSTA, José de Faria. *Direito Penal Económico.* Coimbra: Quarteto, 2003, p.81-82.

A fim de examinar a questão atinente à falta de legitimidade da intervenção penal na ordem econômica, ainda será imperiosa uma análise das funções da pena, de uma ênfase, portanto, em aspectos de política criminal. As principais funções da pena e do direito penal serão confrontadas com a intervenção penal na ordem econômica. Em seguida, serão expostas críticas criminológicas ao direito penal econômico, a fim de ratificar a sua falta de legitimidade. No que diz respeito à criminologia, cuidou-se da opinião de Sutherland a respeito do White collar crime, bem como da sua teoria da associação diferencial.

Será destinado um capítulo inteiro à análise da legitimidade e do direito, a fim de evidenciar a verdadeira falta de legitimidade da intervenção penal na ordem econômica. Inicialmente, fez-se a distinção necessária entre legalidade e legitimidade, porquanto a legalidade somente confere legitimidade formal às leis. Adiante, tratou-se da legitimidade do ponto de vista material, da adequação da norma para tutelar bens. No caso específico do direito penal, a inadequação deriva da violação aos princípios de garantia, bem como ao seu caráter de subsidiariedade, que, verdadeiramente, deveria ser respeitado sempre. Neste capítulo, ainda demonstrando a falta de legitimação da intervenção penal na ordem econômica, cuidou-se de apreciar as evidentes relações que prendem o direito penal do inimigo ao direito penal econômico.

Finalmente, a fim de dar o adequado tratamento das lesões à ordem econômica, será devida e detalhadamente exposto o modelo de direito sancionador, com seus contornos, seus limites e importância. Serão expostos os princípios, finalidades, bem como as relações entre direito sancionador, direito penal de duas velocidades, direito da intervenção. Foi analisado, ainda, o regramento geral das contra-ordenações portuguesas. Foi investigada, neste capítulo, a importância do direito sancionador para o Brasil, bem como a importância do CADE, da CVM, do COAF. Finalmente, neste capítulo, apresentam-se as críticas feitas por Zaffaroni ao direito sancionador, modelo que ele convencionou chamar de sistemas penais paralelos. Estas idéias de Zaffaroni são refutadas, fazendo-se, pois, uma reafirmação da ilegitimidade da intervenção penal na economia.

Encerrados os capítulos de desenvolvimento, são apresentadas as conclusões da tese de doutorado.

1 COLOCAÇÃO DO PROBLEMA. ANTECEDENTES HISTÓRICOS NECESSÁRIOS. HÁ VÍNCULO ENTRE DIREITO PENAL ECONÔMICO E CULTURA?

"As principais diferenças em desenvolvimento econômico e político entre as civilizações estão nitidamente enraizadas nas suas culturas diferentes".[6]

Antes de analisar a questão da (i)legitimidade da intervenção penal na ordem econômica, com a consequente apreciação das suas (dis)funções, bem como da necessidade de se proteger estes novos bens com novas manifestações jurídicas - como as sugestões do Direito Penal Sancionador e o seu paralelo crítico com os Sistemas Penais Paralelos, - mister se faz tratar do próprio aparecimento das normas de Direito Penal Econômico.

O aspecto histórico é, pois, pressuposto necessário à análise e ao estudo. A análise da legitimidade jamais poderia prescindir de uma estruturação histórica, haja vista ser a história o ponto de partida para as (dis)funções da intervenção penal na economia. É necessário investigar a partir de quando surgiu a necessidade de tutelar penalmente a ordem econômica, até para evidenciar que, desde sempre, uma tal tutela é ilegítima.

Argumenta-se e repete-se, acriticamente, que o surgimento se deu no século XX, após o período de guerras e a bipolarização econômica mundial. Com efeito, após este período, as normas de Direito Penal Econômico se expandiram e muito, mas os seus registros são necessariamente serão mais antigos. Aliás, o período pós-guerra, com o surgimento de dois modelos de produção distintos, trouxe impactos geopolíticos extremamente abrangentes, o que envolve, necessariamente, também o Direito Penal. Segundo Samuel Huntington, "Nos

[6] HUNTINGTON, Samuel. *O Choque de Civilizações e a Recomposição da Ordem Mundial.* Rio de Janeiro: Objetiva, 1997, p.28.

anos que seguiram à guerra fria, constatou-se o começo de mudanças espetaculares nas identidades dos povos, nos símbolos destas identidades e, consequentemente, na política mundial"[7]. Consoante se observará ao longo deste capítulo, o surgimento do Direito Penal Econômico emerge da necessidade de proteger bens imateriais, o que, é certo, antecede e muito ao século XX. Há uma transposição do Direito Penal comum – protetor dos bens tradicionais, minimamente necessários à vida civilizada – para uma proteção a bens coletivos, imateriais, novos, característicos de um quadro mais evoluído de Cultura. O surgimento do Direito Penal Econômico, consoante se investigará, é um desdobramento do desenvolvimento da Cultura e repercute, sensivelmente, no patrimônio cultural imaterial.

Advirta-se, porém, ao fato de que a conceituação e diferença entre cultura e civilização não é o tema deste texto[8]; elas serão apresentadas apenas como elementos para a construção das normas de Direito Penal Econômico. Advirta-se, ainda, que a abordagem à cultura (a despeito de se conhecer que a cultura é uma só) neste texto será, preponderantemente, da cultura no aspecto jurídico, não do conceito próprio e estrito de cultura, válido para os antropólogos. Para tanto, será necessário tratar de alguns pressupostos, como o aparecimento do conceito de cultura e sua evolução em relação ao conceito de civilização. Com efeito, consoante se investigará, as regras de Direito Penal comum estão ligadas ao conceito de natureza; as de Direito Penal Econômico, ao conceito de cultura. Efetivamente, a vida, o patrimônio, a honra, a liberdade sexual fazem parte do chamado direito penal nuclear e estão relacionadas com as fases originárias da vida, portanto intimamente ligadas à noção de civilização. Já a ordem econômica, tributária, o sistema financeiro nacional, a confiabilidade no modelo de distribuição e produção de riquezas, pressupõem uma nova fase de desenvolvimento, de proteção a bens imateriais, não palpáveis, que caracterizam a cultura. Ilustrando, impõe-se a citação de Bárbara Freitag, para quem a civilização é a exploração de bens materiais, enquanto que a cultura é a exploração de bens espirituais[9]:[10]

> A separação da sociedade burguesa em dois mundos – o da reprodução material da vida (civilização) e o mundo espiritual das idéias, da arte, dos

[7] *Ibidem,* p.17.
[8] A despeito de se defender que Cultura e Civilização são conceitos absolutamente distintos, releva notar que há opiniões aproximando-os. Veja-se: "CULTURA. [...] Este termo tem dois significados básicos. No primeiro e mais antigo, significa a formação do homem, sua melhora e seu refinamento [...]. No segundo significado, indica o produto desta formação, ou seja, o conjunto dos modos de viver e de pensar culktivados, civilizados, polidos, que costumam ser indicados pelo nome de civilização". (ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia.* São Paulo: Martins Fontes, 2007, p.261).
[9] FREITAG, Barbara. *A Teoria Crítica. Ontem e Hoje.* São Paulo: Brasiliense, 2004, p.70.
[10] *Ibidem,* p.69.

> sentimentos, etc. (cultura) – permitiu a essa sociedade justificar a exploração e a alienação que a grande maioria sofria nas linhas de montagem e de produção, na administração burocratizada e no cotidiano miserável.

Cultura e Civilização são conceitos distintos, embora se complementem e se refiram ao homem. Afirma-se que cultura seria relacionada à Alemanha, a partir do conceito de Kultur. Nesta mesma quadra, Civilização era empregada pelos Franceses, baseados no conceito de Civilization. O primeiro aspecto estaria relacionado com aspectos espirituais, incorpóreos, imateriais. O segundo, por sua vez, aos aspectos materiais do povo.[11-12] Para além disso, pode-se apontar como diferença entre cultura e civilização o fato de esta ser superior a fronteiras nacionais, ao tempo em que aquela é limitada no espaço e se refere a uma identidade nacional.[13] Pode-se falar, com efeito, que o conceito de Cultura é um passo além da "mera" civilização. Veja-se que há uma característica comum inerente à civilização ocidental – completamente diferente da civilização oriental – mas cada um dos povos desta civilização tem manifestações culturais próprias, forjadas por suas pessoas ao longo da história.

Com efeito. A civilização diferenciaria os povos bárbaros dos civilizados. Civilização é um conceito excludente, está relacionado aos aspectos mais comezinhos e básicos da sobrevivência humana. Civilizado é um povo que não pratica antropofagia; que condena o incesto; que protege e ampara os desvalidos. Cultura vai além. Cada povo tem as suas manifestações culturais, os seus valores imateriais, artísticos, sociais. Pode-se falar que a Civilização é essencial à própria sobrevivência humana, portanto imutáveis. A Cultura dá contornos de valor, que, por isso, variam no tempo e no espaço.

Considera-se que Cultura foi um termo sistematizado por Edward Tylor, em 1871[14-15-16]. Há, no entanto, opiniões acertadas a identificar o surgimento do termo civilização em torno de 1766.[17]

Entende-se que o acerto está em associar a Cultura a aspectos imateriais. Como

---

[11] LARAIA, Roque de Barros. *Cultura:* Um Conceito Antropológico. Rio de Janeiro: Zahar, 2009, p.25.
[12] No mesmo passo, KUPER, Adam. *Cultura:* A Visão dos Antropólogos. Bauru, SP: EDUSC, 2002, p.49.
[13] KUPER, Adam. *Cultura:* A Visão dos Antropólogos. Bauru, SP: EDUSC, 2002, p.54.
[14] LARAIA, Roque de Barros. *Cultura:* Um Conceito Antropológico. Rio de Janeiro: Zahar, 2009, p.30.
[15] Criticando este conceito, consultar GEERTZ, Clifford. *A Interpretação das Culturas.* Rio de Janeiro: GEN/LTC, 2008, p.3.
[16] Texto completamente disponível (edição de 1920) em: < http://www.scribd.com/doc/18275203/Primitive-culture-V1- Researches-Into-the-Development-of-Mythology-Philosophy-Religion-Language-Art-And-Custom-by-Edward-B-Tylor>. Acesso em: 24/09/2009.
[17] KUPER, Adam. *Cultura: Op.cit.,* 2002, p.47.

fez Samuel Koenig, literalmente:[18] "Cultura não-material significa idéias, conceitos e técnicas subjacentes a estes objetos, assim como as maneiras de pensar e de agir, valores e reações emocionais e, em geral, as criações abstratas do homem, como idioma e literatura, ciência, lei e religião".

Veja-se, pois, que a Lei está inserida na Cultura (vocábulo que, na citação supra, seguramente foi empregado no sentido de Direito). A Economia também faz parte da Cultura. A junção, pois, de Direito Penal e Economia seguramente, portanto, foi uma contribuição do desenvolvimento da cultura. Por conta disso, ambas – lei e economia – estão intimamente ligadas ao patrimônio cultural. Neste passo, invocando as relações entre Direito e Cultura, impõe-se transcrever:

> *Tales leyes resultan obligatorias sólo porque son leyes, tienes uma obligatoriedad meramente jurídica. Pero no son suceptibles de justificación, porque lês falta la concordância com lãs normas de cultura. Esta crítica ES correcta tanto desde el punto de vista Del Estado como desde el Del individuo. Políticamente, es poco prudente que el Estado se exponga a una derrota;*[19]
>
> *El derecho há prohibido algo que la cultura ordena o permite. Em esta forma hemos constatado que existen normas jurídicas cuyo contenido no está de acuerdo com la cultura.*[20]

Pode-se falar que o conceito de Kultur (origem de Cultura) ganhou contornos mais precisos justamente após a primeira guerra mundial, pela intenção de os alemães criarem a sua imagem perante o mundo[21], ou, quem sabe, criar o mundo à sua imagem. Esclareça-se: o seu aparecimento ocorreu no século XVIII, mas o desenvolvimento somente se deu no início do século XX. Se assim fosse, a criação do Direito Penal Econômico realmente teria sido neste contexto histórico. O fato é que a criação de normas penais econômicas, como de todas as normas penais, é marcada pela consequencialidade do sistema penal. As respostas por meio da criação de normas incriminadoras sempre surgem em momentos de crise, em momentos de emergência, momentos em que, coincidentemente (a coincidência não é ocasional e sim a demonstração de que Cultura e Direito Penal Econômico são indissociavelmente ligados), o conceito de cultura volta a se desenvolver. Segundo Adan Kuper, "À medida que a Europa

[18] KOENIG, Samuel. *Elementos de Sociologia*. 2.ed. Tradução: Vera Borda. Revisão Técnica de Régina Lúcia F. de Moraes. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1985, p.59-60.

[19] MAYER, Max Ernst. *Normas jurídicas **y** normas de cultura*. Traducción: José Luis Guzman Dálbora. Buenos Aires: Hammurabi, 2000, p.64-65.
[20] *Ibidem,* p.65.
[21] ELIAS, Norbert. *O Processo Civilizador. v.I. Uma História dos Costumes.* Rio de Janeiro: Zahar, 1995, p.27.

enfrentou a maior crise, um antigo discurso europeu sobre cultura irrompeu novamente".[22] Com as crises, pois, o conceito de cultura e as normas penais econômicas ganham cobro e se desenvolvem.

Uma outra similitude é que as normas penais econômicas, consoante se demonstrará no próximo capítulo, cuidam de bens imateriais. A proteção não leva em consideração fatos concretos, como o patrimônio, por exemplo. Leva em consideração aspectos simbólicos imateriais, como, verbi gratia, o conceito de credibilidade do sistema financeiro nacional, ou, ainda, a necessidade de proteger marcas e patentes. Veja-se que, indiretamente, estas normas podem recair sobre bens corpóreos, como sói ocorrer no crime de apropriação indébita referente ao sistema financeiro, mas este bem jamais será o mais importante, o que justificaria a criação da norma penal incriminadora. Observe-se que há marcas empresarias, nomes fantasia, logos que podem valer tanto ou até mais que as próprias empresas. A idéia de bom funcionamento do mercado financeiro, dos valores mobiliários, é imaterial, não palpável. Veja-se, que mais uma vez, cultura e direito penal econômico trabalham semelhantemente. Transcreva-se Adan Kuper:[23]

> Cultura aqui é essencialmente uma questão de idéias e de valores, uma atitude mental coletiva. As idéias, os valores, a cosmologia, a estética e os princípios morais são expressados por meio de símbolos e, portanto, - se o meio é a mensagem – cultura pode ser descrita como um sistema simbólico.

Mas as identidades entre Direito Penal Econômico e Cultura não cessam no engrandecimento de ambos em momentos de crise e no aspecto simbólico, comum aos dois. Uma outra característica peculiar e comum é que ambos servem de instrumento para a política. Pode-se dizer com o mais absoluto acerto que o Direito Penal, por si só, já é uma manifestação política, porém, no Direito Penal Econômico, esta interrelação torna-se ainda mais evidente. As normas de Direito Penal Econômico pretendem resguardar a política econômica de um determinado povo. De fato, consoante se demonstrará, as normas de Direito Penal Econômico possuem funções declaradas e outras não declaradas. Nestas últimas, pode-se incluir o dirigismo estatal na economia, no modo de produção e circulação de riquezas. O Direito Penal Econômico é, pois, indissociável da idéia de política econômica. Também a cultura não se dissocia da política. Da mesma forma, "A identidade cultural anda de mãos dadas com a política cultural".[24] Sobre o aspecto político do Direito Penal, imperiosa é a transcrição de Cláudio Brandão:

---

[22] KUPER, Adam. *Cultura:* A Visão dos Antropólogos. Bauru, SP: EDUSC, 2002, p.71.
[23] KUPER, Adam. *Cultura:* A Visão dos Antropólogos. Bauru, SP: EDUSC, 2002, p.288.
[24] *Ibidem,* p.299.

> Isso importa reconhecer que, além do caráter técnico-dogmático, o direito penal tem um caráter político. Ocorre que o caráter político não é inócuo, ao contrário, ele condicionará o objeto e o método do Direito Penal, fazendo com que os mesmos tenham uma relação substancial com os princípios constitucionais[25].

Há mais vínculos entre Cultura e Direito Penal Econômico. Realmente, nos capítulos 04 e 05 serão trabalhadas as críticas ao Direito Penal Econômico, que ganham relevo a partir da Escola de Frankfurt, em trabalho publicado em 2000.[26] Esta mesma Escola, muitos anos antes, já se preocupava "com a dupla face da cultura e a discussão da indústria cultural"[27]. Ou seja, mesmo que em contextos históricos distintos, a mesma Escola foi responsável pela análise e o desenvolvimento destes dois temas, devidamente associados. Igualmente importantes a esta crítica são os argumentos embasados na criminologia radical, cujo marco é a década de 60. O nascedouro de importantíssimas idéias jurídicas, quer no Direito Penal Econômico, quer na cultura, tem o mesmo berço. Sobre as relações entre cultura, escola de Frankfurt, industrialização e capitalismo, impõe-se a seguinte transcrição literal:

> A impossibilidade de bens culturais serem consumíveis, por exprimirem, como assevera Marie Cornu, o valor de *choses de l'espirit* desperta uma merecida reflexão sobre o papel da cultura numa sociedade caracterizada, a partir dos anos cinquenta do século passado, como força da "indústria cultural". A expressão foi tematizada na obra "Dialetik der Aufklärung" de Max Horkeimer e Theodor Wiesengrund-Adorno", fundadores da chamada "Escola de Frankfurt", e se deixa traduzir pela massificação da cultura, onde toda a arte servirá apenas de aprisionamento intelectual da sociedade para fundamentar o modo capitalista de produção. Neste sentido, a perda de identidade e do potencial de se construir uma identidade cultural diferenciada é tarefa que não deve ser abdicada pela crítica [...] das sociedades modernas emergidas após o conflito da segunda guerra mundial. Lapidar, nesta direção, é o pensamento dos referidos autores, logo no início da obra, quando da elaboração do ímpeto eliminador dos ideais libertários que a arte pode possibilitar ao homem por parte da sociedade de consumo de massa.[28]

Efetivamente, as normas de Direito Penal comum ou nuclear se ligam ao conceito de **patrimônio natural**, aos bens mais tradicionais, conhecidos desde as primeiras civilizações. Assim, fazem parte do patrimônio natural a vida, a propriedade, a liberdade sexual. Com o passar dos tempos, com a incorporação do conceito de Cultura, surge o

---

[25] BRANDÃO, Cláudio. Significado Político- Constitucional do Direito Penal. *In:* PRADO, Luiz Regis (Coord.). *Direito Penal Contemporâneo. Estudos em Homenagem ao Professor José Cerezo Mir.* São Paulo: RT, 2007, p.120.

[26] CASABONA, Carlos Maria Romeo (Coord.). *La insostenible situación del Derecho Penal.* Granada: Instituto de Ciências Criminales de Frankfurt, 2000.

[27] FREITAG, Barbara. *A Teoria Crítica. Ontem e Hoje.* São Paulo: Brasiliense, 2004, p.32.

[28] RODRIGUES, Francisco Luciano Lima. *A Propriedade dos Bens Culturais no Estado Democrático de Direito*. Fortaleza: Universidade de Fortaleza, 2008, p.51.

patrimônio cultural, de natureza preponderantemente incorpórea, imaterial, traduzido e revelado por novos bens, bens intangíveis, mas que também têm uma importância considerável. Surge, pois, a necessidade de proteger novos bens jurídicos – funcionamento do sistema financeiro, a ordem econômica – que, imediatamente, podem repercutir em outros bens, como a própria vida, consoante se analisará. A pergunta a se fazer é se a tutela penal é apta, idônea, legítima, para tratar de bens tais.

Apreciados estes elementos e evidenciada a relação indissociável entre Direito Penal Econômico e a Cultura, passa-se à investigação histórica da matéria.

1.1 OS ASPECTOS HISTÓRICOS QUE SE RELACIONAM COM A QUESTÃO

1.1.1 O Histórico do Surgimento do Direito Penal Econômico

Há quem, a despeito das manifestações recentes do Direito Penal Econômico, entenda que ele sempre existiu, em todas as sociedades. Esta é a opinião de Martos Nunes[29], que, citando Muñoz Conde, evidencia que, desde a idade média, manifestações há de Direito Penal Econômico.[30] Neste momento do texto, procurar-se-á relacionar o Direito Penal Econômico e o seu surgimento com o aparecimento do patrimônio cultural.

Tratar-se-á, no segundo capítulo, dos conceitos de direito penal econômico. Em sentido lato, pode-se afirmar (atecnicamente) que as normas penais sempre existiram na economia, haja vista que, neste conceito, confundem-se os crimes contra a ordem econômica com os crimes patrimoniais. Em sentido estrito, o crime econômico, porém, se relaciona ao sistema de produção de riquezas de um povo e suas manifestações sofisticadas são mais recentes, com as manifestações de cultura, pois. Há quem enxergue no Direito Penal Econômico uma das manifestações mais antigas do Direito Penal. Veja-se:

[29] NUÑES, Juan Antonio Martos. *Derecho Penal Económico*. Madrid: Editorial Montecorvo, 1987, p.111.
[30] *Ibidem*, p.111-112.

> O Direito Penal Econômico é um dos mais antigos na história da civilização, porém sua normatização é relativamente nova. Com a intervenção do Estado na Economia (por volta da década de 20, do século XX) é que surgiram, com certa expressão, as figuras típicas do Direito Penal Econômico. No Direito Romano: considera-se crime as infrações relativas aos preços de víveres, o monopólio, o dardanariado, a usura e a falsificação de pesos e de medidas.[31]

Em apertada síntese, a relação do Direito Penal com a economia passa a ser necessária sempre que se entendeu pertinente a defesa da economia, e as manifestações do Direito Penal Econômico irão variar a partir do modelo de estado, de política econômica e de política criminal. Veja-se, com acerto, que há autores que identificam o aparecimento do Direito Penal Econômico com o dirigismo e o controle estatal sobre a economia. Neste passo, Martos Nuñes:

> *que un derecho penal económico, en sentido propio, sólo comienza a existir cuando aparece una economia dirigida y centralizada, pues mientras existan condiciones que otorguen a los operadores económicos plena libertad para desarrollar relaciones económicas, el Estado carece de interés para interferirse en el mantenimiento del orden económico.*[32]

A necessidade de aparecimento do Direito Penal Econômico surge, pois, quando uma instituição centralizada e centralizadora, o Estado, resolve dirigir a economia. Neste passo, uma vez mais, Martos Nuñes: "*La necesidad surge cuando una institución pública establece planes económicos, vigila su ejecución y determina las coordenadas de la organización del mercado*".[33]

Tratar-se-á, adiante, da função não-declarada da intervenção penal na economia, o que ratificaria a sua ilegitimidade e inidoneidade. Para os que são favoráveis à existência de um Direito Penal Econômico, a verdadeira necessidade de aparecimento das normas de Direito Penal Econômico é corolário do aparecimento de bens imateriais, de bens incorpóreos, de bens culturais, portanto. Sobre o assunto:

> As indústrias criativas produzem valores econômicos e simbólicos, através da criatividade e da propriedade intelectual, contribuindo para a geração de riquezas e o desenvolvimento sustentável. Os atores deste setor são profissionais e empresas baseadas em conhecimento, tecnologia, cultura e talento[34]

---

[31] GULLO, Rodrigo Santiago Ferreira. *Direito Penal Econômico.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p.16.
[32] NUÑES, Juan Antonio Martos. *Derecho Penal Económico*. Madrid: Editorial Montecorvo, 1987, p.113.

[33] *Ibidem,* p.114.

[34] BATISTA, Paulo César de Souza *et alli. Uma Análise da Cadeia Produtiva do Segmento de Histórias em Quadrinhos na Indústria Criativa Cearense.* Disponível em: <adm.leoneloliveira.googlepages.com/ Quadrinhos.pdf>. Acesso em: 03 out. 2009.

A despeito destas manifestações esparsas de Direito Penal Econômico existentes, como se demonstrou, até na idade média (registre-se que muitas destas supostas manifestações de Direito Penal Econômico se referem à sua concepção mais ampla, não estritamente à forma de produção de riquezas), pode-se, com acerto, apontar três marcos históricos de verdadeira e capital importância para o Direito Penal Econômico, sempre voltadas para aparecimento e a necessidade de proteção ao patrimônio cultural: 1- A importância das Convenções de Paris de 1810 e de 1883; 2 – o Sherman Act; 3 – A concepção criminológica de Sutherland a respeito da criminalidade por ele rotulada e etiquetada como sendo de colarinho branco. Antes disso, impõe-se analisar a questão do patrimônio cultural e sua importância para o Direito Penal Econômico.

1.1.1.1 O Aparecimento do Patrimônio Cultural[35] e as suas relações com o Direito Penal Econômico. Mais uma evidência da importância do conceito de cultura para a legislação penal econômica

O Patrimônio cultural se opõe à noção de patrimônio natural. Este é vinculado à civilização; aquele, à cultura. O patrimônio cultural, efetivamente, também tem um aspecto material (como, por exemplo, a necessidade de proteger um prédio histórico), porém, o mais importante, à semelhança da propriedade industrial, é o seu aspecto intangível. Neste texto, não há preocupação com o patrimônio cultural tangível. A questão a ser analisada aqui é a relação entre o patrimônio cultural intangível, a economia, a cultura e o Direito Penal Econômico.

De há muito patrimônio não mais se confunde de forma simplória com

[35] Interessante conceito de patrimônio cultural relacionado com a economia oferecem Magdalena Krebs e Klaus Schmidt-Hebbel, que se transcreve, pela importância, literalmente: "**El patrimonio cultural de una nación comprende todos aquellos bienes que son expresiones y testimonios de la creación humana propias de ese país**. Es el conjunto de edificios, **instalaciones industriales**, museos, obras de arte, sitios y restos arqueológicos, colecciones zoológicas, botánicas o geológicas, libros, manuscritos, documentos, partituras y discos, fotografías, producción cinematográfica y objetos culturales en general que dan cuenta de la manera de ser y hacer de un pueblo. **Dicho patrimonio es todo aquello que le confiere una identidad determinada a un país**; puede ser de propiedad pública (administrados por las distintas entidades que conforman el Estado) o bien de propiedad privada. Estos bienes son preservados porque individuos o la sociedad, a través de las organizaciones creadas para ello, le confieren algún significado especial, ya sea estético, documental, histórico, educativo o científico." (KREBS, Magdalena; SCHMIDT-HEBBEL, Klaus. *Patrimonio Cultural:* Aspectos Económicos Y Políticas De Protección. Disponível em: <espanol.geocities.com/kolodion/patri_asp_econom.pdf>. Acesso em: 18 out. 2009).

propriedade. Patrimônio é um desdobramento de cultura, que tem íntima relação com a economia. Isso é constatável, inclusive, pela tutela que é dispensada ao patrimônio cultural, dissociada da mera propriedade. Veja-se, por exemplo, que muitos dos crimes contra o patrimônio cultural, sobretudo os tipificados na Lei 9605/98, podem ser perpetrados inclusive pelo proprietário, a demonstrar que propriedade e patrimônio não se confundem. A proteção ao patrimônio cultural demanda, inclusive, a estruturação em princípios próprios.[36] Sobre estas ligações, o magistério de Sidney Limeira Sanches:[37]

> a palavra patrimônio contém inúmeros significados, sendo um conceito anterior à sociedade ocidental moderna, que se manifesta dentro de contextos próprios de cada cultura. Por vezes, patrimônio se confunde com o conceito de propriedade, já que podem, no âmbito jurídico, representar o conjunto de bens e direitos dos indivíduos ou grupos, integrando uma complexidade de direitos distinguidos pelo seu valor ou interesse. Trata-se de conceito vital à vida social da coletividade. Nascido sobre o viés de "colecionamento", entendido como processo de formação do patrimônio. O patrimônio é tido como um conjunto de fatos sociais complexos, que correspondem à natureza econômica [...].

Em verdade, o conceito de patrimônio cultural transcende o conceito de propriedade e também não se resume à tutela de um aspecto do meio ambiente. No Brasil, as pesquisas referentes à patrimônio cultural, lamentavelmente, vêem-no como ou um objeto meramente histórico ou um objeto estritamente ligado ao meio ambiente. Consoante se demonstrará, o conceito de patrimônio cultural também se refere à produção de riquezas, à circulação de valores, já que o modelo de produção deixa marcas indeléveis na história da cultura de um povo, além de traçar aspectos ligados ao seu futuro. Sobre a importância evidente do patrimônio cultural:[38]

> [...] Os patrimônios culturais correspondem, neste diapasão, à expressão própria da nação, de sua história e identidade, por isto se apropriar deles corresponde a apropriar-se da representação de uma nação, como se fora uma entidade individualizada. A perda deste patrimônio acarreta às futuras gerações a perda desta identidade [...].

Por patrimônio cultural entenda-se, pois, a proteção a diversos e infindáveis bens, indispensáveis à organização social e à manutenção de história e de valores. Afirma-se que o patrimônio cultural refere-se a bens verdadeiramente novos, produtos do espírito humano, e mais importante que outros, porque dele depende principalmente o progresso da

---

[36] Para analisar todos estes princípios detalhadamente, ver MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. *Tutela do Patrimônio Cultural Brasileiro.* Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

[37] SANCHES, Sydney Limeira. *O Patrimönio Cultural Imaterial e a Propriedade Intelectual. Harmonia ou Conflito de Interesses*. Disponível em: <http://www.cpdoc.fgv.br/cursos/bensculturais/teses/CPDOC2008 SydneyLimeiraSanchespd> Acesso em: 17 out. 2009.

[38] ARMELIN, Patrícia Kutne. *Patrimônio Cultural e Sistema Penal*. Coleção Biblioteca de Estudos Avançados em Direito Penal e Processual Penal. Curitiba: Juruá, 2008, p.23.

humanidade.[39] Não se pense que patrimônio cultural é um fim em si mesmo; que se protege por proteger. A proteção e preservação a patrimônio cultural, mediata e indiretamente, reflete sobre a proteção aos meios de produção, de circulação de riquezas, de marcas, patentes, privilégios de invenção. Reciprocamente, a proteção ao desenvolvimento econômico também repercute sobre o patrimônio cultural. Registre-se, ademais, que é fundamental proteger o patrimônio cultural sim, porém sem inviabilizar o desenvolvimento econômico (e, por isso, também cultural) de um povo.

A economia interage com a cultura e, por conseguinte, com o patrimônio cultural. Não apenas em relação ao fomento a atividades culturais (patrocínios, estímulos fiscais, incentivos econômicos), mas na própria estruturação da sociedade, de seus valores. Com efeito, o período escravocrata deixou herança culturais; o período da revolução industrial deixou as suas marcas no patrimônio cultural, com o incremento e crescimento das cidades; o modelo de produção capitalista crava marcas no patrimônio cultural de um povo (desde a criação dos arranha-céus que hospedam as instituições financeiras até a construção de casas irregulares pelos excluídos); o modelo socialista, igualmente, deixou indelével, para os povos a eles submetidos, as suas singulares e específicas características. Períodos de que a humanidade se envergonha, como a exploração e dizimação dos judeus no holocausto, também deixaram as suas marcas, bastante significativas, apesar de simbólicas (nos campos de concentração, onde se exploravam e se matavam os judeus, havia a inscrição "o trabalho liberta"). Proteger a economia é, em última análise, proteger o patrimônio cultural de um povo. Investigar-se-á, apenas, se esta proteção pode e deve ser feita por meio de normas penais.

Demonstrando o caráter plural e plurissignificativo do patrimônio cultura, forçoso convir que ele compreende:

> Podem ser formas de expressão; os modos de criar, fazer e viver; as criações científicas, artísticas e tecnológicas; as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais; os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.[40]

É bem verdade que não é óbvia a relação entre patrimônio cultural e economia. Por derivação, não é nítida a relação entre patrimônio cultural e Direito Penal Econômico.

---

[39] RODRIGUES, Francisco Luciano Lima. *A Propriedade dos Bens Culturais no Estado Democrático de Direito*. Fortaleza: Universidade de Fortaleza, 2008, p.49.

[40] DIAS, Edna Cardoso. *Patrimônio Cultural*. Disponível em: <www.jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5605>. Acesso em: 11 out. 2009.

Investigando-se de forma criteriosa, inicialmente, porém, pode-se ver que todos eles – patrimônio cultural, direito penal econômico e economia – são derivados do conceito de cultura. O patrimônio cultural não pode ser entendido de forma simplista, reducionista, como sinônimo de patrimônio histórico. O patrimônio cultural revela a identidade de um povo, composto por diversos elementos, inclusive pelas leis. Transcreva-se, comparando ao que foi afirmado:

> Para conhecermos um povo recorremos à análise de seus hábitos, sua forma de demonstrar sentimentos, expectativas e suas manifestações espirituais onde se refletem seus valores e sua história compondo o que hoje entendemos como cultura.
> A cultura inclui conhecimentos, construções arquitetônicas, artes, moral, leis, costumes, hábitos e qualquer outra manifestação que expresse a vida de um povo. Essas manifestações são, em verdade, a própria identidade de uma sociedade e exprimem sentimentos comuns que manifestam singularidade, o que por si só, abarca indiscutível valor humanístico.[41]

O modelo de produção econômica, portanto, deixa rastros e marcas históricas, compondo o patrimônio cultural. É indiscutível isso quando se analisam, por exemplo, os modelos de produção capitalista e socialista, marcadamente presentes no século XX. Estes modelos, certamente, contribuíram para forjar, formar e definir a mentalidade de seus respectivos povos, a sua compreensão de mundo. O modelo econômico deixa cicatrizes históricas no patrimônio cultural mas também se relaciona e muito ao que ainda está porvir. Por conta disso, é fato que o conceito de patrimônio cultural não se encerra no conceito de patrimônio histórico. O modelo econômico adotado por um povo é significativo para o que este povo será no futuro e, pois, retroalimenta a construção de patrimônio cultural. Trata-se de uma forma complexa de produção, um ciclo, orientado por fatores passados, mas que se desdobra também para o futuro, já que o modo de produção econômica interage diretamente com o patrimônio cultural. Veja-se a importante colaboração de Ronaldo Coutinho:

> outros importantes desdobramentos podem ser explorados a partir da relação cidade/cultura, na medida em que a cidade, além de ser, em si, também um dado cultural, gera e consome cultura a partir de seus espaços e de suas práticas de produção e de consumo, pois não pode ser ignorado o fato de que a cidade mantém uma complexa cadeia de produção de bens e de serviços, de relações e de interesses econômicos, da qual participa uma diversidade de agentes, sendo certo que a cultura alimenta a cadeia...[42]

Anteriormente, não se pensava em proteger bens imateriais. A preocupação,

---

[41] GUIMARÃES, Natália Arruda. *A proteção do patrimônio cultutal: uma obrigação de todos.* Disponível em: < http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5372>. Acesso em: 11 out. 2009.
[42] COUTINHO, Ronaldo. Mercado Cultural e Proteção Jurídica do Patrimônio Cultural Urbano. *In:* AHMED, Flávio; COUTINHO, Ronaldo. *Patrimônio cultural e sua tutela jurídica.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.6/7.

verdadeiramente, começa no século XX, coincidentemente (e não por acaso) o século de maior desenvolvimento e expansão do Direito Penal Econômico. Veja-se, pois: "O século XX é marcado por movimento político mundial de preservação do Patrimônio Cultural de tal modo que é certo dizer, hoje, que a preservação da identidade popular é uma das funções do Estado e um dever de toda sociedade".[43]

Verdadeiramente – e registre-se isso de forma enfática – o patrimônio cultural é intimamente ligado à economia. Veja-se que a Organização das Nações Unidas, ao dispor sobre proteção do patrimônio cultural, em uma das suas primeiras considerações, registrou que:

> Constatando que o património cultural e o património natural estão cada vez mais ameaçados de destruição, não apenas pelas causas tradicionais de degradação, mas também pela evolução da vida social e económica que as agrava através de fenómenos de alteração ou de destruição ainda mais importantes;
> [...]
> Considerando que a protecção de tal património à escala nacional é a maior parte das vezes insuficiente devido à vastidão dos meios que são necessários para o efeito e da insuficiência de recursos económicos, científicos e técnicos do país no território do qual se encontra o bem a salvaguardar;[44]

No ordenamento jurídico interno, a Constituição de 1988 também definiu o patrimônio cultural de forma ampla, ressaltando o aspecto imaterial incorporando, pois, atividades ligadas à economia. Cumpre, neste instante, transcrever o artigo 216 do mencionado Texto:

> Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e **imaterial**, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:
> I - as formas de expressão;
> II - **os modos de criar, fazer e viver**;
> III - as criações científicas, artísticas e **tecnológicas**;
> IV - as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais;
> V - os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e **científico**. (grifos nossos).

Registre-se, assim, que a noção de patrimônio cultural extrapola e muito o conceito de patrimônio histórico; vai muito além da mera relação com o meio ambiente; seu conceito se relaciona com os bens imateriais (intangíveis), com as inovações tecnológicas e científicas.

---

[43] GUIMARÃES, Natália Arruda. *A proteção do patrimônio cultutal: uma obrigação de todos.* Disponível em: < http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5372>. Acesso em: 11 out. 2009.
[44] Disponível em:< http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/cultura/conv72.htm>. Acesso em: 12 out. 2009.

Por isso, diante deste conceito amplo, pode-se falar que as marcas, patentes, modelos de produção, de invenção, desenhos industriais, formas de desenvolvimento econômico, tudo isso também compreende o patrimônio cultural. Veja-se, pois, que as marcas fazem parte do patrimônio cultural. A proteção dos bens culturais não advém do valor em si da coisa e sim, pelo contrário, do interesse que este valor desperta na sociedade desejosa de tutela daquele valor.[45]

Colha-se, pois, um problema que envolve diretamente patrimônio cultural, marca e economia, que precisou ser resolvido à luz da Convenção de Paris. Efetivamente, poucos poderiam pensar que um modo de produção de bens – por isso ligado à economia – referente à rapadura pudesse estar tão intimamente ligada à noção de patrimônio cultural e de marcas. Veja-se:[46]

> Entretanto, foi objeto de recente divulgação na imprensa nacional o fato de que a empresa alemã rapunzel efetuou, ilicitamente, o registro da marca rapadura nos EUA [...] e na Alemanha. Em âmbito internacional existem tratados que vedam o registro de marca usual nos hábitos constantes do comércio de um país.

Mas alguém poderia pensar: a Rapadura, um doce brasileiro e tipicamente nordestino, obtido a partir do açúcar, nada tem haver com a atividade econômica. Ledo engano. A produção de açúcar durante anos esteve intensamente ligada à produção de riquezas no Brasil, deixando, inclusive, legados históricos e culturais. Possivelmente, no futuro, outras atividades que hoje são rentabilíssimas – ligadas à produção, circulação e distribuição de riquezas - podem, a despeito de perder o seu valor econômico direto, merecer a proteção cultural.

A história do Direito Penal Econômico começa pela História da Cultura e pela história do Patrimônio Cultural.

Vejam-se, pois, os demais marcos históricos do Direito Penal Econômico.

1.1.1.2 A importância das Convenções de Paris de 1810 e de 1883.[47] Necessidade de proteção a bens imateriais. Necessidade de proteção ao patrimônio cultural.[48]

---

[45] RODRIGUES, Francisco Luciano Lima. *A Propriedade dos Bens Culturais no Estado Democrático de Direito*. Fortaleza: Universidade de Fortaleza, 2008, p.56.

[46] MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. *Tutela do Patrimônio Cultural Brasileiro.* Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p.64.

[47] Disponível em: < http://bo.io.gov.mo/bo/i/86/04/decretolei22.asp#ptg>. Acesso em: 03 out. 2009.

[48] Diga-se claramente, para que não se pense haver contradição: necessidade de proteção a estes bens existe. Resta saber e investigar se a proteção precisaria e poderia ser por meio do Direito Penal.

Enquanto o Sherman Act teve por escopo proteger e evitar a ocorrência do Truste, as Convenções de Paris de 1810 e de 1883 tiveram por finalidade resguardar a propriedade imaterial, igualmente incorpóreo, também derivado da noção de Cultura.[49]

A evolução da tecnologia também faz aparecer uma nova concepção de propriedade. Ela não precisa mais ser tangível. A propriedade, atualmente, envolve idéias, marcas, patentes, modelos e privilégios de invenção, de utilidade, desenhos industriais, enfim, objetos culturais. Veja-se a seguinte lição a este respeito:

> Através dos tempos, o conceito de propriedade passou por muitas transformações, decorrentes de sua adaptação às diversas sociedades em diferentes épocas da história. Desta forma, a propriedade, nas formações sociais humanas, transcende conceitos anteriores e passa a abranger tanto bens materiais, quanto imateriais, bem como os processos e meios para sua concepção e produção. A propriedade dos bens imateriais é regida por regras específicas constituindo o direito da propriedade intelectual, que de modo geral englobam as categorias artísticas, técnicas e científicas.[50]

Com efeito, as marcas e patentes valem muito mais por seu aspecto simbólico, imaterial, dissociado, inclusive, dos meios de produção daquela determinada empresa. Com efeito, marcas famosas de remédio, refrigerante, de instituições financeiras e até mesmo de clubes de futebol valem muito mais que o patrimônio imobilizado. Percebe-se, pois, a mudança de eixo de proteção jurídico penal. Os crimes contra as pessoas certas e determinadas, ordinariamente atrelados ao patrimônio palpável (bens da civilização, portanto), cedem espaço, continuamente, aos crimes vagos, perpetrados contra toda a coletividade e que tem como característica, além disso, o fato de proteger bens intangíveis.

Estas convenções tiveram por finalidade proteger a propriedade intelectual referente à produção industrial. Pode-se falar, com acerto, que as idéias destas Convenções inspiraram o legislador ordinário brasileiro quando da edição da Lei 9279/96, que, a despeito de se valer de crimes de menor potencial ofensivo (artigos 183 a 195), socorreu-se, evidentemente, da tutela penal para o tratamento da matéria.

Protegendo-se a propriedade intelectual e industrial (proteção que não precisa

---

[49] Há posicionamento sustentando que a primeira legislação sobre a matéria remonta ao século XV, haja vista a convenção de Veneza de 1474. Não se tratava, porém, de acordo tão abrangente como a Convenção de Paris. Sobre o assunto, KAPPELER, Camila. *Histórico da Propriedade Intelectual.* Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2113/Historico-da-Propriedade-Intelectual>. Acesso em: 03 out. 2009.

[50] LIMA, Solang Ugalde de. *A propriedade intelectual no campo da biotecnologia moderna e o alcance da tutela juridica no Brasil.* Disponível em: <http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/manaus/propried_intelectual_solange_ugalde_de_lima.pdf>. Acesso em: 03 out. 2009.

ser, necessariamente, criminal) auxilia-se no desenvolvimento econômico de um povo, no fomento à investigação e à produção. Neste texto, investiga-se se esta proteção, conquanto necessária, pode se dar por meio do Direito Penal.

Veja-se que dados históricos e estatísticos demonstram a importância singular da propriedade industrial, dos bens imateriais, para o Direito Penal. Veja-se, abaixo, uma análise criminológica, feita a partir de dados estatísticos, por Sutherland. Veja-se, pois, o objeto eleito para a análise. Transcreva-se, literalmente, o pensamento de Ana Luíza Almeida Ferro:[51]

> Para dar maior apoio factual à sua tese relativa aos crimes praticados por pessoas do upperworld, toma como objeto de sua análise as setenta maiores empresas americanas, nos ramos da manufatura, mineração e comércio [...] levando em conta formas de violação a lei como concorrência desleal, a propaganda enganosa, as infrações contra o privilégio de invenção, as marcas de indústria e comércio e os direitos autorais, as práticas de leais no campo das normas trabalhistas, a fraude financeira [...]. Como resultado de seu estudo, constata que 779 das 980 decisões contrárias às setenta corporações selecionadas atestavam a prática de crimes e que a criminalidade em questão não era evidenciada pelos procedimentos convencionais inerentes ao Direito Penal, porém, ao contrário, encoberta de procedimentos especiais, de maneira a propiciar a supressão ou, pelo menos, a minimização do estigma de crime.

Além da proteção à propriedade imaterial, outro marco importante para o Direito Penal Econômico é a proteção antitruste, materializada pelo Sherman Act e nos seus desdobramentos.

1.1.1.3 O Sherman Act (1890). A necessidade de evitar o Truste. Intervenção penal na economia, contínuo aparecimento do Direito Penal Econômico em sentido estrito. Desdobramentos para os EUA

Em 1890, foi editado o Sherman Act, com finalidade de inibir a prática de truste nos Estados Unidos. O mundo passava a se preocupar com o abuso do poder econômico, com os desdobramentos que isto poderia trazer diretamente para a economia e, indiretamente, para a política, sociedade, trabalho/emprego. Antes, as pessoas viviam diretamente da sua produção ou com pequenos escambos. Com o desenvolvimento da cultura, os meios de produção passaram a pertencer a uma determinada classe que, se passasse a abusar de seus direitos, poderia lesar todas as outras pessoas. Estava superada a época da

[51] FERRO, Ana Luíza. Sutherland – A Teoria da Associação Diferencial e o Crime de Colarinho Branco. *Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais.* Belho Horizonte, julho-dezembro/2008, p.151.

produção individual, das corporações. Não bastava, mais, a existência de força de trabalho se os detentores do poder econômico resolvessem não produzir. Por isso, o Direito Penal passou a ser chamado para intervir nesta nova área, buscando evitar abusos que conduziriam inexoravelmente à recessão, desemprego, empobrecimento. Resta indagar, ao longo do texto, se a intervenção penal é legítima e idônea para tratar desta matéria[52][...].

Também na economia se busca um equilíbrio. As empresas não podem entrar em uma guerra suicida, pois atrapalharia todos os negócios, o que seria prejudicial para a população. O interesse público, que seria atendido em um primeiro momento, terminaria por sucumbir no futuro, se a guerra de preços não tivesse limites de razoabilidade. Não se pode, em uma economia saudável, vender por preço inferior ao que se comprou, ainda que seja para conseguir seu lugar no mercado. Não pode, porém, ficar se valendo de ajustes de vontade para, ardilosamente, comandar a fixação de preços, sem deixar outra possibilidade aos consumidores.

No contexto americano, a preocupação se justificava, mormente pelas modificações na economia. Em cinquenta anos, a mão de obra rural diminuiu em cinquenta por cento.[53] Logicamente, esta força de trabalho precisava ser relocada e, para isso, os meios de produção deveriam ser livres na concorrência, de forma a possibilitar o aquecimento da economia e a geração de emprego. Mudou substancialmente o modo de produção, com o aparecimento de máquinas, produção em larga escala, novas necessidades e, por isso, aparecimento de novas preocupações.

O diploma visava a coibir a prática de truste, o ajuste de empresas objetivando o monopólio de determinada mercadoria ou serviço. Com o monopólio, por derivação, esvai-se a livre concorrência, o que torna os preços mais caros. Além disso, torna-se mais difícil passar a integrar o modo de produção, já que as empresas interligadas podem promover dumping. Veja-se, pois, que, a partir deste instante, há uma preocupação em coibir atividades que atingem diretamente a economia; não seria mais a criminalidade clássica, a criminalidade contra o patrimônio. No século XIX, a preocupação dos americanos – já evoluídos culturalmente no aspecto econômico – não era mais com batedores de carteira nem salteadores: era com as pessoas que, com um simples ajuste, poderiam criar dificuldades econômicas para toda a coletividade.

---

[52] Observe-se que, no artigo terceiro do mencionado diploma, já há uma violação evidente à garantia da taxatividade, desdobramento da legalidade penal.

[53] TELSER, Lester G. *Genesis of the Sherman Act*. Disponível em: <http://research.chicagogsb.edu/economy/research/articles/24.pdf>. Acesso em: 04 out. 2009.

Certamente o exemplo mais emblemático de preocupação com os monopólios se referia ao refino e produção de petróleo, área em que a família Rockfeller chegou a dominar oitenta e quatro por cento da produção. Sua empresa, Standard Oil. Co, foi, inclusive, condenada.[54]

Para as condutas, previstas nos dois primeiros artigos, previa-se pena privativa de liberdade não superior a três anos, além de sanções pecuniárias de caráter expressivo. Pelo artigo sétimo, poderiam ser punidas também pessoas jurídicas.

Em substituição ao Sherman Act, em 1914, aparece o Clayton Act.

1.1.1.4 O Clayton Act[55] e a legislação antitruste americana (1914)

O Clayton Act surgiu também para dar proteção à livre iniciativa de proteção econômica, ainda para evitar o truste. Passados mais de vinte anos do Sherman Act, outras preocupações surgiram, como a necessidade de evitar vendas casadas (compelir o consumidor de um produto ou serviço a comprar outro); proibir a ocorrência de preços discriminatórios e, por fim, regulamentar questões atinentes a fusões e incorporações de empresas. Ainda havia a preocupação em evitar que uma mesma pessoa física comandasse diferentes empresas concorrentes do mercado.

O Clayton Act tinha por finalidade ser mais eficaz na proteção à livre iniciativa, punindo outras tantas condutas que não foram previstas no Sherman Act. Pode-se falar, com acerto, que, no Clayton Act, condutas anteriormente não incriminadas passaram a ser, antecipando a intervenção estatal, conforme se verá no capítulo 2. Havia, no entanto, a preocupação em punir as condutas que pudessem prejudicar a concorrência.

Trata-se, inclusive, de diploma importante pelo período histórico compreendido: antes da primeira grande guerra mundial (como se investigará, o período pós guerras foi fecundo e produtivo para o aparecimento de normas de Direito Penal Econômico). Depois deste ato, apenas em 1936, após a grande depressão, o governo americano volta a

[54] Informação disponível em: < http://pt.wikipedia.org/wiki/Lei_Sherman_Antitruste>. Acesso em: 04 out. 2009.
[55] Disponível o inteiro teor do diploma em: <http://www.stolaf.edu/people/becker/antitrust/statutes/clayton.html.>. Acesso em: 12 out. 2009.

tratar de proteger a economia, com a criação do Robinson-Patman Price Discrimination Act.

O Clayton Act também se valeu de normas de Direito Penal, inclusive com privação de liberdade, cominando pena máxima de um ano, além de multa, para as discriminações de preço que visassem a diminuir a concorrência. O Clayton act se dirigia, principalmente, à regulação de atividades das holdings. Pode-se afirmar até que há preocupações de ordem trabalhista, ao se considerar que o trabalho humano não é nem commoditie nem bem no comércio.[56]

Pode, a um desavisado, parecer que esta legislação americana estaria ultrapassada, mas o Clayton Act voltou à tona recentemente, por exemplo, para tratar da aproximação comercial entre o Google e a Apple.[57]

Muito contribuiu para o desenvolvimento da tutela anti-truste a criação, ainda em 1914, da Federal Trade Comission[58], que criou uma comissão com a finalidade de regular e de proteger a economia contra os trustes e cartéis. Trata-se de órgão que, juntamente com o Departamento de Justiça, cuida da proteção à concorrência e aos consumidores nos EUA. É composta por cinco membros, com mandato de sete anos, indicados pelo Presidente da República e aprovados pelo Senado. Esta Comissão, inclusive, desempenha papel semelhante ao do CADE, e é reconhecida pelo governo brasileiro, haja vista a existência do Decreto 4702/2003. Enquanto o Sherman Act e o Clayton Act se valem de normas incriminadoras de Direito Penal, a Federal Trade Commission tem regras bastante semelhantes ao Direito Sancionador.

1.1.1.5 Outros diplomas advindos dos EUA. *Robinson Patman Act; Antitrust Procedures and Penalties Act; Antitrust Criminal Penalty Enhancement and Reform Act of 2004*

A evolução das normas de intervenção na economia Americana não é o objeto central deste texto. O problema a ser enfrentado é a (falta) de legitimidade da intervenção penal na economia. Para tanto, foi necessário identificar o surgimento do Direito Penal Econômico, a partir da noção de cultura e de patrimônio cultura. Por isso, como marcos temporais eleitos, pela maior importância, tratou-se da Convenção de Paris sobre Marcas e

[56] THE COLUMBIA ENCYCLOPEDIA. Clayton Antitrust Act. 6.ed. 2008. 12 Oct. 2009. Disponível em: <http://www.encyclopedia.com>. Acesso em: 12 out. 2009.
[57] Disponível em: < http://www.vooz.com.br/noticias/governo-dos-eua-devera-fazer-vista-grossa-em-parceria-do-google-e-apple-3175.html>. Acesso em: 12 out. 2009.
[58] É uma espécie de órgão regulador da Economia, assemelhado ao CADE.

Patentes e do Sherman Act. Apenas para que a narrativa não fique incompleta, serão mencionados outros atos dos EUA, que representaram desdobramentos do Sherman Act.

Após o período de Guerra e a Grande Depressão, surge o Robinson Patman Act, de 1936. A preocupação se referia aos preços, para que a discriminação não interferisse na livre concorrência.

Consigne-se que, desde a origem da tutela, o legislador americano conseguia perceber a diferença existente entre os crime comuns e os crimes econômicos, originariamente relacionados coma prática de truste. Sobre a diferença entre este Direito Penal Econômico e o Direito Penal Comum, importante a seguinte transcrição, constante do Antitrust Procedures and Penalties Act, já em 1974:

> *That philosophy of antitrust enforcement against antitrust crime is quite different from the philosophy underlying the enforcement of street crime laws. For instance, if a burglar came into a person's house and stole $3,000 and then was apprehended, the Government would never say, "Well, let's just fine him $500, because he is going to be sued for a massive amount of civil liability.*

Finalmente, trinta anos depois, em 2004, surge o ultimo diploma antitruste da legislação americana: Antitrust Criminal Penalty Enhancement and Reform Act of 2004[59]. Criou-se uma comissão antitruste e foram sensivelmente aumentadas as penas pecuniárias do Sherman Act, consoante a disposição da seção 215.

1.1.1.6 A criminalidade de colarinho Branco e as posições de Sutherland.[60] A Associação Diferencial

Para Manoel Pedro Pimentel, desde a segunda metade do século XIX os homens têm uma preocupação sistemática com o que E.C. Hill chamou, em 1872, de crime no mundo dos negócios.[61] Pode-se analisar, se se utilizasse uma criminologia meramente causal explicativa, o surgimento de uma nova categoria e classe de criminosos, diferente da "clientela tradicional" do Direito Penal.

Com efeito, as pessoas envolvidas com a prática de crimes econômicos têm

---

[59] Disponível em: <http://frwebgate.access.gpo.gov/cgi-bin/getdoc.cgi?dbname=108_cong_bills&docid=f:h1086enr.txt.pdf>. Acesso em: 18 out. 2009.

[60] A contribuição de Sutherland está lapidarmente transcrita em seu livro, ver SUTHERLAND, Edwin. *White Collar Crime.* Local: Yale University, 1983.

[61] PIMENTEL, Manoel Pedro. *O Crime de Colarinho Branco*. Julgados do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo. São Paulo: Lex Editora, 1974, p.11.

traços bem distintos da criminalidade tradicional. Certamente não estariam marginalizadas, estariam no próprio seio da sociedade. Estas pessoas têm influência e livre trânsito na sociedade, diferentes dos criminosos comuns. Cunhava-se, pois, com Sutherland, a expressão criminalidade de colarinho branco, ou de colarinho duro, em oposição à criminalidade do colarinho azul, esta última caracterizada pelos criminosos comuns. No início de seus estudos, aponta Sutherland que, das pessoas presas em 1923, a grande maioria percebia menos de trinta dólares americanos por semana, sendo, pois, integrantes da "lower economic class".[62]

Discutia Sutherland se os crimes de colarinho Branco eram ou não delitos. Em seu trabalho, estruturado em quatro partes e dezesseis capítulos, define o conceito de crime. Trata-se, segundo ele, de:

> *The essential characteristic of crime is that it is behavior which is prohibited by the State as an injury to the State and against which the State may react, at least as a last resort, by punishment. The two abstract criteria generally regarded by legal scholars as necessary elements in a definition of crime are legal description of an act as socially harmful and legal provision of a penalty for the act.*[63]

E ele compreendeu que sim, que estes delitos eram produto da associação diferencial, é dizer: o crime é absorvido, é compreendido pelo meio em que o sujeito vive (mas nem com isso se diga que existia um determinismo mesológico inexorável). Os delinquentes oriundos das classes menos abastadas, se quiserem praticar delitos, praticariam aqueles mais próximos de sua realidade, que, inclusive, poderiam ser aprendidos e ensinados os meios e modos de execução. Assim, pois, perpetrariam furtos, roubos, etc. Nas camadas mais abastadas, também se entenderia como praticar o crime, sempre voltado para a realidade em que se vivia, por isso, essa camada pratica sonegação fiscal e evasão de divisas, por exemplo.

Para Sutherland (registre-se que, em um primeiro momento, a imprensa teve receio em publicar os nomes das corporações mencionadas em seu estudo) o crime de colarinho branco era onticamente um delito, praticado por pessoa de negócios, de elevado status social, no exercício de suas atividades. Não se pode confundir o crime das elites com o crime de colarinho branco, pois, neste caso, sempre a atividade estará relacionada com a ocupação funcional do autor do fato[64]. Também provém de Sutherland demais características apontadas ao Direito Penal Econômico, como pluralidade de vítimas, lesão a bens não

---

[62] SUTHERLAND, Edwin. *Op.cit.,* 1983, p.4.
[63] SUTHERLAND, Edwin. *White Collar Crime.* Local: Yale University, 1983, p.46.
[64] ALLER, German. White collar crime. Edwin Sutherland y "El delito de cuello blanco". *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal.* Buenos Aires: Lexis-Nexis, 2005, fascículo 6, p.16.

palpáveis. Estes fatos são muito bem retratados por Germán Aller:[65]

> *En la actualidad la criminalidad del poder, se financiero, político o social, concita la atención de los expertos en materia penal em virtud de la dañosidad que acarreta tal conduta, así como lo peculiar de su concreción, porque no se está ante delitos tradicionales o tangibles, perceptibles por los sentidos como elementos externos* [...] *sino ante un daño no palpable, auque sí de gran dimensión para el desenvolvimiento de la vida en facetas cotidianas y también en lo concerniente a la sociedad en general.*

Para Sutherland, a criminalidade de colarinho branco nada tem haver, pois, com pobreza ou com falta de acesso aos meios de produção. Para além disso, torna-se uma criminalidade mais difícil de combater, haja vista o fato de os "criminosos" serem pessoas da sociedade. Nem os próprios criminosos conseguiriam se enxergar com tais. Este tipo de criminalidade, além de estar relacionada com dinheiro, com pessoas educadas, com status, sempre estará relacionado com o poder.[66]

1.1.1.7 Os modelos de Direito Penal Econômico: o modelo americano e o modelo Europeu. Haveria Direito Penal Econômico em países Socialistas?

Neste capítulo, demonstra-se que o surgimento do Direito Penal Econômico está intimamente ligado ao desenvolvimento da Cultura. Como os povos têm diferenças de orientações, pode-se afirmar a existência de diferentes culturas, dentro do que se convencionou chamar de multiculturalismo. Portanto, surgem diversos modelos de produção e diversos modelos de intervenção e, por conseguinte, diversos modelos de intervenção penal na economia. Como bem adverte Huntington, "Os países que têm afinidades culturais cooperam em termos econômicos e políticos".[67] Por isso, pelos diferentes modelos de cultura, poder-se-á identificar, basicamente, dois modelos de Direito Penal Econômico: O Europeu e o Americano.

Ainda neste escorço histórico, antes de adentrar as especificidades da matéria, deve-se registrar que há diferenças entre os modelos de Direito Penal Econômico americano e alemão. De fato, no modelo americano, o liberalismo deu a tônica para o surgimento do Direito Penal Econômico. Nos Estados Unidos, uma das primeiras manifestações de Direito Penal Econômico foi o "Sherman Act", resultante das insatisfações de concentração de renda na mão de poucos grupos

[65] *Ibidem,* p.12.
[66] ALLER, German. White collar crime. Edwin Sutherland y "El delito de cuello blanco". *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal.* Buenos Aires: Lexis-Nexis, 2005, fascículo 6, p.17.
[67] HUNTINGTON, Samuel. *O Choque de Civilizações e a Recomposição da Ordem Mundial.* Rio de Janeiro: Objetiva, 1997, p.28.

econômicos.[68] Tais normas foram complementadas pelo Clayton act, que teve por escopo impedir a ocorrência de monopólios nos EUA. O Direito Penal Econômico americano aparece, assim, como mais flexível, mais maleável. Pode-se afirmar, com acerto, que o Direito Penal Econômico nos EUA contribuiu para o desenvolvimento das normas de Direito Penal Econômico em todo o mundo.[69]

Já no modelo alemão, por sua vez, o incremento apareceu depois do período da primeira guerra mundial. As características, segundo Esteban Righi, são: referências ao período de guerra, privilégio do erro e sanções de ordem.[70] Com efeito, encerrada a guerra, havia desajustes de ordem econômica. Com a crise de 1929, passou a haver a necessidade de o Estado intervir na economia. A característica lamentável é o aparecimento de um regime de penas graves, em um regime totalitário, que contaminou toda a legislação penal alemã.[71] Apenas em 1954, na Alemanha, há uma flexibilização das leis penais econômicas, eis que se trata do auge da economia de mercado.[72]

Basicamente, pois, as diferenças entre o modelo americano e o europeu é que, neste, não havia maior liberdade, o Estado dirigia a economia e, por conta disso, interferia diretamente nos assuntos relacionados com Direito Penal Econômico. Já no modelo americano, a liberdade do Estado repercutia na legislação, bem como nas regras de Direito Penal Econômico.

1.1.1.7.1 O Modelo de Direito Penal Econômico no regime Socialista de Produção. As contribuições da Escola de Kiev (Direito Penal Soviético) e do Direito Penal Cubano. A criminalidade de colarinho vermelho[73]

Não se confunda, inicialmente, Direito Penal Econômico com regime capitalista de produção e de circulação de riquezas. Em países socialistas também existe(iam) normas de Direito Penal Econômico, a demonstrar que a intervenção penal na economia é um remédio do qual se socorrem os diversos modelos econômicos, cada um com as suas variáveis culturais, consoante se demonstrará. Não se pense, pois, que a idéia de intervenção penal na economia é uma exclusividade dos países capitalistas. Aliás, pode-se ver, com alguns autores, que a criminalidade econômica se desenvolve e aparece em países onde ocorre o dirigismo estatal na economia. Veja-se:

Em los países de régimen autoritário, e incluso em aquellos de economia

[68] RIGHI, Esteban. *Los Delitos Económicos*. Buenos Aires: Editoriales de Derecho Reunidas, 2000, p.18-19.
[69] MARTIN, Adán Nieto. Américanisation ou Européanisation du Droit Pénal Économique*?*. *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*. Ocotbre-Decembre/2006, n.4, p.767-768.
[70] *Ibidem,* p.24.
[71] RIGHI, Esteban. *Los Delitos Económicos*. Buenos Aires: Ad Hoc, 2000, p.27.
[72] *Ibidem,* p.31.
[73] LUISI, Luiz. A Criminalidade dos Colarinhos. Collar Criminality. Direito e Democracia. *Revista de Ciências Jurídicas – ULBRA.* v.4, n.2, 2003, p. 404-405.

> *"dirigida"o "encauzada"por el Estado, surgió la idéia de reunir todos los preceptos penales a que esse objetivo se refieren, bajo el título de Derecho Penal Económico, formado [...] em parte por disposiciones Del derecho penal comum*[74]

Nesta senda, deve-se advertir que Direito Penal Socialista não se confunde com o Socialismo do Direito Penal.[75] O socialismo do Direito Penal pode existir até mesmo em países capitalistas. Ele demonstra a mudança, a passagem da proteção exclusivamente individual para a proteção da coletividade, de novos bens, como, por exemplo, a saúde dos trabalhadores. O Direito Penal Soviético, no entanto, tem características próprias, resultantes de uma manifestação própria de cultura. Alteara-se o regime de produção, altera-se o estado, mas não se altera a necessidade (simbólica e/ou aparente) da intervenção penal na economia. Mudam os comandantes, mudam os comandados, mudam as regras de comando, muda a cultura do comando, mas não deixa de haver comando e controle. Veja-se:[76]

> Passando de dominada a dominante, a classe operária e o nascente estado socialista, com a economia baseada na coletivização dos meios de produção, devem produzir um novo aparato jurídico que o sustente para a sobrevivência de suas instituições e a persecução de seus fins.

A despeito de o socialismo estar em franco declínio, somente sendo empregado, na atualidade, na ilha de Cuba, por coerência, é necessário que se exponha, ainda que de forma resumida, para que a análise não pecasse por ser unilateral, as contribuições deste modelo de produção para o Direito Penal. Por isso, elegeram-se dois países (critério utilizado pela importância histórica): a ex- União Soviética[77] e Cuba.

Não se pense que a intervenção penal na economia é um atributo exclusivo do

---

[74] ASÚA, Luis Jiménez de. *Tratado de Derecho Penal.* Buenos Aires: Ed. Losada S.A., 1964, p.57.
[75] SALES, Sheila Jorge Selim de. *Escritos de Direito Penal*. 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p.57.
[76] SALES, Sheila Jorge Selim de. *Escritos de Direito Penal*. 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p.58.
[77] Como bem adverte Heleno Cláudio Fragoso, a legislação da ex URSS influenciou todos os países que se valiam do socialismo como meio de produção. Veja: "A influência da legislação soviética sobre o direito dos países satélites é imensa. Vamos encontrar, nos códigos penais mais recentes, daqueles países que, igualmente, conceitos materiais, mantendo, porém, a exigência de antijuridicidade formal. Temos, assim, o código búlgaro, de 1951, artigo segundo "fato punível é toda conduta socialmente perigosa (ação ou omissão), praticada culposamente e declarada punível pela lei". O código tscheco, de 1950, no artigo segundo, igualmente, prevê "é fato pun;ivel apenas a ação perigosa para a sociedade, cujo resultado estabelecido pela lei tenha sido causado culposamente. O código iugoslavo, de 1951, segue também a mesma orientação: "infração penal é o ato perigoso par a sociedade, cujas características estão fixadas na Lei. O Direito Penal da Alemanha Oriental não escapou à regra, acolhendo, com a lei de 11 de dezembro de 1957, o princípio geral, oriundo do direito soviético. Essa Lei, em seu parágrafo oitavo, repetia "Não se configura fato punível se a ação, embora corresponda à definição de um tipo legal, não for perigosa por sua insignificância e ausência de conseqüências danosas, para a República Social Alemã, a estrutura socielaista, os interesses do povo trabalhador, bem como cada cidadão. Não fica prejudicada a punibilidade de tal conduta como contravenção". (FRAGOSO, Heleno Cláudio. Apontamentos sobre o conceito de crime no Direito Soviético. *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal.* Guanabara: Universidade do Estado da Guanabara, p. 6970).

capitalismo. Tal intervenção ocorre sempre que o Estado buscava resguardar e organizar a atividade econômica. Isto não era diferente nos países ditos socialistas. Na opinião de Miguel Reale Jr., estampando a importância de Marx para o Direito Penal Soviético "A infraestrutura social é constituída pelas relações de produção, sendo o direito expressão do modo pelo qual se estabelece o domínio de uma classe sobre os meios de produção"[78] Ora, se a proteção recai sobre os meios de produção há uma demonstração inequívoca do Direito Penal Econômico na então URSS. Neste país, berço do comunismo mundial, o Direito Penal era usado na economia para reforçar o modelo socialista e afugentar qualquer tentativa de utilização do modelo capitalista. Como bem adverte Luis Luisi, a edição do Código Penal Soviético teve por finalidade sepultar o direito marcado pela burguesia capitalista dominante e fazer aparecer um "direito penal rigorosamente obediente ao pensamento marxista".[79]

Com efeito, ainda em relação aos modelos, insta salientar que a URSS também possuía regras de Direito Penal Econômico. Com efeito, esclarece Martos Nuñes sobre o direito penal soviético que havia também uma forte intervenção penal em matéria econômica, indagando se o poder executivo do Estado Soviético não era mais do que um órgão que dirige os interesses do partido comunista da URSS?[80] Sobre a importância do direito penal econômico para o regime socialista de produção, imperioso é transcrever:

> na verdade e, por um lado, bem pode dizer-se que a história da edificação do socialismo é a história da luta contra o crime econômico. A repressão a tal delinqüência foi um imperativo constante derivado em linha recta da vocação intervencionista do Estado Socialista, dada a sua (quase) exclusiva titularidade da iniciativa e de direção do processo econômico e a conseqüente necessidade de defesa das novas relações que sucessivamente foram marcando a vida econômico-social.[81]

Pretendia-se, pois, criar um direito voltado ao proletariado, com eliminação das classes burguesas. Por conta disso, até mesmo garantias como a legalidade são flexibilizadas, em nome de um tratamento diferenciado para as classes. Pode-se afirmar que o Direito Penal Soviético vivia a tensão entre as idéias do Direito do proletariado (Piotr Stutchka), baseado na noção de classes, e em uma concepção mais próxima da noção de lei, válida formal e materialmente, com

---

[78] REALE JR., Miguel. *Antijuridicidade Concreta*. São Paulo: José Bushatsky, 1974, p.15.
[79] LUISI, Luiz. Um Direito Penal do Inimigo: O Direito Penal Soviético. *In: Direito Penal em Tempos de Crise.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p.117.
[80] NUÑES, Juan Antonio Martos. *Derecho Penal Económico*. Madrid: Editorial Montecorvo, 1987, p.21-22 (Tradução livre do autor).
[81] DIAS, Jorge de Figueiredo; COSTA ANDRADE, Manuel da. Problemática geral das infraçções contra a economia nacional. *In:* PODVAL, Roberto (Org.). *Temas de direito penal econômico*. São Paulo: RT, 2000, p.320.

todos os rigores atinentes à legalidade (Evgni Pachukanis).[82]

Ainda no Direito Soviético, assistia-se à criação do "Tribunal dos Camaradas", substituindo a jurisdição. Se, por um lado, tinha o grande desacerto de afastar a atuação jurisdicional e perder o controle das garantias, por outro, via-se a criação de uma forma alternativa de solução de conflitos. Veja-se, com Heleno Cláudio Fragoso, que:

> No XI Congresso Internacional de Direito Penal, celebrado em Budapeste, em 1974, discutiu-se a evolução de métodos e de meios em direito penal. No Colóquio preparatório, que se realizou em Varna, na Bulgária, em 1973, diversos representantes de países socialistas expuseram a experiência adotada em vários deles, da transferência de certas infrações leves para tribunais comunitários informais. O art. 51 do CP soviético de 1960 (República Socialista Federativa Soviética Russa) permite transferir para tribunais de camaradas os acusados de crimes leves, sempre que, dadas as circunstâncias do fato e a personalidade do agente, seja possível supor que o culpado se emendará sem a imposição de pena, com o simples emprego de medidas de pressão social. Essas medidas são previstas pela lei que regula os tribunais de camaradas (de 3 de julho de 1961) e consistem em obrigar a apresentar publicamente desculpas, em formular ao culpado uma advertência ou censura pública, em lhe impor multa ou em propor à direção do local onde ele trabalha transferência para um posto onde receba remuneração menor ou sua demissão, ou, ainda, em propor a expulsão do apartamento em que o culpado habita, etc.[83]

Veja-se, ainda, que a ideologia socialista conseguiu contaminar toda a estrutura geral do Direito Penal Soviético, sendo permitida, inclusive, o emprego da analogia como forma de criação de tipos penais.

Quem muito bem pôde retratar e analisar a criminalidade de colarinho vermelho, alusão feita aos crimes econômicos no sistema de produção socialista, foi Luiz Luisi:[84]

> Trata-se de uma criminalidade de burocratas corruptos, e que gerou uma desconfiança geral no sistema e na possibilidade de se chegar a um Estado fundado na distribuição justa de riqueza. A difusão deste tipo de criminalidade não passou despercebida ao legislador soviético. Quando da reforma penal formalizada no Código Penal de 1960, foi inserido em seu texto o capítulo dos "Delitos contra a propriedade socialista", até então inexistente no direito penal russo. Dentre os delitos previstos no capítulo mencionado merece especial atenção o do artigo 93, bis, ou seja, "a

---

[82] ALAPANIAN, Silvia. *A Crítica Marxista do Direito. Um olhar sobre as posições de Evgni Pachukanis.* Disponível em: <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/journals/2/articles/26049/public/26049-26051-1-PB.pdf>. Acesso em: 18 out. 2009.

[83] FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Alternativas da pena privativa da liberdade*. Disponível em: <http://fragoso.com.br/cgi-bin/heleno_artigos/arquivo52.pdf.>. Acesso em: 18 out. 2009.

[84] LUISI, Luiz. A Criminalidade dos Colarinhos. Collar Criminality. Direito e Democracia. *Revista de Ciências Jurídicas – ULBRA.* v.4, n.2, 2003, p.405.

> apropriação dos bens estatais ou sociais em quantidade especialmente grande", que tem como uma das suas sanções a pena de morte.

Como a preocupação maior, na Rússia, era com a perigosidade de determinados agentes e com a necessidade de proteger o espírito soviético, a cultura soviética, flexibilizava-se a legalidade estrita e, por via de consequência, a parte especial – toda ela, incluindo a tutela penal da ordem econômica – perdia a sua importância de garantia, completamente.[85] No mais das vezes, os crimes não eram regido pela taxatividade e nem pela legalidade estrita. Deve-se registrar, no entanto, que os crimes contra a ordem econômica, mesmo no modelo soviético, estavam entre aqueles definidos como particularmente perigosos, juntamente com os crimes contrarevolucionários, os contra o ordenamento público, os contra o trabalho, contra os deveres dos profissionais, contra a pessoa e contra a vida.[86] Assim, o tratamento penal da economia é colocado mesmo *status* de importância que a tutela da vida humana. Luiz Luisi explicita quais eram os crimes contra a economia especialmente lesivos:

> Os delitos particularmente perigosos contra a economia são, dentre outros, os que "lesam a construção socialista do proletariado através da violação da política econômica, em variados aspectos; o do descumprimento fraudulento por particulares das obrigações contratuais ajustadas com instituições estatais ou sociais que acarretem ou possam resultar grave dano para as mesmas; e, ainda, o da violação sistemática de normas reguladoras das operações com moedas.[87]

Para estes delitos, dito particularmente lesivos, podia haver como pena, inclusive, o fuzilamento.[88] Havia, ainda, crimes contra a economia tratados como menos lesivos, dentre os quais estavam a violação às regras estabelecidas para o comércio entre as instituições e estabelecimentos soviéticos, o arbitrário aumento de preços dos objetos de grande consumo, o desfrute ilegal do subsolo...[89-90]

Já em Cuba, notou-se que "En cada período el sistema penal defiende al orden social dominante y los interesses socio jurídicos derivados de las relaciones sociales y económicas de la formacion cubana".[91] Verifica-se, pois, que, também em Cuba, o Direito

---

[85] SALES, Sheila Jorge Selim de. *Escritos de Direito Penal*. 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p.65.
[86] LUISI, Luiz. Um Direito Penal do Inimigo: O Direito Penal Soviético. *In: Direito Penal em Tempos de Crise.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p.121.
[87] LUISI, Luiz. Um Direito Penal do Inimigo: O Direito Penal Soviético. *In: Direito Penal em Tempos de Crise.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p.122.
[88] *Ibidem,* p.123.
[89] *Ibidem,* p.125.
[90] Para um estudo sistematizado do Direito Penal Soviético, recomenda-se vivamente a consulta a ASÚA, Luis Jiménez de. *Tratado de Derecho Penal.* Buenos Aires: Ed. Losada S.A., 1964. Neste estudo, há, inclusive, comentários aos crimes contra economia socialista, artigo por artigo, entre as páginas 244/247.
[91]RINCONES, J. Martinez. *Sociedad y Derecho Penal en Cuba.* Capítulo Criminológico 11/12. Faculdad de

serve a funções não declaradas, a serviço da atividade econômica. A isto se voltará no capítulo 4.

No primeiro artigo do Código Penal Cubano, já se encontra a necessidade de proteger a ordem econômica.[92] Após a revolução, na Ilha foram incriminadas condutas contrárias à economia nacional ou à fazenda pública, [93] mais especificamente, foram punidas condutas: *"Contrarias a la protección revolucionaria del sistema monetario y otras pertubadoras de le economia nacional, como el contrabando de dinero, las declaraciones fraudulentas de dinero, la comercialización de títulos bancários[...]"*[94]

Vê-se, pois, que, a despeito das variações de orientação, dos diferentes objetos sobre os quais recaiam, as normas de Direito Penal Econômico, enquanto exercício de poder, também marcaram presença em regimes socialistas. Igualmente se analisará se esta intervenção poderia ser considerada legítima.

1.1.1.8 O Direito Penal Econômico como um fenômeno da sociedade do Risco. Breves Notas sobre a Globalização e o Direito Penal Econômico.

A aproximação entre países e povos não é assunto novo. Sempre os povos buscaram se aproximar. Veja-se, por exemplo, as associações dos bárbaros durante e idade média e as associações entre as coroas no período de colonização do "novo mundo". Portanto, a aproximação entre os diversos países não é algo recente, mas a intensidade desta aproximação e os seus novos valores representam, sim, uma manifestação mais recente.

O mundo hoje é absolutamente interligado. Todas as lesões a bens coletivos ocorridas em uma determinada localidade irão repercutir em todo o mundo. Veja-se, como exemplo, a problemática ambiental, uma das maiores preocupações desta nova dimensão de Direitos. Semelhantemente, os desdobramentos de crises financeiras trazem impactos globais, como nunca se viu antes. A crise econômica dos Estados Unidos, iniciada em 2007/2008, repercutiu com prejuízos em quase todas as nações do mundo. Um impacto no sistema financeiro, efetivamente, tem o poder de gerar enorme recessão. As diversas instituições financeiras do mundo perderam as suas fronteiras, aproximando-se dos cidadãos de todos os países. Atualmente, os grandes bancos atuam em diversas nações e uma crise em uma delas pode reduzir crédito; aumentar juros, aumentar a

---

Derecho Universidad del Zulia. Maracaibo/Venezuela, 1983-1984, p.88.
[92] SALES, Sheila Jorge Selim de. *Escritos de Direito Penal*. 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p.76.
[93] RINCONES, J. Martinez. *Op.cit.,* 1983-1984, p.97.
[94] *Ibidem,* p.98.

insolvência e o inadimplemento o que, por conseguinte, aumentaria o *spread bancário*, desestimulando a produção. Também neste contexto é notável a relação entre patrimônio cultural e economia. Colha-se o magistério de Ronaldo Coutinho: "A transformação das cidades em mercadoria, ingrediente essencial e, ao mesmo tempo, emblemático da chamada globalização, tem como um dos elementos centrais o próprio processo de mercantilização da cultura [...]".[95]

Neste contexto, a globalização também repercutiria no Direito Penal Econômico, restando analisar se as normas penais seriam aptas e idôneas a tratar desta matéria. Assim, a despeito de não ser o tema central desta tese, tratar-se-á da globalização, do aparecimento de novos riscos que fariam surgir novas respostas penais, como pressuposto, para, adiante, analisar criticamente esta intervenção, questionando se ela é legítima, necessária, idônea e suficiente. Os bens culturais – neles se inclui a manifestação do Direito Penal Econômico – sofrem impactos nesta sociedade supostamente pós-moderna, em que todas as nações se aproximam.

> A expansão da intervenção penal de forma emergencial, simbólica e atécnica – com frágeis modelos de tipificação – leva à sua deslegitimação cotidiana, o que somente poderá ser corrigido com a superação de metodologias e concepções ultrapassadas, inábeis para sua eficaz compreensão e aplicação.[96]

A complexidade do Estado moderno aponta para uma manifesta deficiência deste na resolução de problemas estruturais da sociedade. O Estado Democrático de Direito, pluralista, na acepção que se tem hoje, é fruto da evolução de Estado Social, voltado à coletividade e às questões a ela inerentes, e este, por seu turno, surge da transformação do Estado Liberal do século XVIII, eminentemente individualista. Todavia, essa evolução não alcançou a possibilidade do oferecimento de condições de existência dignas ao mundo ocidental.

Aliados a tal evolução, a tecnologia e o processo de Globalização surgem para possibilitar a prática de atividades até então desconhecidas, fruto das novas necessidades que inevitavelmente surgem, gerando como conseqüência a incapacidade estatal de administrar, utilizando-se dos mecanismos tradicionais, as conseqüências negativas deste fenômeno.

Neste contexto, o Direito Penal, tradicionalmente utilizado como forma de atuação estatal na reprimenda de condutas socialmente reprováveis, assume a postura do instrumento mais utilizado pelo Estado para conter preventivamente condutas hipoteticamente arriscadas, em um

[95] COUTINHO, Ronaldo. Mercado Cultural e Proteção Jurídica do Patrimônio Cultural Urbano. *In:* AHMED, Flávio; COUTINHO, Ronaldo. *Patrimônio cultural e sua tutela jurídica.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.11.
[96] SOUZA, Luciano Anderson de. *Expansão do Direito Penal e Globalização.* São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2007, p.176.

descompasso axiológico com os seus institutos, princípios e postulados mais tradicionais. Quebram-se garantias dogmáticas, consoante se verá, para se atender a imperativos de necessidade prática.

O modelo no qual está inserido a sociedade atual aponta indubitavelmente para uma realidade de risco[97]. Admitir o risco como um aspecto central da organização social implica lhe conferir uma dinâmica específica, da qual se pode extrair um novo papel dos discursos jurídicos nela produzidos. O novo papel do risco, que deixa o setor periférico e acessório para assumir o núcleo da realidade social é a direção para a qual se orientam os principais instrumentos que compõem a interação social. Essa centralização do risco se deve exatamente às novas características da sociedade. As novas necessidades, aliadas às novas conquistas, fizeram com que o risco ganhasse especial destaque, fazendo parte do cotidiano das pessoas.

De fato, independente da importância e do local em que se encontre, o risco sempre esteve presente na atividade humana. O próprio desenvolver da vida, o relacionamento transindividual e a interação com as forças da natureza sempre envolveram expectativas de perigo e, desta forma, já apontavam para uma noção de risco. Este perigo, entretanto, durante grande parte do transcorrer da história das sociedades, foi considerado elemento alheio à ordem social, não sendo o foco de grandes discussões, ocupando posições periféricas e acessórias. O próprio cotidiano da vida dos indivíduos em sociedade não lhes exigia periódicas avaliações de risco, já que situações arriscadas não faziam parte do dia-a-dia das pessoas.

A sociedade de risco é marcada pela dimensão e importância que ganharam as situações de risco, e não pela existência daquele, já que esta acompanha a vida dos indivíduos de há muito – por óbvio de forma bem menos expressiva anteriormente. Este modelo de sociedade é, então, consectário lógico do desenvolvimento do modelo econômico, cujo surgimento aponta aos remotos tempos de Revolução Industrial. A obstinação pelo progresso e pelo desenvolvimento da ciência através da descoberta de novas tecnologias cria uma dinâmica peculiar e especialmente perigosa: a intensidade deste progresso não é acompanhada pela análise dos efeitos que dele podem decorrer. A respeito dos mencionados riscos e sua relação com a globalização e com o direito penal:

> A questão se agrava com o processo de globalização e da incorporação do risco à sociabilidade humana. As novas circunstâncias trazem consigo a necessidade da agregação de outros discursos, fomentando a idéia de um direito penal do risco: baseado em um estado preventivista, arrebatador, do estado de direito, confundindo prevenção policial com repressão penal,

Segundo Pablo Rodrigo Alflen da Silva, o conceito cunhado por Beck, de sociedade de risco, é complementado por um segundo modelo, no qual a sociedade do risco apresenta-se sobretudo como uma sociedade subjetivamente insegura, em razão dos novos riscos ou dos novos riscos *percebidos* (SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. *Leis Penais em Branco e o Direito Penal do Risco.* Aspectos Críticos e Fundamentais. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004, p.95).

> substituindo ofensividade por perigo e reduzindo os riscos permitidos, além de uma crescente administrativização do direito penal.[98]

Como fruto da dissonância entre o ritmo de surgimento de inovações científicas e o conhecimento dos reflexos de seu uso que surge a insegurança típica da chamada sociedade do risco. Neste contexto, o risco assume posição de salutar importância, tornando-se figura indispensável ao desenvolvimento econômico, sendo centro no modelo de organização social. Sobre o risco e globalização e a necessidade de reconhecer os limites do direito penal:

> Eis que este modelo de direito penal entra em situação de crise, por via da entrada em cena dos riscos modernos, totalmente diferentes quanto à escala das ameaças, quanto à dimensão das possíveis conseqüências e, surpreendentemente, quanto aos próprios objectos ameaçados [...]. É certo que o modelo garantista de atribuição da responsabilidade criminal baseado nas prescrições da ética tradicional se mantém válido na esfera da interação humana corrente, mas esse modelo parece já não conseguir dar resposta aos problemas características da civilização tecnológica.[99]

Resta demasiadamente demonstrado, portanto, que os progressos vislumbrados desde a revolução tecnocientífica do século XX carregam consigo uma pluralidade de conseqüências desconhecidas, como a prática de condutas socialmente reprováveis por meio da *internet* ou ainda, nas relações internacionais, que geram por resultado imediato uma profunda sensação de insegurança no seio social. Todo este progresso, aliás, desdobramento da Cultura dos povos.

Diante de tais circunstâncias, ante uma realidade de supervalorização do risco, o poder econômico assume uma importância salutar, uma vez que ganha destaque a criminalização das condutas econômicas. A atividade econômica é indispensável à vida moderna. Não há mais como se viver sem um sistema financeiro devidamente estruturado; não há colo relegar a segundo plano a proteção ao consumidor; a arrecadação tributária/previdenciária é meio para a própria manutenção do Estado. Neste momento de evolução, o homem não pode mais prescindir de investimentos, financiamentos, ou, pelo menos, de pagamentos bancários. Entretanto, da mesma forma que o Estado demonstrou-se incapaz de regular de forma satisfatória as condições para a convivência social, os meios atualmente empregados na tentativa de conter a proliferação de condutas econômicas socialmente reprováveis também não se encontram suficientemente reguladas.

Nesse contexto de deslegitimidade, insuficiência e ineficiência de regulação social, é

---

[98] BRAGA, Vinícius Gil. Sociedade, pluralidade e direito penal: breves considerações acerca do distanciamento dogmático e uso simbólico do direito penal. *In:* AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de; CARVALHO, Salo de (Orgs.). *A crise no processo penal e as novas formas de administração da justiça criminal.* Porto Alegre: Notadez, 2006, p.131.

[99] MENDES, Paulo Souza. *Vale a pena o direito penal do ambiente?* Lisboa: AAFDL, 2000, p.90.

bastante cômodo apontar o Direito Penal como remédio para todos os males. Essa solução seguiria o seguinte raciocínio (equivocado, registre-se): quanto maior a repressão penal, a uma menor quantidade e intensidade de lesões estaria sujeita a sociedade. Não é necessária uma profunda análise sociológica para se inferir a inverdade que norteia tal concepção. Isto porque, nada obstante a expansão experimentada pela legislação penal, muitas vezes fruto do exercício temperamental e impulsivo do legislador penal, os resultados experimentados pelo corpo social não têm diminuído em quantidade ou importância.

Por ocasião desta expansão desenfreada do Direito Penal, ele acaba por perder o seu caráter de *ultima ratio*, que sempre caracterizou o que há de clássico no contexto do direito criminal, para assumir uma postura privilegiada na lista de remédio para os males que atingem a sociedade. De posse dessa informação, ao revés de funcionar como elemento subsidiário, apenas quando outras soluções não se fizessem eficazes, o Direito Penal passa a eleger novos candidatos a bens jurídicos a serem tutelados penalmente de forma prioritária, tais como o sistema financeiro, o mercado de capital, o meio ambiente, as relações de consumo, etc. – temas anteriormente estranhos e distantes da seara penal.

Nesse sentido, o Direito Penal do risco, consectário lógico da sociedade do risco, caracteriza-se por uma verdadeira inversão de valores, de ordem ou de sentido no contexto da tipificação de condutas. Quando se aventura a *andar por mares nunca d´antes navegados* – ao lidar com situações que sempre foram estranhas ao sistema penal -, o legislador criminal perde-se numa busca inveterada de tipificação de condutas e caminha na contra mão do procedimento tradicional de criação de delitos. Explique-se. No Direito Penal clássico, as condutas eram tipificadas por serem previamente consideradas inadequadas socialmente. O Direito Penal do Risco, ao revés, tipifica comportamentos que não são identificados anteriormente como inadequados pelo seio social, ou seja, criminaliza-se para que posteriormente seja desvalorado socialmente.

Também na direção contrária anda a própria doutrina do direito penal de risco. Isto porque, para o Direito Penal Clássico, antes de se criarem os tipos penais, criou-se uma doutrina do Direito Penal, surgida a partir do princípio da legalidade, do qual se extraiu a teoria do delito para, posteriormente, de acordo com as necessidades humanas, irem identificando-se as condutas a serem tipificadas. O Direito Penal do Risco, mais uma vez, caminha na contramão desse raciocínio lógico e parte das tipificações de condutas para depois buscar, por óbvio, sem sucesso, criar uma teoria do delito que as contextualizem.

E as razões para o fracasso da empreitada que busca apontar o direito penal como remédio universal para todos os males são óbvias. Os métodos tradicionais de controle penal se

mostram, já em uma primeira e rasa análise, ineficientes para atender as necessidades e controlar os riscos que permeiam a sociedade atual. Daí a necessidade de uma abordagem transdisciplinar, da busca de medidas de ingerências estranhas ao sistema criminal, uma vez que há, sim, a possibilidade de atuação Estatal por meio de mecanismos diversos e mais satisfatórios na defesa dos interesses dos indivíduos.

Apenas utilizando-se desse contexto multidisciplinar é possível que se coadunem a necessidade de conter o risco nuclear da sociedade moderna e a promoção de garantias fundamentais que foram conquistadas e solidificadas ao longo de séculos, e que constituem postulados clássicos do direito penal que não podem ser desconsiderados.

Isto porque, tal desconsideração acabaria inevitavelmente por comprometer a própria natureza do Direito Penal – seus substratos mais clássicos seriam desconsiderados. Neste contexto, perder-se-ia de vista o referente básico e nuclear do direito penal, notadamente no que diz respeito à indicação dos bens jurídicos por ele tutelados. Colocar a legislação penal como instrumento de opção política criminal faz com que se corra o perigo de desviá-lo da vertente garantista merecidamente conquistada.

Parte-se, nesse novo modelo, para uma linha de "funcionalização" e "desformalização" – que são fatores que, *per si*, fazem afastar o Direito Penal do seu modelo garantista clássico. Como resultado, tem-se, consoante se verá, a proliferação de normas penais em branco, de cláusulas gerais e de conceitos indeterminados, que antes se constituíam em verdadeiras exceções inevitáveis e que, agora, passam a ser regras num comportamento temperamental do legislador tipificador de condutas.

Essa forte tendência de desformalização do direito penal do risco se reflete na própria relativização de conceitos dogmáticos, outrora sólidos, que constituem verdadeiras conquistas da sociedade atual – como a concepção de dolo, de autoria, de causalidade, etc.

Observe-se que a solução para o problema não reside na exclusão radical do Direito Penal do rol dos instrumentos a serviço do controle dos riscos da sociedade hodierna. Pode-se, sim, utilizar o Direito Criminal quando necessário seja, desde que se mantenha a necessária atenção aos limites impostos classicamente, que se evite o exagero do direito penal em excesso. O que não se poderia observar, mas que vem se mostrando cada vez mais presente, é uma fuga desenfreada para o direito penal, tido como uma espécie de garantidor por excelência.

Com essa fuga desenfreada, todavia, não se alcança a almejada pacificação social. Ao revés. Aumentam-se os custos, esvaziam-se de conteúdo as instituições mais clássicas do Direito Penal, que passam a ser obrigatoriamente relativizadas e cria-se uma espécie de política criminal

simbólica, cuja ineficácia já restou sobejamente demonstrada.[100]

Restará óbvio, portanto, que o modelo tradicional de Direito Penal já não serve para tutelar esses novos bens jurídicos surgidos com o advento da sociedade de risco. São objetos completamente distintos, que reclamam uma atuação estatal também diferenciada: é incoerente tentar adequar essa nova realidade ao Direito Penal Clássico, haja vista que aquelas a este não se coadunam.[101]

Diante de todas essas peculiaridades que norteiam essas novas tipificações, o que ocorre, em verdade, é a impossibilidade de que as garantias que acompanham o Direito Penal clássico se façam presentes nessas hodiernas situações, simplesmente porque a própria natureza delas não se coaduna com as referidas garantias. De posse dessa informação, os defensores da existência de um Direito Penal de duas velocidades optam, então, por um suposto "direito penal mais brando" – como se a atenuação de penas imputadas a alguns delitos representasse, *per si*, algum abrandamento do sistema penal – para esses novos delitos e, exatamente nesse abrandamento, como uma contrapartida, encaixam a supressão de garantias. Ocorre que, em verdade, as garantias foram suprimidas, não por uma opção para equilibrar a balança ante a opção por penas mais brandas, mas sim por uma imposição, haja vista a impossibilidade de manutenção daquelas nesses novos modelos de delitos surgidos na Sociedade de Risco.

Além disso, não possui legitimidade a criação de um micro sistema penal que, sem que sejam encontrados fundamentos teóricos para tanto, relativizem as garantias sob o único argumento do abrandamento das penas imputadas. De posse da ausência de legitimidade da

[100] Sobre o chamado "direito penal simbólico", Claus Roxin: "Ponto nevrálgico da moderna legislação penal é também o chamado direito penal simbólico. Este termo é usado para caracterizar dispositivos penais que não geram, primariamente, efeitos protetivos concretos, mas que devem servir à manifestação de grupos políticos ou ideológicos, através da declaração de determinados valores ou o repúdio a atitudes consideradas lesivas. Comumente, não se almeja mais do que acalmar os eleitores, dando-se, através de leis previsivelmente ineficazes, a impressão de que está fazendo algo para combater ações e situações indesejadas". (ROXIN, Claus. *Estudos de Direito Penal.* Tradução: Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.33).

[101] As diferenças entre a tipicação de condutas no modelo do Direito Penal Clássico e neste novo modelo do Direito Penal de Risco são precisamente apontadas por Fábio Roberto D´Avila, segundo o qual, entre os ditos "delitos clássicos" e aqueles surgidos numa sociedade pós moderna há diferenças estruturais que caracterizam, de um lado, tipos penais de cunho mais tradicional, como é o caso do homicídio, da lesão corporal e do furto, nos quais se dispõe de um bem jurídico individual, um sujeito ativo identificado na pessoa física e uma relação de imputação que pode ser verificada através de critérios teóricos que já foram anteriormente desenvolvidos. De um outro lado, estariam os tipos do direito penal secundário (criação desta já amplamente mencionada Sociedade do Risco), como por exemplo o crime de poluição (artigo 54 da lei 9.605/98), de extração não-autorizada de minerais (artigo 44 da mesma lei) e de depósito para venda de produtos impróprios para o consumo (artigo 7º, IX da Lei 8.137/90), nos quais o bem jurídico em muito perde no que diz respeito à sua densidade e assume uma dimensão supra-individual. "Além disso, nesse novo modelo, o sujeito ativo se confunde com a pessoa jurídica, o sujeito passivo é difuso e os critérios de imputação se vêem diante de relações de causa e efeito, em que a cumulatividade de fatores, a ocorrência de efeitos sinergéticos, a dilação temporal entre conduta e resultado ou mesmo o caráter, muitas vezes, transfronteiriço deste último, fazem-nas de difícil, senão mesmo, impraticável verificação". (O Direito Penal no Século XXI. Sobre os Limites Normativos da Política Criminal. *In: Novos Desafios do Terceiro Penal no Terceiro Milênio.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p.574).

proposta de Silva Sanchez de utilizar-se do Direito Penal, ainda que em um contexto supostamente diverso, mais ainda inserido no sistema criminal, para tutelar os riscos advindo do novo modelo social gerado pela sociedade de risco, reitera-se, mais uma vez, a incapacidade do Direito Penal, em qualquer análise que se busque fazer, de dar as respostas a esses riscos – tão almejada pelo seio social.

O quadro que se desenha, ante tais acontecimentos, é que o Estado, em que pese a comprovada ineficácia de tal meio, se vale do Direito Penal para criminalizar condutas que, em última análise, inviabilizam a própria atividade estatal de promoção da justiça social. Isto porque, o chamado Direito Penal clássico, moldado e aprimorado a partir de movimentos iluministas, parte de um núcleo protetor: de uma maior preocupação com a proteção do indivíduo em face do poder punitivo do Estado, que é ignorado, na medida em que esses novos moldes do Direito Penal afastam, por completo, os princípios limitadores da atividade estatal.[102-103]

Essa ineficiência do Direito Penal na tutela desses novos bens jurídicos ganha especiais contornos e relevância quando se analisa a chamada criminalidade econômica. Isto porque, ela é fruto deste, já amplamente abordado, comportamento temperamental criminalizador de condutas do legislador e, indubitavelmente, faz parte do rol dos bens jurídicos que não merecem intervenção penal – por sua própria natureza, surgimento e características.

Inicialmente, há de ser apontada uma realidade inafastável: não é imotivadamente que a criminalidade econômica vem ganhando dimensões exageradas na criação de novos delitos. Ora, o Estado – o mesmo Estado tipificador de condutas – tem seu exercício diretamente afetado pelas relações econômicas, daí o seu interesse em punir quaisquer condutas que, em tese, vão de encontro aos seus interesses – que, em nenhuma hipótese, podem aqui ser confundidos com o Interesse Público.

O que ocorre é que as conseqüências da utilização do Direito Penal para reprimir as

---

[102] A esse respeito, Rogério Maia Garcia afirma com propriedade que "a proteção penal foi estendida à ordem econômica, ao meio ambiente, às relações de consumo, à economia popular, etc, sob o argumento de que tais condutas colaboram para inviabilizar a atuação estatal na busca de uma sociedade mais justa e igualitária". Em sendo assim, a ameaça de uma reprimenda estatal acaba por recair sobre um número cada vez maior de atividades, que ultrapassam em muito a proteção do indivíduo em face do poder punitivo estatal. Segundo o referido autor, em verdade, vale-se o poder estatal de seus instrumentos de controle social para defender seus próprios interesses. (GARCIA, Rogério Maia. *A Sociedade do Risco e a (in)eficiência do Direito Penal na era da Globalização.* Disponível em: < http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/RISCO.pdf>. Acesso: 10 maio 2009).

[103] Também a esse respeito, Claus Roxin: "A finalidade do direito penal, degarantir a convivência pacífica na sociedade, está condicionada a um pressuposto limitador: a pena só pode ser cominada quando for impossível obter esse fim através de outras medidas menos gravosas. O direito penal é desnecessário quando se pode garantir a segurança e a paz jurídica através do direito civil, de uma proibição de direito administrativo ou de medidas preventivas extrajurídicas". (ROXIN, Claus. *Estudos de Direito Penal.* Tradução: Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.33).

condutas antieconômicas prejudicam, em muito, o próprio fim do Estado que se diz Democrático de Direito. Isto porque, acaba-se hipertrofiando o Sistema Penal, tornando a legislação penal extravagante ampla, complexa e, por vezes, contraditória, inviabilizando o cumprimento dos seus mais fundamentais objetivos. O fracasso da criminalização das condutas antieconômicas é de fácil percepção: a dinâmica desenfreada produção legislativa sem precedente na história de edição de leis penais cresce ao lado dos índices de criminalidade – o que aponta, *per si*, para a inadequação do sistema criminal.

Além de as condutas antieconômicas serem alheias ao direito penal por sua própria natureza, também se deve, sim, reconhecer a incapacidade de o direito penal, por mais repressor e violador de garantias que venha a se tornar, acompanhar o desenvolvimento dos mecanismos que norteiam a atividade econômica de uma sociedade. Em outras palavras: a morosidade da atuação do Estado, necessária à salvaguarda de garantias individuais[104], inviabiliza o controle penal e a diminuição da criminalidade, mormente a econômica.

Finalmente, e em apertada síntese, a situação desenhada é a seguinte: hoje a realidade aponta para a possibilidade da prática de um crime por meio de agrupamentos sociais despersonalizados – o que, *per si*, aponta para a incapacidade do Estado, mormente através de reprimendas penais, oferecer qualquer resposta satisfatória para a diminuição das conseqüências diante da existência de um dano concreto. Destarte, a adoção de medidas que extrapolam a seara penal mostra-se como uma solução possível e racional, na medida em que resguarda ao Estado a capacidade de promover a justiça social – fim precípuo da sua condição democrática de Direito – sem que, para isso, tenha que abrir mão das conquistas que a humanidade realizou ao longo da história.

É justamente diante deste contexto que se indaga se a intervenção na economia poderia ser feita por meio de normas penais sem violar o núcleo de garantias instituídas pela dogmática. Semelhante é a preocupação abaixo transcrita:

> A reestruturação da sociedade contemporânea – a partir, sobretudo, do segundo conflito mundial – implicou um novo espectro de conflitos sociais, conducentes ao surgimento de uma criminalidade à qual a dogmática penal tradicional não se mostrou adequada. Diferenciada, modernizada e transnacional, essa criminalidade emergente pode lesar tanto o indivíduo quanto aos Estados, o que nos leva a discutir se o Direito Penal tradicional ou nuclear – concebido e desenvolvido especialmente para a solução de

[104] Nesse sentido, Aury Lopes, referindo-se aos mecanismos de aceleração do processo penal, afirma que *a urgência é um grave atentado contra a liberdade individual.* Isto porque, conforme leciona o autor, o processo penal foi concebido como um instrumento para proporcionar às partes a mais ampla garantia dos direitos fundamentais e, para tanto, o processo deve, sim, desenrolar-se em baixa velocidade, *para que o calor do acontecimento de das paixões arrefeça, permitindo uma racional cognição.* (LOPES JR., Aury. (Des)Velando o Risco e o Tempo no Processo Penal*. In: A qualidade do Tempo: para além das aparências históricas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p.170).

> casos interindividuais, com bens jurídicos tradicionais ou específicos – poderia, sem dissociar-se de seus princípios e, fundamentalmente, de suas garantias clássicas, responder a conceitos sociais complexos, numa sociedade de rico, globalizada; ou se ao direito penal se deveria conceder uma nova feição, aprimorando-se para adequá-lo a essa nova etapa da economia mundial, com derrogação de determinadas garantias, oportunizando-se maior eficácia na luta contra essa criminalidade.[105]

1.1.1.9 O Direito Penal Econômico no Brasil

Se se considerar que o aparecimento de normas de direito penal econômico é um fator que representa desenvolvimento, também neste ponto, em particular, o Brasil demorou a se manifestar. Preliminarmente, pode-se afirmar que as ordenações Filipinas puniam o emprego da usura.[106] Há ainda quem entenda que há manifestações de direito penal econômico no Brasil desde 1875, com a lei dos registros de marcas de fábrica e de comércio.[107]

Também marcado pela consequencialidade, pode-se dizer que as primeiras intervenções do Estado na economia, no Brasil, remontam a 1930. Com o impacto da crise de 1929, o governo se viu obrigado a proteger a economia interna. Veja-se:

> Foi com o advento da Revolução de 1930 e das conseqüências da crise mundial de 1929 que o nosso país, atingido gravemente na sua economia, passou a conviver com medidas estatais de intervenção. [...]. Surgiram, então, diplomas legais que, intervindo na economia, descreveram ilícitos penais e cominaram sanções. Podem ser referidos o Decreto 22.626, de 07 de abril de 1933, baixado pelo governo provisório e que criminalizou a usura, cuja proibição viria a ser declarada pela carta política de 1934. O decreto n.o 22796, de 01 de junho de 1933 estabeleceu penas severas para a falsificação e a fraude de gêneros alimentícios.[108]

A partir de então, o Estado passou a intervir diretamente na economia. Surgiram, então, ainda, os seguintes diplomas legislativos, dentre outros: Decretos leis 431/1938; 869/38; 1716/39; 1641/39; 7666/45; 9125/46; 9840/46. Promulgaram-se, ademais,

---

[105]FAYET JÚNIOR, Ney. A criminalidade econômica e a política criminal: Os desafios da Contemporaneidade. *Revista de Estudos Criminais*, v.30. Porto Alegre: Editora Fonte do Direito, p. 149-150.
[106] LYRA, Roberto. *Criminalidade Econômico-Financeira.* Rio de Janeiro: Forense, 1978, p.7.
[107] LUNA, Eleonora de Souza. *O Direito Penal Econômico e os Crimes contra a propriedade industrial.* Disponível em: <http://www.justitia.com.br/revistas/z185c4.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2010.
[108] DOTTI, René Ariel *et alli. Algumas Reflexões sobre o Direito Penal dos Negócios. Direito Penal dos Negócios. Crimes de Colarinho Branco.* São Paulo: AASP, 1989, p.17.

as Leis 1521/51; 4137/62; 4595/64.[109]

O grande desenvolvimento do direito penal econômico no Brasil se deu com a abertura da economia, no final da década de oitenta do século passado. Com efeito, o encerramento da ditadura militar e, sobretudo, com a aproximação do Brasil de outros blocos econômicos, passaram a ser editadas diversas leis para tratar da matéria, bastando notar que são da década de 90 a lei dos crimes tributários (8137/90); a lei dos crimes contra as relações de consumo (8078/90); a lei de lavagem de dinheiro (9613/98). A despeito de não se referirem a esta matéria exclusivamente, ainda é deste momento histórico a criação da lei de crime organizado (9034/95), bem como a lei que trata dos crimes contra o meio ambiente, a permitir a responsabilidade penal da pessoa jurídica (9605/98). Dos principais diplomas que regulam a matéria, somente uma, a 7492/86, foi anterior a este período.

Mais uma vez, fica evidenciada a relação entre direito penal econômico, cultura e as aproximações derivadas da globalização. Justamente quando o Brasil pôde se aproximar mais de parceiros comerciais, quando a economia brasileira passou a se inserir nas economias internacionais, começou a aparecer a necessidade de resguardar estes novos bens culturais.

No aspecto doutrinário, diversos autores podem ser citados como responsáveis pelo desenvolvimento do direito penal econômico: Raul Chaves; Manoel Pedro Pimentel; Heleno Cláudio Fragoso, João Marcello de Araújo Jr; Miguel Reale Jr.; Cézar Roberto Bittencourt; Cláudio Brandão; Gérson Pereira dos Santos, Fernando Santana.

Nos tribunais, há uma tendência cada vez maior em especializar varas para tratar de crimes econômicos, como o que tem ocorrido, com bastante frequência, na justiça federal, que vem especializando varas para tratar de lavagem de dinheiro.

Ainda será visto, no momento oportuno, a manifestação de intervenção punitiva por meio de outros ramos do direito, com a criação do CADE, da SDE e do COAF, bem como da CVM. Trata-se de tutela referente ao bom funcionamento do sistema econômico.

Exposta, brevemente, o desenvolvimento do direito penal econômico no Brasil, passa-se a analisar a questão referente ao bem jurídico.

[109] *Ibidem,* p.17-19.

1.1.2 Um novo bem jurídico penal anotações à Teoria do bem jurídico e o Direito Penal Econômico. Bem jurídico como limitação à expansão penal e como desdobramento do conceito de cultura

> Um dos pontos em discussão desde a perspectiva dogmática e política criminal é o referente à categorização do Direito Penal Econômico.[110]
>
> O aperfeiçoamento das ferramentas, a adoção da caça organizada e as práticas de reunião, o início da verdadeira organização familiar, a descoberta do fogo e, o mais importante, embora seja ainda muito difícil identificá-la em detalhes, o apoio cada vez maior sobre o sistema de símbolos significantes (linguagem, arte, mito, ritual) para a orientação, a comunicação e o autocontrole, tudo isso criou para o homem um novo ambiente ao qual ele foi obrigado a adaptar-se. À medida de que a cultura, num passo a passo infinitesimal, acumulou-se e se desenvolveu, foi concedida uma vantagem seletiva àqueles indivíduos da população mais capazes de levar vantagem – o caçador mais capaz, o colhedor mais persistente, o melhor ferramenteiro, o líder de mais recursos – até que o que havia sido o *Australopiteco* proto-humano, de cérebro pequeno, torno-se o Homo sapiens, de cérebro grande, totalmente humano. Entre o padrão cultural, o corpo e o cérebro foi criado um sistema de realimentação (feedback) positiva, no qual cada um modelava o progresso do outro, um sistema no qual a interação entre o uso crescente das ferramentas, a mudança da anatomia da mão e a representação expandida do polegar no córtex é apenas um dos exemplos mais gráficos. Submetendo-se ao governo de programas simbolicamente mediados para a produção de artefatos, organizando a vida social ou expressando emoções, o homem determinou, embora inconsciente, os estágios culminantes do seu próprio destino biológico. Literalmente, embora inadvertidamente, ele próprio se criou.[111]

Antes mesmo de tratar das características do Direito Penal Econômico, mister se faz tratar da questão atinente ao bem jurídico resguardado, máxime porque este bem jurídico é o maior responsável pela fixação de certas garantias, bem como responsável pela criação de tipos penais incriminadores. Como já se apresentou, este bem jurídico é novo, de caráter difuso, e está relacionado diretamente à cultura e ao patrimônio cultural.

Em que pese não se tratar do objeto do presente estudo, tem-se que o bem jurídico serve como principal elemento para limitação da expansão penal. A despeito da grande cizânia doutrinária, prefere-se acreditar que os bens jurídicos jamais poderiam representar a expansão do direito penal, haja vista que a sua "criação" não é arbitrária. Existem, pois, requisitos para que um bem deixe de ser apenas relevante para a moral, a religião, a ética, a probidade e passe a ser importante para o direito penal. Há, pois, pressupostos materiais mínimos para que possa ser feita a intervenção em matéria criminal, a saber: ofensividade da conduta; necessidade de tutela penal;

---

[110] RAMÍREZ, Juan Bustos. Perspectivas atuais do Direito Penal Econômico*. Fascículos de Ciências Penais*, ano 4, v.4, n.2, 1991. Porto Alegre: SAFE, p.3.
[111] GEERTZ, Clifford. *A Interpretação das Culturas.* Rio de Janeiro: GEN/LTC, 2008, p.34-35.

adequação e eficácia do tratamento jurídico penal.[112]

Com efeito. Pensar que a teoria do bem jurídico representaria uma autorização para expandir a intervenção penal, para elastecer o seu alcance é, sem dúvida, subverter a finalidade garantista da teoria. O legislador não cria bens jurídicos, ele apenas tipifica crimes declarando bens que a sociedade, em tese, precisa ver protegidos. Para isso, precisa, antes de qualquer coisa, observar os limites previstos na Constituição, e, ainda, levar em consideração os anseios populares. Do contrário, a norma penal criada – sem respaldo na Constituição e sem representar os valores de um povo – seria diabólica, demoníaca, serviria, em verdade, para perseguir pessoas e não para censurar fatos.

Sobre a importância do bem jurídico, nesta acepção garantista, como aqui defendida, imprescindível a transcrição de Alice Bianchini: [113]

> Há consenso de que apenas bens de elevada valia devam ser tutelados pelo Direito Penal. Isto porque a utilização de recurso tão danoso à liberdade individual somente se justifica em face do grau de importância que o bem tutelado assume. Aqui surge a preocupação com a dignidade do bem jurídico, dado que o Direito Penal só deve atuar na defesa dos bens jurídicos imprescindíveis à coexistência pacífica dos homens, além da verificação a respeito o grau de importância do bem – sua dignidade -, deve ser analisado se a ofensa irrogada causou um abalo social e se foi de tal proporção que justifique a intervenção penal. Assim, somente podem ser erigidas à categoria de crime condutas que, efetivamente, obstruam o satisfatório conviver em sociedade. Portanto, incomodações de pequena monta, ou que causem diminutos dissabores, são consideradas como desprovidas de relevância penal, ficando, em razão disso, a sua resolução relegada a outros mecanismos formais ou informais de controle social.

Ainda sobre as funções dos bens jurídicos, Zaffaroni:

> *Funciones del concepto del bien jurídico. Los diferentes conceptos de bien jurídico surgieron como consecuencia de una visión parcializada del mismo, o de la hipertrofia de una de sus funciones. El bien jurídico desempeña α) Una función garantizadora o limitadora de la tarea del legislador penal, que en nuestro sistema surge de la CN. Pero esta función política no es la única que cumple el bien jurídico, sino que también cumple β) una función teleológica-sistemática, de fundamental importancia para reducir a sus debidos límites la materia de prohibición. Esta función (transcendental en la interpretación de los tipos) implica la introducción del pensamiento*

[112] BIANCHINI, Alice. *Pressuspostos Materiais Mínimos da Tutela Penal*. São Paulo: RT, 2002.
[113] *Idem. A Concepção Minimalista do Direito Penal*. Disponível em: <www.direitocriminal.com.br>. Acesso em: 10 nov. 2001.

teleológico en la construcción dogmática.[114]

Passado a tratar do bem jurídico no direito penal econômico, essencial, de plano, fazer algumas constatações, para ser possível desenvolver este trabalho. Todos os supostos crimes contra a ordem econômica são vagos, é dizer, ofende-se a coletividade, os sujeitos passivos não são certos e determinados. Essa, inclusive, uma característica do direito moderno (não se trata de uma qualidade exclusiva do direito penal): a necessidade de tratamento de direitos sob um prisma coletivo. Trata-se de novas manifestações de proteção, pelo aparecimento de novas necessidades (não se nega que novas necessidades surgem e precisam ser resguardadas. Apenas se investigará se esta proteção pode se dar por meio de normas penais). Estes novos bens jurídicos, efetivamente, estão ligados à novas manifestações culturais, enquanto que os mais antigos estão vinculados à idéia de civilização. A este respeito, Bustos Ramírez primeiro descreve os bens jurídicos que se pode reportar relacionados com a civilização:[115]

> É certo que, em geral, os bens jurídicos próprios à dogmática tradicional eram de fácil determinação, tanto porque apareciam diretamente ligados à pessoa como pelo fato que a sua ofensa surgia de modo particularizado e preciso. Com efeito, a vida, a saúde individual, a liberdade, o patrimônio, bens jurídicos sobre os quais se construtiu a dogmática tradicional possuíam tais características. Cada um deles estava diretamente ligado à pessoa em suas relações específicas e, ao mesmo tempo, sua ofensa aparecia perfeitamente perceptível, enquanto se podia delimitar de modo exato a intervenção abusiva que se produzia. Tratavam-se de bens jurídicos de extrema significação, na medida que se afetavam as mesmas bases de existência do sistema social, isto é, as pessoas e, por isso mesmo, tinham um caráter microssocial, pois estavam referidos a relação de uma pessoa com a outra e daí que foram de tão fácil e elementar delimitação.

Adiante, passa a tratar dos bens mais novos, relacionados ao conceito de cultura, dotados das seguintes características. Observe-se que, dentre estes novos bens, culturais, deixa transparecer a necessidade de proteger a livre concorrência, uma das origens da proteção ao Direito Penal Econômico, haja vista o quanto exposto em relação às convenções de Paris:[116]

> ao último tempo, pelo dinamismo que a sociedade moderna e em especial no âmbito econômico, se chegou à configuração de bens jurídicos que não estão diretamente ligados à pessoa e que, portanto, dizem melhor relação ao funcionamento do sistema e não, em consequência com bases de existência do mesmo. Tal é a qualidade de bens jurídicos, como a qualidade

[114] ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Tratado de Derecho Penal. Parte General. Tomo III*. Buenos Aires: Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera, 1999, p.250.
[115] RAMÍREZ, Juan Bustos. Perspectivas atuais do Direito Penal Econômico*. Fascículos de Ciências Penais*, ano 4, v.4, n.2, 1991. Porto Alegre: SAFE, p.3.
[116] *Ibidem,* p.4.

de consumo, o meio ambiente, a livre e limpa concorrência [...].

Para além disso, a preocupação do legislador com este novo ramo de proteção (preocupação que, inclusive, beira uma verdadeira histeria, com funções declaradas e não declaradas, consoante se apresentará), evidenciada e desnudada em períodos com respostas meramente conseqüenciais, fez com que se antecipasse o momento consumativo da infração. Verdadeiramente, o bem jurídico protegido seria tão importante que uma simples causação de perigo já representaria uma verdadeira lesão ao que se resguardava: por conta disso, as normas de direito penal econômico são erigidas ao largo de uma das principais qualidades da legalidade: a ofensividade. Criam-se, pois, crimes de perigo abstrato, de mera conduta, infrações omissivas próprias ou puras, tudo se afastando da punição por crime de dano, mas, pela importância supostamente atribuída ao bem jurídico tudo isso se legitima. Aliás, como sói ocorrer, o argumento do terror a tudo legitima, tudo se justifica em busca de uma ilusória e simbólica segurança.

Por fim, o bem jurídico tratado no direito penal econômico não faz, certamente, parte da proteção jurídico penal tradicional. Não se cuida, mais, de vida, patrimônio, honra, liberdade sexual, fé pública. Trata-se, já agora, de desenvolvimento saudável do sistema financeiro (como ocorre na lei 7492/1986); de resguardar os ativos da ordem tributária (como, por exemplo, na lei 8137/90); proteger a economia de ativos ilícitos, maculados pelo fato de terem sido objeto de crime (lavagem de dinheiro, tipificada na lei 9613/98). Por conta disso, estes novos bens jurídicos reclamam nova proteção, que não é alcançável pela tipicidade comum. Criam-se, pois, tipos penais abertos, repletos de norma penal em branco e de elementos normativos, o que representa um divórcio da norma penal em relação a outro atributo da legalidade: a taxatividade.

Por conta disso, já haveria diversas repercussões para o direito penal econômico: impossibilidade de aplicação do princípio da insignificância; uso freqüente de crimes de perigo abstrato ou presumido; elaboração de normas penais repletas de elementos normativos, de elementos subjetivos especiais e de normas penais em branco; novo tratamento acerca da imputação objetiva (afinal de contas, quais riscos são permitidos em relação à ordem econômica?); uma análise diferenciada em torno do exercício regular de um direito; novas manifestações de inexigibilidade de conduta diversa e, ainda, a necessidade de se reexaminar a consciência da ilicitude, com vistas a examinar se, para estes novos bens jurídicos, se justificaria a diferenciação entre desconhecimento da norma e desconhecimento da proibição.

Bujan Pérez defende que no Direito Penal Econômico está uma das manifestações mais difíceis do Bem Jurídico.[117] Com efeito, tratam-se de bens jurídicos novos, com marcante

[117] BUJAN PEREZ, Carlos Martinez. *Derecho Penal Econômico*. Parte General. Valencia: Tirant Lo Blanc,

característica supra-individual. Neste passo, convém chamar à colação as lições de Tiedemann:

> *En el seno de las relaciones entre Derecho constitucional y Derecho penal corresponde al Derecho Penal económico un papel importante, ya que esta nueva rama del Derecho guarda una particular y estrecha relación con la política económica y social del Estado. Por ello se reconocen nuevos y supraindividuales bienes jurídicos, aparecen expresos mandatos constitucionales dirigidos al legislador penal económico y también se plantean nuevos problemas de orden técnico para la aplicación del derecho, incluso en relación a principios bien tradicionales como el de legalidad, derivados del empleo de técnicas legislativas especiales propias de esta materia económica y por las numerosas remisiones a normas extrapenales que los nuevos tipos delictivos necesariamente incorporan.*[118]

Registre-se que o bem jurídico, neste estudo, será analisado apenas e tão somente como elemento acessório. Não se trata do núcleo da tese, mas é impossível falar, por exemplo, em criação de crimes de perigo abstrato sem mencionar a questão do bem jurídico. Da mesma forma, impossível analizar a questão do potencial connhecimento da ilicitude, em relação a esta matéria, sem versar, antes, sobre o bem jurídico.

Vê-se, pois, que a questão do bem jurídico será determinante para outras tantas, mormente para a ilegitimidade, mas ainda repercutirá no aspecto da autonomia. Com efeito, Bujan Perez, analisando de forma singular o bem jurídico em matéria penal econômica, faz uma distinção entre o bem jurídico imediato (que pode ser chamado de específico ou de diretamente tutelado) e o bem mediato. O bem jurídico imediato é o único que se incorpora ao tipo de injusto, sendo indispensável na parte objetiva de qualquer tipo, razão por que a violação ao bem jurídico imediato também precisará contar com a tipicidade subjetiva do agente.[119] É a partir do bem imediato que se tem como analisar a função interpretativa das normas de direito penal econômico. O bem mediato não integra o tipo, a ele não se incorpora e em nada se relaciona com a função interpretativa. O bem mediato é imaterial, intangível. O bem mediato, no penal econômico, é sempre supra-individual; o imediato pode ser individual ou coletivo.[120]

É importante salientar que a delimitação do objeto jurídico do direito penal econômico permite identificar a diferença que há entre esse ramo e o direito penal financeiro e o direito penal tributário. São ramos autônomos, entretanto isto não implica em independência, ao

---

1998, p.36.

[118] TIEDEMANN, Klaus. *Lecciones de Derecho Penal Económico (Comunitario,espanõl, alemán)*. 1.ed. Barcelona: PPU, SA, 1993, p.123.

[119] BUJAN PEREZ, Carlos Martinez. *Op.cit.*, 1998, p.90.

[120] *Ibidem,* p.97.

contrário, são interdependentes; "[...] não são mais do que partes especializadas do direito penal comum"[121]. Mas o grande ponto de desafio aos juristas é definir, adequadamente, qual o bem jurídico resguardado nos crimes econômicos. Poder-se-ia dizer, com Aftalión, que o bem jurídico se refere a "el daño actual ou potencial a la economia nacional considerada en su conjunto".[122]

Em primeiro lugar, é necessário ressaltar que o objeto jurídico protegido pelo direito penal econômico não se exaure com a idéia de economia popular, segundo o entendimento de Manoel Pedro Pimentel. Veja-se:

> O objeto jurídico protegido pelo Direito penal econômico não se confunde, portanto com a economia popular. Esta, como vimos, é conceituada como 'o patrimônio de um indefinido número de pessoas'. O Direito penal econômico trata de algo mais específico, abrangendo bens e interesses relacionados com a política econômica do Estado[123].

Assim como há controvérsias, na doutrina, acerca do conceito de Direito penal econômico, em relação ao bem jurídico tutelado não é diferente. Os franceses excluem do seu âmbito tudo o que se relaciona com o Direito financeiro ou tributário e também com o Direito trabalhista, delimita seu campo de incidência às disposições sobre preços. Os holandeses, os suíços e os alemães alargaram o campo de sua proteção, incluindo, além das disposições sobre preço, os crimes contra o regime de câmbio e outros de caráter fiscal. Os argentinos adotam também o conceito amplo, não distinguindo os delitos contra a economia popular dos crimes econômicos em sentido estrito[124].

Enfim, deve-se delimitar o objeto jurídico do Direito penal econômico, na perspectiva nacional, e para isso, mais uma vez, recorre-se aos ensinamentos de Manoel Pedro Pimentel:

> O Direito penal econômico, portanto, é 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 indefinido número de pessoas, são também objeto da proteção legal o patrimônio público, o comércio em geral, a troca de moedas, a fé pública, e a administração

[121] PIMENTEL, Manoel Pedro. *Direito Penal Econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974, p.20.

[122] AFTALIÓN, Enrique. El Bien Juridico Tutelado Por EL Derecho Penal Económico. *Revista de Ciencias Penales.* Mayo-Agosto/1966, n.2, tomo XXV, p.67.

[123] PIMENTEL, Manoel Pedro. *Op.cit.*, 1974, p.19. No mesmo sentido: GULLO, Rodrigo Santiago Ferreira. *Direito Penal Econômico.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p.18.

[124] PIMENTEL, Manoel Pedro. *Op.cit.,* 1974, p.20.

pública, em certo sentido[125].

Neste sentido, e de acordo com Antonio Luis Chaves Camargo, no âmbito do Direito penal econômico, a proteção ao bem jurídico se visualiza em dois níveis que devem ser considerados. O primeiro é a existência de relações individuais, tuteladas pelas leis extra-penais, como por exemplo, no Direito brasileiro, o artigo 71 da Lei n. 8.078/90[126]. Verifica-se que a relação comunicativa a que se refere a lei, neste artigo, é direcionada a uma vítima específica e individualizada[127].

Além dos bens jurídicos individuais, que o Direito penal econômico tutela, surge, também, um bem jurídico de característica mais ampla, genérico e que não permite uma correlação com o indivíduo isoladamente, nem mesmo com um grupo de pessoas, diz respeito à generalidade de pessoas; é denominado de bem supra-individual[128].

Constata-se que, quando se trata de bens supra-individuais, derivados da noção de cultura, há uma preocupação relativa à expansão do Direito penal. Isto determinou o surgimento de uma corrente na dogmática jurídico-penal que defende a criação de um "Direito penal da intervenção" para tutelar essa categoria de bens jurídicos, com a finalidade de "desafogar" o Direito penal clássico. É o caso da Escola de Frankfurt de Direito penal. Antonio Camargo entende que tal preocupação está no fato de não se estabelecer um critério adequado para a proteção destes bens jurídicos supra-individuais, uma vez que não se chegou a um consenso. Prevalece, contudo, a proteção destes bens através dos crimes de perigo, mormente, o de perigo abstrato, pois, neste não há a verificação material de um perigo, mas a simples inobservância de regras, sem um resultado concreto[129].

Conforme preleciona Juan Antonio Martos Nuñez, a delimitação do Direito penal econômico está prescrita na Constituição, ou seja, o critério para diferenciar o delito econômico do resto dos tipos penais se encontra nos preceitos insculpidos no Texto Maior. Confira-se:

> [...] *no cabe la menor duda de que el criterio que diferencie el delito económico del resto de las figuras jurídico-penales se infiere del marco político-constitucional vigente. De ahí la convivencia dogmática y político-*

[125] PIMENTEL, Manoel Pedro. *Direito Penal Econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974, p.21.

[126] O art. 71 da Lei n. 8.078/90 preceitua o seguinte: "utilizar, na cobrança de dívidas, da ameaça, coação, constrangimento físico ou moral, afirmações falsas, incorretas ou enganosas ou de qualquer outro procedimento que exponha o consumidor, injustificadamente, a ridículos ou interfira com seu trabalho, descanso ou lazer. Pena : detenção de 3 meses a 1 ano e multa.

[127] CAMARGO, Antonio Luis Chaves. Crimes Econômicos e Imputação Objetiva. *In:* COSTA, José de Faria Costa; SILVA, Marco Antonio Marques da Silva (Coords.). *Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais. Visão Luso-Brasileira*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p.265.

[128] *Ibidem, loc. cit.*

[129] *Ibidem,* p.266-267.

> *criminal de vincular el Derecho penal económico a los valores superiores del Ordenamiento jurídico* [...][130].

E finaliza, de forma brilhante, demonstrando que o marco político-constitucional, sob o aspecto teleológico, norteia o Direito penal econômico a garantir liberdade e igualdade de condições relativas ao indivíduo e aos grupos, nos quais está inserido, para viabilizar a participação de todos os cidadãos na Economia. Veja-se exposição *ipsis litteris*:

> [...] *el Derecho penal económico ha de ajustarse a los valores superiores Del Ordenamiento jurídico, de tal suerte que lãs normas incriminalizadoras de comportamientos de naturaleza socioeconómica garanticen 'las condiciones para que la liberdad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas, así como faciliten la participación de todos los ciudadanos en la vida económica y social', según ordena el artículo 9, apartado 2, de la CE*[131].

Atualmente, inclusive, para quem acredita na necessidade da intervenção penal na economia, poder-se-ia falar não em um bem jurídico penal no direito penal econômico, mas em diversos e infinitos bens. Cada um dos microssistemas jurídico-penais representaria um bem específico, pois, do contrário, se todos eles representassem o mesmo bem, não haveria que se falar em concurso de infrações nos diversos crimes econômicos. Veja-se, por exemplo, que entre a evasão de divisas e a lavagem de dinheiro pode haver concurso de crimes, não há, pois, que se falar em absorção. Lamentavelmente, no entanto, a multiplicidade de bens jurídicos termina por engendrar ainda mais problemas para a dogmática tradicionalmente garantista. No dizer de Faria Costa:

> A primeira reflexão que urge fazer é a que se prende ao carácter redutor da proposição que encima o §. Na verdade e em rigor, não há – ou só há desde que generalizemos – um bem jurídico que ilumine *todo* o direito penal económico e *todo* o direito penal patrimonial. Os bens jurídicos caminham enlaçados em relação indissociável, com os concretos e diferentes tipos legais de crime. Por isso, a formulação tem que ser percebida *cum grano salis.* O direito penal económico e o direito penal patrimonial protegem bens jurídicos que, em linha de máxima, apresentam características ou qualidades diversas.[132]

Malgrado existam, pois, dúvidas a respeito da definição precisa de bens jurídicos penais, pode-se afirmar que, a despeito da balbúrdia conceitual, ele pode ser definido

[130] NUÑEZ, Juan Antonio Martos. *Derecho Penal Económico*. Madrid: Editorial Montecorvo, 1987, p.248.
[131] *Ibidem,* p.250.
[132] COSTA, José de Faria. *Direito Penal Económico.* Coimbra: Quarteto, 2003, p.61.

como "todo aquele cuja tutela legitima um castigo".[133] Somente um esclarecimento aqui se faria necessário: bem jurídico (penal) é todo aquele cuja tutela (legítima) possa ser exercida por meio de direito penal. Assim, jungidos à noção de bem jurídico, deve-se colocar a adequação do direito penal (desdobrada de sua legitimidade) e a análise da ofensividade que justifique a aplicação de uma pena criminal.

Não se questiona, nem se poderia questionar, a necessidade de proteção jurídica da economia. Como diria Jakobs, "Não é toda e qualquer modificação prejudicial de um bem enquanto fato positivamente valorado que interessa ao Direito Penal".[134] Existe, sim, necessidade de dar tratamento jurídico para as relações econôm Impõe-se reconhecer, porém, que não é tudo que, sendo importante para a vida em sociedade, pode ser resguardado pelo Direito Penal. Com efeito, infindáveis e inúmeros bens são importantes, para outras áreas do direito, mas não interessam ou não podem ser tratados pelo direito penal, porque inadequado. Há um abismo entre um bem demandar proteção e esta proteção ser criminal. O Direito Penal, por sua estrutura e características, não está apto a lidar com bens jurídicos tão voláteis quanto aqueles surgidos pelas relações econômicas.

Explique-se que, neste trabalho, parte-se da premissa de que a teoria do bem jurídico serve para limitar a expansão desenfreada do direito penal, serve, pois, para restringi-lo. Não se aceita a tese de que o bem jurídico serviria para justificar o incremento de normas penais incriminadoras, ao argumento de que 'bastaria que se criassem novos bens jurídicos para que se criassem novos crimes'. Com efeito, a escolha, pelo legislador penal, dos bens a tutelar, não pode ser arbitrária, precisa levar em consideração os direitos e liberdades fundamentais. Definitivamente, pois, a teoria do bem jurídico serve para delimitar o alcance das normas penais incriminadoras.

1.1.2.1 O Direito Penal Econômico e as relações da "perene emergência"

> O estatuto jurídico da emergência faz supor que é sempre necessária uma legislação punitiva dos delitos econômicos quando se produzam situações que alteram a marcha regular do mercado e deve ser assegurada a proteção adicional da livre concorrência como maneira de evitar que certos núcleos

[133] BERENGUER, Enrique Orts; CUSSAC, José L. González. *Compendio de Derecho Penal. Parte General.* Valencia: Tirant lo Blanc, 2008, p.153.
[134] JAKOBS, Gunther. *Tratado de Direito Penal:* Teoria do Injusto Penal e Culpabilidade. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p.63b.

econômicos distorçam oferta e procura.[135]

As crises financeiras no mundo e nos mais diversos países sempre acentuam a criação de normas penais mais draconianas. Foi assim no período pós-guerra mundial; foi assim no período pós-crise de 1929, está sendo assim com a crise do mercado financeiro global. Por conta disso, neste passo, necessário falar sobre Direito Penal de Emergência e a sua relação com o Direito Penal econômico. O bem jurídico penal econômico, enquanto manifestação cultural, está diretamente ligado às mutações que acontecem na sociedade e que, por vezes, passam pela pressão de um quadro emergencial.

A emergência, situações de crise, de temor coletivo, legitima sempre o aparecimento de novas normas de direito penal. Ora, quem não quer se sentir protegido e tutelado? Quem, em nome da segurança, não aceitaria reduzir as suas garantias fundamentais para buscar tutela? Quem, com seu dinheiro investido em instituições financeiras à beira de colapso, não queria enxergar a energia da tutela penal? Pelo próprio instinto de proteção e de preservação, as pessoas aceitariam ceder suas garantias para que houvesse maior resguardo na tutela, mormente quando haveria a necessidade de proteger o sistema financeiro, os modos de produção da economia. O grande problema é que, uma vez passada a situação de crise econômica e financeira, não se retomam as garantias perdidas. Com efeito, a anormalidade do tratamento, passada a situação que o ensejou, passa a ser considerada normal, até que surjam outras medidas de proteção, justificadas por novas situações, a demonstrar uma nova ótica da anormalidade, sempre flexibilizando garantias, como se estivesse no caminho, com Maiakovisk...

Nos dois últimos anos, pelas pressões derivadas dos fracassos das economias mundiais, muito se pressionou pela necessidade de endurecer, pela emergência e como marca da consequencialidade, o tratamento jurídico penal dos crimes econômicos. Colham-se, uma vez mais, as precisas lições de Ferrajoli:

> Nos últimos 20 anos, nossa política criminal foi sempre uma política de emergência não amparada por qualquer desenho teórico, privada de todas as dimensões axiológicas, e cujo resultado foi um direito penal máximo, ao mesmo tempo inflacionário e inefetivo e uma justiça que golpeia reiteradamente o pequeno desvio. Uma política caracterizada em todos os níveis por uma fuga de responsabilidade que se expressa num conjunto de delegações à prisão. A doutrina penalística parece haver abdicado de seu papel crítico e projetual de suas origens iluministas se contenta hoje, em

[135] SANTOS, Gérson Pereira dos. *Direito Penal Econômico.* São Paulo: Saraiva, 1981, p.93/94.

> nome de um manifesto juspositivismo, em contemplar a legislação existente. A legislação, privada de uma remissão axiológica e vinculada unicamente à política conjuntural, abdicou, por sua vez, da finalidade de escolher os bens fundamentais merecedores de tutela penal, despejando sobre a jurisdição funções de controle sobre as infrações mais variadas, inclusive aquelas que deveriam estar sujeitas a controle político e administrativo. A jurisdição, finalmente, delegou por sua vez a determinação concreta da pena na fase de execução, confiando a finalidade de adequar o conteúdo e a duração à improvável valorização da personalidade do condenado e às contingentes exigências de governo do cárcere.[136]

A consequencialidade é uma marca do Direito Penal. Recentemente, porém, situações de crise vêm sendo usadas como argumentos para tentar justificar o injustificável: a quebra de garantias penais conquistadas há séculos. Uma pessoa, tendo acesso aos argumentos aqui expostos, derredor da ilegitimidade da intervenção penal na economia, poderia pensar: como argumentar assim diante da grave crise financeira que o mundo viveu em 2009? Simples: não se questiona que é necessário resguardar a atividade econômica, o que se evidencia é que este novo bem, derivado do desenvolvimento do conceito de cultura, não é adequado para a tutela penal e nem mesmo crises mundiais podem dar, mesmo com a preocupação de todas as pessoas, esta adequação.

Tratada da questão atinente ao bem jurídico, cuja opinião, neste trabalho, é que serve, de fato, par limitar a expansão do direito penal, passa-se a cuidar de um breve histórico da economia, para, depois, tratar, com mais vagar, da relação entre economia e direito penal, mais precisamente, do direito penal econômico.

1.1.3 Panorama Histórico da Economia Mundial

1.1.3.1 A Economia na Antiguidade

Cumpre neste ponto analisar as características da economia no período compreendido entre o século VIII a. C. e o século V d. C. Tal investigação justifica-se pela impossibilidade de tecerem-se quaisquer considerações melhor elaboradas a respeito da intervenção

[136] FERRAJOLI, Luigi. A Pena em uma Sociedade Democrática. *In: Discursos Sediciosos Crime, Direito e Sociedade*. ano 7, n.12, 2º semestre/2002. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 38.

jurídico-penal em sede da organização econômica, olvidando-se firmar seu desenvolvimento histórico.

O termo "economia" advém do grego *oikomikos*, é, em verdade, a junção das palavras *oikos* (que significa casa ou unidade doméstica) com o radical semântico *nem* (significa regulamentar, administrar, organizar). Cumpre assinalar que o sentido em que este termo foi empregado foi dado pelo filósofo grego Xenofonte em sua obra *Ho ekonomikos*, produzida ainda no século IV a. C., segundo a lição de Roberson de Oliveira e Adilson Gennari[137].

Pela análise da etimologia da palavra é possível aperceber-se no que significava basicamente o termo "economia" no Período Antigo, especialmente no que se refere à cultura grega. Consistia, basicamente, na realização da administração patrimonial sem maiores aprofundamentos.

Cumpre pontuar que a importância da civilização grega a para a formação Ciências Econômicas conhecidas atualmente, tendo em vista que o sentido empregado por Xenofonte perdurou válido por 22 séculos. Só havendo qualquer reformulação digna de nota no século XVIII, sobre o termo aduz Backhouse:

> *Oikonomikos* (Econômico), título da obra de Xenofonte, é a origem das palavras 'economista' e 'economia'. Ele é mais bem traduzido, porém, como *O administrador da casa* ou *Administração da casa.* [...] é de fato um tratado sobre a administração de uma propriedade agrícola. Temas socráticos familiares como a ênfase na autodisciplina e o treinamento de pessoas para exercer a autoridade são encontrados no livro, mas seu assunto principal é a organização eficiente. Dada a ênfase grega no elemento humano da produção (característica, talvez, de uma sociedade escravista), uma administração eficiente se traduzia numa liderança eficiente.[138]

Obviamente, uma série de fatores, diversas teorias e idéias foram formuladas por filósofos gregos, proporcionaram a Xenofonte as condições necessárias para o desenvolvimento daquele perene conceito, formara-se no século VI a. C. um ambiente propício para a realização de uma investigação mais próxima da científica, neste sentido Backhouse:

> O período que vai do sétimo ao quarto século a. C. presenciou grandes conquistas literárias, científicas e filosóficas. Tales (*ca. 624-ca.* 546 a. C.) propôs a idéia de que a água era a substância primordial existente em todas as formas de vida e a noção de que a Terra era um disco flutuante sobre a água. Anximandro (*ca. 610-ca.* 546 a. C.) desenhou o primeiro mapa do

[137] GENNARI, Adilson Marques; OLIVEIRA, Roberson. *História do pensamento econômico.* São Paulo: Saraiva, 2009.
[138] BACKHOUSE, Roger. *História da economia mundial.* Tradução: Celso Mauro Paciornik. São Paulo: Estação Liberdade, 2007, p.31.

> mundo conhecido e compôs o que se acredita ser o primeiro tratado escrito em prosa. Conhecemos pouco de seus pensamentos porque restou muito pouco do que eles escreveram, mas o importante é que estavam tentando raciocinar sobre a natureza do mundo, libertando-se da mitologia. Mais para o fim do século VI, Pitágoras (*ca. 570-ca.* 490 a. C.) usou teoria e contemplação como meios para purificas a alma. Conquanto estivesse envolvido no que hoje veríamos como uma forma de misticismo numérico, em que números e relações têm propriedades místicas ele e seus seguidores fizeram contribuições importantes para a filosofia e matemática.[139]

A obra de Xenofonte é basicamente um tratado de ética voltado para a atividade agrícola, não trata de qualquer outra coisa que não seja de instruções voltadas ao proprietário rural sobre o que significaria uma "vida boa" e qual seria a maneira correta de utilização da riqueza. Como Além destes regramentos, ainda definia quais as qualidades básicas do proprietário, expunha, ainda, determinadas orientações rudimentares de como se deveria produzir.

Como é depreendido, tal obra não detinha, a bem se ver, uma orientação propriamente econômica, aproximando-se mais do viés ético de quais seriam os comportamentos adequados ao "Senhor". O conceito de *oikonomikos* é sustentado por três pilares: a gestão de bens, o domínio sobre o núcleo familiar e os escravos. Vê-se, pois, que, nesta forma iniciante, a economia ainda estava voltada para o conceito de civilização, ainda não estavam vivos os bens relacionados à cultura. Os bens, pois, eram ainda os bens necessariamente materiais, relacionados à origem humana; a atividade de produção de riquezas se centrava na produção de bens, porquanto a produção de serviços era praticamente inexistente; a economia era de subsistência, basicamente.

Nesta época, baseava-se a economia na agricultura e a extensão da propriedade era símbolo de *status* social, todavia, a sociedade grega passou por diversas mudanças políticas, econômicas e culturais que podem ser categorizadas por períodos, aos quais, cumpre agora debruçar-se.

1.1.3.2 Período Arcaico

O período Arcaico compreendeu-se do século VIII a. C. até meados do século V, veio a suplantar o modelo econômico vigente no período de Homérico[140]. De início, assumiu uma feição muito semelhante daquela que sucedeu, pautou-se no cultivo de cereais e na criação de gados

[139] GENNARI, Adilson Marques; OLIVEIRA, Roberson. *Op.cit.*, 2009, p.28.
[140] No período homérico, a economia baseava-se na atividade agropastoril e na propriedade comunal da terra.

bovinos, sobre o regime comunal de propriedade da terra, subdividida em clãs ou genos.

Todavia, tal modelo econômico não pode ser sustentado com o crescimento exponencial da população, dada a exiguidade dos recursos que se lhe ofereciam. Deste modo, como em qualquer crise, seja contemporânea ou ultrapassada, adaptou-se o sistema à realidade, com o fito de suprir a sociedade daquela época dos mantimentos de que necessitava.

Faltavam recursos que satisfizessem ao excedente populacional, dentre o que escasseava estavam inclusive produtos do gênero alimentício, nesta senda, digna de nota é a lição de Cyro Rezende:

> Esse crescimento demográfico acabou por produzir uma reação em cadeia, cujos efeitos foram visíveis a partir do século VIII a.C. A necessidade de alimentar a população crescente levou à expansão da área destinada à produção cerealífera em detrimento das zonas de pastagens, sem que os resultados fossem satisfatórios. [...] Também o crescimento demográfico, aliado ás dificuldades para a produção equivalente de alimentos, dada a exigüidade da terra agricultável, pressionaram a forma comunitária de propriedade do solo, dissolvendo-a e dando origem à propriedade privada da terra, que acabou subdivida em pequenas unidades familiares,[141]

O autor colacionado denuncia o motivo da decadência do modelo econômico prévio: o crescimento populacional superava o crescimento dos meios de produção de recursos indispensáveis à subsistência deste excedente populacional. Havia mais pessoas a alimentar que meios disponíveis para tanto. Era, certamente, um das piores previsões futuramente conhecidas como malthusianas...

Desta forma, não havia alternativa outra que não a mudança de paradigma econômico e a conseqüente alteração político-cultural da sociedade, tendo em vista que qualquer mudança radical da perspectiva que se adota na economia, invariavelmente repercutirá politicamente. Cumpre dizer que a agricultura não perde seu papel de destaque naquela sociedade, é apenas racionalizada de maneira a aumentar sua produtividade, com o fito de resolução da escassez que assolava aquela sociedade.

A propriedade comunal da terra, a pressão social pela produção dos recursos faltantes derivou na privatização dos antigos *genos*- a propriedade que era comunal e na qual todos dependiam das ordens do chefe político e religioso, a figura do chefe era centrada no *pater*[142].

---

[141] REZENDE, Cyro. *História Econômica Geral.* São Paulo: Contexto, 2005, p.26-27.

[142] Na organização hierárquica dos genos, o patriarca, ou pater, era a autoridade máxima, exercendo as funções de juiz, chefe religioso e militar. O critério que definia a posição dos indivíduos na comunidade era o seu

É de se notar que tal mudança não pode ser examinada em apartado das conseqüências que provoca na sociedade grega, a desagregação da propriedade comunal levou à emigração em massa, no que se conhece por colonização do Mediterrâneo, para o fim de que servissem de complemento à economia da economia das cidades gregas continentais.

A colonização foi o fenômeno pelo qual as áreas férteis da Sicília, bem como do sul da Itália, foram ocupadas por este contingente emigratório (excedente populacional advindo da privatização dos clãs), o que, sem qualquer dúvida, contribuiu sobremaneira para o desenvolvimento da cultura grega e o seu alastramento para o exterior.

A falta de recursos para satisfação da população derivou na cisão do antigo regime político, cultural e econômico, fundado na figura do *pater*. Em conseqüência, muda-se largamente a compleição da sociedade grega, a figura paterna não detém mais poder absoluto.

Em paralelo, deu-se um dos fenômenos culturais de maior importância daquele período: o fortalecimento econômico e político das cidades-Estado gregas, herdeiras naturais que eram daquelas unidades produtivas vigentes no período homérico. Todavia, os centros urbanos gregos nunca se tornaram independentes dos produtos de procedência rural, muito embora, dedicassem-se também a atividades manufatureiras e comerciais.

No que toca às cidades-estado, há a maior contribuição de Platão com respeito a análise da economia daquele tempo, não é outra a lição de Oliveira e Gennari:

> Segundo Platão, a polis era o resultado natural da evolução do homem, mais precisamente do fato de os homens terem aptidões diferentes, o que os levava a se dedicar mais a uma atividade do que a outra. Essa 'especialização' fez com que o homem passasse a depender dos demais para obter os artigos de que necessitava e não produzia. Assim surgiu a necessidade de cooperação, e a polis é o ambiente no qual os homens cooperam entre si para produzir e obter, por meio da troca, os produtos que necessitam para viver melhor. Deve-se a Platão a primeira análise que atribui à divisão social do trabalho o papel de promover à coesão da comunidade. Essa é talvez a principal contribuição do autor no que se refere à compreensão da vida 'econômica' da polis.[143]

Xenofonte consigna o modelo assinalado por Platão, pois, segundo disse aquele autor, em uma cidade pequena, o mesmo trabalhador pode ser levado a fabricar portas, arados e mesas, de modo que em uma grande cidade (Pólis, na visão de Platão), este homem não poderia deter todas estas habilidades, dada a magnitude da demanda, melhor seria que se especializasse em

---

parentesco com o pater.

[143] GENNARI, Adilson Marques; OLIVEIRA, Roberson. *História do pensamento econômico.* São Paulo: Saraiva, 2009, p.8.

determinada atividade.

Diverge, todavia, do pensamento de Platão, ao afirmar que aí, nesta sociedade, estariam os homens interagindo com a natureza e não com outros homens por intermédio de um mercado, não aceitando, desta forma, o conceito de cooperação trazido por este autor.

No entender de Aristóteles, toda ação de um homem visa àquilo que ele considera como um bem, observando que as cidades não foram criadas para os homens viverem juntos, senão para viverem bem, e juntos; trazendo, dentre as vantagens mais comuns: a segurança, as condições para a sua proteção, bem como aquelas necessárias para a sua subsistência.

Com a colonização e a racionalização da produção, houve um processo de especialização produtiva regional, derivando numa particular divisão social do trabalho, desenvolve-se a economia com lastro na moeda[144], desde o princípio do século VII a. C. Com a adoção do regime de propriedade privada e o fim das pressões demográficas, ganha importância fundamental o trabalho escravo, para aquelas cultura que demandavam grande mão-de-obra, em especial o plantio da uva e da vinha.

1.1.3.3 Período Clássico

Posteriormente, no Período Clássico, a economia grega experimentou sua fase áurea, em grande parte pela afirmação das tendências desenvolvidas no período arcaico, em especial a utilização do trabalho escravo como forma de trabalho padrão.

Os escravos eram usados principalmente na agricultura, o principal pilar econômico da Grécia. Alguns pequenos donos de terras podiam possuir um ou dois escravos. A extensão do emprego de escravos na agricultura é motivo de debate; sabe-se, contudo, que escravidão rural era muito comum em Atenas

A própria noção de cidade-estado, em virtude autonomia que lhe é fundamental, impede que se fale em uma Grécia unificada, em verdade, cada cidade possuía seus regramentos e ordenações, observada a dependência das mesmas com relação ao exterior para a obtenção de alimentos e matérias- primas fundamentais, em especial aquelas advindas da expansão colonialista. Neste momento, desenvolve-se uma política imperialista assaz agressiva, o sistema político modifica-se de maneira a permitir a importação ou extração dos recursos que se faziam necessários.

[144] Cunhagem de moedas de prata, monometalismo.

A guerra assume então papel fundamental no crescimento da economia grega, tendo em vista que, como se disse, o sistema baseado na propriedade privada, necessitava mais que nunca da mão-de-obra escrava, em maior parte advinda das conquistas bélicas.

Não havia a concentração de grandes atividades manufatureiras, a própria natureza da utilização do trabalho escravo demonstra isso, não havia uma reunião considerável dos mesmos para a realização de qualquer atividade. Consoante se lê em Cyro Rezende:

> Mesmo nos mais importantes centros de produção manufatureira, como Atenas, Samos, Corinto e Mileto, a *pequena oficina*, dirigida pessoalmente por seu proprietário, e contando com poucos escravos e alguns artesãos assalariados, foi a forma padrão. Estas pequenas unidades produtoras requeriam parcos investimentos de capital, uma vez que as ferramentas eram rudimentares, as matérias-primas compradas quase a medida exata do volume de encomendas recebidas e o custo baixo, devido ao estado de guerra constante.[145]

Como se percebe, em detrimento das grandes unidades produtoras, neste período preferiu-se as pequenas oficinas, em virtude do pouco investimento que se exigia e a facilidade de gestão. Preponderava, neste momento, a produção de tecidos, mobília, armas, objetos de vidro e utensílios de metal. Os custos da produção eram determinados, em sua maior parte, pelas distâncias a se percorrer.

Eis que surge a necessidade de transporte marítimo, infinitas vezes mais barato do que a modalidade terrestre e infinitamente mais seguro. Ocorre, com isto, a aproximação íntima das cidades-estado à pirataria e conseqüente disputa entre as mesmas pelas rotas marítimas.

1.1.3.4 Período Helenístico

No que respeita ao período Helenístico, vigente do final do século IV aos meados de II a. C., a rivalidade entre as cidades-estado[146] enfraqueceu a Grécia, permitindo, com isto, a dominação continental pela Macedônia, por conduto de Alexandre Magno, sob sua liderança, os gregos formaram um imenso império, conglobando, inclusive, Fenícia, Síria e Mesopotâmia.

Por meio destas conquistas, forma-se a civilização helenística, advinda da fusão dos valores gregos com aqueles praticados pelas culturas orientais. Sobre este período, aduz Cyro

[145] REZENDE, Cyro. *História Econômica Geral.* São Paulo: Contexto, 2005, p.29.
[146] A guerra do Peloponeso é dos eventos que melhor ilustram este período. Conflito militar entre as cidades-estado de Atenas e Esparta, ocorrido entre os anos de 431 e 404 a.C.

Rezende:

> Este mundo helenístico, embora dividido politicamente, conservou uma unidade cultural e acarretou um grande alargamento do espaço econômico grego, levando a uma ampliação dos mercados e incentivando a atividade comercial. Por sua vez, isso pressionou os setores produtivos para um considerável crescimento quantitativo. O resultado foi a cristalização, em uma proporção muitas vezes maior da especialização produtiva em nível regional, característica da economia grega, desde o processo de colonização dos séculos VIII-VI a. C.[147]

Pela primeira vez, áreas marcadas por diferentes sistemas econômicos encontram-se reunidas em espaço econômico comum, que serviu de base para a centralização político-econômica que os romanos, mais tarde, imporiam. As civilizações Mesopotâmica e Egípcia, nitidamente hidráulicas[148] relacionam-se a com a Fenícia comercialista e a escravocrata grega.

A preponderância numérica da população rural não deve enganar. Essencialmente, as civilizações helenísticas caracterizavam-se pelo comércio e pelas atividades urbanas, bem como pelo traço de união, acima exposto, entre as mesmas. As civilizações comerciais sempre tiveram seus maiores mercados em estados agrícolas, todavia, agora estes estados estavam no mesmo nível cultural.

Nesse plano, a Grécia deixa de ser eixo econômico, não apresentando condições de competir com os recursos demográficos e administrativos dos Estados orientais. As quais, inclusive, não se valiam da escravidão como forma de trabalho dominante, as relações de trabalho permaneceram praticamente sem alteração, sujeitas apenas a um impulso em suas características de trabalho compulsório.

> [149]O mundo helenístico era um dos mais ricos mercados da época. Cobre em Chipre, cereais no Egito e no Mar Negro, púrpura de Tiro, cerâmica ateniense, lã na Ásia menor, papel em Pérgamo e no Egito, esses alguns dos principais produtos, afora a grande variedade de artigos manufaturados. Esses produtos eram negociados entre os estados helenísticos e exportados para o resto do mediterrâneo, assim como para a Etiópia, a China, a India e o norte da Europa.

E aqui surge a principal característica econômica deste período helenístico, qual seja: a adaptação da centralização econômico-administrativa das civilizações hidráulicas, ao sistema comercial, caracterizando uma nova forma de economia, o dirigismo estatal. Criaram-se os

[147] REZENDE, Cyro. *História Econômica Geral.* São Paulo: Contexto, 2005, p.31.
[148] Entende-se por sociedades hidráulicas aquelas que Assim cuja organização foi ligada aos ciclos de enchentes e secas de alguns dos grandes rios ou sistemas fluviais antigos.
[149] MAGALHÃES FILHO, Francisco de B. B. de. *História econômica.* 12.ed. São Paulo: Saraiva, 1991, p.95.

monopólios estatais e, concomitantemente, procurou-se a reunião dos artesãos em corporações fechadas, de modo a conseguir melhor controle sobre a mão-de-obra.

Passou o Estado a ter papel importante na produção de gêneros alimentícios, no que se apoderou de vasta quantidade de terra, anotando as conseqüências sociais desta mudança, Cyro Rezende afirma:

> [...] essa interferência estatal em todos os setores da atividade econômica foi acompanhada pela criação de uma numerosa burocracia composta por homens livres, que se constituiu em importante instrumento de dominação social, fenômeno que esteve completamente ausente na Grécia clássica. E esta burocracia estatal assalariada, presente em uma economia comercial e bastante monetarizada, foi importante fator para impulsionar ainda mais sua característica mercantil e monetária.[150]

Portanto, assume a economia grega a natureza comercial, derivam daí diversas consequências, em especial o surgimento da "burocracia" com importante papel de dominação social.

1.1.3.5 A Economia Romana

Antes de qualquer outra análise, após ter procedido à análise da economia grega, há que se observar o processo evolutivo da história romana, de pequena cidade-estado de uma confederação de povos latinos passando, em poucos séculos, a capital de um Império que se estendia por toda a costa do mar Mediterrâneo, com o estabelecimento deste Império, pontua Cyro Rezende:

> Roma deu unidade político-econômica à Antiguidade clássica. E tornou predominante um sistema econômico que tinha por características , a *escravidão* como forma de trabalho, a *monetarização* como padrão de troca, o *comércio* como atividade motora, e a *cidade* como unidade produtiva, sem no entanto, jamais deixar de ter como base, um substrato econômico rural.[151]

Características estas muito semelhantes às gregas, em especial quando analisada em seu período helenístico. Tal semelhança deve-se à expansão territorial romana englobar as culturas conquistadas, não houve uma tentativa de destruir ou depreciar o que houvera sido produzido, mas absorver o que houve de mais notável, esta atitude caracteriza a própria civilização romana, em

[150] REZENDE, Cyro. *História Econômica Geral.* São Paulo: Contexto, 2005, p.32.
[151] *Ibidem,* p.33.

especial, com relação a sua arquitetura e filosofia.

No que tange à conquista de territórios, cumpre apenas assinalar o quanto suficiente para dar lastro às constatações que tem por objetivo atingir o presente estudo, nunca podendo deslembrar que a evolução ou involução da economia está intimamente ligada ao desenvolvimento histórico de determinada civilização.

Assim sendo, cumpre trazer à baila as lições de Backhouse, totalmente adequadas aos objetivos deste trabalho, atesta o autor:

> Na época da morte de Alexandre, a república romana controlava apenas uma pequena região na costa ocidental da península italiana. Nos três séculos seguintes, ela cresceu para se transformar num império que cobria a maior parte da Europa e do norte da África. Por ocasião da morte de Augusto (14 d. C.), o Império Romano se estendia da Espanha à Síria e da Renânia ao Egito. Ele atingiu sua maior extensão no reinado de Trajano (98-117) e, embora tivesse perdido territórios , em especial para as tribos francas no norte, conservou aproximadamente as mesmas fronteiras até o fim do século IV. Estradas, cidades e outras obras públicas importantes forma construídas numa escala sem precedentes. Roma era, sem sombra de dúvida, a maior civilização que o mundo Ocidental já conhecera.[152]

Tanto o centro cultural como o econômico de Roma fincaram-se no Oriente, em cidades como Alexandria e Antióquia, donde os pensadores gregos permaneceram produzindo, já em sua porção Ocidental permanecia-se o Império fundado quase que exclusivamente na Agricultura.

Nesta configuração, assume papel primordial a propriedade territorial, o poder política estava intimamente relacionado com as propriedades de cada cidadão, nesta senda, mesmo com o surgimento de uma nova classe social, os comerciantes que passavam a acumular riqueza, o poder político vinculava-se à extensão da propriedade rural, era o que se convencionou chamar de forma superior de riqueza. As guerras assumiam especial condição neste panorama, observando que com as mesmas era possível a pilhagem e domínio de vastos territórios.

Com os proventos advindos, especialmente, dos saques, das indenizações e impostos cobrados dos povos vencidos, proporcionou-se um afluxo de capitais sem precedentes, o que caracterizou Roma como o centro financeiro mais importante da época.

Este aporte de capitais, em grande parte de metais preciosos, consolidou a economia romana como bimetálica, baseada ouro e prata, o que, mais tarde, permitiu o aparecimento do sistema bancário e o desenvolvimento de sociedades por ações para a exploração dos recursos

[152] BACKHOUSE, Roger. *História da economia mundial.* Tradução: Celso Mauro Paciornik. São Paulo: Estação Liberdade, 2007, p.40.

econômicos provinciais.

Estas condições permitiram a reprodução, em escala muito ampliada, daquilo que se viu na Grécia, a especialização internacional do trabalho, aumentando sensivelmente a produtividade pois, muito embora, as regiões produtoras competissem entre si, cada qual se responsabilizava, principalmente, pelos artigos mais adequados à sua localização geográfica. Conjuntura esta que favoreceu, ainda, o desenvolvimento do comércio marítimo, indispensável para que se desse a intercomunicação dos produtores com Roma.

A partir do século III, inicia-se o declínio do Império Romano. Entre inúmeras razões, destaca-se a crise do escravismo. Sabe-se que o trabalho escravo era um dos pilares da riqueza de Roma, na medida em que a substituição da economia de subsistência pela economia de mercado aumentou sobremaneira a necessidade de escravos, em sua maioria prisioneiros de guerra, como pontua Magalhães:

> Pouco a pouco todas as funções de produção e prestação de serviços passaram a ser exercidas por escravos. Como os cidadãos romanos não podiam ser escravizados e como não havia emprego para eles, a grande massa da população romana não proprietária passou a formar aquilo que os romanos chamavam de proletariado, termo cujo sentido não era totalmente diferente do que possui atualmente. Os proletários romanos eram cidadãos desempregados, sustentados pelo estado ou por grupos políticos, e cuja única possibilidade de ocupação encontrava-se no alistamento militar.[153]

Todavia, desde o final do século II, as guerras de conquistas escassearam o que diminuiu muito o número de escravos à venda. Com a alta na demanda e oferta não satisfatória, os preços tornaram-se quase insuportáveis. Essa crise afetou duramente a agricultura e o artesanato, setores que dependiam da mão escrava para produzir em grande quantidade, pois visavam à exportação. Como conseqüência, inverteu-se a balança comercial, Roma passava a importar mais do que exportava.

Surge o colonato, novo sistema de trabalho, pelo qual os proprietários começaram a arrendar parcelas de suas propriedades em troca de cota-parte do que ali se produzisse. A crise do escravismo e o advento do colonato resultaram na diminuição da produção e no declínio do comércio.

Esta crise do século III d. C. transformou sobremaneira o papel do estado enquanto regulador da economia, forjando-se um Estado marcado pela extrema intervenção em todos os

[153] MAGALHÃES FILHO, Francisco de B. B. de. *História econômica.* 12.ed. São Paulo: Saraiva, 1991, p.102-103.

setores da vida econômica, sobre este ponto diz Cyro Rezende:

> As linhas mestras dessa economia de dirigismo estatal forma estabelecidas por dois imperadores: Diocleciano, 285-305 d. C.; e Constantino, 324-337 d. C. E constituíam-se basicamente das seguintes medidas: os artesãos e comerciantes eram obrigados a se inscreverem em corporações de ofícios, onde, em troca da licença do exercício, de suas atividades profissionais, deviam prestar serviços gratuitos ao Estado, todos os que cultivavam a terra eram indissoluvelmente ligados a ela, conservando sua condição teórica de livres, mas não podendo abandoná-la, mesmo em caso de venda de propriedade- sistema denominado *colonatáo*, o Estado passa a receber seus impostos em espécie, e a remunerar seus funcionários da mesma forma, tanto da produção urbana e da circulação de mercadorias, como da produção agrícola – sujeita a um imposto de captação; a hereditariedade das funções profissionais é estabelecida de forma permanente por todo Império; e mais de mil artigos e serviços tem preço máximo fixado, embora, na prática, o Édito do Máximo de 301 d. C., fosse letra morta.[154]

Ocorre na civilização romana efeito semelhante do ocorrido na Grécia, com a eclosão da crise econômico-social, assume o Estado o papel de diretor da economia, intervindo de maneira agressiva com o fito de impedir a derrocada do Império. Todavia, tais esforços tiveram efeito diverso: ao criar um sistema rígido, permitiu-se a desagregação do universo econômico baseado na escravidão clássica. Mais uma vez, assiste-se a esta característica de natureza cíclica; cada vez que surge uma grande crise econômica, o Estado, de maneira conseqüencial, é chamado a regrar as relações econômicas.

Com respeito à interferência estatal na economia após o rompimento da estabilidade política, há que valer-se das lições de Magalhães:

> A desagregação política e as sucessivas lutas internas dela decorrentes, aceleraram ainda mais a crise econômica. Alguns imperadores, principalmente Diocleciano, que tentou estabelecer um planejamento estatal centralizado, e Constantino, que reorganizou a base política e jurídica do estado romano, tentaram impedir a decadência. Era impossível. As medidas de Diocleciano, principalmente no que se refere a um rígido tabelamento de preços e salários, à construção de obras públicas para criar empregos e absorver mão-de-obra desocupada e a estatização dos empreendimentos privados que abasteciam o exército, trouxeram alívio temporário.[155]

Tanto pela impossibilidade de o Estado fazer valer o rígido conjunto de regras que impôs, quanto pela impossibilidade de utilizar-se da escravidão nos moldes anteriores, a economia

[154] MAGALHÃES FILHO, Francisco de B. B. de. *História econômica.* 12.ed. São Paulo: Saraiva, 1991.
[155] *Ibidem,* p.109.

do Império sofreu considerável retração. Os núcleos urbanos, donde a economia centralizava-se, passaram por um processo de retrocesso ao ruralismo. Isto se deu muito mais gravemente na porção Ocidental do território romano.

No Oriente, as conseqüências não foram tão sentidas, em especial pelo fato de não se pautar a economia exclusivamente na agricultura, era apenas uma das atividades econômicas realizadas. Mais que isso, a economia oriental não estava tão estreitamente vinculada ao trabalho escravo, o que representou grande diferença com o encarecimento daquela mão-de-obra.

Com respeito ao declínio vivido àquela época, assaz importante a lição de Roberson de Oliveira e Adilson Marques Gennari:

> A crise do Império e o colapso do modo de vida urbano e do comércio precipitaram a desagregação do mundo antigo e induziram a agricultura a orientar-se predominantemente para o consumo, acelerando o processo de ruralização da Europa.
>
> A cristalização de uma aristocracia guerreira e proprietária e de uma 'classe' de camponeses ligada à terra e vinculada aos aristocratas pelas obrigações em espécie e em trabalho, como contrapartida pela proteção, produziu uma ordem social rigidamente hierarquizada e diferenciada. Ao mesmo tempo, as guerras, os saques freqüentes e a violência indiscriminada aceleravam a desarticulação do poder central que até então ordenava a vida, a justiça a produção e a troca, compondo um quadro no qual o homem se via isolado, impotente e frágil, vítima fácil de circunstâncias sobre as quais não tinha o menor controle. A visão otimista do homem como ser apto a realizar suas potencialidades, típica da Antiguidade, sucumbia progressivamente, junto com o modo de vida e a cultura que lhe eram pertinentes.[156]

1.1.3.6 A Economia na Idade Média

A economia medieval compreendeu-se entre a economia mediterrânea do Império Romano e a economia atlântica da Europa mercantilista, do século V ao XV, portanto. Analisar-se-á aqui a economia medieval concebida, exclusivamente, como a que teve lugar na Europa Ocidental.

A debilidade do Império Romano permitiu a invasão da Europa Ocidental pelos povos bárbaros. A autoridade romana desintegrou-se, e com ela a unidade econômica e política da região;

[156] GENNARI, Adilson Marques; OLIVEIRA, Roberson. *História do pensamento econômico.* São Paulo: Saraiva, 2009, p.18.

os hábitos de consumo são reduzidos, a economia de mercado quase desaparece, com o que as atividades comercias contraem-se a quase nada, desaparecendo por conseqüência a necessidade de produção em grande escala.

Cada comunidade volta-se para si mesma, cidades despovoam-se e os grandes latifúndios passam a produzir para garantir a subsistência local. Surge assim o feudalismo.

Importante observar, antes da análise da economia feudal, que tal sistema não foi implantado seguindo rigorosamente as mesmas formas, varia a depender da região em que se implantou; bem como, o feudalismo não se estabeleceu de início em toda a Europa, permanecendo em graus e estágios diferentes. Isto posto, afasta-se qualquer idéia de uma uniformidade feudal.

O feudalismo é uma involução do sistema escravagista romano, remonta, em verdade, às civilizações agrícolas, posto que se caracteriza pela predomínio das relações de produção servis. É o estágio de evolução de uma sociedade predominantemente agrícola, donde a maior parte da população tem de trabalhar no campo, para proporcionar a subsistências daquelas unidades (feudos), produzindo pouco mais do que o necessário, o que, inviabilizava o exercício de qualquer atividade que não fosse agrícola, Magalhães neste sentido aduz:

> A base dessa população era formada por camponeses, em sua grande maioria servos. Até o século XIV mais de 80% da população vivia no campo, os senhores formavam uma minoria insignificante em termos numéricos, o mesmo acontecendo coma as pessoas de outras categorias[157]

É de se observar ainda que não há uma continuidade dos preceitos vigentes no Império Romano, pois, como se disse, marcava-se esta civilização pelo comércio e, conseqüente, concentração urbana, tendo a agricultura sido rebaixada a um nível inferior. Com a queda daquele Império, na economia medieval há um rompimento deste sistema, como apontado, há uma regressão, deixa-se a cidade e volta-se para o campo.

Não haviam sido destruídas todas as cidades, grande parte ainda permanecia, todavia, perderam toda a importância que outrora detinham, eram completamente diferentes no que tange à organização política e civil. Perdem o caráter de centro urbano, assumindo a condição de povoações meramente rurais.

Todavia, não foi sempre assim, estritamente rural aquela a economia rural, adere-se aqui pelo quanto preceituado por Willems[158], para quem se dividia em dois estágios: a fase da economia agrária (século IV ao IX) e a fase da economia urbana (século IX ao XIV).

---

[157] MAGALHÃES FILHO, Francisco de B. B. de. *História econômica.* 12.ed. São Paulo: Saraiva, 1991, p.135.
[158] WILLEMS, Emilio. *Elementos de História Geral de Economia.* Porto Alegre: Livraria do Globo, 1936.

No que respeita à fase agrária, cumpre esclarecer que os servos viviam e serviam nos feudos cedidos pelo Senhor, em contrapartida tinha de ceder parcela de sua produção, geralmente na porção de um terço, além da *corvéia* (imposição ao servo de trabalho gratuito nos domínios do Senhor), sendo esta uma das características principais do feudalismo.

> Tanto a corvéia como as demais inúmeras obrigações que os servos tinham em relação ao senhor, e que iam desde os pagamentos em espécie sobre a sua produção até a prestação de serviços pessoais, tanto domésticos quanto militares, incluindo obrigações tais como a de somente poder moer seus cereais no moinho do senhor, pagando obviamente uma pequena taxa, eram decorrência do regime de propriedade feudal, e estavam a ele indissoluvelmente ligadas.[159]

Estava o servo totalmente ligado ao senhor das terras, com uma relação nitidamente de submissão, o que marca e caracteriza tal sistema produtivo. A produção excedente, dada a necessidade de remessa de grande parte ao senhor, era mínima, o que apenas possibilitava o comércio em mercados ou feiras em reduzidíssima escala.

A característica básica deste sistema é a condução à implícita perda de liberdade individual de todo aquele que realiza tarefa manual, uma vez que desempenhando sua tarefa, estará necessariamente permitindo que outros possam se dedicar com exclusividade às outras duas outras funções possíveis na Idade Média: lutar e rezar, nos dizeres de Rezende.[160]

Os bens manufaturados eram consumidos no próprio feudo, produziam-se, sobretudo, nos meses de inverno, o que praticamente anulava a demanda pela importação de produtos, o que só era feita para atender aos hábitos e requintes dos senhores. Havia, ainda, as terras dos reis e da Igreja que seguiam exatamente a mesma linha.

No que respeita à produção de manufaturas, seguiam o regime das corporações de ofício, na sua maioria situada nas cidades - cabendo mencionar que eram em sua esmagadora maioria de pouca população, não chegando a mil habitantes-, o mercado a que se destinavam aquelas manufaturas eram a demanda do centro urbano e a dos senhores feudais. Com respeito às corporações na era medieval expõe Willems:

> Economicamente encaradas as corporações de ofício tinham por fito garantir aos membros as condições de sustento, isto é, em primeiro lugar um mercado consumidor. Não se tolerava por isso a intrusão de artistas estranhos, sustentando assim o monopólio da própria cidade, por não

[159] WILLEMS, Emilio. *Elementos de História Geral de Economia.* Porto Alegre: Livraria do Globo, 1936, p.136.
[160] REZENDE, Cyro. *História Econômica Geral.* São Paulo: Contexto, 2005, p.43.

> poderem os membros edificar estabelecimentos custosos, a corporação construía-os, tal como p. e. serrarias, moinhos, triturarias, matadouros e armazéns.[161]

Os artesãos estavam totalmente vinculados a sua respectiva corporação, a liberdade era praticamente nula, inexistia a idéia de livre concorrência, o que deixou incólume a estrutura da classe artesã durante vários séculos.

Quanto ao comércio, há que se pontuar que nunca desapareceu por completo, como foi visto acima, havia a necessidade de negociações marginais exigidos pela própria economia feudal, pois, como se viu, apesar de reduzidos havia excedentes. Bem como, manteve-se o comércio, em grande parte, pelo fato de alguns hábitos não terem desaparecido, em especial condição os senhores feudais, que detinham poder econômico para adquirir produtos trazidos do exterior.

Aumentava a necessidade de consumo dos senhores como conseqüência ao aumento de suas rendas, derivadas diretamente da prosperidade do sistema feudal, com cada vez mais excedentes. Desta maneira, aliando a crescente demanda pelos senhores feudais ao crescimento da quantidade de excedentes, deu-se o alavancamento da economia feudal propiciando o ressurgimento do comércio, que por sua vez estimulou a concentração urbana, com a criação de novos mercados para atender a estas necessidades emergentes. Para Willems, estes centros urbanos caracterizavam-se por:

> A comuna medieval, oriunda dos estreitos laços de 'conjuration', era comunidade de cidadãos livres. Não se tolerava o egoísmo individual e a irresponsabilidade de um sistema liberal. Esta máxima fundamental, que vigorava irrestritamente, tinha conseqüências para o procedimento dos cidadãos, encarado pelo seu lado econômico. A atividade econômica do indivíduo era reduzida sob o ponto de vista do bem estar comum. O raio de ação de cada qual não pode ultrapassar suas necessidades, determinadas pela respectiva classe social. Para evitar qualquer perturbação do sistema social-econômico tradicional, os governos municipais regulavam, até certo ponto, a vida individual, levando destarte a seu triunfo a idéia de prevalência do conjunto sobre a minúcia.[162]

A perda de poder político e econômico dos senhores feudais andam lado a lado, perde-se este para, em sequência, perder aquele, dá-se em grande parte pela dependência que passam a ter com relação às cidades e aos produtos lá comercializados, não é outra a lição de Hunt:

> Isso aconteceu em decorrência do enorme incremento da população nas novas cidades comerciais. As grandes populações urbanas dependiam da

[161] WILLEMS, Emilio. *Op.cit.,* 1936, p.31.
[162] WILLEMS, Emilio. *Elementos de História Geral de Economia.* Porto Alegre: Livraria do Globo, 1936, p.29.

> agricultura para alimentos e grande parte das matérias-primas para as indústrias de exportação. Essas necessidades estimulavam especializações urbanas e rurais e um grande fluxo de comércio entre o campo e a cidade. Os senhores feudais começaram a depender das cidades para conseguir bens manufaturados e procuravam cada vez mais os bens de luxo que os mercadores podiam vender.[163]

O que marca este período são as feiras locais e os mercadores ambulantes, pessoas que, sozinhas ou acompanhadas de ajudantes, viajavam por diversas feiras, comprando em uma e vendendo em outra, tal atividade foi um dos principais elos da rede comercial que cobria a Europa.

Surgem daí os grandes mercadores, no momento em que aqueles ambulantes deixam de negociar variedades, passando a transacionar produtos de compra garantida, ou seja, buscam especializar o seu comércio, observando às necessidade específicas de cada região. Com isto, aumentou-se o volume das transações e uniformizam-se as rotas dos comerciantes, que agora voltariam teriam de voltar sempre ao local donde abasteciam seus estoques.

As dificuldades no transporte terrestre estimularam a utilização do meio aquático para a realização destas operações, em especial pela insegurança e o alto custo para vencer distâncias consideráveis, há de se considerar ainda que a maior parte da população vivia próxima aos rios, donde se constituíram as cidades. Sobre este fenômeno, Magalhães:

> A especialização dos mercadores ambulantes e seu enriquecimento trouxe outras modificações à sistemática do comércio europeu. As feiras locais permanecerão, assim como os pequenos ambulantes, mas seu papel cada vez mais limitado ao comércio varejista, de atendimento direto ao consumidor. O grosso das atividades comerciais passará para a mão dos grandes mercadores atacadistas, especializados em determinados produtos e controlando determinadas regiões.[164]

Nos pontos de encontro destes grandes mercadores em suas rotas terrestres, surgem as grandes feiras entre os séculos XII e XIII, absolutamente distintas daquelas realizadas nas cidades apenas com o excesso do que se produzia nos feudos, as grandes feiras ocorriam semestral ou anualmente e com negociação prioritariamente de produtos em atacado, ao contrário daquelas menores que se davam semanalmente e tinham natureza varejista.

As grandes feiras surgem então como o traço distintivo da atividade econômica na Europa medieval. Nesta fase da economia urbana, assumem importância tão elevada, a ponto de os senhores feudais concederem vantagens para que fossem realizadas em seus domínios, reduzindo ou

[163] HUNT, E. K. *História do pensamento econômico.* Rio de Janeiro: Campus, 2005, p.13.
[164] MAGALHÃES FILHO, Francisco de B. B. de. *História econômica.* 12.ed. São Paulo: Saraiva, 1991, p.143.

abolindo determinadas taxas.

A noção de crédito desenvolve-se muito em sede destas grandes feiras, muitas vendas realizavam-se a prazo, com títulos a serem resgatados nas edições posteriores e muitos destes títulos passaram a ser comercializados.

A partir do século XV, as grandes feiras começam a decair, muito em decorrência do dispendioso processo de transporte de uma grande quantidade de produtos apenas para fins de exposição.

Neste período era conturbado o ambiente na Europa, a partir do século XIII, eclodem diversas revoltas campesinas, especialmente a partir do momento em que se apercebem da possibilidade da venda dos excedentes que produziam e que cabia a si, proporcionando, ainda que minimamente, a sua independência dos senhores feudais.

Aliado a isto, junte-se a peste bubônica de 1348 que reduziu drasticamente a população européia, escasseando a mão-de-obra, reduziu bastante o poder dos senhores que agora se viam reféns de seus vassalos. É de se mencionar ainda a Guerra dos Cem anos (1337-1453) também teve importância neste panorama.

Passada esta fase, já no século XV, os senhores feudais não podiam mais garantir proteção a quem se dispusesse a trabalhar em suas terras ou mesmo para a realização das feiras ali realizadas. A demanda por segurança, tanto da burguesia como da nobreza feudal, convergiu para criar, o Estado moderno.

O sistema econômico funcional, seguindo a denominação de Rezende, é diametralmente oposto à intervenção estatal na regulação da economia, em verdade, pela própria análise de suas características, vê-se que o mesmo (funcionalismo) surge como resposta natural à falência de organização em Estados estáveis que pudessem garantir o regular funcionamento das atividades econômicas, falência que se viu tanto na Grécia quanto em Roma.

1.1.3.7 A Economia na Modernidade

Como se viu, a crise do século XIV assumiu papel relevante na desestruturação do feudalismo europeu, transcorridas as guerras e reduzida a incidência da peste bubônica inicia-se o gradual processo de retorno aos centros urbanos, a retomada do comércio, bem como o estabelecimento do equilíbrio entre a cidade e o campo.

A organização dos Estados modernos não se deu de maneira uniforme nos diversos reinos europeus, existiram instituições feudais até o século XVIII, como exemplo a servidão russa, somente abolida em 1861. Determinadas visões de mundo pautadas pelo misticismo e religião permaneceram, ainda, por séculos norteando as práticas individuais e coletivas em diversas regiões européias.

Todavia, por mais díspar que tenha sido este processo, parece não haver dissenso na determinação do século XV como o marco inicial do mundo moderno. Especialmente, pelo marco simbólico da queda de Constantinopla, ocorrida em 1453; e pela intensificação das grandes navegações e as descobertas decorrentes. Cumpre consignar que tais descobertas tiveram papel fundamental para a descentralização do Mar Mediterrâneo.

Segundo Backhouse, mais do que por estas descobertas, a transformação da sociedade européia continha:

> No centro deste processo estava o florescimento artístico, literário e cultural ocorrido na Itália e conhecido como Renascimento. Ele jamais teria sido possível sem a redescoberta dos clássicos gregos e latinos. No século XIV, Petrarca (1303-74) olha para os mil na os precedentes como uma 'idade das trevas', em comparação com as culturas altamente desenvolvidas de Grécia e Roma, e iniciou o processo de redescobrimento da literatura antiga (...) Petrarca procurou aprender com o *corpus* inteiro dos textos clássicos – poesia, história e biografia, além de filosofia e ciência. A erudição clássica (*litterae humaniores)* oferecei uma fonte alternativa de inspiração moral à oferecida pela Igreja.[165]

A cultura assume papel preponderante nesta quebra de paradigma, segundo o quanto sobrecitado a redescoberta dos clássicos foi fundamental para a transformação da sociedade européia. Como já se viu, a instituição do feudalismo representou um retrocesso no processo de desenvolvimento econômico, cultural e político, desta forma a retomada daqueles valores tão desenvolvidos na Antiguidade só se poderia dar com o rompimento do que se viveu na Idade Média.

Pela re-análise do quanto produzido na Antiguidade clássica, em especial as lições filosóficas que punham o homem como centro, cada vez mais, atentava-se para a possibilidade de novas perspectivas para a ciência, rompendo, deste modo, com o marasmo que fora vivido durante todo o período que se convencionou chamar de "Idade das Trevas".

Nos séculos que se seguiram, diversos avanços científicos foram realizados em decorrência da retomada da literatura clássica, especial destaque para Copérnico e sua objeção à

[165] BACKHOUSE, Roger. *História da economia mundial.* Tradução: Celso Mauro Paciornik. São Paulo: Estação Liberdade, 2007, p.71-72.

cosmologia geocêntrica, Galileu desenvolveu novos métodos de investigação e defendeu a uniformidade do movimento dos corpos, Descartes atestava que os corpos celestes eram partículas que se moviam livremente no espaço infinito, além das leis de movimento produzidas por Newton.

Com a criação dos exércitos, fundamento do Estado moderno, surge a necessidade de mantê-los, criou-se para este fim o que se chamava sistema centralizado de arrecadação e organizou-se esta atividade em torno de um corpo de funcionários responsáveis pela cobrança destes impostos, pela organização das finanças e fiscalização das operações.

Com a criação de uma força militar permanente e com o desenvolvimento deste sistema de arrecadação centralizado, além do fortalecimento da burguesia, surgem as condições necessárias para que o estado passe a exercer sua autoridade. Tais fatores sustentam as monarquias nacionais, são as bases de sustentação do Estado moderno.

Os estados modernos surgem com uma gradual concentração de poderes nãos mãos de pessoa única, o monarca. Valeu-se, o monarca, desta força militar como seu primeiro instrumento de legitimação, de modo a promover a ordem interna e garantir a seguranças das terras dominadas, ao contrário do que se viu na Idade Média.

Para ilustrar, segundo as lições de Backhouse, esses Estados-nação emergentes tinham recursos extremamente precários ao seu dispor. Precisavam formar exércitos e manter marinhas, mas seu aparato administrativo e seus poderes fiscais eram muito limitados. Manter um exército nacional permanente estava além da capacidade econômica de qualquer governo, e os governantes precisavam recorrer a expedientes como empregar mercenários estrangeiros. Os reis, mesmo das partes prósperas, sofriam com a falta crônica de dinheiro. Com isto, as pessoas não só começaram a pensar em termos nacionais, mas a estudar meios para aumentar o poder econômico das nações.

Com respeito aos meios para aumentar o poder econômico das nações, as grandes descobertas assumem importância fundamental, mudaram os padrões de comércio até então vividos e abriram rotas de comércio marítimo de longa distância. Tais eventos proporcionaram um grande acúmulo de ouro e prata, foi esta característica que marcou a primeira fase do mercantilismo, o bulionismo.

Estes estoques de metais preciosos, dada a sua fácil transformação em dinheiro, eram demasiado importantes para a afirmação do estado nacional, além da importância já observada, de sua necessidade para manutenção dos exércitos, serviam agora para trazer vantagens econômicas. Foram estas as condições para o surgimento de um novo sistema econômico, o mercantilismo.

O mercantilismo vigendo fim da Idade Média ao Iluminismo, do século XV ao XVIII, está intimamente ligado à ascensão do Estado-nação. Importa dizer, inicialmente, que não está o sistema mercantil totalmente desvinculado do pensamento feudal, tendo em vista que:

> Há uma relação de continuidade entre o pensamento social mediterrâneo e o mercantilista. A intervenção do Estado nos processos econômicos foi inicialmente justificada à luz da noção medieval cristã, segundo a qual aqueles a quem Deus concedera poder tinham a obrigação de usá-lo em proveito do bem-estar de toda a sociedade. No início do processo de transição para o capitalismo, o Estado assumiu parta das funções antes desempenhadas pela Igreja.[166]

Um dos objetivos principais do mercantilismo era garantia uma balança comercial favorável, assegurar que as exportações superassem as importações de modo a permitir o acúmulo de capitais, característica marcante desta teoria econômica, com respeito ao mercantilismo atestam Roberson de Oliveira e Adilson Marques Gennari:

> Em tais circunstâncias, essas determinações influenciaram o pensamento de inúmeros homens de Estado que assessoravam e aconselhavam as casas reais européias nas etapas iniciais do processo de centralização, produzindo uma convergência em torno da idéia metalista ou bulionista. Segundo esta visão, o poder do Estado era função direta da riqueza do reino, cuja grandeza se definia pelo acúmulo de metais preciosos. Avaliava-se que a disponibilidade crescente de ouro e prata dotava as casas reais de capacidade para organizar mecanismos abrangentes e eficientes (burocracia, tropas mercenárias etc.) para o exercício e a afirmação do poder no plano interno e externo. A identificação dos metais com a riqueza e a constatação de que sua disponibilidade no mercado europeu era fixa (ou variava muito pouco no tempo) implicavam na conclusão de que a acumulação por parte de uma nação significava uma perda correspondente para as demais, criado assim uma íntima relação entre os fluxos comerciais e monetários e as relações de poder entre os Estados. Em síntese, o acúmulo de metais preciosos como objetivo prioritário das monarquias nacionais contribuía para a potencialização das hostilidades e dos conflitos comercias entre s Estados emergentes.

O modelo econômico mercantilista foi pioneiro, diversamente do que ocorreu na Antiguidade e na Idade Média, dependia e fundamentava-se pela intervenção do Estado, pode-se dizer que o mercantilismo surgiu de uma a aliança entre a burguesia e os reis, a fim de unificar e desenvolver o poderio nacional, cada qual com suas razões e interesses próprios.

Como se depreende do texto sobrecitado, mais que a disputa entre os Estados, o

[166] HUNT & SHERMAN. *História do pensamento econômico.* Petrópolis, R.J: Vozes, 2008, p.52.

mercantilismo sustentava-se, em grande parte, pelo colonialismo (conjunto de relações de dominação político-econômica entre as metrópoles e suas respectivas colônias). Tal dominação, obviamente só foi possível com as descobertas ultramarinas, neste sentido Rezende:

> A expansão ultramarina que a Europa Ocidental realizou durante o século XV permitiu que seu comércio exterior ganhasse uma dimensão realmente mundial, com a incorporação de novas e vastas áreas a seu universo econômico. Esse universo econômico ampliado caracterizou o que se pode chamar de economia-mundo, coordenado e controlado pela Europa, para seu exclusivo benefício.
>
> [...]
>
> No correr dos séculos, essas áreas periféricas tiveram canalizadas para a Europa Ocidental a riqueza que produziram. E viram suas populações sujeitas a diversos tipos de coação visando a uma maior produtividade, e/ou à adoção de formas de trabalho ou atividades econômicas que melhor servissem às necessidades da Europa[167]

O mercantilismo, portanto, só foi possível graças ao regime de exploração desmedida das colônias européias, fontes primárias dos metais preciosos que garantiam a balança comercial favorável, propiciando, inclusive, o aumento da exportação, por meio da comercialização daqueles produtos obtidos em suas colônias.

As colônias desempenhavam um papel complementar da economia metropolitana, além dos metais, qualquer produto que pudesse ser vendido era extraído pelas nações européias. Vivia-se a fase de expansão do regime econômico mercantilista e, conseguintemente, do absolutismo enquanto regime político de concentração de poder em uma figura única, segundo Rezende:

> Essa denominada fase de expansão do século XVI, na verdade ocupa mais de um século, estendendo-se de 1501 a 1620. Ela foi a continuação da expansão européia do século XV, reforçada pelo ingresso maciço de metais nobres das minas americanas, e marcou a "idade do ouro" de Portugal e Espanha.
>
> Essa fase de expansão foi também a época do estabelecimento da economia-mundo, do fortalecimento dos Estados nacionais, do apogeu do Renascimento, e da Reforma, que mais que os outros fatores foi um claro divisor de águas, entre um mundo mediterrâneo clássico, e outro atlântico e moderno.[168]

[167] REZENDE, Cyro. *História Econômica Geral.* São Paulo: Contexto, 2005, p.92.

[168] *Ibidem,* p.116.

Como se vê, andam lado a lado os sistemas econômicos, políticos e cultural. Pelo que se observa com a importância que assumiu o Renascimento cultural para a afirmação deste novo panorama, em especial no que respeita à superação dos dogmas católicos que obstavam desenvolvimento econômico.

O sistema colonial era essencialmente monopolista, cada colônia relacionava-se exclusivamente com o Estado que a controlava, nesta senda Fernando Novais:

> Nessa modalidade de domínio, as relações econômicas entre a metrópole e a colônia tendiam ao 'exclusivo metropolitano', isto é, ao monopólio exercido pela metrópole no comércio com a colônia. Essa orientação permitia à metrópole a obtenção do lucro máximo nas trocas, assegurando-lhes a condição de beneficiária maior nas relações econômicas com os domínios coloniais. O sistema era organizado visando transferir a maior parte do lucro comercial e do excedente econômico produzido na colônia para a metrópole, potencializando a acumulação da burguesia mercantil e as receitas do Estado, que patrocinava a reprodução do sistema. O Estado e o intervencionismo mercantilita constituíam-se assim, em pressupostos de uma política colonialista eficaz. Entretanto, como parte da acumulação proporcionada pela exploração colonial era apropriada pelo Estado e empregada na ampliação dos dispositivos naval, militar, burocrático e fiscal, o sistema contribuía para incrementar o poder e o intervencionismo estatal, integrando-se plenamente aos objetivos estratégicos da política mercantilista.[169]

O colonialismo assumia então a condição de requisito indispensável para a sustentação da centralização do poder nas mãos dos reis, nos regimes absolutistas, à medida que por meio da exploração de suas colônias e dos proveitos econômicos obtidos, podia-se perpetuar o ciclo, visto que grande parte dos recursos era remetida para a aplicação militar e naqueles órgãos burocráticos e fiscais, o que garantia maior controle da exploração das colônias e possibilitava a cobrança mais regular e abrangente dos impostos devidos à coroa.

O intervencionismo estatal é alçado ao nível mais alto já experimentado, exemplo disso foi a criação de monopólios comercias, pois rendia muito mais à coroa que apenas um comerciante negociasse a compra de produtos externos ou a vendo do que dispunha, observada a Lei da oferta e da procura, quanto mais se oferece, menor o preço e vice-versa.

Mais que isso, promulgou-se neste período extensa legislação regulamentadora da exportação e importação, de maneira a subsidiar os produtos internos de cada Estado, neste sentido Hunt e Sherman:

---

[169] NOVAIS, Fernando *Apud* GENNARI, Adilson Marques; OLIVEIRA, Roberson. *História do pensamento econômico.* São Paulo: Saraiva, 2009.

> Na Inglaterra, os exportadores que enfrentava dificuldades para competir com os comerciantes estrangeiros obtinham a restituição de imposto ou ainda, se isso não bastasse, recebiam subsídios para a exportação. Uma política aduaneira seletiva gravava uma longa lisa de matérias-primas com o objetivo de dificultar sua exportação, minimizando, deste modo, o preço que os mercadores fabricantes ingleses pagavam por elas. Em determinadas ocasiões, quando esses produtos escasseavam no mercado interno prejudicando a manufatura do país, o Estado intervinha, proibindo rigorosamente a sua exportação. A indústria têxtil britânica foi uma das beneficiárias desse tipo de proteção. No princípio do século XVII, os produtos têxteis eram responsáveis por cerca da metade das exportações inglesas. O governo da Inglaterra proibiu a exportação de grande parte das matérias-primas e produtos semi-acabados, indispensáveis à indústria têxtil, tais como ovelhas, lã, fios e tecidos de lã penteada.[170]

A Inglaterra já vivia a terceira fase do mercantilismo, conhecida por nacionalismo econômico, fase na qual a preocupação maior era com o fomento à produção manufatureira nacional, mais do que prover sua auto-suficiência, garantiria a exportação de seus produtos. Tal opção baseava-se no fato da limitação agrícola tornar a comercialização dos excedentes não confiáveis e no acréscimo de valor dos produtos manufaturados sobre as matérias-primas.

Os estados-nação viam, nesta fase, ainda, na manutenção da balança comercial favorável a sua maior obrigação, deste modo, tinham de garantir que os pagamentos em dinheiro recebidos superassem o fluxo de dinheiro que deixava o país. Logo, cabia o favorecimento da exportação de mercadorias e serviços realizados por compatriotas e requisitados por estrangeiros, inversamente, desencorajavam-se as importações de serviços e produtos oferecidos por estrangeiros.

Cumpre observar aqui o traço distintivo dentre as economias européias, que até hoje as define. Conquanto, Espanha e Portugal pouco se preocuparam com o estímulo da produção nacional, não havia qualquer incentivo à indústria local, sustentando-se as economias daqueles países, exclusivamente, pelos metais e produtos advindos da colônia; Inglaterra e França, a título de exemplo, fizeram o contrário, estimularam desde logo, suas indústrias, muito em parte por não deterem à época grandes colônias além mar.

A política do intervencionismo estatal neste período e as suas consequentes restrições, beneficiava a alguns comerciantes, e prejudicava outros, como, por exemplo, aqueles que tinham a exportação de matéria-prima, viam-se obrigados a vender no mercado interno nas condições que ali eram praticadas.

[170] HUNT & SHERMAN. *História do pensamento econômico.* Petrópolis, R.J: Vozes, 2008, p.37.

Nesta toada, os mercadores e comerciantes dos produtos manufaturados, classe emergente, via nas diversas disposições reguladoras importas pelo Estado, tanto do mercado interno quanto do externo, óbice ao desenvolvimento de suas atividades. Surgem aí as primeiras reações contra o intervencionismo estatal, daqueles mercadores que intentavam obter o maior lucro possível por meio do liberalismo comercial.

Assim como a ética cristã, que condenava a aquisição de bens materiais entrou em conflito com os interesses dos comerciantes medievais, agora esta "ideologia econômica ultrapassada" entrava em conflito com a nova ordem social ascendente, e o ponto nevrálgico deste conflito era a interferência estatal na economia.

Conforme fora observado, o sistema mercantilista conservou em grande parte a ética paternalista cristã, o que ia de encontro, totalmente com o incipiente capitalismo que brotava. Surgem, então, as primeiras críticas ao sistema mercantilista, no que se convencionou chamar de individualismo, que em esforço de síntese, pode ser definido como a teoria segundo a qual as motivações egoístas e interesseiras constituíam a razão de ser básica, senão única, das ações realizadas pelos homens, teve grande repercussão, pois:

> Ao condenar a avareza, o comportamento aquisitivo e o desejo de acumular riquezas, a ética paternalista cristã medieval rejeitava o que haveria de se tornar a motivação dominante do sistema capitalista. No final do século XVIII, quase todas as fases de produção haviam sido incorporadas à esfera da economia capitalista de mercado que, para funcionar com êxito, dependia do desejo de se acumular riquezas em proveito próprio.[171]

Pois bem, não se admitem mais as restrições impostas pelo Estado no sentido de prejudicarem o acúmulo de capitais, que assumia agora a condição de motor da economia, mais que isso começa o questionamento acerca da necessidade da atuação estatal enquanto regulador da economia.

Nesta fase, a regulação da economia, a concessão de privilégios, de monopólios e as práticas protecionistas começaram a se constituir em obstáculos para a reprodução do capital manufatureiro; naquele contexto de disputa econômica e política entre os Estados, surgia a noção de que a capacidade de produção era vantagem sem par, especialmente, como se disse, para os países sem grandes impérios coloniais.

O desenvolvimento da capacidade produtiva nacional assumia importância para a afirmação política dos estados no plano internacional, tanto político quanto econômico. Deriva daí a maior receptividade política das idéias de desregulamentação política da economia.

[171] HUNT & SHERMAN. *História do pensamento econômico.* Petrópolis, R.J: Vozes, 2008, p.46.

Naquelas sociedades que atingiram a fase do nacionalismo econômico- pelo desenvolvimento de suas indústrias manufatureiras-, o fortalecimento da intervenção do Estado (idéia fundamental do mercantilismo), começava a apresentar, cada vez mais, suas incompatibilidades com as novas formas de reprodução de capital, segundo Roberson de Oliveira e Adilson Marques Gennari.[172]

Diversos teóricos começam a tecer críticas a respeito da intervenção estatal na economia, não cumpre aqui analisar detalhadamente cada uma delas, dando especial destaque as formulações de Adam Smith e da Fisiocracia.

Adam Smith foi um dos precursores da análise da economia enquanto ciência, baseou sua análise da economia em torno da desnecessidade da intervenção estatal para promoção do bem geral. Segundo Smith, havia no próprio mercado força muito mais poderosa que voltaria, naturalmente, o egoísmo de cada indivíduo para o bem-estar geral da sociedade: a "mão invisível" de Deus.

Em apertada síntese, tal teoria significa a "Mão Invisível" que em um mercado livre onde cada agente econômico atua com vista apenas à realização dos seus próprios objetivos, atinge-se uma situação eficiente que beneficiaria a todos. O mecanismo de um livre mercado funcionaria assim como uma "mão invisível", conduzindo os agentes econômicos para uma situação excelente do ponto de vista da eficiência.

Nos dizeres do próprio criador da teoria:

> O estadista que tentasse orientar pessoas particulares sobre como devem empregar seu capital não somente se sobrecarregaria com uma preocupação altamente desnecessária, mas também assumiria uma autoridade que seguramente não pode ser confiada nem a uma pessoa individual nem mesmo a alguma assembléia ou conselho, e que em lugar algum seria tão perigosa como nas mãos de uma pessoa com insensatez e presunção suficientes para imaginar-se capaz de exercer tal autoridade.[173]

Mais que resumidas as críticas de Adam Smith ao mercantilismo e à intervenção estatal, cumpre agora abordar o quanto dito pelos fisiocratas. Os fisiocratas constituíram o primeiro grupo organizado de economistas, com especial destaque para Quesnay e Riqueti.

O termo fisiocrata (fis - natureza; cratos = poder), de origem grega, significa "poder da natureza", o que, em muito, já revela o norte desta teoria. Tal teoria analisa o sistema econômico

[172] GENNARI, Adilson Marques; OLIVEIRA, Roberson. *História do pensamento econômico.* São Paulo: Saraiva, 2009.
[173] SMITH, Adam. *A Riqueza das nações – investigação sobre sua natureza e suas causas.* Tradução: Luiz João Baraúna, pertencente à coleção Os Economistas. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1996.

como "organismo" regido por leis intrínsecas (pela ordem natural das coisas), sendo elas assim, cientificamente relevantes. Segundo Backhouse, com respeito à intervenção estatal na economia sustentavam:

> Tributação, ingerência na agricultura, estímulo artificial da manufatura, manutenção dos preços baixos dos alimentos- perseguidos pelos governos de Luís XIV e Luís XV- eram práticas perniciosas e deviam ser abandonadas. As leis da natureza estabeleciam os limites ao que o Estado podia empreender sem solapar a prosperidade de que dependia. Entretanto, isso não excluía toda a atividade estatal.[174]

1.1.3.8 Economia, pós-modernidade, globalização e Capitalismo

Neste ponto, há que se pontuar, não cumpre traçar um plano histórico completo do desenvolvimento da economia após o século XVIII, fazê-lo significaria fugir da temática. Tendo em vista os objetivos do trabalho, conciliar a análise da interferência jurídico-penal na seara econômica, cumpre que se recorte o tema, anotando somente aquelas considerações que se fazem indispensáveis ao entendimento do quanto se pretende concluir.

Ao final do século XVIII, há a derrocada daquele sistema econômico mercantil baseado na mantença excessiva interferência do Estado na esfera econômica, de modo a determinar não só as políticas econômicas, mas como controlador, na mais rígida acepção da palavra, preocupando-se em reger quaisquer relações econômicas, ainda que minimamente interessantes ao Estado.

A Inglaterra assume papel de destaque nesta fase de transição, marcada pelo anseios de liberalismo econômico, tendo em vista, o seu pioneirismo ao voltar atenção para o fomento da atividade manufatureira. Observado que, com a superação do sistema econômico comercial, implantou-se a forma fabril de produção, surgindo aí o sistema econômico e política capitalista. Dependente, em grande parte, das doutrinas de liberalismo econômico e da Revolução Industrial.

Este novo tipo de produção possibilitou o crescimento do volume de capital através do aumento da produtividade, logo, o capitalismo só foi possível com a caracterização de duas espécies de vendedores e a relação entre eles. Havia aqueles que detinham o dinheiro, os meios de

[174] BACKHOUSE, Roger. *História da economia mundial.* Tradução: Celso Mauro Paciornik. São Paulo: Estação Liberdade, 2007, p.130.

produção e os meios de subsistência, voltados exclusivamente para fazer crescer os valores que possuíssem, comprando e aqueles que detinham a força de trabalho, mercadoria posta à venda.

Nesta senda, cumpria aos detentores do meio de produção que comprassem a força de trabalho daquela segunda classe, traço distintivo desta nova fase, segundo aduz Rezende:

> Ao contrário de todos os outros sistemas econômicos aqui analisados, e mesmo dos que escapam ao âmbito essa obra [...], o capitalismo prescinde totalmente da compulsão do trabalho. Ele não opera sua extração de excedente econômico, nem se apropria do *produtor* – como na escravidão - , nem do *trabalho do produtor* – como na economia dominial. Tampouco, apropria-se dos resultados do trabalho do produtor – como na economia senhorial. O capitalismo extrai excedente dentro do *próprio processo de produção*, de um produtor livre, através da diferença de valor, que esse produtor recebe pela venda da mercadoria força de trabalho, em relação às mercadorias que essa força de trabalho produz.[175]

De essencial importância a noção do excedente capitalista, veja-se que, por este novo modelo, o excedente adviria do cotejo entre o quanto se paga ao trabalhador e o valor das mercadorias que ele produz. Essa forma de extração do excedente econômico é denominada mais valia, e, a partir do seu emprego, não há mais vinculação entre o quanto recebido e produzido pelo trabalhador, sua remuneração é fixa.

Agora, o trabalhador vende sua força de trabalho em troca de pecúnia, o que produz não é mais seu, como no feudalismo, por exemplo, donde deveria ceder grande parte ao senhor, nesta época, o quanto produzido e as ferramentas da produção pertencem ao empregador, fazendo jus o trabalhador a uma recompensa financeira (salário).

Para o surgimento do capitalismo, então, a liberdade dos trabalhadores foi condição essencial. Liberdade que se expressa em sentido duplo, tendo em vista que não mais integram os meios de produção (escravos ou servos) e não mais detém os meios de produção e subsistência. O sistema capitalista pressupõe a dissociação entre os trabalhadores e a propriedade dos meios pelos quais realizam o trabalho.

Neste mesmo sentido Marx:

> O processo que abre caminho para o sistema capitalista não pode ser senão o processo que toma ao trabalhador a posse de seus meios de produção; um processo que transformará, de um lado, os meios sociais de subsistência e produção no capital, e, do outro, os produtos imediatos em trabalhadores assalariados... O produtor imediato, o trabalhador, só podia

[175] REZENDE, Cyro. *História Econômica Geral.* São Paulo: Contexto, 2005, p.139.

> dispor de sua pessoa depois de libertado do solo e depois que deixasse de ser escravo ou servo, dependendo de outrem. Para tornar-se um livre vendedor de sua força de trabalho, que leva sua mercadoria a qualquer lugar onde encontre mercado [...] Esses novos libertos só se tornaram vendedores do próprio trabalho quando se viram destituídos de seus meios de produção e de todas as garantias de vida proporcionadas pela velha organização feudal.[176]

Tal sistema é extremamente lógico, pois o trabalhador recebe pecúnia como forma de pagamento pelos seus préstimos, e não mais parcela do produzido, ele fatalmente acabará por utilizar o dinheiro recebido para comprar o produto que produziu, todavia, não pelo preço de produção do mesmo, mas pelo preço agregado de seus sobrepreços, determinados pelas condições do mercado, de modo a permitir o lucro do detentor dos meios de produção (extração do excedente econômico). Além de produzir produtos para o consumidor, produz consumidores para seus produtos.

Assume então o mercado a condição de determinante e principal regulador da reprodução social, inclusive no que atine à produção da necessidade mais básica da vida: o alimento. Os trabalhadores dependem do mercado para vender sua mercadoria, a força de trabalho, e garantir sua subsistência; já os capitalistas (detentores dos meios de produção) dependem para comprar a força de trabalho posta à venda, os meios e insumos para a produção e, especialmente, para a realização do lucro.

A implantação de um sistema capitalista só foi possível com a ocorrência da Revolução Industrial - conjunto de mudanças tecnológicas com profundo impacto no processo produtivo em nível econômico e social no final do século XVIII-, que se deu primeiramente na Inglaterra devido ao surgimento do liberalismo econômico e o incipiente acúmulo de capitais conseqüente.

Além disso, na Inglaterra, a existência de um grande número de minas de carvão e de rios navegáveis favoreceu sobremaneira tanto o fornecimento de combustível para as fábricas quanto o escoamento das matérias primas e das mercadorias produzidas.

Para Rezende[177], o caráter revolucionário deste processo, que tornou o homem independente das forças da natureza, consiste na força motriz. Até aquele momento qualquer sistema de propulsão tinha a força humana, animal ou natural como motor, panorama que se modificou totalmente com a introdução da máquina a vapor de James Watt, tal realização tornou

[176] HUBERMAN, Leo. *História da Riqueza do Homem.* 21.ed. Rio de Janeiro: LTC, ano, p.130.
[177] REZENDE, Cyro. *História Econômica Geral.* São Paulo: Contexto, 2005, p.141.

possível a idéia do sistema produtivo fabril. O seu maior mérito estava em proporcionar ao homem o estabelecimento de ciclos produtivos independentes das forças da natureza, com isto pode a burguesia superar a fase da manufatura pela “maquinofatura”.

Como conseqüência no plano social, a Revolução Industrial provocou, de início, um intenso deslocamento da população rural para as cidades, provocando o fenômeno da concentração urbana.

Surge deste modo, o proletariado como classe social propriamente. Dada a falta de legislação a respeito das relações de trabalho, tais trabalhadores eram profundamente explorados com jornadas de trabalho que extrapolavam em muito o razoável, em locais totalmente insalubres, além dos salários irrisórios.

Com relação ao liberalismo cumpre anotar a sua importância para a afirmação do capitalismo, foi, em verdade, uma ideologia cunhada para dar sustentação teórica e ideológica à ascensão da burguesia, em um período em que vigia a ampla interferência estatal e as limitações à obtenção de lucro, em respeito às políticas paternalistas católicas, defendia-se a liberdade como bem supremo.

Mais que resumidamente, está exposta aí o surgimento do capitalismo enquanto sistema econômico surgido no final do século XVIII e vigente até os dias atuais, obviamente que não é hoje o que foi ontem, como toda criação humana cultural ou política, o capitalismo foi reinventando-se e reestruturando-se dadas as circunstâncias de cada período determinado. Foi assim na 2ª Revolução Industrial, na crise de 1929 e outros eventos que aqui não cabe discutir.

Cumpre analisar agora o fenômeno entendido por “globalização”, nova etapa do desenvolvimento do sistema capitalista tão debatido nestes dias, processo de transformação econômica, política, social e cultural dos tempos pós-modernos por meio da integração dos mercados, fase evolutiva do capitalismo, que teve início na transição do século XIX para o século o século XX, proporcionado pela redução do custo de transportes e, especialmente, das comunicações.

Na análise deste fenômeno recente, há certas dúvidas quanto a abrangência, significado e próprio surgimento do fenômeno “globalização”, neste estudo o termo refere-se ao processo de rapidez de mobilidade de capitais em todo o mundo, em busca do lucro, internacionalizando de forma ampliada a atividade econômica.

Deste modo, por mais que possa ter raízes fincadas naquele período mercantilista, pela redução nos custos de transporte marítimo com o grande aumento no fluxo de força de trabalho entre os países e continentes, particularmente nas novas colônias

europeias. Não há como falar de globalização, pois não havia nem a rapidez na mobilidade de capital, muito menos a atividade econômica internacionalizada.

Desta forma, não se pode confundir o capitalismo ter tido sempre natureza mundial pela observância da interconexão das economias relevantes, através do fluxo de mercadorias, capital e serviços, com a globalização, que é fenômeno pós-moderno. A internacionalização dos mercados domésticos mesmo quando ocorriam industrializações nacionais comandadas a partir do Estado é antiga, jamais a globalização.

Assume o desenvolvimento teccnológico da comunicação a condição de requisito indispenável para o surgimento desta forma de capitalismo, pelo que se proporcionou a rápida inter-relação de países e mercados financeiros, de modo a permitir a instantaneidade das operações.

Seguese a linha de Milton Santos, segundo o autor:

> No fim do século XX e graças aos avanços da ciência, produziu-se um sistema de técnicas presidido pelas técnicas da informação, que passaram a exercer um papel de elo entre as demais, unindo-as e assegurando ao novo sistema técnico uma presença planetária.
> Só que a globalização não é apenas a existência desse novo sistema de técnicas. Ela é também o resultado das ações que asseguram a emergência de um mercado dito global, responsável pelo essencial dos processos políticos atualmente eficazes. Os fatores que contribuem para explicar a arquitetura da globalização atual são: a unicidade da técnica, a convergência dos momentos, a cognoscibilidade do planeta e a existência de um motor único na história, representado pela mais-valia globalizada.[178]

Segundo o autor, portanto, a globalização está sustentada por três pilares: a unicidade da técnica, a convergência dos momentos e cognoscibilidade do planeta. Importa tecer breves comentários sobre cada um destes pontos.

A evolução histórica relaciona-se intimamente com o progresso técnico, mesmo por isso, cada sistema técnico representa uma época, segundo o autor: “as técnicas se dão como famílias”, isto pelo fato de nunca surgir determinada técnica de maneira isolada, surge, em verdade um grupo das mesmas. Há algumas que derivam da criação da predecessora, o exemplo utilizado é da foice e enxada; como também pode haver aquelas técnicas que surgem como elemento indispensável para uma inovação tecnológica diversa e atingem autonomia com relação àquela.

[178] SANTOS, Milton. *Por uma outra globalização - do pensamento único à consciência universal.* São Pauto: Record, 2000, p.12-13.

Assumem especial condição as técnicas da informação para a formação de um panorama de economia globalizada, pois, por meio da cibernética, da informática, da eletrônica, permitiu-se a intercomunicação das diversas técnicas existentes e, além disso, teve "um papel determinante sobre o uso do tempo, permitindo, em todos os lugares, a convergência dos momentos, assegurando a simultaneidade das ações e, por conseguinte, acelerando o processo histórico".

Pela primeira vez, segundo Milton Santos, o conjunto de técnicas seria aplicável no planeta como um todo. A técnica da informação alcança a totalidade de cada país, direta ou indiretamente. Especialmente, no que respeita à generalização da informação, hoje as informações não são mais restritas ao local e do local onde se vive. Atesta o autor que:

> Há uma relação de causa e efeito entre o progresso técnico atual e as demais condições de implantação do atual período histórico. É a partir da unicidade das técnicas, da qual o computador é uma peça central, que surge a possibilidade de existir uma finança universal, principal responsável pela imposição a todo o globo de uma mais-valia mundial. Sem ela, seria também impossível a atual unicidade do tempo, o acontecer local sendo percebido como um elo do acontecer mundial. Por outro lado, sem a mais-valia globalizada e sem essa unicidade do tempo, a unicidade da técnica não teria eficácia.[179]

Com respeito à convergência dos momentos, importa observar a operação planetária das grandes empresas globais enquanto mote revolucionário das finanças, permitindo ao respectivo mercado que funcione em diversos lugares durante o dia inteiro.

Finalmente, com respeito à cognoscibilidade do planeta afirma Milton Santos:

> O período histórico atual vai permitir o que nenhum outro período ofereceu ao homem, isto é, a possibilidade de conhecer o planeta extensiva e aprofundadamente. Isto nunca existiu antes, e deve-se, exatamente, aos progressos da ciência e da técnica (melhor ainda, aos progressos da técnica devidos aos progressos da ciência).
>
> [...]
>
> Com a globalização e por meio da empiricização da universalidade que ela possibilitou, estamos mais perto de construir uma filosofia das técnicas e das ações correlatas, que seja também uma forma de conhecimento concreto do mundo tomado como um todo e das particularidades dos lugares, que incluem condições físicas, naturais ou artificiais e condições políticas. As empresas, na busca da mais-valia desejada, valorizam diferentemente as localizações. Não é qualquer lugar que interessa a tal ou

[179] SANTOS, Milton. *Por uma outra globalização - do pensamento único à consciência universal.* São Pauto: Record, 2000, p.12.

> qual firma. A cognoscibilidade do planeta constitui um dado essencial à operação das empresas e à produção do sistema histórico atual.[180]

Após a análise dos pilares da globalização moderna, cumpre agora voltar atenção ao desenvolvimento e caracteres deste fenômeno, a lição de Silva da Silva:

> Assim mesmo, apesar dos vários conceitos imprecisos constantemente colocados, não há dúvidas de que o fenômeno refere-se a uma nova etapa capitalista gerada nas últimas décadas pelo incessante processo de acumulação de capital e internacionalização dos capitais, sobretudo o financeiro. O que gera uma gigantesca centralização e concentração desses capitais. Não há dúvidas de que esta nova formação econômica, resultado da evolução tecnológica sobre a composição orgânica do capital, envolvendo aspectos organizacionais, políticos, comerciais e financeiros que se realizam de maneira dinâmica, produz uma reorganização espacial da atividade econômica mundial e uma nova hierarquização de seus pólos hegemônicos, rota que dificilmente poderá vir a superar os Estados nacionais, via intensificação de antigas formas de exploração, e sim remodelá-los, redefinindo suas funções numa provável sociedade do conhecimento.[181]

Gira a globalização em torno dos processos de acumulação e internacionalização do capital, internacionalização que já havia de maneira incipiente desde o século XV com as grandes navegações, todavia foi a partir da metade Século XX que a difusão da tecnologia da informação nas atividades econômicas permitiu a internacionalização nos moldes atuais.

1.2 DA INTERVENÇÃO JURÍDICA NA ECONOMIA – A ECONOMIA E O DIREITO.

A relação entre Economia e Direito, assim como a intervenção estatal na economia, variou bastante ao longo da história. Isso porque, a depender exatamente dessa intervenção política na realidade econômica, esta possuía mais ou menos importância em cada realidade sócio-cultural. E, com isso, o papel do Direito na Economia variava bastante.

Observe-se, por exemplo, que para o pensamento liberal, a atividade econômica é considerada um dado natural que, consoante exposto anteriormente, caracterizava-se pela autorregulação, desenvolvendo um meio institucional próprio. Para essa realidade liberalista, então,

[180] *Ibidem,* p.12-13.

[181] SILVA, César Augusto Silva da. *O Direito Econômico na perspectiva da globalização:* análise das reformas constitucionais e da legislação ordinária pertinente. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p.10.

o Direito surge como coadjuvante do processo econômico, tendo por função favorecer o giro produtivo dos capitais, voltando-se para o fomento da economia.

Assim também era o raciocínio do pensamento marxista. Para ele, o sistema próprio do capital baseado na apropriação privada dos meios de produção caracteriza-se pela sobredeterminação da superestrutura jurídica pela infraestrutura econômica. Pode-se concluir, portanto, que assim como para o pensamento liberal, para o marxismo, o direito era um servo obediente da rainha "economia".[182]

Acontece, entretanto, que este pensamento não permaneceu imutável. Ainda durante o período de liberalismo, a confiança na independência da regulação econômica como forma de contribuição para o avanço social desapareceu. Foi exatamente nos Estados Unidos, país de significativa ascensão do liberalismo, que as primeiras restrições à autorregulação da econômica começou a aparecer[183], como fruto da crise de super produção de 1929 – já abordada em momento anterior neste trabalho.

Neste instante, percebeu-se que o mercado, como objeto da economia, não pode funcionar adequadamente se entregue a si próprio a sua regulação. Necessitava-se, portanto, de uma disciplina jurídica para regular o mercado.

Percebe-se, nesse momento da historia, que a regra jurídica, outrora coadjuvante do processo, passa a incidir sobre o mercado para defender valores estranhos à própria atividade econômica. Desaparece, então, a anterior relação de subserviência do Direito para com a Economia.

> O que se verifica é que o direito não se reduz à economia. Pelo contrário, a actual intervenção do Estado invoca a seu favor critérios valorativos absolutamente estranhos à economia, a satisfação plena das necessidades básicas, a efectividade da livre empresa, a atenuação dos riscos provocados pela actividade econômica privada e pública, aqui com especial destaque para a erradicação de riscos ambientais e ecológicos. Para a compreensão acabada dos fins da intervenção é necessário uma visão plena e integrada do meio económico mas também social em que vivemos esbatendo fronteiras entre diversos níveis de actividade[184]

A necessidade da intervenção Estatal na economia por intermédio da Ciência Jurídica é, então, um consenso. Ninguém discorda da necessidade de que exista uma regulação (mínima que

[182] MONCADA, Luís S. Cabral. *Direito Económico.* 5.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p.9.
[183] Neste sentido: "Com a substituição do franco-liberalismo pela ordem econômica orientada ou dirigida pelo setor governamental, ampliou-se a produção legislativa referente às atividades econômicas. E isto fez com que o conhecimento econômico e o conhecimento jurídico abandonassem as velhas concepções que os mantinham afastados, para então estreitarem as relações de interdependência que atualmente os caracterizam. (ROSSETTI, José Paschoal. *Introdução à Economia.* 13.ed. São Paulo: Editora Atlas, 1988, p.54).
[184] MONCADA, Luís S. Cabral. *Direito Económico.* 5.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p.10.

seja) do Direito no panorama econômico estatal. A divergência, entretanto, e que guarda grande relação com o objeto deste trabalho, é a forma pela qual é dado ao direito intervir na realidade econômica de um Estado. Neste sentido:

> O Estado veio tendo, no correr deste século, acentuado papel no relacionamento entre o domínio jurídico e o econômico. Hoje, essa atuação, que vinha sendo aceita pacificamente, passou a ser questionada, de tal forma a perguntar-se qual deve ser o papel do Estado na realização do fenômeno econômico, ou, por outra forma, qual será o futuro do Estado numa economia de mercado.[185]

Há, outrossim, uma relação recíproca entre direito e economia, de forma a tornar forçoso reconhecer a influencia de um em outro.

A análise econômica deve, sim, considerar o ambiente normativo no qual os agentes atuam, até para que seja possibilitada a lisura das conclusões do estudo da economia. Por outro lado, a ciência jurídica, ao estabelecer regras de conduta, deve analisar os impactos econômicos que delas derivarão, sob pena de serem verificados resultados completamente diversos daqueles inicialmente previstos.

De fato, a relação que se demonstrou haver entre ambas as ciências faz com que se reconheça a importância do Direito na regulação da economia. Contudo, e aí reside o objeto deste trabalho, inúmeras são as formas que o Estado possui de, por meio de uma farta e ampla legislação, intervir na economia de modo a permitir-lhe avanços importantes e significativos. Demonstrar-se-á, ao longo deste estudo, entretanto, que dentre as formas possíveis de intervenção jurídica na economia não cabe a chamada intervenção penal, posto que a economia é objeto completamente estranho ao direito de natureza criminal.

Observe-se que, ao longo da história, confirmou-se o fato de que a economia deve, sim, ser, pelo menos minimamente, regulamentada pelo direito. Todavia, em momento algum deste progresso histórico, como não poderia deixar de ser, tratou-se o direito penal como um instrumento idôneo a indicar os caminhos a serem traçados pelo estudo econômico. A intervenção penal, consoante se verificará, ao se debruçar sobre a economia, permite desnudar diversas críticas, desde a sua "função simbólica" – que evidencia, em verdade, a sua falta de legitimidade e de aptidão – até a consequencialidade, além de terminar por violar garantias penais conquistadas há séculos.

Diante da ilegitimidade da intervenção penal na economia e pela necessidade de resguardar estes bens econômicos, desdobrados da noção de cultura, deve aparecer uma via, própria para a proteção destes bens. Aparece, pois, o Direito Sancionador, e o Direito da Intervenção, que

[185] FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito Econômico*. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p.241.

será detalhadamente apreciado no quinto capítulo deste estudo, mas que, neste instante, merece uma primeira abordagem.

1.2.1 O surgimento do Direito Sancionador. Primeiras Considerações. Breve análise.

> em outros casos se menciona a possibilidade de formar um direito da intervenção cujas características seriam de ordem sancionadora, porém se desenvolvendo em uma moldura de tipo administrativo, carente de muitas das exigências do direito penal tradicional. Entende-se assim a distinção usual entre o direito penal tradicional [...] _ e o outro direito penal, mais difuso nos bens tutelados, menos estrito em seus princípios e garantias, mais complexo em sua estrutura dogmática, mais flexível em seus pressupostos de reprovabilidade.[186]

Um dos principais objetivos desta tese é evidenciar a falta de legitimidade para a intervenção penal na ordem econômica. Este posicionamento, em linha de princípio, poderia receber algumas críticas. Neste instante, ainda à guisa de introdução, impõe-se fazer um levantamento prévio de que críticas podem ser opostas, bem como das primeiras razões para as refutar. Ressalte-se que a falta de legitimidade será abordada no quarto capítulo; o direito da intervenção, com as suas vicissitudes, será analisado no quinto.

De fato, na atualidade, defende-se uma restrição do Direito Penal aos casos de absoluta e manifesta necessidade, casos que, seguramente, não contemplariam a intervenção na economia. Neste passo, convém invocar Cornelius Prittwitz[187]: *"[...] mediante el Derecho Penal se consiguen pocas cosas positivas y se producen, en cambio, muchos perjuicios. De ser cierto, solo parece entonces consecuente pretender el menos derecho penal posible".*

Veja-se, portanto, que é possível que, sob todos os aspetos, a intervenção penal em matéria econômica seja perniciosa, quer seja por violar garantias fundamentais quer seja pela existência de uma finalidade não declarada do Direito Penal, que seria a de, efetivamente, não punir. De qualquer sorte, é fato que as normas penais não têm o poder de proteger a sociedade, como bem evidencia Prittwitz:

> Porque quem quer usar o direito penal – colocando-o desta forma ou não – principalmente para reprimir, vai receber de bom grado um direito penal mais rígido e mais abrangente, considerando-o, numa aliança peculiar, da

[186] YACOBUCCI, Guillermo Jorge; GOMES, Luiz Flávio. *As Grandes Transformações do Direito Penal Tradicional.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p.30.
[187] PRITTWITZ, Cornelius. El Derecho Penal Alemán: Fragmentario? Subsidiario? Ultima Ratio? Reflexiones sobre la razón y limites de los principios limitadores del Derecho Penal. *In:* CASABONA, Carlos Maria Romeo (Coord.). *La insostenible situación del Derecho Penal.* Granada: Instituto de Ciências Criminales de Frankfurt, 2000.

> mesma forma legítimo que aqueles que, ao contrário, querem atingir, com o direito penal, os poderosos da economia e da política. Mas mudará de opinião quando perceber que "mais direito penal" promete menos efeito, puramente por motivos de efetividade – coisa que sempre volta a ocorrer e às vezes também é vista.[188]

Inicialmente, poder-se-ia dizer que esta tese, além de iconoclasta, seria elitista, porque estaria a podar a intervenção penal na ordem econômica, quiçá a única forma de o direito penal passar a intervir nas camadas mais abastadas. Ambos os argumentos, francamente, improcedentes. Com efeito, o texto apresentado não se limita a pregar a retração do direito penal que deixaria de intervir na economia. Em verdade, o texto apresenta sugestões, com a adoção de uma manifestação punitiva, sem desrespeitar as garantias inerentes e intrínsecas ao Direito Penal.

Para além disso, nem se argumente que se buscaria criar um manto de impunidade para os poderosos, porquanto a atual forma de intervenção, ilegítima, é que gera esta impunidade. A adoção deste novo ramo do direito, como proposto, teria o condão de proteger mais a ordem econômica, proteger mais a sociedade, sem a leviandade de representar uma legislação meramente simbólica. Adotar-se-ão, consoante já exposto, muitas das idéias trazidas pela Escola de Frankfurt.

Mas o leitor ainda poderia pensar que apresentar críticas à intervenção penal na economia também nada representaria de novo, não justificaria a elaboração de uma tese, pensariam. Advirta-se que, aqui, dois enfoques novos são tratados: 1- a demonstração de que a ilegítima intervenção penal na economia se desenvolveu a partir do desenvolvimento do conceito de cultura; 2 – far-se-á uma metacrítica, uma reafirmação dos ideais da escola de Frankfurt, rebatendo o posicionamento de Zaffaroni a respeito dos chamados Direitos Penais paralelos.

Em arremate: os bens que, além de importantes (imprescindíveis à sobrevivência humana), forem adequados e aptos para serem tutelados pelo direito penal, devem permanecer tratados por este ramo do direito. Os demais, por não estarem adequados, devem ser tratados em outros ramos, com as suas próprias garantias, consoante será explicitado no quinto capítulo.

Apresentadas, assim, as relações entre direito e economia; evidenciada a origem da tutela dos bens incorpóreos, próprios da ordem econômica a partir do conceito de cultura, passa-se, no próximo capítulo, a tratar das características e peculiaridades do direito penal econômico, a desnudar a manifesta ilegitimidade de uma tal manifestação.

---

[188] *Idem.* O Direito Penal entre Direito Penal do Risco e Direito Penal do Inimigo: tendências atuais em direito penal e política criminal. *Revista do IBCCrim*. São Paulo, n.47, mar-abr./2004, p.36.

1.3 PROBLEMATIZAÇÃO: CONSTATAÇÃO DA INIDONEIDADE PARA A SOLUÇÃO DOS CONFLITOS SEM VIOLAR GARANTIAS FUNDAMENTAIS. FALTA DE LEGITIMAÇÃO DA TUTELA PENAL

> Urge que a leviandade teorética, do momento inicial, de tudo querer legitimar pelo valor simbólico de uma nova ciência, de uma nova disciplina, seja filtrada pelo rigor e acerto de critérios metodológicos racionalmente orientados.[189]
>
> Posta assim a questão, o grande ponto de contraste do Direito Penal atual é inegavelmente a sua legitimação, ou seja, a justificação social como fenômeno interventivo nas relações sociais [...]. Daí porque se tem como certo de que o principal fator, na atualidade, de geração da crise do Direito Penal é, sem dúvida, o da sua legitimidade.[190]
>
> A legitimação do sistema penal brasileiro que compreende não só o Sistema de Justiça Penal, mas, também, as regras substanciais e processuais, bem como suas respectivas dogmáticas ("saberes oficiais") perpassa por múltiplos processos de justificação formal e material discursivamente autorizadores, por assim dizer, da força (violência) que se opera através da intervenção estatal repressivo-punitiva cada vez mais amplificada, ainda, que, apenas se projete simbólico-preventivamente (1). Isto é, as inúmeras leis penais criminalizantes por mais recrudescidas que se apresentem para o ilusório combate à "criminalidade", por certo, apenas desempenham função simbólico-preventiva, pois raramente são aplicadas, servindo, assim, verdadeiramente, como ameaças socialmente percebidas ainda, que, muito pouco sejam aplicadas aos casos legais.[191]

Traçadas estas linhas preliminares, impõe questionar a legitimidade da intervenção penal na economia, objeto de que se cuidará, mais detidamente, no capítulo 4 desta tese. O Direito Penal é exercício de força. Aliás, é por meio do Direito Penal que o Estado exerce o monopólio do uso da força. As intervenções penais, de per si, desatreladas de uma fundamentação teórica, representariam, essencialmente, violações aos direitos humanos fundamentais. O que difere uma prisão cautelar, por exemplo, de um crime de cárcere privado é a aparente legitimidade que se atribui àquela. Resta indagar, ao longo da tese, se a intervenção penal na economia, desdobrada do desenvolvimento de cultura, é verdadeiramente legítima, ou se é apenas o emprego de força de forma ilegítima.

O que justifica a aplicação destas penas é a sua legitimidade, calcada na de adequação da tutela, necessidade e, sobretudo, de justiça, bem como na noção de que o

---

[189] FARIA COSTA, José Francisco de. *Direito Penal Económico.* Coimbra: Ed. Quartetto, 2003, p.14-15.
[190] FAYET JÚNIOR, Ney. A criminalidade econômica e a política criminal: Os desafios da Contemporaneidade. *Revista de Estudos Criminais*, v.30. Porto Alegre: Editora Fonte do Direito, 2008, p.151.
[191] RAMIDOFF, Mário Luiz. *Política Criminal:* legitimidade versus legalidade. Disponível em: <http://www.parana-online.com.br/canal/direito-e justica/news/257809/?noticia=POLITICA+CRIMINAL+LEGITIMIDADE+VERSUS+LEGALIDADE>. Acesso em: 13 jan. 2009.

Direito Penal não se ocupa nem de bagatelas nem, muito menos, de assuntos que interessam apenas à moral.

Não se poderia confundir legalidade com legitimidade. A intervenção penal, quando legal, tem uma presunção relativa de legitimidade. Assim, somente se legitima a intervenção penal quando houver, cumulativamente: 1) adequação; 2) necessidade; 3) justiça; 4) subsidiariedade.

Poder-se-ia, erroneamente, pensar que a legitimidade do Direito Penal Econômico seria a mesmíssima do Direito Penal Comum. A sociedade evolui, novos bens aparecem e estes novos bens precisam se fazer acompanhar de novas proteções. Neste passo, Kindhäuser:

> *también el derecho penal econômico, em cuanto parte Del derecho penal, es um derecho suis generis. El derecho penal econômico no debe ser errónemanente entenido como mero instrumento para mantener um orden econômico e su subsistemas. También el Derecho Penal econômico persigue los fines regulativos Del Derecho Penal, utiliza los medios de regulación del Derecho penal y adscribe responsabilidad según los critérios del derecho penal. Em consecuencia, el Derecho Penal Económico es legitimo cuando cumple los critérios de legitimidad del Derecho Penal em General.*[192]

Com a devida licença, este posicionamento está verdadeiramente equivocado. Malgrado se possa até falar em necessidade da intervenção penal na economia, nos bens culturais, forçoso será reconhecer, como demonstrado no capítulo 2, que, diante da sua manifesta inadequação, a injustiça pela intervenção penal forçadamente legitimada será manifesta. A intervenção penal, traumática, somente se justifica e se legitima para os bens da civilização e, ainda assim, havendo emprego de violência.

Poder-se-ia pensar, assim, que a tese ora defendida pecaria pelo vício de elitista. Em verdade, quando se criam normas penais incriminadoras ilegítimas, pode haver duas conseqüências, ambas francamente indesejáveis: 1) ou, para se aplicar as normas, se violam garantias fundamentais, superando todas as garantias da dogmática; 2) as normas simplesmente deixam de ser aplicadas, caindo em descrédito, apenas conferindo uma ilusória sensação de segurança.

Nesta senda, pode-se notar que há quem busque, mesmo à força, legitimar a intervenção penal:

---

[192] KINDHÄUSER, Urs Konrad. *Acerca de la legitimidad de los delitos de peligro abstrato. In: Hacia um Derecho Penal Económico Europeo.* Jornadas en Honor Del Profesor Klaus Tiedemann. Madrid: Boletín Oficial del Estado, 1995, p.442.

> A verdade é que não passam de um negócio, eles a utilizam como uma ideologia destinada a legitimar o lixo que propositalmente produzem. Eles se definem a si mesmos como indústrias, e as cifras publicadas dos rendimentos de seus diretores sumprimem toda dúvida quanto à necessidade real de seus produtos.[193]

Então, nesta tese, pretende-se demonstrar que muitos bens realmente precisam ser protegidos, mas nem todos os bens que demandam proteção podem ser tutelados pelo direito penal. Zaffaroni, em artigo por demais interessante, chega a mencionar que o penalista precisa reconhecer a sua inaptidão para tratar de determinados assuntos. Em uma metáfora, diz que o penalista deveria proceder como um açougueiro responsável, que não pode vender serviços além dos que estão ao seu alcance. Veja-se:[194]

> *Voy a intentar tomar el argumento y continuar desarrollando el tema pero ¿desde qué perspectiva?, primera pregunta: ¿Desde dónde es que estamos hablando, y estamos intentando valorar la pena en un estado social democrático de derecho? Voy a intentar hacer esto desde "la lógica del carnicero". El canicero es un señor que está en una carnicería, con la carne, con un cuchillo y todas esas cosas. Si alguien le hiciera una broma al carnicero y robase carteles de otros comercios que dijeran : "Banco de Brasil", "Agencia de viages", "Médico", "Farmacia", y los pegara junto a la puerta de la carnicería; el carnicero comenzaría a ser visitado por los feligreses, quienes le pedirían pasajes a Nueva Zelanda, intentarían dejar dinero en una cuenta, le consultarían: "tengo dolor de estómago, ¿qué puede hacer?". Y el carnicero sensatamente respondería: "no sé, yo soy carnicero. Tiene que ir a otro comercio, a otro lugar, consultar a otras personas". Y los feligreses se enojarían: "Cómo puede ser que usted está ofreciendo un servicio, tiene carteles que ofrecen algo, y después de no presta el servicio que dice". Entonces tendríamos que pensar que el carnicero se iría volviendo loco, y empezaría a pensar que él tiene condiciones para vender pasajes a Nueva Zelanda, hacer el trabajo de un banco, resolver los problemas de dolor de estómago. Y puede pasar que se vuelva totalmente loco y comience a tratar de hacer todas esas cosas que no puede hacer, y el cliente termine con el estómago agujereado, el otro pierda el dinero, etc. Pero si los feligreses también se volvieran locos y volvieran a repetir las mismas cosas, volvieran al carnicero; el carnicero se vería confirmado en ese rol de incumbencia totalitaria de resolver todo. Bueno, yo creo que eso pasó y sigue pasando con el penalista. Tenemos incumbencia en todo. Tenemos que actuar como como lo haría el carnicero responsable. No sabemos de todo. Yo no puedo hablar como si fuera el Secretario de General de Naciones Unidas. Yo no soy el Papa,*

---

[193] ADORNO, Theodor; HORKHEIMER, Max. *Dialética do Esclarecimento. Fragmentos Filosóficos.* Rio de Janeiro: Zahar, 2006, p.100.

[194] ZAFFARONI, Eugenio Raul. *La función reductora del derecho penal ante un estado de derecho amenazado (o la lógica del carnicero responsable).* Disponível em: <http://www.pensamientopenal.com.ar/16112009/doctrina04.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2010.

> *no. Yo no soy un sabio omnipotente, no. Sólo soy un penalista. Sólo conozco algunas cosas, no muchas, de derecho penal. Y en el derecho penal me manejo bien, pero no tengo condiciones de resolver todas las cosas que los feligreses locos acreditan que el derecho penal tiene condiciones de resolver. Yo estoy convencido que sólo tengo condiciones de resolver pocas cosas, casi ninguna, y no sé si resolver, tal vez suspender algunos conflictos (resolver es otra cosa). Es esta la lógica del carnicero. Es esta lógica la que haría que tal vez pudiéramos continuar el fin del discurso de nuestro problema de violencia.*

Dito de forma clara e direta: há situações da vida que são, sim, importantes, mas o Direito Penal deve reconhecer que, pelas suas próprias características, não tem como tutelar.

Veja-se que, mesmo dentre os defensores da necessidade de intervenção penal na economia, há quem recomende comedimento: "Urge que a leviandade teorética, do momento inicial, de tudo querer legitimar pelo valor simbólico de uma nova ciência, de uma nova disciplina, seja filtrada pelo rigor e acerto de critérios metodológicos racionalmente sustentados".[195]

A metáfora supra somente foi colacionada para demonstrar que os penalistas não são senhores de todas as razões. Já passou da hora de o penalista se aperceber que há realidades que são, sim, importantes, mas que não podem ser tuteladas pelo direito penal. Se, de um lado, não se pode permanecer impotente com assuntos que o direito penal poderia resolver, por outro, ninguém deveria se arvorar à qualidade de plenipotenciário, de todo poderoso, com a arrogância e a presunção de que todos os assuntos poderiam ser tratados pelo direito penal, de que todos os assuntos são adequados e dignos da tutela penal.

Neste texto, além de se demonstrar a inadequação da intervenção penal na economia, serão propostas algumas alternativas, pois, do contrário, soaria como iconoclasta, como destruidor, gerando perplexidade, incerteza e insegurança. Já se passou da hora, pois, de os juristas observarem que há sim – como sói ocorrer com a economia – bens que são importantes para a convivência social, mas para os quais a tutela penal é ilegítima, inadequada. Não se questiona, pois, a importância das relações econômicas para a sociedade, mas é fato que o Direito Penal não tem aptidão para de ela tratar.

Após analisar este suposto novo bem jurídico penal – a ordem econômica – impõe-se, mesmo dentro dos limites deste trabalho, fazer uma abordagem a respeito das relações existentes entre economia e direito, para buscar, ao final do texto, evidenciar a falta de legitimação da intervenção penal na ordem econômica.

---

[195] FARIA COSTA, José Francisco de. *Direito Penal Económico.* Coimbra: Ed. Quartetto, 2003, p.14-15.

A Economia enquanto Ciência Social e Cultural. Relacionamento entre Direito Penal e Economia. “A cada momento histórico, direito e economia se relacionaram de forma peculiar, como resultado do fenômeno cultural de que são expressão”.[196]

A presente tese versa sobre a falta de legitimidade da intervenção penal na ordem econômica. Por conta disso, é imperioso que se explicitem as relações entre direito e economia, a fim e de evidenciar como surgiram as relações entre direito e economia, como surgiu o direito econômico, como apareceu o direito penal econômico, enfim.

Segundo a doutrina de Paul Wonnacott e Ronald Wonnacott, economia é o estudo de como as pessoas ganham a vida, adquirem alimentos, casa, roupa e outros bens, sejam eles necessários ou de luxo. Analisa, o estudo econômico, sobretudo, os problemas enfrentados pelas pessoas e as maneiras pelas quais esses problemas podem ser encarados.[197]

Historicamente, são feitas associações entre os termos “economia” e “cultura”, haja vista a estreita relação existente entre ambos. Isto porque, sabe-se que o objetivo precípuo de um estudo econômico é analisar a forma que as sociedades (de diferentes culturas e costumes) dispõem dos recursos escassos que possuem para produzir aquilo que lhe é necessário. Além disso, referido estudo volta-se a analisar a maneira que as diferentes sociedades encontraram de proceder à divisão dos bens e da riqueza que advieram exatamente da referida produção.

Em síntese, ao analisar o problema, tem-se duas vertentes. A primeira delas reside na ciência da escassez dos bens disponíveis em determinada sociedade, e a conseqüente problemática de que a disponibilidade cultural dos bens não acompanha a necessidade e vontade humanas, já que inexistem bens disponíveis para supri-las de forma satisfatória. A segunda, por seu turno, descansa exatamente na forma que a sociedade optará em proceder à divisão destes mesmos bens disponíveis, buscando utilizá-los da forma mais eficiente possível, de forma a maximizar a satisfação das suas necessidades.

Quanto às necessidades humanas, uma premissa fincada de há muito merece ser reiterada: não há limite que possa ser previsto para as elas. Isto é: não há como se antever qualitativa e quantitativamente o que virá a ser considerado como bem – necessário ou não – pelo indivíduo culturalmente inserido num contexto social. Nesse sentido, convém trazer ao lume as lições de Fábio Nusdeo:

> A primeira idéia do que venha a ser a Economia, como atividade humana e como objeto de estudo científico, pode ser facilmente apreendida a partir

[196] FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito Econômico*. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p.251.
[197] WONNACOTT, Paul; WANNACOTT, Ronald. *Economia.* São Paulo: Pearson Education, 2004, p.3.

> de duas constatações básicas, as quais decorrem da experiência e da vivência do quotidiano. A primeira delas é a de que não é possível estabelecer ou antever um limite para as necessidades humanas. Ou seja, elas podem ser vistas como tendentes a se multiplicarem ao infinito. Vale dizer: podem ser tidas como ilimitadas.[198]

Esta, pois, uma das constatações mais simples referentes à economia: há recursos sempre escassos; necessidades, sempre ilimitadas. Observe-se, ainda, o seguinte. O crescimento e a diversificação das necessidades humanas variaram bastante ao longo da história. Muito embora durante todo o processo de estabelecimento e desenvolvimento das civilizações, o indivíduo estivesse sempre em busca da satisfação de novos interesses, interesses que culminam no aparecimento de novas necessidades, necessidades que, invariavelmente, demandam novas proteções.

Obviamente, em tempos remotos, as necessidades humanas apareciam de forma desacelerada, se comparada aos tempos atuais, nos quais a cultura da globalização implica indubitavelmente um ritmo intenso na diversificação do surgimento de novas necessidades.

Nota-se, desde logo, uma íntima relação entre o desenvolvimento cultural e o desenvolvimento econômico das civilizações. Em tempos longínquos, quando a realidade cultural apontava para uma tendência mais singular e menos interativa entre os povos, as necessidades humanas eram igualmente limitadas. Com o processo de interação entre as civilizações, as necessidades começam a se desenvolver de forma mais acelerada, já que o intercambio de culturas entre as diversas civilizações cuidavam de promover o incremento dos anseios humanos. Quando havia, então, o encontro cultural entre diferentes sociedades, verificava-se, ato contínuo, uma explosão no número de bens e situações que se tornariam necessários para a população. Diversificava-se também, os meios para o atendimento de necessidades preexistentes, consubstanciando um verdadeiro avanço cultural e econômico.

Ocorre, entretanto, que, na contramão do que se verifica com as necessidades humanas, está a disponibilidade dos recursos aptos a supri-las. Isto é: enquanto as necessidades humanas não param de se multiplicar, tornando forçoso o reconhecimento da sua natureza de ilimitada, os bens disponíveis para responder aos anseios da população são limitados e, por isso, cada vez mais escassos. Reside aí o grande paradoxo do estudo do pensamento econômico: necessidades ilimitadas de recursos limitados e cada vez mais escassos. Acerca desse paradoxo:

> O tratamento do binômio desenvolvimento-repartição – a nível de objeto central da Economia Contemporânea – mantém-se ligado à dicotomia

[198] NUSDEO, Fábio. *Curso de Economia.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.20.

> escassos recursos e necessidades ilimitadas, em que se baseiam, como já vimos, as definições contemporâneas da Economia. A preocupação para com o desenvolvimento está formalmente ligada ao aproveitamento ótimo dos escassos recursos disponíveis. E a maior eficiência nos domínios da repartição mostra-se relacionada com a extensão dos frutos do desenvolvimento às diversas camadas sociais mobilizadas em sua promoção; isto equivale a uma inter-relação formal entre a repartição e as necessidades ilimitadas, no sentido de que estas últimas possam ser progressivamente atendidas à medida que as estruturas de repartição da riqueza puderem ser mais igualitárias.[199]

É exatamente da conjugação dos dois fatores que materializam este paradoxo que se vale a economia. Analisar, enquanto ciência, a questão da escassez, voltando os olhos para a criação de um padrão decisório com um mínimo de coerência, a ser utilizado sempre que a questão da escassez impuser as escolhas cotidianas. É exatamente este o objeto da atividade econômica: ela deve ser aplicada na seleção dos recursos que suprem as necessidades humanas. É, nas palavras de Fábio Nusdeo, a administração da escassez[200].

O estudo econômico é, assim, uma ciência social, analisando, outrossim, a escassez enquanto problema social, ao revés de considerá-la de forma singular.

Exatamente por ser uma ciência que se volta para uma análise geral, e não individual, o Estudo Econômico sempre esteve ligado a questões sociais outras, como política, poder e o próprio direito, já que estes interesses que envolvem a sociedade de uma forma geral sempre reclamam uma multidisciplinaridade quando da sua análise.

Observe-se, por exemplo, que o Estado, ao longo da história, como se verá minuciosamente nos tópicos posteriores, manteve diferentes relações com a economia – ora de intervenção máxima, ora de intervenção mínima – mas sempre teoricamente preocupado com o crescimento econômico de cada estrutura social.

A cada momento histórico, direito e economia se relacionaram de forma peculiar, como resultado do fenômeno cultural de que são expressão.

Isto é: a história da economia, consoante se verificará doravante, deslizou entre a intervenção máxima, como no período da Antiguidade, em que o "Estado" irradiava sua influência direta em todos os setores da sociedade, fazendo confundir institutos hoje razoavelmente definidos, como a economia, a religião, o poder e a política.

---

[199] ROSSETTI, José Paschoal. *Introdução à Economia.* 13.ed. São Paulo: Editora Atlas, 1988, p.53.
[200] NUSDEO, Fábio. *Curso de Economia.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.28.

Na Idade média, por seu turno, o contexto era oposto: o feudalismo proporcionava que cada localidade possuísse uma regulação própria, e, consequentemente, a economia era conduzida de forma individualizada em cada feudo. A partir do final do século XV, com a expansão do fenômeno das cruzadas e o conseqüente surgimento dos Estados Modernos, a economia passou a ser efetivamente controlada pelo poder dos monarcas, notadamente pelas características próprias de um estado mercantilista que foi a marca econômica do período.

Após as Revoluções (a Industrial, na Inglaterra; e a Francesa), tem lugar o liberalismo, que nos remete a expressões como o *laissez faire laissez passer*, realidade na qual o Estado permitia que a economia "andasse com seus próprios pés", sem uma intervenção direta daquele nesta.

Tamanha liberdade, entretanto, gerou a chamada crise de super produção – já que não havia a possibilidade de regulação estatal da produção, uma vez que, desde as mencionadas revoluções, a economia se autorregulava. Referida crise, materializada no *Crash* norte-americano de 1929, trouxe o chamado "Estado do Bem Estar Social", realidade na qual o estado voltava a intervir na economia, para evitar novas crises no processo econômico. Possivelmente, uma liberdade indiscriminada relacionada à atividade econômica pode ter sido capaz de gerar, paradoxalmente, uma das maiores crises econômicas da história da humanidade.

Em momento posterior, entre as décadas de 70 e 80 do século passado, notadamente no período em que a primeira ministra britânica Margaret Thatcher estava no comando da política inglesa, tem lugar o chamado *neoliberalismo*, sendo uma política que faz recordar os tempos de *laissez faire*.

Observe-se, entretanto, que essas diversas realidades de intervenção e de não intervenção, por óbvio, relacionam-se com a regulação direta e efetiva da economia. Não se pode perder de vista que a intervenção do Estado na Economia é uma realidade insuperável (registre-se, por oportuno, que esta intervenção, obviamente, não precisa ser penal), haja vista que regras mínimas de sobrevivência econômica são editadas pelo Estado. O que define a questão do liberalismo ou de um estado intervencionista absoluto é, portanto, a gerência absoluta do processo econômico, e não a regulação mínima deste, que é intrínseco a qualquer idéia de Estado que se tenha. Dito de forma mais clara: sempre haverá um certo grau de interferência do Estado na ordem econômica, ainda que seja para assegurar a livre iniciativa, a liberdade de concorrência, a defesa do consumidor, etc.

Ainda dentro dos limites do objetivo traçado neste estudo, impõe-se analisar, mesmo que de forma breve, um histórico da economia mundial, a fim de relacioná-lo com o direito e, em especial, com o direito penal. Uma melhor análise da história do pensamento econômico, entretanto,

será feita nas linhas seguintes.

2 CARACTERÍSTICAS DO DIREITO PENAL ECONÔMICO. IDENTIFICAÇÃO DA INIDONEIDADE PARA A SOLUÇÃO DE CONFLITOS. PERDA DE LEGITIMIDADE DA INTERVENÇÃO PENAL. PRIMEIRAS CONSIDERAÇÕES

> Por fim, não se vislumbra como, sem um direito penal estatal, se poderá reagir de modo eficiente a delitos contra a coletividade (contravenções ambientais ou tributárias e demais fatos puníveis econômicos).[201]
>
> c. A moderna Política Criminal afasta-se da forma tradicional de cometimento (do crime de lesão ou fraude) e da determinação normal do bem jurídico do Direito Penal tradicional (bem jurídico individual como, por exemplo, a integridade física). Sua *forma típica de delito* é a do delito de perigo abstrato (por exemplo, a fraude à subvenção), sua *determinação normal de bem jurídico* é a do bem jurídico universal concebido de forma ampla (como a saúde popular no Direito Penal das Drogas). De acordo com isso, dissolve-se a determinação legal do injusto punível, aumentam e flexibilizam-se as possibilidades de aplicação da lei, diminuem as chances de defesa e também a crítica à ultrapassagem dos limites instituídos pelo legislador.[202]

A antítese entre as duas citações supra transcritas mostra um ponto de tensão que deve ser enfrentado no presente trabalho: a necessidade de resguardar bens jurídicos coletivos,

[201] ROXIN, Claus. *Estudos de Direito Penal*. Tradução: Luís Greco. São Paulo: Renovar, 2006, p.5.

[202] HASSEMER, Winfried. Desenvolvimentos Previsíveis na Dogmática do Direito Penal e na Política Criminal. *Revista de Estudos Criminais,* n.29, 2008, p.9-20.

hauridos a partir do desenvolvimento da cultura, sem, no entanto, violar garantias fundamentais e nem fazer letra morta da dogmática penal. No primeiro capítulo desta tese, apresentou-se o Direito Penal Econômico em seu aspecto histórico, permeado pelo conceito de cultura, em oposição ao conceito de civilização. Apresentaram-se, ainda, os modelos de Direito Penal Econômico nos países comunistas e capitalistas; a contribuição de Sutherland; a importância da teoria do bem jurídico para o Direito Penal Econômico; as relações entre cultura, globalização e economia. A partir deste instante, tratar-se-á de ponto dos mais importantes deste texto: as características (imperfeitas) da intervenção penal na economia, a desnudar a ilegitimidade de esse ramo do Direito para tratar das maneiras de produção econômica.

No primeiro capítulo, tratou-se, portanto, do seu surgimento, do histórico e das primeiras demonstrações de sua inidoneidade. Neste passo, antes de investigar o ponto central da tese, ainda se faz necessário, como preparação para o desenvolvimento do tema, identificar as qualidades, características, peculiaridades do direito penal econômico, analisando-as criticamente, a fim de demonstrar que a sua falta de legitimidade ôntica repercute em um tratamento frustrado da disciplina. Deve-se recordar, pois, que todos os elementos integrantes e constitutivos do Direito Penal Econômico são perpassados pelo conceito de cultura, já que, consoante se evidenciou, é a partir dos bens culturais que surgiria a (aparente) necessidade de proteção penal. Os bens da civilização são os bens tradicionais – vida, patrimônio, liberdade – a demandar a intervenção do Direito Penal comum ou nuclear.

A citação que abre este capítulo é por demais significativa, mormente tendo sido feita por alguém que, ao longo dos anos, sempre se preocupa por limitar a expansão penal: Claus Roxin. No Brasil, pode-se ver semelhante preocupação em:

> Podemos imaginar, então, quantos terão sido os que se valeram da ausência de normas reguladoras das relações econômicas, auferindo lucros incalculáveis com o emprego de métodos e práticas que, não sendo vedados, eram admitidos! [...] as leis penais, definindo condutas reprováveis, geralmente vêm trancar a casa depois de arrombada a porta[203].

Já a segunda citação enuncia aspectos de crítica à intervenção penal na economia, com conseqüências que serão tratadas ao longo dos capítulos quatro e cinco. Este estudo se propõe, como eixo central, a analisar a falta de legitimação do Direito Penal na intervenção econômica, em comparação com as críticas feitas à criação dos chamados

[203] PIMENTEL, Manoel Pedro. *Direito Penal Econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974, p.32.

sistemas penais paralelos, propondo a criação e a sistematização de um direito sancionador, válido e eficiente, que consiga resguardar os bens tutelados, sem violar garantias penais e processuais penais. É dizer, assim, que está na pós-crítica, em verdade, metacrítica, em relação ao Direito Penal Econômico, sugerindo, concretamente, outro tratamento jurídico para a matéria.

Este capítulo se destina a analisar as características do Direito Penal Econômico, começando por palmilhar a sua tipicidade – robustamente diferente da tipicidade do Direito Penal Clássico – tipicidade que, consoante se demonstrará, afasta-se dos dois principais atributos: tanto da lesividade quanto da taxatividade. Seguramente, a tipicidade é o elemento do crime que mais sofre mutações para a intervenção penal na ordem econômica.[204]A importância do bem jurídico, as suas particularidades, a neo-inseminação de comportamentos que sofrem rápidas mutações, pela exigência dinâmica e da célere transformação da atividade econômica, tudo isso leva à conseqüência de um afastamento da lesividade e da ofensividade, bem como da taxatividade. A um só tempo, na criação de tipos penais, criam-se condutas com redação menos rígida e cada vez mais distantes da ocorrência de um resultado material. Certamente, a tipicidade, de todos os elementos do conceito analítico de crime, é o que mais influência sofre das alterações culturais. Sem desprestigiar as mudanças perpetradas na ilicitude e na culpabilidade, que também serão apreciadas, é fato que as alterações promovidas por novos modelos de produção, impulsionadas pela cultura, faz surgir novos tipos penais, com novos contornos, para tratar de novas (des)necessidades. A tipicidade dos bens jurídicos tradicionais, marcada exclusivamente pela civilização, seria cerrada, certa, fechada, taxativa. A tipicidade dos bens culturais, mais novos, é marcada por sensível grau de incerteza, o que traz, inevitavelmente, a quebra de garantias.

2.1 NECESSIDADE DE UMA TEORIA GERAL DO DELITO PRÓPRIA PARA AS INFRAÇÕES PENAIS ECONÔMICAS?

Importante é consignar que as novidades do direito penal econômico não se restringem à criação de tipos em espécie, de normas penais incriminadoras. É um erro crasso supor que o direito penal econômico iria ser formado apenas por tipos penais incriminadores. É cediço, no

[204] Não se despreza a importância das modificações da ilicitude (máxime no que se relaciona com o exercício regular de um direito); muito menos a importantíssima diferenca relacionada à culpabilidade, no que tange à potencial consciência da proibição. Porém, pela multiplicidade de elementos prórpios, a tipicidade, nos delitos econômicos, é o elemento que mais se afasta do Direito Penal Comum.

entanto, que, historicamente, a intervenção penal na economia seguiu o caminho inverso: no direito penal referente aos bens da civilização, primeiro criou-se o regramento geral, com aparecimento da legalidade, dogmática penal e, ao fim, estruturaram-se os crimes em espécie. Com o penal econômico, o caminho foi inverso: primeiro se criam crimes em espécie, recheados de elementos extrapenais para, depois, buscar a sua conformidade com uma teoria geral e, como se fosse possível, legitimar o ilegítimo. Não se sustenta aqui a legitimidade da intervenção penal na economia, mas, se crimes contra a ordem econômica houver, necessária e imperiosa se faz a criação/adaptação de regras gerais, inerentes à teoria do delito e à teoria da pena. Por conta disso, fala-se na existência de uma teoria geral própria, adequada às transformações culturais.

Verdadeiramente, as diferenças se baseiam nos elementos da teoria do delito, que poderiam legitimar a criação de regras próprias e, mais do que isto, uma teoria própria do delito, que, a despeito de trabalhar com os conceitos de responsabilidade, tipicidade, ilicitude, culpabilidade, teria todos eles estruturados em elementos diferentes do Direito Penal nuclear. Seria, pois, uma nova manifestação de tipicidade, com outras características; um estudo mais acurado da ilicitude, mormente no que toca à questão do exercício regular de um direito; uma reanálise da culpabilidade, principalmente no que tange à potencial consciência da ilicitude e, finalmente, à inexigibilidade de conduta diversa.

Entrementes, Bujan-Pérez assevera que a finalidade da criação de uma parte geral para o direito penal econômico é, antes de tudo, didática, malgrado informe que autores há a sustentar a autonomia científica, que não se justifica perante o Direito Penal Espanhol.[205] Acredita-se que, se intervenção penal na ordem econômica houver (idéia veementemente combatida neste estudo), realmente, por necessidade e conseqüência, haverá regras específicas de teoria do crime, autônomas não cientificamente, mas apenas por um critério didático, com vistas a sistematizar o seu estudo.

Todos estes elementos – características, bens jurídicos, (dis)funções – seguramente conduziriam a uma necessidade de criar regras próprias de teoria do crime e das conseqüências jurídicas do delito, desde que tais criações fossem legítimas.. Reafirme-se que este capítulo, tratando de elementos da teoria do crime e da pena relacionados com o direito penal econômico, em momento algum pretende relegitimar este discurso. Este capítulo é construído para servir de referencial, buscando, em seguida, demonstrar a necessidade de outro ramo do direito tratar do assunto. Com efeito, detidamente analisadas as características do Direito Penal Econômico a partir do conceito de cultura – normas penais em branco, excesso de tipos anormais, tipos abertos, de

[205] BUJAN PEREZ, Carlos Martinez. *Derecho Penal Econômico*. Parte General. Valencia: Tirant Lo Blanc, 1998, p.21.

perigo abstrato, de mera atividade, com novos bens jurídicos, impende se analisar a criação de uma parte geral própria para o Direito Penal Econômico, haja vista que estas qualidades demandariam novo tratamento jurídico.

Esta é uma das primeiras preocupações esboçada pela doutrina e, em particular, por Buján Perez. Verdadeiramente, para ele, a primeira necessidade é a de estabelecer uma parte geral do Direito Penal Econômico. Esta parte geral estaria justificada para se adequar à evolução da sociedade, característica dos bens culturais, inaugurada com as Convenções de Paris, que se desdobra, atualmente, sobre marcas, patentes, modelos de invenção, sistema financeiro, tributário, relações de consumo, em muito diferente da teoria geral dos bens marcadamente ligados ao conceito de civilização. Menciona que a realização de uma parte especial do Direito Penal Econômico não é tarefa das mais valiosas. Como se trata de um novo ramo do Direito, com novas características, sustenta que deve haver regras próprias de teoria do delito e de teoria das conseqüências jurídicas do injusto. Assim defende Pérez:

> *Por tanto, con este volumen que ahora ve la luz yo pretendia anteponer al examen particularizado de los diferentes delitos uma investigacion básica que no solo conceptuase el setor del Derecho penal Econômico, delimitando sus contornos e fijando los critérios de identificacion del mismo, sino que además abordase el análisis de las cuestiones que son comunes al estúdio de dichos delitos. Era, pues, si se prefere, una espécie de "Parte General"del Derecho Penal Econômico que, sobre poseer um carácter propedédutico com respecto al examen de su segunda parte o "Parte Especial", perseguia evitar también estériles repeticiones em el comentario de las concretas figuras delictivas.*[206]

Registre-se que as particularidades e os detalhes são tantos que há autores a defender a criação não só de uma parte geral própria para o Direito Penal Econômico, mas de uma verdadeira teoria geral do Direito Penal Econômico. Cite-se, como exemplo, Martos Nuñes:

> *voy a elaborar una teoría general del delito económico, sobre la base de los conocimientos científicos que suministran, respectivamente, la ciencia penal y la criminología, a fin de alcanzar, en la medida de lo posible, un concepto jurídico criminológico de delito económico.*[207]

Soa como exagero falar-se em teoria geral própria. Realmente, os elementos dos crimes econômicos têm algumas qualidades, algumas características diferentes dos crimes comuns, mas o que não chega a justificar a criação de uma teoria geral própria. O Direito Penal, intervindo na economia, continuaria a precisar de um conceito de tipicidade (ainda que amoldada às modificações

[206]BUJAN PEREZ, Carlos Martinez. *Derecho Penal Econômico*. Parte General. Valencia: Tirant Lo Blanc, 1998, p.13.
[207] NUÑEZ, Juan Antonio Martos. *Derecho Penal Económico*. Madrid: Editorial Montecorvo, 1987, p.135.

culturais), de uma análise valorativa da ilicitude, de um estudo de desvalor de culpabilidade, e, ainda de uma análise da possibilidade jurídica de punibilidade. Há, pois, traços peculiares em cada um dos elementos, mas eles não chegam a destoar de todo da estrutura do Direito Penal comum. O conceito abstrato é semelhante, modificam-se, verdadeiramente, o alcance do significado, o conteúdo, os elementos que integram a descrição do tipo. As características próprias asseguram a autonomia didática, mas jamais justificariam a criação de uma teoria, cientificamente autônoma. Uma semelhante preocupação, assegurando a autonomia didática, é esposada por Buján-Pérez.[208]

Neste capítulo, ainda se tratará de breve questão sobre a ilicitude e, ainda, sobre a culpabilidade, com o desiderato de tratar dos elementos do conceito analítico de crime, em seu viés econômico. Finalmente, ainda se tratará de estudar a quebra de garantias pela existência de legislação extravagante, bem como da necessidade de codificação.

Necessário, pois, repensar certas categorias inerentes ao Direito Penal Econômico. Aos que são favoráveis à tese da legitimação, não se pode prescindir da Dogmática penal, cuja principal função é de garantia, para a criação de normas penais econômicas. Recorde-se sempre e sempre que a finalidade de garantia da dogmática penal não pode ceder espaço às exigências de novos bens jurídicos, engendrados a partir do desenvolvimento da cultura. Colha-se o magistério de Adán Nieto Martin:[209]

> *[...] La dogmatique juridique est indispensable das le cadre de la récepcion des infractions penales, non seulement au moment de l'application de la loi, mais aussi au stade de sa créacion, où sa mission principale doit être celle de réélaborer des concepts, propositions et idées provenant de la réglementatio [...] au moins en ce qui concern le droit penal – aux formes d'une théorie juridique du délit. De cette manière, par example, on devrait mettre un frein à léxpansion das le code penal d'infractions penales [...].*

Deve-se advertir que tudo que aqui se tratará serve de base, de instrumental, para a tese que se apresenta: a falta de legitimidade da intervenção penal na ordem econômica, da necessidade de se buscar um novo modelo de controle, efetivo, não simbólico, real, não uma mera mudança de nomenclaturas. Portanto, fique expresso que não se defende aqui a necessidade e nem a legitimidade da intervenção penal na economia; também não se trata de discurso elitista, de proteção a determinadas classes sociais, não se trata de uso fraudulento de técnica de argumentação jurídica para beneficiar os mais abastados. Para cumprir o desiderato deste trabalho, porém, é necessário identificar o objeto de estudo,

---

[208] BUJAN PEREZ, Carlos Martinez. *Op.cit.,* 1998, p.58.

[209] MARTIN, Adán Nieto. Américanisation ou Européanisation du Droit Pénal Économique*?. Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*. Ocotbre-Decembre/2006, n.4, p.785.

evidenciando todas as suas características. Para tanto, será necessário, previamente, tratar do conceito do Direito Penal Econômico.

2.2 O CONCEITO DE DIREITO PENAL ECONÔMICO. DIVERSOS SIGNIFICADOS. CONCEITO EM SENTIDO LATO E EM SENTIDO ESTRITO

Antes de apontar os elementos integrantes do objeto desta tese, impõe-se, por coerência científica, definir oi conceito deste objeto. Esclareça-se, pois, que o objeto de pesquisa deste trabalho refere-se ao direito penal econômico nuclear, radicalmente transformado pelas necessidades de novos bens, ligados à cultura, ao modo de produção e de circulação de riquezas.

Devidamente apontada a importância da cultura para o Direito Penal Econômico, antes de analisar os elementos estruturantes do crime econômico (a despeito de se tratar, posteriormente, da deslegitimação da matéria), é necessário buscar o conceito do próprio crime econômico. Tal fato se justifica porque, inicialmente, este conceito é pressuposto para diversos pontos da tese. Além disso, só se pode criticar um objeto do qual se conhece o conceito.

Pode-se afirmar que existe verdadeira confusão conceitual em relação ao Direito Penal Econômico. Veja-se a preocupação:

> *Los términos que se utilizan para designar la materia no están bien precisados. Así, se habla de derecho penal financiero, derecho penal comercial o derecho penal de los negocios [...]. La locución Derecho penal económico cubre más ampliamente todos los aspectos de esta rama del Derecho, tanto los aspectos dirigistas como los aspectos liberales. Sabido es que desde esta última perspectiva, el Estado no debe intervenir en la actividad económica más que para proteger la libertad contractual y la libertad de comercio e industria: el Estado se limita a asegurar el funcionamiento del sistema capitalista atacando los abusos que destruyen la libertad, consecuentemente el Derecho penal económico liberal aspira a ser únicamente un Derecho de protección.*[210]

A referência a Martos Nuñes supra transcrita releva a confusão de termos empregados para definir este novo ramo do Direito Penal que intercede na economia. Por ser a expressão mais ampla, que abrange mais elementos, fez-se a escolha de empregar a denominação

[210] MARTIN, Adán Nieto. Américanisation ou Européanisation du Droit Pénal Économique*?*. *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*. Ocotbre-Decembre/2006, n.4, p.125.

Direito Penal Econômico. Nesta rubrica, Direito Penal Econômico, poder-se-á inserir o Direito Penal relacionado ao Sistema Financeiro, o Direito Penal Tributário, o Direito Penal Previdenciário, o Direito Penal da Economia Popular, o Direito Penal do Consumidor... Enfim, a expressão Direito Penal Econômico, escolhida neste trabalho, é gênero que comporta diversas espécies.

Uma definição mais direta pode ser colhida em Martos Nuñes: "El conjunto de normas jurídico-penales que protegen el sistema económico constitucional".[211]

Semelhante posição, em um conceito mais elástico, vazado no bem jurídico que é tutelado, é a sustentada por Bajo e Bacigalupo. Assim, a despeito de os autores não conceituarem – e isso seria improvável – de forma uníssona, percebe-se sempre uma preocupação em atrelar o Direito Penal Econômico à política de produção de bens do Estado. Transcreva-se:

> *Podemos definir el Derecho Penal Económico como el conjunto de normas jurídicopenales que protegen el orden económico. La clave para desentrañar en toda su profundidad el sentido y alcance de esta definición estriba en el objeto de protección: el orden económico .*[212]

Buján-Pérez, em seu trabalho específico sobre o tema,[213] adverte que inicia o seu trabalho pelo conceito. Para ele, existe um conceito amplo e um outro restrito do Direito Penal Econômico, distinção que se funda no projeto alternativo alemão. Passa a conceituar os delitos econômicos de forma ampla e de forma estrita. Em sentido mais amplo, o Direito Penal Econômico teria vertente nitidamente patrimonial, e estaria relacionado, dentre outras coisas, com fraudes aos consumidores. No sentido mais estrito, o Direito Penal Econômico se refere à produção, distribuição e circulação de riquezas.[214]

À esta mesma divisão se refere Martos Nuñes[215], que sugere a existência de um direito penal em sentido amplo e um outro, em sentido estrito. Este seria permeado pela intervenção, pelo dirigismo estatal na economia; aquele, da regulação, produção e distribuição de bens. A diferença, pois, está no fato de o Direito Penal Econômico em sentido estrito referir-se à intervenção estatal. Registre-se, ademais, que Martos Nuñes sustenta, no conceito amplo de Direito Penal Econômico, estarem os crimes patrimoniais com vítimas certas e determinadas.[216]

---

[211] *Ibidem,* p.130.
[212] BAJO FERNANDEZ, Miguel; BACIGALUPO, Silvina. *Derecho penal económico*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 2001, p.11.
[213] BUJAN PEREZ, Carlos Martinez. *Derecho Penal Econômico*. Parte General. Valencia: Tirant Lo Blanc, 1998.
[214] MUÑOZ CONDE, Francisco. Delinquencia econômica: Estado de La questión y propuestas de Reforma*. In: Hacia um Derecho Penal Económico Europeo.* Jornadas en Honor Del Profesor Klaus Tiedemann. Madrid: Boletín Oficial del Estado, 1995, p.269.
[215] NUÑEZ, Juan Antonio Martos. *Derecho Penal Económico*. Madrid: Editorial Montecorvo, 1987, p.128.
[216] Ver, neste passo, NUÑEZ, Juan Antonio Martos. *Op.cit.,* 1987, p.129.

Importa, assim, consignar a importância em se separar o Direito Penal Econômico em sentido amplo do sentido estrito. Sem que se faça a separação, as terminologias passariam a ser ambíguas, imprecisas, imprestáveis.

Consoante Buján-Pérez, em sentido estrito, o Direito Penal econômico deve representar o "Direito Penal Administrativo Econômico", que cuida da atividade interventiva e reguladora do Estado na Economia.[217] No início, inclusive, esta era a única manifestação do Direito Penal Econômico. Já o conceito amplo parte da análise de condutas que ofendem a coletividade, os bens supraindividuais, sem que representem uma mácula à regulação e à intervenção da economia. Não se pode compreender no sentido estrito de Direito Penal Econômico a existência de lesões patrimoniais, ainda que gigantescas. No sentido estrito do Direito Penal Econômico (que interessa neste trabalho), as lesões são ao modo de produção econômica do Estado, que, diretamente, interfere na política econômica das nações.[218]

À guisa de arremate para este ponto, chamem-se as lições de Bajo e Bacigalupo, dando as definições em sentido amplo e em sentido estrito de Direito Penal Econômico. Observe-se: *"Derecho Penal Económico en sentido estrito es el conjunto de normas jurídico-penales que protegen el orden económico entendido como regulación jurídica del intervencionismo estatal en la economía".*[219]

Para conceituar o Crime Econômico, Esteban Rigui, por sua vez, menciona que se trata de um ato lesivo ao interesse do Estado pela integridade e conservação do sistema econômico.[220] Encerra-se este tópico, antes de passar às especificidades, singularidades e características do Direito Penal Econômico, com Rigui: *"El derecho penal económico fue definido como conjunto de normas jurídico penales que protegen el orden económico entendido como regulación jurídica de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios".*[221]

Assim, pode-se ver que existe uma manifestação ampla e outra restrita do Direito Penal Econômico. Em sentido amplo, representaria toda e qualquer manifestação das normas penais referentes à produção de riqueza, em sentido estrito, seriam normas penais que se referem à estruturação econômica de uma determinada nação. Efetivamente, o Direito Penal Econômico em sentido estrito é aquele permeado pelo conceito de cultura. É ele que

[217] BUJAN PEREZ, Carlos Martinez. *Op.cit.,* 1998, p.33.
[218] PIMENTEL, Manoel Pedro. *Direito Penal Econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974, p.22.

[219] BAJO FERNANDEZ, Miguel; BACIGALUPO, Silvina. *Derecho penal económico*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 2001, p.13.
[220] RIGHI, Esteban. *Los Delitos Económicos*. Buenos Aires: Ad Hoc, 2000, p.29.
[221] *Ibidem,* p.100.

sofre os maiores impactos e transformações, é ele, pois, que será examinado sob o prisma de legitimidade de sua intervenção. Doravante, quando se tratar de Direito Penal Econômico, saiba o leitor que se trata, em verdade, de Direito Penal Econômico em sentido estrito.

Muito mais importante que analisar as regras de crimes contra a ordem econômica em espécie é analisar a teoria geral dos crimes econômicos. Com efeito, a preocupação com a criação de uma teoria geral é característica do chamado Direito Penal Liberal e é consentânea ao iluminismo, mais precisamente ao século XVIII.[222] Neste estudo, não há preocupação em tratar de normas incriminadoras em espécie, de tipos penais. Não se comentará o conjunto de elementos deste ou daqueloutro crime. Tratar-se-á da análise da (i)legitimidade da intervenção penal na economia, e, para isso, não é necessário tratar de crimes em espécie. Impõe-se analisar a teoria geral do delito relacionada com estas infrações, especificamente as atinentes ao Direito Penal Nuclear.

Releva notar que, em muitos casos, a tutela penal para a ordem econômica é absolutamente incidental, porquanto já se poderia tratar daquela infração com outro crime. Tenha-se como exemplo que certos crimes contra as relações de consumo, por vezes, já repercutem contra o patrimônio; os crimes contra a ordem tributária, invariavelmente, são perpetrados mediante falsidade. Assim, esta tutela penal, incidental, é absolutamente desnecessária. Não fosse a existência de crimes autônomos, a matéria seria tratada pelos crimes que já existiam. Esta tutela penal, desnecessária, é apenas e tão somente simbólica, consoante se verá no terceiro capítulo.

Passa-se, pois, a tratar de cada um dos elementos do conceito analítico de crime, a começar, obviamente, pela tipicidade.

2.3 TIPICIDADE NO DIREITO PENAL ECONÔMICO. OS IMPACTOS DA CULTURA NA DESCRIÇÃO DOS FATOS JURIDICAMENTE PROIBIDOS

> *Por eso, derivaciones del postulado de legalidad tan caras a la primera de las concepciones apuntadas como el mandato de certeza o de taxatividad, son rechazadas para dar cabida a un Derecho penal flexible, cambiante, que introduce tipos penales abiertos – desplegando las puertas a la libre interpretación judicial – que abusa de las normas penales en blanco, o da cabida a las cláusulas genereles en las descripciones típicas*[223]

Neste passo, cuidar-se-á de todo o conjunto de elementos do conceito analítico de crime aplicável ao direito penal econômico. Necessariamente, em uma relação de prejudicialidade, a

[222] SALES, Sheila Jorge Selim de. *Escritos de Direito Penal*. 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p.46.
[223] VELÁSQUEZ, Fernando. Globalización Y Derecho Penal. *In:* CONDE, Francisco Muñoz; LOSANO, Mario. *El Derecho Penal ante la Gobalización y El Terrorismo.* Valencia: Tirant Lo Blanc, 2004, p.197.

exposição precisa começar pela tipicidade. Começar-se-á pela tipicidade objetiva, é dizer, pelos elementos que descrevem a conduta que abre as portas para a intervenção do Direito Penal. Ainda será analisada a tipicidade subjetiva no Direito Penal Econômico, necessidade que há de ser limitada pelo corte deste trabalho, abordagem, porém, indispensável ao estudo do Direito Penal Econômico. Com efeito, é impossível tratar de Direito Penal Econômico sem dispensar, ainda que brevemente, um olhar sobre a responsabilidade penal da pessoa jurídica.

O juízo de tipicidade delimita o conteúdo da ação penalmente reprovada. Nos dizeres de Cláudio Brandão, "As condutas que não forem adequadas ao tipo são penalmente irrelevantes; por isso, a tipicidade é que determina o âmbito da liberdade da ação; tudo o que não estiver descrito como crime por um tipo não pode ter como conseqüência uma sanção penal".[224] Com o desenvolvimento cultural, esta moldura de comportamentos, delimitada pelo alcance da tipicidade, tem elastecido o seu alcance.

Dentro de uma perspectiva analítica, estudando o crime pelos elementos que o compõem, pode-se dizer, com acerto, que o juízo de tipicidade é composto por quatro elementos: conduta, consubstanciada no dolo e na culpa, pois inexiste responsabilidade penal objetiva; tipo penal, dotado das funções de garantia, de proteção e preservação de bens jurídicos, de aproximação à ilicitude, não como *ratio essendi*, mas como *ratio cognoscendi*;[225] resultado, que pode ser do tipo naturalístico, sempre que alterar o mundo exterior e jurídico, quando este resultado não for palpável; e, por fim, nos crimes comissivos com resultado exterior, nexo de causalidade, que, no Brasil, deve ser regido pela teoria da equivalência dos antecedentes causais e filtrada pela teoria da imputação objetiva.

De todos estes elementos, aquele que maiores mutações sofre derivadas da cultura a desaguar no Direito Penal Econômico é referente à estrutura do fato típico. De fato, não há grandes modificações no que diz respeito à conduta, nem à estruturação do resultado e nem mesmo em relação à tipicidade. Por conta disso, dos elementos da tipicidade, o que mais interessará diz respeito à estruturação do tipo penal no Direito Penal Econômico, com as alterações feitas a partir do desenvolvimento da cultura. Os bens da civilização eram, preponderantemente, individuais; os bens culturais, por sua vez, são coletivos. O tipo penal, efetivamente, não se confunde com a tipicidade. Nas palavras de Cláudio Brandão:

> O tipo é uma estrutura imaginária porque ele é um modelo abstrato de conduta, formulado através de expressões lingüísticas. Seu fim é individualizar as condutas que anteriormente são relevantes para o âmbito

[224] BRANDÃO, Cláudio. *Curso de Direito Penal. Parte Geral.* Rio de Janeiro: Forense, 2008, p.146.
[225] *Ibidem,* p.149.

do direito penal, cominando ã sua realização uma pena.[226]

Para os bens básicos, característicos da vida em civilização, em oposição à barbárie, é possível construir um conceito bem fechado de fato típico. Os bens da civilização, difundidos e conhecidos por todos, não demandam maiores explicações e a interpretação restritiva cumpre a sua real função de garantia. Quando se diz que matar alguém é crime, este bem, vida, intrinsecamente jungido à idéia de civilização, não demanda maiores explicações.

Quando, porém, são transportados, ilegitimamente, bens culturais mais novos para o ramo do Direito Penal (sistema financeiro, principalmente), o significado dos tipos penais começa a demandar nova sistematização, nova interpretação, justamente pelo fato de estar ligado às transformações culturais. Com efeito, uma operação temerária na gestão de uma de instituição financeira pode diferir entre Brasil, Estados Unidos, Rússia e Egito, pode diferir dentro de um mesmo país em momentos históricos distintos; pode diferir dentro de um mesmo país, no mesmo contexto histórico, mas em estados ou províncias diferentes (pense-se em um Estado muito mais desenvolvido nos assuntos de negócios que outro, no mais desenvolvido, o conceito do que poderia ser etiquetado como temerário é muito mais amplo). Tudo isso porque a idéia de sistema financeiro está intimanente ligada à noção de cultura, com as suas singularidades e particularidades que marcam as diversas sociedades.

Em relação ao tipo objetivo, a descrição legal do comportamento delitivo, força é convir em que, frequentemente, se empregam elementos extra-penais, a fim de adequar a tutela às novas realidades, contaminadas por valores culturais. Neste passo, Basoco:

> *En Derecho penal de la empresa es continuada la utilización de elementos típicos normativos y la remisión a otros preceptos extrapenales. Si bien la ley penal se reserva a fijar la conducta incriminada y la sanción, lo cierto es que la constatación de aquélla requieren múltiples ocasiones la previa comprobación, como elemento integrante de la misma, de infracciones definidas en normas de diverso origen (mercantil, laboral, fiscal, etc.…), hasta el punto de que el valor descriptivo del texto penal queda reducido a muy poco.*[227]

Um dos principais pontos a merecer a nossa análise será da tipicidade frente à garantia da legalidade estrita e da lesividade. Para se adequar a novas realidades culturais, a tipicidade assume novos contornos, em muitos casos, esta "adequação" representa verdadeira violência ao instituto da tipicidade. Com efeito, um tipo objetivo perpassado com tamanha fluidez

[226] *Ibidem,* p.151.
[227] BASOCO, Juan Terradillos *et alli. Derecho penal de la empresa*. Madrid: Trotta, 1995, p.36.

poderá, efetivamente, violar a noção da legalidade. A realidade econômica, marcadamente cultural, é fugaz, transitória, o que determinaria a contínua e ininterrupta modificação dos tipos penais. Para que isso não ocorra, o legislador se socorre de tipos que cada vez mais violam a taxatividade e a ofensividade. Nem se argumente, porém, que a culpa seria da imprecisão técnica do legislador, que estas deficiências e problemas poderiam ser evitados se o legislador fosse mais técnico, cuidadoso. Pela mutabilidade dos conceitos culturais, necessariamente a tipicidade destes novos bens não poderá ser tão estática quando à tipicidade característica da civilização.

Assim, pois, os problemas atinentes à estruturação do tipo no Direito Penal Econômico não são circunstanciais, não são devidos à falta de técnica do legislador. Mais do que isso, são problemas verdadeiramente estruturais, que não podem ser solucionados. Tais problemas são causados pelo fato de o Direito Penal ser ramo do conhecimento inaplicável a todas as necessidades do homem. Não se pode forçar a sua aplicação a áreas que lhe são estranhas, a menos que se violente a dogmática penal, tradicionalmente preocupada com as garantias.

Veja-se que, mesmo os que defendem, venia concessa, equivocadamente, a aplicação do Direito Penal às relações econômicas têm esta preocupação: "Nem mesmo a alegação de que este direito necessita de maior agilidade, na defesa dos bens e interesses objetivados, poderia justificar a quebra dos princípios gerais do Direito Penal, aqueles mesmos já mencionados, como os da reserva legal".[228]

Não percebe o autor supra que, miseravelmente, se o Direito Penal intervier na economia, inexoravelmente, ocorrerão violações aos princípios fundamentais e, mais do que isso, a falta de adequação, de legitimidade, pode, por outro lado e de outra sorte, terminar redundando em impunidade.

Modificam-se, pois, certamente, e de forma muito veloz, os elementos referentes à tipicidade objetiva, os elementos atinentes aos crimes em espécie. Certamente, o elemento do conceito analítico de crime que mais alterações sofre, na intervenção penal na economia, é a tipicidade. Com efeito, já se afirma, com Tiedemann, que a tipicidade nos crimes econômicos, a partir da concepção da volatilidade referente aos bens jurídicos, modificados pela cultura, justifica o motivo de os tipos serem tão fluídos, tão flexíveis, porosos, abertos. Consoante leciona, a razão está na necessidade de o Direito Penal acompanhar a economia, com suas mutações constantes. Veja-se: *"Otra particularidad en el ámbito de la tipicidad en Derecho penal económico radica en que los frecuentes cambios de intereses de la vida económica y de la política económica conducen a un*

[228] PIMENTEL, Manoel Pedro. *Direito Penal Econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974, p.15.

cambio relativamente frecuente de las normas de Derecho económico".[229]

A partir deste item, serão analisados todos os elementos referentes à tipicidade na intervenção do Direito Penal na Economia. Deve-se consignar que a preocupação aqui defendida é de estabelecer limites para a intervenção penal, não aceitando a quebra da dogmática – que há de ser vista como função de garantia, pois, do contrário, seria um saber estéril, sem fundamento – por argumentos de terror, de necessidade de se proteger bens. A dogmática existente não pode ser abrandada por exigências da vida prática. O rigor dogmático não pode ceder espaço para as (aparentes) exigências de novos bens culturais. Registre-se, mais uma vez, que não se trata de discurso elitista, em prol das camadas mais abastadas. O que se pretende, neste texto, é proteger a sociedade por meio de um direito verdadeiramente eficaz, sem que se quebrem garantias fundamentais: defender-se-á, pois, para estas novas manifestações de bens jurídicos, criados pelas mutações da cultura, a aplicação de um Direito Sancionador.

De fato, pode-se ter como crítica ao trabalho exposto uma pecha de radicalismo. Consoante se demonstrará, não se aceita tanta quebra de tipicidade para proteger o que não se pode proteger com as normas penais; para legitimar o ilegitimável; sustentar o insustentável. Malgrado as posições possam merecer críticas, prefere-se ter sempre uma opinião firme, em defesa das garantias penais. Semelhantemente, veja-se a lição de Renato Jorge Mello Silveira:

> Através dos instrumentos lingüísticos do tipo (descritivos e normativos), ter-se-á sua correta formulação. Entrementes, ao pretender-se punir condutas atentatórias a bens etéreos como os aqui vistos, recorrer-se-á à utilização de perigos nem sempre constatáveis. Primordial, pois, um rígido estilo legislativo.[230]

No mesmo trilhar, Maurício Kalache: "Apesar da complexidade da matéria penal econômica, não se podem admitir flexibilizações nos princípios cardeais do Direito Penal Democrático e Liberal, notadamente no que respeita aos axiomas da legalidade/taxatividade".[231]

Inicialmente, é necessário desenvolver a abordagem histórica da tipicidade no contexto do Direito penal econômico. Em seguida, proceder-se-á à análise de questões importantes

[229] TIEDEMANN, Klaus. *Lecciones de Derecho Penal Económico (Comunitario,espanõl, alemán)*.1.ed. Barcelona: PPU, SA, 1993, p.161.

[230] SILVEIRA, Renato Mello Jorge. *Direito Penal Supra-individual*: Interesses Difusos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p.86.

[231] KALACHE, Maurício. Direito Penal Econômico. *In:* PRADO, Luiz Regis. *Direito Penal Contemporâneo. Estudos em Homenagem ao Professor José Cerezo Mir.* São Paulo: RT, 2007, p.399.

acerca do tema em questão, tais como: princípio da reserva legal, tipos anormais, delitos de perigo e normas penais em branco. Esclareça-se, ademais, que todos estes elementos históricos não fazem parte do objeto de investigação desta pesquisa. Eles serão abordados apenas para servir de base para a questão da (i)legitimidade do Direito Penal Econômico.

2.3.1 Antecedentes necessários: a filosofia neokantiana e suas influências sobre a evolução histórico-técnica do tipo penal. Precedentes à tipicidade. Desenvolvimento de um novo método, relacionado com objetos culturais. Importância para o direito penal econômico

> *la decadência de esa teoria del delito especialmente clara y sencilla fue iniciada por el sistema "neoclássico". La causa de la reestruturación del concepto de delito operada por el mismo radico em el hecho de reconocer que el injusto no explicable em los todos os casos solo por elementos puramente objetivos.*[232]

A presente tese relaciona Direito Penal Econômico e cultura. Consoante já demonstrado, Kant contribuiu significativamente para o desenvolvimento do estudo dos objetos culturais, em oposição àqueloutros derivados da mera noção de civilização. Nesta senda, importante demonstrar que o mesmo Kant contribuiu para o desenvolvimento dos elementos dos tipos penais. Veja-se. Demonstrar-se-á que uma das maiores críticas ao direito penal econômico, que permitem desnudar a manifesta inaptidão e ilegitimidade da intervenção penal na economia se deve, justamente, ao emprego de elementos normativos em demasia, que violam, frontalmente, a garantia da legalidade estrita, enquanto taxatividade. Coube, pois, a partir das idéias de Kant, a necessidade de se promover uma reestruturação do entendimento da tipicidade penal. O tipo, como proposto por Binding, passa a ser reformulado, com novos elementos de valor. O tipo penal, pois, passo a passo, deixa de ser neutro, acromático, passando a ganhar carga de valor e a demandar a compreensão por parte do intérprete.

Conforme visto nas linhas atrás, fora possível perceber que a evolução histórico-técnica do tipo penal sofreu contundentes influências da corrente filosófica neokantiana, com base na qual, Mezger, no ano de 1931, introduziu a idéia do tipo do injusto, significando que a tipicidade

[232] ROXIN, Claus. *Derecho Penal:* Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoria del delito. Madrid: Civitas, 1997, p.188.

implicaria a antijuricidade, salvo quando se constatasse as causas de justificação, convertendo-se, dessa maneira, em *ratio essendi* da injuridicidade. A tipicidade, pois, ganhando carga de valor, aproxima-se cada vez mais da ilicitude, chegando, para alguns, posteriormente, a englobá-la.

Nesta mesma linha de intelecto, compartilhando da mesma orientação, apresenta-se o lúcido entendimento de Edson Luis Baldan, *in verbis*:

> Por esse prisma, um fato seria típico se, e somente se, também antijurídico fosse. A tipicidade, sob a óptica mezgeriana, é continente obrigatória da ilicitude, sem a qual não se aperfeiçoa o juízo de tipicidade. Um fato típico desprovido de antijuridicidade é um nada sem expressão ou efeitos jurídicos: tipicidade é, pois, '*ratio essendi*' da ilicitude. A antijuridicidade surge, assim, como juízo de desvalor sobre o fato. A tipicidade será achada sempre em relação implicacional com a antijuridicidade. Por outro lado, a presença de causas de justificação importa em exclusão da tipicidade. O tipo passa a contar, pois, com duas partes: a) uma positiva, correspondendo aos elementos que delineiam o injusto e b) outra negativa, que impõe a verificação prévia da inocorrência de qualquer causa de justificação.[233]

Com efeito, a partir de uma nova tendência, transportada pelo neokantismo ao pensamento técnico-jurídico, a Ciência do Direito Penal passa a compor o rol das ciências do espírito (culturais), cuja metodologia ultrapassa o antigo formalismo exacerbado, incorporando, por conseguinte, caracteres substanciais e axiológicos. No que concerne à concepção de tipo penal, percebe-se, a toda evidência, que a sua estrutura meramente descritiva e objetiva começa a apresentar delineamentos de natureza teleológica e, sobretudo, valorativa. Deve-se a Kant, pois, o método de compreensão, próprio das ciências culturais, além do emprego de elementos normativos, com a superação da tipicidade sem juízo de valor. Neste passo:

> *Como los autores neokantianos, Dilthey parte de que la vida se presenta al hombre como un enigma que pide comprensión. A pesar de sus diferencias epistemológicas, sobre el método que deben seguir las ciencias espirituales o culturales para comprender la vida en tanto que realidad llena de sentido, es precisamente el reconocimiento y el intento de fundamentarla lo que permite afirmar que amas direcciones suponen la superación del positivismo.*[234]

Acerca da matéria suscitada, confira-se o que sustenta, novamente, Edson Luis Baldan, *ad literam*:

---

[233] BALDAN, Edson Luis. *Pressupostos neokantianos no juízo de tipicidade negativa de Mezger.* Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8225>. Acesso em: 29 jan. 2010.

[234] MONTRAVETA, Sergi Cardenal. *El tipo penal em Beling y los neokantianos.* Barcelona, PPU, 2002, p. 287-288. Disponível em: <http://repositorio.bce.unb.br/bitstream/10482/2671/1/2007_FabioCosta_MoraisdeSaeSilva.pdf>. Acesso em: 27 de set. 2010.

> Foi exatamente a distinção entre as ciências da natureza (cujo objeto é alheio a valores e a sentido) e as ciências culturais (nas quais o conhecimento e a definição da realidade requerem bases em referências valorativas), que permitiu superar o formalismo do conceito de tipo e a construção dogmática que dantes Beling propusera. Junto ao aspecto lógico-formal da teoria do delito, os autores neokantianos reconhecem o significado material das diversas categorias do sistema e dos conceitos jurídicos, assim como sua relação com a função da pena e os fins do Estado. O reconhecimento do significado valorativo dos tipos penais e a comprovação da tipicidade de uma conduta permitem realçar sua relação valorativa com o conceito e a comprovação da antijuridicidade.[235]

Acerca desta nova roupagem filosófica, a qual, diante de tudo quanto salientado acima, remodelou o pensamento causalista, antes pautado na idéia de que a ação representava, exclusivamente, pura enervação muscular, importa registrar que tal embasou a segunda etapa do causalismo, marcada profundamente por uma revisão crítica e analítica do conceito causal-naturalista de crime.[236] Com o desenrolar da teoria do delito, passou-se a privilegiar o elemento vontade, de uma tal sorte que o dolo passa a ser compreendido como um querer agir livre e consciente voltado a um determinado fim.

Não se faria um arremate melhor que Luis Jimenez de Asúa. Analisando as variações do conceito de tipo, partindo desde Binding, passando pela influência do Neokantismo, até chegar as concepções de Mezger, assevera o autor:

> *Em la teoría del delito que expuso Ernesto Von Beling el año 1906, la acción [o acto], aparecía "sin color". Aunque de manera semejante Franz von Listz nos habló, como base, de la noción naturalista del acto, aunque la enfocara ya a ulteriores valoraciones: Em esta sección – dice el que fue célebre Profesor de Berlín -, se debe partir del concepto general del acto, y debe hacerse abstracción, en cuanto es posible, de su significación jurídica. Pues el delito está precisamente constituido por un acto y debe ser estimado como tal; puede ser examinado su concepto genérico (Gattungsbegriff) cuya característica debe ser determinada antes que la differentia specifica del concepto específico (Arbegriff). Resulta, naturalmente, que la consideración del concepto del acto es el punto de partida del criminalista. En esta consideración tiene que prescindirse, en primer término, del valor jurídico del acto; pero, al mismo tiempo, debe conducir a esta estimación.*[237]
>
> *Acaso deba citarse a Gustavo Radbruch como el más penetrante defensor*

[235] BALDAN, Edson Luis. *Op.cit.*, 2010, p.34.

[236] ARAÚJO NETO, Félix. *Teoria do delito. Algumas considerações sobre o causalismo e finalismo.* Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6245>. Acesso em: 29 jan. 2010.

[237] ASÚA, Luis Jiménez de. *Tratado de Derecho Penal.* Buenos Aires: Ed. Losada S.A., 1964, p.355.

> *de la actitud normativista, al considerar que la conformidad al tipo legal debe ser el punto de partida de la teoría del delito [en lo que está acertado] puesto que en él hace entrar la conducta, en el sentido de hallarse el delito constituido por un comportamiento humano, como primero de los elementos constitutivos generales del tipo delictivo. En el sentir de Radbruch el concepto "pasivamente naturalista" (y por ende pre-jurídico) del acto, no es apropiado para servir de base a la teoría general del delito. La noción de conducta, de comportamiento humano, no corresponde, ante el Derecho, a su concepto natural, sino que se nutre de la estimación del "modo" y la "forma" en que puede quebrantar la regla normativa (Zur Systematik des Verbrechenslehre, en lug cit., pág 158).*[238]
>
> *Examen particular merece el criterio de Mezger que, muy vacilante, pero inclinado en su Lehrbuch a partir de un concepto natural de acto, desemboca luego en una noción valorativa. En efecto, cuando en su "Tratado" combate la tesis de los hegelianos, Mezger nos dice que ese "concepto de la acción" – el mantenido por Abegg, Berner, Köstlin, etc – "no es el concepto 'natural', descriptivo, libre de valoración que nosotros hemos colocado a la cabeza del sistema (S., pág. 102). Y luego, tras de exponer las posiciones de Biding, Graf zu Dohna y Sauer, vuelve a decir: "…El mismo Derecho penal exige, en virtud de la referencia a la realidad misma, que el concepto de la acción sea estructurado y construido como un concepto natural. Solo así puede servir como punto de arranque del sistema" (S. pág. 103).*[239]

Vale dizer, nesta etapa dogmática, a teoria da ação passa a apresentar, ausentes os traços naturalistas, contornos teleológicos e valorativos aptos a possibilitar uma nova análise acerca da ação no âmbito da Teoria do Delito, sendo possível afirmar que a mesma, com suas bases fincadas no modelo neokantiano, possuía forte carga volitiva. Veja-se que a contribuição de Kant é por demais significativa, haja vista que o direito, intervindo na economia, precisaria de elementos valorativos no tipo penal.

Decorrência esperada desta transformação metodológica, fora a nova forma de arquitetar o conceito de tipo penal, o qual deixava ser compreendido, tão-somente, como hipótese objetivo-descritiva para, então, ser estruturado com sinalizações axiológicas, denotando a idéia de desvalor da conduta criminosa.

Com o intuito de corroborar o quanto asseverado nas linhas passadas, importante transcrever, *ipsis litteris*, o afirmado por Félix Araújo Neto:

> [...] nesta outra fase do causalismo [a referida segunda etapa], os pensadores neoclássicos passaram a ver e analisar de outra maneira o

[238] *Ibidem,* p.356.
[239] ASÚA, Luis Jiménez de. *Tratado de Derecho Penal.* Buenos Aires: Ed. Losada S.A., 1964, p.356.

> conceito de tipicidade. Para eles, este elemento não persiste em sua forma meramente objetiva-descritiva, como afirmavam os teóricos clássicos, introduz-se em sua definição os 'elementos normativos, así como elementos de componente subjetiva (elementos subjetivos del injusto o del tipo), diferenciados del dolo'. Neste passo, ainda que prossiga tratada como uma categoria objetiva, adotando agora um caráter híbrido, ou seja, descritivo e valorativo, resulta inviável assegurar que a tipicidade é exclusivamente objetiva, como também se torna insubsistente a assertiva de que só a culpabilidade abrange toda a matriz subjetiva do fenômeno delitivo, no escopo teórico até então defendido pelos causalistas-naturalistas.[240]

Percebe-se, portanto, que, muito embora o conceito de tipo penal tenha sido revestido com outra roupagem técnico-jurídica, apresentando um conteúdo permeado por elementos de cunho valorativo – normativos e de conteúdo subjetivo -, ainda não é possível sustentar a existência, ao menos neste momento, de uma tipicidade subjetiva (composta de dolo ou culpa).

Nesta mesma esteira de intelecção, apresentam-se os pertinentes ensinamentos de Luiz Flávio Gomes, *in litteris*:

> O neokantismo (Frank, Mayer, Radbruch, Sauer, Mezger etc.) criticou duramente a concepção neutra da tipicidade, sublinhando o aspecto valorativo do tipo legal. O tipo não descreve uma conduta neutra, sim, uma conduta valorada negativamente pelo legislador (o matar alguém não é neutro, é algo valorativamente negativo). O tipo penal não objetivo e neutro, é objetivo e valorativo, ao mesmo tempo. Apesar de toda ênfase dada ao aspecto valorativo do Direito penal (que não é uma ciência naturalista, sim, valorativa), no que concerne à estrutura formal (ou objetiva) da tipicidade pouco se alterou: continuou sendo concebida preponderantemente como objetiva. A tipicidade penal, para o neokantismo, é tipicidade objetiva e valorativa. O lado subjetivo da tipicidade só viria a ser admitido (alguns anos depois) com o finalismo de Welzel.[241]

A título ilustrativo, insta assinalar que não apenas a tipicidade penal fora influenciada pelas advindas da filosofia neokantiana, a antijuridicidade também foi objeto de significativas mudanças de orientação e inserção de carga valorativa na seara da Teoria do Delito. Sob este viés, observe-se o quanto registrado por Félix Araújo Neto, *ad literam*:

---

[240] ARAÚJO NETO, Félix. *Teoria do delito. Algumas considerações sobre o causalismo e finalismo.* Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6245>. Acesso em: 29 jan. 2010.

[241] GOMES, Luiz Flávio. *Evolução da Teoria da Tipicidade Penal*. Disponível em: <http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20050606124155299>. Acesso em: 29 jan. 2010.

> A antijuridicidade, para a concepção neokantiana, começou a ser verificada de forma mais próxima da tipicidade. Por isso, inclusive, introduziu-se a expressão «tipo de injusto». A antijuridicidade também, assim como ocorreu com a tipicidade, deixou de ser tratada como característica exclusivamente objetiva para ser considerada preponderantemente objetiva. Os pensadores neokantianos passaram a conceber a antijuridicidade como elemento verdadeiramente material do delito, como nocividade social da conduta, porque importava em lesão ou perigo a bem juridicamente protegido. Tal concepção possibilitou a realização de várias reflexões, com enfoque axiológico e teleológico, sobre quais condutas efetivamente devem ou não ser tidas como antijurídicas.[242]

Por derradeiro, diante desta verdadeira mudança de paradigma, é possível afirmar, segundo sustenta Edson Luis Baldan[243], que o neokantismo, ao introduzir a idéia de valor na teoria do crime, levou, em absoluto, Mezger a superar uma concepção de cunho valorativo neutro, baseada nas reflexões de Beling, passando a arregimentar um tipo penal, cujo conteúdo já transparecia uma ligação intrínseca com um juízo de desvalor antijurídico (a antijuridicidade).

Em arremate, pode-se invocar Jakobs:

> Foi apenas no início deste século que o conceito foi dogmaticamente ativado, quando Beling o estabeleceu como grau autônomo do crime, anteiror à antijuridicidade e à culpabilidade (*Lehre vom Verbrechen, 1906).* Segundo Beling, todo crime é uma conduta, mais precisamente uma conduta "típica, antijurídica, culpável, que pode ser submetida a uma ameaça punitiva e que satisfaz as condições da cominação penal". Aqui, o tipo (*Tatbestand)* é entendido como "síntese dos elementos que demonstram que crime se trata tipicamente" como "tipo do crime" (*Verbrechenstyp)*, entretanto, esse tipo, enquanto tipo do crime, não deve conter nenhum juízo de valor. Ao mesmo tempo, o tipo deve ser "totalmente objetivo", ou seja, isento de dolo, de culpa ou de outra impureza subjetiva qualquer, com exceção da arbitrariedade, própria de toda e qualquer conduta segundo o entendimento da teoria causal da conduta. O dolo e a culpa devem constituir a "relação da mente com o tipo", não uma parte do tipo. Por fim, o tipo deve garantir a taxatividade da lei: somente a determinação do tipo no Direito Positivo deve constituir crime (artigo 2º do Código Penal, antiga redação; agora, art. 103, §2ºm da Lei Fundamental; art. 1º do Código Penal. Com essa multiplicidade de funções do tipo, Beling sobrecarregou o conceito de tipo e subestimou as implicações sistemáticas de cada uma das funções. Se o tipo deve caracterizar o tipo de crime, ele pode não conter apenas elementos

[242] ARAÚJO NETO, Félix. *Teoria do delito. Algumas considerações sobre o causalismo e finalismo.* Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6245>. Acesso em: 29 jan. 2010.
[243] BALDAN, Edson Luis. *Pressupostos neokantianos no juízo de tipicidade negativa de Mezger.* Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8225>. Acesso em: 29 jan. 2010.

> objetivos, como já demonstrou a teoria, depois desenvolvida por Beling, dos elementos subjetivos do injusto. Mas, se ele contiver apenas elementos objetivos, não poderá, por outro lado, garantir a taxatividade do fato, pois o crime está garantido em toda a sua conformação legal, sejam os elementos objetivos ou subjetivos. Por fim, a ausência de valor de um tipo de crime apenas pode ser entendida no sentido de que, com a tipicidade, nada está determinado ainda quanto à justificação e à exculpação, enquanto o juízo de valor de que o típico não é socialmente comum estiver indissociavelmente conectado ao tipo do crime.[244]

Coube às idéias defendidas por Kant a definição do método para o direito penal. Em notas preliminares, importa ressaltar que o presente tópico apresenta como análise temática primordial o estudo do adequado método a ser aplicado à Ciência do Direito Penal, haja vista esta possuir caráter normativo e sua metodologia, conforme consignado anteriormente, ter passado por mudanças estruturais significativas.

Sem embargo, conforme pacificamente assentado na seara doutrinária penal, tendo em vista o Direito Penal compor o rol das disciplinas jurídicas, e, portanto, possuir natureza normativa, o respectivo método a ser utilizado, a fim de a mesma ter aplicação prática, seria o método lógico-abstrato-dedutivo[245], que muito se desenvolveu a partir das idéias de Kant, com as exposições a respeito da cultura. Novos valores vão surgindo, estes novos valores precisam ser compreendidos por novas manifestações do Direito Penal. Enquanto as ciências da natureza precisavam ser explicadas – estas ligadas ao conceito de civilização – as regras de cultura, dentre as quais ressaem as de Direito Penal Econômico, precisam ser compreendidas.

Sobre a importância de Kant para o desenvolvimento do método no direito penal, imperiosa é a transcrição literal de Gimbernat Ordeig:[246]

> a distinção neokantiana fundamental entre uma esfera do ser neutra ao valor (o objeto da valoração) radicalmente separada da esfera axiológica da valoração humana nos esclarece o que se quer dizer "com o método referido ao valor" das ciências de espírito. "As proposições de dever ser, os juízos de valor e os ajuizamentos não podem ser fundamentados indutivamente em constatações ontológicas, mas apenas dedutivamente em outras opções de mesma índole.

Isto porque a Ciência do Direito Penal é integrada por um conjunto de normas jurídicas que representam verdadeiros comandos de comportamentos, em regra, de caráter abstrato

---

[244] JAKOBS, Gunther. *Tratado de Direito Penal:* Teoria do Injusto Penal e Culpabilidade. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p.224.
[245] SOLER, Sebastian. *Derecho penal argentino*. Tomo I. Buenos Aires: Editora Argentina, 1951, p.42.
[246] ORDEIG, Enrique Gimbernat. *Conceito e Método da Ciência no Direito Penal*. Tradução: José Carlos Gobbu Pagliuca. São Paulo: RT, 2002, p.39.

e genérico – por isso o método ser abstrato -, pelas quais o intérprete/aplicador subsume/coaduna o contexto fático-delitivo com o quanto disposto na legislação penal – mediante uma ilação lógica, por isso o método ser lógico-dedutivo.

Nesta mesma de intelecção, são os pertinentes ensinamentos de C.F. Balestra, *in verbis*:

> *Al reseñar el lugar que los distintos autores fijan al derecho penal en la Enciclopedia criminológica, hemos hecho ya algunas referencias al método. Claro está que según cual sea el objeto, tal será el método. Claro está que según cual sea el objeto, tal será el método; pero reducido el derecho penal al estudio de un grupo de normas, el método que corresponde emplear es el racional deductivo, que por ser racional, debe ser lógico y, por consiguiente, abstracto, puesto que la lógica no trabaja sino con abstracciones.*[247]

Diante do quanto dissecado, percebe-se, a toda evidência, que o método utilizado no âmago da Ciência do Direito Penal apresenta traços racionais dedutivos que levam à conclusão de que a aplicação das normas jurídico-penais demanda uma atividade cognitiva lógico-abstrata.

Contudo, o estudo acerca da metodologia articulada pela Ciência do Direito Penal não se esgota na afirmação de que o método a ser utilizado apresenta as características elencadas acima, vai além! Confira-se.

Decorrência esperada desta transformação metodológica fora a nova forma de arquitetar o conceito de tipo penal, o qual deixava ser compreendido, tão-somente, como hipótese objetivo-descritiva para, então, ser estruturado com sinalizações axiológicas, denotando a idéia de desvalor da conduta criminosa.

Com efeito, o método a ser utilizado pela Ciência do Direito Penal passou, diante desta verdadeira mudança de paradigma, por uma transformação excêntrica, pela qual foram agregados aos seus caracteres traços axiológicos, os quais permitiram denominá-lo de método teleológico, sem, no entanto, retirar do mesmo suas características essenciais – abstração, logicidade e dedução -, próprias das disciplinas jurídicas.

Nessa mesma linha de intelecção, são os lúcidos dizeres de C.F. Balestra, *ad literam*:

> *EL MÉTODO TELEOLÓGICO, que responde a una reacción contra el excesivo formalismo del método jurídico tradicional, penetra en el contenido de la norma y averigua el fin para el que ella fue creada; investiga la formación teleológica de los conceptos; precisa el bien jurídico; desentraña el tipo legal; se vale del método sistemático. El método teleológico reúne y pone de*

[247] BALESTRA, Carlos Fontán. *Derecho penal. Introducción y Parte General*. Buenos Aires: Arayú, 1953, p.15.

> *manifiesto todos los actos que realiza la tarea dogmática, señalando un criterio ordenador y selectivo: el fin del derecho. Ni aun los más formalistas renuncian en la práctica, en su labor de intérpretes, a desentrañar el tipo, a precisar en bien jurídico o a valerse de la interpretación sistemática.* [248]

Portanto, é possível concluir que o método da Ciência do Direito Penal, a partir desta nova roupagem axiológica, não se esgota numa ilação lógica de subsunção da conjuntura fática ao conteúdo normativo jurídico-penal positivado; consoante o citado doutrinador, o moderno método penetra no conteúdo da norma e averigua para qual fim a mesma fora criada – caráter teleológico.

Kant contribui, decisivamente, para a sistematização dos objetos culturais. Neste sentido:

> *El método neokantiano de la Escuela sudoccidental se caracteriza, pues, por definir los conceptos jurídicos de forma fundamentalmente deductiva, a través de referencias valorativas, y por una ordenación sistemática del Derecho mediante categorías cuyos límites y contenido no vienen determinados sólo por criterios formales, sino por la referencia a valores.*[249]

Releva notar, ademais, que os bens jurídicos tradicionais são tratados desde o estado de natureza, desde os primórdios das civilizações, enquanto que os bens culturais demandam valoração (com todas as contribuições de Kant). Os bens da civilização, pois, são bens do ser, enquanto que os bens culturais são sempre ligados à noção de dever-ser. Estes bens da civilização, naturais, são explicados; os bens de cultura, mais novos e repletos de juízo de valor, são compreendidos. Sobre esta ligação entre cultura e bens do dever-ser, imperiosa é a transcrição de Miguel Reale:

> ora, a minha idéia de cultura, além de ter sentido existencial ou, mais amplamente, experiencial consoante acepção lata que dou a este adjetivo, não pode ser compreendida sem a relacionar com a teoria dos objetos, mas com uma alteração substancial, que é a já apontada distinção entre os objetos segundo o ser (objetos naturais – físicos e psíquicos – e objetos ideais) e objetos segundo o dever ser, que são propriamente os objetos valiosos.[250]

Com Kant, em resumo, aparece um novo método e uma nova forma de abordagem dos objetos culturais, imprescindíveis para o aparecimento do Direito Penal Econômico. Veja-se:

> *Los autores neokantianos dieron una fundamentación distinta a las ciencias culturales. Conservaron la distinción kantiana entre la materia y las formas*

[248] BALESTA, Carlos Fontán. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo I. Parte General. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1995, p.57-58.
[249] *Ibidem,* p. 333-334.
[250] REALE, Miguel. *Cinco Temas do Culturalismo.* São Paulo: Saraiva, 2000, p.17.

> *a priori, así como la tesis de que el conocimiento científico se obtiene de la aplicación de éstas a la materia. Pero, a diferencia de Kant, entendieron que la posibilidad del conocimiento científico no se reduce al ámbito de las ciencias naturales y que, por lo tanto, debía corregirse la distinción que aquél había establecido conocimiento científico y metafísica, entre ciencia y filosofía. La singularidad del conocimiento que proporcionan de las ciencias del espíritu radicaría en la especificidad de sus categorías a priori, y en la consiguiente diferencia entre el conocimiento acerca del contenido de la realidad que se obtiene a través ellas y el que se obtiene a partir de las formas a priori de las ciencias naturales. A pesar de la identidad del procedimiento epistemológico y de la eventual identidad de la materia cuyo contenido se conoce científicamente, las aplicación de formas a priori distintas daría lugar a un contenido diverso de esa materia eventualmente unitaria. Sólo en este sentido cabría hablar de una diversidad del método y del objeto de las ciencias naturales y las ciencias culturales.*[251]

Expostas as relações entre neokantismo, tipicidade e método para o direito penal, passa-se a cuidar da evolução histórica do tipo.

Pode-se, pois, identificar uma rica contribuição de Kant (registre-se que esta contribuição não foi direta, pois Kant não escreveu e nem defendeu a criação do direito penal econômico), para o desenvolvimento do direito penal econômico. Com efeito, os objetos culturais, por ele mencionados, ganham importância e verdadeira autonomia. Criam-se crimes para tutelar estes bens culturais, ainda que esta intervenção seja ilegítima. Neste passo, importantes as lições de Zaffaroni:

> deste modo, todo dado de realidade proporcionado pelas ciências empíricas [...] pode ser separado fazendo do saber penal uma ciência de cultura, que, a partir do seu método, cria seus próprios objetos. [...] é um cômodo expediente para que o sistema penal funcione retributivamente, apesar da ideologia do tratamento proclamar outra coisa.[252]

Relacionam-se, pois, as idéias de Kant com o aparecimento do direito penal econômico. O seu método, ao levar em consideração objetos culturais, permite, ao seu ver, verdadeiramente, a tutela de bens novos, tradicionalmente não relacionados com a punição penal. Estes bens ganham, indevidamente e sem a necessária legitimidade, autonomia, passando o direito a intervir em áreas diferentes das legítimas, quer pela tradição, quer pela especialidade dos seus bens jurídicos. Antes de Kant, pois, o entendimento dos objetos era meramente natural, os objetos não

---

[251] MONTRAVETA, Sergi Cardenal. *El tipo penal em Beling y los neokantianos.* Barcelona, PPU, 2002, p. 287-288. Disponível em: <http://repositorio.bce.unb.br/bitstream/10482/2671/1/2007_FabioCosta_MoraisdeSaeSilva.pdf>. Acesso em: 27 de set. 2010, p.298.

[252] ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. v.1. Parte Geral. São Paulo: RT, 2007, p.280.

eram devidamente valorados. Os objetos culturais, pois – dentre os quais estão as manifestações de direito penal econômico – não são explicados, precisam ser valorados para serem devidamente compreendidos. Como leciona Miguel Reale: "no pertinente às ciências culturais [...] a explicação teleológica se insere na estrutura da compreensão, a qual pressupõe um conteúdo valorativo e relações de meio a fim"[253]

Neste passo, para ratificar o que foi dito, convém invocar o magistério de Enrique Gimbernat Ordeig:

> a única diferença reside em que enquanto as ciências da natureza não consideram absolutamente o mundo dos valores – para conhecer a estrutura do átomo, por exemplo, não entram em jogo, em absoluto, considerações axiológicas -, as ciências do espírito recorrem, continuamente, em seu procedimento sistemático e conceitual, à esfera normativa.[254]

Assim, o positivismo científico permitiu o desenvolvimento de um direito penal neutro ao valor, próprio da civilização, dos bens jurídicos historicamente mais tradicionais. Este era o direito penal do ser. Com Kant, cria-se um novo método, forjado a partir da noção de cultura, em que se começa a tutelar bens mais novos, repletos de valores, bens, pois, culturais, que demandam compreensão por parte do intérprete. Nesta senda, convém transcrever Andrei Zenkner Schmidt:

> a importância do neokantismo ganha ênfase na superação do método científico positivista próprio da modernidade. Ao ressaltar que toda a realidade já vem impregnada de um valor preestabelecido (a cultura), tornou-se Possível perceber que o direito penal positivado não possui um sentido objetivo a ser, simplesmente, 'descoberto' pelo intérprete. Ao contrario, as normas jurídicas estão impregnadas de valores prévios (...). a cultura vincula não só o processo de criação das leis, senão o de sua aplicação [...] é o sujeito quem, por meio da cultura, reorganiza o caos significativo da sociedade.[255]

Expostas, detidamente, a importância da cultura e da criação do método kantiano para o aparecimento de bens jurídicos novos, passa-se à análise da evolução histórica da tipicidade, relacionada, sempre com o direito penal econômico.

2.3.2 Notas histórico-técnicas acerca da expressão tipicidade penal. O surgimento do tipo penal.

[253] REALE, Miguel. *Paradigmas da Cultura Contemporânea*. São Paulo: Saraiva, 2005, p.10.
[254] ORDEIG, Enrique Gimbernat. *Conceito e Método da Ciência no Direito Penal*. Tradução: José Carlos Gobbu Pagliuca. São Paulo: RT, 2002, p.39.
[255] SCHMIDT, Andrei Zenkner. *O método do direito penal sob uma perspectiva interdisciplinar.* Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, p.47.

Desenvolvimento e características

Em linhas introdutórias, antes de iniciar uma análise de natureza eminentemente técnica acerca do presente objeto temático, torna-se necessário, tendo em vista o encadeamento lógico argumentativo, sinalizar determinados registros históricos, referentes ao Direito Penal antigo, concernentes à tipicidade penal.

Sob este viés, importa esclarecer que o Direito Penal Medieval Japonês, a despeito de inexistir um rigor analítico sobre tipo e tipicidade, já manuseava tipificações, inclusive, transparecendo o interesse em simplificá-las para uma adequada subsunção do fato criminoso à norma. Neste sentido, apresenta-se o informativo histórico compilado por Eugenio Raúl Zaffaroni, *ad literam*:

> *En el medioevo japonés, en 1232, se sancionó 'La ley de las penas', que contiene 51 artículos, simplificando las tipificaciones, encabezando La tabulación con los delitos contra el Estado, y que se apartaba notoriamente de la tradición china. Los guerreros (samuray) eran castigados con confiscación y tenían derecho de venganza. Los outros eran marcados a fuego em la frente.*[256]

Em seqüência, a título ilustrativo, tendo em vista a magnitude jurídica que cerca o Direito Romano antigo, vale registrar que, também nesta etapa da História, a tipicidade penal, malgrado a inexistência de um estudo de cunho científico, podia ser vislumbrada a partir da legislação romana imperial, a qual já apartava o tipo e a pena, é dizer, distinguia-se o preceito primário do secundário.

Com o intuito de corroborar o quanto asseverado nas linhas pretéritas, confiram-se, novamente, os pertinentes dizeres de Zaffaroni, *in verbis*:

> *Sobrevenido el imperio, se afirma la publicidad del derecho penal romano con el procedimiento extraordinario, que era constituido por tribunales que actuaban por delegación del Emperador, el que lo hacía personalmente en casos importantes y cuyo poder jurisdiccional estaba por sobre la ley. Fue así que la legislación criminal se interrumpió y la jurisprudencia se limitó a los crimina publica hasta entonces existentes, pero con la posibilidad de apartarse del tipo y de la pena.*[257]

Ao dar início, efetivamente, à análise técnica proposta, cumpre salientar que, em

[256] ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de Derecho Penal. Parte General. Tomo I*. Buenos Aires: Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera, 1998, p.324.
[257] ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de Derecho Penal. Parte General. Tomo I*. Buenos Aires: Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera, 1998, p.337.

momento anterior ao ano de 1906, o conceito (pré-técnico) de tipo penal carecia de uma elaboração sistemática e coerente. Com efeito, o tipo penal apresentava, às vezes, um conceito totalista, em outras oportunidades, um conceito parcial (ainda que nunca totalmente objetivo) e, ainda, era utilizado para classificar os delitos. Conclui-se, portanto, que não é possível cogitar, a rigor, uma "Teoria do Tipo Penal" antes do citado marco temporal.[258]

Acerca da evolução do conceito de tipo penal, Luis Jiménez de Asúa registra que o termo *Tatbestand* é a versão, na língua alemã, da expressão latina *corpus delicti*, significando o conteúdo real do delito ("hecho del delito"). *Tatbestand*, segundo Asúa,, é a soma de todos os elementos essenciais ou caracteres do delito, importa dizer, representa a figura concreta de uma espécie de delito em todos seus elementos materiais.[259]

A expressão tipicidade, atualmente, incorporada na doutrina, significou, no decorrer dos anos, definições que se modificavam de forma gradual. Primeiramente, expressava o entendimento que Ernest Beling, no ano de 1906, conferiu à palavra *Tatbestand* contida no § 59 do Código penal alemão, como sendo a figura material do aspecto fático, sob o aspecto puramente descritivo.[260] Neste tocante, é recomendável transcrever, *ipsis litteris*, a lição de Cezar Bittencourt:

> Beling, porém, concebeu a tipicidade com função meramente descritiva, completamente separada da antijuridicidade e da culpabilidade. A função do tipo é definir delitos. Constada a adequação do fato à norma penal incriminadora, passa-se a um segundo momento para a análise valorativa da característica da antijuridicidade. Posteriormente, se analisa a reprovabilidade da conduta, que constitui a culpabilidade.[261]

Sem embargo, consoante a abordagem doutrinária de Beling[262], o conteúdo do tipo deve traduzir, com uma maior precisão, a noção de garantia do indivíduo, fundando-se, em termos dogmáticos, na relação do preceito legal com o fato concreto. Portanto, não é só o tipo que surge;

---

[258] *Idem. Tratado de Derecho Penal. Parte General. Tomo III*. Buenos Aires: Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera, 1999, p.197.

[259] ASÚA, Luis Jiménez de. *Tratado de derecho penal*. *Tomo III.* Buenos Aires: Editorial Losada, S. A., 1963, p.751-752.

[260] PIMENTEL, Manoel Pedro. *Direito Penal Econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974, p.36.

[261] BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado. Parte Geral*. São Paulo: Saraiva, 2008, p.318.

[262] Segundo as lições expendidas por Santiago Mir Puig, "Beling, creador del moderno concepto de tipo, lo concibió con total independencia de la antijuridicidad (definía el delito como acción típica, antijurídica, culpable…). La presencia de tipicidad no supone para este autor ningún juicio de desvalor jurídico sobre el hecho, sino sólo la constatación lógica de que el mismo es subsumible en una figura de delito. De ello se sigue que la tipicidad no implica la antijuridicidad de la acción: el hecho típico (por ejemplo: matar) puede no ser antijurídico, lo que sucederá cuando concurran causas de justificación (p. ej.: matar en legítima defensa). La relación de tipicidad y antijuridicidad es, pues, puramente lógica – no valorativa -, según el esquema de regla (tipicidad) / excepción (ausencia de antijuricidad)". (MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal*. Parte general. Buenos Aires: Júlio César Faira, 2005, p.161).

surge, também, a tipicidade; concluindo: o tipo limita-se aos caracteres objetivos do crime.[263]

Vale dizer, o tipo apresentava um caráter predominantemente descritivo, pelo qual se individualizam, abstratamente, condutas delitivas, sendo a tipicidade penal o resultado da adequação positiva entre o substrato fático e o quanto descrito no tipo. Sob esta perspectiva, torna-se imperioso destacar o equacionado por Zaffaroni acerca da matéria, *in litteris*:

> *A los dispositivos que la ley utiliza para individualizar conductas penadas los llamamos tipos. Estos tipos - que se hallan en el parte especial y en las leyes penales especiales – tienen carácter predominantemente descriptivo. [...] El segundo paso será, pues, averiguar si la conducta que investigamos está o no individualizada por alguno de estos tipos penales. En caso de estarlo, se llamará tipicidad a la característica que por esta circunstancia reviste la conducta y se llamará típica a la conducta. Cuando la conducta no sea típica, diremos que hay atipicidad de la conducta, o sea, que se trata de una acción atípica. [...] Sintetizando: el tipo es una figura que resulta de la imaginación del legislador; el juicio de tipicidad la averiguación que sobre una conducta se efectúa para saber si presenta los caracteres imaginados por el legislador: la tipicidad el resultado afirmativo de ese juicio.*[264]

Ao retornar à temática suscitada anteriormente, insta assinalar que a teoria formulada por Beling não foi aceita, de forma pacífica, na doutrina alemã, a qual diminuiu a sua importância ao concluir que tal teoria não passava de uma complicação desnecessária, sendo Binding seu maior crítico. Binding, por seu turno, sustentava que o conceito de tipo penal, diferentemente da construção dogmática operada por Beling, apresentava traços volitivos e determinadas características que estreitavam a relação entre aquele (o tipo penal) e a antijuridicidade. Pensava-se, pois, que a tipicidade era uma manifestação da ilicitude, que a tipicidade, portanto, não tinha necessidade de ganhar autonomia. Neste passo, convém invocar Quintano Ripollés: "*de onde resulta que la tipicidad, em tanto que definición del delito, contituye solo uma hipótesis, manifestación de la antijuridicidad em tanto que no se destruya por la presencia de causas justificativas [...] La tipicidad es, por lo tanto, manifestación de la antijuridicidad".*[265]

Questionava-se, pois, bastante, a importância da tipicidade enquanto elemento constitutivo do delito. Criada em 1906, a tipicidade ainda era insistentemente tratada por alguns como uma qualidade da ilicitude. Contra isso se ergueu, de forma enérgica e contundente, a pena de Soler:

---

[263] LUNA, Everardo da Cunha. *Capítulos de direito penal: parte geral: com observações à nova Parte geral do Código penal*. São Paulo: Saraiva, 1985, p.75.
[264] ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de Derecho Penal. Parte General. Tomo III*. Buenos Aires: Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera, 1999, p. 29 e 172.
[265] QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio. *Compendio de Derecho Penal. Tomo I. Adaptado al programa de Oposiciones de la Escuela Judicial.* Madrid: Editora Revista de Derecho Privado, 1958, p.185.

> *Pero el erros de esa sistemática que más nois interesa subrayar consiste em incluir la teoria del tipo y sus clasificaciones em el capitulo de la antijuridicidad, com lo cual parece desconocer que la adecuación típica de um hecho a su figura no es solo uma necessidad em cuanto a lo objetivo, sino yambién a los demás elementos y, entre éstos, al elemento subjetivo. Por eso, al definir el delito, no hemos dicho que se requieira que lo com tanto equívoco suelle llamarse tipicidad, sino que hemos empleado la forma adverbial de esse término para expresar las características que debe reunir la adecuación dentro de cada tipo. La acción debe ser típicamente antijurídica, culpable e adecuada a la figura, y no típica, antijurídica, etc. De este modo pretendemos poner de manifesto que la teoria del tipo no puede ser absorbida por la de la antijuridicidad, ya que típicas debem serlo, y em el sentido de la figura concreta, tanto la ilicitud, como la culpabilidad, como la acción.*[266]

Outras tantas críticas foram opostas a Beling pela doutrina. Veja-se o opinativo de Fontán Balestra, quando se referia ao conceito de tipicidade para Beling:

> *Esta tesis, no obstante el beneficio de su simplicidad, y la utilidad aportada a otros problemas, como el da tentativa, no resuelve de todo la cuestión. Se han formulado las siguinentes objeciones:*
>
> *a) La necessidad de adecuación al tipo es exigencia que alcanza a todos os elementos del delito, pero ello no permite identificar el estúdio de la antijuridicidad o la culpabilidad com el de la adecuación;*
> *b) Antes de entrar a analizar si uma cnduta es típica, es indispensable la conexión causal com el resultado, pues comprobado que se trata de uma acción que responde al verbo contenido em el tipo y que el resultado previsto se há producido, no hemos aun demostrado que al autor de la acción será el causante del resultado típico. [...]*
> *c) El significado común o vulgar del verbo contenido em la figura, no es preciso ni indicutible.*[267]

Com o intuito de corroborar o quanto asseverado nas linhas anteriores, seguindo a mesma linha intelectiva até então exposta, apresentam-se pertinentes os ensinamentos de Zaffaroni, *in litteris*:

> *El concepto de tipo objetivo de delito de Binding prescinde de los elementos que integran la culpabilidad, pero sólo puede configurarse, para este autor, como un 'querer de la realización', y en modo alguno de un punto de vista totalmente exterior, como pretendía Beling. En cuanto a su relación con la antijuridicidad, también debe ser portador de la desaprobación jurídica.*[268]

Ainda sob esta perspectiva, insta assinalar que, malgrado Binding tenha sido o

---

[266] SOLER, Sebastian. *Derecho penal argentino*. Tomo I. Buenos Aires: Editora Argentina, 1951, p.346.
[267] BALESTRA, Carlos Fontán. *Manual de Derecho Penal. Parte General.* Buenos Aires: Editorial Depalma, 1949, p.212.
[268] ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Tratado de Derecho Penal. Parte General. Tomo III*. Buenos Aires: Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera, 1999, p.202.

precursor do conceito misto ou complexo do tipo penal, não é possível afirmar que seu posicionamento apresente estreita ligação com as posteriores concepções complexas do tipo[269], as quais são encabeçadas por Hellmuth von Weber, Alexander Graf zu Dohna e Welzel.[270]

Neste trabalho, é imprescindível apontar a importância do neokantismo para a construção do conceito de tipicidade, já que o tipo, qual proposto por Binding, sofreu alterações por meio da concepção neoclássica ou neokantista (reitere-se que, nesta tese, aprecia-se o surgimento do Direito Penal Econômico a partir do conceito de cultura, conceito este também nitidamente influenciado por Kant). Com efeito, coube àqueles influenciados pelo neokantismo (M.E. Mayer; Fischer e Frank)[271] desenvolver concepção mais próxima do que atualmente se chama de conceito material de crime, reformulando e emendando todo o conceito da tipicidade.

Assim, releva notar que o elemento mais criticado da teoria do delito em relação aos crimes econômicos – a tipicidade – também é nitidamente influenciada e permeada pela concepção de cultura, sendo ambos os conceitos – cultura e tipicidade – decisivamente construídos a partir de Kant.

Em resumo, sobre Kant, poder-se-ia dizer que:[272]

> *Por tanto, lo verdaderamente importante de estos neokantianos fue el sistema valorativo que dessarolaran, la parcial disolución del concepto de acción, la nueva compreensión del tipo, el reconocimiento de algunas excepcionaes a la categórica separación entre el injusto objetivo y la culpabilidad subjetiva, la reestrutucturación de la antijuridicidad, que pasa a ser entendida como quebrantamiento formal de uma norma jurídica a uma material asignación del injusto, asentada sobre la valoratión del hecho como dañosidad social, y de la culpabilidad, como concepto normativo.*

Em seqüência, cumpre assinalar que Beling, avançando no conceito proposto por Binding, entretanto, aceitou as críticas emitidas pela doutrina alemã, e, posteriormente, reformulou sua teoria, incluindo a figura reitora (*Leitbild*), e estabelecendo sua distinção em relação ao tipo de

---

[269] No que diz respeito à concepção mista ou complexa do tipo penal, observem-se os lúcidos dizeres de Zaffaroni, *in verbis*: "*En líneas generales, y salvando las diferencias que puede haber entre los diferentes autores, la concepción mixta del tipo sostiene que el tipo presenta un aspecto objetivo, que está compuesto por todo aquello que halla em el mundo exterior, sin que por ello deba entenderse al tipo objetivo como algo material, sino objetivado, que no es lo mismo. […] Al par de este aspecto objetivo del tipo se halla su aspecto subjetivo, cuyo kernel es incuestionablemente el dolo. El dolo requiere el conocimiento de todos los elementos que componen el tipo objetivo (aspecto cognoscitivo) y conforme a ese conocimiento la voluntad de realización (aspecto conativo)".* (ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Tratado de Derecho Penal. Parte General. Tomo III*. Buenos Aires: Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera, 1999, p.205).

[270] ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Op.cit.*, p.203-204.

[271] CUEVA, Lorenzo Maria. *Derecho Penal. Parte General.* Madrid: Editorial Dykinson, 2008, p.30.

[272] *Ibidem,* p.31.

delito (*Deliktstypus*).[273]

Segundo equaciona Luis Jiménez de Asúa[274], o termo *Deliktstypus* (tipo de delito) refere-se à figura do delito, não se confundindo, contudo, com sua realização prática, vale dizer, com a efetiva ação, por exemplo, de matar alguém. Já a figura reitora (*Leitbild*), constitui, em verdade, uma nova nomenclatura atribuída à expressão *Tatbestand*, a fim de evitar confusões conceituais, uma vez que tal vocábulo, a despeito de permanecer representando uma figura objetiva e descritiva, passa a envolver determinados conteúdos de antijuridicidade e culpabilidade. Neste sentido, seria ininteligível não recordar as lúcidas construções dogmáticas do citado doutrinador, *ad literam*:

> *En primer término, sólo el Leitbild ("figura rectora") hace posible que podamos reunir un Typus de lo injusto y Typus de culpabilidad en el sentido de constituir 'este' determinado Deliktstypus. Con un Typus de lo injusto 'muerte de un hombre' y con el Typus de culpabilidad 'dolo de prevaricación', no llegaríamos nunca a un Deliktstypus de 'asesinato' o de 'prevaricación'. Siempre es necesario que el lado objetivo e el subjetivo coincidan en un punto, de tal suerte que tanto aquél como éste (dolo, culpa), estén dominados por un Leitbild idéntico.*[275]

Vale dizer, a figura reitora (*Leitbild*) representava uma das características do tipo de delito, o qual, apenas, se aperfeiçoava quando o tipo de antijuridicidade e o tipo de culpabilidade apresentavam compatibilidade a ensejar, em tese, a realização da ação delitiva (*v.g*., o ato de furtar), a qual era concebida, por Beling, como a principal característica do *Deliktstypus*.

Em seqüência, ainda que em apertada síntese, torna-se necessário registrar, conforme ressalta Jiménez de Asúa[276], que a então Teoria do Tipo Penal era incompatível com as novas concepções extremadas oriundas do nacionalismo-social alemão do período entre-guerras; iniciava-se, assim, a Fase Destrutiva no curso da evolução do conceito de tipo penal. Necessário dizer, a doutrina do tipo legal, até então construída, não se adequava a um momento histórico em que pouco importava se a ação era tecnicamente típica, sendo obrigatório, no entanto, verificar se era ela contrária aos interesses coletivos e, por conseguinte, alheia aos objetivos do Estado. Perceba-se, pois, que, cada vez mais, o tipo penal, que, com Binding, surgiu acromático, neutro ao valor, começa a ter incorporados à sua estrutura elementos valorativo-normativos, próprios do conceito de

[273] BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado. Parte Geral*. São Paulo: Saraiva, 2008, p.318.
[274] ASÚA, Luis Jiménez de. *Tratado de derecho penal*. *Tomo III.* Buenos Aires: Editorial Losada, S. A., 1963, p.766.

[275] *Ibidem,* p.762.

[276] *Ibidem,* p.767.

cultura, elementos estes imprescindíveis para a ilegítima intervenção penal na economia.

Pode-se invocar a síntese bem definida por Maurach para esclarecer toda a discussão:

> *Una propia teoría del tipo se fundó, por primera vez, por Beling. Antes resultaba suficiente, por lo regular, en la Parte General, el concepto de "acción antijurídica amenazada con pena". El término tipo se empleó en un sentido distinto del actual. Se designó frecuentemente como "tipo de delito" al conjunto de características exigidas para aplicar de modo concreto las consecuencias penales. Al tipo pertenecían, junto a la accíon conminada con pena, tanto la ausencia de causas de justificación, como la culpabilidad. Cuando más tarde se distingue entre tipo objetivo y subjetivo, el primero está formado por la antijuricidad conminada con pena, y el segundo por la culpabilidad (dolo o culpa, imputabilidad y ausencia de causas de exclusión de la culpabilidad). Por el contrario, el tipo, según Beling, está integrado no por el delito como totalidad, sino tan sólo por una parte del mismo, a saber por la "tipificación conforme a una imagen rectora" de determinados procesos de injusto, llevada a cabo por el legislador. Esta tipificación está libre de momentos de antijuridicidad, describe solamente el proceso objetivo, y permanece, por lo tanto, libre hasta tal punto también "de momentos subjetivos, que un tipo psíquico sería una contradictio in adjecto". Todo lo subjetivo pertenece, para Beling, a la culpabilidad: sería un extravío metodológico el que se quisiera introducir "lo interno" proveniente del alma del autor, en el tipo. Realmente, en este caso, el tipo sería "profanado" y convertido en una "imagen por completo atormentada". La teoría del tipo puramente objetiva tan sólo se mantendrá hoy de modo aislado. Especialmente se sostiene por Rittler.*
>
> *De este modo, aun cuando la evolución se detuviera a mitad de camino, se había llegado al máximo que podía alcanzar, partiendo de la base del concepto tradicional de tipo. La revisión fundamental, implícita a la inclusión del dolo en el tipo, se produjo por el posterior desarrollo de la teoría final de la acción. Una vez que esta teoría hubo recuperado la posición central frente al desmedrado concepto de acción propio del tipo de Beling, fue natural que también el tipo – una acción típica enlazada, formando una unidad, con el resultado – mostrara las mismas características constitutivas de la acción dirigido al resultado típico, se manifiesta como parte subjetiva del tipo, como dolo.*[277]

Com o intuito de corroborar o quanto afirmado acima, importante são os registros de Luis Jiménez de Asúa, o qual se destaca ao tratar da matéria objeto de estudo:

[277]MAURACH, Reinhart. *Tratado de Derecho Penal.* Barcelona: Ediciones Ariel, 1962, p.271-272.

> *El Derecho es el orden concreto; el delito, desorden. El hecho de matar a un hombre sólo será castigado como asesinato si la comunidad ha sufrido o está en riesgo de sufrir un perjuicio por ese acto; todos los demás criterios, que supongan la noción de 'valor', deben ser rechazados. Los adeptos de esta doctrina deben inspirarse no en las nociones jurídicas provenientes de una realidad empírica, sino de un 'orden moral' que surge del pruebo y de la raza. El papel de juez es, por ende, interpretar este orden moral, la misión de la pena consiste en sancionar esas violaciones. El Derecho penal nacionalsocialista 'sólo considera la voluntad criminal y no tiene en cuenta el resultado'. Pero esto no es todo: para juzgar es preciso poner en la balanza al individuo culpable y a la colectividad ultrajada. […] El intérprete debe librarse de la presión de los conceptos puramente formales e inspirarse en las ideas que acaban de ser expuestas.*[278]

Entrementes, antes de ser operada a mencionada reformulação da teoria de Beling, Max Ernest Mayer apresentou uma opinião própria, com um novo conceito de tipicidade, ao demonstrar a necessidade de ser levada em conta a existência de elementos normativos (que encerram juízo de valor, modificados pela interpretação e suas variáveis de tempo e de espaço) que, ao lado de elementos subjetivos próprios, indicavam que, pelo menos, de maneira formal, a tipicidade se convertia em *ratio cognoscendi* da antijuridicidade. Observe-se que, sem elementos normativos, é impensável falar na existência de qualquer crime contra a ordem econômica.

A tipicidade passava a se aproximar, verdadeiramente, da ilicitude, ao mesmo tempo em que ganhava carga material-valorativa. O tipo penal, mesmo analisado objetivamente, pois, deixava de ser acromático, sem valor, para ganhar, cada vez mais, carga material, significando o desvalor da conduta. Abandonava-se, *pari passu*, uma concepção pretensamente pura da tipicidade, para possibilitar que o tipo se adequasse às realidades da vida. Veja-se, pois, o conceito de tipicidade para Mayer, *in verbis*:

> *el que hace eso o aquello será castigado de esa o aquella manera. Tal es La forma básica de los preceptos penales. Ellos contienen, por consiguiente, la determinación de los presupuestos bajo los cuales uma acción es punible y, em segundo término, la determinación de la clase y magnitude de la pena.*[279]

Sob este viés, percebe-se, a claras luzes, que a tipicidade, enquanto característica atribuída à conduta mediante uma ilação lógica, passa a apresentar conteúdo axiológico, sinalizando, por conseguinte, um indício de que a conduta típica supõe determinada antijuridicidade. Acerca do quanto relatado, confiram-se os lúcidos ensinamentos de Cezar Bitencourt, o qual assim dispõe o

[278] ASÚA, Luis Jiménez de. *Tratado de derecho penal*. *Tomo III.* Buenos Aires: Editorial Losada, S. A., 1963, p.768.
[279] MAYER, Max Ernst. *Derecho Penal. Parte General.* Buenos Aires/Montevidéu: B d F, 2007, p.3.

que se segue:

> Para Mayer, a tipicidade não tem simplesmente função descritiva, mas constitui indício da antijuridicidade. Mayer mantém a independência entre tipicidade e antijuridicidade, mas admite que o fato de uma conduta ser típica já representa um indício de sua antijuridicidade. [...] Seguindo a colocação de Mayer, quem realiza o tipo já antecipa que, provavelmente, também infringiu o Direito, embora este indício não se insira na proibição.[280]

Em 1931, Mezger introduz, com base no neokantismo[281], a idéia do tipo do injusto ou do injusto típico, significando que a tipicidade implicaria a antijuricidade, salvo quando se constatasse as causas de justificação, convertendo-se, dessa maneira, em *ratio essendi* da injuridicidade. Para corroborar tal posicionamento, veja-se o entendimento, mais uma vez, de Bittencourt acerca do asseverado linhas atrás:

> Para Mezger, a tipicidade é muito mais que indício, muito mais que *ratio cognoscendi da antijuridicidade, constituindo, na realidade, a base desta, isto é, a sua ratio essendi*. Assim, tipicidade e antijuridicidade unem-se de tal forma que a primeira é razão de ser da segunda.[282]

Para além disso, o causalismo, vetor de explicação do nexo entre fato e resultado, passava a ceder espaço para a conduta finalisticamente orientada. Dentre outros motivos, o causalismo restou superado por não conseguir explicar adequadamente a figura do dolo específico; pela insatisfatória diferença entre dolo e culpa que proporcionava; pela impossibilidade de separar, adequadamente, erro de tipo de erro de proibição; e pela problemática trazida pela criação de um conceito de tipicidade rigorosamente formal-objetivo, contrastante com os modernos posicionamentos na seara penal.[283]

Percebe-se, desta maneira, que o caráter finalístico, em virtude de todas as considerações apontadas anteriormente, passa a orientar, não só, o estudo da conduta criminosa, sendo, por razões lógicas, também introduzido na seara analítica do tipo penal.

Sem embargo, em tempos modernos, as posições acerca do sentido e conteúdo dos tipos penais giram em torno da corrente de pensamento finalista e da teoria dos elementos negativos do tipo, que podem, inclusive, passar a ceder espaço aos pensamentos funcionalistas. Acerca do finalismo, importa registrar que tal orientação, a despeito de aproximar o conceito de tipo ao modelo proposto por Beling, concebe o tipo penal como portador de elementos subjetivos, sendo

---

[280] BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado. Parte Geral*. São Paulo: Saraiva, 2008, p.319.
[281] *Cf.* MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal*. *Parte general.* Buenos Aires: Júlio César Faira, 2005, p.161.
[282] BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado. Parte Geral*. São Paulo: Saraiva, 2008, p.320.
[283] PIMENTEL, Manoel Pedro. *Direito Penal Econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974, p.36.

dotado, outrossim, de um significado valorativo, todavia, independente de uma correspondência simétrica a um juízo de antijuridicidade.[284]

Neste sentido, tendo em vista o referido significado axiológico compreendido pelo tipo penal, apresenta-se o quanto prelecionado por Santiago Mir Puig, que segue transcrito *ipsis litteris*:

> *Tal significado es, para Welzel, el servir de selección de los hechos relevantes para el Derecho penal, relevancia que procederá, según su opinión, de infringir las normas prohibitivas de la lesión de los bienes jurídicos (no matarás, no hurtarás, etc.): aunque concurra una causa de justificación y no sea «antijurídico», el hecho típico seguirá siendo relevante jurídico-penalmente porque es «antinormativo». El tipo se concibe, así, como «materia de prohibición», como la materia prohibida. Las causas de justificación no excluyen la prohibición de la norma, sino que permiten su infracción.*[285]

Neste passo, tipicidade e ilicitude se aproximam significativamente, praticamente se fundem, como sói ocorrer entre os adeptos e defensores da teoria dos elementos negativos do tipo, pela qual se sustenta, segundo Mir Puig, que *"[...] si el tipo es un juicio de valor no ha de serlo solo provisoriamente, sino definitivamente. La única forma de conseguirlo es admitir que la tipicidad implica siempre la antijuridicidad y, viceversa, la presencia de causas de justificación excluye la tipicidad*".[286]

Pode-se notar que, historicamente, o tipo surgiu pretensamente neutro e, cada vez mais, foi ganhando carga de valor. O grande problema, trazido pelo desenvolvimento de novos bens jurídico-penais, criados por necessidades culturais, é quando passa a haver um excesso de elementos a gerar incertezas sobre o alcance das normas, já que isso, decisivamente, pode macular a taxatividade, corolário lógico e real necessidade da legalidade. A existência de alguns elementos normativos, sem que se viole o núcleo do tipo, pode ser concedida até como uma atitude válida. O problema passa a ser quando estes elementos normativos tomam a estrutura do tipo na sua inteireza. Com efeito, de nada adianta existir legalidade sem que os tipos sejam cerrados, taxativos, vale dizer, marcos a sinalizar, de forma segura, o conteúdo da proibição.

Desta sorte, o certo é que, no presente trabalho, não se pretende tratar a evolução histórico-técnica do Direito Penal, apenas, a título ilustrativo, e sim demonstrar o quanto é imprescindível, ao estudioso do Direito, conhecer bem o passado para, desta forma, compreender o presente e desvendar o futuro camuflado pelas limitações humanas. Nesta mesma linha de intelecto,

---

[284] MIR PUIG, Santiago. *Op.cit.,* 2005, p.162.
[285] MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal. Parte general.* Buenos Aires: Júlio César Faira, 2005, p.162-163.
[286] *Ibidem,* p.163.

observe-se a lição expendida por José de Faria Costa, *ad literam*:

> Como se percebe de imediato, mais do que mostrar uma rígida periodização o que se quer aqui salientar é a indesmentível historicidade do direito penal. Mostrar como o direito penal é sensível às mutações valorativas que as sociedades vão cristalizando e, sobretudo, tornar claro um problema real da discursividade jurídico penal? Em que medida, com que extensão e na base de que sentido é que podemos continuar a firmar a proposição político-criminal de que o direito penal deve ser a *ultima ratio* do arsenal regulador que o Estado Democrático dispõe.[287]

Expostos estes pontos, passa-se a cuidar das características da tipicidade em relação ao Direito Penal Econômico, sob o viés da legalidade estrita (no que diz respeito à taxatividade) e sob a ótica da ofensividade.

2.3.3 Tipos penais abertos. Emprego de elementos normativos e de normas penais em branco. Violação à legalidade estrita?

> O tipo é, em si mesmo, uma expressão de um juízo de desvalor e, somente assim, é possível entendê-lo. os tipos abertos não estão pois, em condição para separar o campo das ações relevantes das irrelevantes. sistematicamente, são eles carentes de fundamento para a construção do delito.
>
> Com isso em mente, por obrigatório, deveria o legislador lançar-se em outras buscas, no sentido de pretender fundamentar a idealização de tipos penais concernentes à proteção difusa. Não raras vezes, são presentes também os tipos abertos, mas prefere, ele, com muito maior freqüência apoiar-se em uma idealização quanto aos tipos de perigo. num ou noutro caso, seria de se esperar mais cuidada e coerente edificação da proteção penal.[288]

A tipicidade tem, como principal função, a de garantia para o cidadão. A tipicidade é a materialização da legalidade. Para os bens jurídicos tradicionalmente tratados pelo direito penal, marcados pelo conceito de civilização, os elementos descritivos, meramente objetivos, cumprem, ordinariamente, a missão de definir, com precisão, os contornos do fato típico. O bem mais caro à civilização é a vida humana. A descrição do fato típico de homicídio – matar alguém – é suficientemente clara, de modo a permitir às pessoas que tomem conhecimento exato daquilo que

[287] COSTA, José de Faria. *Direito Penal Económico.* Coimbra: Quarteto, 2003, p.25.
[288] SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supra-individual:* interesses difusos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p.88.

foi proibido pelo legislador. Em casos tais, os elementos normativos e subjetivos especiais são verdadeiramente usados como complemento, como adereço à rígida estrutura do tipo penal incriminador.

Ocorre, porém, que o desenvolvimento da cultura faz surgir novas necessidades, novos bens, e, seguramente, se for para o direito penal intervir (entendimento não aceito neste trabalho, quando se refere à intervenção penal na economia), surge uma nova dimensão de tipicidade, repleta de elementos de conceitos jurídicos indeterminados. Desta mesma forma, como os elementos culturais são mais sofisticados e requintados, surge a necessidade de recorrer a ramos específicos do conhecimento. De fato, quando se fala em coisa móvel, objeto da civilização materialmente protegido pelo crime de furto, conceito amplamente difundido e percebido até que intuitivamente (bem de civilização), é desnecessário qualquer esclarecimento técnico mais aprofundado, daí porque o tipo penal não precisaria se socorrer de uma norma conceitual)[289]. O conhecimento, nestes casos, do objeto, á apriorístico. Quando, porém, o Estrado passou a tutelar bens imateriais, como modelo de produção, relações de consumo, bom funcionamento do sistema financeiro, a liberdade de concorrência, aí surge a necessidade de, em cada um destes casos, recorrer-se a experts e peritos nestes assuntos. Efetivamente, o legislador ordinário, enquanto integrante da civilização, bem domina os conceitos básicos. Quando, no entanto, precisa intervir na economia, precisará do auxílio de economistas; no meio ambiente, de ambientalistas; na ordem tributária, de contadores e técnicos de contabilidade.

Esse é o risco que corre o legislador no âmbito do Direito penal econômico, uma vez que ao delinear as figuras típicas pode se perder em definições de ordem lógico-formais e preterir os reclames da realidade sócio-econômica. Ao lado disso, ocorre uma insistência na produção de diplomas normativos imprecisos, repletos de termos vagos e ambíguos, tornando difícil a delimitação do alcance dos tipos penais econômicos[290].

A tipicidade dever servir de instrumental para a legalidade, para a intervenção devidamente legalizada. O princípio da legalidade é a garantia mínima de um cidadão para evitar abusos por parte do Estado. O princípio da intervenção legalizada consubstancia uma garantia, qual seja, a de não permitir que o sujeito tenha sua liberdade violada, salvo existência de preceito legal que permita tal intervenção. A legalidade é, indiscutivelmente, uma garantia em favor do réu e não contra ele. O cidadão não pode ficar sujeito à vontade arbitrária do Estado, tal princípio é uma forma de prevenir o indivíduo da tirania, das arbitrariedades, uma vez que o informa das proibições.

[289] Muito embora, no Brasil, tenha o legislador acabado se socorrendo, para definir que energia elétrica, ou qualquer outra que tenha valor, é considerada coisa móvel para o crime de furto.
[290] PIMENTEL, Manoel Pedro. *Direito Penal Econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974, p.38.

Manoel Pedro Pimentel defende, de forma perspicaz, nesse mesmo sentido:

> Aparentemente, é esta uma condenável e injustificável faculdade que se concede ao criminoso, capaz de aconselhar a abolição do princípio da reserva legal. A experiência, entretanto, mostra que este mal é infinitamente inferior àquele que sobreviria no caso da abolição desse princípio, **porque desapareceria uma das fundamentais garantias do indivíduo frente ao Estado**[291]. (grifos nossos).

O princípio da legalidade necessita, obrigatoriamente, ser complementado por duas outras garantias, quais sejam: o princípio da taxatividade e o da anterioridade. Pode-se falar que a legalidade é uma moeda, amálgama de duas faces: anterioridade e taxatividade. Legalidade sem qualquer um destes dois desdobramentos é uma garantia vazia, inócua.

Pelo princípio da taxatividade, a lei penal deve ser certa, cerrada e taxativa. Pelo princípio da anterioridade, previsto no art. 1º do Código Penal, o sujeito não pode ser punido por um fato, se em relação a esse fato, não existia lei anterior que o definia com tal e lhe cominava uma pena.

Importante salientar a necessidade de as leis penais serem taxativas. A taxatividade – ou legalidade estrita – é uma qualidade, um desdobramento lógico, um corolário da garantia da legalidade. Sem a taxatividade, a legalidade se tornaria uma garantia vazia de significado e de conteúdo. A relação existente entre ambos, neste sentido, também é tratada por Ferrajoli:

> Enquanto o axioma de *mera legalidade* se limita a exigir a lei como condição necessária da pena e do delito (*nulla poena, nullum crimen sine lege*), o princípio da *legalidade estrita* exige todas as demais garantias como condições necessárias da legalidade penal (*nulla lex poenalis sine necessitate, sine injuria, sine actione, sine culpa, sine judicio, sine accusatione, sine probatione, sine defensione*). Graças ao primeiro princípio, a lei é condicionante; graças ao segundo, é condicionada.[292]

Veja-se, pois, que a taxatividade é uma garantia que deriva, necessariamente, da legalidade, exigindo-se, então, que uma norma incriminadora seja composta por critérios certos e determinados, em detrimento do uso de conceitos ambíguos e plurissignificativos, vinculando-se, pois, à atividade interpretativa. A legalidade, enquanto mero enunciado do crime, é o aspecto formal do princípio da legalidade, que só ganha sua dimensão material se estiver redigida de forma cerrada. Para além disso, em outro ponto, será abordada a questão da legitimidade da intervenção, haja vista que nem tudo que é legal é legítimo.

---

[291] *Ibidem,* p.41.
[292] FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão.* Teoria do Garantismo Penal. Tradução: Luiz Flávio Gomes et al. São Paulo: RT, 2002, p.76.

Imagine-se, por absurdo, que ao intérprete fosse dado entender o Direito Penal como bem quisesse: a garantia da legalidade se tornaria letra morta, sem qualquer resquício de aplicabilidade, motivo pelo qual se deve atrelar à norma penal os princípios e as garantias constitucionalmente consagrados. Sobre isso, Ana Cláudia Bastos de Pinho:

> Numa (re) construção garantista da legalidade em toda a sua dimensão, não basta somente afirmar ser necessária a lei para definir crimes e cominar penas (aspecto formal). É preciso, mais, que essa lei espelhe as garantias do direito penal mínimo, com todos os seus predicados. Quer dizer, a lei incriminadora deve atentar para os princípios constitucionais [...] a fim de não se tornar um instrumento ilegítimo de controle social.[293]

Discorrer sobre legalidade e não citar Juarez Cirino Dos Santos é imperdoável. Veja-se:

> O princípio da legalidade é o mais importante instrumento constitucional de proteção individual no moderno Estado Democrático de Direito, porque proíbe (a) a retroatividade como criminalização ou agravação da pena de fato anterior, (b) o costume como fundamento ou agravação de crimes e penas, (c) a analogia como método de criminalização ou de punição de condutas e (d) a indeterminação dos tipos legais e das sanções penais (art. 5º, XL, CR)[294].

O legislador, nesse contexto, se se entender que a intervenção penal na economia é necessária e legítima, deve se preocupar em antever, como salienta Manoel Pedro Pimentel, um dos precussores do Direito Penal Econômico no Brasil, prever os fatos de natureza sócio-econômica. Isto como forma de evitar o enriquecimento desenfreado de poucos - aqueles que se aproveitam das omissões legislativas – em detrimento do prejuízo de milhares, o que, necessariamente, impede a boa execução da política econômica do Estado[295].

Como sempre se afirma neste trabalho, não se quer deixar o fraudador, o sonegador, o irresponsável com o mercado financeiro impunes. Deve haver sim punição para todo e qualquer comportamento lesivo, ainda que esta punição não seja feita por meio de uma pena criminal. Somente se pretende buscar uma resposta concreta e efetiva, por meio de uma nova manifestação punitiva verdadeira, não simbólica, sem violar as garantias fundamentais.[296]

---

[293] PINHO, Ana Cláudia. *Direito Penal e Estado Democrático de Direito.* Uma abordagem a partir do Garantismo de Luigi Ferrajoli. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p.86.
[294] SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal. Parte Geral*. Curitiba: ICPC; Lumen Júris, 2008, p.20.
[295] PIMENTEL, Manoel Pedro. *Direito Penal Econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974, p.41.

[296] Além da defesa de um direito da intervenção, poder-se-ia, para muitos dos crimes econômicos, abandonar a necessidade de tratar de crimes econômicos específicos para, em seu lugar, punir, ainda que criminalmente, por delitos outros, que têm, inclusive, a mesma ou até maior reprovabilidade. Por exemplo, nos casos dos crimes tributários (todos de conduta vinculada, porque perpetrados por meio de fraude), muito mais inteligente seria se

Ao se fazer uma abordagem histórica da tipicidade, nesse contexto sócio-econômico, foi possível perceber que, não raro, inúmeras incongruências legais ocorriam. Muitas vezes princípios fundamentais da dogmática penal eram sacrificados, numa tentativa inútil de acompanhar o desenvolvimento desenfreado da Economia. Inútil porque a pressa só ocasionou prejuízos, tais como: imperfeições legislativas, incompatibilidades entre a realidade sócio-econômica e os textos da lei, dentre outros. A necessidade de atender aos reclamos conseqüenciais de uma emergência, de uma urgência, faz com que surjam leis absurdamente imperfeitas, que têm o condão de gerar manifesta impunidade.

É necessário, contudo, perceber que tal função - a confecção de leis – não é algo fácil em meio a tantas mudanças, sempre justificadas pela necessidade da vida prática. Nesse ponto, faz-se mister recorrer ao magistério de Manoel Pedro Pimentel:

> A verdade é que não é fácil a tarefa do legislador penal, em tais circunstâncias. **Às vezes se excede, incriminando condutas inócuas; outras vezes deixa passar comportamentos altamente lesivos a bens ou interesses que deveriam ser protegidos**. Mas, louve-se o propósito de acertar, o que já não é pouco[297]. (grifos nossos).

É por isso que, seguindo a doutrina de Dworkin[298], a atividade do intérprete não é de *criação*, mas de *recriação*. Trata-se de uma leitura que redefine um novo capítulo de um "*romance em cadeia"*:

> Em tal projeto, um grupo de romancista escreve um romance em série; cada romancista da cadeia interpreta os capítulos que recebeu para escrever um novo capítulo, ao que então é acrescentado o romancista seguinte, e assim por diante. Cada um deve escrever um novo capítulo de modo a criar da melhor maneira possível o romance em elaboração. Cada romancista pretende criar um só romance a partir do material que recebeu, daquilo que ele próprio acrescentou e (até onde lhe seja possível controlar esse aspecto do projeto) daquilo que seus sucessores vão querer ou ser capazes de acrescentar. Deve tentar criar o melhor romance possível como se fosse obra de um só autor, e não, como na verdade é o caso, como produto de muitas mãos diferentes.[299]

---

o legislador abandonasse a obsessão pela criação de crimes econômicos e resolvesse punir pela fraude. Não haveria que se esperar o lançamento definitivo do tributo (Súimula vinculante número 24 do STF); não haveria efeitos derivados do pagamento do tributo para extinção de punibilidade. Enfim, neste caso, este bem jurídico novo – ordem tributária – poderia ser tratado pela antiga figura dos crimes contra fé pública, protegendo muito mais a sociedade e sem violar garantias fundamentais.

[297] PIMENTEL, Manoel Pedro. *Direito Penal Econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974, p.42.

[298] DWORKIN, Ronald. *O império do Direito.* Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p.276.

[299] *Ibidem,* p.276.

Quando o legislador se socorre de tipos abertos é porque reconhece a impossibilidade de normas penais acompanharem as rápidas transformações da vida comum, portanto, não pode estruturar a tipicidade marcada exclusivamente pela presença de elementos objetivos, invariáveis, que geram certeza para o magistrado e para o jurisdicionado. Surgem, pois, tipos abertos, permeados de elementos normativos e de normas penais em branco.

Os tipos penais abertos podem ser vislumbrados quando a conduta do sujeito ativo não está descrita exaustivamente, ou seja, será exigida uma complementação. Nos tipos abertos, a definição do exato alcance do tipo não é feita pelo legislador, mas pelo juiz. Ora, alguém diria, mas os juízes são seres humanos dotados de bom senso, não farão heresias a partir da concepção da legalidade. Verdadeiramente, os juízes, em sua esmagadora maioria, são dotados de muita técnica e bom senso, mas o veio de violação à taxatividade pode trazer consequências catastróficas para o cidadão que, desafortunado, termine por ser julgado por alguém sem estas características.

A utilização dos tipos penais abertos seria uma necessidade da sociedade moderna, uma vez que, neste contexto, para estes objetos culturais, opera-se uma dinâmica desenfreada que implica transformações de grande porte, em pouco tempo. Reitere-se que a "abertura"dos tipos penais somente pode ser aceita com algum comedimento. Registre-se que não se aceita que as exigências da vida prática se imponham e apaguem a garantia da dogmática. Nesse sentido, os crimes econômicos não poderiam, de forma alguma, ficar à margem dos tipos penais abertos, e a justificativa é simples: é na esfera econômica que se percebe maior influência da citada "dinâmica desenfreada".

O posicionamento aqui defendido é, definitivamente, contrário à legitimação da intervenção penal na ordem econômica. Entretanto, se intervenção houver – ilegítima, gongórica, simbólica – será necessária a utilização dos tipos penais econômicos, sendo ainda mais certo que a discussão acerca de sua inserção na seara penal não tem data para findar, pois envolve questões importantes como, *v. g.*, a segurança jurídica. É por isto que Marco Antonio Marques Da Silva destaca, em sua obra, tal "celeuma" da seguinte forma:

> O debate sobre os tipos penais abertos ainda não chegou ao fim, uma vez que sua indeterminação representa, para muitos, uma ausência de garantia, podendo levar à arbitrariedade a aplicação e interpretação destes tipos penais, incluindo-se, neste sentido, o crime de perigo abstrato[300].

Os tipos abertos compreendem, pois, os tipos anormais (dotados de elementos

[300] SILVA, Marco Antonio Marques da. Globalização e Direito Penal Econômico. *In:* COSTA, José de Faria Costa; SILVA, Marco Antonio Marques da Silva (Coords.). *Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais. Visão Luso-Brasileira*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p.415.

normativos do injusto típico) e as normas penais em branco. Veja-se, individualmente, relacionando-os com o Direito Penal Econômico. Posteriormente, ainda será apreciada outra violação à tipicidade, no que diz respeito à ofensividade.

2.3.4 A criação de tipos penais anormais. O aparecimento de elementos normativos nos tipos penais. Necessidade? Violação à legalidade estrita, com supressão de garantias? Outra manifestação da inadequação das normas penais

Um marco de especial relevância diz respeito à construção dos tipos por meio de elementos normativos, vale dizer, aqueles que demandam valoração no tempo e no espaço. Com efeito, além dos elementos puramente descritivos ou objetivos, as normas de penal econômico são marcadas pela presença freqüente dos chamados tipos anormais. Sobre isto, Martos Nuñes:

> *A tenor de los complejos fenómenos y regulaciones de la vida económica presente, es imposible prescindir de elementos normativos y cláusulas generales a la hora de describir los tipos penales económicos. En efecto, junto a las exactas descripciones de los tipos, es necesario admitir, aunque sea cuidadosamente, los conceptos jurídicos indeterminados y las cláusulas generales, sobre la base, dominante en la doctrina y Jurisprudencia, de que los elementos normativos y las cláusulas generales en Derecho penal únicamente pueden fundamentar una declaración de responsabilidad criminal, si se trata de valoraciones reconocidas y seguras, es decir, si se trata del núcleo propiamente dicho de esos conceptos jurídicos indeterminables.*[301]

Denomina-se tipo anormal aquele que possui em sua estrutura elementos normativos e/ou subjetivos especiais. Elementos normativos são aqueles que variam no tempo e no espaço, demandando, por isso, carga de valor, que deverá ser realizada pelo intérprete. Não cabe, neste trabalho, pelas limitações de tempo e de espaço, explicar a evolução histórica do tipo, e sim demonstrar os efeitos negativos e positivos dos elementos normativos, tema que merece atenção especial.

Em relação aos efeitos positivos, Juan Antonio Martos Nuñez ensina que um dos princípios do Direito penal econômico é o princípio da inclusão de elementos normativos e cláusulas gerais na norma penal econômica. O citado autor defende que tal inclusão é imprescindível, em virtude do contexto econômico em que se vive, o qual é consubstanciado por uma dinâmica desenfreada. O emprego de tipos anormais evitaria que houvesse um "engessamento" da matéria

[301] NUÑES, Juan Antonio Martos. *Derecho Penal Económico*. Madrid: Editorial Montecorvo, 1987, p.243.

criminal, que poderia ser adaptada às novas realidades sem a necessidade de alteração do tipo penal incriminador. Entretanto, assinala que é necessário prudência na inserção de tais elementos, estes devem completar exatas descrições típicas. Veja-se:

> *A tenor de los complejos fenómenos y regulaciones de la vida económica presente, es imposible prescindir de elementos normativos y cláusulas generales a la hora de describir los tipos penales econômicos. Em efecto, junto a las exactas descripciones de los tipos, es necesario admitir, aunque sea cuidadosamente, los conceptos jurídicos indeterminados y las cláusulas generales, sobre la base, dominante en la doctrina y Jurisprudencia, de que los elementos normativos y las cláusulas generales en Derecho penal únicamente pueden fundamentar uma declaración de responsabilidad criminal, si se trata de valoraciones reconocidas y seguras, es decir, si se trata Del núcleo propiamente dicho de esos conceptos jurídicos indeterminados*[302].

Seriam os elementos normativos, pois, que permitiriam a adequação de determinados tipos penais a fatos novos com o desenvolver do tempo, sem precisar, a todo e qualquer instante, promover reformas penais, o que geraria uma sensação forte de insegurança. Se por um lado, os elementos normativos têm o benefício de dar maior adptabilidade aos tipos, por outro, têm a grande inconveniência de permitir o seu abuso.

Ainda como aspecto positivo, pelo menos em tese, estaria a possibilidade de o legislador tratar de diversos objetos que demandariam proteção por meio destes tipos anormais. Com efeito, o Direito Penal é fragmentário, o legislador não consegue prever, abstratamente, todas as situações da vida que podem ocorrer. Não fossem os tipos anormais, diversos objetos poderiam ficar sem proteção, se se exigisse uma descrição minudente e detalhada de cada um dos tipos penais. Assim, colocando elementos normativos na redação do tipo, o legislador estaria resguardando a possibilidade de tutelar diversos objetos que aparecessem em outras épocas, seria a (boa?) intenção de tutelar a sociedade. Ressalte-se que, neste estudo, este elemento apontado como positivo é veementemente refutado. Todas as situações que podem geram punições devem estar com seus núcleos previamente definidos, de forma rigorosamente taxativa.

Outro elemento ainda apontado como positivo seria a necessidade de evitar que os tipos fossem excessivamente detalhados, excessivamente casuísticos. Isto poderia, inclusive, tornar muito complexa a análise da parte especial, que poderia ser rotulada de antiquada.

Em relação aos efeitos negativos, deve-se destacar o risco que corre a segurança jurídica, caso os elementos normativos forem utilizados sem a devida técnica. Desgraçadamente, não

[302] *Ibidem*, p.243.

é possível confiar no bem senso de todos, razão porque as normas penais além de legais precisam ser taxativas. De nada adianta o imperativo da legalidade se ela só existir formalmente, é dizer, se ela é consolidada em lei, porém vazada em elementos imprecisos e incertos.

Isto porque o magistrado, em um contexto tão fluido, tem à sua disposição uma discricionariedade tão ampla, que, sem a devida prudência, pode ocasionar prejuízos incalculáveis. Recorde-se que a principal função atribuída à tipicidade é a de garantia, de preservação do indivíduo contra os abusos do Estado. A insegurança jurídica, a partir de crimes calcados em elementos normativos, é manifesta.

E por último, mas não menos importante, deve-se esclarecer que há uma manifesta impropriedade em se falar de uma tipicidade anormal, fato que não ocorre quando se diz tipo anormal, o que, por sinal, vem sendo feito no presente trabalho. Levando-se em consideração a estrutura do sistema, em tese, toda a tipicidade haveria de ser considerada como normal.

Neste sentido, acertada a crítica feita por Geraldo de Arruda Guerreiro, qual seja:

> Falar-se em que a tipicidade possa ser 'anormal' já é uma *contradictio in adjecto*. Se tipicidade significa adequação ao tipo, e se se considerar que a palavra tipo, desde Platão, tem seu sentido mais genuíno com 'expressão da essência' de uma coisa, rigorosamente falando, o que é anormal não pode ser típico, não pode apresentar tipicidade. Com menor impropriedade lógica, poder-se-ia falar em 'tipos anormais'[303].

Os elementos normativos, com o passar do tempo, passam a se incorporar a alguns bens da civilização. Justamente pelo fato de estes bens terem seu valor e conceito devidamente sedimentado na sociedade, a aplicação de elementos normativos, com cautelas e parcimônia, não representaria violação a taxatividade.

A exigência maior é que o núcleo do tipo penal seja fixado objetivamente, podendo haver complementos, que funcionam como elementos acessórios, apenas para delimitar o alcance de dados secundários. Nos bens da civilização, o núcleo do tipo é eminentemente objetivo. Por exemplo, o núcleo do conceito de furtar é essencialmente objetivo. Há, apenas e tão somente, a necessidade de se fazer juízo de valor, por exemplo, em relação à majorante do repouso noturno, para que se defina o seu conceito. A estrutura, neste caso, é objetiva; o complemento é que é calcado em elemento normativo.

O mesmo não ocorre com os bens culturais. Neste caso, já o núcleo do tipo é impreciso, calcado em elementos culturais e normativos, sempre a demandar juízo de valor. Os

[303] GUERREIRO, Geraldo Arruda *apud* PIMENTEL, Manoel Pedro. *Direito Penal Econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974, p. 47-48.

elementos normativos, neste caso, abandonam o seu aspecto de acessoriedade, passando a assumir ares de principais elementos do tipo incriminador. Veja-se, por exemplo, nos crimes tributários, que já no cerne, no objeto jurídico da tutela há discussões. Qual seria, pois, o conceito de tributo para o direito penal? Por convenção doutrinária e jurisprudencial, estabelece-se que tributo teria o maior alcance possível, envolvendo, pois, as cinco espécies tributárias, com exceção das contribuições sociais. Neste caso, o elemento normativo não é mero coadjuvante, é o principal autor da figura incriminadora.

Não se pretende, obviamente, chegar ao rigor excessivo de impedir, sempre, a aplicação de elementos normativos. Eles podem ser usados, desde que haja, objetivamente, a delimitação do núcleo to tipo.

Uma vez enfrentado este tópico - tipos anormais -, o qual revela sua importância pela problemática que gira em torno dos elementos normativos do tipo, será iniciado o estudo das normas penais em branco.

2.3.5 Ainda mais fluidez na tipicidade: normas penais em branco? Conjugação de elementos a violar a legalidade estrita, em relação à taxatividade

Apreciados os elementos normativos a partir do conceito de cultura, resta tratar, agora, das normas penais em branco em relação a estes novos bens imateriais. Primeiramente, será analisado o contexto histórico, no qual surgiu tal espécie de norma penal; em seguida, será conceituada para, finalmente, classificá-la em espécies e demonstrar porque merece destaque no estudo da tipicidade no Direito penal econômico.

Como mencionado, o Direito Penal passa a intervir em uma área que, tradicionalmente, não é a sua, são necessárias certas flexibilizações à garantia da legalidade estrita, mormente em relação à tipicidade. Tais garantias são mitigadas em razão de a sociedade exigir que se protejam estes novos bens, a demonstrar, cada vez mais, a "antecipação de tutela em matéria penal", expressão difundida e já consagrada em matéria penal econômica. Por conta disso, são empregadas normas penais em branco, é dizer, normas que demandam complemento. A este respeito, Tiedemann:

> *En el ámbito de la tipicidad es característico del Derecho penal económico el uso de normas penales en blanco, es decir, normas "abiertas" total o parcialmente que se remiten para ser completadas y complementadas a normas con rango inferior a la ley (normas penales en blanco en sentido*

estricto) o a otras leyes (normas penales en blanco en sentido amplio).[304]

Assim, quando se versa sobre os bens jurídicos tradicionais, não é necessário, *verbi gratia*, definir o conceito da palavra alguém, mas, nos crimes econômicos, pela nova realidade da intervenção penal, é imprescindível que se conceituem certos institutos, como, por exemplo, o tipo penal explicativo, definindo instituição financeira, previsto na Lei 7492/86.

No direito penal alemão era comum, ao tempo do Império, a circunstância de existir uma legislação central, uma vez que se configurava ali um regime confederativo, a qual discorria de maneira genérica acerca dos preceitos das normas, delegando a cada um dos Estados ou Cidades a sua complementação, para atender às peculiaridades locais[305].

Binding foi o que primeiro se deu conta da existência de tais normas, às quais denominou de *Blankettstrafgesetze*, cuja tradução literal é normas penais em branco. Estas normas demandam a incidência de um complemento para que possam ser aplicadas. Contudo, estendeu o conceito a outras normas, as quais deveriam apresentar determinada característica. Desta maneira, a norma deveria possuir uma sanção relativa a um preceito primário defasado, ou seja, aquele que necessita de um complemento. Este, por sua vez, pode ser um diploma normativo de variada natureza, como uma lei, um regulamento, uma portaria, etc. Tal complemento é necessário, pois delimita a abrangência dos efeitos da norma penal, e dessa forma, possibilita a sua aplicabilidade. Cuidam-se, pois, de normas que não são auto-aplicáveis.

Releva notar que os bens tradicionais, marcados pela civilização, não demandam, via de regra, normas penais em branco, pois o seu núcleo é, praticamente, inalterável. Quando precisam de um complemento, estes bens, da civilização, realmente assumem o papel de complementos, não de estrutura principal. Provavelmente, enquanto o mundo for mundo, o alcance da palavra matar não mudará muito, não demanda, pois, complementação. Já com os bens culturais, imateriais, a aplicação de normas penais em branco passa a ser bastante freqüente. Veja-se, por exemplo, a tormentosa necessidade de se socorrer a portaria, decreto, regulamento, do Banco Central para definir o alcance de certos crimes contra o sistema financeiro nacional.

Enrique Bacigalupo informa que a teoria e a jurisprudência espanholas entendem que o conceito de norma penal em branco está consubstanciado nos casos em que a proibição do

[304] TIEDEMANN, Klaus. *Lecciones de Derecho Penal Económico (Comunitario,espanõl, alemán)*.1.ed. Barcelona: PPU, SA, 1993, p.158.

[305] PIMENTEL, Manoel Pedro. *Direito Penal Econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974, p.48.

mandato de ação se encontra em disposições distintas da lei que contém a ameaça penal[306]

Bacigalupo, ainda, traz em sua obra os conceitos de normas penais em branco emitidos pelo Supremo Tribunal e pelo Tribunal Constitucional, o que deve ser vislumbrado neste trabalho:

> *El Tribunal Supremo ha afirmado que 'son leyes penales en blanco aquellas cuyo supuesto de hecho debe ser completado por otra norma producida por una fuente jurídica legítima'. A su vez, el Tribunal Constitucional ha dicho que es compatible con la Constitución 'la utilización y aplicación judicial de leyes penales en blanco, siempre que se dé la suficiente concreción para la conducta calificada de delictiva quede suficientemente precisada en el complemento indispensable de la norma a la que la ley penal se remite, resultando así salvaguarda la función de garantia del tipo con la posibilidad de conocimiento de la actuación penalmente conminada*[307].

Juan María Estévez também traz um conceito peculiar sobre norma penal em branco. Veja-se:

> *[...] el legislador, en ciertas matérias específicas, delega la descripción concreta de la conducta a sancionar en un órgano especializado, por lo general del Poder Ejecutivo, previendo solamente la pena para dicho accionar. Esta técnica legislativa es conocida dogmáticamente como 'ley penal en blanco'*[308].

Veja-se que tal definição está em desacordo com o que a doutrina nacional reconhece como norma penal em branco. Tal norma, para nós, necessita de uma complementação ao preceito primário, para que seja possível estabelecer o alcance dos seus efeitos. O que ele nos traz é uma complementação ao preceito secundário, ou seja, o órgão do Poder Executivo terá aptidão para formular o preceito primário de forma integral. Tal delegação, no Brasil, não é possível em respeito ao princípio da legalidade estrita.

Entretanto, o autor citado se redime no trecho subseqüente ao que foi acima transcrito, o qual dispõe o seguinte:

> *Ahora bien, esta facultad reglamentaria de la Administración se encuentra limitada por cierto estándar constitucional diseñado por la propia Corte Suprema. Así, en el conocido caso 'Delfino', se recalcó claramente la distinción que existía entre 'la delegación del poder para hacer la ley y la de conferir cierta autoridad al Poder Ejecutivo o a un cuerpo administrativo a fin de reglar los pormenores y detalles necesarios para la ejecución de*

[306] BACIGALUPO, Enrique. *Derecho penal econômico*. Buenos Aires: Hammurabi, 2005, p.53.
[307] BACIGALUPO, Enrique. *Derecho penal econômico*. Buenos Aires: Hammurabi, 2005, p.53.
[308] ESTÉVEZ, Juan María Rodríguez. *El derecho penal en la actividad econômica*. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2000, p.108.

aquella[309].

É necessário extrair deste trecho o seguinte entendimento: é conferido ao Poder Executivo ou a um corpo administrativo certa autoridade, com a finalidade de se regrar pormenores e detalhes necessários à aplicação da lei penal. Por outro lado, delegar poder para ser feita lei em matéria penal por esses entes é algo proibido por orientação constitucional.

As normas penais em branco podem ser divididas, a depender da natureza da fonte legislativa do seu complemento, em duas espécies, quais sejam: a) normas penais em branco homogêneas (em sentido amplo). Neste caso, o complemento da norma é um desdobramento do próprio poder legislativo; e b) normas penais em branco heterogêneas (em sentido estrito), já aqui, o complemento é feito por outro poder.

Uma problemática que deve ser abordada é aquela referente à ofensa, ou não, ao princípio da legalidade pelas normas penais em branco heterogêneas. Isto porque o complemento de tal norma provém de uma fonte legislativa distinta da que produziu a norma a ser complementada. Não estaria o princípio da legalidade sendo violado, uma vez que o complemento, nestes casos, não consubstancia a lei em sentido estrito? Em outras palavras, a norma penal, regida pelo princípio da legalidade estrita, estaria sendo completada por diploma normativo distinto da lei em sentido estrito.

Diante de tal questão, faz-se mister recorrer aos ensinamentos de Nilo Batista, Zaffaroni, Alagia e Slokar:

> Não é simples demonstrar que a lei penal em branco não configura uma delegação legislativa constitucionalmente proibida. Argumenta-se que há delegação legislativa indevida quando a norma complementar provém de um órgão sem autoridade constitucional legiferante penal, ao passo que quando tanto a lei penal em branco quanto sua complementação emergem de fonte geradora constitucionalmente legítima não se faz outra coisa senão respeitar a distribuição da potestade legislativa estabelecida nas normas fundamentais. O argumento é válido, mas não resolve o problema. Quando assim se teorizou, as leis penais em branco eram escassas e insignificantes: hoje, sua presença é considerável e tende a superar as demais leis penais, como fruto de uma banalização e administrativização da lei penal. A massificação provoca uma mudança qualitativa: através das leis penais em branco o legislador penal está renunciando à sua função programadora de criminalização primária, assim transferida a funcionários e órgãos do poder executivo, e incorrendo, ao mesmo tempo, na abdicação

[309] *Ibidem,* p.109.

da cláusula da *ultima ratio*, própria do estado de direito[310].

Percorrendo a mesma linha de raciocínio, Juan María Rodríguez Estévez, em sua obra, nos traz um exemplo de um caso em que é possível vislumbrar o entendimento citado. Foi o caso chamado "Mouviel", no qual o Alto Tribunal declarou a inconstitucionalidade de uma lei que outorgava à Polícia Federal a faculdade de emitir decretos para reprimir atos não previstos por leis. Isto, por entender que tal situação, representava mais do que o poder regulamentar reconhecido ao Poder Executivo, e importava a faculdade de legislar em matéria, exclusivamente, reservada ao Congresso[311].

Neste tocante, cabe recorrer ao magistério de Manoel Pedro Pimentel, o qual emite o seguinte posicionamento:

> Claro está que a principal vantagem da norma penal em branco é a estabilidade do dispositivo principal, emanado de autoridade legislativa de maior categoria através de moroso e complicado processo. As mutações impostas em razão do tempo e do lugar se fazem por meio de atos legislativos mais simples, de fácil maneabilidade, como é o caso da alteração da tabela de preços, dependente de mero ato administrativo e não do laborioso sistema de edição da lei ordinária[312].

Assim, tem-se que a legalidade é violada na construção de tipos penais referentes à ordem econômica. Neste passo, Silveira:

> No entanto, a utilização de tipos penais abertos não pode ser aceita para a proteção difusa. Estes somente poderão ser admitidos na estrutura do delito se estiverem em condições de cumprir os pressupostos funcionais imprescindíveis ao conceito do sistema penal. De modo geral, são eles inadequados para cumprir tal função.[313]

A legalidade, enquanto princípio, não é apenas e tão somente o enunciado de um crime com uma pena. Para que se fale, corretamente, em legalidade, é necessário que a lei seja certa, precisa, com interpretação, inclusive, taxativa, cerrada. O legislador penal não faz, nos tipos, recomendações para que, depois, a doutrina e a magistratura conceituem. As normas penais não podem ser incertas, imprecisas, vagas, pois, do contrário, estar-se-ia a sepultar o princípio da reserva legal, o que inexoravelmente ocorre quando o legislador se socorre de tipos abertos, recheados de

---

[310] BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direto penal brasileiro – I*. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p.205-206.

[311] ESTÉVEZ, Juan María Rodríguez. *El derecho penal en la actividad econômica*. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2000, p.109.

[312] PIMENTEL, Manoel Pedro. *Direito Penal Econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974, p.50.

[313] SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supra-individual:* interesses difusos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p.87.

elementos normativos e de normas penais em branco.

Exposta a primeira violação à legalidade, por meio do sepultamento da taxatividade, passa-se, doravante, a examinar outra: a violação à garantia da lesividade.

Arrematando este item, poder-se-ia transcrever, literalmente, a preocupação de Yacobucci:[314]

> Essa nova realidade repercute na consideração das exigências do princípio da legalidade penal. Assim é possível verificar um considerável aumento nas leis penais em branco, proporcional ao aumento do direito penal nos campos da economia, regulação do mercado bancário e financeiro, do meio ambiente e da saúde pública. Embora a jurisprudência comparada venha aceitando que as leis em branco são congruentes com a legalidade, na prática constituem problema particular quando se analisam questões vinculadas ao dolo, à aplicação da lei mais benigna, ao erro de direito ou de proibição assim como aos componentes da culpabilidade.

As violações à tipicidade, quando o direito penal resolve intervir na economia, não páram na questão da legalidade estrita. Além de se violar a taxatividade, outra violação aparecerá: o desrespeito flagrante à lesividade. Imagine-se, pois, um tipo, ao mesmo tempo, com norma em branco, repleto de elementos normativos, de perigo abstrato, formal e omissivo próprio. Questione-se o leitor: isso é compatível com a dogmática penal? A sociedade está disposta a este sacrifício em nome da proteção à economia.

Passa-se, agora, ao tratamento dos crimes de perigo abstrato.

2.3.6 Nova violação à tipicidade garantista: crimes de perigo abstrato. Ausência de ofensividade

O direito penal deveria ser sempre do fato. Por isso, o Direito Penal deveria ser sempre relacionado a lesões concretas. Quando o direito penal se afasta do resultado material, passa a se aproximar da perigosa figura do Direito Penal do autor. Aos poucos, deixa-se de punir as pessoas pelo que elas fizeram e passa-se a punir as pessoas pelo que elas são.

A presente tese não tem por objeto o aprofundado estudo dos crimes de perigo. Este tema será tratado apenas como auxiliar, para demonstrar, mais uma vez, a ilegitimidade da intervenção penal na economía.

[314] YACOBUCCI, Guillermo Jorge; GOMES, Luiz Flávio. *As Grandes Transformações do Direito Penal Tradicional.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p.43.

Nos bens tradicionais, criados com o desenvolvimento da civilização, os resultados do fato típico são, normalmente, materiais, com danos concretos a bens jurídicos. É o que ocorre, por exemplo, no estupro, no homicidio, no furto, no peculato. Para os bens culturais, imateriais, por vezes a lesão concreta, palpável, é inexistente. Para além disso, a preocupação com estes novos bens é tamanha que, em muitos casos, mesmo sendo possível redigir o tipo como sendo figura de dano, o lesgislador renuncia a esta possibilidade, se satisfazendo com a criação de um risco.

É possível relacionar mais uma vez os bens da civilização com os crimes de dano e os bens da cultura com os crimes de perigo diante da análise da seguinte passagem:

> em um momento no qual o capitalismo migrou o seu enfoque dos "bens produzidos" para as ações prestadoras de serviços, também o direito penal segue seu rumo migrando do enfoque do desvalor "resultado danoso ao bem jurídico" para o desvalor da "ação potencialmente lesiva.[315]

A "necessidade" da utilização de crimes de perigo abstrato vem da importância dos bens jurídicos que neles são resguardados. Com efeito, os bens são tão importantes que o legislador não aguarda a ocorrência de uma lesão para que possa intervir. O desafio, porém, é de legitimar estes crimes, porquanto, em casos tais, a intervenção penal poderia estar se afastando da lesividade e da ofensividade que a norteiam. Dentre os defensores da necessidade de intervenção por meio de crimes de perigo abstrato, está Ângelo Ilha:[316]

> No campo prático, o legislador tem-se utilizado crescentemente da tutela de bens jurídicos mediante a incriminação com o modelo de tipos de perigo abstrato. E isso decorre em grande parte da natureza das coisas, porquanto há bens, como o meio ambiente, que pareciam inesgotáveis e que hoje são fonte de inquietação, exigindo, em certos casos, uma tutela antecipada. Mas pondere-se que a tendência legislativa por nós referida também reflete, em grau que pode dizer preocupante, a falta de técnica dos elaboradores da lei. Essa assertiva não significa que não seja necessário em certos casos tipificar crimes de perigo presumido. Assim como há tradicionais bens jurídicos dignos de tutela penal, também novos bens têm-se incorporado diante das necessidades hodiernas e devem ser preservados e, em certos casos, com um modelo legal, como o já citado meio ambiente, a ordem econômica, etc.

Note-se, na citação supra, que o autor já começa a tecer as suas considerações a partir de uma preocupação com o mundo prático. Diga-se e reitere-se que a dogmática não pode ceder espaços a exigências práticas.

---

[315] CABRAL, Juliana. *Os Tipos de Perigo e a Pós Modernidade.* Rio de Janeiro: Revan, 2005, p.186.
[316] SILVA, Ângelo Roberto. *Dos Crimes de Perigo Abstrato em Face da Constituição.* São Paulo: RT, 2003, p.95.

Para além disso, os bens são tão importantes que o legislador, impaciente, não aguarda a ocorrência de uma lesão concreta para poder punir. Por conta disso, a fim de resguardar a sociedade, faz-se um uso cada vez mais freqüente de tipos de perigo abstrato ou presumido, de questionável constitucionalidade. Sobre perigo abstrato, mais uma vez, Tiedemann:

> *Para evitar estos problemas de determinación y de prueba procesal el legislador, sobre todo en materia económica (y del medio ambiente), ha introducido tipos que renuncian a cualquier clase de resultado o lesión: los delitos de peligro abstracto que incriminan ya una determinada acción considerada peligrosa por el legislador (como el caso de los medicamentos del art. 343 bis C.P.) o de las sustancias nocivas a la salud en el caso del art. 341 C.P. donde ya es suficiente la aptitud para dañar).*[317]

São aqueles que resultam da "impaciência do legislador"; nestes crimes, o bem jurídico é de tamanha importância que o legislador pune pela produção, criação, tão somente, de um perigo. Não se exige que ocorra, efetivamente, um prejuízo, dessa forma, os delitos de perigo afastam do Direito penal a incidência do princípio da ofensividade.

Manuel Jaén Vallejo destaca que as técnicas legislativas de proteção que se utiliza, cada vez com maior freqüência, no Direito penal econômico são duas: a inserção de tipos penais de perigo, a fim de poder melhorar a proteção jurídico-penal, e a utilização de tipos penais estruturados sobre a base de leis penais de perigo[318]. Prossegue, ainda, a operar uma diferenciação entre o delito de dano e o de perigo que necessita ser reproduzida *ipsis litteris*:

> *En los tipos penales de peligro, a diferencia de los tipos penales de lesión, no se produce un daño en un determinado objeto (muerte, lesión, daños, etc.). No hay una lesión, pues, del objeto sobre el que recae la acción, pero sí un peligro para la producción de una lesión: el autor 'estuvo a punto de' pruducir la muerte, unas lesiones, de afectar los intereses financieros de la Comunidad, etc. , aunque el legislador ha construído estos delitos refiriéndose a distintas intensidades de peligro: concreto y abstracto*[319].

Como cediço, os crimes de perigo, pois, se subdividem em crimes de perigo concreto e em crimes de perigo presumido Naqueles, a acusação, alem de provar a ocorrência de um fato punível, deve demonstrar a ocorrência concreta de uma situação de perigo; nestes, o legislador

---

[317] TIEDEMANN, Klaus. *Lecciones de Derecho Penal Económico (Comunitario,espanõl, alemán)*.1.ed. Barcelona: PPU, SA, 1993, p.123.

[318] VALLEJO, Manuel Jaén. *Cuestiones Actuales Del Derecho Penal Económico.* 1.ed. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2004, v.I, p.25.

[319] *Ibidem, loc.cit.*

presume, de forma absoluta, que, acontecendo o fato, ele gera perigo. Cezar Roberto Bitencourt lança suas lúcidas explicações neste mesmo sentido:

> Crime de perigo é aquele eu se consuma com a simples criação do perigo para o bem jurídico protegido, sem produzir um dano efetivo. Nesses crimes, o elemento subjetivo é o dolo de perigo, cuja vontade limita-se à criação da situação de perigo, não querendo o dano, nem mesmo eventualmente.
>
> O perigo, nesses crimes, pose ser concreto ou abstrato. Concreto é aquele que precisa ser comprovado, isto é, deve ser demonstrada a situação de risco corrida pelo bem juridicamente protegido. O perigo só é reconhecível por uma valoração subjetiva da probabilidade de superveniência de um dano. O perigo abstrato é presumido *juris et de jure*. Não precisa ser comprovado, pois a lei contenta-se com a simples prática da ação que pressupõe perigosa[320].

Deve-se registrar, ainda, que o congresso do Cairo sobre Direito Penal internacional em matéria econômica consagrou a possibilidade de aplicação de crimes de perigo abstrato para a matéria, ao dispor, textualmente, que; "o emprego de tipos delitivos de perigo abstrato é meio válido na luta contra a delinqüência econômica e empresarial, sempre e quando a conduta proibida pelo legislador venha precisamente especificada e a proibição se refira diretamente a bens jurídicos claramente determinados."[321]

A despeito de esta conclusão ter sido extraída do posicionamento de diversas autoridades, uma semelhante conclusão é injustificável. Com efeito, não se pode, atecnicamente, aceitar a criação de tipos de perigo abstrato, ao argumento de que as condutas estariam previstas em redação claramente determinada. Aqui, neste caso, o problema não é de taxatividade. O problema é outro: e o desrespeito manifesto à idéia de lesividade. Data vênia, justificou-se uma assertiva equivocada tomando por empréstimo um fundamento que seria válido apenas e tão somente para outro instituto, é dizer, para as normas em branco, jamais para os crimes de perigo abstrato.

Há, ainda, posicionamento no sentido de que os crimes de perigo abstrato teriam sim uma lesão. Enxergar-se-ia o crime de perigo abstrato como crime de dano. Neste caso, o argumento é de que o bem importante que a simples exposição a um perigo já representava uma lesão concreta. Veja-se:

> Enquanto os delitos de resultado lesivo ou de perigo concreto

[320] BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado. Parte Geral*. São Paulo: Saraiva, 2008, p.266.
[321] FRAGOSO, Rodrigo. *Gestão temerária de Instituição Financeira*. Disponível em: <http://www.fragoso.com.br/cgi-bin/artigos/arquivo71.pdf>. Acesso em: 07 jan. 2010.

> depreenderiam sua legitimidade de proteção da integridade substancial dos bens jurídicos, os delitos de perigo abstrato a encontrariam na proteção da disposição segura destes bens. Isso significa que estes últimos também seriam crimes de resultado, e que também apresentariam lesividade própria, ainda que independente da integridade física dos bens protegidos.[322]

Com as devidas licenças, este pensamento não pode subsistir. Não se passará a respeitar a lesividade por meio de um jogo de palavras, por meio de uma fraude de etiquetas. Não se pode dizer que os crimes de perigo abstrato são de dano porque o dano seria a mera exposição ao risco. Trata-se, em verdade, de uma forma escamoteada e sub-reptícia de buscar legitimar a aplicação de normas desta modalidade. Percebe-se, em verdade, que este raciocínio deixa entrever o reconhecimento de que crimes de perigo abstrato ofendem a lesividade, ao pretender uma equiparação sem qualquer fundamento.

Quando um determinado bem exigir proteção, esta deve ser feita por meio de crimes de resultado de dano, naturalístico. O sujeito seria punido pela tentativa, acaso tivesse começado os seus atos de execução. É intolerável, no entanto, que se aceite a criação de figuras de perigo abstrato apenas e tão somente para atender a exigências de ordem prática.

2.4 DA CONDUTA TÍPICA REFERENTE À PESSOA JURÍDICA. BREVÍSSIMO ESCORÇO HISTÓRICO. POSSIBILIDADE DE A PESSOA JURÍDICA COMETER CRIMES? NOVOS BENS JURÍDICOS, NOVAS MANIFESTAÇÕES DE CULTURA

> Todavia, o Direito Penal evoluiu. A necessidade de incriminação da pessoa jurídica surge a partir do Direito Penal Econômico, que tutela a Ordem Econômica, instituída e dirigida pelo Estado; esse setor do Direito Penal tutela, pois, a economia nacional em todos os seus aspectos.[323] Fazem parte do Direito Penal Econômico o Direito Penal Tributário, O Direito Penal Ambiental, os Crimes de Concorrência Desleal, os Crimes contra a Propriedade Industrial, os Crimes contra o Consumidor, dentre outros. Justamente nesses delitos, praticam-se ações lesivas a bens jurídicos penalmente tutelados por meio de pessoa jurídica. [324]
>
> O texto constitucional, portanto, expressamente consagra a possibilidade de incriminação da pessoa jurídica. Apesar de o Código Penal vigente não consagrar dita possibilidade de incriminação de pessoa jurídica de modo

[322] BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de Perigo Abstrato e Princípio da Precaução na Sociedade do Risco.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p.140.
[323] TIEDMANN, Klaus. *Poder Económico y Delito.* Barcelona: Ariel. 1985, p.15.
[324] BRANDÃO, Cláudio. *Curso de direito penal:* parte geral. Rio e Janeiro: Forense, 2008, p.152.

> expresso, a legislação extravagante é rica em estabelecer incriminação da pessoa jurídica. Veja-se, por exemplo, a Lei nº 8.137/90, que dispõe sobre crimes contra a Ordem Tributária, Econômica e Relações de Consumo e, no seu art. 11, consagra a possibilidade do crime ser praticado por pessoa jurídica. De outro lado, a Lei. Nº 9.605/98, igualmente, consagra a responsabilidade penal da pessoa jurídica.[325]

Nos bens jurídicos eminentemente relacionados à civilização, a responsabilidade penal recaía apenas e tão somente para as pessoas físicas. Para os bens desenvolvidos a partir da cultura, porém, surge uma nova necessidade prática, em flagrante desrespeito à dogmática, de responsabilizar penalmente a pessoa coletiva. É impossível, pois, falar em Direito Penal Econômico sem tratar da análise da (ir)responsabilidade penal da pessoa jurídica. Reforçando esta idéia, há autores, inclusive, a chamar o Direito Penal Econômico de Direito Penal da Empresa ou Empresarial. Neste passo:

> *el Derecho Penal Económico también se puede comprender en gran medida como "Derecho Penal de la empresa" [...]. Consecuentemente, el Derecho Penal de la empresa conduce a la exigencia de castigar no solo a lãs personas naturales que actúan delictivamente, sino a la empresa misma.*[326]

Este ponto, apesar de transcender ao objeto deste trabalho, é de fundamental importância para o desenvolvimento do mesmo, uma vez que se trata de assunto imprescindível à exposição da obra, não se podendo olvidar da sua relevância e relação que mantém com o tema. Ainda mais, importa dizer que, com a exposição desta matéria, restará demonstrado o descabimento da possibilidade de a pessoa jurídica cometer crimes, ao passo que se comprovará que esta ficção jurídica é desprovida de capacidade de ação e de culpabilidade. Tudo isto pertence à exposição deste ponto.

2.4.1 Breve análise histórica

Antes do efetivo aprofundamento a respeito da matéria em análise e os respectivos fundamentos expostos acima, dever-se-á fazer breve apresentação da evolução histórica do tema, permitindo o melhor entendimento sobre o mesmo.

---

[325] *Ibidem,* p.153.

[326] TIEDMANN, Klaus. Presente y Futuro del Derecho Penal Económico. *In: Hacia um Derecho Penal Económico Europeo. Jornadas em honor Del Profesor Klaus Tiedemann.* Madrid: Boletín del Estado: 1995, p.34-35.

Com efeito, o direito penal tradicional – marca do conceito de civilização – apenas contemplava a responsabilidade das pessoas físicas. Cumpre observar que o tema referente à responsabilidade penal das pessoas jurídicas (também chamadas de pessoas morais ou coletivas) não constitui fenômeno puramente moderno. Há muito tempo, discute-se a necessidade e a viabilidade de punições a entes coletivos. Neste viés, a partir de uma análise cronológica, são expostos alguns dos marcantes fatos históricos atinentes à evolução de tal instituto. A partir desta análise, restará evidenciada a razão pela qual se aborda este ponto neste momento da tese, uma vez que o tema referente à responsabilidade penal da pessoa jurídica é assunto afeto à tipicidade subjetiva.

Quanto ao estudo do direito romano, é de absoluta relevância a referência ao trabalho desenvolvido pelo ex-ministro da Suprema Corte brasileira, Moreira Alves[327]. Na referida obra, determinam-se os diferentes períodos históricos pelos quais passou o ordenamento jurídico romano, sendo os interessantes a esta exposição: pré-clássico e clássico. No primeiro período, não havia a noção de pessoa jurídica. Todos aqueles que se agrupavam, buscando um objetivo comum, eram considerados individualmente, cada qual se tratando de detentor da sua parcela proporcional do todo. Posteriormente, na fase clássica, já há indícios de consideração de existência da pessoa jurídica, uma vez que o Estado é considerado tal qual uma *corporação* (para os dias atuais), titular de direitos subjetivos e sob a regência do Direito Público, e – ainda mais – da mesma forma, os eram as *ciuitates* e os *municipia*.

Em tempos posteriores, pode ser constatada uma renovação do posicionamento acerca da responsabilidade da pessoa moral. Apesar de não ter sido criado pelos glosadores um conceito autônomo de pessoa jurídica, estes já contemplavam a possibilidade de prática de conduta delituosa pelas corporações, mediante decisão conjunta. Aos poucos, começa a haver a necessidade de punir a pessoa coletiva e, mais uma vez – lamentavelmente – a dogmática penal, estruturada de forma científica e coerente, precisa ceder espaço às necessidades da vida prática.

Através do fortalecimento do capitalismo e o advento da globalização, o mercado passou a compor parte essencial do cotidiano do Homem. Para a sobrevivência comercial, criaram-se as grandes corporações e, neste momento, o domínio das pessoas jurídicas, no que tange ao comércio de modo geral, passou a ser absoluto. É irrefutável a sensível influência que as pessoas jurídicas adquiriram no mundo moderno. Desta forma, não se há que questionar o dever do Direito de incluir esta nova instituição no ordenamento atual, uma vez que, caso contrário, ficaria obsoleto e cairia em desuso. Porém, a fim de que se dê a responsabilidade penal dos entes coletivos, dever-se-á relacionar à criação de novos bens jurídicos, de bens desdobrados do desenvolvimento da cultura.

[327] ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 14.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p.138-142.

No cenário jurídico atual, pode-se dizer que a pessoa moral, apesar de consistir mera ficção jurídica, em decorrência da sua essencialidade frente às relações sociais, corresponde a um instituto já consagrado no âmbito do direito privado, capaz de assumir sujeição ativa e passiva nos negócios jurídicos, exercendo direitos e cumprindo suas respectivas obrigações. Aliás, no direito privado, muito se luta pela desconsideração das pessoas coletivas, quando estas são usadas como instrumento para fraude. Busca-se, ao revés, atingir o patrimônio dos sócios. Entretanto, a utilização de tal instituto de Direito Privado gera fortes controvérsias quando da sua aplicação na esfera do Direito Público, mais especificamente, no Direito Penal. Isto ocorre, principalmente, em decorrência do fato de que, por muitas vezes, não se teria como imputar determinada decisão a um dos sócios da empresa.

Com isso, na tentativa de não cometer tal equívoco no momento da persecução penal, imputar-se-ia a responsabilidade do fato à pessoa jurídica, entrando em conflito ao que se tem aplicado no Direito Privado. No que tange ao mencionado tema, dever-se-á abordar o assunto da capacidade de ação e, por conseguinte, a culpabilidade, para que se possa concluir o cabimento (ou não) da aplicação da responsabilização penal ao ente coletivo.

2.4.2 Capacidade de ação – breve conceito. Poder-se-ia dizer que a pessoa jurídica é provida de tal elemento? Análise acerca da "vontade" em se tratando de ente coletivo

Antes de se adentrar na abordagem acerca do tema ora em debate, dever-se-á dissertar brevemente a respeito do conceito de conduta, necessário para o posterior entendimento no que tange ao conceito de ação.

Com supedâneo nas definições do dicionário Houaiss[328], conduta é condução, modo de agir, de se portar de viver. Partindo-se desta definição, tem-se que a conduta nada mais é do que a manifestação corporal humana – podendo consistir numa condução (ou na sua ausência) – que repercute no mundo natural, produzindo efeitos modificativos no mesmo. De tal modo, cumpre observar que ao referido comportamento lhe são inerentes elementos subjetivos (a exemplo da vontade livre e consciente) e objetivos, que efetivamente produzirão as repercussões externas.

Todavia, por óbvio, interessam ao Direito Penal apenas as condutas que têm como fim prática de ilícitos. Por esta razão, ao ordenamento jurídico brasileiro adéqua-se mais o conceito de conduta relacionado à teoria finalista. Isso importa em dizer que a conduta relevante ao Direito

[328] HOUAISS, Antonio; VILLAR, Mauro de Sales. *Grande dicionário Houaiss da língua portuguesa.* Rio de Janeiro: Objetiva, 2001, p.793.

Penal é toda aquela ação (ou omissão) que são voltados para a prática de um delito.

A respeito da capacidade de ação, é de extrema importância a reverência aos ensinamentos de José Cerezo Mir, movidos pela teoria de Von Liszt, com a colação dos seus dizeres: *"La acción, para v. Liszt, consiste en una modificación causal del mundo exterior, perceptible por los sentidos y producida por una manifestación de voluntad, es decir por la realización u omisión voluntaria de un movimiento corporal."*[329]

E segue:

> *La acción es ejercicio de actividad finalista. Si el Derecho parte de la concepción del hombre como persona, como ser responsable, se destaca como esencial para la valoración jurídica la estructura finalista de la acción humana. Sólo la conducta finalista aparece entonces como conducta específicamente humana y puede ser objeto de la valoración jurídica.*[330]

No mesmo sentido, dever-se-ão colher as palavras de Santiago Mir Puig, no que tange à essencialidade de constatação de uma ação humana, no Direito espanhol (porém, absolutamente aplicável ao ordenamento pátrio), como requisito de existência do delito:

> *Es tradicional empezar la definición de delito diciendo que es uma <<acción>> o <<comportamiento humano>>. Y es cierto que en Derecho español – como en otra legislaciones -, de entre todos los hechos del mundo,* ***sólo los comportamientos humanos pueden constituir delitos****.*[331](Grifos insertos).

A partir da intelecção do quanto referenciado, pode-se notar que, de fato, para que se dê a prática de um delito, é necessário que se cumpra o seu requisito básico: existência de ação. Como se pode extrair do quanto obtemperado por Cerezo Mir – linhas acima -, a ação é composta por alguns elementos, dentre os quais pode ser citado o movimento corporal que repercutirá na modificação do mundo natural. Tal movimento, para que ocorra, deverá ser provocado pelo elemento subjetivo (inerente apenas ao Homem), denominado *vontade.*

Em princípio, seria extremamente forçoso admitir que a pessoa jurídica, uma ficção criada na esfera jurídica negocial, poderia ser titular de *vontade*, ou até mais do que isso: possuir vontade autônoma. Em outras palavras, não se tem como imaginar tratar-se a pessoa jurídica de ente que possua vontade própria, independente daquela titularizada pelas pessoas físicas que a integram. Entretanto, tal idéia já é defendida, conforme será demonstrado a seguir, como o melhor meio de se adaptar o Direito Penal à tutela desta crescente modalidade delitiva na atualidade, qual

[329] MIR, José Cerezo. *Derecho penal- Parte General* (Obras completas). São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007, p.390-391.
[330] *Ibidem,* p.414.
[331] MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal – Parte General.* Buenos Aires: IBdeF editorial, 2005, p.181.

seja, o crime econômico.

Em tempos modernos, nos quais se preza por valores como a dignidade da pessoa humana, o Direito Penal assume o caráter de *ultima ratio*, correspondendo à idéia de intervenção mínima e respeito aos direitos fundamentais dos indivíduos. De acordo com o princípio da responsabilidade subjetiva ou da culpabilidade, para que um agente possa ser responsabilizado, não basta a existência de um nexo causal capaz de ligar a ação ao resultado provocado. Para que um crime reste configurado, é necessário estar diante de um fato típico e ilícito, cujo agente possa ser objeto de um juízo de reprovabilidade.

Significa, portanto, que a ação, além de ser contrária ao Direito, deve, também, ser previamente reconhecida ou potencialmente identificada como tal, e motivada por um querer agir livre e consciente voltado à obtenção de uma dada finalidade, em circunstâncias que possibilitavam ao agente atuar em conformidade com a ordem jurídica e ele, ainda assim, não o fez.

2.4.2.1 Análise do tema à luz do Princípio da Culpabilidade. Incongruência entre a imputação da responsabilidade penal à pessoa moral e a máxima extraída deste princípio. Culpabilidade estrita. Estudo sobre a subsunção dos seus elementos à pessoa jurídica

Superando-se a abordagem com enfoque no elemento da ação *vontade*, ao se tratar do tema da capacidade de ação e o requisito volitivo que lhe é intrínseco, impossível não se fazer menção a respeito do princípio da culpabilidade, reinante no Direito Penal moderno. Isto permitirá a posterior averiguação no que tange à repercussão de tal princípio na questão da responsabilidade penal da pessoa moral (que, apesar de lhe serem feitas repetidas menções, será estudada com maior atenção em ponto posterior específico).

O princípio da culpabilidade se coaduna com uma perspectiva penal garantista e constitucionalista, uma vez que o respeito à tutela de tal garantia protege o indivíduo do *jus puniendi* estatal, impedindo a demasiada e inconseqüente invasão à esfera de liberdade individual, criando diversos "filtros" que antecedem a satisfação à pretensão punitiva. Trata-se, pois, de mais um elemento que consagra o Direito Penal enquanto *ultima ratio*, ou seja, última esfera de controle social.

Para a devida exposição do assunto, faz-se necessário apresentar breve conceito do princípio, ora debatido, uma vez que, *a posteriori*, far-se-á menção ao elemento da teoria analítica do delito que recebe a mesma denominação, qual seja, a culpabilidade, e, de tal maneira, o entendimento da aplicação prática deste princípio é evidente. Portanto, para tal conceituação, têm-

se os ensinamentos de Santiago Mir Puig, que trilham o mesmo sentido do quanto exposto até o presente momento:

> *En su **sentido más amplio** el término <<culpabilidad>> se contrapone al de <<inocencia>>. En este sentido, bajo la expresión <<principio de culpabilidad>> pueden incluirse diferentes límites del Ius puniendi, que tienen de común exigir, como presupuesto de la pena, que pueda <<culparse>> a quien la sufra del hecho que la motiva."*[332] (Grifos no original).

Tal peculiar característica do Direito Penal constitui verdadeiro obstáculo à responsabilidade penal da pessoa jurídica – que, como dito, merecerá maior enfoque em ponto posterior – uma vez que a admitir seria violar o princípio da culpabilidade, pois não há como se discutir dolo ou culpa em uma ficção jurídica. Admitir uma culpa própria da pessoa coletiva, além de violar tal princípio, configuraria arriscado precedente no âmbito de tal ramo do Direito Público que, de certo modo, seria desnaturado em um dos seus principais aspectos.

Além da aplicação dos elementos integrantes da culpabilidade às pessoas físicas, cumpre tratar da consideração dos mesmos no tocante às pessoas jurídicas. A dificuldade em fazê-lo, nestas duas esferas de incidência, foi prevista por Gérson Pereira dos Santos:

> Tem sido enfatizada a dificuldade de distinguir entre a criminalidade (o vocábulo é usado no sentido também criminológico e sociológico) dos empresários – pessoas físicas – e das empresas – pessoas jurídicas –, já que uns e outras visam os negócios usurários. Em ambos os casos, os desvios profissionais apresentam-se como uma forma especial de descaso à lei, à ordem, à autoridade.[333]

Sobre o quanto importado, é de extrema relevância que se atente ao fato de que, apesar de poder haver a devida distinção entre a criminalidade da pessoa física e da pessoa jurídica, para qualquer delas, a culpabilidade deveria (caso fosse concebível a responsabilização da pessoa jurídica no âmbito penal) impor limites ao poder de intervenção do Estado, uma vez que atenderá a todo e qualquer sujeito de acordo com o princípio da isonomia. Sob este viés, parafraseando Jorge de Figueiredo Dias[334], a culpabilidade implicaria numa incondicional proibição de excesso, na vigência do Estado Democrático de Direito.

Cumpre ressaltar, porém, que a dificuldade em igualar a responsabilidade das pessoas jurídicas à das físicas, sob o argumento da impossibilidade de manifestação de vontade (tratado anteriormente) e conseqüente inimputabilidade daquelas, não configura

---

[332] MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal – Parte General.* Buenos Aires: IBdeF editorial, 2005, p.132.
[333] SANTOS, Gérson Pereira dos. *Direito Penal Econômico.* São Paulo: Saraiva, 1981, p.116.
[334] DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais de Direito Penal revisitadas*. São Paulo*:* Revista dos Tribunais, 1999, *passim.*

atividade tão forçosa, como bem destaca Maria Celeste Cordeiro Leite Santos:

> A chamada "pessoa física" não é, portanto, um indivíduo, mas a unidade personificada das normas jurídicas que obrigam e conferem poderes a um e mesmo indivíduo. Não é uma realidade natural, mas uma construção criada pela Ciência do Direito, um conceito auxiliar na descrição de fatos juridicamente relevantes. Neste sentido, a chamada "pessoa física" é também uma "pessoa jurídica" (*juristiche Person).* [335]

Tal entendimento encontra larga resistência doutrinária, constituindo um dos maiores temas de debate no cenário jurídico, entretanto, o seu estudo é indispensável diante da realidade moderna e da atual necessidade em delimitar o alcance da culpabilidade em tais casos como meio de se preservar, em última análise, a própria segurança jurídica e a legitimação do direito estatal de punir as práticas ilícitas, uma vez que a culpabilidade configura verdadeiro limite garantista ao exercício do *jus puniendi.*

Diante disto, como se vem exibindo até este momento, indispensável é o estudo da aplicação do princípio da culpabilidade não só à pessoa física, como também à pessoa jurídica. Entretanto, ao contrário da semelhança prevista por Maria Celeste Cordeiro Santos, a tarefa de compatibilizar os elementos ligados a tal princípio é ainda mais difícil e controversa quando se trata do ente coletivo, como bem assevera Bitencourt:

> Pode-se afirmar, de uma forma genérica, que estará presente a imputabilidade, segundo o Direito Penal brasileiro, toda vez que o agente apresentar condições de normalidade e maturidade psíquica. "Maturidade" e "alterações psíquicas" são atributos exclusivos da pessoa natural e, por conseqüência, impossível de serem trasladados para a pessoa fictícia. Enfim, a pessoa jurídica carece de "maturidade e higidez mental", logo, é 'inimputável'. [336]

Posteriormente, no que tange à análise de outro elemento componente da culpabilidade, o supramencionado autor ainda ressalta que, apesar de ser possível, ao menos em tese, associar a exigibilidade de conduta diversa à pessoa jurídica, tal análise fica afastada por ter como pressuposto a verificabilidade dos demais elementos da culpabilidade, estes incompatíveis com a responsabilização de tal ficção jurídica.

Vale dizer que, segundo Tiedemann[337], diante da controvérsia a respeito da

---

[335] SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. A Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica. *In:* Gomes, Luiz Flávio (Coord.). *Coleção Temas Atuais de Direito Criminal – Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica e Medidas Provisórias e Direito Penal*. v.2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p.113.

[336] BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado. Parte Geral*. São Paulo: Saraiva, 2008, p.63.

[337] TIEDMANN, Klaus. Presente y Futuro del Derecho Penal Económico. *In: Hacia um Derecho Penal Económico Europeo. Jornadas em honor Del Profesor Klaus Tiedemann.* Madrid: Boletín del Estado, 1995,

culpabilidade e responsabilização da pessoa moral, já é possível observar uma tendência européia em se criar uma espécie própria de culpa para estes casos, baseada não só em critérios de Direito Penal, como também em características próprias de Direito Privado. Desta forma, o autor indica:

> *Ciertamente, muchas de las jurisdicciones continúan entendiendo la culpabilidad en derecho penal como un reproche moral, pretendiendo que tal reproche no puede hacerse respecto a las personas morales. La responsabilidad penal en el sentido de "respuesta" negativa a las normas jurídicas no podría ser dada , según esta opinión, más que por individuos que por sí solos podrían abusar de su libertad de pronunciarce a favor o en contra del derecho. Sin embargo,* ***nada impide considerar a las personas morales como destinatarias de normas jurídicas revestidas de un carácter ético*** *(supra, 13)* ***y como ente en situación de violar estas normas. De esta manera, la organización correcta de la persona jurídica es el deber de ella misma, no únicamente de las personas físicas, como lo pretende Schünemann. De ahí el concepto de culpa propria de la persona jurídica.***[338] (grifos nossos).

Em posicionamento diverso, determinado setor doutrinário[339] entende que a responsabilidade só pode recair sobre a pessoa física que integra a organização da pessoa moral correspondente, uma vez que, dificilmente, haverá uniformidade de desígnios em relação àqueles que a administram. Indo de encontro a tal posicionamento, poder-se-ia entender que, em se tratando a pessoa jurídica de ficção representada por uma cúpula formada por pessoas físicas, ter-se-ia desígnio único, a partir do momento em que se acordara a tomada de decisão, uniformizando o posicionamento do grupo. Porém, isto não deve perdurar.

De certo modo, assiste razão ao posicionamento mencionado, porém não se pode olvidar que a criminalidade refinada, mais conhecida como criminalidade de colarinho brando – traço marcante do cenário moderno – normalmente, tem como protagonistas sócios de cúpula empresarial que exercem as atividades delitivas por meio de seus prepostos que, em muitas vezes, agem de boa-fé[340].

Afastar a equiparação de tais desígnios significa dizer que falta à pessoa jurídica a capacidade "natural" de ação (como já foi demonstrado em linhas anteriores), bem como a capacidade de culpabilidade.[341]

---

p.39.

[338] *Ibidem,* p.40.

[339] Neste sentido, conferir: FRONTINI, Paulo Salvador. Crime econômico por meio da empresa. Relevância da omissão causal. *Revista de Direito Mercantil*, vol. 5, Ano XI.

[340] PIMENTEL, Manoel Pedro. *Direito Penal Econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974, p.29.

[341] BITENCOURT, Cezar Roberto; CONDE, Francisco Muñoz. *Teoria Geral do Delito.* São Paulo: Saraiva,

Ao prever um conceito próprio de culpa a ser aplicado à pessoa jurídica, Tiedemann não resolve satisfatoriamente as implicações decorrentes da adoção de critérios autônomos de culpa entre as pessoas física e jurídica, pois não chega à conclusão do alcance da responsabilização no sistema de imputação mista:

> *Queda para resolver la cuestión de saber que autor material puede poner en marcha, en este modelo de responsabilidad cumulativa, la responsabilidad de agrupación. Si con la excepción de los delitos especiales, cada persona física que realiza la acción o la omisión descrita por la ley penal puede ser castigado como autor, entonces son necessarios criterios adicionales para saber que es lo que puede comprometer la responsabilidad de la persona moral que llegaría a ser de alguna forma coautora.*[342]

Por conta do frágil aspecto teórico supra indicado, a corrente doutrinária que defende a possibilidade de responsabilização da pessoa jurídica sofre severas críticas, dentre as quais vale ressaltar o quanto sustentado por João Mestieri[343], posicionamento que se coaduna com o quanto sustentado até o presente momento nesta tese:

> A pessoa jurídica não pode ser sujeito ativo por ser incapaz de ação e, ainda, de culpabilidade. Pelos atos delitivos praticados em nome da sociedade respondem os indivíduos diretamente responsáveis pelos fatos incriminados; jamais todos os diretores, como já se pretendeu no direito penal econômico brasileiro, mas apenas aquele ou aqueles que efetivamente contribuíram para o fato delituoso e na medida da culpabilidade de cada um (art. 29 do Código Penal).

Em suas lições, Maria Celeste Cordeiro Santos tenta solucionar tal impasse e, utilizando-se do quanto defendido por Bacigalupo, ressalta que:

> Bacigalupo sintetiza os modelos que denomina de: "forma imprópria", "forma própria indireta" e "forma própria direta". A primeira consistiria em estender à pessoa jurídica as conseqüências econômicas (multa e indenização) pelo delito cometido por uma pessoa física que tivesse atuado em nome e interesse daquela, de forma tal que a sociedade fosse condenada solidariamente, sem prejuízo da possível repetição contra a pessoa física pessoalmente responsável. Esse sistema é o seguido na Bélgica e na Itália. Segundo a fórmula 'própria indireta', se permitirá não só exigir a responsabilidade penal da pessoa jurídica, mas também da pessoa natural. Sistema seguido pela Dinamarca, Grécia, Irlanda e Reino Unido. Na fórmula "própria direta" se perseguirá e sancionará de maneira imediata a pessoa

---

2000, p.48.

[342] TIEDMANN, Klaus. Presente y Futuro del Derecho Penal Económico. *In: Hacia um Derecho Penal Económico Europeo. Jornadas em honor Del Profesor Klaus Tiedemann.* Madrid: Boletín del Estado, 1995, p.43.

[343] MESTIERI, João. *Manual de Direito Penal*. Parte geral. v.I. Rio de Janeiro: Ed Forense, 1996, p.122.

> jurídica, sem que disso resulte condicionada a responsabilidade do representante. Sem prejuízo, ainda, de que a pessoa natural resulte igualmente sancionada, sistema seguido pela Holanda.[344]

Entretanto, a utilização de tais modelos não resolve, satisfatoriamente, a questão em debate, pois ainda resta inconsistente a distinção entre eles quanto ao alcance da responsabilidade da pessoa física e da jurídica de acordo com a aplicação do princípio da culpabilidade e de forma a afastar a responsabilidade objetiva como requisito à aplicação da pena em tais casos.

Vale ressaltar, ainda, que, se já é controversa a aplicação da noção de culpabilidade às pessoas jurídicas de direito privado, é ainda mais custoso e polêmico o emprego de tais institutos quando os delitos praticados por pessoa jurídica de direito público.

Após esta exposição, dever-se-á passar ao estudo, especificamente, da responsabilidade penal da pessoa jurídica e a análise das sanções aplicáveis, com atinência à função da pena, assunto concernente à política criminal.

2.4.3 Responsabilidade da penal pessoa jurídica. Cotejo entre a responsabilidade objetiva e subjetiva. Aplicação no Direito Brasileiro. Entendimento doutrinário e jurisprudencial

Diante da evolução do pensamento quanto à possibilidade de responsabilização da pessoa jurídica, ainda hoje, há divergência, de forma que, conforme destaca Bitencourt[345], nos países de origem romano-germânica, vigora o princípio *societas delinquere non potest*, que não aceita a punibilidade penal das pessoas jurídicas diante da incompatibilidade com os institutos dogmáticos da ação, da culpabilidade (ambos já estudados) e da função e natureza da sanção penal, admitindo apenas a punibilidade administrativa ou civil, enquanto que, nos países anglo-saxões, vige o princípio da *common law*, que admite a responsabilidade penal da pessoa jurídica.

Neste sentido, insta observar que, no que tange ao Direito Brasileiro, o Direito Privado, há mais tempo, já se ocupa de ordenar a matéria no tocante à pessoa jurídica. A grande crítica que se faz, porém, é quanto à impossibilidade de transpor a utilização do conceito aplicado no Direito Privado, para o âmbito do Direito Penal, pois tal aplicação traria consigo vestígios de princípios e de características próprias daquele e que seriam inaplicáveis para este último. Dentre tais princípios e características, merece destaque a responsabilidade objetiva (mencionada alhures),

---

[344] SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. A Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica. *In:* Gomes, Luiz Flávio (Coord.). *Coleção Temas Atuais de Direito Criminal – Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica e Medidas Provisórias e Direito Penal*. v.2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p.111.
[345] *Ibidem,* p.51-52.

que há muito foi banida pelo Direito Penal e, agora, pode configurar uma ameaça, no caso de ser reconsiderada a sua aplicação neste ramo do Direito, com a institucionalização da responsabilidade da pessoa jurídica.

A grande polêmica em torno da responsabilidade da pessoa jurídica remonta, como já foi dito, a necessidade de compatibilização da carência de efetiva tutela da criminalidade moderna, marcada pelos delitos econômicos, com conceitos tradicionalmente assentados – ou mesmo cristalizados – na doutrina jurídica, principalmente, oriundos do Direito Privado. Tal problema foi previsto por Tiedemann:

> *Las dificultades dogmáticas tradicionales para acoger penalmente la criminalidad de las agrupaciones reside en el contenido de nociones fundamentales de la doctrina penal: acción, culpabilidad, capacidad penal. A primera vista, la acción en Derecho Penal siempre está ligada al comportamento humano, y la culpabilidad, o culpa, parece significar un reproche ético o moral que estaría excluido en el caso de las agrupaciones, las cuales, en excesso, no podrían ser las destinatarias, o sujetos passivos, de penas criminales con su finalidad a la vez preventiva y retributiva. Estas dificultades son evidentemente mucho menos graves cuando no se aplican verdaderas penas respecto a las agrupaciones, sino unas sanciones medio – o casi-penales donde las categorías y principios pueden ser flexibilizados o alargados.*[346]

No Direito Penal, vigia, tradicionalmente, a máxima *societas delinquere non potest*. É dizer, a pessoa jurídica não pode cometer crimes.[347] No Brasil, com o advento da Constituição de 1988 e com a Lei 9605/98, pode-se afirmar que, do ponto de vista positivo-normativo, a pessoa jurídica, atualmente, só pode cometer crimes ambientais.

O assunto, como já afirmado em linhas anteriores, enseja grandes debates, havendo aqueles que, interpretando isoladamente o dispositivo legal (o que será abordado adiante), defendam, em posicionamento diverso, dever-se atribuir à pessoa jurídica a responsabilidade penal. Um dos argumentos favoráveis a esta corrente de juristas é que, através da imputação da responsabilidade penal ao ente coletivo, evitar-se-ia o abuso da denúncia indiscriminada contra as

---

[346] TIEDEMANN, Klaus. Responsabilidad penal de las personas jurídicas y empresas en el Derecho comparado. *In*: Gomes, Luiz Flávio (Coord.). *Coleção Temas Atuais de Direito Criminal – Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica e Medidas Provisórias e Direito Penal*. v.2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p.36.

[347] A despeito disso, a Constituição Federal de 1988, para alguns, teria consagrado a responsabilidade penal da pessoa jurídica nos crimes ambientais, haja vista a redação do art. 225, parágrafo 3º. Não parece correto esse posicionamento. De fato, cotejando-se o art. 225, parágrafo 3º com o 173, parágrafo 5º, forçoso é convir que a pessoa jurídica carece de capacidade de ação, de culpabilidade e, assim, não pode, no plano lógico, ser responsabilizada penalmente pelos seus atos. Sobre o assunto, recomendam-se as seguintes obras: Luiz Regis Prado (Coord.) *Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica* e Luiz Flávio Gomes (Coord.) *Responsabilidade Penal das Pessoas Jurídicas e Medidas Provisórias e Direito Penal.*

pessoas físicas (no caso, a denúncia genérica). A este respeito, obtempera José Faria Costa, literalmente:

> Em síntese: estamos, quando se olha este preciso domínio, no reino infernal a que alguns já chamaram de *diabolica probatio.* Conhecem-se os resultados penalmente desvaliosos mas o que se não consegue é encontrar os seus actores (autores). Por isso, ou também por isso, é que se sustenta a bondade de uma responsabilidade penal das pessoas colectivas.[348]

Porém, tal corrente não supera os argumentos contrários – que já foram abordados em ponto imediatamente anterior, porém que merecem nova menção – e, destarte, não deve perdurar no mundo jurídico. Isso porque, em posicionamento acertado, tem-se, dentre outros argumentos, que a culpabilidade consagra a responsabilidade subjetiva, uma vez que "a capacidade de ação e de culpabilidade exige a presença de uma vontade, entendida como faculdade psíquica da pessoa individual, que somente o ser humano pode ter". [349]

A responsabilidade objetiva, por sua vez, impõe tão somente a análise da relação causa-efeito, ora defendida sob a perspectiva positivista e cientificista do causalismo, uma vez que a *vontade*, cientificamente, não podia ser comprovada. Ocorre que a responsabilidade objetiva não é compatível com os princípios e garantias de Direito Penal e há muito já foi banida de tal âmbito, como já mencionado anteriormente.

Neste sentido, manifesta-se Manoel Pedro Pimentel:

> O Direito penal tradicional, já vimos, não aceita o princípio da responsabilidade objetiva. As sanções penais típicas (pena restritiva da liberdade e medida de segurança) são aplicáveis apenas aos agentes culpados, isto é, que tenham praticado o delito, pelo menos, a título de culpa em sentido estrito. Firme a posição da doutrina na afirmação do princípio da responsabilidade subjetiva.[350]

Sobre a responsabilidade no Direito Penal, vale, ainda, mencionar o quanto defendido por Zaffaroni e Pierangeli, que relacionam, também, a problemática da lesão ao princípio da culpabilidade (outrora trabalhado):

> Todo direito penal primitivo caracteriza-se por responsabilizar fundamentalmente em razão da produção de um resultado e raramente dar importância ao aspecto subjetivo da conduta. A imputação da produção de um resultado, fundada na causação dele, é o que se chama de responsabilidade objetiva. A "responsabilidade objetiva" é a forma de violar

[348] COSTA, José de Faria. *Direito Penal Económico.* Coimbra: Quarteto, 2003. p.53
[349] BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado. Parte Geral*. São Paulo: Saraiva, 2008, p.60.
[350] PIMENTEL, Manoel Pedro. *Direito Penal Econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974, p.70.

> o princípio de que não há delito sem culpa, isto é, diz respeito a uma terceira forma de tipicidade, que se configuraria com a proibição de uma conduta pela mera causação de um resultado, sem exigir-se que esta causação tenha ocorrido dolosa ou culposamente.[351]

Em defesa ao posicionamento de que se deveria atribuir responsabilidade penal à pessoa jurídica (como ocorre nos países sob a vigência da *common law*), pode-se citar o atual direcionamento do Tribunal constitucional federal alemão, favorável à responsabilização da pessoa jurídica, trazido por Klaus Tiedemann[352]:

> *Tradicionalmente, parece muy difícil imputar a una persona, o a una entidad jurídica, la culpa de outra persona. En lo concerniente a los autores físicos es el princípio (procedente del Derecho Constitucional) de culpabilidad el que prohibe, fuera del mundo anglosajón, tal imputación: La culpa debe ser la propia culpa de la persona a condenar. Sin embargo, teniendo en cuenta las agrupaciones el Tribunal constitucional federal alemán no ha vacilado en declarar la possibilidad, desde el punto de vista constitucional, de imputar la culpa de una persona física a la persona moral (caso Bertelsmann).*

Tal autor destaca, ainda, que o posicionamento colacionado também se faz presente em outros ordenamentos, no que diz: *"Los ordenamientos jurídicos de Estados Unidos, Japón, Países Bajos, Noruega etc. por su parte, señalan que es esta falta de organización la que hace posible las infraciones en favor de la agrupación y determina la responsabilidad penal."*[353]

Quanto ao ordenamento jurídico brasileiro, as dificuldades de se condenar a pessoa jurídica por ato praticado pelos seus gestores não foram superadas, causando situação controversa na prática penal. Cumpre ressaltar que a individualização da culpabilidade, sobretudo no sistema de imputação mista, não só resta polêmica no âmbito jurídico-doutrinário, como também desencadeia grave divergência jurisprudencial, provocando insegurança jurídica no ordenamento pátrio. Neste sentido, vale colacionar contraditórias decisões jurisprudenciais do Supremo Tribunal Federal, todas proferidas durante o mesmo ano, inclusive pelo **mesmo relator**:

> [...] Crimes contra a ordem tributária (Lei no 8.137, de 1990). Crime societário. 2. **Alegada inépcia da denúncia, por ausência de indicação da conduta individualizada dos acusados. 3. Tratando-se de crimes societários, não é inepta a denúncia em razão da mera ausência de**

[351] ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. v.1. Parte Geral. São Paulo: RT, 2007, p.522-523.

[352] TIEDEMANN, Klaus. Responsabilidad penal de las personas jurídicas y empresas en el Derecho comparado. *In*: Gomes, Luiz Flávio (Coord.). *Coleção Temas Atuais de Direito Criminal – Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica e Medidas Provisórias e Direito Penal*. v.2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p.38.

[353] *Ibidem,* p.38.

> **indicação individualizada da conduta de cada indiciado. 4. Configura condição de admissibilidade da denúncia em crimes societários a indicação de que os acusados sejam de algum modo responsáveis pela condução da sociedade comercial sob a qual foram supostamente praticados os delitos** [...].[354]

E, em sentido diametralmente oposto:

> [...] Em crimes societários, a orientação desta Corte é no sentido de ser apta a denúncia que indicou a participação e/ou a responsabilidade dos acusados quanto à condução da sociedade comercial em nome da qual tenham sido supostamente praticados os delitos [...] 7. Ocorre que, no caso concreto, **a denúncia não descreveu as condutas imputadas, nem indicou, de modo minudenciado, a participação individual dos denunciados. 8. Concessão da ordem de ofício** (CPP, arts. 647 e 654, § 2º), **para que seja trancada a ação penal, por inépcia da denúncia, cuja formulação é manifestamente genérica**.[355]

Vale dizer que, atualmente, as decisões dos Tribunais vêm se firmando no sentido de reconhecer – acertadamente – a inépcia da denúncia nos casos de crimes praticados por pessoa jurídica em que não há oferecimento de denúncia contra a pessoa física, pormenorizando a sua respectiva conduta, como é demonstrado a seguir:

> [...] Crime societário. 2. Alegada inépcia da denúncia, por ausência de indicação da conduta individualizada dos acusados. 3. **Mudança de orientação jurisprudencial, que, no caso de crimes societários, entendia ser apta a denúncia que não individualizasse as condutas de cada indiciado, bastando a indicação de que os acusados fossem de algum modo responsáveis pela condução da sociedade comercial sob a qual foram supostamente praticados os delitos**. [...] 4. **Necessidade de individualização das respectivas condutas dos indiciados.** 5. Observância dos princípios do devido processo legal (CF, art. 5o, LIV), da ampla defesa, contraditório (CF, art. 5o, LV) e da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1o, III) [...].[356]

Como se pode observar, ainda há muito que se discutir acerca da matéria e uma uniformização do posicionamento ainda parece longínqua. Porém, como se tem sustentado nesta tese, a responsabilização penal da pessoa jurídica não deverá perdurar no âmbito jurídico brasileiro,

---

[354] STF, HC 86294/SP, 2ª Turma, Rel.Min. Gilmar Mendes, DJ 03.02.2006, p.89. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 24/09/2009.

[355] STF, HC 89105/PE, 2ª Turma, Min. Rel. Gilmar Mendes, DJ 06/11/2006, p.51. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 24/09/2009.

[356] STF, HC 87768/RJ, 2ª Turma, Rel. Min. Eros Grau, DJ 27.10.2006, p.63. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 24/09/2009.

ao passo que é incompatível com o ordenamento pátrio. Reforçando tal afirmativa, passar-se-á à exposição dos dispositivos legais que, em tese – e erroneamente – justificariam a responsabilização da pessoa coletiva, quando interpretado de forma isolada ao complexo jurídico.

2.4.3.1 Princípio da pessoalidade da sanção penal. Conflito aparente de normas. Análise dos dispositivos constitucionais que abordam a matéria. Recorrência à teoria do Ordenamento Jurídica, a fim de que se dê a solução da problemática. Utilização da dupla imputação

A divergência interpretativa decorre do aparente conflito normativo entre o princípio da pessoalidade da sanção penal, garantia constitucional disposta como diretriz do ordenamento jurídico pátrio no art. 5° da Magna Carta, e o quanto disposto pelos arts. 225, em seu § 3°, e 173, em seu § 5°, ambos da Carta Constitucional. Seguem, *in verbis*, os referidos dispositivos legais:

> Art. 5°, XLV - **nenhuma pena passará da pessoa do condenado**, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido;
>
> Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá- lo para as presentes e futuras gerações.
>
> [...]
>
> § 3º - As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente **sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.**
>
> Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.
>
> [...]
>
> § 5º - **A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza**, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular.

(grifos nossos).

No que tange aos artigos da Constituição colacionados acima, deve-se fazer breve adendo com o intuito de demonstrarem-se lesões a princípios que devem ser levados em conta no Direito Penal, na hipótese de considerar-se a pessoa jurídica penalmente responsável, há que se abordar, primeiramente, a respeito do princípio da pessoalidade da pena.

Tal princípio que, por muito tempo, fora esquecido pela doutrina penal, transporta a idéia de que as penas a serem aplicadas não deverão passar da pessoa que, de forma dolosa ou culposa, cometera o delito. Como cediço, em tempos remotos, poder-se-ia considerar a transcendência da aplicação da pena à pessoa do infrator, uma vez que os seus familiares (e/ou pessoas ligadas ao mesmo) poderiam sofrer a reprimenda penal, em decorrência de ato praticado por ele. Para ilustrar tal colocação, insta colacionar o quanto obtemperado por Nilo Batista:

> Numa antiga legislação da babilônia, editada pelo rei Hammurabi (1728-1686 a.C.), encontramos que, se um pedreiro construísse uma casa sem fortificá-la e a mesma, desabando, matasse o morador, o pedreiro seria morto: mas se também morresse o filho do morador, também o filho do pedreiro seria morto. Imaginemos um julgamento 'modernizado' desse pedreiro: de nada lhe adiantaria ter observado as regras usuais nas construções de uma casa, ou pretender associar o desabamento a um fenômeno sísmico natural (uma acomodação do terreno, por exemplo) fortuito e imprevisível. A casa desabou e matou o morador: segue-se sua responsabilidade penal. Não deixemos de imaginar, igualmente, o julgamento do filho do pedreiro. A casa construída por seu pai desabou e matou o morador e seu filho: segue-se sua responsabilidade penal. A responsabilidade penal, pois, estava associada tão-só a um fato objetivo e não se concentrava sequer em quem houvesse determinado tal fato objetivo. Era, pois, uma responsabilidade *objetiva e difusa*[357].

Por óbvio, isto não vigora mais em nosso ordenamento pátrio. Pelo contrário. Como se mostrou acima, atualmente, o princípio da responsabilidade subjetiva do Direito Penal repercutiu na responsabilização pessoal do infrator. Ainda mais, isto passou a ser matéria de dispositivo constitucional, como se pode observar a partir da leitura do texto transcrito acima.

Passando adiante, há que se observar que, em princípio, uma análise precipitada pode levar a crer que a Constituição, ao tratar do Meio Ambiente, no art. 225, § 3°, consagrou a responsabilidade penal da pessoa jurídica. Entretanto, valendo-se de uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico, fácil é chegar à conclusão de que não há contradição alguma entre este dispositivo e o princípio da pessoalidade da sanção penal, conforme será demonstrado a seguir.

[357] BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro.* Rio de Janeiro: Revan, 2007, p.102.

Mais explicitamente, não se pode fazer interpretação do texto constitucional colacionado de maneira isolada. Muito pelo contrário. Há que se subsumir a exegese do dispositivo à idéia global do legislador constitucional, a qual se perfaz ao longo de todo o texto da Carta Magna, uma vez que a coerência entre as normas emanadas da Lei Maior é essencial para a sustentação do ordenamento pátrio. Para que se torne isto possível, dever-se-á fazer breve pontuação acerca dos dispositivos constitucionais cabíveis a tal fundamentação.

Partindo-se, como citado acima, à análise do elo que deve ser exposto entre as normas contidas na Constituição Federal, torna-se impossível não se recair nos estudos desenvolvidos por Norbeto Bobbio, nos quais o autor delinea a Teoria dos Ordenamentos Jurídicos, quando afirma que "as normas jurídicas nunca existem isoladas, mas sempre em um contexto de normas com relações particulares entre si"[358]. A partir deste pensamento, pode-se inferir que estas relações (às quais se refere Bobbio) mantidas entre as normas constituem o que se denomina de Ordenamento Jurídico, o qual é objeto essencial ao estudo que se pretende fazer neste ponto.

Através dos ensinamentos de Bobbio, outrora colacionados, pode-se perceber o incorrimento em erro da maioria dos estudiosos do Direito, uma vez que se atêm a interpretação da norma de forma única, isolada, o que não deveria ocorrer, como se observa. Dever-se-á partir da análise de uma norma, como sendo esta última parte integrante de um todo, qual seja, o ordenamento jurídico que consiste em "um todo mais vasto que a compreende"[359].

Isto posto, fica explícito o problema daqueles que aceitam a criminalização das pessoas morais. Incorrem em tal equívoco, uma vez que tentam transformar o Direito – de forma extremamente prejudicial – num instrumento estatal inamovível. Desta forma, a ciência jurídica e a sua prática seriam desvirtuadas da real finalidade que têm. Para que isto seja exercido, note-se, a ciência do Direito deverá encontrar-se em constante renovação.

Caso isso não ocorra, por exemplo, conduzir-se-ia o Direito a sérios problemas, especialmente quando se observa o fato de duas normas particularizadas do Ordenamento (e contraditórias entre si) subsumirem-se a um mesmo fato, fenômeno conhecido como antinomia.

A esse respeito, é importante que se importem as palavras de Bobbio:

> [...] uma determinada norma se torna eficaz a partir de uma complexa organização que determina a natureza e a entidade das sanções, as pessoas que devem exercê-las e a sua execução. Essa organização complexa é o produto de um ordenamento jurídico. Significa, portanto, que uma

[358] BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico.* 10.ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999, p.19.
[359] *Ibidem,* p.20.

> definição satisfatória do Direito só é possível se nos colocarmos do ponto de vista do ordenamento jurídico.[360]

Superado, portanto, o breve conceito de Ordenamento Jurídico (que se faz necessário e cabível à apresentação deste ponto neste trabalho), dever-se-á observar que, no intuito de manutenção da Ordem Jurídica, é ululante a necessidade de que se averigúe a devida coerência entre as normas, havendo, de fato, uma unidade que permite a ideal sustentação do complexo jurídico-normativo. Desta unidade, pode-se inferir que se trata da característica de que todas as normas, pertencentes ao Ordenamento Jurídico, deverão emanar de uma mesma fonte[361]. A partir disto, poder-se-á constatar as suas respectivas validades jurídicas.

Insta observar que, apesar de irradiarem de um ponto comum, as normas, em análise particular, comporão o Ordenamento que é pleno, total, e, deste modo, permite que haja a variedade de normas para regular as diferentes situações da vida.

Noutro passo, cumpre demonstrar o que viria a ser a mencionada coerência que se pode identificar no Ordenamento. Este elemento fundamental do Ordenamento Jurídico implica em se pensar que haveria um ambiente harmônico entre as normas, no qual estas poderiam coexistir sem que houvesse impasses nas suas hermenêutica e aplicação.

Deste modo, não se poderia cogitar a existência de contradição entre as normas pertencentes a um mesmo complexo jurídico.

Portanto, é importante que se observe que, em um Ordenamento Jurídico que se pretenda assumir a característica de Ordem propriamente dita, não se poderia falar em ocorrência de antinomias, uma vez que esta seria a comprovação de insustentabilidade do Ordenamento nele próprio. Ao revés, para que se tenha a questão solucionada, dever-se-á utilizar a correta interpretação das normas aplicáveis ao caso particularizado. Mais uma vez, portanto, demonstra-se a necessidade de que se faça a interpretação sistemática dos dispositivos constitucionais.

Caso fosse consagrada a responsabilidade penal da pessoa jurídica (no dispositivo constitucional referido) jamais seria condição ao oferecimento da denúncia, nos casos de crimes societários, a dupla imputação, ocasião em que não só se exige a indicação das pessoas físicas que concorreram para a atividade delitiva, como também é necessária a disposição pormenorizada da quota de participação de cada uma delas, vedando-se a denúncia genérica. Não teria sentido impor ao *parquet* tal necessidade se a pessoa jurídica fosse dotada de responsabilidade penal autônoma. Assim, manifesta-se o Supremo Tribunal Federal:

---

[360] *Ibidem*, p.22.
[361] BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico.* 10.ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999, p.48.

> [...] No caso de crime contra o sistema financeiro nacional ou de outro dito "crime societário", é inepta a denúncia genérica, que omite descrição de comportamento típico e sua **atribuição a autor individualizado**, na condição de diretor ou administrador de empresa.[362]

Neste sentido, também, o Superior Tribunal de Justiça:

> [...] A pessoa jurídica só pode ser responsabilizada quando houver intervenção de uma pessoa física, que atua em nome e em benefício do ente moral. [...] A ausência de identificação das pessoa físicas que, atuando em nome e proveito da pessoa jurídica, participaram do evento delituoso, inviabiliza o recebimento da exordial acusatória.[363]
>
> [...] Admite-se a responsabilidade penal da pessoa jurídica em crimes ambientais desde que haja a imputação simultânea do ente moral e da pessoa física que atua em seu nome ou em seu benefício [...].[364]

A necessidade da dupla imputação, sob pena de inépcia da denúncia, significa que não se pode equiparar à vontade daqueles que integram a pessoa jurídica o suposto "desígnio" do ente fictício. De acordo com o sistema da dupla imputação, difundido por David Baigún, esclarece Maria Celeste Cordeiro Santos, ao analisar a obra do referido autor:

> David Baigún preconiza a criação de um sistema denominado de dupla imputação, definindo a coexistência de duas vias de imputação quando se comete um delito por parte do ente coletivo: uma dirigida à pessoa física e outra às pessoas naturais que a integram. Para as pessoas jurídicas a responsabilidade aplica-se mediante um novo sistema.[365]

Diante disto, vale mencionar o quanto disposto por Bitencourt, que atenta para os efeitos negativos da errônea institucionalização de uma responsabilidade penal da pessoa jurídica ao tratar do assunto:

> [...] corre-se o risco de termos de nos contentar com uma pura *penalização formal das pessoas jurídicas* que, ante a dificuldade probatória e operacional, esgotaria a real atividade judiciária, em mais uma comprovação da *função simbólica* do Direito Penal.[366]

Observa-se, portanto, que a responsabilização penal da pessoa jurídica corresponde

---

[362] STF, HC 83301/RS, 1ª Turma, Min. Rel. Marco Aurélio, DJ 06/08/2004, p.41. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 24/09/2009.
[363] STJ, REsp 610114/RN, 5ª Turma, Rel. Min. Gilson Dipp, DJ 19/12/2005 p.463. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 24/09/2009.
[364] STJ, RMS 20601/SP, **5ª Turma**, Rel. Min. **Felix Fisher**, DJ 14/08/2006 p.304. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 24/09/2009.
[365] SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. A Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica. *In:* Gomes, Luiz Flávio (Coord.). *Coleção Temas Atuais de Direito Criminal – Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica e Medidas Provisórias e Direito Penal*. v.2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p.111.
[366] BITENCOURT, Cezar Roberto; CONDE, Francisco Muñoz. *Teoria Geral do Delito.* São Paulo: Saraiva, 2000, p.50.

a um raciocínio "à contramão da história", uma vez que se punirá *menos* os verdadeiros responsáveis pela atividade delituosa e *mais* aqueles sujeitos que, embora ligados direta ou indiretamente ao ente coletivo, em nada contribuíram para o crime. Estes últimos sofrerão os efeitos negativos de tal punição, o que violaria gravemente o princípio de hierarquia constitucional da pessoalidade e intranscendência das penas. Em outras palavras, enquanto que, no Direito Privado, busca-se desconsiderar a pessoa jurídica e punir a pessoa física (posicionamento acertado), o Direito Penal vai de encontro a tal ideologia, no que tenta imputar ao ente coletivo responsabilidade penal.

Vale dizer, entretanto, que não se trata de banir todo e qualquer meio de responsabilização à pessoa jurídica, tanto que a Constituição Federal, em seu art. 173, § 5°, prevê a aplicação de sanção de natureza compatível ao ente coletivo, normalmente de natureza administrativa, conforme conduz a melhor exegese do supramencionado art. 225, § 3°. É possível observar tal preocupação em Bitencourt:

> Mas isto não quer dizer que o ordenamento jurídico, no seu conjunto, deva permanecer impassível diante dos abusos que se cometam, mesmo através de *pessoa* jurídica. Assim, além da sanção efetiva aos *autores físicos* das condutas tipificadas (que podem facilmente ser substituídos), deve-se punir severamente também e, particularmente, as *pessoas jurídicas*, com sanções próprias a esse gênero de entes morais. A experiência dolorosa nos tem demonstrado a necessidade dessa punição.[367]

A incidência do Direito Penal é balizada por princípios e garantias que protegem o indivíduo da pretensão punitiva do Estado. Desta forma, ao se impor que a sanção aplicada deve ser idônea e necessária, significa dizer que a pena deve ser adequada à solução do problema que lhe motivou a aplicação. Além disso, é necessário que, para que se tenha a utilização da sanção penal, permitindo a intervenção do estado na prática da ação irregular, não haja meio menos gravoso de solucionar tal impasse, o que caracteriza o Direito Penal como *ultima ratio.*

No caso da responsabilidade penal da pessoa jurídica, não são preenchidos estes dois requisitos, uma vez que não só os princípios penais básicos – dentre os quais, destaca-se o de culpabilidade, trabalhado em ponto anterior –, como, também, as típicas sanções penais não se adéquam à efetiva tutela dos delitos econômicos, servindo, apenas, de tutela meramente simbólica, conforme posição doutrinária importada acima.

Maria Celeste Cordeiro Santos sustenta a possibilidade de responsabilidade penal da pessoa jurídica de direito público, em razão não só do princípio da isonomia (uma vez que a autora já sustenta tal responsabilização aplicada à pessoa jurídica de direito privado) como também em

[367] BITENCOURT, Cezar Roberto; CONDE, Francisco Muñoz. *Teoria Geral do Delito.* São Paulo: Saraiva, 2000, p.50-51.

decorrência da possibilidade de responsabilidade civil e administrativa pelos atos praticados por seus agentes no exercício de função pública.

Entretanto, majoritariamente, considera-se a tese supra defendida verdadeiro absurdo, uma vez que configuraria evidente paradoxo concentrar, no Estado, as funções de acusar, julgar e punir a ele próprio. Isso se dá, sobretudo pela impossibilidade de garantia da restauração da paz social, mediante as supostas penas a serem aplicadas em tais casos. Imagine-se, por exemplo, que, em tal situação, a sanção aplicada é a de encerramento das atividades estatais irregularmente exercidas. Neste caso ilustrado, ter-se-ia, em decorrência da punição referida, grave dano reflexo que se estenderia aos cidadãos usuários de tais serviços essenciais.

Por fim, apesar de não se querer estender no assunto – uma vez que a função da pena será tema desenvolvido no capítulo 3 deste trabalho – outro ponto que há que se observar é: em caso de considerar- se a pessoa jurídica um ente penalmente responsável, a pena aplicada seria absolutamente ineficaz. Isso porque, não é defeso, no âmbito do Direito Privado, que a pessoa moral encerre os seus trabalhos e, logo em seguida, retome-os, ainda que seja com outro registro jurídico. Desta forma, qual foi a finalidade atingida pela sanção aplicada? Observe-se que a pena, para estes casos, não atende às suas funções (ante à política criminal) de prevenção geral, tampouco de prevenção especial, não coibindo os sujeitos a reincidirem nas práticas ilícitas.

2.4.4 O sujeito passivo do crime econômico: a preponderância de crimes vagos, em vítimas

Pois bem. No desenvolvimento desta tese, já se teve a oportunidade de demonstrar que, na seara do Direito Penal Econômico, a tutela do bem jurídico se dá por duas vertentes, que devem ser consideradas. A primeira, relativa às relações individuais, no bojo da qual a lei direciona expressamente a relação comunicativa a uma vítima específica e individualizada[368]. Nesta primeira vertente, pode-se falar que a tutela penal, em sede econômica, é meramente acidental, acessória, secundária, haja vista que outros tantos delitos já poderiam resguardar aquela realidade. Pode-se dizer, com acerto, que, nestes casos, a intervenção penal em matéria econômica é até desnecessária, porquanto estes bens (culturais) já eram tratados por bens da civilização. É o caso do artigo 71 da Lei n. 8.078/90[369]. Ao lado desses bens individuais que o Direito Penal Econômico tutela, aparece,

[368] CAMARGO, Antonio Luis Chaves. Crimes Econômicos e Imputação Objetiva. *In:* COSTA, José de Faria Costa; SILVA, Marco Antonio Marques da Silva (Coords.). *Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais. Visão Luso-Brasileira*. São Paulo: Quartier Latin, ano, p.265.

[369] "Art. 71. Utilizar, na cobrança de dívidas, da ameaça, coação, constrangimento físico ou moral, afirmações falsas, incorretas ou enganosas ou de qualquer outro procedimento que exponha o consumidor,

também, e com maior incidência, um bem jurídico que diz respeito à generalidade de pessoas, com característica mais ampla, mais genérica. Trata-se de um bem que, por ultrapassar a esfera de proteção individual dos bens jurídicos tradicionais, é chamado de supra-individual.[370]

Tal bem, por sua própria natureza, é complexo e apresenta dificuldades para se compatibilizar à dogmática do Direito Penal clássico. Nesse sentido, Bujan Pérez chega a afirmar que uma das manifestações mais difíceis da idéia de bem jurídico repousa no Direito Penal Econômico[371].

Registre-se que a característica de proteção supra-individual não é exclusiva do âmbito do Direito Penal, visto que é uma tendência cada vez maior dos diversos sistemas jurídicos modernos trabalharem com a proteção de bens relevantes dentro de uma perspectiva coletiva, transindividual. O que se questiona, neste caso, é se a tutela penal é apta a tratar de tais bens [...].

Demais disso, no que concerne aos crimes contra a ordem econômica, o que se observa é que são delitos que, ordinariamente, ofendem a coletividade, isto é, são crimes vagos, cujos sujeitos passivos são incertos e indeterminados, sendo esta uma nova manifestação de proteção, diretamente ligada às manifestações culturais da sociedade. Por conta disso, algumas conclusões podem ser extraídas: por serem crimes vagos, torna-se mais difícil a aplicação dos princípios da insignificância e da adequação social a estes comportamentos; demais disso, por não haver um titular certo e determinado, não se pode, obviamente, falar em consentimento do ofendido em qualquer das suas modalidades (destipificante ou descriminante).

Com efeito, o bem jurídico trabalhado pelo Direito Penal Econômico não se identifica mais com os bens jurídicos tradicionalmente protegidos por normas do Direito Penal clássico, onde se cuida da tutela à vida, ao patrimônio, à honra, integridade física etc. Cuida-se, agora, de bens mais complexos, até na própria natureza conceitual. São eles: a ordem econômica, o desenvolvimento harmônico do sistema financeiro, a ordem tributária, a proteção da economia de ativos ilícitos, dentre outros. A grande polêmica que surge é relativa à proteção desses novos bens jurídicos, isto é, restaria indagar se o Direito Penal clássico estaria preparado para albergar a tutela de tais bens.

Ao que parece, a resposta para o questionamento acima é negativa. Efetivamente, a dogmática jurídico-penal clássica, com todo o rol de direitos e garantias consagrados historicamente, não vem se compatibilizando com as necessidades de proteção dos bens supra-individuais. Ou

---

injustificadamente, a ridículos ou interfira com seu trabalho, descanso ou lazer. Pena : detenção de 3 meses a 1 ano e multa."

[370] CAMARGO, Antonio Luis Chaves. Crimes Econômicos e Imputação Objetiva. *In:* COSTA, José de Faria Costa; SILVA, Marco Antonio Marques da Silva (Coords.). *Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais. Visão Luso-Brasileira*. São Paulo: Quartier Latin, ano, p.265.

[371] BUJAN PEREZ, Carlos Martinez. *Derecho Penal Económico*. *Parte General.* Valencia: Tirant Lo Blanc, 1998, p.36.

melhor, a tutela de tais tipos de bens não se harmoniza com os dogmas do Direito Penal comum, protetor por excelência dos bens jurídicos individuais.

2.4.5 Ainda sobre a tipicidade: Possibilidade de aplicação do Princípio da Insignificância ao Direito Penal Econômico?

O princípio da insignificância não é positivado no ordenamento jurídico brasileiro. Trata-se de uma concepção criada por Claus Roxin de sorte a evitar a aplicação com rigores excessivos das normas penais. A insignificância é um desdobramento da noção de lesividade, da ofensividade. O princípio da insignificância deriva, em verdade, do princípio da proporcionalidade e vem servindo de base para a formulação de diversificadas teorias, a exemplo da imputação objetiva do resultado e da tipicidade conglobante.

O princípio da insignificância tem, como pressuposto, a concepção de que a tipicidade tem duas manifestações: uma dimensão formal (formalmente falando, crime é que está descrito em lei como tal) e outra material (materialmente falando, crime é um comportamento lesivo a bens jurídicos). Pode haver condutas formalmente criminosas que, por não lesionarem bens jurídicos, são irrelevantes penalmente. Nestes casos, mesmo a pena mínima mostra-se injusta e desproporcional.

A despeito de haver uma resistência inicial à aplicabilidade do princípio da insignificância, os tribunais começaram a aceitá-lo para alguns crimes, notadamente aqueles voltados ao conceito de civilização. Assim, aceita-se a sua aplicação para, por exemplo, os crimes patrimoniais sem violência e sem grave ameaça; para a lesão corporal levíssima. Ocorre, no entanto, que a mesma neurose punitiva que reluta em aceitar a inexigibilidade de conduta diversa para os crimes econômicos, também pretende impedir a aplicação do princípio da insignificância, ao argumento de que, nos cries econômicos o bem jurídico é tão importante que desautorizaria a aplicação deste conceito.

Imagine-se, como já ocorreu, que alguém faça uma remessa de nababesca e vultosa quantia de quinhentos dólares americanos para filho que esteja estudando no exterior. Como se precisava do dinheiro rapidamente, o pai optou por fazer a remessa sem, no entanto, fazer operação de câmbio autorizada via banco central. Deve-se, então, indagar se um comportamento destes colocaria em perigo todo o sistema financeiro nacional, bem protegido no crime de evasão de divisas. Para além disso, tenha-se em mente que os tribunais, no Brasil, implicitamente, reconhecem a ilegitimidade da intervenção penal em matéria econômica, ao positivar o entendimento de que, em

crimes tributários, o valor da insignificância é de R$10.000,00 (dez mil reais).[372]

Não se concorda com a intervenção penal na economia, mas, se esta existir, deverá respeitar todas as garantias do direito penal clássico, aplicando-se, inclusive, o princípio da insignificância.[373]

2.5 NOTAS SOBRE A ILICITUDE E O DIREITO PENAL ECONÔMICO. O JUÍZO DE VALOR DE CONDUTAS SOCIALMENTE DESAPROVADAS, A PARTIR DO SURGIMENTO DE NOVOS BENS JURÍDICO-PENAIS, CALCADOS NA NOÇÃO DE CULTURA

Feitas as considerações acerca da tipicidade e o Direito Penal Econômico, seguindo a estrutura tripartida da infração, ainda resta tratar sobre ilicitude e culpabilidade, voltadas para o Direito Penal Econômico. Efetivamente, apesar de a tipicidade sofrer as transformações mais radicais, também a ilicitude passou por transformações bastante significativas com surgimento de novos bens, com pretensão de tutela jurídico-penal. Ressalte-se, uma vez mais, que o assunto ilicitude será tratado nos limites do interesse do objeto da pesquisa desta tese. Advirta-se ainda o leitor ao fato de que a análise feita neste instante se refere à estruturação extratificada do conteúdo do crime, sem levar em consideração a possibilidade de aplicação de teorias como da tipicidade conglobante, ou mesmo a teoria dos elementos negativos do tipo penal.

A ilicitude, ou antijuridicidade, ou injuridicidade, representa uma análise de valor de um fato típico, com vistas a analisar se ele é contrário ao Direito. Pode ocorrer, com efeito, que um determinado fato típico esteja circunstancialmente autorizado pelo Direito, o que transformará a conduta em um indiferente penal. Um fato típico gera uma presunção de ilicitude. De fato, todos os fatos típicos, até segunda ordem, a menos que presente uma causa de justificação, contrariam o direito.

A ilicitude também sofre alterações pelas transformações culturais. Com efeito, o conteúdo daquilo que é permitido ou proibido muda de tempos em tempos, de lugar para lugar. Veja-se, por exemplo, que a liberdade sexual, marca do conceito de civilização, tem alcance variado em relação à figura de estupro de vulnerável. Há países em que o conceito da vulnerabilidade se refere aos dezesseis anos; outros, como no Brasil, este conceito,

[372] Ora, se o bem jurídico é relevante, se o bem jurídico tem dignidade que legitimasse a intervenção jurídico penal, o pagamento poderia servir, no máximo, para atenuar a pena.
[373] Que, no Brasil, já é aplicado em relação ao Direito Penal Econômico, nos crimes tributários.

anteriormente chamado de presunção de violência. Assim, se alguém tem relações sexuais consentidas com uma menor de 15 anos, pode, a depender do local em que estiver, estar ou não cometendo crime. De igual forma, em determinados países, a poligamia pode ser desde um indiferente penal até um comportamento devidamente autorizado pelo direito.

Com os bens culturais, marcados pelo desenvolvimento dos povos, intrinsecamente ligados ao Direito Penal Econômico, o mesmo ocorre. Há alguns países que são mais tolerantes com as questões referentes ao mercado financeiro, outros com legislações bem mais condescendentes com as demandas tributárias. No regramento das Sociedades por Ações, é fato a existência de diversos regramentos jurídicos, que, por vezes, mudam dentro de um mesmo país, o mesmo ocorrendo com o Direito Falimentar. Dentro destes bens alicerçados pelo desenvolvimento da cultura, ainda há países que têm maior preocupação com a licitude do uso de marcas, patentes, desenhos industriais. No Brasil, pois, pode-se ver um crescimento acentuado das proibições (comportamentos ilícitos derivados de fatos típicos) nas últimas décadas do século passado.

Ilicitude e Culpabilidade não se confundem. A ilicitude é uma análise valorativa do fato; a culpabilidade é a análise a respeito do autor do fato, se ele é ou não merecedor de pena criminal, se ele tem capacidade de punibilidade, se ele poderia se comportar conforme as regras do direito e, finalmente, se ele tinha potencial consciência (atécnica) da proibição da conduta.

Ressalte-se que o conceito de ilicitude não é um conceito exclusivo de Direito. Quando se afirma que um fato é autorizado pelo Direito, afirma-se que ele é autorizado pelo Direito Penal, Civil, Constitucional, etc. Um fato não pode estar autorizado pelo Direito Penal e desautorizado pelo Direito Civil. Seria uma monstruosidade lógica. Por conta disso, em regra, a exclusão de ilicitude, reconhecida por um juiz criminal, faz coisa julgada extrapenal.

Há, no Brasil, positivadas, quatro causas de exclusão de ilicitude: o estado de necessidade; a legítima defesa; o exercício regular de um direito e, finalmente, o estrito cumprimento de um dever legal. Cumpre analisar o conceito de ilicitude e as suas repercussões para o Direito Penal Econômico.

Há, ainda, causas supralegais de exclusão de ilicitude. Isso não ofende a garantia da legalidade estrita, haja vista que o significado político da legalidade é de que sirva de proteção em favor do réu contra os abusos por parte do estado juiz. Assim sendo, é perfeitamente possível tolerar mitigações à legalidade, desde que razoáveis e proporcionais, além de bem fundamentadas, e,

obviamente, desde que seja em favor do réu.

Por isso, surge o consentimento do ofendido, tratado no Brasil, quase que unanimemente, e, de ordinário, sem maiores discussões, como causa de justificação, a afastar a ilicitude. Há, porém, autores na Alemanha a tratar do consentimento como instituto destipificante, desde que, por óbvio, o dissenso faça parte da estrutura do tipo penal, como ocorre no crime de estupro. Nos demais casos, quando o consentimento for impossível ou desnecessário, não sendo integrante do tipo penal, verdadeiramente ficará afastada a ilicitude. Para o Direito Penal Econômico, o consentimento do ofendido é inaplicável, haja vista que todos os crimes relacionados à economia são vagos, é dizer, marcados pelo fato de não terem sujeito passivo determinado. Por conta disso, como o titular do bem é a coletividade, estes bens são indisponíveis, descabendo, pois, falar-se na aplicabilidade de um tal instituto.

Três causas de exclusão de ilicitude do Direito Penal comum não interessam ao Direito Penal Econômico, porquanto inaplicáveis: a legítima defesa, o estado de necessidade e o estrito cumprimento de um dever legal. Veja-se que a legítima defesa pressupõe uma agressão injusta, uma reação a um comportamento humano. Trata-se de instituto intimamente voltado para a civilização. O estado de necessidade se refere à existência de um perigo atual, e os diversos tribunais no Brasil vêm afastando a sua aplicabilidade quando se trata de infrações econômicas (tendo sido aplicada, por vezes, a inexigibilidade de conduta diversa – estado de necessidade exculpante - como causa, por lógico, de exculpação). Descabido, ainda, falar-se em estrito cumprimento de dever legal atinente à criminalidade econômica, pois não há, via de regra, comportamento de agente público fomentado pelo direito que correspondesse, primeiro passo, a um fato típico. Por conta disso, passa-se a tratar do assunto relacionado à ilicitude que verdadeiramente interessa: o exercício regular de um direito.

2.5.1 O exercício regular de um direito e o desenvolvimento de novos bens jurídicos a partir do conceito de cultura

> Pelo seu caráter de bilateralidade, a norma jurídica determina direitos e deveres, dos quais decorre a necessidade de se considerar distintas as

> hipóteses do exercício de um direito da do cumprimento de um dever, se bem que ambas tragam sua fôrça justificadora de uma norma jurídica. O princípio – há tempos admitido pacificamente, corresponde a uma exigência lógica, pois seria absurdo que de um lado a lei concedesse a um sujeito a liberdade de agir em virtude de determinado interêsse e de outro considerasse essa atividade como ilícita, lesiva de um bem penalmente protegido. A razão de justificação é fornecida pelo predomínio reconhecido ao interêsse que através de tal exercício resulta sacrificado. Não deve portanto ser vislumbrada na falta de ofensa a um interêsse jurídico penalmente protegido a razão justificadora do exercício de um direito, mas em ser esta ofensa justificada, quer dizer na admissão de que, sob aspecto jurídico, o prevalecimento deve ser concedido ao interêsse daquele que age no exercício de um direito subjetivo.[374]

Convém, antes de adentrar na análise do exercício regular de um direito para o Direito Penal Econômico, tratar, ainda que de forma simplória, da causa de justificação. É "certo que, quem exerce legitimamente um direito reconhecido pelo ordenamento jurídico não pode, por isso, infringir uma norma penal e ser sancionada por ela".[375] O direito penal jamais poderia punir um comportamento legítimo, perfeitamente autorizado por algum dos outros tamos jurídicos.

O Código Penal Brasileiro, em seu artigo 23, inciso III, considera o exercício regular de direito como sendo causa de exclusão da antijuridicidade. Desta forma aquele que age acobertado por esta justificativa, em verdade, pratica um fato típico, todavia, lícito, pois a antijuricidade, neste caso, resta afastada.

Na doutrina espanhola, também é pacífica a opinião de que o exercício regular de direito tem a natureza de causa de justificação.

> *Es decir, el que obra en cumplimiento de un deber jurídico o en el ejercicio legítimo de un derecho, realiza una conduta legítimo de un derecho, realiza una conduta lícita. Esto resulta tan obvio, que en otros Códigos penales europeos no se incluye esta eximente.*[376]

Daí se extrai que uma conduta típica será antijurídica no caso de ser realizada sem uma causa de justificação, ou "causa de exclusion de injusto", conforme lição de Claus Roxin. Não significa dizer que a conduta que teve afastada sua antijuricidade seja valorada positivamente, aqui é necessário trazer as lições do autor referido linhas acima: *"Dicha conducta no es desaprobada por El ordenamiento jurídico y con ello es aceptada por éste, pero la emisión de ulteriores juicios de valor*

[374] BETTIOL, Giuseppe. *Direito Penal. Vol. 1.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1966, p.357.
[375] BERENGUER, Enrique Orts; CUSSAC, José L. González. *Compendio de Derecho Penal. Parte General.* Valencia: Tirant lo Blanc, 2008, p.175.

[376] MIR, José Cerezo. *Derecho penal:* parte general. São Paulo: Revista dos Tribunais; Lima, PE: ARA Editores, 2007, p.712.

positivos no pertenece a los a los cometidos del Derecho Penal."[377]

As causas de justificação, e o exercício regular de direito é uma delas, são razões com fundamentação jurídica que permitem que se realize um comportamento que, visto isoladamente, é proibido. O comportamento, típico, justificado não é, nem poderia ser, considerado normal, pois, se assim fosse, não haveria razão para ser justificado pelo Direito, é um comportamento aceito socialmente, consideradas sempre as circunstâncias específicas, o que foi muito bem pontuado nos dizeres de Jakobs:

> O comportamento justificado distingue-se do comportamento antijurídico por não apresentar uma falta de motivação jurídica dominante; o comportamento antijurídico, mas não culpável apresenta essa falta, só que o agente não é o responsável por ela (caso contrário o comportamento seria culpável).[378]

O direito de correção é um clássico exemplo do exercício de direito em relação aos bens da civilização... Quando se pune filho ou pupilo seu, de quem tenha a guarda legal, está se exercendo regularmente um direito, desde que atue moderadamente, como se verá mais à frente, todavia, esta permissão dada pelo sistema jurídico não envolve qualquer posicionamento político acerca da utilidade ou eficiência pedagógica da medida.

Quando o ordenamento jurídico confere a alguém um direito, evidentemente, não se pode considerar violação ao Direito, isto é, conduta antijurídica, a realização daquele ato previamente garantido. A própria função do Direito penal no sistema jurídico unitário se opõe a que o cumprimento de um direito garantido por determinado ramo do ordenamento, seja ele qual for, se considere contrário ao Direito Penal, que é uma das ramificações deste sistema jurídico unitário.

O fundamento de que o exercício regular do direito seja considerado, pela doutrina espanhola, como causa de justificação não pode ser visto, exclusivamente, na unidade do ordenamento jurídico, pois não se pode determinar que o lícito em determinado ramo do Direito o seja, também, em todo o restante do ordenamento.

Há que observar como principal fundamento do exercício regular de direito a função de *ultima ratio* do Direito Penal, pois, como visto, Direito Penal não pode punir pelo exercício do direito que já foi garantido por outros setores do sistema jurídico. Assim, não há que se falar em antijuridicidade da conduta que se encontra em conformidade com qualquer outro ramo, que não o Penal, obviamente.

---

[377] ROXIN, Claus. *Derecho penal:* parte general. Tomo I, Fundamentos. La estructura de La teoria Del delito. Madrid: Civitas, 2001, p.557.
[378] JAKOBS, Gunther. *Tratado de Direito Penal:* Teoria do Injusto Penal e Culpabilidade. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p.495.

A doutrina nacional converge no sentido de que se trata de causa de exclusão de antijuricidade, neste sentido, cabe distingui-la das outras causas comumente alçadas pela doutrina.

Diferem-se o Exercício Regular de Direito e o Estado de Necessidade pelo fato de este, o Estado de Necessidade, exigir como requisito um perigo atual, a probabilidade de dano iminente, enquanto que naquele há um legítimo interesse de defender o patrimônio ou bem jurídico de um dano possível de ocorrer.

Há que se diferenciar o Exercício Regular do Direito, ainda, do Estrito Cumprimento do Dever Legal, neste existe a obrigação de prestar a conduta, quando naquele há, apenas, a faculdade de exercê-la, conforme a lição de Cláudio Brandão.[379]

A questão das *offendiculas,* defesas predispostas que visam a dificultar a agressão a qualquer bem jurídico, gerou, por algum tempo, certa polêmica a respeito de sua classificação doutrinária. A dúvida pairava em tratar como fundamento para sua utilização a legítima defesa pré-determinada ou exercício regular de direito de resguardar a propriedade.

A doutrina costuma dividir o estudo do Exercício Regular do Direito em direitos nascidos de ofício ou cargo e aqueles que não derivam de ofício ou cargo.

No que respeita aqueles não derivados de cargo ou ofício, têm-se, como mais importantes: o direito de correção e dos esportes. Quanto ao direito de correção, seria aquele conferido aos pais ou tutores para que, moderadamente, corrijam seus filhos ou pupilos, desde que se encontrem sob o seu pátrio poder.

Evidentemente, que os excessos não são garantidos pelo sistema jurídico enquanto causa exclusiva de antijuricidade, daí o motivo de ter, tal instituto, como requisitos a necessidade e proporcionalidade, sempre em relação ao menor, como ressalta Mir Puig, referem-se "[...] *en orden a La finalidad educativa y al bien de menor (todo ello a valorar ex ante)."*[380]

"El límite máximo de la facultad de correción no ha de buscarse tanto em la gravedad material Del resultado lesivo, que puede ser aleatorio, como em la moderación de la conducta correctiva"[381]

Ainda tratando dos direitos não derivados de ofício, há aqueles derivados da prática de esportes. São condutas que, no exercício do direito, podem causar lesões jurídico-penais a bens jurídicos alheios e, pelo fato de atuar em observância das regras não há que se falar em crime, não há antijuridicidade pois.

[379] BRANDÃO, Cláudio. *Curso de direito penal:* parte geral. Rio e Janeiro: Forense, 2008, p.196.
[380] MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal:* parte general. Buenos Aires: Euros Editores S.R.L., 2004, p.485.
[381] MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal*: parte general. Buenos Aires: Euros Editores S.R.L., 2004, p.485.

O exercício regular de direito advindo de ofício ou cargo é, em geral, relacionado ao exercício da medicina. Obviamente, que para realizar um procedimento cirúrgico o médico haverá de proceder de maneira ofensiva à integridade física do paciente, todavia, esta atitude não constitui crime, trata-se de prerrogativa da função que exerce.

> *Si el resultado de la intervención quirúrgica o de la actividad curativa es desfavorable y falta el dolo de lesiones (lo cual sucederá siempre que el médico actéu com ánimo o voluntad de curar) la conduta estará únicamente compreendida em los tipos de las lesiones corporales imprudentes [...] quando el cirujano o médico no haya observado el cuidado objetivamente debido al examinar su propria capacidad.*[382]

Derradeiramente, cabe demonstrar que o agente cometerá ato ofensivo ao direito quando houver excesso no exercício, neste caso, irregular, de direito. Tal como nas outras causas de justificação, no exercício regular do direito, os excessos, doloso ou culposo, caracterizam resultados típicos, que não se justificam e, por consequente, deriva em responsabilidade criminal.

Não pode existir crime quando um comportamento, malgrado típico, corresponda a um exercício regular de direito. Obviamente, o direito não poderia chancelar nem tolerar comportamentos criminosos. Assim, por exemplo, médico que faz cirurgia eletiva, respeitando a vontade válida do paciente, não comete crime algum, pois age acobertado pela excludente.

Mesmo para os bens característicos da civilização, o conceito de exercício regular de um direito muda. Veja-se, por exemplo, a questão do estupro perpetrado pelo marido contra a mulher.[383]Durante algum tempo, considerava-se tratar-se de mero exercício de um direito, satisfação do débito conjugal. Desde 2005, no Brasil, além de ser crime, ainda passa a ter a pena majorada.

Com as novas intervenções do Direito Penal, a questão do exercício do direito tornou-se ainda mais complexa, pois geram inseguranças e perplexidades. Os limites do que seria exercitar regularmente um direito passam a ser questionados, e, com a criação de novas normas incriminadoras, as discussões só aumentam. Alguns exemplos: 1- por que não é dado às pessoas transferirem, sem operação de câmbio autorizada pelo Banco Central, seus valores para onde quiserem e bem entenderem? Por que isso configura crime de evasão de divisas? A Constituição não assegura o direito à propriedade e a livre circulação de mercadorias?; 2 – Por que o proprietário de um bem tombado, senhor e legítimo proprietário, não pode alterar a fachada de um imóvel seu? 3-

[382] MIR, José Cerezo. *Derecho penal:* parte general. São Paulo: Revista dos Tribunais; Lima, PE: ARA Editores, 2007, p.745.
[383] E, com o advento da Lei 12015/2009, por isonomia, pode haver este crime perpetrado pela mulher contra o marido.

por que um sujeito, poliglota e bem influenciado, não pode operar com negociações de câmbio sem autorização do Banco Central; 4 – Por que um sujeito, ao tomar empréstimo subvencionado em um banco oficial, não pode, desde que devidamente adimplente, usar o dinheiro em outra finalidade? Perceba-se que o fato de ser o dono das coisas conduziria a uma equivocada conclusão de que se trataria de exercício regular de um direito.

Estes casos podem, por um desavisado, ser simplesmente respondidos: malgrado pudesse aparentar, pelo fato de o sujeito ser o dono das coisas, que ele poderia com elas fazer o que bem quisesse, surgem limitações, derivadas do fato de estes bens serem de repercussão coletiva, engendrados pelo desenvolvimento da cultura. A propriedade, imediatamente, serve ao seu titular, porém, mediatamente pode servir de instrumental para toda a coletividade (e isso a própria Constituição assegura, ao tratar da função social da propriedade).

Nestes casos, deve-se promover uma divisão: na evasão de divisas (em que se protege a higidez do sistema financeiro nacional), desde que os valores tenham sido devidamente tributados[384], não se consegue enxergar a ilicitude de quem manda para o exterior os seus valores. Se o dinheiro foi tributado, obtido com trabalho justo, o seu proprietário que faça o que quiser. Pense-se, por exemplo, que, em ato de loucura, ao invés de mandar cem mil reais para o exterior, alguém resolvesse comprar, com estes valores, um carro e, sem colocar em risco a segurança alheia, decide por incendiá-lo. Vai, pois, cometer algum crime? Obviamente que não. Já no emprego irregular de valores de empréstimo subvencionado, a despeito de ficar refutada a tese do exercício regular de direito (aquele empréstimo era subvencionado para incentivar uma determinada atividade econômica, não sendo regular a frustração de um tal desiderato), a absolvição se impõe, seja por estado de necessidade justificante ou, o que seria mais facilmente aceito, por estado de necessidade exculpante.

Já quanto ao crime contra o meio ambiente (em que se busca a proteção a um meio ambiente equilibrado para as futuras gerações) e quanto à conduta do doleiro (que faria operar, mesmo sendo pessoa física, instituição financeira sem autorização legal), haveria interesses coletivos a resguardar. Se todos os proprietários resolvessem destruir ou alterar os seus imóveis objeto de tombamento, simplesmente, a identidade cultural de um povo deixaria de existir. Essas duas modalidades de comportamento, pois, não podem ser consideradas como exercício regular de um direito. Apenas para que fique claro, com isso não se está a querer legitimar a intervenção penal nestes dois casos. Foram usados os exemplos, apenas como ilustração, já que, em ambos os casos, se

[384] Ressalte-se que a evasão de divisas nada tem haver com crime tributário. Com o crime da 7492/86, protege-se o bom funcionamento do sistema financeiro. Com o crime tributário, protege-se a arrecadação fiscal, havendo entre eles, inclusice, concurso de infrações.

se quisesse punir o sujeito, poder-se-ia usar outros ramos jurídicos...

Em resumo, na opinião de Faria Costa: "Em síntese apertada: as coisas, mesmo que próprias, não podem ser danificadas, sob pena da prática de um crime, sempre que apresentem um valor que, de qualquer maneira, se afirme como um valor supra-individual".[385]

As incertezas e perplexidades a respeito dos limites do exercício regular de um direito são, essencialmente, devidas ao fato de que o direito penal, em casos tais, trabalha com assuntos que não são os seus. A falta de legitimidade da intervenção gera uma construção de tipicidade que viola a legalidade e a taxatividade, bem como a ofensividade. Estas lesões todas terminam por se projetar na ilicitude, que passa a assumir contornos também imprecisos. Mais uma vez, argumente-se que estes bens deveriam ser resguardados por outros ramos do direito, o que teria o mérito de retirar as perplexidades sobre o exercício do direito, a menos dentro do direito penal. Registre-se, ao final, que, desde que não viole os bens de terceiras pessoas, nem os da coletividade, é perfeitamente admissível o exercício regular de um direito para o direito penal econômico.[386]

2.6 CULPABILIDADE E DIREITO PENAL ECONÔMICO. OS IMPACTOS DO SURGIMENTO DE NOVOS

[385] COSTA, José de Faria. *Direito Penal Económico.* Coimbra: Quarteto, 2003, p.65.

[386] Outro tema que precisa ser abordado dentro dos limites do corte de invstigação desta tese é a imputação objetiva, instituto relacionado à tipidicade. Esclareça-se ao leitor que se deixou para tratar deste ponto aqui pela correlação do instituto que, malgrado sirva de filtro para o nexo de causalidade e, por conseguinte, para a tipicidade, tem íntima relação com o exercício regular de um direito, já que este representa um risco permitido.
Entende-se como correta a opinião de que a imputação objetiva serve de filtro para o nexo de causalidade (jamais se pensaria que ela veio para substitui-lo). O nexo de causalidade é regido pela teoria da equivalência dos antecedentes causais, que, por sua vez, é esruturada em um juízo hipotético de eliminação. O grande inconveniente da teoria da equivalência dos antecedentes causais é que ela poderia representar um regresso ao infinito.
Se se aplicasse a teoria dos antecedentes causais de forma acrítica, considerar-se-ia, por exemplo, que o médico que corta um paciente, fazendo uma cirurgia, teria dado causa para o resultado lesão corporal. De acordo com a imputação objetiva, somente há crime quando o risco, criado ou incrementado pelo autor, for juridicamente desaprovado. Não ha crime quando o risco é permitido. De forma bem sintética, poder-seia afirmar que o risco é permitido quando: 1) for insignificante; 2) for socialmente adequado; 3) for criado para diminiur risco maior; 5) não depender de uma vontade direta do agente; 6) quando o agente não estiver obrigado a diminui-lo; 7) quando representa uma reação a uma agressão injusta; 8) quando representa um comportamento referente a um perigo atual.
Ressalte-se que muitos dos crimes econômicos não tên relação de causalidade material e, por isso, não terão a aplicabilidade da imputação objetiva. Diverge-se, pois, da opinião de Chaves Camargo, para quem: "O único instrumento, portanto, capaz de possibilitar a responsabilidade pelo crime econômico é a imputação objetiva, que permite uma aproximação da norma à realidade social. De fato, a imputação objetiva vai permitir a análise de cada caso e, diante do risco permitido, concluir pela existência ou não do crime, em razão das circunstâncias sociais de ocorrência dos fatos". (CAMARGO, Antonio Luis Chaves. Crimes Econômicos e Imputação Objetiva. *In:* COSTA, José de Faria Costa; SILVA, Marco Antonio Marques da Silva (Coords.). *Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais. Visão Luso-Brasileira*. São Paulo: Quartier Latin, ano, p.269). Porém, em determinados casos, pode haver incerteza a respeito do fato de o risco ser permitido ou não. Por conta disso, sugere-se, neste texto, que, sempre que não houver repercussão direta para a coletividade, o risco é permitido e, por isso, o fato é atípico.

Dentro da perspectiva proposta, passa-se, agora, a tratar da culpabilidade para o Direito Penal Econômico. Culpabilidade deve ser compreendida como um juízo de valor que racai sobre o autor de um fato, a fim de analisar se ele é ou não merecedor de pena criminal. Culpável é o indivíduo que, tendo capacidade de autodeterminação e de auto entendimento, de forma livre, tendo plena consciência da ilicitude do fato, podendo se comportar de acordo com as regras de direito, sendo exigível um comportamento conforme as regras jurídicas, prefere descumpri-las, cometendo um delito. O juízo de culpabilidade pode, assim, ser sintetizado:[387] "El auténtico reproche de culpabilidad se basa en la idea de que el autor defrauda las expectativas que el derecho alberga com respecto a los ciudadanos normales".

A culpabilidade, modernamente, é assentada em três elementos, pois: 1) imputabilidade; 2) potencial consciência da ilicitude; 3) possibilidade de exigência de atuação conforme o Direito. Neste caso, dos elementos da culpabilidade, estes dois últimos foram bastante modificados pelo aparecimento do Direito Penal Econômico e pelas alterações promovidas pela cultura. De fato, era muito mais facilmente acessível o conteúdo do injusto para os bens da civilização

2.6.1 Brevíssima Introdução. Sobre a culpabilidade e o Direito Penal Econômico

> Deve ser evitada, por parte do legislador, a excessiva criminalização no campo econômico, cuja conseqüência inevitável é enfraquecer a força preventiva da sanção penal, pelo que os tipos penais devem concentrar-se em poucas e graves infrações, ficando a disciplina jurídica das infrações menores em sede própria, que é a ordem administrativa. Acrescentamos que a legislação penal deve evitar, igualmente, a responsabilidade objetiva e o chamado crime de perigo abstrato, fundamentando o direito penal econômico segundo os princípios salutares do direito penal da culpabilidade.[388]

Este estudo, nesta passagem, pretende investigar a culpabilidade e o Direito Penal Econômico, com a maior ênfase para os assuntos mais palpitantes: a questão da consciência da ilicitude e da exigência de comportamento conforme o Direito, para a matéria penal econômica.

---

[387] LESCH, Heiko Hartmut. *Injusto y Culpabilidad en Derecho Penal.* Traducción: Ramón Rodrigues. Local: Universidad Externato de Colombia, 2001, p.15.
[388] LUNA, Everardo. *Capítulos de Direito Penal. Parte Geral*. São Paulo: Saraiva, 1985, p.402.

A culpabilidade moderna, como sabido, é regida pela teoria normativa pura, tendo em vista a migração dos elementos psicológicos para a tipicidade (dolo e culpa não fazem mais parte da culpabilidade: eles integram o conceito de fato típico). Nos dias atuais, a culpabilidade é composta por três elementos: potencial consciência da ilicitude, exigibilidade de conduta conforme o Direito e imputabilidade penal.

Para chegar ao desiderato deste texto, inicialmente, se apresentará a evolução do conceito de culpabilidade, perpassando por todas as suas teorias. Com estas considerações, passa-se ao estudo da culpabilidade em relação ao Direito Penal Econômico.

Um dos assuntos mais debatidos na moderna teoria do delito é a culpabilidade. Seguramente, além da tipicidade – que cada vez mais ganha carga de valor, por ser mais garantista para o réu, haja vista as contribuições da imputação objetiva, da teoria dos elementos negativos do tipo e da tipicidade conglobaste – um outro elemento do conceito analítico que ganha importância é, justamente, a noção de culpabilidade.

A culpabilidade é um juízo de valor sobre o autor de um fato. É importantíssima, pois, por meio dela, evita-se, além da execrável figura da responsabilidade objetiva, a possibilidade estranha de aplicar uma pena criminal a quem não é merecedor. Nas palavras de Cláudio Brandão: "Quando se diz que a culpabilidade é um juízo de reprovação pessoal, diz-se que a mesma é um juízo que recai sobre a pessoa. Por isso, diz-se que a culpabilidade é o elemento mais importante do crime [...]. Diz-se que a culpabilidade é um juízo derivado".[389]

A culpabilidade evoluiu. Atualmente, não se encontram mais elementos psicológicos na culpabilidade[390], devendo-se isso, sobretudo, às contribuições do finalismo. Registre-se, ainda, que, diferentemente da ilicitude, a culpabilidade é um conceito próprio de direito penal. Os inculpáveis podem, pois, responder civil, adminstrativamente, perante o direito tributário, enfim, em todas as demais áreas da justiça que não se refiram à justiça criminal.

Pode-se afirmar, ainda, que a culpabilidade é o elemento pessoal da estrutura do crime. Os outros dois – tipicidade e ilicitude – são elementos puramente objetivos. Sobre este passo, colha-se Giuseppe Maggiore:[391]

> *La culpabilidad es el aspecto esencialmente subjetivo Del delito, por cuanto lo considera como um hecho de consciencia. La infración, que hasta ahora se nos há mostrado como um cuerpo sin alma, al estudiarla em su aspecto*

[389] BRANDÃO, Cláudio. *Teoria Jurídica do Crime.* Rio de Janeiro: Forense, 2003, p.132.
[390] Com efeito, a culpabilidade moderna não contém mais os elementos psicológicos, que caracterizavam a culpabilidade causalista. Por todos, consultar BRANDÃO, Cláudio. *Op.cit.,* 2003, p.143.
[391] MAGGIORE, Giuseppe. *Derecho Penal. Volume 1.* Bogotá: Editorial Temis, 1971, p.447.

físico y jurídico, sin referirla al ser espiritual que la produce, va a elevarse ahora a ls regiones de La espiritualidad y de La ética.

Registre-se que a culpabilidade é um conceito plurissignificativo: pode representar reprovabilidade social, pode representar um requisito para aplicação da pena e, ainda, pode ser compreendida como derivação da noção de proporcionalidade, como, ut upta, ocorreu no *caput* do artigo 59 do Código Penal Brasileiro. Em verdade, a culpabilidade pode ser associada a diferentes significados. A culpabilidade é elemento do conceito analítico de crime, mas também representa o grau de censura de um fato e o próprio fundamento da pena. Neste passo, convém invocar Karl Binding:[392] *"de acuerdo com La actual convicción jurídica, La culpabilidad em cuanto acción culpable no solo constituye presupuesesto ineludible, sino también fundamento jurídico de La pena".*

Neste breve ensaio, trabalhar-se-á a culpabilidade segundo o primeiro dos conceitos que ela pode trazer: culpabilidade enquanto reprovação social de um injusto penal, enquanto elemento integrante do conceito de fato punível. Neste passo, para conceituar a culpabilidade, pode-se invocar o magistério de Frank: *"Culpabilidad es reprochabilidad. Esta expresión no es linda, pero no conozco otra mejor".*[393]

Registre-se que o corte aqui eleito para a análise se refere às circunstâncias concomitantes em relação à culpabilidade, a partir das concepções defendidas por Frank. A importância do estudo da culpabilidade em Frank se assenta na criação da teoria psicológico-normativa da culpabilidade, ou seja, é verdadeiramente uma fase de transição da culpabilidade causalista (regida pela teoria psicológica), para a culpabilidade finalista, (regida, noutro giro, pela teoria normativa pura). Nas palavras de Assis Toledo: foi então que Frank, em sua obra editada em 1907 [...], lançou as bases da denominada teoria normativa da culpabilidade", introduzindo no seu conceito de culpa um elemento normativo, um juízo de valor, a reprovabilidade do ato praticado".[394]

A culpabilidade é, dentre os elementos que integram o conceito analítico do crime, um dos que mais provoca polêmica no âmbito doutrinário. Isto porque não se trata de um juízo que recai sobre o fato em si, como ocorre com a tipicidade e com a ilicitude, mas por impor um "juízo de reprovação sobre o autor do fato" [395].

Enquanto no injusto penal a análise é objetiva, se o fato está ou nao autorizado pelo direito, a culpabilidade resgata a importância da análise da pessoa do réu. No contexto desta tese, malgrado seja assunto atinente à pessoa, pode-se notar que há fundado pensamento de que a

[392] BINDING. Karl. *La Culpabilidad em Derecho Penal*. Montevideo/Buenos Aires: Editora, 2009, p.5.
[393] FRANK, Reinhard Frank. *Sobre la Estrutura Del Concepto de Culpabilidad.* Buenos Aires: Ed. B de F, 2004, p.39.
[394] TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal.* São Paulo: Saraiva, 1994, p.223.
[395] BRANDÃO, Cláudio. *Teoria Jurídica do Crime.* 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p.131.

culpabilidade sofre interferência do desenvolvimento da cultura. Veja-se:[396]

> *Este elemento del delito, afirmado sólidamente en la cultura moderna, es, sin duda, el resultado de larga evolución. Desconocido en los pueblos primitivos, en que la responsabilidad se basaba en el resultado, es tenido en cuenta por el derecho romano, influido por los moralistas griegos, y apenas considerado por el derecho germânico.*

Diante de um fato típico e ilícito, a análise do juízo de reprovabilidade que recai sobre o autor da conduta não só representa um instrumento de defesa deste perante o Estado, como também um meio de legitimação estatal para aplicação da pena, caso reste configurado o crime. Com efeito, aplicar pena criminal a inimputáveis, para além de um ato de manifesta violência e tirania, comprometeria toda a justaposição de coerência e lógica de toda a justiça criminal. Que finalidade teria a intervenção penal punitiva, expiatória, para pessoas não culpáveis?

Diante desta "dupla utilidade" da culpabilidade, poderia até parecer óbvio, como constata Francisco de Assis Toledo[397], a impossibilidade de punir o autor de uma conduta que fuja completamente à esfera de controle do agente, a exemplo de estímulos orgânicos involuntários. Entretanto, alerta o autor:

> Tal constatação pode parecer óbvia, evidentemente por si mesma, mas, apesar disso, representou difícil, tardia e importante conquista da humanidade, após longo período histórico no início do qual utilizou-se da pena criminal contra seres humanos, animais e até contra objetos inanimados.[398]

Desta forma, faz-se mister analisar, mesmo que ligeiramente, a evolução da noção de culpabilidade, que, segundo o supracitado autor[399], passa a ser construída a partir da análise de elementos psíquicos ou anímicos, quais sejam, evitabilidade, previsibilidade e voluntariedade, consagrando-se o princípio do *nullum crimen sine culpa.*

2.6.1.1 Teoria psicológica da culpabilidade

O século XIX foi marcado pela expansão das ciências naturais, que acabam por repercutir no mundo jurídico, em que se tentou aplicar os mesmos rigores da metodologia científica ao Direito. A teoria psicológica, que tem como maior expoente Franz von Liszt, corresponde a uma

[396] CUESTA, José Maria Luzón. *Compendio de Derecho Penal. Parte General*. Madrid: Dykinson, 2009, p.132
[397] TOLEDO, Francisco de Assis. *Op.cit.*, 1994, p.218.
[398] TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal.* São Paulo: Saraiva, 1994, p.218.
[399] *Ibidem,* p.219.

construção teórica de forte inspiração causalista, e assim é chamada por ter promovido a separação entre os elementos objetivos e subjetivos – dentre estes, a culpabilidade – do delito:

> A culpabilidade era a relação psicológica que havia entre a conduta e o resultado, assim como a relação física era a causalidade. O injusto se ocupava, pois, dessa causalidade física – causação do resultado –, enquanto à culpabilidade cabia a tarefa de tratar a relação psíquica. O conjunto de ambas as relações dava por resultado o delito. [400]

Sob esta perspectiva dogmática, conceitua-se a culpabilidade como "uma ligação de natureza anímica, psíquica, entre o agente e o fato criminoso" [401]. A *culpa* e o *dolo*, portanto, eram analisados dentro do contexto da culpabilidade, assim, não havia diferença entre ambos para efeito de definição do crime, mas tão somente para aplicação da pena.

Neste ponto, a culpabilidade ainda não tinha elementos valorativos normativos. A estruturação da culpabilidade era baseada no dolo e na culpa. Era dotada apenas e tão somente de elementos psíquicos, subjetivos. Via-se o dolo e a culpa como manifestações de culpabilidade.[402] A conduta humana, integrante da tipicidade, representava apenas e tão somente uma enervação muscular. Neste contexto histórico, privilegiava-se a relação de causalidade, em detrimento dos elementos volitivos. Por força da herança histórica do positivismo científico, somente se explicava a conduta com o que pudesse ser comprovado cientificamente. Prova-se causalidade cientificamente, mas ainda não se criou instrumento científico que permita medir dolo. Autores, então, colocavam todo o elemento subjetivo do crime dentro da culpabilidade.[403]

As críticas feitas a tal teoria consistem, sobretudo, na incapacidade desta resolver importantes questões, tais como a culpa inconsciente e a imputabilidade. Sobre a teoria psicológica, preleciona Cláudio Brandão:

> [...] nesta teoria a metodologia naturalística aplicada despe a culpabilidade dos elementos normativos. Ao se renunciar aos elementos normativos, retira-se a consciência da antijuridicidade do dolo, que passa a ser concebido como pura previsibilidade aliada à vontade de realização do fato. [404]

Para além disso, dentro do corte deste trabalho, pode-se notar que a teoria psicológica da culpabilidade, ao desprezar elementos normativos e valorativos, deixa de contemplar diversas evoluções referentes a novos bens jurídicos.

---

[400] ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro:* Parte Geral. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p.603.
[401] TOLEDO, Francisco de Assis. *Op.cit.,* 1994, p.219.
[402] WESSELS, Johannes. *Direito Penal. Parte Geral. Aspectos Fundamentais*. Porto Alegre: SAFE, 1976, p.86.
[403] BINDING. Karl. *La Culpabilidad em Derecho Penal*. Montevideo/Buenos Aires: B d F, 2009.
[404] BRANDÃO, Cláudio. *Teoria Jurídica do Crime.* 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p.140.

2.6.1.2 Teoria psicológico-normativa da culpabilidade

Diante das questões que não eram satisfatoriamente resolvidas pela teoria psicológica, Reinhardt Frank inicia a chamada teoria psicológico-normativa da culpabilidade, que ultrapassa a mera análise do nexo psíquico que liga o autor ao fato praticado. O dolo e a culpa passam a ser elementos da culpabilidade, jungidos a outros. Deixam, pois, de ser a essência exclusiva do conceito de reprovabilidade. O dolo, integrante da culpabilidade, neste contexto, ainda compreendia a consciência da ilicitude. Era, pois, o dolus malus.

Esta nova construção teórica, embora tenha conservado os elementos subjetivos na esfera da culpabilidade, começa a agregar elementos normativos, impregnados de juízo de valor, a tal conceito. Frank é responsável por introduzir um juízo de valor ao conceito de culpa, que seja, a reprovabilidade do ato praticado [405], cujo pressuposto consiste na exigibilidade de conduta diversa.

A teoria psicológico normativa iniciada por Frank é, posteriormente, enriquecida por Goldsmith, segundo o qual o dolo constituía pressuposto da culpabilidade[406], e por Mezger, que "afirmava que o dolo requeria a consciência da antijuridicidade, isto é, que o dolo sempre era culpável" [407].

Diante desta significativa evolução do conceito de culpabilidade, assevera Cláudio Brandão:

> A teoria psicológico-normativa retoma o conceito de dolo dos romanos. O dolo é um elemento da culpabilidade, ao lado da culpa, e é considerado como vontade e previsibilidade aliadas ao elemento normativo *consciência da antijuridicidade.* Nesta concepção a consciência da ilicitude adota uma posição fundamental: censura-se o fato em virtude de o indivíduo ter podido conhecer a ilicitude de sua vontade. É pela relevância dada à consciência da antijuridicidade que a culpabilidade deixou de ser um puro nexo psicológico para ser um juízo normativo. [408]

2.6.1.3 Teoria normativa pura da culpabilidade

[405] TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal.* São Paulo: Saraiva, 1994, p.223.
[406] ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro:* Parte Geral. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p.604.
[407] *Ibidem,* p.604.
[408] BRANDÃO, Cláudio. *Teoria Jurídica do Crime.* 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p.141.

A teoria normativa pura, que tem como seu maior expoente Hans Welzel, representa a consagração do finalismo e é responsável por retirar os elementos subjetivos da culpabilidade – culpa e dolo –, que migram para a tipicidade.

Neste sentido, vale mencionar o quanto Welzel entende por culpabilidade:

> *La culpabilidad no se conforma con esa relación de divergencia objetiva entre acción y orden jurídico, sino que hace al autor el reproche personal por no haber omitido la acción antijuridica, a pesar de haberla podido omitir. La culpabilidad contiene en este sentido una doble relación: la acción de voluntad del autor no es corno lo requiere el derecho, a pesar de que el autor la hubiera podido realizar conforme a la norma. En esta doble relación del no deber ser antijurídico, frente al poder ser adecuado al derecho, radica el carácter específico de la culpabilidad.*[409]

Welzel ainda coloca como pressupostos de existência ao juízo de reprovação a liberdade de vontade e capacidade de imputação, afirmando que "toda culpabilidad es culpabilidad de voluntad" [410]. Com isso, o autor ressalta que o indivíduo só poderia ser reprovado pelo atos que, voluntariamente, causou.

Diante das alterações na noção de culpabilidade, Cláudio Brandão ressalta que "a culpabilidade continuou a ser reprovabilidade, só que passou a ser um conceito puramente normativo, pois não existe nenhum conceito de ordem psicológica" [411]. Vale dizer, ainda, que o novo conceito de culpabilidade não é esvaziado de conteúdo[412], pois, além da exigibilidade de conduta diversa, agrega a tal noção outros elementos, quais sejam, imputabilidade e potencial conhecimento da ilicitude do fato.

Quanto a isso, vale dizer que, conforme salienta Francisco de Assis Toledo, não se trata de inovação de Welzel a utilização, *per se*, de tais elementos, senão vejamos:

> Welzel está, em princípio, de acordo com todos esses elementos, mas os considera muito mal distribuídos na estrutura do crime. Não compreende o ilustre penalista como se pôde situar o dolo dentro do juízo de culpabilidade e, com isso, deixar a ação humana sem o seu elemento característico, fundamental, a intencionalidade, isto é, o seu finalismo. Isso vai contra a estrutura ontológica da ação, pois esta, como se sabe, não pode ser desligada de seu finalismo direcional, sob pena de se fraturar a

---

[409] WELZEL, Hans. *Derecho Penal – Parte General.* Traducción de Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956, p.147.
[410] WELZEL, Hans. *Derecho Penal – Parte General.* Traducción de Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956, p.152.
[411] BRANDÃO, Cláudio. *Teoria Jurídica do Crime.* 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p.143.
[412] ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro:* Parte Geral. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p.605.

> realidade. Toda ação humana é essencialmente finalista, é dirigida a um fim. Esse finalismo, o elemento intencional, inseparável da ação, é o seu elemento direcional, é, em resumo, o dolo. [413]

A imputabilidade, também chamada de *capacidade de culpabilidade*, significa que, diante do injusto, previamente reconhecido como tal, o respectivo autor deverá ter capacidade para decidir se atuará ou não em conformidade com o direito[414]. Neste sentido, vale lembrar o quanto prelecionam Bitencourt e Muñoz Conde sobre a doutrina de Welzel:

> Welzel conclui que a *capacidade de culpabilidade* apresenta dois momentos específicos: um *cognoscivo ou intelectual,* e outro *volitivo ou de vontade,* isto é, a *capacidade de compreensão* do injusto e a *determinação da vontade* conforme essa compreensão, acrescentando que somente os dois momentos conjuntamente constituem, pois, a capacidade de culpabilidade.

A imputabilidade penal não tem grandes transformações do direito penal comum para o direito penal econômico. O conceito de imputabilidade não é derivado da cultura, por ser basilar, primário, estruturante, é um conceito derivado da civilização.

Duas serão as preoucpações a serem examinadas em relação do Direito Penal Econômico: a consciência da ilicitude e a exigência de atuação conforme o direito.

2.6.2 A consciência da ilicitude em matéria penal econômica. Influência dos novos bens jurídicos imateriais, concebidos pelo desenvolvimento da cultura

> Consciência da ilicitude é a capacidade de o agente de uma conduta proibida, em uma situação concreta, aprender a ilicitude de seu comportamento; quando presente, autoriza a reprovação do sujeito. Se ausente, permite ao mesmo alegar que atuou em erro sobre a ilicitude.[415]

Assunto por demais discutido na doutrina se refere ao erro de proibição, é dizer, falta de conhecimento potencial da ilicitude. Antes de adentrar nas relações deste assunto com o objeto de pesquisa da tese, mister se faz colocar o conceito e o problema atinente ao erro de proibição.

Para os bens tradicionais, é bem simples diferenciar erro de proibição e desconhecimento da norma. Com efeito, a falta de potencial consciência da ilicitude afasta a reprovabilidade do ato, razão porque as pessoas ficam desprovidas de censura e, assim, desprovidas

---

[413] TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal.* São Paulo: Saraiva, 1994, p.266-227.
[414] BITENCOURT, Cezar Roberto; CONDE, Francisco Muñoz. *Teoria Geral do Delito.* São Paulo: Saraiva, 2000, p.329.
[415] BRODT, Luíz Augusto Sanzo. *Da Consciência da Ilicitude no Direito Penal Brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p.17.

de culpabilidade. O desconhecimento da norma é inescusável. O erro de proibição, se justificável, isenta de pena. Como, então, diferenciar os institutos?

Sabe-se que a consciência da ilicitude não é técnica, ela é profana, é um juízo leigo sobre a proibição de certos comportamentos. As pessoas sabem que, ut upta, matar é crime, sem nunca terem tido acesso ao Código Penal. O conteúdo da proibição é, pois, absorvido pelas regras de experiência, de uma tal sorte que se pode conhecer a ilicitude sem conhecer a norma e conhecer circunstancialmente a norma sem ter consciência da ilicitude de um comportamento. Como já se afirmou solenemente, a se exigir consciência tecnia a respeito da ilicitude, somente os doutores, e, em particular, os criminalistas, poderiam ser responsabilizados criminalmente.

Com efeito.

Todos sabem que o desconhecimento da norma é inescusável. Efetivamente, não se pode deixar de cumprir, de observar uma norma, ao fundamento de que não a se conhece. Se fosse procedente uma tal alegação, viver-se-ia uma crise sem precedentes de eficácia e de aplicabilidade das normas penais. Toda e qualquer pessoa mataria, roubaria, estupraria e, pois, cinicamente, diria desconhecer a lei, para se escudar. Sobre a diferença entre consciência da ilicitude e consciência da norma, Sanzo Brodt:[416]

> Os casos de ignorância da lei são muito freqüentes. Em face da baixa escolaridade da maioria da população e do enorme número de dispositivos legais, muito raramente quem pratica uma conduta criminosa conhece o tipo penal a que se adapta seu comportamento, o quantum da pena, o regime inicial de cumprimento da mesma, embora saiba que a sua conduta é reprovada pela ordem jurídica, tanto que toma toda as precauções para escapar à perseguição policial.

Se, de um lado, o desconhecimento da norma é inescusável, por outro, a falta de consciência da proibição da conduta conduz à ausência de reprovabilidade de um comportamento, é dizer, à falta de culpabilidade, nos exatos termos do art. 21 do Código Penal Brasileiro. Como bem salientam Berenguer e Cussac:[417]

> *ahora bien, no debe entenderse como exigência de uma interpretación de su significado jurídico, propia de los expertos juristas. Simplesmente precisalo que comúnmente de llama "valoratión Del autor el La esfera Del profano", que discurre paralela a La valoratión legal.*

[416] BRODT, Luíz Augusto Sanzo. *Da Consciência da Ilicitude no Direito Penal Brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p.54.
[417] BERENGUER, Enrique Orts; CUSSAC, José L. González. *Compendio de Derecho Penal. Parte General.* Valencia: Tirant lo Blanc, 2008, p.191.

Esta matéria é mais controvertida em relação ao Direito Penal Econômico.

De fato.

No Direito Penal Econômico, os bens não são os tradicionalmente penais, razão porque não se pode sustentar a mesma aplicação da idéia de erro de proibição. Sim, porque se, de um lado, todos sabemos que matar é crime, que estuprar é uma conduta proibida, não são todos, seguramente, que dominam o entendimento de que empregar dinheiro obtido mediante subvenção estatal em finalidade diversa da pactuada é crime contra o sistema financeiro nacional. Se se sabe que difamar é uma conduta ilícita pode-se ignorar, como sói ocorrer, que não se pode trocar dinheiro estrangeiro por nacional nem, tampouco, oferecer empréstimos a juros, figuras delituosas contempladas, uma vez mais, na lei dos crimes contra o sistema financeiro nacional.

Por conta disso, assemelha-se inaplicável a tese de erro de proibição pautada numa concepção de idéia profana da proibição simplesmente porque, para os novíssimos bens jurídicos penais, a concepção de proibição não é tão difundida perante a comunidade. Não se pode, para além disso, buscar argumentos na vetusta e sepultada figura do conhecimento da proibição para o homem médio (e se é que ele existe...), que seguramente não faz a menor idéia do que seja uma conta CC-5, nem tem a mais pálida idéia do que seja gerir uma conta off shore.

Mais uma vez, na doutrina nacional, é imperioso transcrever Juarez Cirino dos Santos:

> É importante destacar que o erro de proibição inevitável é mais comum no direito penal especial, em que o cidadão comum tem maior dificuldade de reconhecer o injusto concreto do tipo respectivo e, além disso, os próprios operadores jurídicos especializados não conhecem a totalidade das incriminações respectivas; por outro lado, o erro de proibição evitável é mais frequente no direito penal comum.[418]

Neste passo, colha-se inclusive a jurisprudência paradigmática a respeito da matéria, reconhecendo o erro de proibição para o direito penal econômico:

> PROCESSUAL PENAL. DENÚNCIA. INÉPCIA.
>
> Não é inepta a denúncia que no seu contexto descreve fatos penalmente típicos e aponta a conduta dos acusados de forma devidamente individualizada, oferecendo condições plenas para o exercício do direito de defesa.
>
> PENAL. CRIME CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL. LEI Nº 7.492/86. ADMINISTRADORA DE CONSÓRCIO. INSTITUIÇÃO FINANCEIRA.

[418] SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal. Parte Geral.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p.319.

> FISCALIZAÇÃO DO BANCO CENTRAL. AUTORIZAÇÃO TÁCITA. ERRO DE PROIBIÇÃO. CP ART. 21. - As empresas administradoras de consórcio equiparam-se à instituições para fins de incidência, "ex vi" do art. 1º, parágrafo único, inciso I, da Lei nº 7.492/86, sendo aos administradores vedado tomar empréstimo ou deferi-lo à empresa controladora, sob pena de incorrer nas sanções dos art. 17, do mencionado diploma legal.
>
> Se o Banco Central, por longo período, aceitava como regular a livre disposição de recursos provenientes de taxa de administração dos consórcios, a nova mudança de orientação imposta pela Receita Federal não pode acarretar a condenação criminal dos dirigentes dessas empresas, por ausência de juízo de reprovabilidade, configurando erro inevitável sobre a ilicitude do fato, ou erro de proibição. Precedente deste Tribunal (RHC nº 4.146-3-SP, Re. Min. Cid Flaquer Scartezzini). - Recurso ordinário provido. "Habeas corpus" concedido. Origem: STJ - SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA
> Classe: RHC - RECURSO ORDINARIO EM HABEAS CORPUS - 6606
> Processo: 199700506576 UF: SP Órgão Julgador: SEXTA TURMA
> Data da decisão: 19/02/1998 Documento: STJ000232465

Significativas, ainda, as palavras da doutrina alienígena:

> *La conciencia de la antijuridicidad está dependiendo- de hecho-del conocimiento exacto de la norma jurídica por parte del infractor (em normas penales em blanco o normas con especial tendência a contener elementos normativos), la extensión del castigo a los supuestos del error vencible de prohibición, sin excepciones, no satisface las más elementales exigência político-criminales.*
>
> *Em este sentido, uma regla interpretativa ineludible em el Derecho penal econômico reza del siguiente modo: el error de prohibición es invencible cuando se desconoce la norma jurídica y el conocimientode la antijuridicidad (conocimiento de la prohibición jurídica) no puede derivarse de las reglas ético-sociales que rigen el comportamiento em comunidad.*[419]

Destarte, não se pode ser tão rigoroso na análise da consciência da ilicitude em relação aos bens jurídico-penais econômicos, havidos pelo desenvolvimento da cultura. Em casos tais, ordinariamente, pela especialidade e pela qualidade do bem jurídico, o desconhecimento da norma conduzirá, inexoravelmente, ao desconhecimento da proibição.

Essa é tarefa que – diferenciar erro de tipo de desconhecimento da norma - , conquanto pareça complexa, é até bastante simples, em relação aos bens tradicionais. Quando se fala em conhecimento da ilicitude, não se fala em conhecimento técnico das normas penais. Para os

[419] BAJO FERNANDEZ, Miguel; BACIGALUPO, Silvina. *Derecho penal económico*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 2001, p.180/185.

bens tradicionais, havidos a partir do desenvolvimento da civilização, a consciência da proibição é absorvida ao longo da vida, com as experiências de todo o processo de aprendizado. As pessoas sabem que não podem matar, furtar ou estuprar sem nunca terem lido o Código Penal (seria inimaginável um estuprador ou homicida adentrar uma delegacia alegando que houvera praticado o injusto por não ter sido "avisado"de que aquilo era crime!). Aliás, as pessoas podem até mesmo ignorar a existência de um Código Penal, mas certamente não ignorarão que tais comportamentos são proibidos. Conhecer a proibição, em última análise, corresponde a conhecer se o comportamento é certo ou errado, não se confundindo com uma análise criteriosa da norma penal e de seus elementos. Esses bens, tradicionais, são aprendidos desde a tenra idade: desde cedo as crianças aprendem que não podem bater umas nas outras; que não podem xingar as pessoas; que não podem tomar o que não é seu. Essa é a consciência da ilicitude verdadeiramente diferente da norma.

Welzel alerta, entretanto, que o conhecimento da ilicitude não se confunde com a necessidade de conhecimento da lei, conforme é demonstrado a seguir:

> *En todos los casos se trata de la comprensión de lo injusto material. No es necesario que el autor conozca el hecho como contrario a la ley, ni basta la conciencia de cometer un hecho meramente amoral, sino que el autor debe saber que su hecho es una infracción contra aquellas normas sociales que son imprescindibles para la convivencia.*

Sobre o potencial conhecimento da ilicitude do fato, pode-se afirmar que, segundo Welzel, só recairá o juízo de reprovabilidade sobre o autor que conhecia ou podia conhecer a qualidade ilícita de sua conduta. Diante disso, vale citar o quanto menciona o autor:

> *Sin embargo, una acción no es ya reprochable, por el solo hecho de que su autor haya conocido o podido conocer su cualidad de ser adecuada al tipo, sino, únicamente, cuando él conoció o pudo conocer, además, su antijuricidad. Al conocimiento o conocibilidad de la concreción del tipo, debe agregarse el conocimiento o conocibilidad de la antijuricidad. La clara verdad es que se puede hacer el reproche de culpa solamente cuando el autor estuvo en condiciones de conocer la antijuricidad de su hacer: el autor hubiera podido formar su voluntad de acción conforme al derecho, en lugar de hacerlo antijurídicamente.*

Ocorre, no entanto, que, para os bens culturais, a consciência da ilicitude ainda não está suficientemente formada, porque estes bens imateriais são relativamente recentes. Em casos tais, não há que se falar nem mesmo em conhecimento potencial da ilicitude. De fato, as pessoas não são criadas aprendendo que não podem mandar seu dinheiro para o exterior; que não podem divulgar informação prejudicialmente incompleta sobre instituição financeira. Enfim, enquanto que,

para os bens da civilização, a diferença entre erro de proibição e desconhecimento da norma é real, nos bens novos, imateriais, derivados da cultura, essa diferença é puramente formal, haja vista ainda não estar cristalizada a consciência da ilicitude sobre estes fatos.

Outra distinção relevante diz respeito ao paralelo entre erro de tipo e erro de proibição, anteriormente chamados de erro de fato e de erro de direito. As formulações teóricas de tal teoria acabam por fundamentar, adequadamente, a diferença entre erro de tipo e erro de proibição, bem como entre as descriminantes putativas de erro de tipo e erro de proibição. A teoria normativa pura soluciona, portanto, questões que perduraram por muito tempo sem resposta satisfatória. Seria bem simples analisar a diferença existente entre erro de tipo e erro de proibição se as pessoas conseguissem enxergar que, no primeiro, o sujeito não tem a consciência que integra o dolo, não sabe o que faz, portanto. Já no segundo, o sujeito sabe perfeitamente o que faz, mas não tem consciência da ilicitude (que integra a culpabilidade), acreditando, erroneamente, que o seu comportamento está em conformidade com o direito. No primeiro caso, o sujeito não sabe o que faz; no segundo, ele sabe o que faz, mas imagina não ser errado.

Ao lado da evolução das teorias da culpabilidade, evolui, também, a noção de dolo. Durante as teorias psicológica e psicológico-normativa, o *dolo* e a *culpa* eram analisados dentro da esfera da culpabilidade. Por conta disso, como dolo e culpa integravam a culpabilidade, não havia diferença essencial entre erro de tipo e de proibição, pois ambos estavam referentes à culpabilidade. Entretanto, a progressiva normativização de tal conceito, que encontra seu ápice na teoria normativa pura, é responsável pela reorganização dos elementos integrantes da teoria do delito e, com isso, o dolo e a culpa passam a integrar a tipicidade na qualidade de elementos subjetivos do tipo penal, enquanto que a consciência da ilicitude permanece dentro da culpabilidade. Assim, o erro sobre a vontade de agir se refere à tipicidade; o erro sobre a ilicitude, refere-se à culpabilidade.

Welzel, ao tratar do assunto, define o dolo da seguinte forma:

> *Toda acción conciente es llevada por la decisión de acción, es decir, por la conciencia de lo que se quiere -el elemento intelectual-, y la decisión de querer realizarlo -el elemento volitivo-. Ambos elementos juntos, como factores creadores de una acción real. Constituyen el dolo. La acción objetiva es la ejecución finalista del dolo.*[420]

A partir de tal conceito, já é possível extrair os elementos integrantes do dolo, quais sejam, o cognoscitivo e o volitivo. Segundo Zaffaroni e Pierangeli, o dolo é "a vontade realizadora do

[420] WELZEL, Hans. *Derecho Penal – Parte General.* Traducción de Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956, p.73.

tipo objetivo, guiada pelo conhecimento dos elementos deste no caso concreto" [421]. Entretanto, a análise de tais elementos só é relevante para o Direito Penal quando exteriorizados mediante a conduta delitiva do autor[422].

A noção de dolo natural, adotada pelo ordenamento jurídico pátrio, caracteriza-o como sendo "despojado completamente de todo e qualquer elemento normativo" [423]. O conceito de dolo, no Brasil, ainda pode ser classificado em dolo direto, regido pela teoria da vontade, e dolo indireto, regido pela teoria do consentimento..

Em resumo e dito de forma mais direta e clara: a consciência da ilicitude, para os bens tradicionais, não se confunde com o conhecimento técnico das normas penais. Para os bens mais novos, desenvolvidos a partir da evolução da cultura, pelo fato de ainda não haver, ordinariamente, consciência profana do injusto, esta distinção – desconhecimento da norma *versus* desconhecimento da proibição – cai por terra.

2.6.3 A Exigibilidade de atuação conforme o Direito e o Direito Penal Econômico. Desdobramentos da cultura nas novas manifestações punitivas

> Um ulterior requisito é exigido para que o juiz possa reconhecer que um fato lesivo é culpável: o da *normalidade das circunstâncias nas quais a ação se exteriorizou.* O mérito de ter atraído a atenção dos estudiosos para êste elemento cabe sem dúvida a Frank. Hoje êste elemento foi amplamente estudado e analisado por todos os que aceitam a concepção normativa da culpabilidade. Que se pretende em verdade entender com a expressão "normalidade das circunstâncias"? Para que uma ação possa dizer-se culpável não basta que um sujeito capaz tenha previsto e requerido um determinado evento lesivo, mas é necessário que a sua vontade tenha podido determinar-se normalmente rumo à ação: tal determinação normal não pode ser exigida quando as condições de fato em que o indivíduo atuar forem de tal ordem que tornem impossível ou muito difícil a formação de um querer imune de defeitos. Quando se admite, por exemplo, que em virtude da fôrça maior seja impossível a imputação de um fato a um sujeito capaz, mesmo que tenha agido conscientemente, reconhece-se que no

[421] ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro:* Parte Geral. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p.481.
[422] WELZEL, Hans. *Op.cit.,* 1956, p.73-74.
[423] BITENCOURT, Cezar Roberto; CONDE, Francisco Muñoz. *Teoria Geral do Delito.* São Paulo: Saraiva, 2000, p.153.

> embasamento do juízo de culpabilidade encontra-se o princípio de que tal juízo deve ser excluído quando a vontade não puder determinar-se *normalmente* à ação, o que pode ocorrer tanto por um vício que incida sôbre a representação das conseqüências da própria ação quanto sôbre a livre determinação da própria ação. Numa concepção normativa, a culpabilidade desaparece tôdas as vêzes em que – dadas as condições do atuar – não se possa "exigir" do sujeito agente um comportamento diverso daquele efeticamente adotado.[424]

Se, por um lado, o direito penal não pode exigir das pessoas uma atuação fraca, pusilânime, não pode, por outro lado, exigir atos heróicos, sofrimentos desumanos para o cumprimento de uma regra penal. O comportamento deixa de ser culpável se não fosse possível, diante das circunstâncias de fato, cobrar que o sujeito observasse as regras jurídicas.

A inexigibilidade de conduta diversa, no Brasil tem duas manifestações: uma legal, quando o legislador tratou da obediência hierárquica e da coação moral irresistível; outra, supralegal, como causa de exculpação. Por se tratar de norma benéfica ao réu, à semelhança de tantos outros institutos como, por exemplo, o consentimento do ofendido, pode-se falar em causa supralegal de exculpação.

Como causa supralegal, a inexigibilidade de conduta diversa tem várias manifestações, que aqui não interessam, pela falta de pertinência temática: 1) co-culpabilidade; 2) conflito de deveres; 3) provocação de legítima defesa; 4) desobediência civil; 5) excesso intensivo derivado de medo; 6) escusas de consciência. A manifestação que interessa é relacionada ao estado de necessidade exculpante, haja vista que todas as demais são evidentemente inaplicáceis ao Direito Penal Econômico.[425]

---

[424]BETTIOL, Giuseppe. *Direito Penal. Vol. II.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971. p.139-140.

[425] Não se concorda, com as devidas licenças, com a opinião de Salo de Carvalho, que defende ser perfeitametne aplicável a co-culpabilidade para crimes econômicos. Na co-culpabilidade, o sujeito pode ter a pena reduzida ou até mesmo deixar de ser punido em razão de, pela miséria da vida, não ter tido acesso ao mínimo para se desenvolver. Ordinariamente, desde Sutherland, como demonstrado no capítulo 1, o perfil do criminoso em matéria penal econômica é, definitivamente, outro. Em relação à co- culpabilidade, pode-se afirmar que, "diante das características peculiares das modalidades delitivas em comento, vale dizer que a qualidade econômica de tais agentes delitivos afasta, pois, a aplicação da teoria da co-culpabilidade como forma de atenuante genérica, defendida por Juarez Cirino dos Santos como meio de abrandar a punição dos agentes oriundos de esfera social menos abastada, como é demonstrado a seguir: Hoje, como valoração *compensatória* da responsabilidade de indivíduos *inferiorizados* por condições sociais adversas, é admissível a tese da *co-culpabilidade* da sociedade organizada, responsável pela *injustiça* das condições sociais desfavoráveis da população marginalizada, determinantes de *anormal motivação da vontade* nas decisões de vida". (SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível.* Rio de Janeiro: Freitas bastos, 2000, p.270). Em sentido contrário, CARVALHO, Salo*. A co-responsabilidade do estado nos crimes econômicos:* fundamentos doutrinários e aplicabilidade jurisdicional. Disponível em:<

No Brasil, o Código Penal comum positivou apenas um estado de necessidade, o justificante, no artigo 23. Só se pode invocar esta causa de justificação quando o bem protegido é de valor maior ou igual ao bem sacrificado. O Brasil, na legislação comum (diferentemente da militar), positivou apenas um estado de necessidade.

Há casos, porém, em que, malgrado se sacrifique um bem objetivamente mais valioso, não é exigível sacrificar o bem subjetivamente mais valioso. Pense-se, por exemplo, na conduta de um pai que precisa matar duas pessoas para, com isso, salvar a vida de seu filho. Acaso se poderia exigir do sujeito um ato heróico?

Quando, apesar de o bem ser mais valioso, for razoável e proporcional o sacrifício, a absolvição se impõe. Historicamente, este instituto, inexigibilidade de conduta diversa como causa supralegal de exculpação por estado de necessidade exculpante sempre esteve associado aos crimes contra a vida, mormente ao homicídio. Bem este nitidamente ligado ao conceito de civilização. Questiona-se, agora, se a tese, aplicável aos bens tradicionais, seria ou não igualmente aplicável para os bens surgidos com o desenvolvimento cultural, mais precisamente, para o direito penal econômico. Imagine-se, pois, a seguinte situação da vida: um agricultor, com parcos rendimentos, toma empréstimo subvencionado em banco estatal para o plantio de milho (o governo quer incentivar o desenvolvimento rural e subvencionou o empréstimo). Usa quase que a totalidade do dinheiro para aquela finalidade vinculada, quando é surpreendido com uma notícia: seu filho acabara de ser aprovado em vestibular, em faculdade particular renomada. Para preservar a vaga do filho conquistada com tanto suor, o pai usa o restante daquele dinheiro para arcar com estas despesas (superando, aqui, a falta de consciência profana da ilicitude). É de se indagar: é razoável punir este homem por crime contra o sistema financeiro nacional?

Há uma relutância muito grande em aplicar certas teses favoráveis ao réu no direito penal econômico. Isso ocorre, por exemplo, com a insignificância. Também com a inexigibilidade de conduta diversa isso ocorre, ao mesmo argumento: o bem jurídico não aceitaria a tese de exculpação. Não se concorda que a intervenção penal ocorra na economia, mas, se ocorrer, deve se dar com as mesmas garantias do direito penal tradicional. Veja-se:

> Ora, tanto quanto nos parece, uma tal compreensão, na sua versão radical, nada tem a defendê-la. Neste sentido – no sentido de garantia (e a exacta definição dos elementos do tipo é, indiscutivelmente, um sintoma ou uma decorrência de uma ideia forte de garantia) -, o direito penal econômico deve seguir, *pari passu*, o direito penal comum. Não devemos procurar

---

http://www.hospedageminteligente.com/awsc/artigos/01.PDF>. Acesso em: 10 fev. 2010).

diferenças, nem, muito menos, devemos criá-las artificialmente.[426]

Vale dizer, ainda, que embora a pressão social pese – e muito! – em sentido contrário, os Tribunais pátrios já aplicam a tese de inexigibilidade de conduta diversa nos delitos econômicos, como se demonstra mediante a jurisprudência a seguir:

> PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. PRESCINDIBILIDADE DO ESPECIAL FIM **DE** AGIR OU DOLO ESPECÍFICO (ANIMUS REM SIBI HABENDI). CRIME OMISSIVO PRÓPRIO. DIFICULDADES FINANCEIRAS. EXCLUDENTE DA CULPABILIDADE. ÔNUS DA DEFESA. RECURSO PROVIDO. [...] **A alegada impossibilidade de repasse de tais contribuições em decorrência de crise financeira da empresa constitui, em tese, causa supralegal de exclusão da culpabilidade – inexigibilidade de conduta diversa** – e, para que reste configurada, é necessário que o julgador verifique a sua plausibilidade, de acordo com os fatos concretos revelados nos autos [...]. [427]
>
> RECURSO ESPECIAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA **DE** CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. TRIBUNAL A QUO. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA. EXIGÊNCIA DA DEMONSTRAÇÃO DA POSSIBILIDADE **DE** CUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO. CAUSA SUPRALEGAL **DE** EXCLUSÃO DA CULPABILIDADE. RECONHECIMENTO. MOMENTO OPORTUNO. SENTENÇA. CRIME SOCIETÁRIO. INDIVIDUALIZAÇÃO DAS **CONDUTAS.** PRESCINDIBILIDADE. PRECEDENTES. [...]**dificuldades financeiras da empresa, se e quando caracterizadas, impõem o reconhecimento da causa supralegal de exclusão da culpabilidade consubstanciada na inexigibilidade de conduta diversa,** a qual deve ser comprovada pelo acusado ao longo da instrução criminal [...]. [428]
>
> PENAL. NÃO RECOLHIMENTO DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. LEI Nº 8.212/91, ART. 95, ALÍNEA "D". LEI Nº 9.983/2000. ART. 168-A, § 1º, INC. I, DO CÓDIGO PENAL. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. DIFICULDADES FINANCEIRAS. ALEGAÇÃO DE INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA. ACOLHIMENTO. [...] **Acolhimento da tese de inexigibilidade de conduta diversa, como causa supralegal de exclusão da culpabilidade, considerando que a conduta dos réus, apesar de típica, visto que se amolda à figura prevista no art. 168-A do Código Penal, e de não estar albergada por qualquer causa excludente de ilicitude, não é culpável, na medida em que não lhes era exigível portar-se de maneira diversa, em consonância com o ordenamento jurídico** [...]. [429]
>
> PENAL. PROCESSUAL PENAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. CONTRIBUIÇÃO RECOLHIDA DOS EMPREGADOS E

[426] COSTA, José de Faria. *Direito Penal Económico.* Coimbra: Quarteto, 200, p.111.

[427] STJ, REsp 881423 / RJ, 5ª Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJ 23.04.2007, p.307. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 24/09/2009.

[428] STJ, REsp 327738 / RJ, 5ª Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJ 22.08.2005, p.326. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 24/09/2009.

[429] TRF1, ACR 1999.37.00.004084-2/MA, 4ª Turma, Rel. Des. Fed. Hilton Queiroz, DJ 16.03.2007, p.30. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 24/09/2009.

> NÃO REPASSADA PARA O INSS. DIFICULDADES FINANCEIRAS COMPROVADAS. ART. 168-A DO CÓDIGO PENAL. [...] A existência de provas cabais quanto à alegada **dificuldade econômica da empresa administrada pelos acusados possibilita o reconhecimento de inexigibilidade de conduta diversa e justifica a exclusão da culpabilidade.**[430]
>
> PENAL. PROCESSUAL PENAL. FALTA DE RECOLHIMENTO DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. ART. 168-A, DO CÓDIGO PENAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. CRIME OMISSIVO. AUTORIA E MATERIALIDADE. DIFICULDADE FINANCEIRA COMPROVADA. IMPROVIMENTO. **Restando comprovado nos autos as dificuldades financeiras enfrentadas pela empresa mencionada na denúncia, impõe-se o reconhecimento da excludente da culpabilidade consistente na inexigibilidade de conduta diversa (causa supralegal).** 6. Absolvição mantida, com fundamento no art. 386, V do CPP. 7. Apelação criminal improvida. [431] (grifos nossos).

Assim, por reconhecer que a inexigibilidade de conduta diversa é uma causa de exculpacao geral, que serve a todos os delitos, muito embora não se acredite na legitimidade da intervenção penal em matéria econômica, se crimes econômicos houver, a adoção da causa que exclui a responsabilidade criminal se impõe.

Visto este ponto, passa-se à análise da necessidade de adoção do princípio da reserva do código.

2.7 DA NECESSIDADE DE ADOÇÃO DO PRINCÍPIO DA RESERVA DO CÓDIGO

"A exigência de codificação, presente na matriz ilustrada dos pensadores do paradigma racionalista é opção pelo fortalecimento de garantias, reduzindo os graus de obscuridade, incerteza e arbítrio do poder público".[432]

A todo o instante, neste texto, combate-se a intervenção penal na economia. Além de todas as críticas já apontadas, com violações flagrantes em relação à legalidade, à taxatividade e à lesividade, ainda surge outro problema: o grande e expressivo número de

---

[430] TRF1, ACR 2000.38.02.001063-3/MG, 3ª Turma, Rel. Des. Fed. Tourinho Neto, DJ 13.10.2006, p.19. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 24/09/2009.

[431] TRF1, ACR 2002.38.00.032811-7/MG, 4ª Turma, Rel. Des. Fed. I'Talo Fioravanti Sabo Mendes, DJ 26.04.2006, p.28. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 24/09/2009.

[432] CARVALHO, Salo. *Descodificação Penal e Reserva do Código.* Disponível em:<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewArticle/10289>. Acesso em: 10 jan. 2010.

tipos penais incriminadores, colacionados em diversas leis especiais. A descodificação penal faz aparecer diversos microssistemas jurídicos.

No Brasil, ademais, a descodificação ainda encontra uma explicação histórica: o Código Penal é de 1940, enquanto que toda a legislação penal econômica lhe é posterior. É menos custoso ao legislador, ao invés de fazer reformas sistemáticas no bojo do Código Penal, promover alterações pontuais na legislação extravagante.

Um microssistema não é apenas e tão somente uma lei extravagante. O critério para definir um microssistema se assenta na idéia de regras próprias de teoria do delito e de teoria da pena. No Brasil, podem-se apontar diversos exemplos: a Lei 9605/98, dos crimes ambientais, trabalha dentro com um conceito de conduta exclusivo: a responsabilidade penal da pessoa jurídica; a lei dos crimes contra a ordem tributária (8137/90) possui causa própria de extinção de punibilidade; o exemplo mais robusto, no entanto, refere-se ao Código Penal Militar, mais que um microssistema, um sistema à parte, dotado de duas partes gerais, possibilidade de a responsabilidade penal começar aos dezesseis anos, etc.

A criação de um microssistema se justifica pela necessidade de adequar a tutela. Pensa-se que não se pode tratar, por exemplo, da lavagem de dinheiro, com as regras dos crimes contra o patrimônio. Nada impediria, no entanto, que esse tratamento diferenciado estivesse reunido de forma sistemática e harmônica, dentro do código penal.

Mas os problemas advindos da criação de tais microssistemas são enormes. Primeiramente, causa uma insegurança jurídica grande, mesmo para os técnicos em direito. Por exemplo, veja-se a balbúrdia jurídica para poder resolver o conflito aparente de normas entre crimes contra as relações de consumo tipificados na lei 8137/90 e no Código de Defesa do Consumidor. Ambas as leis são de 1990 (o Código de Defesa do Consumidor ficou seis meses em vacatio legis) e ambas são especiais em um determinado aspecto (O Código de Defesa do Consumidor é específico porque só trata de relações de consumo; a Lei 8137/90 é específica noutro plano, pois só trata de aspectos criminais). Essa superposição de normas penais será resolvida, quando todos os critérios de conflito aparente falharem, com base no in dubio pro reo), mas não deixa de gerar uma desgastante insegurança jurídica.

Demais disso, o fato de haver um sem-número de normas incriminadoras em diplomas específicos dificulta o acesso ao conteúdo da proibição, permitindo que ocorra uma verdadeira confusão conceitual entre o desconhecimento das normas penais e o erro de proibição, consoante já demonstrado.

> Algumas conseqüências da decodificação no Direito Penal Brasileiro. São conhecidas as nocivas conseqüências advindas desta forma de proceder. Pense-se na violação dos princípios constitucionais em matéria penal, *e.g.*, o princípio da legalidade, o princípio da ofensividade ou lesividade e o princípio da intervenção mínima[433]

De semelhante preocupação compartilha Faria Costa:

> É indesmentível que o número de normas incriminadoras referentes à criminalidade econômica crescera – e continua a crescer – de maneira exponencial e, por isso mesmo, era urgente proceder a uma sistematização, a uma arrumação de todo aquele preciso aglomerado normativo.[434]

Assim, malgrado tenha-se que a intervenção penal na economia, ordinariamente, se demonstra ilegítima, é de se recomendar a adoção, não só para a matéria penal, mas para toda a legislação extravagante, da aplicação do princípio da reserva do código, de forma a respeitar a legalidade, em seus aspectos legal e substancial.

> *Los derechos y garantías fundamentales propias del Estado de Derecho, sobre todo las de carácter penal material (principios de legalidad, intervención mínima y culpabilidad) y procesal penal (derecho a la presunción de inocencia, a la tutela judicial, a no declarar contra sí mismo, etcétera), son presupuesto irrenunciables de la propia esencia del Estado de Derecho. Si se admite su derogación, aunque sea en casos puntuales extremos y muy graves, se tiene que admitir también el desmantelamiento del Estado de Derecho, cuyo ordenamiento jurídico se convierte en un ordenamiento puramente tecnocrático o funcional, sin ninguna referencia a un sistema de valores, o, lo que es peor, referido a cualquier sistema, aunque sea injusto, siempre que sus valedores tengan el poder o la fuerza suficiente para imponerlo.*[435]

Expostas todas estas incongruências referentes à intervenção penal na ordem econômica – violação à legalidade/taxatividade; desrespeito ao direito penal de dano, com emprego freqüente de crimes de perigo abstrato; incertezas relacionadas ao exercício regular de um direito; polêmicas atinentes ao erro de proibição e à inexigibilidade de conduta diversa – é fácil perceber que a falta de legitimação da intervenção penal na ordem econômica conduz, inexoravelmente, à falta de aptidão para tutelar estes bens. Neste caso, desrespeita-se a dogmática garantista para atender a reclamos, em tese, de ordem prática. Assim, sepultando a função de garantia da dogmática penal, ou se cria um direito penal sem freios, de milhonésma velocidade, ou se cria um direito penal simbólico. Ainda para evidenciar a falta de legitimação da intervenção penal na economia, passa-se a tratar do direito penal econômico

[433] SALES, Sheila Jorge Selim de. *Escritos de Direito Penal*. 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p.16.
[434] COSTA, José de Faria. *Direito Penal Económico.* Coimbra: Quarteto, 2003, p.27.
[435] MUÑOZ CONDE, Francisco. *De nuevo sobre el Derecho penal Del enemigo*. 1.ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2005, p.63.

e de sua ineficiência e falta de legitimidade à luz da política criminal.

3 (DES)CONSTRUINDO O DISCURSO VIGENTE. AS (DIS)FUNÇÕES DO DIREITO PENAL E DA PENA CRIMINAL. (DES)NECESSIDADE DE LEI PENAL PARA A TUTELA DA ORDEM ECONÔMICA. RELAÇÕES COM O DIREITO PENAL ECONÔMICO

Neste capítulo passa-se à análise do discurso vigente acerca da (des)necessidade de se criminalizar as condutas que ofendem as relações econômicas e a credibilidade do mercado capitalista, já que, a despeito de ter havido uma forte presença do direito penal econômico ainda em países socialistas, com o declínio deste sistema de produção, houve, por conseguinte, um declínio das suas manifestações punitivas. Os aspectos mais interessantes da intervenção penal na economia nos países socialistas já foram devidamente examinados. Assim, neste capítulo, a análise da política

criminal em relação ao direito penal econômico se restringirá ao sistema capitalista de produção.

A análise das funções das penas e do próprio direito penal é determinante para se averiguar a legitimidade da intervenção penal em relação a uma determinada matéria. Que função poderia ser atribuída ao direito penal com a incriminação do adultério? Com a incriminação do homossexualismo? Com a incriminação de liberdade religiosa? Com a incriminação dos crimes econômicos? Se não há uma função razoável, a tutela penal é desnecessária. Ainda que haja razoabilidade na punição, deve-se perquirir sempre se aquele objeto tem idoneidade para ser tutelado pelo direito penal.

Com efeito, neste momento, cumpre analisar a seleção deste bem jurídico, a função da pena estatal como reação diante da infração à lei penal que protege tais relações e os reflexos na sociedade e no infrator para, em seguida, se estudar os argumentos que defendem e criticam a existência do Direito Penal econômico, visualizando-se as funções declaradas e as não reveladas acerca da criação deste ramo do Direito Penal. Vistas, inicialmente, nos dois primeiros capítulos, a importância da cultura para a criação da dogmática penal em matéria econômica, este capítulo se afasta um pouco desta temática, para analisar as manifestações de direito penal econômico a partir da criminologia e da política criminal.

Registre-se que o assunto relacionado com as (dis)funções do Direito Penal Econômico servirá de fundamento para o elemento mais importante da tese: a deslegitimação do Direito Penal Econômico. Com efeito, devem ser abordadas as funções de prevenção, com todos os seus desdobramentos (prevenção geral e especial, positiva e negativa); teorias absolutas ou da retribuição; as teorias ecléticas, com ênfase para a Teoria dialética Unificadora e, finalmente, as teorias deslegitimadoras, que criticam o direito penal e, com muito mais razão, o Direito Penal Econômico.

Expostos os aspectos tradicionais do Direito Penal Econômico – até como pressuposto para o desenvolvimento da tese, máxime porque não se pode deslegitimar aquilo que não se conhece, terá início o desenvolvimento do ponto de vista de que o Direito Penal não é instrumento legítimo para interferir na ordem econômica. Veja-se o posicionamento de Alberto da Silva Franco:

> O Direito, que vem sempre atrás de mudanças, aguardando que elas se concretizem e se consolidem, para formular o discurso jurídico, vê-se atropelando pela rapidez do processo transformador. Foi ele, sem dúvida, apanhado de surpresa e o seu equipamento conceitual revela-se inadequado, despreparado e, em algumas situações, até mesmo superado, para apreender e regular os problemas propostos pela globalização e a

> conseqüente criminalidade transnacional. Essa defasagem engendra posições dissonantes entre a sociedade em mutação e o direito, quando não um vazio legal extremamente perigoso. Diante desse quadro, o apelo à intervenção do mecanismo penal para o enfrentamento dos grandes desafios dos tempos modernos surge, de pronto, com um posicionamento alternativo: ou o direito penal deve ajustar os seus instrumentos ou garantias ao moderno desenvolvimento tecnológico ou devem buscar-se outros instrumentos jurídicos que possam responder melhor a esse desenvolvimento do que o Direito penal´.[436]

Vê-se, pois, que o Direito Penal, para satisfazer os interesses daqueles que estão ávidos para que exista sua intervenção na economia, acaba por macular garantias conquistadas há séculos. Com efeito, legalidade estrita, taxatividade, ofensividade, lesividade, responsabilidade subjetiva, dentre outras tantas, tornam-se nulas com a multiplicação de tipos penais extravagantes, repletos de elementos normativos, de normas penais em branco, configurando tipos de mera atividade e de perigo abstrato. Repita-se que se busca justificar estas mutilações à dogmática com as "necessidades" da vida prática.

> O Direito Penal Econômico é, sem dúvida, um dos elementos fulcrais do Direito Penal moderno. Particularmente, os delitos tributários cumprem uma função preventiva evidente, sobretudo quanto aos grandes defraudadores, os quais podem quantificar as sanções administrativas para eventual pagamento, caso sejam objeto de uma inspeção fiscal. Já no caso dos pequenos defraudadores, uma sanção administrativa pode mostrar-se efetiva, tendo em vista seu potencial monetário. Corcoy Bidasolo, a essa assertiva, deduz duas conseqüências. A primeira é que, nos delitos econômicos, o Direito Penal cumpre sua efetiva função preventiva, sempre que a sanção não se limita a uma multa. A segunda é que, nos delitos em que haja duplicidade sancionatória (administrativa e penal), é importante reservar a intervenção penal apenas e tão-só às condutas especialmente graves, deixando-se de fora as demais.[437]

De início, registre-se que, para a criminologia, o combate aos crimes contra a ordem econômica teve início com Sutherland em 1939[438], pertencente à "*American Sociological Association*", sofrendo influência da Escola de Chicago, tendo sido o mencionado criminólogo o primeiro a usar a expressão "crimes de colarinho branco", para se referir aos delitos praticados por pessoas com grande respeitabilidade na sociedade e possuidoras de *status* econômico e social,

---

[436] FRANCO. Alberto Silva. Globalização e Criminalidade dos Poderosos. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. ano 10, fasc. 2. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p.216.

[437] SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supra-individual:* interesses difusos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p.8146.

[438] *Cf.* VELLOSO, Renato Ribeiro. *O crime de colarinho branco:* visão geral. Disponível em: <http://www.ipv.pt/millenium/millenium32/3.pdf> Acesso em: 01 jun. 2010.

guardando grande prestígio. Para não incorrer em repetições enfadonhas, advirta-se que o posicionamento de Sutherland, inclusive com o desenvolvimento da sua associação diferencial, foi exposto no local apropriado (ver no primeiro capítulo).

Com efeito, serão estudadas, adiante, as razões que conduziram à punição de tais classes, enfatizando-se a "ignorância"[439] da sociedade quanto à existência das cifras ocultas da criminalidade e a violação ao princípio da isonomia, revelando-se o caráter seletivo do Direito Penal e o etiquetamento[440] de determinadas pessoas e condutas, consideradas como potencialmente delinqüentes; ademais, em contrapartida, será analisada a desnecessidade de intervenção do Direito Penal na esfera econômica, desnudando-se a real intenção na criminalização de tais condutas.

Começa-se, pois, por examinar a quem interessa a criminalização da atividade econômico/empresária.

3.1 A EVOLUÇÃO DO SISTEMA CAPITALISTA E A NECESSIDADE DE CRIMINALIZAR TAIS CONDUTAS: A QUEM INTERESSA O DIREITO PENAL ECONÔMICO?

Ao se traçar um paralelo entre a evolução das relações capitalistas e o desenvolvimento do Direito Penal, percebe-se que a seleção dos bens jurídicos, desenvoltos pela noção de cultura, e a conseqüente criminalização de certas condutas possuem íntima relação com os ideais mercantilistas, e, pela via reflexa, com o grupo dominante.

Decerto, conforme pontua Mir Puig[441], a tipificação de determinadas condutas está visceralmente entrelaçada às necessidades da manutenção de um certo grupo no domínio da sociedade. O Direito Penal torna-se importante ferramenta para o controle social, preservando os interesses do mercado, a fim de fortalecer o poder da burguesia. Outrossim, é através da incriminação das condutas que atentem contra o bem jurídico patrimônio (que somente se confunde com direito penal econômico em sentido amplo, registre-se), a um primeiro momento, logo após a revolução industrial, objetivando consolidar o poder da burguesia e, num segundo momento, a tipificação dos crimes contra a ordem econômica, visando a fortalecer o poder do próprio Estado, que se tem os crimes ora em análise.

---

[439] *Cf.* HASSEMER, Winfried; CONDE, Francisco Munõz. *Introducción a La Criminologia y al Derecho Penal.* Valencia: Trant to blanch, 1989.

[440] *Cf.* BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal:* introdução à sociologia do Direito Penal. 3.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

[441] *Cf.* MIR PUIG, Santiago. *Funcion de la pena y teoria del delito en el Estado social y democratico de Derecho*. 2.ed. Barcelona: Casa Editorial, 1982.

A função da pena e do Direito Penal nada mais é do que buscar legitimar e manter o poder de um grupo no domínio da sociedade; não há uma verdadeira função da pena senão a que serve, oportunamente, aos interesses do próprio capitalismo. Este é, em verdade, um dos discursos não declarados do sistema penal: por um lado, vende-se a imagem de que a intervenção penal na economia serviria para proteger bens jurídicos; essencial e verdadeiramente, a intervenção penal atende a funções não declaradas que, neste caso, também se referem à preservação e manutenção de classes.

Neste mesmo sentido, Cláudio Alberto Gabriel Guimarães[442], ao analisar o fortalecimento dos tipos penais após a revolução francesa, estudando paralelamente as funções da pena, conclui que a princípio se tem o Direito Penal Liberal, que comunga dos ideais do fortalecimento do mercado, com a máxima "*Laissez fraire, laissez passer, le monde va de lui-même"*, ou seja, o Estado não deve intervir nas necessidades mercantilistas, imperando a liberdade nas negociações, pois a "mão invisível do mercado", de acordo com Adam Smith, se encarregaria de regular as relações comerciais.

Zaffaroni, analisando o fenômeno das relações econômicas e sua evolução, desde o surgimento do mercantilismo, atravessando o desenvolvimento do capitalismo, a revolução industrial até a globalização da economia e das culturas, com ênfase na revolução tecnológica, revela a ideologia que legitima a intervenção estatal, sobretudo a tutela penal, qual seja, as necessidades do mercado:

> *II. LA GLOBALIZACIÓN COMO HECHO DE PODER Y EL PENSAMIENTO ÚNICO COMO DISCURSO LEGITIMANTE*
>
> *1. Marchando directamente al tema, se trata de establecer una relación entre un fenómeno de poder general y otro particular, ambos con sus respectivos discursos e ideologías. El fenómeno general es la globalización. Pero globalización es una expresión ambigua, porque se emplea tanto para designar el hecho de poder mismo como también la ideología que pretende legitimarlo. Es indispensable no confundir ambos conceptos y, por ello, preferimos llamar globalización al hecho de poder en si mismo, y denominar pensamiento único, globalismo (Beck) o fiíndamentalismo de mercado (Soros) a la ideologia legitimante. En este entendimiento, la globalización no es un discurso, sino nada menos que un nuevo momento de poder planetario. Se trata de una realidad de poder que llegó y que, como las anteriores, no es reversible. La revolución mercantil y el colonialismo (siglos XV y XVI), la revolución industrial y el neocolonialismo (siglo XVIII y XIX) y la*

[442] *Cf.* GUIMARÃES, Cláudio Alberto Gabriel. Funções da pena privativa de liberdade no sistema penal capitalista. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

> *revolución tecnológica y la globalización (siglo XX), son. tres momentos de poder planetario. No falta quien sostiene que la globailización es la totalidad de ese proceso de planetarización del poder (Wa-Uerstein), pues no seria concebible sin las anteriores etapas, pero es preferible reservar su designación para la etapa actual, sin perjuicio de reconocer que -como todo fenómeno de poder- tiene una gestación histórica. Al igual que los anteriores momentos, cambia la perspectiva del mundo en el sentido de un nuevo marco significativo para todas las cosas, y también como ellos, viene acompañado de un discurso legitimante (la supremacia teológica en el colonialismo, el evolucionismo racista en el neocolonialismo, el pensamiento único en la globalización). Por ello, globalización no es el fundamentalismo de mercado de von Hayeck o de Friedman: ésa es sólo La ideología de algunos de sus intérpretes, que asume función legitimante de las ventajas que obtienen los protagonistas que -por el momento- parecen sacar la mayor ventaja. Así como en el colonialismo, el reconocimiento del hecho irreversible de que Cortés conquistó México no implica asumir la actitud de la Malínche, en la globalización, el pensamiento único o globalismo no sería más que el malinchismo frente al nuevo hecho de poder.*[443]

Destarte, conforme afirma o mencionado autor, os bens jurídicos são selecionados e as condutas são tipificadas de acordo com as necessidades do capitalismo; as novas vertentes da tutela penal, como a intervenção nas relações de consumo, na ordem econômica e tributária, no meio ambiente, na realidade virtual, através dos crimes cibernéticos, demonstram a necessidade do mercado em salvaguardar tais bens jurídicos, conforme se verá a seguir.

3.1.1 A seleção do bem jurídico

O bem jurídico protegido pelo Direito Penal Econômico em sentido estrito é, justamente, as relações econômicas, envolvendo, portanto, os interesses do capitalismo e, consoante já se demonstrou, do próprio socialismo. Neste sentido, cumpre questionar o conceito de bem jurídico, uma vez que se trata da seleção de valores ditos essenciais ao convívio pacífico em sociedade. Em suma, há de se indagar qual a real necessidade de se criminalizar condutas que violam as regras do mercado, promovendo uma lesão às relações capitalistas, sem envolver a vida, liberdade ou integridade física dos cidadãos, valores esses fundamentais para uma comunidade.

[443] ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *En torno de La Questión Penal.* Buenos Aires: Julio Cesar Faria Editor, 2005, p.181-182

A tentativa de conceituar bem jurídico é tarefa das mais difíceis[444], mas se passará a analisar a definição comumente utilizada, qual seja, de que bem jurídico é valor destacado dito como essencial para a sobrevivência da sociedade, tendo por função, no dizer de Cláudio Brandão[445], de resguardar a convivência em uma sociedade. Neste sentido, cumpre salientar que os interesses políticos não devem ser confundidos com os interesses da sociedade, de tal sorte que não é válida a proteção de bens jurídicos selecionados com o escopo de se legitimar e manter um determinado grupo no controle da comunidade. Juarez Tavares[446] pontua que esta confusão entre o que é verdadeiramente valor para a sociedade e o que se traduz como valor na norma conduz a tipos penais inócuos, uma vez que a eleição de um bem jurídico que não é realmente importante, em que os cidadãos não conseguem visualizar a sua necessidade, o perigo de sua lesão e a sua efetiva lesão, tornam tais normas penais ineficazes, pois não serão respeitadas, sendo, inclusive, inválidas.

Ao se analisar o pensamento de Roxin[447] se depreende que não se pode admitir bens jurídicos selecionados de acordo com as convicções pessoais dos legisladores, fazendo menção, inclusive, à experiência nazista na Alemanha, ressaltando, portanto, o perigo de se escolher valores lastreados em posições ideológicas, que contrariam a vontade da própria sociedade:

> ***1. Las conminaciones penales arbitrarias no protegen bienes jurídicos***
>
> *Las conminaciones penales arbitrarias no protegen bienes jurídicos y son inadmisibles. Por tanto no se puede p.ej. exigir bajo pena al ciudadano que tribute reverencia a algo como el sombrero de Geßler * o a otro símbolo cualquiera; pues ello ni sirve a la libertad del individuo en un Estado liberal ni para La capacidad fiíncional de un sistema social basado en tales principios.*
>
> ***2. Las finalidades puramente ideológicas no protegen bienes jurídicos***
>
> *Por la misma razón estaría vedado proteger finalidades ideológicas mediante normas jurídicopenales. Así p.ej., el "mantenimiento de la pureza de La sangre alemana", en el que se basó la prohibición nacionalsocialista de La llamada vergüenza racial, no es un bien jurídico en el sentido aquí*

[444] Ressalte-se que não é objetivo deste trabalho esgotar a problemática que cerca a conceituação de bem jurídico, pois isto demandaria uma pesquisa a parte. O que se pretende é, tão somente, criticar a eleição de determinados bens jurídicos.
[445] BRANDÃO, Cláudio. Teoria jurídica do crime. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p.09.
[446] TAVARES, Juarez. Teoria do Injusto Penal. 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p.199.
[447] *Cf.* ROXIN, Claus. *Derecho Penal Parte General.* Tradução: Diego-Manuel Luson Peña et.al. Madrid: *Civitas* S.A., 1997.

> *descrito. Pero lo mismo valdría también para la obligación de seguir teorías ideológicas menos reprobables*[448].

Ora, como se pode tipificar condutas se pretendendo punir os cidadãos que violam a lei penal se o valor por ela protegida não encontra respaldo na própria comunidade? No exemplo trazido por Roxin, o bem jurídico "vergonha racial", que originou a perseguição e punição de indivíduos não arianos, não representava a vontade da população alemã; o autoritarismo do regime nazista criou tipos penais arbitrários, que não encontravam correspondência com a vontade do povo, mas que era imposto através da força.

Assim sendo, em um Estado Democrático de Direito, tal postura é inadmissível, razão pela qual há de se selecionar bens jurídicos verdadeiramente importantes para a sociedade. De outra forma, se tem a consagração de uma legislação penal simbólica, que não é desejada em um regime democrático. Alem da importância, recorde-se que o bem jurídico precisa ter aptidão para ser protegido pela manifestação jurídica adequada, seja penal ou não.

Outrossim, Hassemer[449] assevera que a dificuldade em se estabelecer os tipos penais reside na eleição dos valores da própria sociedade, em contraposição aos interesses de um determinado grupo, o que conduz à função simbólica do Direito Penal[450]:

> ***IV. 2. Protección de bienes jurídicos en la política criminal moderna***
> *La primera respuesta, la más antigua y simple a la pregunta de cuándo cumple el Derecho penal su función preventiva sería: cuando verdaderamente protege los bienes jurídicos que tiene como misión proteger. Esta respuesta sería suficiente si pudiésemos partir del concepto de bien jurídico y si supiésemos lo que es una «verdadera» protección de bienes jurídicos. Debido a que ello constituye una dificultad existe el Derecho penal simbólico.*
>
> *La función fundamental de la doctrina de los bienes jurídicos era y es —con todas las diferencias de origen y concepto— negativa y de crítica del Derecho (aun cuando la negatividad constituía ya una condición de la potencia crítica): El legislador debía castigar sólo aquellos comportamientos que amenazaban un bien jurídico; los actos que sólo atentaban a la moral, a valores sociales o contra el soberano debían excluirse del catálogo de delitos;*[451]

Traçando um paralelo entre o pensamento de Roxin, Hassemer e a advertência de Juarez Tavares, conclui-se que não se pode admitir que um grupo que controla a sociedade

---

[448] ROXIN, Claus. *Derecho Penal Parte General.* Tradução: Diego-Manuel Luson Peña et.al. Madrid: *Civitas* S.A., 1997, p.56.
[449] *Cf.* HASSEMER, Winfried. Derecho Penal Simbólico y protección de Bienes Jurídicos. *In: Pena y Estado.* Santiago: Jurídica Conosur, 1995.
[450] A função simbólica do Direito Penal será analisada em tópico futuro, quando se abordará também as velocidades do Direito Penal e a sociedade de risco.
[451] HASSEMER, Winfried. *Op.cit.*, 1995, p.32.

escolha valores que, de fato, não interessam à população, sendo tal medida arbitrária e anti-democrática, que acarreta na ineficácia da norma penal e a consagração da função simbólica do Direito Penal. Ressalte-se, ainda, que a concepção de bem jurídico, além de levar em consideração os anseios sociais, precisa, necessariamente, estar em conformidade com a constituição e com os valores mais nobres de um determinado momento histórico.

Com efeito, bens jurídicos que não traduzem a vontade da sociedade, legitimando a lei penal, não são observados e respeitados pelo cidadão, razão pela qual a norma é violada e a punição é insubsistente.

As relações econômicas, protegidas pelo Direito Penal Econômico, abrangem, como assevera Luís Fernando Cardieri[452], os delitos econômicos que atuam lesionando bem jurídico patrimonial individual ou "colocando em perigo a regulação da produção, distribuição e consumo de bens e serviços"[453].

Percebe-se, pois, que a preocupação do ente estatal ao selecionar tais bens jurídicos está intimamente ligada às necessidades do mercado capitalista, sobretudo após o fenômeno da globalização, incrementanda pelo desenvolvimento dos bens culturais, onde quase todas as economias do globo encontram-se interligadas e a confiabilidade do mercado passa a ser a pedra de toque da sobrevivência das sociedades. A tutela penal da ordem econômica socialista caiu em desuso pelo recrudescimento desta modalidade de produção, atualmente só existente na ilha de Cuba. O abalo econômico experimentado por um país afeta não apenas ele, mas todos os demais países que tecem relações financeiras com ele, provocando um efeito dominó. Interessa, pois, por pressões de política externa, que cada país cuide de sua economia, para que o globo não venha a sucumbir diante de uma crise financeira. Expostas estas idéias, tratar-se-á de analisar as principais teorias das penas e suas relações com o direito penal econômico.

3.1.2 As teorias absolutas: relações entre o castigo e o direito penal econômico

As teorias absolutas da pena[454] lastreiam-se na concepção da pena como um

[452] *Cf.* CARDIERI, Luís Fernando Diegues. Política Criminal no Direito Penal Econômico. *In: Crimes Tributários e Econômicos.* São Paulo: *Quartier Latin*, 2007.
[453] *Ibidem,* p.136.
[454] FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão:* teoria do garantismo penal. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.236.

fim em si mesma, possuidoras de um intrínseco valor axiológico, não possuindo um custo nem tampouco servindo de instrumento para outra finalidade, senão a da reação a um mal provocado pelo autor do fato. A pena é uma necessidade irrenunciável e, de acordo com uma tal teoria, a finalidade da pena é, simplesmente castigar.

Pode-se afirmar que é com as Teorias Absolutas que ganha destaque a preocupação com a finalidade das penas. Pode-se afirmar, sem embargo, que estas teorias servem, acriticamente, para fundamentar o direito de punir para todo e qualquer crime, eis que enxergam na pena a única finalidade de castigo. Deve-se ver, no entanto, que, neste momento, a pena era apresentada como uma finalidade em si própria, uma decorrência natural e inevitável da prática do ilícito, estando, por conseguinte, dissociada da idéia de prevenção. Não se fundava a pena em qualquer idéia utilitarista, portanto. Castigava-se por castigar. As teorias absolutas causaram grande impacto nas idéias jurídicas do século XIX. Em verdade, representavam a afirmação do Direito Penal, já que, ao se deixar de dar à pena uma finalidade de prevenção, a sanção penal seria imposta apenas para conferir aplicabilidade ao ordenamento jurídico penal. Vê-se, portanto, que é absolutamente inviável pretender justificar a pena – e, decorrentemente, o próprio Direito penal – mediante o emprego das teorias absolutas.

Estas teorias, ditas absolutas, por não terem finalidade e nem coerência, servem para, indiscriminadamente, justificar a imposição de castigos para toda e qualquer situação: castigar-se-ia um dano culposo, um estupro, um homicídio, um crime econômico,um crime contra o sistema financeiro, uma difamação, um adultério, um pensamento infame... a concepção do castigo não pode, do ponto de vista lógico, funcionar como fim para o que quer que seja: a imposição do mal que representa a pena deve ser concebida como meio para a obtenção de algum tipo de retorno social.

Conforme *ex vi,* as teorias sobre a pena foram surgindo de acordo com as necessidades apresentadas pelo grupo dominante da sociedade, bem como os valores por ela nutridos; com efeito, as teorias absolutas, denominadas teorias retribucionistas, foram desenvolvidas como função da pena ainda à época do domínio da Igreja Católica e, por esta razão, são pautadas em valores[455] como a vingança, a expiação e o reequilíbrio, sendo que é por meio dos sentimentos de culpa e medo nutridos no autor do fato que se aplica mais facilmente o castigo.

Destarte, entendia-se que o indivíduo que praticava um delito, ou seja, aquele que promovia um abalo no tecido social deveria ser punido por tal conduta, a fim de que seu

[455] FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão:* teoria do garantismo penal. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

mal fosse reparado; em verdade, o que se objetivava era a manutenção de um grupo no controle da sociedade e este controle se desenvolvia e se consagrava a partir do medo.

Através do medo[456], o intelecto dos cidadãos torna-se mais facilmente adestrável, explica-se: quando o indivíduo pratica uma conduta definida como crime, ele atenta contra a própria paz social e contra os cidadãos de bem; a ele deve ser aplicada uma pena, para que por meio do sofrimento, expie seus pecados e se restabeleça o *status quo ante*. O medo induz à obediência irrestrita, à aceitação pacífica dos valores apresentados pelo grupo dominante – nesta época a Igreja – sem que exercesse qualquer juízo crítico quanto à real intenção em se tipificar certas condutas, em se punir certas castas sociais, em se estabelecer rituais para a aplicação de tais penas, em sua maioria por meio de castigos corporais, humilhações em praças públicas, transformando-se o castigo em atração popular[457].

Aplicava-se a sanção penal ao infrator uma vez que, praticado um mal, este somente poderia ser anulado diante da imposição de um outro mal. Essa falsa noção de reparabilidade, nada mais era do que a falida visão de que a sanção possuía por finalidade a proteção da sociedade contra os indivíduos "maus", ou seja, daqueles que se insurgiam contra os valores do grupo dominante e com sua conduta promoviam um abalo no tecido social.

Como bem adverte Nietzsche[458], os sentimentos de culpa, ressentimento e medo, são importantes instrumentos utilizados pela camada da sociedade que detém o seu domínio para que tal poder não seja discutido ou deslegitimado. A noção de pecado, erro, delito, faz surgir no indivíduo o arrependimento, a culpa e através desta a necessidade de auto-punição que se inicia a um nível psicológico e encontra seu destino no aspecto corpóreo. Os castigos em praça pública realizados à época da Idade Média e no início do Absolutismo, com o surgimento das primeiras Nações, serve para reforçar na mente dos homens quem possui o poder de perseguir e punir e qual a regra a ser cumprida e, em contrapartida, as conseqüências a serem aplicadas àqueles que se insurgem contra as regras.

María José Falcón y Tella e Fernando Falcón y Tella[459] asseveram que a teoria retribucionista, ao analisar o porquê punir, encerra três variantes, quais sejam: a existência de um bem intrínseco em fazer sofrer o culpado; o reequilíbrio entre benefícios e ônus e a

[456] *Cf.* FREUD, Sigmund. *Futuro de uma ilusão, o mal-estar na civilização e outros trabalhos.* Rio de Janeiro**:** Imago, 2006, p.37.
[457] *Cf.* FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir:* história da violência nas prisões. 26.ed. Petrópolis: Vozes, 2002.
[458] *Cf.* NIETZSCHE, Friederich. *A genealogia da moral:* uma polêmica! São Paulo: Companhia das Letras, 1998.
[459] TELLA, María José Falcón; TELLA, Fernando Falcón. *Fundamento e finalidade da sanção:* existe um direito de castigar? Tradução: Cláudia de Miranda Avena. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.175-180.

anulação do mal provocado pelo infrator através da imposição de um outro mal, que seria a sanção penal.

Tendo em vista a primeira variante, os mencionados autores[460] pontuam que o retribucionismo intrínseco[461] pauta a justificativa da aplicação da pena na existência de um bem intrínseco no sofrimento dos culpáveis. Em seguida Maria Falcón e Fernando Falcón afirmam desconhecer tal possibilidade.

Percebe-se, pois, que esta primeira variante deve ser de todo afastada, uma vez que lastreia-se nos falaciosos conceitos de bem/mal, certo/errado, regra/castigo[462]. Impõe-se a pena para aqueles que são "culpáveis", ou seja, aos indivíduos que praticam condutas reprováveis na sociedade. A eles deve ser imposta uma sanção diante do descumprimento da regra, pois somente com esta punição se alcança o reforço da própria regra e, portanto sua obediência.

O "bem" alcançado apenas por meio do sofrimento não está relacionado ao autor do fato, mas àquele que pune e quem assiste à punição. Neste sentido, Nietzsche analisando a genealogia da moral afirma:

> *Nesta* esfera, a das obrigações legais, está o foco de origem desse mundo de conceitos **morais: "culpa", "consciência", "dever", "sacralidade do dever"** - **o seu início, como o início de tudo grande na terra, foi largamente banhado de sangue.** E não poderíamos acrescentar que no fundo esse mundo jamais perdeu inteiramente um certo odor de sangue e tortura? (Nem mesmo no velho Kant: o imperativo categórico cheira a crueldade...) F**oi igualmente aí que pela primeira vez se efetuou este sinistro, talvez indissolúvel entrelaçamento de idéias, "culpa e sofrimento", Pergunta-se mais uma vez: em que medida pode o sofrimento ser compensação para a "dívida"**? Na medida em que *fazer* sofrer era altamente gratificante, na medida em que o prejudicado trocava o dano, e o desprazer pelo dano, por um extraordinário contraprazer: *causar* o sofrer - uma verdadeira *festa,* algo, como disse, que era tanto mais valioso quanto mais contradizia o posto e a posição social do credor. Isto eu ofereço como uma suposição: pois é difícil sondar o fundo dessas coisas subterrâneas, além de ser doloroso; e quem aqui introduz toscamente o conceito de "vingança", obscurece e cobre a visão, em vez de facilitá-la (- pois a vingança leva precisamente ao mesmo problema: "como pode fazer-

[460] TELLA, María José Falcón; TELLA, Fernando Falcón. *Fundamento e finalidade da sanção:* existe um direito de castigar? Tradução: Cláudia de Miranda Avena. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.175.
[461] Expressão cunhada por Honderich, conforme avisam os autores
[462] *Cf.* NIETZSCHE, Friederich. *A genealogia da moral:* uma polêmica! São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

> sofrer ser uma satisfação?"), Parece-me que repugna à delicadeza, mais ainda à tartufice dos mansos animais domésticos (isto é, os homens modernos, isto é, nós), imaginar com todo o vigor até que ponto a *crueldade* constituía o grande prazer festivo da humanidade antiga, como era um ingrediente de quase todas as suas alegrias; e com que ingenuidade se apresentava a sua exigência de crueldade, quão radicalmente a "maldade desinteressada" (ou, na expressão de Spinoza, a *sympatia malevolens[simpa*tia malévola]) era vista como atributo *normal* do homem -: logo, como algo a que a consciência diz *Sim* de coração! Um olhar penetrante percebe ainda hoje traços desses prazeres tão antigos e profundos do homem; em *Além do bem e do mal,* § 229 (e antes em *Aurora,* § 18, 77, 113) **apontei com dedo cauteloso para a crescente espiritualização e "divinização" da crueldade, que atravessa toda a história da cultura superior** (e até mesmo a constitui, num sentido significativo). [463] (grifos aditados)

O segundo e o terceiro critério[464] ventilado pelos retribucionistas consistem na restauração do equilíbrio entre benefício e ônus e a restauração do *status quo ante*, ou seja, se aplica uma sanção para que se retire do infrator, ainda que simbolicamente, a vantagem por ele auferida com sua conduta criminosa. Um mal anularia um outro mal, restaurando a situação anterior à prática do ato delitivo. Haveria, pois, uma carga, um ônus àqueles que obedecem as regras, as leis e, nada mais justo que punir àqueles que não as observam, infringindo seu dever objetivo de conviver pacificamente em sociedade; os infratores não podem ser beneficiados, de tal sorte que aos que se auto-limitam há de existir uma vantagem, um benefício e não o inverso.

Não punir àqueles que transgridem as regras e vivem livremente, sem respeitar a sociedade e o próximo, seria injusto com os cidadãos que se preocupam com a paz social e respeitam as normas. Sendo assim, os que controlam seus impulsos de "aves de rapina"[465] devem ser beneficiados e os que seguem seus instintos, provocando o mal da comunidade, devem ser punidos.

Vislumbra-se aqui que, novamente, o que se deseja através da pena é a

---

[463] NIETZSCHE, Friederich. *A genealogia da moral:* uma polêmica! São Paulo: Companhia das Letras, 1998, p.22-23

[464] *Ibidem.*

[465] Os "animais de rapina" nada mais são do que o próprio homem em seu estado natural, instintivo. As regras criam as amarras na tentativa de se domesticar tais animais que, não raro, dão vazão aos seus sentimentos e terminam por transgredir as leis criadas pelos homens do "bem". Com efeito, aos que se insurgem contra a regra e promovem um abalo no tecido social são definidos como o "mal" da sociedade, devendo serem castigados. Essa dicotomia entre "bem" e "mal" nada mais é do que a tentativa de manipular a sociedade e se manter um grupo no controle desta, pois apenas estes homens estão autorizados a dizer o que é certo, errado e qual castigo deve ser aplicado. (*Cf.* NIETZSCHE, Friederich. *Op.cit.,* 1998).

reafirmação da norma; o critério ora em análise produzirá os mesmos efeitos que o anterior: aos homens "bons", que obedecem às leis, deve haver uma recompensa; aos "maus", que promovem uma ruptura no tecido social, há de se aplicar um castigo, para retirar-lhes qualquer tipo de vantagem que possam ter experimentado com sua conduta criminosa. Extrai-se, portanto, que a sanção é aplicada para que se confie no Estado e na norma[466] e, portanto, a função da pena é reafirmar a obediência do cidadão à regra, sem que haja qualquer questionamento quanto ao seu conteúdo e a sua oportunidade.

Malgrado a teoria retribucionista tenha aparecido como teoria absoluta da pena apenas em Beccaria[467], em verdade a concepção da pena como retribuição pelo mal provocado pelo criminoso remonta a própria origem da humanidade[468]. A antiga necessidade de se tentar justificar o porquê punir atravessa os séculos e deságua, no mais das vezes, na expressão "olho por olho, dente por dente" da Lei do Talião[469], ou seja: se pune para se castigar àquele que castigou a comunidade. Há, pois, a necessidade de se punir para se manter a ordem e se compensar o mal provocado, e apenas o mal anula outro mal.

Em verdade, os dois maiores expoentes da Teoria da Retribuição, Kant e Hegel pertenceram, justamente, à Escola Clássica[470]; tais doutrinadores fundamentam a aplicação da sanção penal na necessidade de se retribuir o mal provocado pelo autor da infração, revelando-se tal teoria como o sentimento nutrido pela sociedade em punir àqueles que a malferiram; o sentimento de vingança e punição se confundem, razão pela qual María Falcón e Fernando Falcón criticam esta concepção:

> […] Não me parece claro, em absoluto, como alguém pode rejeitar a vingança e aceitar, ao mesmo tempo, a pena retributiva. Também pouco é claro o que é o valioso se seguimos esta linha argumentativa: a punição de atos moralmente ruins ou a de atos juridicamente proibidos com independência de seu *status* moral[471].

Kant lastreava a necessidade de se punir no interesse de se realizar a justiça[472]. O infrator deve ser penalizado não para que seja corrigido, ou neutralizado, ou melhorado, mas para que se preserve a lei, sendo, portanto, facultado ao Direito, exercer a sanção para

---

[466] Percebe-se aqui a íntima correlação entre a teoria retribucionista e o funcionalismo sistêmico radical de Jakobs.
[467] *Cf.* BRUNO, Aníbal. *Direito Penal Tomo 1º.* Rio de Janeiro: Forense, 1984, p.91-110.
[468] *Ibidem*, p.67-90.
[469] GUIMARÃES, Cláudio Alberto Gabriel. *Funções da pena privativa de liberdade no sistema penal capitalista***.** Rio de Janeiro: Revan, 2007, p.102.
[470] *Ibidem,* p.103.
[471] TELLA, María José Falcón; TELLA, Fernando Falcón. *Fundamento e finalidade da sanção:* existe um direito de castigar? Tradução: Cláudia de Miranda Avena. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.176.
[472] GUIMARÃES, Cláudio Alberto Gabriel. *Op.cit.,* 2007, p.106-107.

punir aquele que o viola.[473]Priva-se a liberdade, pois o seu exercício irregular terminou por ocasionar uma lesão ao direito e, por conseguinte, à liberdade das demais pessoas[474]. A função da pena, para Kant, residia na consagração da Justiça. Mas a quem compete dizer o que é justo? Ademais, o que constitui a "Justiça"? Nietzsche critica a relação entre bem e mal, justo e injusto, vingança e obediência, salientando que os homens ditos "bons" dizem o que é "justiça" para uma sociedade:

> Preste atenção! Esses animais cheios de ódio e vingança - que fazem justamente do ódio e da vingança? Você ouviu essas palavras? Você suspeitaria, ouvindo apenas as suas palavras, que se encontra entre homens do ressentimento?..."Compreendo; vou abrir mais uma vez os ouvidos (ah! e fechar o nariz). Somente agora escuto o que eles tanto diziam: 'Nós, bons - nós somos os justos - o que eles pretendem não chamam acerto de contas, mas 'triunfo da justiça'; o que eles odeiam não é o seu inimigo, não! eles odeiam a 'injustiça', a 'falta de Deus'; o que eles crêem e esperam não é a esperança de vingança, a doce embriaguez da vingança ('mais doce que mel', já dizia Homero), mas a vitória de Deus, do deus justo sobre os.ateus; o que lhes resta para amar na terra não são os seus irmãos no ódio, mas seus 'irmãos no amor', como dizem, todos os bons e justos da terra.[475]

Hegel, por sua vez, compreende a pena como um mal aplicado para se anular outro mal perpetrado à sociedade pelo infrator. Quando o crime é praticado, é a vontade do autor do fato que viola a vontade da sociedade e, por tal razão, a vontade desta última deve prevalecer, punindo-se o criminoso. Apenas através da imposição de uma pena que se obtém a reafirmação da norma e do próprio Estado.[476] Trata-se, portanto, de uma concepção dialética do fenômeno, em que há a ocorrência de um mal – o crime, que é a tese – e a aplicação de outro mal – a sanção penal, antítese – para se alcançar o reforço da lei – síntese. A pena é a negação da negação do Direito[477].

Mir Puig[478], ao analisar os argumentos ventilados por Kant e Hegel acerca da Teoria Retribucionista, conclui que, embora os fundamentos utilizados pelos doutrinadores

---

[473] TELLA, María José Falcón; TELLA, Fernando Falcón. *Op.cit.,* 2008, p.194.
[474] *Ibidem.*
[475] *Cf.* NIETZSCHE, Friederich. *A genealogia da moral:* uma polêmica! São Paulo: Companhia das Letras, 1998, p.15.
[476] GUIMARÃES, Cláudio Alberto Gabriel. *Funções da pena privativa de liberdade no sistema penal capitalista.* Rio de Janeiro: Revan, 2007, p.107-108.
[477] *Ibidem,* p.108.
[478] *Cf.* MIR PUIG, Santiago*. Funcion de la pena y teoria del delito en el Estado social y democratico de Derecho*. 2.ed. Barcelona: Casa Editorial, 1982.

sejam aparentemente distintos – premissas éticas e reafirmação da norma – ambos possuem a mesma finalidade: traçar as bases para o fortalecimento do discurso do Estado Liberal:

> *Pero tanta o, acaso, mayor importancia tuvo en éste la concepción retributiva de la pena. Precisamente fueron dos de los máximos exponentes de la filosofía liberal, Kant y Hegel, quienes quizá de la forma más pura y extrema defendieron una concepción absolutista de la pena como exigencia absoluta de la justicia.* ***Aunque sus formulaciones difieren tanto como sus sistemas filosóficos, ambos pensadores limitan la función de la pena a la más pura realización de la justicia en base a su concepción liberal del mundo****. En apoyo de ello me limitaré a recordar que para Kant la pena no podía servir a la protección de la sociedad ni, por tanto, a la prevención de delitos, porque ello supondría que se castiga al delincuente en beneficio de la sociedad, lo que encerraría una instrumentalización inadmisible del individuo, concebido como «fin en sí mismo»; que según Hegel sólo la pena justa trata al hombre como a un ser «racional» y no como el palo al animal, hasta el punto de que aquella pena se convierte en un «derecho» para el delincuente.479* (grifos aditados).

A função da pena considerada absoluta, como um fim em si mesma, realizando os preceitos éticos de justiça e alimentando a confiança do cidadão na norma, revela a vitória do Estado Liberal sobre o Estado Monárquico. Por conseguinte, os ideais burgueses de liberdade, fraternidade e igualdade desafiavam uma ordem na qual o individualismo e o acúmulo de riquezas deveriam ser o norte de toda a sociedade. Por esta razão, conforme salienta Mir Puig[480], o Direito Penal, principal ferramenta de controle social, deveria estar adequado a esta nova necessidade do grupo que detinha o poder diretivo da comunidade, qual seja, a burguesia. Ainda sobre as relações entre as teorias absolutas e o ideal abstrato de justiça, deve-se ressaltar que existem pessoas que, mesmo quando falam em Teorias Absolutas, procuram demonstrar a existência de "funções" referentes às penas. De fato, existem algumas "finalidades" inerentes ás penas, quando interpretadas sob a ótica desta teoria, porém ditos fins não fazem parte da estrutura verdadeiramente ôntica da pena.[481] Vê-se, por exemplo, que se fala – mesmo que laconicamente – na "promoção da justiça", mas este não é o fim perseguido com a aplicação da norma penal. *Grosso modo*, poder-se-ia afirmar que estas "funções" são incidentais, mormente quando se constata, claramente, que o objetivo propugnado pela teoria é punir quem praticou um mal, castigando-o com a aplicação da pena. Destarte, segundo Francesco Carrara, seria necessária, ao lado desta teoria, uma outra, que buscasse a explicação para a punição

[479] MIR PUIG, Santiago. *Funcion de la pena y teoria del delito en el Estado social y democratico de Derecho*. 2.ed. Barcelona: Casa Editorial, 1982, p.35.
[480] *Ibidem.*
[481] "A pena se justifica quia peccatum est, nisto se esgotando o seu conteúdo. E só por isso. Mas não se ignora ou se contesta que a pena possa cumprir funções, entende-se, no entanto, que as possíveis finalidades da pena nada têm a ver com a sua natureza, com a sua ratio essendi". (QUEIROZ, Paulo de Souza. *Funções do Direito Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p.18).

estatal. Sobre o assunto, mesmo se aproximando das teorias absolutas, assim se manifestou Carrara: [482]

> [...] Tôdas essas fórmulas têm por base um princípio moral abstrato, mostrando que o delinqüente merece punição, mas não explicando porque esta é infligida pela autoridade social, e exclusivamente por ela. De tal modo, para se chegar a esse resultado, há necessidade de uma segunda teoria e de uma segunda demonstração, assim como a fórmula de necessidade social requer uma segunda teoria para demonstrar a razão de ser do Estado.

Neste sentido, fortalecido o capitalismo, expressão máxima do modelo de produção econômica, o Direito Penal prossegue com sua função de instrumento regulador da sociedade, intervindo nas relações sociais a fim de manter a obediência e respeito às regras; sendo assim, novos bens jurídicos são eleitos e novos tipos penais surgem, a exemplo do tema da presente pesquisa.

Outrossim, cotejando os argumentos aqui ventilados com o tema da presente pesquisa, vislumbra-se que no Direito Penal Econômico a função retributiva da pena encontra guarida, sobretudo, quando se analisa a escolha do bem jurídico tutelado e a finalidade desta escolha.

Decerto, em tese, punir-se-iam os autores dos crimes contra a Ordem Econômica para que com este castigo se demonstre à sociedade qual o valor que ela deve resguardar, qual seja, as relações econômicas, quando se deveria questionar qual a necessidade da intervenção do Direito Penal em áreas que destoam de sua natureza; ora, o Direito Penal é violência, castigo, sofrimento, haja vista que irá determinar a supressão, ainda que temporária, do direito de ir e vir, da liberdade do ser humano, segundo bem jurídico mais importante, abaixo apenas da vida. Com efeito, no Direito Penal Econômico, ceifa-se a liberdade do agente para tratar de área em que a intervenção penal, por ser inadequada, é ilegítima; não há, portanto, razoabilidade em tal posição.

Anteriormente se discutiu a eleição deste bem jurídico (economia) como essencial ao convívio pacífico entre os homens, à subsistência da própria sociedade. Não há que se falar aqui em crime que viola a integridade física, psíquica, a liberdade ou vida dos homens, mas tão somente a economia e, dessa forma, outro ramo do Direito há de ser mais adequado para sancionar tais condutas.

Ademais, não se trata aqui de delitos comuns, que encontram repouso na consciência da sociedade, facilmente perceptíveis e aceitos por todos, próprios da noção de

[482] CARRARA, Francesco. *Programa de Direito Criminal.* São Paulo: Saraiva, 1957, p.53.

civilização. São, em verdade, crimes especiais, praticados não por qualquer pessoa, mas, no mais das vezes, por uma determinada categoria de pessoas. A visualização e reprimenda de tais condutas extrapolam, a priori, o interesse do Direito Penal; todavia, em razão da função simbólica deste ramo do Direito, é utilizado, comumente, como *prima ratio,* pois é através do medo que se consegue a obediência e é por meio da sanção que se conduz o cidadão a acreditar em uma vingança pelo mal provocado pelo infrator, qualquer que seja a natureza ou qualidade do delito por ele praticado.

Assim sendo, a Teoria da Retribuição, quer seja entendida como retribuição-expiação ou como retribuição-compensação,[483] exerceria papel fundamental na concepção econômica e, particularmente, capitalista do Direito Penal, uma vez que é através da imposição da pena que se preserva o patrimônio – bem jurídico essencial para o mercantilismo – e se satisfaz o desejo de sangue da sociedade,[484] em ver o agente punido pelo mal praticado, sem se permitir que ele tenha, de alguma forma, obtido algum benefício, prêmio ou recompensa por ter violado as regras da comunidade.

> Esses genealogistas da moral teriam sequer sonhado, por exemplo, que o grande conceito moral de "culpa" teve origem no conceito muito material de "dívida? Ou que o castigo, sendo *reparação,* desenvolveu-se completamente à margem de qualquer suposição acerca da liberdade ou não-liberdade da vontade? - e isto ao ponto de se requerer primeiramente um *alto* grau de humanização, para que o animal "homem" comece a fazer aquelas distinções bem mais elementares, como "intencional", "negligente", "casual", "responsável" e seus opostos, e a levá-las em conta na atribuição do castigo. O pensamento agora tão óbvio, aparentemente tão natural e inevitável, que teve de servir de explicação para como surgiu na terra o sentimento de justiça, segundo o qual "o criminoso merece castigo *porque* podia ter agido de outro modo", é na verdade uma forma bastante tardia e mesmo refinada do julgamento e do raciocínio humanos; quem a desloca para o início, engana-se grosseiramente quanto à psicologia da humanidade antiga. Durante o mais largo período da história humana, *não* se castigou porque se responsabilizava o delinqüente por seu ato, ou seja, *não* pelo pressuposto de que apenas o culpado devia ser castigado - e sim como ainda hoje os pais castigam seus filhos, por raiva devida a um dano sofrido, raiva que se desafoga em quem o causou; mas mantida em certos limites, e modificada pela idéia de que qualquer dano encontra seu *equivalente* e pode ser realmente compensa do, mesmo que seja com a *dor* do seu causador.[485]

---

[483] GUIMARÃES, Cláudio Alberto Gabriel. *Funções da pena privativa de liberdade no sistema penal capitalista.* Rio de Janeiro: Revan, 2007, p.103.
[484] *Cf.* FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir:* história da violência nas prisões. 26.ed. Petrópolis: Vozes, 2002.
[485] *Cf.* NIETZSCHE, Friederich. *A genealogia da moral:* uma polêmica! São Paulo: Companhia das Letras, 1998, p.21.

Vislumbra-se, portanto, os ideais de Kant e Hegel na criminalização das condutas que violam o Direito Econômico: restringe-se a liberdade para se fazer justiça e se obedecer às normas e ao Estado, uma vez que o indivíduo que ultrapassou os limites impostos pela lei restringiu a liberdade de outros, devendo expiar seus pecados e ter sua liberdade violada, para com isto se alcançar a justiça.

Diversas são as criticas que podem ser opostas às teorias absolutas, porém, como a intervenção penal na economia carece de legitimidade, somente (e por absurdo) se poderia buscar uma finalidade das penas referente à matéria quando se pensa em se castigar por castigar, é dizer, quando se pensa que a pena tem uma finalidade em si mesma. Desta sorte, sob este viés, as teorias absolutas serviriam como uma perfeita luva para dar uma roupagem (forçada e forçosa, registre-se) para a turela penal da economia.

3.1.3 As teorias preventivas. A propósito da busca de uma finalidade útil para as penas

Como fortalecimento do sistema capitalista, sobretudo após a revolução industrial – século XVIII – o Direito Penal Liberal dá espaço ao Direito Penal do bem-estar social, Intervencionista. Diante das mudanças vividas na sociedade nos séculos XVIII e XIX, com a eclosão de movimentos sociais realizados por trabalhadores das fábricas burguesas e por desempregados, a maioria vindos dos campos, surge a necessidade de se passar à sociedade a falsa noção de que o Estado, até então liberal, assume uma postura protecionista, intervencionista, calcada nos ideais do bem-estar da população, conferindo-lhes direitos para que aceitem o grupo que os controla. Cláudio Alberto Guimarães pontua que:

> No industrialismo avançado, o Direito Penal foi chamado novamente para proteger, de maneira contundente, os interesses do Estado – do capital – e, em fins do século XIX e no início do século XX, os limites e garantias afetos ao liberalismo penal foram postos de lado, com o fim precípuo de combater a ascensão do movimento operário e a luta pelos seus direitos.
> A consolidação do capitalismo, portanto, na segunda metade do século XIX, quando a burguesia industrial se assentou definitivamente no poder, deixou transparecer de maneira despudorada aquela que seria sua principal característica e que o acompanha desde então: um brutal conflito entre as classes sociais, entre a riqueza opulenta e a miséria que envergonha, entre o bem-estar dos bem-nascidos e a angústia daqueles cuja principal preocupação é o alimento de amanhã.[486]

Com efeito, resta impossível a manutenção de um Estado Liberal, afastado dos

[486] GUIMARÃES, Cláudio Alberto Gabriel. *Funções da pena privativa de liberdade no sistema penal capitalista. Rio* de Janeiro: Revan, 2007, p.188.

problemas da sociedade. Para acalmar as classes menos favorecidas da comunidade, a burguesia muda a faceta do Estado, transmitindo a errônea concepção de que há uma preocupação com as camadas pobres da comunidade, com os trabalhadores nas fábricas, os desempregados e os homens do campo. São conferidos direitos e garantias aos cidadãos e o Direito Penal intervém para garantir também o respeito a outros valores da sociedade, como a liberdade e a integridade física e moral. As penas desumanas e cruéis, a mera retribuição do mal com o mal, sem qualquer finalidade mais nobre, é substituída pela função de prevenção da pena: interessa ao Estado que a sanção transmita a idéia de que se protege a vida e a integridade psíquica e corpórea do preso, sendo regra, a partir de então, a pena privativa de liberdade.

Objetiva-se ainda, com a aplicação da sanção penal, proteger o patrimônio não apenas da burguesia, mas do pequeno trabalhador, uma vez que ele é, por sua vez, o consumidor, peça fundamental no mecanismo capitalista. Destarte, a pena passa a ter a função preventiva, com viés individual e geral. A Teoria da Prevenção Individual lastreia-se no entendimento de que o Estado tem o dever de proteger a sociedade do mal, mas, ao mesmo tempo, reeducar o infrator para que ele não volte mais a delinqüir, desestimulando-o e corrigindo-o; em contrapartida, a Teoria da Prevenção Geral recai sobre a sociedade, uma vez que a punição do criminoso serve para desencorajar que outrem venha a infringir a lei. Serve, pois, a punição como um exemplo aos demais cidadãos, de tal sorte que se passa a, teoricamente, se refletir antes de praticar um crime.

3.1.3.1 Definição da expressão “prevenção”

Molina e Luiz Flávio Gomes[487] atentam para a necessária definição da expressão “prevenção”, salientando que as Escolas criminológicas não raro se utilizam desta palavra com sentidos diversos.

Ao se perceber a necessidade de não apenas se atuar reprimindo os delitos cometidos, mas prevenindo a prática destes, as escolas penais passaram a adotar também como função da pena a prevenção, além da própria função retributiva. Neste sentido, Molina e

[487] MOLINA, Antônio Garcia-Pablos; GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p.364.

Luiz Flávio Gomes[488] analisam que a palavra "prevenção" é comumente utilizada como sinônimo de dissuasão, possuindo, portanto, dois sentidos ao mesmo tempo: a sanção penal como mecanismo desmotivador dos cidadãos para a prática de novos crimes – dissuasão – e como instrumento de política criminal, atuando em toda a sociedade – prevenção. Vislumbra-se neste conceito ora abordado que se estaria diante da prevenção conhecida como geral, que incide sobre toda a sociedade.

Outrossim, o conceito de prevenção, de acordo com o dicionário Houaiss corresponde a:

> **Prevenção** *s.f.* **1** ação ou resultado de prevenir (-se) **2** conjunto de medidas ou preparação antecipada de (algo) que visa prevenir (um mal) (*p. de acidentes*) (*p. de incêndios*) **3** opinião desfavorável antecipada; idéia preconcebida (*examinar um pedido sem p.*) [...] **4** sentimento de repulsa para com alguém ou algo, sem base racional **5** precaução, cautela [...].[489]

Percebe-se, pois, que a própria expressão "prevenção" carrega outros sentidos que a mera dissuasão ou desestímulo, abrangendo a formulação de idéias preconcebidas e o sentimento de repulsa com relação ao infrator ou a determinadas classes, etiquetadas como potencialmente delinqüentes, como se verá adiante.

Passa-se, neste momento a analisar os graus de prevenção e as contribuições da Escola Ecológica de Chicago, com a aplicação dos estudos sociológicos na análise do fenômeno criminológico.

3.1.3.2 A prevenção "primária", "secundária" e "terciária" e a Escola Ecológica de Chicago

Ao se analisar a obra de Molina e Luiz Flávio Gomes[490], imperioso se torna o estudo da prevenção primária, secundária e terciária; em seguida, passa-se ao estudo da prevenção geral e especial, conferindo-se, por fim, enfoque à problemática do Direito Penal Econômico e a aplicação desta função da pena.

A prevenção primária orienta-se em busca das raízes dos conflitos criminais, defendendo a imposição de políticas públicas concernentes a anular as causas da criminalidade, quais sejam, a fome, a miséria, o desemprego, a falta de lazer e habitação.

---

[488] *Ibidem.*
[489] GRANDE DICIONÁRIO HOUAISS DA LÍNGUA PORTUGUESA. Rio de Janeiro: Objetiva, 2008, p.2296.
[490] *Cf.* MOLINA, Antonio García-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia*. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

Trata-se, pois, de medidas de longo prazo, que não produzem efeitos imediatos, mas que são tendentes a pôr fim à criminalidade, ou reduzi-la consideravelmente.

Conforme explicita os mencionados autores, a prevenção primária embora seja a genuína prevenção – posto que opera *etiologicamente* – não é atrativa, uma vez que confere soluções a médio e longo prazo, o que não é desejado pela própria sociedade, uma vez que os cidadãos sempre clamam por uma rápida solução diante dos problemas vivenciados, como o aumento da criminalidade[491].

A prevenção secundária, por sua vez, não atua nem quando, nem onde o conflito é gerado, mas quando este se exterioriza[492], apresentando soluções de médio e curto prazo, atuando sobre grupos humanos selecionados, considerados como "grupos de risco", potencialmente capazes de delinqüir. A estes grupos são aplicadas medidas capazes de prevenir a ocorrência do crime, como ações policiais em determinados bairros, o controle dos meios de comunicação e a ordenação urbana. É a resposta quase que imediata a ser empregada diante do crescimento da criminalidade em um país. São políticas empregadas com o escopo de reduzir os índices de violência, através da seleção de uma população, etiquetamento[493] de seus cidadãos e conseqüente retirada de seus direitos e garantias, sob a escusa de se combater a criminalidade e se garantir a paz social.

Por fim, transparece a prevenção terciária[494] que atua, especificamente, na população carcerária e seu protagonista: o recluso. O objetivo da prevenção terciária é a correção do condenado, tornando-o apto ao retorno à sociedade, submetendo-o a um procedimento de purificação, tendo por finalidade evitar a sua reincidência. A ressocialização é a principal expressão da prevenção, demonstrando-se que o indivíduo que pratica um delito torna-se não cidadão, perde a sua condição humana, razão pela qual apenas o Estado, através da imposição da pena, é capaz de devolvê-lo "curado" à comunidade, estando apto ao convívio em sociedade.

Cotejando as diferentes camadas da função preventiva das penas com a Escola Ecológica de Chicago[495]-[496], percebe-se que a questão econômica influencia diretamente os

[491] Este assunto será retomado mais a frente quando se analisar a função simbólica do Direito Penal.
[492] MOLINA, Antonio García-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. *Op.cit.,* 2008*,* p.364.
[493] Será analisado ainda neste capitulo a teoria do etiquetamento, o *labeling approach* e as conseqüências da legislação penal simbólica.
[494] MOLINA, Antonio García-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia.* 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.365.
[495] Saliente-se que não se pretende, no presente trabalho, esgotar tal assunto, mas tão somente se utilizar de seus ensinamentos no que concerne à teoria da prevenção.

índices de criminalidade. Tais doutrinadores, dentre os quais Burgess[497] e Clifford Shaw[498], dividiram a cidade em diferentes "áreas naturais" e a partir do estudo formulado por esta Escola, se chegou à conclusão de que os indivíduos que residiam no entorno dos grandes centros comerciais praticavam um número maior de delitos. Os estudos do delito e da delinqüência atestaram que há uma grande concentração de infratores em determinadas áreas nos grandes centros urbanos.

A despeito de não se concordar com as conclusões concernentes às "transmissões culturais" das "tradições delinqüênciais"[499], em que tais criminólogos afirmam que os indivíduos que vivem na periferia possuiriam potencial para transmitir, através da linguagem, a prática de infrações a outros moradores desta mesma região – haja vista que tal discurso pode levar à preconceitos e pré-julgamentos, chegando-se à conclusão fatídica de que todo cidadão que reside no subúrbio seria potencial delinqüente – há de se ressaltar a grande contribuição desta Escola na análise dos conflitos entre as culturas e a necessidade de se implementar políticas públicas para se reduzir os índices de criminalidade nas regiões que ficam no entorno dos grandes centros comerciais. Neste sentido, Mayrink:

> A noção do estudo sobre o ângulo da vizinhança adicionou-se à idéia do conflito do grupo; uma contestação às sociedades convencionais. Tais pesquisadores, focalizando o estudo das vizinhanças e de transmissão das tradições criminais, assentaram a base para o futuro estudo das subculturas dos delinqüentes. Usando das histórias reais do cotidiano como lema maior de suas investigações, e observando as reações subjetivas dos infratores de lei, formando também a base para o reconhecimento do papel importante por outros desempenhado na formação, no comportamento e temperamento dos infratores. Os sociólogos de Chicago foram os primeiros a vislumbrar o aspecto conflitante do intergrupo.[500]

Tal análise, portanto, revela-se importante no momento em que se percebe que a distribuição desigual de renda promove a distribuição desigual de infratores, concentrando-se um maior número de delinqüentes em áreas de grande pobreza, que no mais das vezes, encontram-se concentradas ao redor dos centros industriais, das grandes metrópoles, como ocorre em Chicago.

O contato com padrões de delinqüência, como afirma Sutherland[501], pode levar um indivíduo a praticar um delito. Dessa forma, a criança que é constantemente colocada em

---

[496] COSTA, Álvaro Mayrink da. *Criminologia.* 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p.360-364.
[497] *Ibidem.*
[498] *Ibidem.*
[499] *Ibidem.*
[500] COSTA, Álvaro Mayrink da. *Criminologia.* 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p.361.
[501] *Ibidem,* p.367.

contato com estímulos de violência e delinqüência, vivendo em áreas de grande pobreza e drogas, associada a falta de atenção e apoio emocionais dos pais, pode levá-la a delinqüir; a imposição de constante contato com tais estímulos predispõe os cidadãos que residem na periferia a aceitá-los em um determinado momento.

Novamente, cumpre ressaltar que este discurso encerra aspectos positivos, ao constatar a necessidade de se rever os índices de pobreza na sociedade e as desigualdades sociais em uma mesma cidade, mas, ao mesmo tempo, induz à conclusões perigosas, como a qualificação de todos os indivíduos pobres, moradores das favelas, em delinqüentes em potencial e aos cidadãos que vivem em melhores condições econômicas em homens e mulheres de prestígio e corretos.

Ademais, se apercebendo desta situação, o próprio Sutherland, em seguida, inicia seus estudos sobre a criminalidade de colarinho branco[502], constatando que não apenas os homens e mulheres que residem nas periferias praticam crimes, como também os indivíduos que gozam grande prestígio na sociedade o fazem, consoante já explicado no primeiro capítulo, Kant faz uso da teoria da associação diferencial para explicar os crimes econômicos.

Conclui-se, dessa forma, que a prevenção apresenta-se como instrumento capaz de apresentar um desestímulo ao infrator e à sociedade de perpetrar crimes; todavia, há de se observar que esta mesma expressão significa pré-julgar, preconceber algo, e, cotejando-se os ensinamentos da Escola de Chicago, em seus aspectos positivos e negativos, pode-se afirmar que a prevenção corresponde também ao preconceito, ao se compreender que pessoas que vivem em determinadas zonas são potencialmente delinqüentes, adotando-se a prevenção secundária – com a criação de novos tipos penais e o aumento das penas dos delitos já existentes – para coibir os prováveis crimes desta classe. De outro lado, é nesta Escola que se encontram importantes estudos capazes de reforçar a prevenção primária ao se compreender que há a necessidade de se adotar políticas públicas capazes de promover a melhoria das populações pobres.

3.1.3.3 A Prevenção e a Defesa Social

[502] *Cf.* VELLOSO, Renato Ribeiro. *O crime de colarinho branco:* visão geral. Disponível em: <http://www.ipv.pt/millenium/millenium32/3.pdf> Acesso em: 01 jun. 2010.

A Teoria da Prevenção encontra-se umbilicalmente ligada, em verdade, à Escola Clássica – mais especificamente a Beccaria – e, sobretudo, à Escola Positivista, tornando-se, todavia, tema central na Escola da Defesa Social. Nesta última, a finalidade precípua da pena residia na defesa da sociedade contra o criminoso e na aplicação da sanção penal para desestimular os demais cidadãos na prática de delitos.

A Defesa Social foi desenvolvida por Adolphe Prins[503] em 1889, em sua obra *"Science pénale et droit positif"* e, posteriormente, retomada por Filippo Gramatica[504] em 1945. Apenas em 1910, com o lançamento de sua segunda obra *"La Défense Sociale et lês transformations du droit pénal"* Prins, de fato elaborou sua doutrina.

Marc Ancel[505], analisando as razões adotadas por Prins para elaborar sua doutrina, assevera que, em verdade, o autor percebeu que a responsabilização penal centrada tão somente no livre-arbítrio não era suficiente para proteger a sociedade do criminoso, tampouco era capaz de dissuadi-lo a reincidir ou desestimular a sociedade à prática dos mesmos delitos. Prins entendia, por conseguinte, que a sociedade estava desprotegida diante da existência de uma conduta delitiva.

Dessa forma, a sua preocupação maior estava em proteger a sociedade do criminoso, sem, contudo, em um primeiro momento, preocupar-se com a recuperação do delinqüente. A prevenção deveria ser capaz de salvaguardar a comunidade da presença indesejada do infrator, mas tal objetivo somente seria alcançado se a pena fosse capaz de atuar de forma a afastar por um longo período o indivíduo perigoso do restante dos cidadãos.

O critério para se responsabilizar o agente não deveria ser moral, qual seja, o livre-arbítrio, critério este subjetivo, aberto a inúmeras interpretações; pugna-se, por conseguinte, pelo uso de um critério jurídico, a periculosidade[506] do agente. O isolamento e anulação do infrator de acordo com o seu grau de periculosidade protegeriam a sociedade e seria capaz de exercer sobre ela um desestimulo à prática de outros delitos. Ademais, o próprio delinqüente, após o cumprimento de uma pena mais severa e longa hesitaria em praticar um novo crime.

Não se pode, todavia, limitar a Defesa Social[507] apenas a este viés; tal doutrina

---

[503] *Cf.* CARVALHO, Salo de. *Pena e Garantias.* 3.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.
[504] *Ibidem.*
[505] *Cf.* ANCEL, Marc. *A nova defesa social.* Rio de Janeiro: Forense, 1979, p.93.
[506] Critério este desenvolvido pela Escola Positivista, especialmente por Lombroso.
[507] *Cf.* ANCEL, Marc. *Op.cit.,* 1979, p.94.

também carreava aspectos positivos, quais sejam: através da realização de um estudo detido das áreas com maiores índices de criminalidade, se determinava a adoção de uma legislação social eficiente e políticas públicas capazes de reduzir as causas para a prática dos delitos. Assim sendo, se estipulava a construção de moradias, escolas, praças, hospitais em certas áreas, a fim de que a pobreza, o desemprego e os problemas de saúde e educação fossem aos poucos reduzidos. Conforme visto anteriormente, trata-se, do uso da prevenção primária, de longo prazo, sem resposta imediata à sociedade.

Com a Primeira Grande Guerra e a Segunda Grande Guerra Mundial, a função retribucionista da pena foi o norte para o exercício do *ius puniendi* estatal e, em especial, dos regimes totalitários, a exemplo do nazismo, sendo o tecnicismo jurídico aplicado[508]; a Defesa Social, por conseguinte, foi deixada de lado.

Após a Segunda Grande Guerra Mundial e diante dos horrores provocados pela destruição dos países envolvidos, há uma retomada dos valores humanos presentes em Beccaria; em 1945, Fillipo Gramatica[509] desenvolveu em Gênova o Centro de Estudos de Defesa Social. Evandro Lins e Silva, analisando o pensamento de Gramatica, pondera que:

> [...] Gramatica adotava uma posição radical. Para ele a Defesa Social consistia na ação do Estado destinada a garantir a ordem social, mediante meios que importassem a própria abolição do direito penal e dos sistemas penitenciários vigentes. Depois do caráter repressivo e da crueldade dos regimes repressivo e da crueldade dos regimes derrubados pela guerra, a manifestação do Centro criava perspectivas alvissareiras. Sentia-se um sopro renovador, progressista, arrojado, talvez utópico, quanto aos objetivos a alcançar. [510]

A proposta de Gramatica consistia no retorno aos valores humanos, substituindo-se o Direito Penal por um Direito de Defesa Social, voltando-se o Direito às demais ciências humanas. Tal discurso revelava-se extremamente sedutor e oportuno, uma vez que todo o mundo encontrava-se estarrecido diante das atrocidades ocorridas nas guerras, sobretudo em razão dos regimes nazista e fascista. A retomada do ser humano como centro das discussões é a nova base da Defesa Social e é neste período que as correntes abolicionistas do Direito Penal se destacam.

O Direito de Defesa Social desenvolvido por Gramatica servirá de base para a Nova

---

[508] *Ibidem.*
[509] *Cf.* SILVA, Evandro Lins e. De Beccaria a Fillipo Gramatica. *In: Sistema Penal para o Terceiro Milênio: Colóquios em homenagem a Marc Ancel.* Rio de Janeiro: Revan, 1991, p.17-43.
[510] Cf. SILVA, Evandro Lins e. *Op.cit.,* 1991, p.30.

Defesa Social de Marc Ancel[511], que se utiliza da prevenção especial positiva – a ressocialização – como principal função da pena, influenciando diplomas normativos em todo o ocidente, dentre os quais a legislação penal Brasileira.

Outrossim, Gramatica propõe que não mais se utilize a expressão "delinqüente" para se fazer referência àquele que viola a lei, mas sim indivíduo "anti-social"[512]. Percebe-se, pois, que nesta doutrina o objetivo da lei penal é promover a reeducação do criminoso; através do emprego das expressões "anti-social", "Defesa Social", se objetiva, em verdade, determinar o que vem a ser social para, em seguida, se rotular os infratores como "não-sociais". A ideologia da Defesa Social deixa transparecer que o agente que viola a lei deve ser submetido a uma pena para que o Estado possa "purificá-lo" e devolvê-lo para a sociedade apto a obedecer suas normas, suas regras, sem questioná-las.

Vislumbra-se, por conseguinte, que na ideologia da Defesa Social de Prins e de Gramatica a mesma finalidade maniqueísta: retirar do convívio dos homens de "bem" os indivíduos "maus"[513] e submetê-los a um tratamento para que se tornem capazes de obedecer a lei. A prevenção se operaria de duas formas: a um primeiro momento, preservando a sociedade da convivência dos indesejáveis e, em um segundo momento, reeducando o "anti-social" para que ele se torne sociável, evitando, assim, que ele volte a praticar crimes e desestimulando outros cidadãos a agirem da mesma forma.

Cumpre ainda ressaltar que Gramatica propunha a realização de exames para se determinar o grau de "sociabilidade' do condenado, qual seja, os "índices de anti-socialidade"[514] a fim de que fosse aplicado o tratamento mais eficaz no processo de ressocialização. Através do sistema de prêmios e castigos o Estado conseguiria amoldar a personalidade do infrator, a tal ponto de dizer a ele o que é certo e errado, bem e mal, moral e amoral.

Retomando o tema central deste trabalho, pergunta-se: como se pode prevenir a prática de novos delitos que se baseiam em valores não sedimentados na sociedade? Será eficaz a punição dos autores dos crimes contra a Ordem Econômica, aplicando-se pena de reclusão, por se compreender que a economia estaria acima da liberdade? Com efeito, passa-se à análise da teoria da prevenção especial e geral para, em seguida, se discorrer acerca da problemática envolvendo o Direito Penal Econômico e os valores da sociedade.

---

[511] *Cf.* ANCEL, Marc. *A nova defesa social.* Rio de Janeiro: Forense, 1979.
[512] *Ibidem,* p.124.
[513] *Cf.* BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal:* introdução à sociologia do Direito Penal. 3.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.
[514] *Cf.* ANCEL, Marc. *A nova defesa social.* Rio de Janeiro: Forense, 1979.

3.1.3.4 A teoria da prevenção especial (ou da prevenção individual)

A teoria da prevenção especial, conforme *ex vi*, objetiva desestimular o próprio criminoso à prática de novos crimes – prevenção especial negativa – bem como reeducá-lo, tornando-o apto ao convívio em sociedade – prevenção especial positiva. Neste caso, o principal foco da ameaça da pena é a própria pessoa do infrator, seja para permitir a sua reinserção social, seja para coibir a reincidência.

A correção do criminoso através do cárcere é a finalidade precípua da pena que, nas palavras de María José Falcón y Tella e Fernando Falcón y Tella[515] correspondem ao "castigar melhor", em substituição ao "castigar menos". Com efeito, a prevenção especial recai sobre o recluso e possui duplo aspecto[516]: a eliminação ou neutralização do delinqüente incorrigível – prevenção especial negativa – e a reintegração do criminoso corrigível à sociedade, através do trabalho carcerário, principalmente – prevenção especial positiva.

Roxin[517] pondera que, em verdade, a prevenção especial atua sob três aspectos, quais sejam: a anulação do incorrigível, preservando a sociedade de sua companhia indesejada; a intimidação do delinqüente a praticar novos delitos, evitando no plano psicológico a reincidência e, por fim, a correção do infrator, através da imposição do trabalho e da disciplina, promovendo-se a ressocialização. Assim sendo, assevera Roxin:

> *Esta tesis se perfeccionó en el tiempo de la Ilustración como teoría independiente de la prevención especial; más tarde fue arrinconada por la teoria de la retribución, pero hacia finales del siglo XDC la "escuela jurídicopenal sociológica" la reavivó de una manera muy influyente hasta hoy. Su portavoz fue Franz v. Liszt (1851-1919), el político criminal alemán más significativo. Según su concepción, la prevención especial puede actuar de tres formas:* ***asegurando*** *a la comunidad frente a los delincuentes, mediante el encierro de éstos;* ***intimidando*** *al autor, mediante la pena, para que no cometa futuros delitos; y preservándole de la reincidencia mediante su* ***corrección.*** *Conforme a esto, Liszt, en su denominado Programa de Marburgo '" (1882), que fue fundamental para su trabajo posterior, exponía*

[515] TELLA, María José Falcón; TELLA, Fernando Falcón. *Fundamento e finalidade da sanção:* existe um direito de castigar? Tradução: Cláudia de Miranda Avena. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.218.
[516] TELLA, María José Falcón; TELLA, Fernando Falcón. *Fundamento e finalidade da sanção:* existe um direito de castigar? Tradução: Cláudia de Miranda Avena. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
[517] ROXIN, Claus. *Derecho Penal Parte General.* Tradução Diego-Manuel Luson Peña et.al. Madrid: *Civitas* S.A., 1997, p.85-86.

> *un tratamiento de los delincuentes, diferenciado según el tipo de autor: la inocuización del delincuente habitual de quien no se puede conseguir que desista ni que mejore; la intimidación del mero delincuente ocasional y la corrección del autor corregible. Sobre todo la tercera de las posibilidades de influencia preventivoespecial, La corrección, que en lenguaje técnico se denomina resocialización o socialización, ha desempeñado un papel significativo en la postguerra (cfr. nm. 13, y § 4, nm. 15 ss.).*[518]

Destarte, o mencionado "Programa de Marburgo" [519], desenvolvido por Von Liszt, foi responsável pelo uso da prevenção especial como finalidade precípua da pena e classificava os delinqüentes em ocasionais – aos quais caberia a mera advertência ou intimidação, para que não mais voltassem a delinqüir – os infratores que necessitavam de correção – em que deveria ser estabelecido o trabalho carcerário para que fosse reeducado e devolvido à sociedade apto a obedecer suas regras – e, por fim, os incorrigíveis – cuja função da pena era inocuizadora, deveria ser afastado da sociedade por um longo período.

Embora seja precedente à doutrina da Defesa Social, Von Liszt se utiliza da pena com a função apenas de prevenção especial, ou seja, sua preocupação é com o infrator e não apenas em defender a sociedade de sua presença. Da análise do "Programa de Marburgo"[520] exsurge eu a pena, para Von Liszt é coação e pode ter dupla natureza: coação indireta – ou mediata, psicológica ou motivação – e coação direta – violência direta e imediata.

Com efeito, através da coação indireta[521], há um reforço dos valores sociais na mente do infrator – prevenção especial positiva – estimulando, através da reabilitação, seus valores altruístas; por meio da coação direta[522], há o seqüestro do criminoso com a sua conseqüente internação em estabelecimento prisional e o desestímulo na prática de novos delitos – prevenção especial negativa. Através da conjugação da coação direta e indireta se alcança a ressocialização do criminoso.

Passa-se à análise da função preventiva especial negativa da pena para, em seguida, se analisar a função ressocializadora do cárcere e a doutrina da nova defesa social, de Marc Ancel[523].

3.1.3.4.1 A prevenção especial negativa

---

[518] *Ibidem.*
[519] *Cf.* ROXIN, Claus; ARTZ, Cunther; TIEDMANN, Klaus. *Introdução ao Direito Penal e ao Direito Processual Penal.* Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p.5.
[520] ROXIN, Claus; ARTZ, Cunther; TIEDMANN, Klaus. *Introdução ao Direito Penal e ao Direito Processual Penal.* Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
[521] *Ibidem.*
[522] *Ibidem.*
[523] *Cf*. ANCEL, Marc. *A nova defesa social.* Rio de Janeiro: Forense, 1979.

De acordo com o que fora acima dito, a prevenção especial negativa é aplicada aos criminosos considerados incorrigíveis, os indesejados pela sociedade. Tal neutralização, todavia, para Maria Falcón e Fernando Falcón[524], exige que o cárcere não piore a condição do preso, de tal sorte que não pode a cela torná-lo mais perigoso para a comunidade. Decerto, os mencionados autores[525], analisando os problemas que cercam a prevenção especial negativa, destacam a questão dos custos financeiros do Estado em manter aquele indivíduo preso por um longo período ou de forma perpétua, bem como os prejuízos experimentados pelo próprio recluso, uma vez que restará neste ambiente por um lapso temporal demasiado extenso, padecendo ainda mais da perda de sua identidade. Há ainda de se analisar o critério empregado na seleção dos presos qualificados como incorrigíveis: a predição é critério confiável? Neste sentido, advertem:

> A questão é: como identificar os riscos de reincidência futura que aconselham a neutralização na prisão? Cada indivíduo é um mundo. Não existem dois delinqüentes iguais. Os criminólogos americanos falam, a este respeito, de neutralização seletiva (*selective incapacitation*). O problema gira em torno da capacidade de predizer, pois a predição em mãos humanas possui seus limites. Surgem dois problemas a respeito: *os falos positivos*, consistentes em prever que um indivíduo reincidirá e ocorrer o contrário, e os *falsos negativos*, quando se acredita que alguém não reincidirá e logo reincide. [...] Os problemas e erros de predição parecem mais agudos em crimes violentos, não somente pela sua maior gravidade, mas também porque são mais difíceis de predizer.[526]

Com efeito, a quem compete afirmar, com segurança, que um criminoso tornará a delinqüir? A natureza humana, decerto, é imprevisível, razão pela qual esta função da sanção deve ser rechaçada, sob pena de se cometer arbitrariedades e injustiças. Numa tentativa de se estabelecer critérios mais precisos para se determinar a predisposição de um criminoso a voltar a reincidir, foi elaborada a *tábua de predição*[527] que consiste na conjugação de certos dados concernentes aos aspectos históricos e pessoais do delinqüente, como a prática de outros delitos no passado, a precocidade da delinqüência, o perfil instável no trabalho e o uso de drogas ou álcool.

A verdade é que ao longo dos séculos, desde o início do uso, ainda que tímido, da prevenção especial negativa como função da pena pelas Escolas Penais, como a Escola

[524] TELLA, María José Falcón; TELLA, Fernando Falcón. *Fundamento e finalidade da sanção:* existe um direito de castigar? Tradução: Cláudia de Miranda Avena. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.218.
[525] *Ibidem.*
[526] TELLA, María José Falcón; TELLA, Fernando Falcón. *Fundamento e finalidade da sanção:* existe um direito de castigar? Tradução: Cláudia de Miranda Avena. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.220.
[527] *Ibidem.*

Positivista de Lombroso, a preocupação da sociedade não era garantir um isolamento seguro ao criminoso dito incorrigível, mas simplesmente retirá-lo do convívio em sociedade. O indesejável deveria ser expurgado do seio social sem que houvesse, de fato, qualquer esforço para que esta neutralização respeitasse sua condição humana. Como bem adverte Stephen Jay Gould[528], os adeptos da Escola Positivista realizavam estudos para, através da conjugação de caracteres físicos e psíquicos, selecionar os prováveis delinqüentes, atuando, inclusive, antes mesmo da prática de qualquer fato definido como crime, a fim de salvaguardar a sociedade do convívio deste mal.

Escolhidos os prováveis delinqüentes, ou diante da prática de crimes considerados violentos, os infratores eram afastados da comunidade para que fossem neutralizados, entendendo-se esta expressão não apenas como recolhimento ao cárcere, mas incluindo-se a aplicação da pena de morte.

Não se pode, portanto, admitir em qualquer situação a prevenção especial negativa com o espeque de se neutralizar o criminoso; porém, conforme *ex vi*, Roxin[529] salienta que não é apenas esta a função da prevenção especial negativa, abrangendo, ainda a intimidação do delinqüente na prática de novos delitos.

A intimidação atua no campo da psique do homem e deve provocar-lhe um temor suficiente a desencorajá-lo a tornar a praticar outros delitos. Gera, dessa forma, um estigma, uma cicatriz na mente do autor do fato, de tal sorte que, se deseja, através do binômio medo/obediência, que se arrependa do delito praticado e aceite a imposição da pena como único instrumento necessário para expiar seus pecados. Louk Hulsman pondera que:

> 11. O Estigma
> O sentimento de culpa interior que às vezes se invoca para justificar o sistema penal – o autor de um crime teria necessidade do castigo – nada tem a ver com a existência do sistema. Não se trata de negar que os homens possam experimentar uma profunda perturbação, a propósito de alguns de seus atos ou comportamentos. Mas, é preciso afirmar com toda a convicção que não é a existência ou a inexistência do sistema penal que provoca tal sentimento, tanto quanto não é esse sistema que poderá dar àquele que sofre, com sua consciência, a transformação interior de que possa necessitar. Nossas experiências profundas nada têm a ver com o sistema penal.[530]

A intimidação, na realidade, é usada como justificação da imposição da própria

[528] *Cf.* GOULD, Stephen Jay. *A falsa medida do homem.* São Paulo: Martins Fontes, 1999.
[529] ROXIN, Claus. *Derecho Penal Parte General.* Tradução: Diego-Manuel Luson Peña et.al. Madrid: *Civitas* S.A., 1997, p.85-86.
[530] HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. *Penas Perdidas:* o sistema penal em questão. Tradução: Maria Lúcia Karam. Niterói: Luam, 1993, p.69.

pena, da existência do Sistema Penal, pois se compreende que é através do desestímulo do condenado à prática de novos crimes, sob a constante ameaça da aplicação de um castigo severo, que se entende que as leis serão observadas. Passa-se a falsa noção a sociedade de que apenas o Direito Penal é capaz de transformar o criminoso em um homem correto, que se arrepende de seus atos e que não mais delinqüirá; destarte, Hulsman salienta que o Sistema Penal apenas estigmatiza o condenado, de maneira que é inverídico o discurso de que o Direito Penal é a salvação da sociedade, e é capaz de garantir a paz aos cidadãos.

Traçando um paralelo com a classificação das prevenções, percebe-se que a intimidação está relacionada com a prevenção secundária – no momento em que a polícia atua com a vigilância ostensiva nos locais ditos perigosos, contra os cidadãos selecionados como potenciais criminosos – e na prevenção terciária, que é aquela, justamente, ora em análise, que incide sobre o recluso, objetivando-se impedir que ele volte a delinqüir.

3.1.3.4.2 A prevenção especial positiva: o trabalho carcerário e a nova defesa social

A prevenção especial positiva refere-se à imposição do trabalho como forma de recuperação, de correção do delinqüente. A ressocialização é definida como a função precípua da pena, em que o Estado promoverá a "purificação" do delinqüente, sua correção moral para que retorne à sociedade transmutado, "curado", pois, de sua enfermidade que opera a nível psicológico; o castigo atrelado ao labor seriam capazes de emendar o indivíduo mau, imoral, tornando-o bom, respeitador das leis e dos sentimentos de seus semelhantes.

Cumpre, neste momento, analisar as intenções não reveladas que se escondem na suposta "bondade" do Estado em querer "recuperar" o delinqüente. De acordo com o que já foi exposto neste trabalho, os conceitos de certo/errado, moral/amoral, bem/mal[531] foram cunhados para justificar a imposição de uma sanção diante do descumprimento de uma regra, criada por um determinado grupo que detém o controle da sociedade. O jogo psicológico envolvendo o sentimento de culpa, ressentimento e o desejo do perdão, através da expiação dos pecados, nada mais é do que instrumento valioso do qual se vale o Estado para dominar a sociedade, em especial o recluso.

O homem temeroso, que nutre o sentimento de culpa, entra em desespero e

[531] *Cf.* NIETZSCHE, Friederich. *A genealogia da moral:* uma polêmica! São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

aceita mais facilmente a aplicação de uma sanção, como desculpa para pagar por seus pecados, seus erros. Dentro do cárcere, não apenas a privação da liberdade é apresentada pelo ente estatal como solução da intranqüilidade vivenciada pelo recluso; o trabalho carcerário, o horário, a disciplina e a religião são apresentadas como ferramentas primordiais para a recuperação daqueles considerados "corrigíveis". Para aqueles que conseguem se arrepender de seus crimes, apresenta-se a solução: o sofrimento para se expiar os pecados. Tal sofrimento se dá com o labor forçado, que ultrapassa a normal jornada de trabalho, a oração incessante na busca pelo perdão divino. A obediência irrestrita às ordens dadas dentro da prisão demonstram sua concordância com a punição e o preparo para retornar à comunidade, devidamente modificado.

María José Falcón y Tella e Fernando Falcón y Tella[532], discorrendo sobre os fundamentos da prevenção especial positiva, asseveram que:

> b.3.1.) Espanha e as teorias religiosas e "moralistas": a "correção" ou a emenda moral do delinqüente. O delito como patologia moral. Não há delinqüentes incorrigíveis, senão delinqüentes ainda não corrigíveis. A *poena medicinalis* – medicina da alma. Concepção pedagógica e benéfica – as doutrinas moralistas da emenda do delinqüente corrigível são, desde logo, as de origem mais remota.
> [...]
> Essas concepções vêem na pena mais que um mal para que sofre, uma medicina para a alma, algo benéfico para o delinqüente, com uma função pedagógica.[533]

Não se deixa de reconhecer a evolução das penas desumanas e cruéis, das cirandas dos horrores, narrada por Foucault[534], em que os castigos em praças públicas, com mutilações, esquartejamentos e mortes, foi gradativamente substituída pela pena privativa de liberdade, mas não se pode deixar de avaliar o por quê de tais mudanças, quais os verdadeiros interesses dos grupos dominantes à época – burguesia – e atuais na manutenção da pena privativa de liberdade e, principalmente, na eleição da ressocialização como função principal da pena.

Neste diapasão, o sistema carcerário evolui e o trabalho nos estabelecimentos prisionais revela-se importante mecanismo de castração[535] e adestramento dos reclusos, de tal

[532] *Cf.* TELLA, María José Falcón; TELLA, Fernando Falcón. *Fundamento e finalidade da sanção:* existe um direito de castigar? Tradução: Cláudia de Miranda Avena. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
[533] TELLA, María José Falcón; TELLA, Fernando Falcón. *Fundamento e finalidade da sanção:* existe um direito de castigar? Tradução: Cláudia de Miranda Avena. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.221-222.
[534] *Cf.* FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir:* história da violência nas prisões. 26.ed. Petrópolis: Vozes, 2002.
[535] *Ibidem.*

sorte que o labor forçado, a imposição da disciplina e do horário[536] anula o intelecto dos presos que passam por um procedimento de "purificação" para retornarem à sociedade. Maria da Glória Mameluque, analisando os impactos do cárcere na estrutura psicológica dos detentos, conferindo enfoque à destruição da identidade do preso através do trabalho forçado, afirma que:

> Segundo Michel Foucault, a formação do sistema carcerário data de 22 de janeiro de 1840, data da abertura oficial de Mettray. Ele explica que o até então denominado processo punitivo, ligado à idéia de castigo, transformou-se com a introdução e evolução do sistema carcerário em técnica penitenciária, agora direcionada à idéia de adestramento. Assim foi a técnica aplicada na mais célebre casa de correição – como eram denominadas as primeiras prisões, a Colônia de Mettray, inaugurada em Paris, no ano de 1839. **Ligando a idéia de punir à de educar, os internos eram submetidos a trabalho forçado, instrução primária e religiosa**. Cita ele a morte de uma criança, naquela Colônia, chamando-a de "primeiro santo penitenciário", e afirmando que muitos outros o seguiram, sem dúvida, e muitos dos colonos costumavam dizer, para fazer o elogio da nova política punitiva do corpo: "**Preferíamos as pancadas, mas a cela é melhor para nós." Metray era a forma disciplinar mais intensa, o modelo em que se concentravam todas as tecnologias coercitivas do comportamento. A mínima desobediência era castigada, e o melhor meio de evitar delitos mais graves era punir severamente as mais leves faltas, reprimindo-se qualquer palavra inútil**.[537] (grifos aditados)

Mais uma vez o Direito Penal, como instrumento de controle social, é acionado, adquirindo nova feição, regulando as relações entre os homens, reforçando a punição dos crimes contra o patrimônio e a propriedade privada. Se antes o Direito Penal apenas interferiria para preservar os interesses da burguesia, agora há a intervenção também, aparentemente, em favor do trabalhador, conferindo proteção ao seu patrimônio, adquirido com o fruto de seu labor. Em razão de tal constatação

> *El establecimiento global de un régimen de propiedad privada de la tierra y de otros recursos, pronto se asoció con la pobreza generalizada de los muchos. Tanto así que, incluso un escritor utilitarista como Cesare Beccaria, definía el derecho a la propiedad como "un derecho terrible y tal vez no necesario", y el robo como un delito debido a la "miseria y desesperación, un delito de aquella parte infeliz de la humanidad a la que el derecho a la propiedad [...] no le ha dejado más que uma mínima subsistencia" (1764, p.*

[536] *Ibidem.*
[537] MAMELUQUE, Maria da Glória Caxito. A subjetividade do encarcerado um desafio para a psicologia. *In: Psicologia, Ciência e profissão***.** Montes Claros: Faculdades Integradas Pitágoras de Montes Claros, 2006, p.623.

97). [538]

Segue o mencionado autor analisando a questão social, o Estado e o trabalho, bem como a exploração do homem, debruçando-se sobre o pensamento de Karl Marx:

> *PROPIEDAD PRIVADA, CONTROL Y DEMOCRACIA*
>
> *Marx restringía el problema de la igualdad a la cuestión social, es decir, a la igualdad económica. Su solución política a la cuestión social, que consistía en la abolición de la propiedad privada, demostraba menos previsión que el análisis que hacía de las transformaciones de la propiedad privada en el tercer volumen de El capital (publicado postumamente por Engels, en 1894). En este análisis, Marx se daba cuenta de que hay un proceso de abolición de la propiedad privada que está actuando incesantemente, debido al desarrollo del propio capitalismo, y que este proceso no es simplemente la extensión, a segmentos cada vez mayores de La sociedad, del estatus de carencia de propiedad.*[539]

Ora, percebe-se, pois, que a real intenção com o trabalho carcerário está, justamente, na reprodução das relações capitalistas dentro do cárcere; o labor é algo lucrativo para o Estado, pois o fornecimento de mão-de-obra numerosa e barata reduz seus custos com a manutenção do estabelecimento prisional; ademais, a contratação da mão-de-obra carcerária pela empresa privada, através de contrato firmado com o Estado, traduz lucro para o parceiro privado e para o ente estatal. Neste sentido, Alejandro Poquet, analisando o pensamento de Nils Christie assevera que:

> ***8. Castigo con fines de lucro***
>
> *Si la propuesta de abolir el control institucional punitivo es altamente provocativa, con su última y reciente obra Christie provoca una conmoción mayor,* ***al identificar la administración de justicia penal con una industria, que participaría de los caracteres comunes de toda empresa, pero en una posición de privilegio, por contar con una materia prima ilimitada: el delito****. De esta premisa extrae como consecuencia la necesidad de crecimiento que se hallaría ínsita en el mercado del control de deUto. Para Christie la administración de justicia penal está guiada por intereses industriales, ya que la función de castigar se habría convertido en un excelente negocio, relacionado con la construcción de cárceles, edificios para el funcionamiento de tribunales y policías, con todo el equipamiento que ello implica, tanto para administrar justicia como para seguridad y prevención.*
>
> *[…]*

[538] MELOSSI, Dario. *El Estado Del Control Social.* Madrid: Siglo veintiuno de espana editores, 1992, p.58
[539] *Ibidem,* p.68.

> ***El lucro sería el fin del castigo****; y la consecuencia no remota de este nuevo rumbo****, la transformación del sistema de justicia penal en Gulags, campos soviéticos de trabajo forzados, pero ya no para exterminio, sino para apartar de la vida en sociedad a una cantidad importante de perturbadores potenciales.*** *No otra cosa cabría esperar de un sistema penal con más de 1.200.000 reclusos y 4.500.000 personas bajo algún tipo de control legal, como sucede en Estados Unidos. Tras el fin de la guerra fría y presenciando una época de grave recesión económica generalizada, para Christie el mayor peligro en las sociedades moderna no es el delito en sí mismo, sino que la lucha contra éste lleve a las sociedades hacia el totalitarismo*[540] (grifos aditados)

É, portanto, financeiramente interessante para o Estado a criminalização de mais condutas, a imposição de penas mais severas e o trabalho carcerário. A previsão de novos bens jurídicos a serem tutelados pelo ente estatal corresponde a um maior número de leis penais e, por conseqüência, uma população carcerária maior, apta ao trabalho.

Destarte, não se pode esquecer que a prevenção especial, sobretudo a positiva, centrada no trabalho carcerário, é a principal função da pena adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro, lastreada, portanto, na ideologia da Nova Defesa Social, conforme se depreende da análise da Lei de Execuções Penais[541]. Salo de Carvalho pontua que:

> **As reformas das codificações penais ocidentais da década de oitenta, orientadas pelo movimento da Nova Defesa Social, consagraram a ressocialização do condenado como principal objetivo da pena**. A reforma brasileira de 1984, seguindo os rumos proclamados pelo movimento eurocentrista, encontrou na pedagogia ressocializadora e na concepção meritocrática os signos ideais para edificação legislativa.
>
> [...]
>
> A propósito, a adoção explícita dos postulados da Nova Defesa Social não permitiria tal falácia. O movimento expõe claramente a necessidade de **valorações pessoais, (re)incorporando noções de periculosistas ao modelo etiológico.** Nessa perspectiva, introduz formalmente **elementos de subjetivação para o julgamento dos 'benefícios'.** O critério decisório é baseado nas convicções e perversidades do apenado, objetivando profilaticamente sua redenção ou 'cura moral'.[542] (grifos aditados).

Insta, neste momento, se fazer uma breve digressão[543] acerca da ideologia da Nova

[540]POQUET, Alejandro. *Temas de Derecho Penal y Criminologia.* Buenos Aires: Ediar, 2005, p.136-137.
[541] *Cf.* CARVALHO, Salo de. *Penas e Garantias.* 3.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p.176-179.
[542] CARVALHO, Salo de. *Penas e Garantias.* 3.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p.177-178.
[543] Sem se pretender, neste trabalho, esgotar tal tema.

Defesa Social, de Marc Ancel[544]. Esta doutrina foi desenvolvida com fulcro na Defesa Social de Prins e Gramatica sem, todavia, constituir uma mera repetição do pensamento destes autores. Com efeito, Marc Ancel[545], pautado nos conceitos de bem/mal, certo/errado, regra/castigo, instituiu a função da prevenção como principal finalidade da pena, em especial a prevenção especial positiva, que recai sobre o criminoso, como atribuição primordial da sanção penal. Neste sentido, se objetiva transmitir uma falsa noção de que o indivíduo que pratica um delito torna-se "não-social", devendo o Estado aplicar uma pena capaz de "curá-lo" de seu mal, capaz de purificá-lo e devolvê-lo à sociedade apto a tecer suas relações normais, respeitando as leis.

O trabalho carcerário, portanto, constitui principal ferramenta do ente estatal para que este procedimento seja realizado, incutindo na mente do infrator, por meio também do uso do horário, da vigilância e da disciplina[546], o senso de obediência.

Através de um sistema de prêmios e castigos[547] - ou sanções e recompensas, conforme consta na Subseção III, pertencente à seção sobre o trabalho carcerário na Lei de Execuções Penais – como, por exemplo, a remição da pena[548], prevista também neste diploma normativo, Marc Ancel buscava instituir no criminoso a noção de que, obedecendo a regra, será recompensado; o seu descumprimento, em contrapartida, determina a imposição de um castigo ou a perda de um direito conquistado[549].

A prevenção especial, portanto, interessa ao Estado e o seu discurso é demasiado lucrativo; a castração intelectual do preso, com o sistema de prêmios e castigos o torna mais facilmente adestrável e capaz de compreender e aceitar as regras do ente estatal sem questioná-las. Esta ideologia norteia as leis de execuções penais em todo o ocidente, posto que está intimamente ligada aos ideais do capitalismo.

Retomando a discussão da presente pesquisa, torna-se a adotar os ensinamentos de María José Falcón y Tella e Fernando Falcón y Tella, sobre a aplicabilidade da ressocialização no âmbito dos crimes contra a ordem econômica:

> - A "ressocialização", reinserção e reeducação, para o delinqüente de estado (*Zustandverbrecher*). Diferenças entre os conceitos de reinserção e

[544] *Cf.* ANCEL, Marc. *A nova defesa social.* Rio de Janeiro: Forense, 1979.
[545] *Ibidem.*
[546] *Cf.* FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir:* história da violência nas prisões. 26.ed. Petrópolis: Vozes, 2002.
[547] *Cf.* CARVALHO, Salo de. *Op.cit.,* 2008.
[548] Benefício previsto na Lei 7210/84 na Seção IV da Lei de Execução Penal.
[549] No Brasil a prática de falta grave – embora se trate de um conceito aberto, indeterminado, susceptível á diversas interpretações – é capaz de retirar do preso o benefício da remição já conquistado, perdendo ele todos os dias remidos pelo trabalho, conforme dispõe o art. 127 da Lei 7210/84 "Art. 127. O condenado que for punido por falta grave perderá o direito ao tempo remido, começando o novo período a partir da data da infração disciplinar."

> reeducação. O problema dos delinqüentes econômicos (*White Collor deliqunents*).
>
> A questão da ressocialização faz surgir aquela outra da eficácia das sanções penais ante alguns tipos de delinqüência como, por exemplo, delinqüência econômica. Ao nos referir a esta não entram no nosso campo de estudo o roubo, o furto e os demais delitos clássicos contra a propriedade, ainda que muitos dos delitos de colarinho-branco. A delinqüência econômica tecnicamente falando é uma espécie de colarinho-branco, chegando inclusive a ser equiparadas por alguns autores. Os *White collar crimes* são delitos cometidos por pessoas respeitáveis da alta sociedade no exercício de sua profissão, mediante fraudes, desfalques, monopólios, etc. mais que com violência. Se são pessoas "decentes", pessoas "formais", "bem consideradas" e "economicamente fortes" parece que não existiria em princípio que ressocializá-las ou reeducá-las, perante os delinqüentes comuns, criados freqüentemente em ambientes marginais, pertencentes à classe média ou baixa e com uma socialização defeituosa.
>
> [...]
>
> Porém se considerarmos que a socialização relevante em matéria penal não é o conhecer e praticar com perfeição as regras como a de se portar na mesa, como cumprimentar e como se vestir, mas a capacidade de viver em sociedade sem infringir notavelmente suas regras penais, devemos concluir que os autores dos delitos econômicos devem mudar seu talante, seu *Gesinnung*.[550]

Interessa a imposição da sanção penal a tais crimes, pois o grupo dominante é, na verdade, o fisco, a Fazenda, o Estado. Tais delitos são praticados por grandes empresários em detrimento dos bens, interesses e serviços do Estado, prejudicando, portanto, a máquina capitalista estatal. Ademais, se protege os interesses de todas as nações, no momento em que se tem, atualmente, uma economia globalizada, e a estabilidade e confiança dos mercados de cada país exerce influência sobre o dos demais.

Diversas são as criticas que podem ser opostas à idéia de prevenção especial, momente quando relacionadas aos crimes econômicos.

A idéia de pena para os adeptos da prevenção especial também não pôde resolver a questão que envolve a legitimação do sistema penal em relação à criminalidade econômica. Seguem as críticas:

Em primeiro lugar, não se constata, da análise da prevenção especial, a imposição de

[550] TELLA, María José Falcón; TELLA, Fernando Falcón. *Fundamento e finalidade da sanção:* existe um direito de castigar? Tradução: Cláudia de Miranda Avena. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.227-229.

limites às penas, aliás, é correto afirmar que, pelas idéias que iniciam a repressão penal com a advertência e chegam à inocuização, as sanções tendem a ser indeterminadas, enquanto não cessar a periculosidade do agente. Neste passo, Jorge de Figueiredo Dias:[551]

> [...] Mesmo nesta acepção, porém, o pensamento da prevenção especial não se pode assumir como finalidade única da pena. Fosse assim e teria então de se concluir que a pena deveria durar por todo o tempo em que ainda persistisse a perigosidade social do delinqüente, em que a sua socialização não tivesse sido lograda (uma pena, por conseguinte, de duração absolutamente indeterminada). O que, se por sua vez se ligar à idéia da "incorrigibilidade" de certos delinqüentes, conduziria à solução monstruosa de se aplicarem a pequenos delitos – para cuja prática repetida, porém, o delinqüente possui uma tendência incontrolável: p. ex., o pequeno ratoneiro ou o pequeno burlão – penas de separação, de segurança ou de inocuização (máxime, penas de prisão) perpétuas (quando não se pensasse na própria pena de morte!).

Por outro lado, se a função da prevenção especial é evitar a reincidência, haveria casos em que, pela natureza do sujeito ativo do fato criminoso, a pena seria absolutamente desnecessária, haja vista que aquela pessoa não iria, seguramente, mais delinqüir. De fato, há, evidentemente, situações em que o sujeito age por instinto, por ímpeto, jamais voltando a delinqüir novamente. Esta é a posição de Roxin:[552]

> [...] nos crimes mais graves, não teria de impor-se uma pena caso não existisse perigo de repetição. O exemplo mais contundente é constituído, neste momento, pelos assassinos dos campos de concentração, alguns dos quais mataram cruelmente, por motivos sádicos, inúmeras pessoas inocentes. Tais assassinos vivem hoje, na sua maioria, discreta e socialmente integrados, não necessitando portanto de ressocialização alguma; nem tão-pouco existe da sua parte o perigo de uma reincidência ante o qual deveriam ser intimidados e protegidos. Deverão eles, então, permanecer impunes?[553]

As deficiências da teoria ainda não cessaram. De fato, em se pensando que a finalidade da teoria é a prevenção utilitarista da reincidência e constatando-se que, na realidade,

---

[551] DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões Fundamentais de Direito Penal Revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais: 1999, p.106.

[552] ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de Direito Penal*. Lisboa: Vega, 1986, p.21-22.

[553]Semelhantemente, Zulgadía Espinar: *"La pena inocuizadora desplegaría sus efectos respecto de delinqüentes que no necessitan ser ressocializados (v. gr. La persona plenamente integrada socialmente que comete uma estafa de grandes dimensiones o el parricida que actúa en una situación que dificilmente vuelva a reproducirse)"* (ESPINAR, José Miguel Zulgadia. *Fundamentos de Derecho Penal. Las Teorias de La pena e de la ley penal.* Madrid*:* Granada, 1991, p.60).

esta (a reincidência) ocorre com certa freqüência, chega-se à conclusão que a teoria não encontra, efetivamente, demonstração prática dos seus postulados, e, se uma teoria não consegue demonstrar o que propõe é porque é manifestamente inservível ao fim a que se destina.

Ademais, a teoria ainda carece de legitimação ao prescrever que uma das suas finalidades seria a "ressocialização" do infrator. Consoante se vium desde Sutherland já se notou que quem pratica crimes econômicos está devidamente socializado, o sujeito faz parte do núcleo da sociedade, não raro estando muito próximo ou até mesmo representando o poder. Não é concebível que se justifique a restrição estatal à liberdade para punir, indiscriminadamente, as pessoas diferentes. Esclarecedora, mais uma vez, é a opinião de Roxin:[554]

> [...] Mais importante é perguntar: o que legitima a maioria da população a obrigar a maioria a adaptar-se aos modos da vida que lhe são gratos? De onde nos vem o direito de poder educar e submeter a tratamento contra a sua vontade pessoas adultas? Porque não hão-de poder viver conforme desejam os que o fazem à margem da sociedade? – quer se pensem em mendigos, prostitutas ou homossexuais? Será a circunstância de serem incômodos ou indesejáveis para muitos dos seus concidadãos, causa suficiente para contra eles proceder com penas discriminatórias? Tais perguntas parecem levemente provocadoras. Mas com elas apenas se prova que a maioria das pessoas considera como algo de evidente o facto de se reprimir violentamente o diferente e o anômalo. Todavia, saber em que medida existe num Estado de Direito competência para tal, eis o verdadeiro problema que a concepção preventivo-especial não pode à partida resolver, porque cai fora do seu campo de visão.

Expostas as concepções atinentes à prevenção especial e demonstrada a sua incapacidade para justificar a intervenção penal na economia, passa-se a tratar da idéia de prevenção geral.

3.1.3.5 A idéia da prevenção geral

A prevenção geral, por sua vez, recai sobre toda a sociedade, desestimulando-a a praticar delitos; a punição funciona, por conseguinte, como instrumento de persuasão de toda a comunidade, dividindo-se em prevenção geral positiva – reforça a confiança do cidadão na norma e no Estado – e negativamente – dissuade a sociedade a não praticar crimes. Mir Puig pontua que:

[554] ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de Direito Penal*. Lisboa: Vega, 1986, p.22.

> *2. La concepción clásica de la prevención general veía en la pena La amenaza de un mal destinada a intimidar a los posibles delincuentes que pudieran surgir de la colectividad. Si en el Antiguo Régimen ello se esperaba conseguir principalmente a través de la ejemplaridad de la ejecución del castigo,* ***Feuerbach vinculó a la ley la función de intimidación de La pena mediante su famosa «teoría de la coacción psicológica****». Frente a ello, la doctrina de* ***la prevención general positiva no busca intimidar al posible delincuente, sino afirmar por medio de la pena la «conciencia social de La norma»,*** *confirmar la vigencia de la norma. Ha cambiado el punto de mira: la pena no se dirige sólo a los eventuales delincuentes, pues no trata de inhibir su posible inclinación al delito, sino a todos los ciudadanos, puesto que tiene por objeto confirmar su confianza en la norma. Esta concepción pretende superar las antinomias entre las exigencias de prevención y retribución, convirtiendo estas últimas en necesarias para la propia prevención. Así, la confirmación de la vigencia de la norma requiere, según la nueva doctrina de la prevención general, que se imponga una pena proporcionada cuando se infrinjan las normas jurídicas fundamentales*.[555]

Destarte, a prevenção geral desenvolveu-se, sobretudo, no Estado Liberal – anterior, portanto, ao Estado Intervencionista de bem-estar social – no qual a prevenção geral ganha destaque e constitui, ainda hoje, a função da pena mais invocada, uma vez que a punição daqueles que violam a lei constitui, a priori, uma intimidação aos demais cidadãos, reforçando o respeito e a legitimidade da norma.

A constante ameaça em se impor o cumprimento da lei, através da força, promove a sua obediência quase que irrestrita, assegurando o simbolismo do Direito Penal, afinal a imposição da violência garante a observância da norma. Jacques Derrida, tecendo um paralelo entre a Justiça, o poder da norma e a força, diz:

> B. Ainda não comecei. Acreditava dever começar dizendo que devo endereçar-me a vocês em sua língua; e anunciei logo que sempre julguei preciosas, ou mesmo insubstituíveis, pelo menos duas de suas expressões idiomáticas. Uma era "*to enforce the law"*, que nos lembra sempre que, se a justiça não é necessariamente o direito ou a lei, ela só pode tornar-se justiça, por direito ou em direito, quando detém a força, ou antes quando recorre à força desde seu primeiro instante, sua primeira palavra. No começo da justiça, terá havido o *logos*, a linguagem ou a língua, mas isso não é necessariamente contraditório com outro *incipt* que dissesse: "No começo, terá havido a força".
> [...]
> "Justiça, força – É justo que aquilo que é justo seja seguido, é necessário que aquilo que é mais forte seja seguido".[556]

[555] *Cf.* MIR PUIG, Santiago. *Funcion de la pena y teoria del delito en el Estado social y democratico de Derecho*. 2.ed. Barcelona: Casa Editorial, 1982, p.131.
[556] DERRIDA, Jacques. *Força de Lei.* São Paulo: Martins Fontes, 2007, p.17-18.

Com efeito, Derrida[557] analisa o uso da linguagem como instrumento de manipulação e o próprio conceito do que viria a ser justo, a fim de que se empregasse a força e tal força justificasse e legitimasse a norma e a justiça. Se não há, portanto, um conceito definido e certo de justiça, bem como não se pode afirmar que toda norma elaborada pelo legislativo seja justa, criada para proteger, de fato, bens jurídicos essenciais para o convívio em sociedade, exprimindo-se a vontade dos cidadãos, não se pode autorizar o uso da força como instrumento de coerção para forçar a sua obediência.

O uso da polícia ostensiva, o embrutecimento das leis penais, com a criação de novos tipos e o aumento das penas dos já existentes, assim como a ameaça da retirada de direitos e garantias dos cidadãos diante da prática de determinados delitos, constituem exemplos da função de prevenção geral da pena, já que se objetiva com tal discurso da força, compelir o cidadão a cumprir as normas, intimidando-o e reforçando a confiança no ordenamento jurídico, de tal sorte que a violência garantiria a justiça.

A prevenção, por conseguinte, não deve ser admitida como função da pena de forma irrestrita, pois padece de graves vícios, que serão a seguir analisados.

3.1.3.5.1 Prevenção Geral Negativa

Conforme *ex vi*, a prevenção geral negativa funciona como uma coação psicológica[558], capaz de intimidar os demais cidadãos, desestimulando-os a praticar infrações penais, pois a punição do delinqüente serve de exemplo para os demais. Heiko Lesch entende que "*a pena se impone […] no frente al próprio autorm oues para ello es siempre demasiado tarde, sino para initmidar a otros potenciales infratores*".[559]

Dessa forma, justifica-se a aplicação da sanção penal ao criminoso para que ele sirva de exemplo aos demais, desencorajando-os a praticar delitos. Cumpre, porém, indagar: esta a ameaça da imposição da pena é realmente capaz de evitar a incidência de novos delitos, ou ao menos reduzir os índices de criminalidade? Decerto que não.

A crítica que Roxin impõe refere-se à efetividade de tal prevenção, pois,

[557] *Ibidem.*
[558] *Cf.* MIR PUIG, Santiago. *Funcion de la pena y teoria del delito en el Estado social y democratico de Derecho*. 2.ed. Barcelona: Casa Editorial, 1982, p.131.
[559] LESCH, Heiko Hartmut. *Injusto y Culpabilidad en Derecho Penal.* Traducción de Ramón Rodrigues. Bogotá: Universidad Externato de Colombia, 2001, p.20.

segundo este autor analisando Feuerbach, a intimidação, em verdade, serviria apenas a uma pequena parcela da população, posto que poucos são os indivíduos que pretendem praticar um crime que deixam de fazê-lo por receio da punição.

> *El aspecto negativo se puede describir con "el concepto de la intimidación de otros que corren el peligro de cometer delitos semejantes". Aquí se trata del punto de vista acentuado por Feuerbach (nm. 22 s.). Ciertamente existe hoy unanimidad acerca de que sólo una parte de las personas con tendência a la criminalidad cometen el hecho con teinto cálculo que les pueda afectar una "intimidación" y en que en estas personas tampoco funciona intimidatoriamente la magnitud de la pena con que se amenaza, sino la dimensión Del riesgo de ser atrapados. Políticosocialmente hay que sacar de ahí la conclusión de que no una agravación de las amenazas penales, como se exige una y outra vez en el carácter público, sino más bien una intensificación de la persecución penal (p.ej. refuerzo y mejor entrenamiento de la policía) puede tener êxito en cuanto a la prevención general*..

Outrossim, basta que se analise os índices de criminalidade em diversos países, em especial no Brasil, para se perceber que a função preventiva da pena não alcança sua finalidade. De fato, aquele que deseja praticar um delito não pondera acerca de suas conseqüências[560]; ele age de forma ilícita esperando que nunca será pego, punido, não existindo, na prática, a mencionada "coação psicológica".

Para Silva Sánchez, a prevenção especial negativa representa algo que foi "uma constante característica do fenômeno punitivo: os efeitos da intimidação".[561]

Dentre os seus expoentes, teve maior destaque o posicionamento de Feuerbach, porém a teoria, também conhecida como "prevenção de intimidação" ainda encontra defensores na atualidade, a exemplo de Luigi Ferrajoli, que entende haver uma dupla intimidação: uma que incide sobre as pessoas, para que não cometam delitos e uma outra que, dirigida à coletividade, buscaria inibir a existência de reações sociais contra o delinqüente, em sua garantia.[562]

Na concepção mais difundida, formulada por Feuerbach, haveria uma espécie de "coação psicológica", de modo a que fossem intimidados, como pondera Anabela Miranda Rodrigues "os potenciais delinqüentes, mediante o sentimento de desprazer ou o medo que o

---

[560] *Cf.* ROXIN, Claus; ARTZ, Cunther; TIEDMANN, Klaus. *Introdução ao Direito Penal e ao Direito Processual Penal.* Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

[561] SÁNCHEZ, Jesús Maria Silva. *Aproximación ao Derecho Penal Contemporâneo.* Barcelona: José Maria Bosch, 1992, p.212.

[562] GRECO, Luiz *et alli. A Pena de Prisão à Luz da Moderna Política Criminal.* Texto Inédito.

mal da pena impunha".[563] Considera-se, então, que a existência da norma penal infundiria nas pessoas um temor que, em sendo violados os preceitos legislativos, sobre elas recairia uma pena e este amedrontamento as impediria de cometer ilícitos.

Ademais, em se tratando de crimes contra a ordem econômica, os demais cidadãos sequer conseguem compreender qual delito está sendo praticado e não conseguem visualizar a punição, pois ela de fato inocorre.

Por se tratar de uma legislação confusa, que pretende defender bens jurídicos difusos e não individuais[564], protegendo valores ainda não estão sedimentados no consciente da sociedade, praticados por grupos com grande poderio econômico e político e não pelo cidadão comum, não se consegue, de fato, compreender qual é a conduta típica tampouco se consegue punir tais indivíduos. A prevenção geral negativa, portanto, inexiste nos crimes de colarinho branco.

3.1.3.5.2 Prevenção Geral Positiva

A prevenção geral positiva, por sua vez, visa o aumento da confiança do cidadão na norma e no Estado, através do emprego da força. A punição é responsável por transmitir ao cidadão a falsa noção de que apenas através da aplicação de uma sanção penal o ordenamento jurídico é respeitado. Por conseguinte, o Direito Penal que era para ser a *ultima ratio* torna-se a *prima ratio*; a função da pena, portanto, consiste no reforço da confiança do cidadão no sistema jurídico.

María José Falcón e Fernando Falcón[565] salientam que a prevenção geral positiva ou da integração objetivam reforçar a fidelidade dos associados ao sistema jurídico vigente.

Paulo Queiroz, analisando o pensamento de Welzel e a função preventiva da pena no seu sentido positivo, afirma que, a intenção da elaboração da norma penal e a previsão da aplicação de uma sanção diante do seu descumprimento objetivam, em primeiro plano, fortalecer os valores sociais:

[563] RODRIGUES, Anabela Miranda. *A determinação da Medida da Pena Privativa de Liberdade. Os Critérios de Culpa e da Prevenção.* Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p.318.
[564] Conforme se verá adiante, quando se tratar da função simbólica da legislação penal econômica.
[565] TELLA, María José Falcón; TELLA, Fernando Falcón. *Fundamento e finalidade da sanção:* existe um direito de castigar? Tradução: Cláudia de Miranda Avena. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.204.

> [...] Dito mais claramente: ao criminalizar ou punir o homicídio, o furto, a bigamia, etc., se pretende, antes de prevenir lesões à vida, ao patrimônio, à instituição do casamento, fortalecer o sentimento de respeito à vida, sentimento de honradez, consolidar a fidelidade matrimonial. Disso resulta que a conduta deve ser aferida menos em atenção ao desvalor do resultado do que em razão do desvalor da ação, já que 'importa menos o efeito positivo atual da ação que a permanente tendência positiva da ação dos cidadãos'. [566]

Destarte, Jakobs[567], no estudo da funcionalidade da pena para o sistema social, lastreado nos sistemas de Luhmann, salienta que a pena é necessária para se estabilizar as expectativas sociais, pois quando se pratica um delito, se está promovendo uma ruptura no tecido social, afronta-se seus valores, o que gera um sentimento de frustração, que somente é remediado a partir da aplicação de um castigo ao infrator. Neste espeque, no momento em que se pune aquele que desrespeita a sociedade, os cidadãos passam a respeitar e a confiar no Estado e no ordenamento jurídico.

Reforça-se, pois, a obediência à norma e se restabelece a sua legitimidade, positivando-se a ordem social. Sendo assim, para Jakobs[568], a função da pena reside, em verdade, apenas na função preventiva positiva, não sendo finalidade da sanção penal a prevenção geral negativa, tampouco a prevenção especial.

Retomando os ensinamentos de María José Falcón e Fernando Falcón[569], vislumbra-se que Jakobs e Welzel defendem a prevenção geral positiva como ampliação do *ius puniendi* estatal, devendo incidir a pena sempre que for necessário ao aumento da confiança do cidadão no Estado. Não se pode afirmar, porém, que a prevenção geral positiva possui apenas esta vertente; há de se observar ainda a tendência limitadora do *ius puniendi* estatal desenvolvidas por Hassemer e Roxin[570].

Para tais doutrinadores, o Direito Penal afirma e assegura as normas básicas, criminalizando condutas ou aumentando as penas dos delitos já existentes; em contrapartida, há de ocorrer a descriminalização e a atenuação das sanções que recaem sobre condutas aceitas pela sociedade ou que podem ser tuteladas por outros ramos do Direito, sobre as quais a necessidade de intervenção da tutela penal não mais se justifica.

---

[566] *Cf.* QUEIROZ, Paulo. *Funções do Direito Penal:* legitimação *versus* deslegitimação do sistema penal. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p.39.
[567] QUEIROZ, Paulo. *Op.cit.,* 2005.
[568] QUEIROZ, Paulo. *Funções do Direito Penal:* legitimação *versus* deslegitimação do sistema penal. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
[569] TELLA, María José Falcón; TELLA, Fernando Falcón. *Fundamento e finalidade da sanção:* existe um direito de castigar? Tradução: Cláudia de Miranda Avena. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.211-212.

A criminalização das condutas que ofendem as relações econômicas deflagra o uso da função da prevenção geral positiva com o viés expansionista da tutela penal, conforme demonstrado por Jakobs e Welzel, uma vez que se pune o delinqüente para que se reafirme os valores protegidos pela norma penal, ou seja, há a imposição de um castigo por se ter violado bem jurídico, ainda que este bem possa ser protegido por outro ramo do Direito.

3.1.4 As teorias ecléticas

As teorias ecléticas são também denominadas teorias mistas ou dialéticas e objetivam unir as funções da pena, preventiva e retributiva, observando-se sempre a utilidade em sua aplicação. Mas não se trata aqui de mera sobreposição, adição das teorias anteriores; por essa razão, inclusive, que as teorias ecléticas são dialéticas, pois buscam trazer uma função nova para a pena, aproveitando os aspectos positivos das teorias anteriores.

3.1.4.1 A tese conservadora e a tese progressista

María José Falcón e Fernando Falcón[571] analisando as teorias ecléticas as dividem em tese conservadora e em tese progressista.

A tese conservadora[572] lastreia-se, basicamente, nos ideais retribucionistas, tendo na retribuição a principal função da pena, que é complementada com a prevenção. Tal vertente é identificada no Projeto ministerial alemão de 1962 e é defendida por Welzel, Maurach e Jescheck[573].

Já a tese progressista se aproxima das idéias preventivas e é adotada pelo Projeto Alternativo Alemão. María José Falcón e Fernando Falcón[574], ao se debruçarem sobre a realidade alemã na época do nazismo e logo após o final da segunda guerra mundial, afirmam que os postulados preventivo-especiais foram quase que totalmente esquecidos,

[571] TELLA, María José Falcón; TELLA, Fernando Falcón. *Fundamento e finalidade da sanção:* existe um direito de castigar? Tradução: Cláudia de Miranda Avena. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.236-241.
[572] *Ibidem,* p.237.
[573] *Ibidem.*
[574] *Ibidem.* p.237.

sendo a função retribucionista da pena a comumente utilizada para justificar o exercício do *ius puniendi.* Tal realidade apenas mudou na década de 60, na qual se realiza o "retorno a Von Litz", colocando-se, neste momento, a função da prevenção especial como função primordial da pena, culminando no Projeto Alternativo Alemão.

Com efeito, alguns doutrinadores como Roxin na Alemanha, Mir Puig e Muñoz Conde[575] na Espanha dividem o *iter penal* em etapas, e em cada uma dessas fases a sanção penal teria uma função. Na etapa da cominação ou ameaça legal a prevenção geral predominaria; na fase da aplicação da pena ou realização da justiça, correspondente à dosimetria da pena, dirigida ao juiz, a retribuição; na execução da pena, voltada à Administração da Justiça, a prevenção especial.

No primeiro momento, dirigido ao legislador, há de se observar que a previsão de uma sanção penal refere-se à possível violação de uma norma pelo infrator, lesionando ou expondo à perigo de lesão o bem juridicamente tutelado. Nesse sentido, a função da pena há de se pautar na prevenção geral, pois se objetiva desestimular a sociedade à prática de um crime, sob pena de se aplicar um castigo ao autor do fato.

Em seguida, na etapa da aplicação da lei penal ao caso concreto, no *decisum* do magistrado, este deve se pautar na função retribucionista da pena, uma vez que deve levar em consideração o mal praticado pelo infrator e o critério da proporcionalidade entre o crime e a punição. Advertem os mencionados autores[576] que a retribuição não pode ser entendida como expiação, mas como garantia da legalidade.

Por fim, durante a execução da pena a Administração da Justiça deve se nortear pela função preventiva especial, oferecendo a reeducação do criminoso, tornando-o apto ao retorno ao convívio em sociedade.

3.1.4.2 Teoria Dialética Unificadora de Claus Roxin

Passa-se a uma análise mais detida da Teoria Dialética Unificadora, formulada por Claus Roxin[577]; a principal contribuição de sua teoria refere-se à concepção do Direito

[575] *Ibidem,* p.238-240.
[576] *Cf.* TELLA, María José Falcón; TELLA, Fernando Falcón. *Fundamento e finalidade da sanção:* existe um direito de castigar? Tradução: Cláudia de Miranda Avena. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
[577] *Cf.* ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de Direito Penal.* Lisboa: Vega, 1986.

Penal como *ultima ratio*, de tal sorte que apenas se aplica a lei penal se a conduta do agente ofende bem jurídico essencial à sobrevivência da comunidade, e se este ataque foi suficientemente violento, a ponto de ser reprimido pela tutela penal.

Diante da prática de uma conduta típica, que ofende fortemente bem jurídico de grande magnitude, há de se aplicar a pena a fim de que a sociedade compreenda a importância do bem violado e se sinta segura diante da conduta prejudicial do infrator. Roxin[578]; salienta, todavia, que mais importante que a função da prevenção geral, é a prevenção especial, voltada à ressocialização do criminoso. Há de se ressaltar, porém, que Roxin[579]; defendia a ressocialização do autor do fato, mas sempre respeitando-se sua autonomia, sua identidade. Pontua o referido autor acerca de sua teoria:

> IV. Com isto, chegamos ao fim. Se quiséssemos consagrar numa só frase, o sentido e limites do direito penal, poderíamos caracterizar a sua missão como proteção subsidiária de bens jurídicos e prestações de serviços estatais, mediante prevenção geral e especial, que salvaguarda a personalidade no quadro traçado pela medida da culpa individual. Trata-se, se me é permitido dar um nome a esta concepção, de uma teoria unificadora dialética, à qual deve ser claramente distinguida, tanto do ponto de vista metodológico como pelo seu conteúdo, das tradicionais teorias monistas, assim como da teoria dominante da unificação por adição. [580]

Para Roxin não há que se falar em separação da prevenção especial da prevenção geral, pois são faces da mesma moeda; por esta razão, sua teoria é dialética: a tese é a prevenção geral; a antítese é a prevenção especial; a síntese, por conseguinte, é a reunião de ambas as teorias.

A imposição da prevenção especial como norteadora da prevenção geral se dá em razão da constatação de que a sociedade é responsável também por aquele que infringe a lei e deve se preocupar com ele, haja vista que, depois de cumprida a pena, ele retornará à comunidade. Há uma tensão necessária entre a polaridade do homem, como indivíduo, e a polaridade da sociedade, de tal sorte que a sociedade deve ter a consciência de sua responsabilidade para com o infrator e fomentar nele, através da pena, o seu próprio senso de responsabilidade. Dessa forma, a sanção penal deve estar pautada nos valores fundamentais do individuo, constituindo um castigo, mas ao mesmo tempo preservando a sua condição humana, sua dignidade, nutrindo no infrator o sentimento de coletividade e respeito às normas, mas preservando, sempre sua identidade e sua integridade física e psíquica.

---

[578] *Ibidem.*
[579] ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de Direito Penal.* Lisboa: Vega, 1986.
[580] *Ibidem,* p.43.

3.1.5 As funções não declaradas

As funções declaradas da pena já foram analisadas; exsurge, neste momento, a necessidade de se desvendar o discurso não revelado na imposição das penas e na criação do Direito Penal Econômico e, por conseqüência, na eleição das relações econômicas como bem jurídico a ser tutelado pela esfera penal.

3.1.5.1 A idéia da seletividade do sistema: a justificação da dominação e as cifras ocultas da criminalidade

Sem embargo, há que se reconhecer, por um lado, a importância na criminalização das condutas praticadas pelos cidadãos que possuem grande poder econômico e *status* social; trata-se da tentativa de se punir as classes privilegiadas da sociedade e não apenas as menos afortunadas, as miseráveis.

> Assim como os dominados sempre levaram mais a sério que os dominadores a moral que eles recebiam, hoje as massas logradas sucumbem mais facilmente ao mito do sucesso do que os bem-sucedidos. Eles têm os desejos deles. Obstinadamente, insistem na ideologia que as escraviza.[581]

Analisadas estas características, impende tratar das finalidades declaradas do Direito Penal Econômico. Uma primeira função que se pode atribuir ao Direito Penal Econômico é a de manter a ordem econômica eleita, escolhida pelo Estado. Uma vez mais, o Direito Penal cumpre a sua missão sancionadora de bens jurídicos, de tutelar aquilo que já vem tutelado por outros ramos. Neste sentido, Martos Nuñes:

> *Sólo a partir de este instante, a un Derecho Penal autónomo en materia económica corresponde la importante función social de garantizar, por medio de sanciones penales, el mantenimiento de un orden económico creado y vigilado por el Estado.*[582]

Mais uma função que se poderia atribuir ao Direito Penal Econômico é, com efeito, assegurar a isonomia das normas penais.[583] Do contrário, o Direito Penal somente estaria a intervir

[581] ADORNO, Theodor; HORKHEIMER, Max. *Dialética do Esclarecimento. Fragmentos Filosóficos.* Rio de Janeiro: Zahar, 2006, p.110.

[582] NUÑES, Juan Antonio Martos. *Derecho Penal Económico*. Madrid: Editorial Montecorvo, 1987, p.114.

[583] BUJAN PEREZ, Carlos Martinez. *Derecho Penal Econômico*. Parte General. Valencia: Tirant Lo Blanc, 1998, p.27.

nas camadas mais humildes da população. Esclarecendo: se não forem punidos os atos que atentam contra a economia, a parcela mais abastada da população não estaria, em regra, sujeita às normas penais. Assim, Martos Nuñes:

> *La delincuencia socio-económica amenaza la estructura del Estado, pues ataca la confianza del público en el sistema financiero, económico y social. A este argumento utilitario hay que añadir un imperativo de justicia, pues, en efecto, el Derecho Penal debe castigar eficazmente todo tipo de delincuencia: tanto las grandes estafas financieras como los pequeños robos.*[584]

Não se pode desconhecer, por conseguinte, a importância do questionamento acerca da punição dos crimes de colarinho branco, uma vez que são praticados por camadas da população que gozam de prestígio econômico e social. Trata-se, pois, da criminalização de fatos perpetrados por aqueles que, teoricamente, detém o domínio da sociedade, e sobre os quais, em tese, não recai qualquer punição diante das condutas criminosas. Em verdade, por ser ilegítima, a intervenção penal resta apenas e tão somente simbólica, deixando verdadeiramente impunes estas camadas da sociedade.

Neste sentido, há de se ponderar quanto à importância da criação de tais tipos penais, pois, conforme acima dito, se estaria promovendo a aplicação isonômica da lei penal, não apenas se objetivando punir aqueles que possuem déficit financeiro e social, mas a qualquer um que possa vir a provocar uma lesão a um bem jurídico que interessa a sociedade como um todo, mais especificamente, as relações econômicas.

É sabido, pois, que os homens de "bem", cidadãos considerados dignos e corretos, por possuírem uma situação econômica estável, não praticarão os delitos de furto e roubo, por exemplo. Mas, por outro lado, praticam ofensas ao patrimônio alheio quando desviam dinheiro público, ou enganam o Fisco, fraudando impostos, ou no momento em que promovem desfalques financeiros em empresas particulares, dentre outras condutas que ofendem a ordem econômica.

Os doutrinadores que defendem[585], portanto, a proteção de tais bens jurídicos pelo Direito Penal, afirmam que se estaria, em verdade, promovendo uma justiça criminal, incidindo a lei penal sobre qualquer pessoa, e não apenas contra determinada classe, etiquetada como potencialmente delinqüente.

Decerto, se observa, neste sentido, o caráter seletivo e etiquetador[586] do Direito

---

[584] NUÑES, Juan Antonio Martos. *Op.cit.,* 1987, p.120-121.
[585] *Cf.* CARDIERI, Luís Fernando Diegues. Política Criminal no Direito Penal Econômico. *In: Crimes Tributários e Econômicos.* São Paulo: *Quartier Latin*, 2007, p.155.
[586] *Cf.* AZEVEDO, Jackson Chaves de. *Reforma e "contra" – reforma penal no Brasil.* Florianópolis: OAB-SC,

Penal. Tal caractere da tutela penal revela sua dupla-face: de um lado, se elege bens jurídicos que os grupos que estão no domínio da sociedade assim o desejam. Conforme visto anteriormente, tais bens guardam correlação com as necessidades do mercado capitalista, sendo a propriedade o bem jurídico mais protegido; de outro lado, tem-se o etiquetamento de determinadas classes de cidadãos, considerados potencialmente delinqüentes, bem como de determinadas condutas, consideradas criminosas.

Observa-se, portanto, que a seleção dos bens jurídicos está intimamente relacionada com o etiquetamento[587] das pessoas e das condutas, de tal sorte que não há, realmente, crime ou criminoso, mas tão somente a qualidade que é atribuída a pessoa ou a conduta.

Há a punição somente das classes menos favorecidas, consideradas como potencialmente criminosas, enquanto que os delitos praticados pelas categorias beneficiadas econômica e politicamente, que gozam de status na sociedade, não há punição. Tem-se, portanto, a criminalidade revelada – os dados que são inseridos nas estatísticas criminais – e a criminalidade não revelada, composta pelas cifras ocultas, que não são acrescidas no montante final.

Explica-se: a teoria sociológica do *labeling approach*[588], utilizada pela criminologia da reação social e, em verdade, pela criminologia crítica e radical, desnuda a realidade que acompanha as sociedades: as cifras ocultas[589]. A criminalidade de colarinho branco, perpetrada por indivíduos que pertencem as classes ricas da sociedade, composta de políticos, empresários, grandes fazendeiros, não são computadas na cifra da criminalidade declarada em um país. Assim sendo, os delitos por eles praticados não são punidos e sequer fazem parte das estatísticas da criminalidade. Hassemer e Conde, analisando as cifras ocultas da criminalidade e o caráter seletivo do Direito Penal ponderam:

> *Tampoco puede impedir ese malestar el llamado "efecto preventivo de la ignorancia"'. Por supuesto que ninguna sociedad puede (o quiere) alcanzar una transparencia total del comportamiento; ningún sistema normativo aspira a descubrir todas las infracciones, ni ningún sistema sancionatorio garantiza su función protectora a base de eliminar todas las infracciones normativas . La ignorancia de la criminalidad "real" desempeña, sin*

1999.
[587] *Cf.* AZEVEDO, Jackson Chaves de. *Reforma e "contra" – reforma penal no Brasil.* Florianópolis: OAB-SC, 1999.
[588] *Cf.* BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução* à sociologia do Direito Penal. 3.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.
[589] *Ibidem.*

> *embargo, la función (positiva y estabilizadora) de regular el sistema de control social y dentro del mismo el control jurídicopenal; de dar la impresión de respeto y mostrar su capacidad de elaboración del conflicto. Quedan, no obstante, dos cuestiones por responder: por un lado, nada se dice sobre cómo puede compaginarse* ***esta ignorancia de la Administración de Justicia con el principio de que todos los delitos deben ser perseguidos de oficio, pues parece evidente que este principio impide que la cifra oscura pueda ser utilizada como factor estabilizador****. Pero sobre todo, quizás esta idea del "efecto preventivo de la ignorancia" pueda tranquilizar respecto a la existencia de La cifra oscura, pero no respecto a la función selectiva de esa ignorancia: si el sistema del Derecho penal no puede aprehender ni elaborar todas lãs infracciones normativas, debe entonces, por lo menos, asegurar que La oportunidad de permanecer en la cifra oscura sea distribuida por igual entre todos los miembros de la sociedad*.[590] (grifos aditados).

Destarte, os mencionados autores salientam a importância estratégica da "ignorância" experimentada pelos cidadãos e pela Administração da Justiça. Em verdade, a "ignorância" compreendida como ausência de conhecimento sobre algo, é sentida apenas por grande parcela da sociedade; a Administração da Justiça não desconhece a existência das cifras ocultas da criminalidade, mas, por interesse próprio, não a revela e não combate esta realidade.

Interessa, pois, ao Estado, manter a sociedade neste auto-engano, sem se aperceber de seu poder de gestão dentro da própria estrutura do ente estatal, de tal maneira que a ignorância quanto à existência de delitos perpetrados pelos integrantes das classes mais ricas reduz as críticas acerca da seleção dos bens jurídicos.

Juarez Cirino dos Santos, ao discorrer sobre a importância da Criminologia Radical e criticar as cifras ocultas da criminalidade pontua que:

> O salto qualitativo da Criminologia Radical é representado pela superação do paradigma *etiológico* tradicional e pelo estudo do sistema punitivo como *sistema dinâmico de funções* do modo capitalista de produção, negando o mito do direito penal igualitário: a crítica ao sistema punitivo concentra-se no processo de criminalização, destacando os mecanismos de produção e de aplicação de normas penais e de execução das penas criminais. **A produção de normas penais promove uma simultânea *seleção* de tipos legais e de indivíduos estigmatizáveis: a estrutura de interesses protegidos** (elite de poder econômico e político) e as condutas ofensivas desses interesses pré-selecionaram os sujeitos estigmatizáveis. Assim o caráter "fragmentário" do direito penal, definido pela idoneidade técnica

[590] HASSEMER, Winfried. CONDE, Francisco Munõz. *Introducción a La Criminologia y al Derecho Penal.* Valencia: Trant to blanch, 1989, p.48.

> de certas matérias (e não outras) para a incriminação, oculta a proteção de interesses das classes e grupos sociais de poder econômico e político (e a imunização processual de sujeitos dessas classes e grupos sociais subalternos, especialmente os marginalizados do mercado de trabalho.[591](grifos aditados)

Criminalizar, dessa forma, tais condutas significa que, enfim, o Estado trataria de forma igualitária todos os seus cidadãos, afastando o critério etiológico como definidor da seleção dos bens jurídicos e das classes potencialmente delinqüentes. Se protegeria, por conseguinte, os interesses da coletividade e não apenas de uma minoria que detém o poder econômico do Estado.

Saliente-se ainda uma outra função para o Direito Penal Econômico: resguardar, proteger bens jurídicos reputados importantes, neste caso, o bom funcionamento e a credibilidade em relação à economia. Veja-se com Bacigalupo:

> *El Derecho penal económico se define en relación con un objeto de carácter político-criminal: la prevención de la criminalidad económica. La criminalidad económica constituye un fenómeno complejo que requiere el conocimiento de aspectos que no son jurídico-penales en sentido estrito. En ese sentido, el desarrollo de las sociedades modernas ha producido no sólo una elevación de la criminalidad tradicional frente a la propiedad y el patrimonio (hurtos, robos, estafas), sino también una multiplicación de las formas de delincuencia posibles*.[592]

Enfim, a finalidade declarada do Direito Penal Econômico está intimamente ligada com a finalidade da intervenção do Estado na Economia. Sobre este assunto, lapidar é o magistério de Bajo e Bacigalupo:

> *La finalidad y la función del Derecho Penal Económico no son otra cosa que la sublimación de finalidad y la función del intervencionismo: cumplir las exigencias de una valoración diferente del imperativo de Justicia en orden a las relaciones sociales y económicas. Estas nuevas exigencias se plasman en la necesidad que hoy se siente de proteger la Economía en su conjunto, el orden económico, la Economía Nacional puesta al amparo del nuevo intervencionismo estatal, como intereses distintos a los particulares de propiedad, patrimonio y fe contratual.*[593]

Prosseguindo na análise das funções não declaras da intervenção penal (relacionadas à economia), passa-se a analisar a relação existente entre a pseudofunção simbólica e a falta de

---

[591] SANTOS, Juarez Cirino dos. *A criminologia Radical.* 2ª ed, Rio de Janeiro, Lumen Juris/ICPC, 2006, p. 44-45.
[592] BACIGALUPO, Enrique "et alli". *Derecho Penal Econômico*. Buenos Aires: Editorial Hamurabi, 2004, p.29.
[593] BAJO, Manuel; BACIGALUPO, SIlvina. *Derecho Penal Económico*. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2001, p.13.

legitimação para a intervenção penal na ordem econômica.

Ocorre, em verdade, que a intervenção penal na ordem econômica não cumpre esta tão sonhada função de isonomia. Em primeiro lugar, não se pode invocar a garantia da isonomia para criar um direito penal de exceção, com regras fluídas de tipicidade, com excesso de crimes de perigo abstrato. Não se pode, com efeito, criar um direito penal de exceção, uma verdadeira manifestação de direito penal do inimigo, com o fundamento de que se pretende buscar a isonomia. De outro lado, é certo que a tutela penal, ilegítima, na ordem economia, passa a ser manifestamente simbólica, sem efetividade, o que faz ruir o discurso de quem imaginava que, com a criação destas normas incriminadoras, conseguiria punir também as classes mais abastadas da sociedade. Não se pode, como bem adverte Nilo Batista, sepultar o direito em busca da isonomia. Observe-se:

> a procura de uma identidade própria para o direito penal econômico não deve afastá-lo do direito penal, nem das conquistas que, gradualmente, e não sem muitas dificuldades, se obtiveram dentro do direito penal. Um uso alternativo do direito penal, para que este atinja igualmente os delinqüentes de colarinho branco, não pode ser um uso deformado e deformador do direito penal. O respeito a alguns princípios, como os da reserva legal e o da culpabilidade, deve ser incondicional; se o direito penal econômico deles se afastar, não apenas estará deixando de ser direito penal, mas em verdade estará deixando de ser direito.[594]

Analisando a pseudofunção simbólica da pena, ficará mais evidenciado que a idéia de isonomia não é atendida.

3.1.5.2 Transição para as críticas criminológicas: A pseudofunção simbólica do Direito Penal Econômico

> Ponto nevrálgico da moderna legislação penal é também chamado o direito penal simbólico[595]. Este termo é usado para caracterizar dispositivos penais[596] "que não geram, primariamente, efeitos protetivos concretos, mas que devem servir à manifestação de grupos políticos ou ideológicos através da declaração de determinados valores ou o repúdio a atitudes consideradas lesivas. Comumente, não se almeja mais do que acalmar os

[594] BATISTA. Nilo. Concepção e princípios do Direito Penal Econômico, inclusive a proteção a consumidores, no Brasil. *Revista de Direito Penal e Criminologia.* Rio de Janeiro: Forense, Janeiro Junho de 1982, número 33, p. 89.

[595] *Monografia: Voß, Symbolische Gesetzgebung, 1989. A discussão mais recente é representada por Hafffke, Die Legitimation dês staatliche Strafrechts zwischen Effizienz, Freiheitsverbürgung und Symbolik. In: Festschrift für Roxin, 2001, p. 955 e ss.; Hassemer, Das Symbolische am symboslichen Strafrecht, in: Festschrift für Roxin, 2001, p.1001 e ss., todos com mais referências.*

[596] ROXIN, STRAFRECHT. Allgeimer Teil. v.I. 3.ed. 1997, § 2º, nm. 23.

> eleitores, dando-se, através de leis previsivelmente ineficazes, a impressão de que está fazendo algo para combater ações e situações indesejadas. [597]

Interessante notar, vistas as funções, as (dis)funções do Direito Penal Econômico. Com efeito, como salienta Bujan-Pérez, deve-se observar a Escola de Frankfurt (de que são partidários Winfried Hassemer, Cornelius Prittwitz, Felix Herzog, Wolfgang Naucke, Peter-Alexis Albrecht)[598] que duramente critica a expansão do Direito Penal para a área econômica.[599] As críticas feitas pela Escola de Frankfurt passam pela inidoneidade do Direito Penal para interceder na ordem econômica, a sua deslegitimidade para interferir num âmbito que não é o seu, a conseqüente e indesejável perda de garantias em relação às normas de direito penal econômico e, finalmente, demonstrar o caráter puramente simbólico da intervenção penal na economia, deixando a sociedade verdadeiramente desprotegida, como se verá adiante.

A função simbólica do Direito Penal Econômico resta deflagrada na própria escolha deste bem jurídico a ser tutelado. De acordo com o disposto no início deste capitulo, quando se questionou os interesses do Estado em se tutelar as relações econômicas, se percebeu que a seleção deste valor a ser protegido pelo Direito Penal objetiva, verdadeiramente, deixar desguarnecido, desprotegido um bem que seria de extrema importância.

Poder-se-ia perguntar se estes crimes não são, justamente, praticados pelos homens com estabilidade política e econômica, sendo, portanto, os detentores do poder da comunidade; não se pode, todavia, esquecer que a criminalização dos crimes contra a economia popular resguarda os interesses do próprio Estado, já que cuida da sua intervenção em matéria econômica, a exemplo de como ocorre com o fisco. Ora, se se permitisse a prática de delitos contra o mercado financeiro, abrangendo condutas que fraudam e burlam o lançamento e recolhimento, inclusive, de tributos – maior fonte de arrecadação de qualquer Estado – se estaria promovendo um abalo nos cofres públicos. Ademais, a ordem econômica abarca ainda as relações particulares, que devem ser preservadas a fim de que o próprio capitalismo seja preservado. Sobre a pseudofunção simbólica da pena, fundamental é a seguinte transcrição:

> Quer isto dizer que estamos perante mais uma manifestação do chamado

[597] ROXIN, Claus. *Estudos de Direito Penal.* Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.47.
[598] Por todos, ver a coletânea de trabalhos: CASABONA, Carlos Maria Romeo (Coord.). *La insostenible situación del Derecho Penal.* Granada: Instituto de Ciências Criminales de Frankfurt, 2000.
[599] BUJAN PEREZ, Carlos Martinez. *Derecho Penal Económico*. *Parte General.* Valencia: Tirant Lo Blanc, 1998, p.22-23.

> *direito penal simbólico*, o qual, infelizmente, parece querer tornar-se uma decorrência crónica da tendência actual para a expansão do direito penal.
>
> É claro que todo o direito penal desempenha uma função simbólica, na medida em que serve para afirmar a essencialidade de certos valores, plasmados em bens jurídicos. Contudo, quando falamos de direito penal simbólico, com isso queremos significar que se trata de um direito penal fortemente impregnado de conotações programáticas e ideológicas, mas desprovido de conseqüências práticas efectivas, que só não são nulas porque, como todo direito, carece de alguma aplicação exemplar para não cair em desuso.
>
> Todo direito penal simbólico é injusto, na medida em que se resigna à aplicação de punições ornamentais, sacrificando alguns infractores, escolhidos ao acaso, na ara do espetáculo judiciário, quiçá amplificado pela intervenção dos meios de comunicação social.
>
> Mais ainda, todo o direito penal simbólico é socialmente inútil, na melhor das hipóteses, se não for mesmo contraproducente, na hipótese mais provável. Com efeito, qualquer direito penal com tais características falha na prossecução dos fins de prevenção geral.[600]

Em verdade, a pseudofunção simbólica serve para aliviar tensões, serve para retirar o foco e serve para que as pessoas se acomodem, tratando das conseqüências, dos sintomas, sem identificar as verdadeiras causas do problema. Veja-se:

> Em suma, o direito penal simbólico é totalmente ilusório e surge apenas para satisfazer uma utilidade capciosa, na medida em que a prodigialidade na edição de penas pelo legislador moderno serve de paliativo para a falta de medidas de fundo, mais adequadas para a promoção dos fins em vista.[601]

Outrossim, cumpre salientar ainda que o simbolismo do Direito Penal Econômico encontra-se também na tentativa de se legitimar o próprio Estado no combate e controle destes delitos. Explica-se: o Direito Penal é o ramo do Direito mais violento, coercitivo por natureza, em que a ameaça à restrição do segundo bem jurídico mais importante do homem, qual seja, a liberdade, lhe confere um poder maior, pois atua sobre o medo das pessoas. Neste diapasão, Hassemer assevera que:

> *Esta cualidad crítica se basa —y ésta se presenta en todos los casos de promulgación de leyes simbólicas— en la oposición entre apariencia y realidad,* ***apunta al elemento de engaño, a la falsa apariencia de efectividad e instrumentalidad.*** *Esta cualidad da en mi opinión en el*

[600] SOUZA MENDES, Paulo. *Vale a pena o direito penal do ambiente?* Lisboa: AAFDL, 2000, p.32.
[601] SOUZA MENDES, Paulo. *Vale a pena o direito penal do ambiente?* Lisboa: AAFDL, 2000, p.34.

> *objetivo acertado, con los requisitos ya enumerados, que bajo «engaño» no se entiende una determinada disposición (motivos e intenciones históricas del legislador) sino una cualidad objetiva de la norma y siendo consciente que «promulgación simbólica» es un concepto aumentativo, que describe un más-o-menos y no un y/o.* (grifos aditados).[602]

Marcelo Neves[603], ao analisar a legislação simbólica, faz uso do modelo tricotômico de Kindermann, asseverando que a legislação simbólica pode ser utilizada para confirmar valores sociais, demonstrar a capacidade de ação do Estado e adiar a solução de conflitos sociais através de compromissos dilatórios.

Com efeito, quando grupos sociais entram em conflito, há uma pressão exercida por tais grupos no poder legislativo, a fim de que sejam criadas novas leis para proteger seus interesses. A "vitória legislativa"[604] ocorre quando um grupo consegue sobrepor seus interesses sobre os demais.

Não há, portanto, a elaboração de uma lei representando-se a vontade do povo, os interesses de toda a sociedade, ou de parte dela, mas sim de um grupo particular que exerce grande influência política e econômica. A legislação que reprime a prática de delitos contra a ordem econômica seria, pois, uma legislação simbólica por esta vertente. Assim sendo, cita-se Marcelo Neves:

> Dessa maneira, procuram influenciar a atividade legiferante, no sentido de que sejam formalmente proibidas aquelas condutas que não coadunam com os seus valores, assim como permitidos ou obrigatórios os comportamentos que se conformam aos seus padrões valorativos, satisfazendo-se as suas expectativas basicamente com a expedição do ato legislativo.[605]

Segue o mencionado autor discorrendo sobre a legislação simbólica, adentrando na principal expressão destas leis, mais precisamente, a legislação-álibi[606]. Com a legislação-álibi se tem a falsa idéia de que os problemas da sociedade serão solucionados pela edição de novas leis. É como se, num passe de mágica, as palavras do legislador tivessem a força de transformar toda a realidade. Destarte, o Estado transfere de seus ombros a responsabilidade diante do aumento da criminalidade e elabora leis emergenciais, que retiram direitos e garantias do cidadão, sob a escusa de se proteger toda a sociedade.

---

602 HASSEMER, Winfried. Derecho Penal Simbólico y protección de Bienes Jurídicos. *In: Pena y Estado*. Santiago: Editorial Jurídica Conosur, 1995, p.23-36.
603 *Cf.* NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica.* São Paulo: Martins Fontes, 2007.
604 *Ibidem.*
605 NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica.* São Paulo: Martins Fontes, 2007, p.33.
606 *Ibidem.*

A alternativa constantemente usada, sempre que aparecem novas necessidades e novas proteções, de se recorrer ao Direito Penal, entretanto, não é a solução. Quer-se com isso dizer que não se alcança a desejada pacificação social. Pelo contrário. Cria-se, em verdade, uma simbólica política criminal, que atende a anseios políticos e dá uma falsa sensação de segurança para os administrados.

Impende esclarecer que a crítica acima feita em relação ao simbolismo desse Direito Penal não tem o condão de desmerecer a proteção jurídica que se deve atribuir aos bens de relevo econômico, desde que feita em outros ramos do direito, quando a intervenção vai se demonstrar adequada e legítima. Nos dizeres de Jakobs: "Não é toda e qualquer modificação prejudicial de um bem enquanto fato positivamente valorado que interessa ao Direito Penal".[607]

As relações econômicas carecem sim de tratamento jurídico. Apenas o que se deve considerar é que nem tudo que seja importante para a saúde econômica deve merecer tutela penal. Como já ponderado anteriormente, há um abismo entre um bem demandar proteção e esta proteção ser criminal. O Direito Penal, por sua estrutura e características, não está apto a lidar com bens jurídicos tão voláteis quanto aqueles surgidos pelas relações econômicas.

Por outro lado, é preciso pontuar que a solução para o problema não reside na exclusão radical do Direito Penal do rol dos instrumentos a serviço do controle dos riscos da sociedade hodierna. Pode-se, sim, utilizar o Direito Criminal quando necessário seja, desde que se mantenha a atenção aos limites impostos classicamente, que se evite o exagero do Direito Penal em excesso. O que não se poderia observar, mas que vem se mostrando cada vez mais presente, é uma fuga desenfreada para o Direito Penal, reputado como uma espécie de garantidor por excelência.

Revela-se, pois, necessária também a adoção de formas de atuação exocriminais, nas quais haveria a possibilidade de o Estado adotar medidas eficazes no controle e na defesa dos interesses supra-individuais.

Boa solução seria a incorporação, no ordenamento jurídico, do já tratado Direito da Intervenção, proposto por Hassemer, que busca retirar do Direito Penal esses âmbitos de competência dos novos bens jurídicos surgidos com o avanço da sociedade pós-industrial. Da perspectiva de Hassemer, é preciso controlar a expansão do Direito Penal, reduzindo-o a um núcleo, no sentido de conferir tratamento privilegiado a bens jurídicos individuais. O Direito da Intervenção

[607] JAKOBS, Gunther. *Tratado de Direito Penal. Teoria do Injusto Penal e Culpabilidade.* Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p.63.

poderia se ocupar dos bens jurídicos universais, onde as garantias seriam menos intensas que no terreno criminal, mas, de contrapartida, a reação punitiva não teria o maior dos estigmas para os indivíduos apenados pelo Direito Penal clássico, que é a pena de prisão.

Exemplo claro deste tipo de legislação simbólica no Brasil é a lei de crimes hediondos (lei nº 8072/90), cuja redação original mencionava diversos dispositivos retirando direitos do acusado e do condenado, como a possibilidade de fiança, concessão de liberdade provisória, progressão de regime, dentre outras garantias violadas. Por não se ter conseguido alcançar o objetivo pelo qual foi elaborada tal lei – redução dos crimes mais bárbaros cometidos em sociedade – foram realizadas diversas alterações, com a declaração de inconstitucionalidade de dispositivos desta lei[608]. Percebe-se, pois, que não é através da edição de leis emergências que os problemas que cercam a sociedade irão desaparecer.

As manifestações de Direito Penal Econômico, além de ter o inconveniente de quebrar diversas das garantias penais, representam, portanto, seguramente, apenas uma interferência simbólica, não efetiva, do Direito Penal. Não se protege a sociedade, não se resguardam os bens que se declaram como protegidos. Nesse sentido, veja-se o que sustenta Olga Gaitán:

> O direito penal moderno tende a refugiar-se em encargos meramente simbólicos, como instrumento para a sensibilização social, para satisfazer demandas por atuação, para mostrar um Estado forte, etc. mas o simbólico não é neutro, no sentido crítico em que o tratadista alemão Hassemer dá ao termo, pois deve ser associado com engano, na medida em que existe uma oposição entre o que realmente se quer e o que de fato se aplica. Engano porque se parte de uma aparência falsa de efetividade e instrumentalidade e, com isso, legitima-se o endurecimento das sanções, a extensão do controle penal e a necessidade de recorrer a este instrumento em primeira e última instância. Direito penal simbólico significa que as funções latentes das normas predominam sobre suas funções manifestas; é então de se esperar que com elas e sua aplicação realiza-se algo diferente do disposto na mesma lei.[609]

Em verdade, pode-se dizer que existem dois discursos do Direito Penal em matéria

[608] Somente anos depois da edição desta lei, o Supremo Tribunal Federal julgou inconstitucional a proibição da progressão de regime (HC 82959), que culminou com a promulgação da lei 11464/07, passando a regulamentar a progressão de regime e a admitir a liberdade provisória. Atualmente, com a Súmula vinculante nº 26, foi declarado, inclusive, inconstitucional o estabelecimento de qualquer diferença nos parâmetros para a concessão da progressão de regime, ainda que pela prática de crime hediondo, aplicando-se, portanto, os requisitos objetivos e subjetivos da Lei de Execuções Penais.

[609] GARCÍA, Olga Lucia Gaitán. Direito Penal Contemporâneo: da Tutela Penal a uma Lesão à Proteção de Riscos. *Discursos Sediciosos Crime, Direito e Sociedade*. ano 7, n.12, 2º semestre/ 2002. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p.48.

econômica: um, declarado, de que o Direito serviria para proteger bens jurídicos, e um outro discurso, real, não declarado, de que, em verdade, o Direito Penal serviria para proteger os interesses de certas classes sociais. O Direito Penal seria usado como sistema de controle da sociedade, a fim de resguardar os interesses da elite dominante. As normas de Direito Penal Econômico cumprem seu papel neste contexto, pois, a despeito de parecer paradoxal, pode-se perceber que as normas de Direito Penal Econômico foram feitas para não funcionar, é dizer, elas servem como uma manifestação simbólica para demonstrar a isonomia inexistente, para demonstrar que existe criminalidade de colarinho branco, que os ricos também podem ser presos, mas, na verdade, tudo não passa de manifestação desprovida de eficácia, ficando a sociedade verdadeiramente desprotegida.

Isto porque, conforme se mostrará adiante, a intervenção penal em matéria econômica possui uma função não declarada no Direito Penal, que é a de não punir. Assim, tal intervenção, sob todos os aspetos, pode ser perniciosa, quer seja por violar garantias fundamentais quer seja pela existência de uma finalidade não declarada do Direito Penal. De qualquer sorte, é fato que as normas penais não têm o poder de proteger a sociedade, como bem evidencia Prittwitz:

> Porque quem quer usar o direito penal – colocando-o desta forma ou não – principalmente para reprimir, vai receber de bom grado um direito penal mais rígido e mais abrangente, considerando-o, numa aliança peculiar, da mesma forma legítimo que aqueles que, ao contrário, querem atingir, com o direito penal, os poderosos da economia e da política. Mas mudará de opinião quando perceber que "mais direito penal" promete menos efeito, puramente por motivos de efetividade – coisa que sempre volta a ocorrer e às vezes também é vista.[610]

Por certo, não se defende aqui ausência de regulamentação jurídica para os novos tipos de bens, mas apenas que o Direito Penal clássico, tal como é tradicionalmente concebido, não se presta para a tutela deles. Frise-se que a necessidade de proteção é coisa que nem se discute. Afinal, muitos bens realmente precisam ser protegidos, mas o que ocorre é que nem todos os bens que demandam proteção podem ser tutelados pelo Direito Penal.

Efetivamente, quando se trata de bens supra-individuais, que derivam do patrimônio cultural, há um receio no que se refere à vertiginosa expansão do Direito Penal. E tal se justifica. Para Antônio Camargo a preocupação existe, porquanto não se estabeleceu um critério adequado para a proteção dos bens jurídicos supra-individuais, uma vez que não se chegou a um consenso.[611]

---

[610] PRITTWITZ, Cornelius. O Direito Penal entre Direito Penal do Risco e Direito Penal do Inimigo: tendências atuais em direito penal e política criminal. *Revista do IBCCrim*. São Paulo: março-abril/2004, n.47, p.36.

[611] CAMARGO, Antonio Luis Chaves. Crimes Econômicos e Imputação Objetiva. *In:* COSTA, José de Faria

De fato, no Direito Penal moderno sobejam criações de tipos penais que possuem uma função não declarada, a de proteger os interesses de certas classes sociais. Assim é que o Direito Penal Econômico se torna instrumento de controle social, de preservação dos interesses elitistas, cujas normas foram editadas justamente para não funcionar, servindo tão somente como um simbolismo tendente a incutir no corpo social a falsa impressão de que a elite também pode ser punida quando pratica crimes.

A legislação-álibi, neste contexto, exerce a função de transmitir à sociedade a errônea idéia de paz social e segurança. Em um momento de emergência[612], de terror experimentado pela sociedade, o Estado, buscando conferir ao cidadão uma resposta imediata – resposta esta que é clamada pela própria comunidade – cria novas leis, transferindo sua responsabilidade diante do aumento da criminalidade, em razão da falta de educação, emprego, saúde, habitação, saneamento básico, lazer, para o próprio particular, que devidamente selecionado, é eleito o inimigo[613] da sociedade, o indesejado, o perigoso.

A resposta apontada pelo Estado é o embrutecimento do sistema penal; apenas através do aumento das penas e criação de novos tipos penais se tem uma solução para o acréscimo da violência. Em matéria penal econômica, este álibi serve para esconder dois aspectos: 1) a falência do próprio Estado em se valer de mecanismos de prevenção verdadeiros, que impedissem a ocorrência de abusos; 2) as funções não declaradas da intervenção penal na economia, já que, verdadeiramente, o que se pretende com estes crimes é não punir. Por conta disso, por ajudar a escamotear estas duas esferas, a intervenção penal em matéria econômica ainda serve para dar uma falsa roupagem de isonomia para o Direito Penal.

Por fim, tem-se a legislação como fórmula de compromisso dilatório[614], que se trata de um acordo feito entre o Estado e os cidadãos, oferecendo a possibilidade de se solucionar os problemas apresentados não imediatamente, mas em um futuro indeterminado. Este tipo de legislação simbólica prevê uma série de direitos e garantias aos cidadãos; porém não estipula qualquer mecanismo de efetivação de tais direitos, de exigibilidade de observância e exercício de tais direitos. Trata-se do "compromisso-fórmula dilatório", expressão cunhada por Schimtt[615] ao analisar a Constituição de Weimar e o exemplo no ordenamento jurídico brasileiro de tal legislação simbólica é a Constituição Federal de 1988.

Costa; SILVA, Marco Antonio Marques da Silva (Coords.). *Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais. Visão Luso-Brasileira*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p.266-267.

612 *Cf.* CHOUKR, Fauzi Hassan. *Processo Penal de Emergência.* Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2002.

613 *Cf.* JAKOBS, Gunther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito Penal do Inimigo, noções e críticas***.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

614 *Cf.* NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

615 *Ibidem.*

A legislação que visa coibir a prática dos crimes contra a ordem econômica é uma legislação simbólica. Há a criminalização de tais condutas para se passar à sociedade a falsa noção de que o Direito Penal, através de sua intervenção, será capaz de disseminar a prática de tais delitos, protegendo-se o sistema capitalista.

A "delinqüência dos poderosos"[616], conforme pontua Lola Aniyar de Castro, atende, perfeitamente, às suas finalidades simbólicas: passa-se aos cidadãos a falsa noção de que a lei é aplicada, de forma isonômica, a quem quer que seja o autor do fato, que venha a lesar ou expor à lesão bem jurídico selecionado, teoricamente, pela própria sociedade, bem como se transfere ao particular a responsabilidade diante do crescimento das condutas que violam as relações econômicas. Afirma a mencionada autora que:

> Pode-se ver, assim, que na Venezuela existe uma normativa que permitiria afetar os delitos dos poderosos, cuja existência, entretanto, só pode ser entendida em função das seguintes referências:
>
> 1. Seu caráter legitimador ("estamos fazendo alguma coisa")
>
> 2. Seu caráter simbólico ("não é preciso fazer nada mais");
>
> 3. Sua condição de trampolim eleitoral ("para derrotar o inimigo")
>
> 4. Sua aplicação precária ("processo e escândalo, mas não condenação", porque "hoje é você e amanhã posso ser eu"), salvo quando são escolhidas as vítimas apropriadas para demonstrar que esses fatos são punidos.
>
> 5. Sua implementação diferencial: leis, sanções e procedimentos especiais ("não são delinqüentes como os outros").
>
> 6. Carência de proteção efetiva contra a delinqüência de poder transnacional (delito ecológico, segurança industrial, *dumping* farmacêutico, corrupção e evasão fiscal).
>
> 7. Procedimentos privilegiados: juízos prévios, imunidades, etc.[617]

Dessa forma poder-se-ia pensar em legitimar o Direito Penal Econômico, mantendo-se no controle da sociedade o grupo que é capaz de punir a qualquer um, rico ou pobre, pertencente a qualquer casta social. Interessa, pois, que a máquina capitalista gire e seja preservada.

Mas não se pode, todavia, acreditar neste falido discurso, como ressalta Lola de Castro[618]. Primeiramente, porque a legislação que define e pune os crimes contra a ordem econômica é, talvez propositadamente para se garantir a impunidade, mal redigida. Está inflada de

[616] *Cf.* CASTRO, Lola Aniyar de. *Criminologia da Libertação.* Rio de Janeiro: Revan, 2005, p.249-250.
[617] CASTRO, Lola Aniyar de. *Criminologia da Libertação.* Rio de Janeiro: Revan, 2005, p.249-250.
[618] *Ibidem.*

termos contraditórios e vagos, sendo quase que impossível se determinar com precisão qual conduta o agente pratica que viola os interesses do mercado.

À guisa de exemplo tem-se na Lei de Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional a punição do agente pela prática de gestão temerária e fraudulenta[619] sem que, da redação do artigo, se consiga compreender o que vem a ser gestão temerária ou fraudulenta, abrindo-se espaço para diversas interpretações e, por conseqüência, não aplicação da lei.

Quer-se, portanto, muito mais que a condenação, o barulho, a crise de imagem, pois o político de hoje pode, amanhã, ser o cidadão comum, razão pela qual, é mais vantajoso se elaborar uma lei confusa e inaplicável que, ao mesmo tempo, sacia os anseios da população, uma vez que mostra uma face do Estado, teoricamente voltada para as camadas mais pobres, mas garante a não condenação destes criminosos de colarinho branco.

Ademais se trata aqui de leis que visam a proteger bens jurídicos que não se encontram sedimentados no consciente da sociedade, uma vez que, conforme pontua Hassemer[620], não são crimes comuns, crimes de massa, praticados por qualquer cidadão, mas, justamente, pelos cidadãos com grande poder econômico e influência política. São, portanto, bens jurídicos universais, mas bens jurídicos vagos, genéricos:

> ***b. Bienes jurídicos universales***
> *Las dificultades originarias de la doctrina del bien jurídico no han sido solventadas en los tiempos posteriores, por el contrario se han acentuado. Fundamentalmente, los llamados bienes jurídicos universales (los intereses de la mayoría en la protección de la intimidad frente a la recolección de datos, administración de justicia, tráfico jurídico de documentos, etc.) se han convertido en un tema fundamental de la política criminal; este desarrollo amenaza el concepto de bien jurídico y cambia el Derecho penal preventivamente orientado en una forma específica.*
>
> ***Ya en una primera aproximación vemos que las nuevas leyes en el ámbito de nuestro Derecho penal material*** *(Parte Especial y leyes penales especiales)* ***no tienen como objeto de protección sólo bienes jurídicos universales sino asimismo que estos bienes jurídicos universales están formulados de forma especialmente vaga****.*
>
> ***Ámbitos específicos de promulgación de leyes son fundamentalmente el Derecho penal económico, los impuestos, medio ambiente, acumulación de datos, terrorismo, drogas, exportación de materias peligrosas. Los bienes jurídicos comprendidos en este ámbito son tan generales que no***

[619] BRASIL, Lei 7492/86.
[620]HASSEMER, Winfried. Derecho Penal Simbólico y protección de Bienes Jurídicos. *In: Pena y Estado*. Santiago: Editorial Jurídica Conosur, 1995.

dejan ningún deseo sin satisfacer.

Se trata de una criminalización anticipada a la lesión del bien jurídico; de la protección del «bienestar» de los hombres «en un sentido puramente somático» en vez de la protección de la vida y la salud de las personas; de la salud pública; del funcionamiento del mercado; de la protección estatal empresarial o de la acumulación de datos comercial o administrativa. [621] (grifos aditados).

Leornado Sica[622] pondera que a extensão da tutela penal, abarcando interesses difusos, é fruto de uma sociedade de risco[623], uma vez que a tendência são os discursos em prol dos denominados "valores nobres", como a defesa ao meio ambiente, às relações de consumo, à saúde financeira do Estado, dentre outros.

Trata-se, portanto, do papel intervencionista do Direito Penal em que se pune não a lesão ao bem jurídico, mas se antecipa a isto, punindo-se a criação do risco ao bem jurídico, mesmo que, com tal postura, haja um distanciamento entre a sanção, a conduta e a violação ao bem jurídico. Jorge de Figueiredo Dias pondera que:

> Esta linha de evolução torna-se particularmente evidente quando se atenta no teor que o tópico da "sociedade de risco" está a assumir em um certo pensamento penal norte americano. O que este investiga é a possibilidade de levar ainda mais longe, neste campo, o dogma da razão técnico-instrumental sob a forma de uma razão *calculadora* ou *actuarial*. Até o ponto de aí se falar já de uma *actuarial justice*, cujo propósito não seria mais o de actuar sobre o comportamento de pessoas individuais, propondo-se a definir a sua responsabilidade, fazendo os culpados "pagar pelos seus crimes" ou transformando-os, mas o de *regular certos grupos* (de pessoas "perigosas") *como parte de uma estratégia de gestão dos riscos.* O que conduz a um **abandono puro e simples do direito penal do bem jurídico e da sua base de legitimação,** agora procurada na máxima *eficiência do sistema* "em matéria – segundo a justa análise de Pedro Cícero – de redução dos danos globais inerentes ao crime através de uma adequada redistribuição dos riscos tanto no plano da prevenção como no plano de repressão.[624]

O Direito Penal Econômico, por conseguinte, protege bens jurídicos que poderiam ser perfeitamente protegidos por outros ramos do Direito, como o Direito Administrativo ou o Direito Tributário, ou, mais precisamente, o Direito Sancionador. Desta feita, o Direito Penal que é para ser a *ultima ratio* torna-se a *prima ratio*, o que lhe retira,

---

[621] HASSEMER, Winfried. *Derecho Penal Simbólico y protección de Bienes Jurídicos. In: Pena y Estado*. Santiago: Editorial Jurídica Conosur, 1995, p.32-33.

[622] *Cf.* SICA, Leonardo. *Direito Penal de Emergência e Alternativas à prisão.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.72

[623] *Cf.* BECK, Ulrich. *La Sociedad Del Riesgo:* hacia una nueva modernidad. Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica S.A., 1998.

[624] DIAS, Jorge Figueiredo. Questões fundamentais de direito penal revisitadas. São Paulo: RT, p.139.

inclusive, o poder de incutir na mente do cidadão o medo, o receio de desobedecer a lei e ter sua liberdade privada.

Com efeito, a vulgarização das normas penais conduz à perda de efetividade e, por via de conseqüência, à perda da função motivadora de comportamentos. O excesso de leis confusas, que protegem bens jurídicos vagos, sem que haja a efetiva proteção desses valores por outros ramos do Direito. Maurício Moraes analisando a função simbólica do Direito Penal Econômico e sua conseqüente incapacidade de proteger as relações econômicas assevera que:

> Como o custoso e paquidérmico aparato persecutório não é eficaz para atuar como *prima ratio*, quando a norma penal é utilizada como primeiro e, às vezes, único instrumento de educação e de controle social, o respeito-receio que aquela norma deveria incutir nos cidadãos é paulatinamente substituída pelo descrédito. **Por completa inaptidão do meio empregado (o direito penal), não haverá uma efetiva punição de tudo que se quis punível. O Direito Penal, utilizado como *prima ratio*, tornar-se-á apenas simbólico**. O Estado perderá seu maior e mais invasivo instrumento de coerção e, apesar de sua validade formal, o ordenamento perderá a sua legitimidade. Surgem, assim, duas espécies de decisões jurisdicionais: aquelas que nunca chegarão a existir devido à ineficiência do meio utilizado (o direito penal), donde emergirá a sensação de impunidade; ou, por outra, as decisões que, ao aplicarem sanções penais (em regra, altas) para as condutas que deveriam ser tratadas por outras medidas (v.g. administrativas ou educacionais), gerarão a sensação de injustiça. **O direito penal simbólico sempre conduz a este triste e indefectível binômio *impunidade-injustiça*.**[625] (grifos aditados).

Efetivamente, uma das (dis)funções mais importantes que aparecem jungidas à pseudofunção simbólica é a de impunidade. A legislação passa a ser usada apenas como um ideal, como uma resposta enfadonha, como uma maquiagem, a buscar a demonstração de que todos seriam iguais perante a lei e que, enfim, as normas penais passariam a atingir as camadas mais abastadas da população.

Salo de Carvalho, ao analisar as (dis)funções do controle penal na sociedade contemporânea, pondera que se os cidadãos clamam pela interferência do Direito Penal cada vez mais, em razão do aumento do medo que a própria comunidade experimenta:

> François Ost, ao descrever as formas do(s) risco(s), bem como sua interação com a "heurística do medo", afirma que três etapas marcam seu discurso. Na sociedade liberal, o risco assumiria a forma de acidente, ou seja,

[625] MORAES, Maurício Zanóide. O Problema da Tipicidade nos Crimes contra as Relações de Consumo. *In*: SALOMÃO, Heloísa Estelita (Coord.). *Direito Penal Empresarial.* São Paulo: Dialética, 2001, p.189-190.

> expressar-se-ia como acontecimento exterior e imprevisto, individual e repentino. Com a edificação do Estado social e suas políticas de prevenção, os riscos assumem a figura de acontecimentos estatísticos calculáveis (probabilísticos). Assim, se a forma de controle no modelo do século XIX ocorria *post factum*, mediante indenização, no século XX a idéia de controle técnico dos riscos impõe um modelo de antecipação do dano via medidas preventivas. Todavia, lembra Ost que: "...entramos numa terceira fase da história do risco – a do risco enorme ('catastrófico'), irreversível, pouco ou nada previsível, que frustra as nossas capacidades de prevenção e de domínio, trazendo desta vez a incerteza ao coração dos nossos saberes e dos nossos poderes". Nesta linha, Ulrich Beck constata que os riscos contemporâneos residem na esfera das fórmulas químico-físicas (eleentos tóxicos nos alimentos e ameaça nuclear, p.ex.), produzindo ameaças até então inimagináveis, visto que *"ponen en peligro a La vida en esta Tierra, y en verdad en todas sus formas de manifestación".*[626]

Com a dinâmica das novas relações, as descobertas tecnológicas, a globalização da cultura, do conhecimento dos mercados, bem como das doenças e demais problemas, há um aumento do medo da população; se antes o medo incidia sobre certos indivíduos, hoje o medo é generalizado e ganha enormes proporções, pois não se sabe os seus efeitos. Vide, por exemplo, o pavor gerado em todo o globo diante da recessão da economia norte-americana.

Quanto maior o medo, maior a emergência[627], maior é o pedido dos cidadãos pela interferência estatal para, através da tutela penal se tentar proteger a sociedade e os bens jurídicos. A cultura do terror embala o Direito Penal da Intervenção, legitimando as novas leis penais e suplicando pelo embrutecimento das leis já existentes, com a retirada de direitos e garantias dos cidadãos em nome de uma pretensa segurança, que em verdade inexiste. Se aceita a criação de novos tipos penais, o aumento das penas, a redução dos benefícios para que haja, efetivamente, a tão desejada paz social.

Por tal motivo, o Direito Penal, ramo violento por natureza, adentra em áreas que não são de sua competência, protegendo bens jurídicos que sequer se encontram sedimentados na consciência da população, que não são praticados pelos criminosos das massas, mas por infratores específicos. Por esta razão se aceita e legitima a postura do Estado, cada vez mais autoritária e não se tecem críticas aos seus abusos, sem se perceber que se trata, na verdade, de uma grande mentira, contada a todos e por todos aceita e propagada.

---

[626] CARVALHO, Salo de. Observações sobre as (dis)funções do controle penal na sociedade contemporânea. *In: Criminologia e Subjetividade.* Rio de Janeiro: lúmen júris, 2005, p.31-40.
[627] *Cf*. CHOUKR, Hassan Fauzi. *Processo penal de emergência.* Rio de Janeiro: Lúmen iuris, 2002.

Não haverá condenação, conforme depoimento de Lola Ayniar de Castro[628]; não existirá proteção às relações econômicas nem ao meio ambiente, pois a certeza da impunidade – proposital – apenas incentiva o desrespeito a tais bens; a possível preservação das relações econômicas não visa preservar o patrimônio da sociedade, mas do próprio Estado e de sua imagem na era da globalização, na confiança de seu mercado, e tal imagem é construída através de leis, escândalos e processos, mas é fortalecida, de forma oculta, por meio da não punição efetiva dos infratores.

A rigor, não haveria que se falar em uma função simbólica inerente à pena. Porém, as respostas dadas pelos sistemas penais dos países fizeram com que esta "*pseudo-função*" ganhasse cada vez mais importância, aderindo, indissociavelmente, à verdadeira finalidade da pena, principalmente em relação ao Direito Penal Econômico. Sobre esta "junção", Juan Terradillos Basoco: *"La función simbólica es, así, inescindible de la instrumental, a la que sirve de complemento.".* [629]

No Brasil, o maior exemplo disto é o conjunto de leis que são destinadas a tratar dos crimes contra a ordem econômica, mas não só. Com efeito, apenas a título de aguçar a curiosidade do leitor, recomenda-se que consulte, na base de dados do Ministério da Justiça, o dado do último censo penitenciário para verificar quantos condenados no Brasil estão a cumprir pena por crimes econômicos...

É certo, assim, que a "função" simbólica da lei penal encontra-se ligada a outras teorias, a exemplo da prevenção geral, muito bem explicitada por Odone Sanguiné:[630]

> Desde a perspectiva da teoria sistêmica da pena ou prevenção-integração positiva, [...] é inegável a atribuição de uma função simbólica à pena. Esta representa uma expressão simbólica de hostilidade ao direito implícita no crime e, por tal via, tende a restabelecer a confiança institucional e convalidar a fidelidade ao ordenamento.

Em assim sendo, malgrado não seja – e nem poderia ser - uma função declarada da pena, a "pseudo-função" simbólica vem ganhando espaço, em prejuízo dos próprios cidadãos, que vêem suas garantidas violadas a cada dia, em nome de um "direito" penal. É indispensável, portanto, que se abandone este cômodo discurso de promover uma falsa segurança, lembrando da

---

[628] *Cf.* CASTRO, Lola Aniyar de. *Criminologia da Libertação.* Rio de Janeiro: Revan, 2005.

[629] BASOCO, Juan Terradillos. Función Simbólica y Objeto de Protección del Derecho Penal*. In: Pena e Estado. Función Simbólica de la Pena.* n.1, 1991, p.10.

[630] SANGUINÉ. Odone. Função Simbólica da Pena. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal.* Coimbra: Aequitas-Editorial Notícias, 1995, p.82.

advertência feita por Sebastian Scheerer.[631]

Devidamente expostas as disfunções penais da tutela, pelo direito criminal, da ordem econômica, passa-se a analisar a relação da criminologia com o Direito Penal Econômico.

3.1.6 A criminologia e o direito penal econômico

> A necessidade, a oportunidade e os limites da utilização do Direito Penal no combate à moderna criminalidade econômica, em face do atual Estado democrático de Direito, são eixos centrais de uma moderna investigação, tendo-se por norte recomendável racionalização dos sistemas penais, a partir da vocação restritiva do Direito Penal no contexto da necessidade de tutela de novos bens jurídicos (em sentido amplo) na perspectiva de uma sociedade cada vez mais complexa.[632]

A criminologia é uma disciplina que estuda o crime enquanto realidade existencial, além de tratar de aspectos outros, como a pena, o delinqüente, a vitima. Já há muito tempo que está sepultada a noção de criminologia meramente causal-explicativa, baseada em uma visão determinista pessoal. A criminologia, hoje, busca estudar criticamente as origens da ocorrência do crime, analisando, sobretudo, os fatores sociais que interferem na criminalidade. Precisa definição de criminologia se colhe em:

> A criminologia é a ciência causal-explicativa que "tem por objeto o estudo dos fatores do delito, das condutas desviadas a ela relacionadas, do delinqüente e de sua vítima". Este conceito é semelhante aos encontrados nos manuais de criminologia. Pode-se ler em outra acepção que a criminologia é a "ciência empírica e interdisciplinar" que "se ocupa das circunstâncias da esfera humana e social relacionadas ao surgimento, comissão e prevenção do crime, assim como do tratamento dos transgressores da lei, ou, de modo mais amplo, que se trata de "ciência empírica e interdisciplinar que se ocupa do estudo do crime, da pessoa do infrator, da vítima e do controle social do comportamento delitivo, e que trata de subministrar uma informação válida, contrastada, sobre a gênese,

631 "[...] a máquina legislativa já deu o que tinha que dar. Tem leis demais; leis para inglês ver; leis simbólicas e leis "tapa-buracos" (da política social). Junto com as leis penais, está aumentando o número das prisões e da população penitenciária. E este sistema penal só enche, enche as prisões de negros e de pobres, de negros quase-pobres, de brancos-quase-negros, de pobres quase-brancos-quase-negros (às vezes as minorias são outras, mas os pobres são pobres, as prisões são as prisões, e a degradação das condições penitenciárias é global)". (SCHEERER, Sebastian. Prólogo feito à obra de QUEIROZ, Paulo. *Do caráter Subsidiário do Direito Penal*. *Lineamentos para um Direito Penal Mínimo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p.15).

632 FAYET JÚNIOR, Ney. A criminalidade econômica e a política criminal: Os desafios da Contemporaneidade. *Revista de Estudos Criminais*, v.30. Porto Alegre: Editora Fonte do Direito, 2006, p.141.

> dinâmica e variáveis principais do crime – contemplado este como problema individual e como problema social -, assim como sobre os programas de prevenção eficaz do mesmo e técnicas de intervenção positiva do homem delinqüente. [...] a criminologia é "uma espécie de disciplina síntese dos diversos saberes empíricos ou, pelo menos, não-dogmáticos, dedicados ao problema penal", não podendo por essa razão ser "identificada com nenhuma disciplina particular dedicada ao problema do crime. [633]

O criminólogo não trata, e nem poderia tratar, do fenômeno da violência da mesma forma que o penalista. O penalista se satisfaz com uma análise do caso concreto, sob a ótica do dever ser, limitando-se, conforme seja a situação, ou a aplicar uma pena justa ou a estabelecer a absolvição. O criminólogo busca muito mais que isso: busca entender o porquê os crimes ocorrem, com vistas s subsidiar a política criminal na tarefa árdua de inibir a criminalidade.

Pode-se afirmar que, recentemente, as criticas e preocupações dos criminólogos com o direito penal basearam-se, substancialmente, na sua *clientela preferencial.* Os criminólogos, pois, passaram a estudar com muito mais afinco os aspectos ligados aos crimes mais comuns, como os patrimoniais e contra a dignidade sexual, por exemplo. Urge, porém, que a criminologia (critica, repise-se) *vire a página* e passe a tratar de assuntos igualmente importantes, como a intervenção penal na economia. Sobre esta herança histórica da criminologia, tradicionalmente voltada para os comportamentos desviantes das pessoas com menos recursos, impõe-se a transcrição de Alfonso Serrano Mailo:

> a maioria das investigações crminológicas da primeira metade do século XX vinha destacando uma sólida associação entre indivíduos socialmente desfavorecidos e criminalidade, e muitas das teorias criminológicas dominantes nos anos trinta e quarenta eram consistentes com uma sólida correlação entre classe social e delito.[634]

Este tópico, portanto, dedica-se a esta finalidade. Inicialmente, deve-se notar que já há autores que, acertadamente, relacionam criminologia à cultura (e à contracultura) na análise do Direito Penal. Confira-se:

> Temos aí pressupostos a partir dos quais devem partir as análises da criminologia cultural. A construção das noções de desvio e controle social

[633] FREITAS, Ricardo de Brito A. P. Ciências Criminais e Filosofia Política: as possibilidades de diálogo interdisciplinar. *Revista Brasileira de ciências criminais*, n. 63, São Paulo: RT, 2006, p.209-212.

[634] MAÏLO, Alfonso Serrano. *Introdução à criminologia.* Tradução: Luis Régis Prado. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007, p.53.

> dá-se nas teias de significado que o próprio homem teceu e é neste contexto que tais construções sociais passam a ser descritas com densidade. A perspectiva parece estar adequada aos objetivos de uma criminologia que, em primeiro lugar, não considera a cultura uma variável dependente da estrutura econômica.[635]

Lamentavelmente, no país, a disciplina criminologia nem faz parte do rol de matérias obrigatórias do curso de graduação. Em alguns casos, pensa-se que as aulas de criminologia se resumem a visitar um presídio. Se, infelizmente, nem se estuda a criminologia adequadamente no país, imagine-se a relação entre a criminologia e o direito penal econômico, que cuida destes bens imateriais. É a partir da criminologia que se podem fazer críticas à dogmática, e estas críticas à dogmática proporcionam o aparecimento da dogmática crítica[636], repensada, tão cara e importante nos dias atuais.

Alguém poderia indagar o porquê de se inserir uma análise criminológica referente ao direito penal econômico. Efetivamente, a análise da legitimidade da intervenção penal, pilar desta tese, jamais pode prescindir da análise criminológica. De fato, a análise da falta de legitimidade deve ser, necessariamente, multidisciplinar. Veja-se:

> para explicar que nossa perspectiva liberacionista em criminologia, a qual, embora não exclusivamente, está centrada na urgência de produzir contra-ideologia. Contra-ideologia que não pode ser gerada unicamente pelo âmbito (tradicional ou crítico) criminolóigico, mas através de esforços de grandes contingentes intelectuais interdisciplinares. [637]

Assim, dentro desta perspectiva multidisciplinar, impõe-se a análise do aspecto criminológico, determinante para se identificar a falta de legitimidade da intervenção penal na ordem econômica.

3.1.6.1 Críticas (criminológicas) ao direito penal econômico

"Os dados criminológicos são, portanto, dignos da maior atenção, especialmente por parte do legislador que deve criar os instrumentos legais de repressão aos delitos econômicos".[638]

Para além das críticas de ordem de dogmática penal (violação à legalidade

[635] ALVES, Marcelo Mayora. *Entre a Cultura do Controle e o Controle Cultural. Um estudo sobre práticas tóxicas na cidade de Porto Alegre.* Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010, p.46-47.
[636] SCHMIDT, Andrei Zenkner. O papel da Criminologia na Ciência Penal Contemporânea. *In:* BITTAR, Walter (Coord.). *A criminologia no século XXI.* Rio de Janeiro: Lumen Juris/IBCCRIM, 2007, p.37.
[637] CASTRO, Lola Aniyar de. *Criminologia da Libertação.* Rio de Janeiro: Revan, ICC, 2005, p.99.
[638] PIMENTEL, Manoel Pedro. *Direito Penal Econômico.* São Paulo: RT, 1973, p.29.

estrita, à taxatividade, à lesividade), há diversas críticas de conteúdo criminológico à incriminação da atividade econômica. Veja-se.

Autores há a enxergar na intervenção penal na economia uma possibilidade de dar tratamento isonômico por meio de normas penais. Segundo este pensamento, a única forma de o Direito Penal deixar de ser seletivo e passar a intervir também nas camadas mais abastadas da população seria criminalizar a atividade econômica, já que não é muito comum que um empresário, político, profissional liberal, enfim, que uma pessoa com situação financeira equilibrada pratique um furto ou roubo. Destarte, segundo pensam, a seletividade restaria afastada.

Este argumento inverte a lógica do discurso, sendo carecedor de razoabilidade e da mínima fundamentação científica. Com efeito, se o Direito Penal, intercedendo nas camadas mais pobres, é seletivo e perverso, resta (re)analisar este problema, propondo outras alternativas, como medidas efetivas de proteção e de prevenção primária; medidas alternativas à pena de prisão, medidas despenalizadoras, enfim. Não se pode, a pretexto de tornar iguais situações que, em essência, são distintas, transportar para uma outra camada o torpor do Direito Penal. Dito mais claramente: se há problemas com o Direito Penal para as classes menos favorecidas, estes problemas é que devem ser resolvidos, buscando-se, assim, a real isonomia. Transfundir estes problemas para outras situações, além de não resolver a problemática do tratamento punitivo e policialesco da criminalidade comum, teria a nefasta conseqüência de macular, com os mesmos defeitos, outros tipos de realidade. Para além disso, há certos pressupostos para que uma norma penal seja criada, para que o Direito Penal interceda, e não se pode, em nome de uma pretensa (e falaciosa) isonomia, violar as regras de dogmática penal par criar, para este sistema, uma nova criminalidade.

Neste sentir, Ney Fayet Jr:

> A minha hipótese é a de que o poder punitivo é, em largo sentido, seletivo, na medida em que se exerce fundamentalmente sobre segmentos sociais desprovidos de poder econômico ou político; conseqüentemente, a partir desta linha de intelecção, reduzir o espectro de incidência da intervenção punitiva é um compromisso com a racionalidade. Afigura-se-me absurda a idéia segundo a qual se vai superar a seletividade (perversa) do sistema penal por intermédio de sua expansão para os setores com poder econômico e político. Corporifica-se a negação do racionalismo – norte que inspirou, desde os iluministas, a contenção do sistema punitivo. [639]

Ocorre que, verdadeiramente, a intervenção ilegítima na ordem econômica não

[639] FAYET JÚNIOR, Ney. A criminalidade econômica e a política criminal: Os desafios da Contemporaneidade. *Revista de Estudos Criminais,* v.30. Porto Alegre: Editora Fonte do Direito, 2006, p.143.

tem o poder de fazer ressurgir o respeito à isonomia. Não se pode, forcosamente, violentamente, criar tipos penais em realidade que não é própria do direito penal com a finalidade de dizer que é para assegurar a isonomia. De outra banda, tenha-se em mente que, se por um lado, é certo que é mais difícil que pessoas de classes mais abastadas cometam crimes patrimoniais, isso não quer dizer que elas deixem de praticá-los e, além disso, há diversos outros crimes que podem, igualmente, ser praticados por quaisquer pessoas, como os crimes contra a vida, os contra a honra, os contra a administração pública, os contra a fé publica. A criação – ilegítima – de crimes econômicos não seria a condição sine qua non para conferir a tão desejada isonomia para o direito penal.

Veja-se que a força das críticas oriundas da criminologia é aceita até mesmo por aqueles que são ardorosos defensores da intervenção penal na ordem econômica. Até mesmo estas pessoas, que chegaram a imaginar que a intervenção penal na ordem econômica representaria um ideal de isonomia, reconhecem o fracasso de uma tal proposição. Observe-se:

> Destarte, percebe-se que o direito penal econômico traduz uma reação para restaurar a legitimidade perdida pelo direito penal tradicional. O conjunto de normas penais sancionadoras de condutas que violam a ordem econômica promete restabelecer o mito de Direito Penal igual e justo, vez que os bens jurídicos que tutela são coletivos e fundamentais a todos os cidadãos, e os tipos penais se dirigem a autores necessariamente situados em segmentos sociais que exercem poder econômico.
>
> Entretanto, ver-se-á que as proposições da criminologia crítica continuam válidas em sua essência. No âmbito brasileiro, os resultados da pesquisa empírica denominada "O controle penal nos crimes contra o sistema financeiro nacional", cobrindo o período de julho de 1986 a julho de 1995, relativa a fatos definidos como crime na Lei n. 7.492, de 16 de junho de 1986, reafirmam a hipótese da criminologia crítica de que o direito penal é desigual, na sua formulação e na sua aplicação. [640]

Pensar-se, então, que, criando tipos penais com desrespeito à legalidade estrita, à taxatividade, à lesividade, criando uma intervenção meramente simbólica, ilegítitma e não legitimável, estar-se-ia privilegiando a isonomia é contrariar até mesmo o dito popular de que "dois erros não fazem um acerto". A intervenção penal na ordem econômica revela-se inadequada e inidônea. Mas alguém poderia redargüir, argumentando que o bem jurídico –

[640] CASTILHO, Ela Wiecko V. de. Criminologia Crítica e a crítica do Direito Penal econômico. In*: Verso e reverso do controle penal:* (des) aprisionando a sociedade da cultura punitiva. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002, p.63.

economia – é importante e que, por conta disso, a intervenção penal se imporia.

Ledo engano.

O fato de o bem ser importante não traz, por si só, a legitimidade para a intervenção penal. Importância do bem é um aspecto que conduziria à intervenção penal, mas que precisaria ser complementado por outros tantos, consoante se demonstrará ainda neste capítulo, quando se explanar o conceito de legitimidade.

Não se pode, pois, tolerar que a imposição da importância da vida prática ultrapasse a dogmática penal, construída e desenvolvida por garantia. Neste passo, veja-se a importância de uma dogmática penal bem articulada racionalmente:

> [...] A dogmática jurídico-penal, pois, averigua o conteúdo do Direito Penal, quais são os pressupostos que devem ocorrer para que entre em jogo um tipo penal, o que distingue um tipo de outro, onde acaba o comportamento impunível e onde começa o punível. Torna possível, por conseguinte, ao assinalar os limites e definir conceitos, uma aplicação segura e calculável do Direito Penal, torna possível subtraí-lo da irracionalidade, da arbitrariedade e da improvisação. Quanto menos desenvolve o Direito Penal uma dogmática, mais imprevisível será a decisão dos tribunais, mais dependerão do azar e de fatores incontroláveis a condenação ou absolvição. Se não se conhecem os limites de um tipo penal, se não se estabeleceu dogmaticamente seu alcance, a punição ou a impunidade de uma conduta não será a atividade ordenada e meticulosa que deveria ser, apenas uma questão de loteria. E quanto menor for o desenvolvimento dogmático, mais loteria, até chegar à mais caótica e anárquica aplicação de um Direito Penal do qual- por não ter sido objeto de um estudo sistemático e científico- se desconhecem o alcance e limite.[641]

Não se pode, pelo menos não se poderia de forma responsável, ficar criando exceções à dogmática penal, coma finalidade de atender aos reclamos da vida prática, seja pela importância do bem, seja pela necessidade de se resguardar a isonomia. A dogmática penal foi construída com a finalidade de garantia e assim precisa ser, consoante se vê a seguir:

> Se contemplarmos o exposto nas páginas anteriores, pode-se dizer: porque a existência do Direito Penal é imprescindível e não depende em nada da possibilidade de demonstrar a livre decisão humana no caso concreto, porque toda idéia jurídica progressista necessita de uma formulação legal que será tanto mais perfeita e eficaz quanto mais alto seja o nível científico-jurídico, porque uma ciência desenvolvida do Direito Penal é a que torna possível controlar os tipos penais, porque a pena é um meio necessário e

[641] ORDEIG, Enrique Gimbernat. *O futuro do direito penal:* (tem algum futuro a dogmática jurídico-penal?) Maurício Antônio Ribeiro Lopes. Barueri, SP: Manole, 2004 (Estudos de direito penal), v.13, p.37-38.

> terrível de política social, porque temos de que viver com o Direito Penal, por tudo isso: a dogmática jurídico-penal tem um futuro. [642]

São, pois, diversas as outras críticas de ordem criminológica que podem ser expostas à intervenção penal na ordem econômica. Veja-se:

Graças à criminologia apareceram as teorias deslegitimadoras do direito penal. Tais teorias que propõem, por um lado, a restrição do Direito Penal a um campo mais reduzido, tutelando, subsidiariamente, os bens jurídicos mais importantes, a representar uma perspectiva minimalista.

Afirma-se, com acerto, que uma postura minimalista é compatível não só com a redução do direito penal para os casos de necessidade absoluta, mas com o reconhecimento de que nem todas as realidades podem ser tuteladas pelo direito penal. Pode-se, pois, assim, afirmar que é compatível com a postura minimalista o reconhecimento da inidoneidade da tutela penal, é perfeitamente compatível com o minimalismo o reconhecimento da falta de legitimidade, portanto, da intervenção penal na ordem econômica. De outra parte, existem aqueles que, por entenderem que a pena é um sofrimento estéril, desnecessário, propõem, de forma exagerada, reconheça-se, a abolição do direito penal, a significar uma corrente denominada de abolicionismo.[643] Pode-se asseverar que estas duas vertentes – minimalismo e abolicionismo – divergem quanto ao ponto onde vão chegar, mas convergem em diversos fundamentos.

Registre-se, aqui, que, por meio das aludidas críticas, não se propõe, nem se poderia propor, do ponto de vista de quem é responsável e de quem trabalha com uma realidade como a brasileira, a abolição do sistema penal de forma abrupta, sustenta-se, com vigor, a necessidade de se reduzir a um núcleo central, que cuide de tutelar apenas e tão somente os casos de manifesta necessidade, e, além disso, que esta necessidade seja marcada ainda pela legitimidade e idoneidade da intervenção. Este, pois, o triunvirato insuperável da tutela penal justa: necessidade, idoneidade, legitimidade.

As críticas adiante expostas, portanto, evidenciam a falácia do sistema penal punitivo e, ao mesmo tempo, desnudam as suas verdadeiras funções, pontos que ficam ainda mais evidentes quando se trata da análise da criminalidade econômica. Registre-se, sempre, que a realidade econômica exige intervenção estatal, imposição de sanções, mas não necessariamente por meio do

---

[642] *Ibidem,* p.44.

[643] "O abolicionismo e o minimalismo contemporâneo são movimentos de política criminal, vertentes da assim chamada nova criminologia ou criminologia crítica, surgidas nos Estados Unidos por volta dos anos 60 e 70, que, rompendo com a criminologia tradicional (a criminologia positiva) e sobre o influxo de teorias sociológicas principalmente (das mais diversas tendências), contrapõem ao paradigma etiológico, próprio da criminologia positiva, um novo paradigma, o paradigma do controle." (QUEIROZ, Paulo. *Funções do Direito Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p.90-91).

direito penal. Vejam-se, pois, que críticas podem ser feitas pela criminologia ao direito penal, com ênfase para a intervenção penal na economia:

A) **O cárcere deseduca** - O encarceramento das pessoas, ao contrário do que deveria fazer, embrutece, dessocializa. Não há aprendizado, exercício de atividade laborativa[644], enfim, não há um processo gradual de "reinserção" no grupo social. Presos, milhares de internos amontoam-se em condições subumanas, lembrando um inferno dantesco.

Ao sair do presídio, na maioria das vezes, ou o indivíduo sai demente, impossibilitado de retornar à normalidade, ou sai revoltado, disposto a "retribuir" à sociedade os seus anos de martírio. Sobre este assunto, Louk Hulsman: [645]

> [...] As regras de vida na prisão fazem prevalecer relações de passividade-agressividade e de dependência-dominação, que praticamente não deixam qualquer espaço para a iniciativa e o diálogo; são regras que alimentam o desprezo pela pessoa e que são infantilizantes. O fato de que, durante o enclausuramento, as pulsões sexuais só possam se exprimir sob a forma de sucedâneos fantasiosos - masturbação ou homossexualidade - aumenta o isolamento interior. O clima de opressão onipresente desvaloriza a autoestima, faz desaprender a comunicação autêntica com o outro, impede a construção de atitudes e comportamentos socialmente aceitáveis para quando chegar o dia da libertação. Na prisão, os homens são despersonalizados e dessocializados.

O cárcere materializa o símbolo da maior violação aos direitos humanos. Condições inimagináveis de higiene, superlotações, falta de devidas instalações. Toda esta estrutura é combatida para todo e qualquer criminoso, desde o pequeno ladrão até mesmo a quem praticou crimes mais graves. Esta crítica se torna ainda mais veemente quando o cárcere passa a ser usado para objetos para os quais a intervenção penal é ilegítima, como a economia. Aqui, as violações aos direitos humanos, a deseducação da prisão, ainda têm o agravante de resultar da intervenção penal ilegítima, o que, por óbvio, não quer significar que, nos demais casos, a situação seja menos preocupante.

O cárcere, para além de tolher temporariamente a liberdade física das pessoas, tolhe, definitivamente, a sua liberdade psíquica. O sujeito, submetido àquele tratamento, jamais poderá pensar como um cidadão comum, haja vista que nele será introjetada a idéia de que ele é o dominado, ele é quem deve ficar à mercê de uma outra camada da população. Os seus valores são

---

644 Neste sentido, importante lição de MIRABETE. Quando o preso não puder trabalhar e isto decorrer das limitações do sistema penitenciário, dever-se-á conceder a remição de pena, porque o detento não pode ser prejudicado pela ausência de condições do lugar onde cumpre pena. (MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Execução Penal*. São Paulo: Atlas, 1997, *passim)*.

645 HULSMAN, Louck; CELIS, Jacqueline. *Penas Perdidas*. Rio de Janeiro: Luam, 1999, p.63.

diferentes dos demais e, por conta disso, ele – o preso – inconscientemente, precisa incorporar isso, precisa saber disso, para que possa a agir exatamente como os "de bem" querem.

B) elevado **Custo de manutenção de presídios** - Com o que se gasta para sancionar condutas, poder-se-ia investir na formação das pessoas e evitar que estas enveredassem pelo mundo da marginalidade (em conformidade, assim, com o modelo de prevenção primária). Mas não se pode – e nem se quer – melhorar os presídios. Com o aumento do número de infrações penais, cada vez mais haverá presídios e criminosos e cada vez mais a sociedade gastará com esta mantença.

Nils Christie afirma, ainda, que há uma verdadeira indústria de controle do crime[646]. É um negócio lucrativo, para particulares, a manutenção do presídio. É por isso, assim, que já propõem, e muitos estados vêm adotando, á semelhança do que é feito nos EUA,[647] a privatização das prisões. Mais do que isto: a exploração do trabalho do preso também passa a ser rentável, não só para os particulares como para o próprio governo.

Veja-se que, com a expansão indiscriminada da intervenção penal, os cursos com a manutenção dos presídios somente tendem a aumentar, haja vista que tudo, inclusive as infrações econômicas, são rotuladas ou etiquetadas como criminosas. Semelhante preocupação é esboçada por Loïc Wacquant:

> O encarceramento tornou-se assim uma verdadeira indústria – e uma indústria lucrativa. Pois a política do ´tudo penal´ estimulou o crescimento exponencial do setor das prisões privadas, para o qual as administrações públicas perpetuamente carentes de fundos se voltam para melhor rentabilizar os orçamentos consagrados à gestão das populações encarceradas. Elas eram 1.345 em 1985; serão 49.154 dez anos mais tarde, faturando dinheiro público contra a promessa de economias ridículas: alguns centavos por dia e por preso, mas eu, multiplicados por centenas de milhares de cabeças, justificariam a privatização de fato de uma das funções régias do Estado.[648]

---

[646] "Feita a combinação de alguns fatores (economia de mercado, tecnologia avançada, classes sociais baixas potencialmente "perigosas" e teorias científicas que justificam o encarceramento), chega-se, sem muito custo, ao "holocausto da industrialização", que é a prisão expandida, ou melhor, os modernos "campos de concentração", os quais não só são úteis para a profilaxia social (é preciso esconder a miséria e livrar-se dos riscos que ela implica), senão, sobretudo, para o bom funcionamento do mercado. Juízes e promotores, neste contexto, nenhum obstáculo representariam porque, no fundo, não passam de "ferramentas" dos políticos (que, por sua vez, contam com o apoio da maioria). O Direito, por sua vez, passa a integrar a categoria da "produção", não a cultural, valorativa, ética e humanista. Tudo se instrumentaliza em função da limpeza (higienização) das ruas, assim como do market system.". (GOMES, Luiz Flávio. Prefácio feito à obra de CRISTIE, Nils. *A indústria do controle do crime:* a caminho dos gulags em estilo ocidental. Rio de Janeiro: Forense, 1998).

[647] Registre-se que este país está muito longe de ser um modelo de política criminal a ser seguido ou respeitado.

[648] WACQUANT, Loïc. *Punir os Pobres:* a Nova Gestão da Miséria nos Estados Unidos. Rio de Janeiro: Revan,

C) As **cifras ocultas** - Este pensamento revela que, de todos os ilícitos cometidos, poucos chegam a ser sancionados. Há muitos inquéritos que não seguem adiante, muitas denúncias que não são oferecidas e muitos processos que chegam, ao final, a sentenças absolutórias. Os poucos condenados seriam os "escolhidos"?

Ora, se o Direito Penal efetivamente fizesse parte da estrutura da sociedade a ele não se poderia renunciar, ele seria, como proposto pelas teorias absolutas, um imperativo categórico, indisponível. Ora, outras formas de solução de conflitos há, em que as pessoas conseguem efetivamente resolver os problemas sem precisar do socorro do Direito Penal. Em matéria econômica, com efeito, muito melhor seria a adoção do direito sancionador.

Isto evidencia que, muitas vezes, as próprias vítimas (ou o aparato de repreensão estatal) não conduzem as investigações adiante, a significar que há outras formas de composição dos conflitos, que não, necessariamente, uma resposta penal.

E as cifras ocultas se relacionam intimamente com a idéia de seletividade, Com efeito, existe um número considerável de pessoas que se relacionam com as quadrilhas ou bandos que jamais serão descobertos, são os amigos, são as pessoas da própria camada dominante. Para comprovar que as cifras ocultas também se aplicam para o direito penal econômico, colham-se as seguintes lições:

> Com tantos mecanismos de seleção para excluir não surpreende que, dos 682 identificados apenas 77 foram objeto de sentença. Desses, 62 foram arquivados sem oferecimento de denúncia e 15 foram apreciados após regular instrução criminal. Nesses, em 10 a sentença foi absolutória e, em cinco, foi condenatória. Portanto, a análise da criminalização secundária em crimes contra o sistema financeiro mostra uma taxa muito elevada de comportamentos excluídos, fato que revela o uso do direito penal econômico como instrumento de relegitimação ideológica do sistema penal. A impunidade dos comportamentos acaba por reafirmar que o sistema penal não incide nas autores das classes que detêm o poder político ou econômico. Continua a ser desigual apesar da promessa de incidir nos chamados criminosos do colarinho branco. [649]

D) **Estigmatizante** - O egresso carregará, para o resto de sua vida, as marcas de ter sido preso. Sua vivência social será sempre prejudicada, para ele será muito mais difícil conseguir um emprego, retornar à escola, enfim retomar a sua vida normalmente.

2003, p.31.

[649] CASTILHO, Ela Wiecko V. de. Criminologia Crítica e a crítica do Direito Penal econômico. *In: Verso e reverso do controle penal:* (des) aprisionando a sociedade da cultura punitiva. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002, p.67-68.

Cria-se nas pessoas a falsa idéia de que o egresso significa um perigo constante, que a qualquer momento poderá voltar a delinqüir. É como se ele carregasse na pele uma marca indelével, que assusta e, ao mesmo tempo, afasta as pessoas.

Aliás, a estigmatização começa antes mesmo de haver uma sentença pena condenatória transitada em julgado, já que é constatável que às pessoas meramente suspeitas da prática de um ilícito (mesmo que não exista qualquer prova neste sentido), recai esta estigmatização. Francesco Carnelutti, preocupado com as **Misérias do Processo Penal,** descreve:[650]

> Tanto mais grave a deficiência, que agora veio às claras, que, enquanto o acusado não é culpado, a declaração da sua inocência é a única maneira para reparar o dano que injustamente lhe foi ocasionado. Se, na verdade, ele não cometeu o delito, quer dizer não somente que se deve ser absolvido, como também, que não deveria ter sido acusado.
>
> [...]
>
> [...] Fato é que este terrível mecanismo, imperfeito e imperfectível, expõe o pobre homem a ser pintado a largos traços frente ao juiz, inquirido, e não raramente detido, arrancado de sua família e seus afazeres, prejudicado para não dizer arruinado perante a opinião pública, para depois não se ver nenhuma culpa de quem, seja também sem culpa, tenha turbado e desconcertado a sua vida.

Com o Direito Penal Econômico esta estigmatização, oriunda da trindade (prisões cautelares – ordinariamente temporárias – interceptações telefônicas, apelo da mídia), é tão grave quanto nos crimes comuns. Hoje, as diversas polícias se fazem acompanhar nas suas "operações" por jornalistas. Realizam-se buscas e apreensões sob os atentos olhos de câmeras, que a tudo filmam. Pessoas que não oferecem risco algum à integridade física de alguém, que não ameaçam fugir, são algemadas, fotografadas. Todo este espetáculo para aplacar a ira dos justiceiros de plantão, que querem, além da condenação, verdadeiramente a execração dos investigados.

Repita-se que, da mesma forma que não se pode tolerar este tipo de procedimento e de expediente em relação aos investigados pelos crimes comuns, atinentes à civilização, pela mesma razão de fato não se pode aceitar este abuso para a ilegítima intervenção penal na ordem econômica. Pior que esta ilegítima intervenção penal na ordem econômica, não raro, pode-se falar, freqüentemente, gera sentenças absolutórias, e, neste instante, surge a indagação: quem deve ser responsabilizado pelas desastrosas operações pautadas em conceitos jurídicos indeterminados, de uma intervenção penal ilegítima, nestes bens culturais?

[650] CARNELUTTI, Francesco. *As Misérias do Processo Penal*. São Paulo: Conan, 1995, p.62-63.

Mais do que isto: a rotulação do sistema penal se relaciona a todos que com ele mantêm alguma relação. De fato, as vítimas também são estigmatizadas – processo de vitimização secundária – e passam a ser rotuladas. Vítimas de crimes passam a ser separadas das pessoas "normais" e das "pessoas de bem".

E que Direito é este que, com o propósito de melhorar as pessoas, de adaptá-las à vida em sociedade, as rotula, as segrega? Se a idéia é melhorar as pessoas, o Direito Penal, o cárcere está em direção diametralmente oposta.[651]

E) **Violação dos direitos humanos** - Em nome do direito penal, tortura-se, humilha-se, mata-se. É uma violência institucionalizada e "legitimada", por quem se diz apto a falar pela sociedade. No Brasil, a lei de execuções penais determina que a cela, na execução da pena, deve ser individual, dotada de aparelho sanitário, seis metros quadrados, em que sejam respeitados ventilação, aeração e salubridade.

F) **Conseqüencialidade** - O Direito penal age nas conseqüências e não nas causas do problema. No Brasil, v.g., vigora a "técnica legislativa casuística". Acontece um crime que mobiliza a opinião pública e, demagogicamente, exasperam-se as penas ou criam-se novos delitos. Veja-se, portanto, que é uma forma de "*prevenção terciária*", desaconselhável e improdutiva. Em 2009, no auge talvez da maior crise referente ao sistema financeiro do novo século, não faltaram propostas de endurecimento do sistema penal em relação à intervenção penal na economia.

Ao fim e ao cabo, antes de analisar o conceito de legitimidade, para demonstrar a ,manifesta falta de legitimação da intervenção penal na ordem econômica, pode-se arrematar este ponto com as lúcidas palavras de Juarez Cirino, que invoca a criminologia para sustentar quando uma infração penal deve ser descriminalizada:

> Em primeiro lugar, a *descriminalização* é indicada em todas as hipóteses [...] (d) de crimes de perigo abstrato – sob os seguintes fundamentos: a) primeiro, violação do princípio de *insignificância,* por conteúdo de injusto mínimo, desprezível ou inexistente; b) segundo, violação do princípio de *subsidiariedade* da intervenção penal, como *ultima ratio* da política social, excluída no caso de suficiência de meios não penais; c) terceiro, violação do princípio de *idoneidade* da pena, que pressupõe demonstração empírica de efeitos sociais úteis, com exclusão da punição no caso de efeitos superiores ou iguais de normas jurídicas não penais; d) quatro, violação do *primado da vítima*, que viabilizaria soluções *restitutivas* ou *indenizatórias* em lugar da

[651] Veja-se, dentre milhares de exemplos, o caso do empresário Antonio Ianfelice, proprietário da Agrenco, preso em 2008, inocentado em 2010. Empresário do setor de agronegócio, teve sua imagem destruída por conta de imputações destituídas de provas feitas por alguns policiais federais. Suas empresas, depois desta crise de imagem, não resistiram.

> punição.
>
> Em segundo lugar, a *descriminalização* é indicada nos *crimes sem vítima* [...] a) primeiro, violação do princípio de criminalização exclusiva da lesão de bens jurídicos individuais definíveis como direitos humanos fundamentais; b) segundo, violação do princípio de *proporcionalidade* concreta da pena, porque a punição agrava o problema social, ou produz custos sociais expressivos, especialmente em condenados das classes sociais subalternas, objeto preferencial da repressão penal. [652]

Como os crimes econômicos são, em regra, de perigo abstrato e, quase sempre, vagos, sem sujeito passivo indeterminado, observa-se que os pressupostos invocados por Juarez estão devidamente atendidos, pelo que estas condutas poderiam ser descriminalizadas, passando a ser tuteladas por outras áreas do direito. Todas estas imperfeições conduzem, sim, à inexistência de punições e de sanções, deixando a sociedade desprotegida (qual dos dois discursos melhor se adéqua ao elitismo: o do direito sancionador, eficiente, ou do Direito Penal Econômico, ilegítimo e, por conseguinte, ineficaz?). neste ponto, traduzindo que todas estas imperfeições somente poderiam resultar em manifestações jurídicas inócuas, convém trazer à colação:

> Quantitativamente, o Direito Penal Econômico não contribui com números significativos para as estatísticas forenses. Com efeito, a cifra oculta atinge aqui níveis espantosos, podendo afirmar-se que os tribunais brasileiros só por exceção conhecem e decidem esta classe de ilícitos. Distintos são os mecanismos, no Brasil, que conduzem a este fenômeno, aos quais caberia ligeira menção. Em primeiro lugar, colocar-se-ia um princípio segundo o qual, em matéria penal econômica, textos que criem crimes de perigo ou crimes formais estão fadados à mais cabal ineficácia. [...] só a superveniência de um resultado de dano tem o condão de identificar e trazer a debate o delito econômico, e quase sempre pela iniciativa do lesado ou pela repercussão pública incontrolável de um prejuízo coletivo."[653]

Expostas todas estas idéias, das críticas criminológicas à intervenção penal na economia, passa-se a tratar da falta de legitimação de tal intervenção.

3.1.7 A falta de legitimidade da intervenção penal na economia.

[652] SANTOS, Juarez Cirino dos. Criminologia e Política Criminal. *In:* BITTAR, Walter Barbosa. *A Criminologia no Século XXI.* Rio de Janeiro: Lumens Júris, 2007, p.115.

[653] BATISTA, Nilo. Concepção e princípios do direito penal econômico, inclusive a proteção dos consumidores, no Brasil. *Revista de Direito Penal e Criminologia*. Rio de Janeiro, n.33, 1982, p.81.

3.1.7.1 Conceito e Sentidos do termo “legitimidade”

“Em sua acepção mais larga, o conceito de legitimidade constitui uma proteção contra o capricho ou a anarquia, contra a arbitrariedade ou a insensatez. [...] **A legitimidade traz, em si, a marca do justo**”.[654]

Antes de analisar a (i)legitimidade da intervenção penal na economia, fazem-se necessários alguns esclarecimentos acerca das concepções diversas do que vem a ser “legitimidade”. Isto porque, antes de ser proposta uma discussão sobre a legitimidade de determinado instituto, é preciso que se esclareça o próprio conceito de legitimidade e, sobretudo, o referencial que será utilizado para que seja analisada a sua importância e necessidade. Noutros termos: antes de concluir pela ilegitimidade penal para tutelar a economia, é preciso conceituar esta (i)legitimidade e demonstrar com base em que se pode afirmá-la.

Trata-se, a noção de legitimidade, de um tema de recorrente estudo, uma vez que, em última análise, relaciona-se com concepções básicas de Direito, Estado, Poder, Sociedade, Justiça e Moral. A própria existência do Estado e a fundamentação do poder que este exerce em face dos indivíduos já tiveram sua legitimidade questionada, mormente em razão das alterações que são desencadeadas inevitavelmente no processo de evolução social. Esse questionamento encontra razão de existir na necessidade dessa adequação, que consiste na própria legitimidade de um poder exercido em face de uma determinada sociedade – em certo momento histórico. A respeito dessa necessária compatibilidade:

> No decorrer dos processos de racionalização das sociedades modernas, caracterizados por uma crescente complexidade e diferenciação das estruturas sociais com a expansão da economia capitalista de mercado e a consolidação do sistema burocrático administrativo do Estado moderno, e por uma crescente diferenciação das esferas culturais de valor, as teorias contratualistas apoiadas na tradição do direito natural racional foram sendo consideradas inadequadas para esclarecer o problema da legitimidade da dominação política.[655]

Os conceitos corriqueiramente emprestados ao tema não variam muito em sua essência. Ao se buscar definir legitimidade, a Doutrina recorre a noções de adequação, de razoabilidade e de compatibilidade de determinado instituto em relação a um referencial. O que

[654] GOYARD-FABRE, Simone. *Os Princípios Filosóficos do Direito Político Moderno. São Paulo:* Martins Fontes, 2002, p.285.
[655] WERLE, Denilson L.; SOARES, Mauro V. Política e Direito: A questão da legitimidade do poder político no Estado Democrático de Direito. *In:* NOBRE, Marco; TERRA, Ricardo (Orgs.). *Direito e Democracia.* São Paulo: Malheiros, 2008, p.129.

muda, com uma freqüência e velocidade significativas, é o referencial da legitimidade, e não a acepção do termo.

E é exatamente a partir desses referenciais diversos que o termo vai ganhando sentidos também diversos, sem, contudo, se afastar da idéia geral de adequação que lhe é inerente. A este respeito:

> O termo legitimidade tem um sentido diferente segundo os pressupostos e a perspectiva adotados: há um sentido vulgar, um sentido político ideológico, um sentido para o direito civil e muitos outros, sem contar a ocasião em que a palavra é empregada sem qualquer sentido. Finalmente, além da falta de acordo sobre estes conceitos-chave na doutrina contemporânea, não se deve esquecer as variações dos mesmos através dos séculos, segundo predominasse essa ou aquela escola, este ou aquele aspecto. Em suma, o tratamento da legitimidade exige um quadro de referências filosófico e uma explanação histórica.[656]

Além das múltiplas possibilidades de referenciais poderem alterar a conclusão acerca da legitimidade de determinado instituto, isto é, além da possibilidade inafastável de, eventualmente, por exemplo, tal circunstância ser constitucionalmente legítima e não se coadunar com determinado contexto sócio-cultural de certo Estado Democrático de Direito, também com a alteração do objeto altera-se a conclusão sobre a legitimidade. E a própria evolução social acaba por proporcionar essas alterações dos objetos analisados. Sobretudo em razão da mutabilidade que o progresso cultural proporciona às sociedades, os objetos tomados como possíveis legitimados também são diversos.

Noutros tempos, analisava-se a legitimidade de punir-se o homicídio, em um Estado Democrático de Direito. Hoje, por exemplo, análises outras são vislumbradas, ante o aparecimento de novos bens jurídicos que vão sendo alvo deste juízo de adequação. Nos tempos remotos, quando sequer havia noções de cultura, estando apenas presentes os traços mais remotos de civilização, não havia que se falar, por exemplo, na legitimidade da tutela penal do Sistema Financeiro, ou mesmo das relações de consumo já que, estes últimos, eram institutos (bens culturais) estranhos à própria realidade.

Acerca desses processos de evolução cultural que desencadeiam inevitavelmente o surgimento de novos institutos, de novas necessidades e de novos bens, pertinente a seguinte transcrição:

> Por serem inesgotáveis e ilimitadas no tempo e no espaço, as necessidades

[656] ADEODATO, João Maurício Leitão. *O problema da legitimidade. No rastro do pensamento de Hannah Arendt*. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p.24.

> humanas estão em permanente redefinição e criação. O conjunto de necessidades humanas varia de uma sociedade ou cultura para outra, envolvendo amplo e complexo processo de socialização. Há que distinguir, portanto, na problematização das necessidades, suas implicações contingentes com exigências de legitimação.[657]

É óbvio que a produção jurídica deve acompanhar o desenvolvimento cultural das sociedades. São, direito e cultura, institutos afins, que devem caminhar rigorosamente próximos, sob pena de se verificar, em determinada realidade social, um sistema normativo que careça de um mínimo de legitimidade em face da sociedade que, em tese, deveria regulamentar[658]. Esclareça-se, ademais, consoante já demonstrado, que Direito e Cultura também se relacionam com a economia. Imagine-se, *v. g.,* se na Europa pós moderna, em flagrante ascensão do processo de globalização, fosse instituído um sistema normativo que, em verdade, adequar-se-ia à realidade feudal da Europa da idade medieval. Francamente inadequado. A análise da legitimidade deste sistema normativo concluiria facilmente de forma negativa.

Isto porque, o surgimento de novos bens, interesses, situações e objetos fazem com que o sistema jurídico esteja também em constante mutação, em constante atualização, para que permaneça em harmonia com a realidade que se propõe a disciplinar, evitando, por conseguinte, o engessamento do substrato normativo. Acerca desta necessidade:

> Com o surgimento de novos interesses, de novos bens jurídicos a proteger, o Estado começou a preocupar-se com a defesa desses bens e interesses, como a proteção à saúde, do sistema econômico, da ordem tributária, do meio ambiente etc. É óbvio que a vida do homem em sociedade tem algumas peculiaridades, pois, quando vivem efetivamente em sociedade, se inter-relacionam, o que faz com que as esferas de direitos e obrigações entrem em sucessivas interseções.[659]

A legitimidade seria, portanto, a justificação, a devida e adequada fundamentação de

---

[657] WOLKNER, Antônio Calos. Pressupostos de Legitimação para se pensar a Justiça e o Pluralismo no Direito. *In:* MERLE, Jean- Christophe; MOREIRA, Luiz (Orgs.). *Direito e Legitimidade.* São Paulo: Landy, 2008, p.424.

[658] Sob esta perspectiva, em um enquadramento dogmático análogo, observe-se o quanto sustentado por Paulo Pimenta acerca da eficácia semântica das normas constitucionais, *ipsis litteris*: "Nos ângulos da semiótica, uma norma constitucional tem eficácia semântica quando ela tem condições fáticas de atuar, por haver uma relação entre esta e o que ocorre na realidade social e nos valores existentes em determinado momento histórico. Trata-se, assim, de uma relação entre o signo (norma) e os objetos denotados. Neste caso, a norma encontra na realidade as condições de obediência. Eis a denominada 'eficácia social' ou efetividade. No sentido sintático a norma constitucional eficaz é aquela que tem todas as condições técnicas de atuar, prescindindo da relação para os comportamentos de fato ocorridos e os valores observados. Analisa-se aqui apenas a possibilidade de aplicação da norma". (PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. *Eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais programáticas*. São Paulo: Max Limonad, 1999, p.103).

[659]CIPRIANI, Mário Luís Lírio. Direito Penal Econômico e legitimação da intervenção estatal. *In:* D'ÁVILA, Fábio Roberto; SOUZA, Paulo Vinícius Spoleder de (Orgs.). *Direito Penal Secundário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.456.

determinado instrumento normativo – os valores que lhe deram origem e as idéias que lhe devem caracterizar. Finalmente, uma conduta, qualquer que seja ela, para ser legítima, precisa se coadunar com valores e concepções subjetivas, que ultrapassam o mero texto legal, sempre em consonância com a realidade sócio-cultural de determinado local, em um tempo também fixado previamente.

Assim como a análise da legitimidade, na atual realidade globalizada da época ora vivenciada, a cultura não pode ser tida como monolítica ou isenta de diferenças ou contradições. A multiplicidade dos sistemas sociais e políticos abrem-se a novas práticas, modelos e formas de representação, que desembocam na inevitável diversidade sócio-cultural experimentada hodiernamente. As dimensões várias de etnia, moral e religião cuidam de atestar o pluralismo como núcleo da realidade contemporânea.

É exatamente por isso que a análise da legitimidade de determinados institutos extrapolam, em muito, uma análise meramente objetiva – que carece de idoneidade para avaliar qualquer binômio entre sistema normativo e pluralidade sócio-cultural. Acerca dessa adequação subjetiva, fruto de uma análise aprofundada e multidisciplinar:

> A legitimação mediante o procedimento não significa que se recorra às condições formais de justificação prático-moral das normas jurídicas, mas, **sim, à observância de regras procedimentais estabelecidas para a criação, interpretação e aplicação do direito**. A legitimidade repousa 'na fé na legalidade das ordens estabelecidas e do poder de mando daqueles aos quais essas ordens facultam o exercício do poder'.[660]

A legitimação de determinado instituto guarda relação, portanto, com o fundamento de existência deste, sendo precisas, a este respeito, as palavras de Denilson L. Werle e Mauro V. Soares:

> No âmbito das deliberações políticas que visam a legitimar normas que assumem a forma de normas jurídicas, entram em cena diferentes modalidades de questionamentos práticos. **Para fundamentar normas jurídicas é preciso usar a razão prática em toda sua extensão, incluindo questões morais, éticas e pragmáticas.**[661]

É, também por este motivo, que a questão da legitimidade, muito embora invariavelmente repouse em conceitos básicos como adequação e adaptabilidade, acaba por variar de significados a depender do contexto em que se insere. Isto porque, à medida que a sociedade vai experimentando modificações, o processo de legitimação dos institutos também varia junto à

[660] WERLE, Denilson L.; SOARES, Mauro V. Política e Direito: A questão da legitimidade do poder político no Estado Democrático de Direito. *In:* NOBRE, Marco; TERRA, Ricardo (Orgs.). *Direito e Democracia.* São Paulo: Malheiros, 2008, p.129.
[661] *Ibidem,* p.138.

complexidade social. Isto porque a importância deste pluralismo desperta a sociedade à uma discussão acerca de uma nova cultura jurídica, a partir de novas bases de legitimação assentadas na satisfação justa de necessidades fundamentais e na ação participativa de novos sujeitos."[662]. Também neste sentido:

> A complexidade do fenômeno humano abrange vários outros fenômenos, como os naturais, culturais, sociais, políticos e econômicos, que, por interagirem plenamente nas relações humanas, são elementos construtores do sistema jurídico, heterônomo e autopoiético, legitimador do modelo paradigmático (e hermenêutico) do Direito construído e vivido por essa mesma sociedade que o cria.[663]

A partir daí, resta clara a variação de sentido do termo "legitimidade". Por se tratar, *grosso modo*, de um sinônimo de "adequação", é uma expressão que pode denotar uma série de situações, já que consiste sempre um juízo comparativo, uma análise de algo a partir de uma prévia constatação.

Não se indaga, portanto, se determinado instituto é legítimo, simplesmente. A legitimidade há de ser indagada em relação a outros institutos, como por exemplo, perante a Constituição, perante a teoria geral do direito. Pergunta-se, outrossim, a respeito da legitimidade constitucional de determinado expediente (isto é, do juízo de adequação entre o objeto e a Constituição vigente), ou da legitimidade de uma situação em face do Estado Democrático de Direito – sempre traçando um paralelo, já que o juízo de legitimidade, é, invariavelmente, de referencial.

Observe-se que, ainda que se mantenha o mesmo referencial e o mesmo objeto, a idéia de legitimidade pode variar no tempo e no espaço. *Verbi gratia,* ao se analisar a legitimidade constitucional de determinado instituto, verifica-se a adequação dele frente ao texto constitucional. Então, pode-se encontrar determinada situação que seja adequada ao texto constitucional vigente, que, noutros tempos, não o seria. Algumas restrições à liberdade de imprensa, por exemplo, eram constitucionalmente legitimas, no Brasil, quando foram criados (sob a égide da constituição de 1967), mas não mais se coadunam com a atual realidade constitucional, haja vista a vigência do texto constitucional de 1988.

Ou seja: além de variar o sentido da expressão "legitimidade" a depender do referencial adotado e do instrumento avaliado, também em se adotando um mesmo referencial e um mesmo objeto, pode haver alteração nos sentidos – e na própria conclusão acerca da

---

[662] WOLKNER, Antônio Calos. Pressupostos de Legitimação para se pensar a Justiça e o Pluralismo no Direito. *In:* MERLE, Jean- Christophe; MOREIRA, Luiz (Orgs.). *Direito e Legitimidade.* São Paulo: Landy, 2008, p.420.

[663] WERLE, Denilson L. e SOARES, Mauro V. *Op. cit.,* p.139.

legitimidade – da expressão, mormente em razão das freqüentes e inafastáveis mudanças que marcam a evolução cultural das sociedades.

Por estes motivos, adequar o sistema normativo à realidade cultural de cada sociedade acaba não sendo uma tarefa simples. Com efeito, um dos maiores desafios das últimas décadas é como participar do contexto social da globalização mundial em desenvolvimento, mas sem deixar de estar integrado e atuar ativamente no plano cultural da legitimidade local. [664]

Destarte, tendo em vista a inequívoca e inafastável aparição de formas diversas de dominação, exclusão ou mesmo de convivência pacífica, surgidas a partir do longo e paulatino processo de globalização, não há como não restarem afetadas as análises de representação e de legitimação, a partir deste novo enfoque, mormente em razão da pluralidade de fontes e de situações jurídicas. Por óbvio, o surgimento de uma nova cultura jurídica, fundada, pois, em valores, princípios e conceitos também novos, vincula-se de maneira obrigatória a novos critérios de legitimidade.

Além disso, ainda que se reconheça, como já mencionado, que a legitimidade é um instrumento demasiadamente flexível e mutável, ante as inúmeras possibilidades de se relacionar objetos e referenciais, alguns institutos sempre e sempre permeiam as conclusões de análises desta natureza. Isto porque não há que se pensar em legitimidade de maneira afastada de conceitos como justiça, ética, moral, valores e princípios – conquistas universais intimamente ligadas à própria noção de vida em sociedade. Em síntese: a racionalidade desse critério formal obtém legitimidade a partir de princípios que possuem um conteúdo moral".[665]

Por esta razão, a conclusão forçosa a que se chega é de que o sistema normativo não oferece uma resposta formal e objetiva - isenta de moral - a um questionamento acerca da legitimidade de um dado objeto. Isto porque a legitimidade de um ordenamento jurídico se estabelece a partir de uma relação interna entre Direito e Moral."[666]

Talvez o mais importante exame da legitimidade seja, enfim, de um sistema normativo. Essa análise, entretanto, pode carecer de uma análise recortada do ordenamento jurídico. Pode ser, por exemplo, que um sistema jurídico seja, em sua maioria, adequado e legítimo a disciplinar determinada sociedade e um específico sub-ramo daquele ordenamento não o seja. É o que acontece com o Direito Penal Econômico na realidade social, cultural e política desencadeada

[664] WOLKNER, Antônio Calos. Pressupostos de Legitimação para se pensar a Justiça e o Pluralismo no Direito. *In:* MERLE, Jean- Christophe; MOREIRA, Luiz (Orgs.). *Direito e Legitimidade.* São Paulo: Landy, 2008, p.416.
[665] MOREIRA, Luiz. *Fundamentação do Direito em Habermas.* Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p.70.
[666] *Ibidem,* p.72.

neste momento histórico, marcado por uma pluralidade inédita de idéias e ideais.

Ainda que não se esteja questionando a legitimidade de um sistema normativo em sua totalidade, mesmo quando se está diante de uma ilegitimidade pontual de determinado sub-ramo jurídico, as conseqüências desta inadequação podem comprometer a harmonia e pacificação sociais. Isto porque, quando um conjunto de normas não se coaduna com ideais inerentes ao Estado Democrático de Direito, bem como a acepções tradicionalmente fixadas de moral, ética e justiça, a inidoneidade destas normas é manifestamente declarada. No caso do Direito Penal Econômico, tem-se um pretenso sub-ramo do Direito Penal que lhe é absolutamente estranho e inadequado, relativizando conquistas importantes e seculares, acabando por flexibilizar os pilares sólidos da referida disciplina.

A ilegitimidade de um conjunto normativo traz como consectário lógico e inafastável a sua ineficácia – já que, no instante em que se insiste em manter em vigência normas que carecem de legitimidade, a aplicação delas acaba não proporcionando os efeitos que foram imaginados quando da sua edição.

Acerca da imprescindibilidade e importância de um sistema normativo legítimo:

> O problema da legitimidade dos sistemas normativos é um dos mais intrincados da literatura jusfilosófica. Os critérios que se apresentam para a sua discussão são diversos e divergentes, sendo a questão ainda mais candente, dada a sua relevância para o plano da ação concreta. [...] A questão da legitimidade surge diante do caráter ideológico da própria imperatividade.[667]

Precisas também as palavras de Sérgio Cadermatori acerca dos acontecimentos históricos como causadores de uma ilegitimidade que é verificada quando um subsistema jurídico não se coaduna com a realidade normativa de uma determinada sociedade:

> [...] pode-se assegurar, numa perspectiva histórica, que a efetividade e eficácia da produção legislativa ressentem-se, por sua fez, de condições históricas de legitimação, cuja inobservância desemboca, em última instância, em deslegitimação do próprio subsistema legislativo.[668]

Neste instante, cumpre registrar que a análise da legitimidade de um sistema normativo não é um procedimento objetivo e simples. Com efeito, referida análise é irredutível a uma base ou princípio único do tipo "norma fundamental", tendo de ser encontrada na própria

[667] FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. A legitimidade pragmática dos sistemas normativos. *In:* MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz (Orgs.). *Direito e Legitimidade.* São Paulo: Landy, 2008, p.288.
[668] CADERMATORI, Sérgio. *Estado de Direito e Legitimidade.* Campinas: Editora Studium, 2007, p.142.

atividade (atualidade) do sistema, que é sempre a sua melhor explicação". [669] Esta idéia confirma o fato de que, ainda que determinado instrumento normativo se coadune com a Constituição vigente em determinada sociedade e num dado momento, pode ser, esta mesma norma analisada, ilegítima, haja vista que a análise da legitimidade de um instituto não se limita à adequação constitucional deste, ainda que seja, a Carta Maior, a "norma fundamental" de cada realidade jurídico-normativa.

Ao seguir o caminho trilhado pelo raciocínio desenvolvido até aqui, para que se proceda uma análise da legitimidade de um pretenso sub-ramo do Direito Penal, a claras luzes, se faz necessário que ele se adéqüe aos pilares básicos da referida ciência. Isto é, não há que se falar no sub-ramo de determinado instituto que lhe seja inapropriado, haja vista a impossibilidade de adequação deste àquele. É o que ocorre quando se busca tutelar penalmente a economia. É uma intervenção que não se justifica pelos princípios e fundamentos mais caros e tradicionais do Direito Penal. Neste sentido:

> Não é por outra razão que o direito penal, como instância última de controle social, só se justifica na medida em que se permite permear-se de soluções axiologicamente voltadas aos ideais do modelo de Estado a que se aspira. No caso do Estado democrático de Direito, uma intervenção penal que se pretenda legitimada somente se justifica com base na dupla compreensão da missão do direito penal.[670]

Por esta razão, e tendo em vista que a criminalização de condutas relacionadas à Ordem Econômica não é justificada nas missões e nos objetivos do Tradicional Direito Penal, é que se demonstrará a ilegitimidade da intervenção penal na economia. Ou, dito em outros termos: demonstrar-se-á a ilegitimidade da economia para operar na condição de bem jurídico-penal.

Isto porque, para que se pretenda legítima uma intervenção penal, não se pode agir ao arrepio de percepções axiológicas criadas para a construção de soluções dogmáticas e adequadas à própria definição fundamental de crime. Assim, o desenvolvimento sócio-cultural inevitável das civilizações, ainda que sempre faça surgir novos bens jurídicos, nem sempre terá como fruto objetos que demandem proteção penal. A respeito das recentes modificações que se buscam, a todo custo, introduzir à ciência penal, bem como da conseqüente ilegitimidade destes institutos:

> O direito penal experimentou uma mudança de disciplina jurídica puramente técnica e de negação valorativa para uma orientação segundo uma política criminal valorativa. A ausência dessa referência tem ensejado uma utilização da intervenção penal que não observa seu caráter de última *ratio*, convertendo-se em instrumento político de direção social, com o

[669] FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Op.cit.,* 2008, p.296.
[670] SUXBERGER, Antônio Henrique Graciano. *Legitimidade da Intervenção Penal.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p.143.

> evidente prejuízo ao seu papel de proteção jurídica subsidiária a outros ramos do ordenamento e ao seu substrato legitimador. O modo pelo qual a intervenção penal se legitima é informado por valores extraídos de um programa de Política Criminal, que segue orientado, por sua vez, pelas finalidades a serem buscadas pelo direito penal.[671]

Exatamente por se afastar dos valores mais caros à ciência penal, é que a tutela criminal da Ordem Econômica carece de legitimidade. O surgimento inevitável de outros ramos jurídicos, em razão da complexidade da sociedade moderna, desencadeia, estreme de dúvidas, o surgimento de novos problemas. A questão, entretanto, é esta tentativa leviana[672] de encarregar o Direito Penal de solucionar a integralidade destes novos problemas, haja vista o caráter de *ultima ratio* que caracteriza, ou, certamente, deveria caracterizar, a incidência deste ramo do direito.

A eventual importância de determinados bens não tem o poder de trazer consigo a adequação às normas penais para realidades que não têm como ser tuteladas pela manifestação punitiva mais grave. Sob este viés, convém ressaltar, desde o presente momento, que os ilícitos (de flagrante natureza administrativa!) contra o Sistema Econômico não carecem de proteção penal, porquanto, além de o Direito Penal não apresentar idoneidade suficiente para tutelar o referido bem jurídico, existe alternativa apta e eficaz de proteção não penal na seara administrativa.

Com efeito, no intuito de corroborar o sustentado acima, eis o entendimento de Manuel da Costa Andrade acerca da carência de proteção penal, *ad literam*:

> A carência de tutela penal analisa-se, assim, num duplo e complementar juízo: em primeiro lugar, um juízo de necessidade (Erforderlichkeit), por ausência de alternativa idônea e eficaz de tutela não penal; em segundo lugar, um juízo de idoneidade (Geeignetheit) do direito penal para assegurar a tutela, e para o fazer à margem de custos desmesurados no que toca ao sacrifício de outros bens jurídicos, máxime a liberdade.[673]

Sem embargo, importa sinalizar tal carência para que não se sustente, ao fundamento de uma pretensa dignidade penal[674] das condutas atentatórias ao Sistema Econômico, a

---

[671] *Ibidem,* p.167.

[672] Sob este viés, confiram-se os lúcidos dizeres de Jorge de Figueiredo Dias, *ad literam*: "Numa palavra: o legislador foi-se deixando seduzir, um pouco por toda a parte, pela idéia, perniciosa mas difícil de evitar, de pôr o aparato das sanções criminais ao serviço dos mais diversos fins de política social. E assim verificou-se o aparecimento, ao lado do direito penal tradicional, de um abundante direito penal extravagante, acessório ou secundário. Direito este que é, em sentido próprio, direito penal administrativo: no preciso sentido de que sanciona, com penas criminais, a violação de ordenações da Administração e se apresenta assim como direito administrativo, se não segundo a competência, por certo segunda a matéria". (DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p.170).

[673] COSTA ANDRADE, Manuel da. A dignidade penal e a carência de tutela penal como referências de uma doutrina teleológico-racional do crime. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal.* Ano 2. Fasc. 2. Abril-Junho/ 1992. Director: Jorge de Figueiredo Dias. Editorial Notícias, p.186.

[674] De acordo com Manuel da Costa Andrade, dignidade penal é definida como "*a expressão de um juízo*

legitimidade da tutela penal. Isso porque, conforme bem salienta Manuel da Costa Andrade, a dignidade penal de uma conduta não decide, por si só e de forma definitiva, a questão da criminalização; é dizer, a legitimação positiva da intervenção jurídico-penal somente é alcançada se o ilícito carecer de proteção penal, o que não se afigura – conforme se demonstra no decorrer desta tese - nos casos de infrações contra a Economia.

O Direito Penal, se renunciar as garantias que marcam as suas características (legalidade, ofensividade, taxatividade) desfigura-se, torna-se anacrônico. Nasce, pois, uma intervenção ilegítima, forçada e forçosa, para tratar de bens que poderiam e deveriam, tranquilamente, ser tratados por outras áreas do Direito.

3.1.7.2 Legitimidade x Legalidade

Por óbvio, de muito maior profundidade e subjetividade é a análise da legitimidade de um instituto, em comparação à análise da legalidade deste. Legalidade e legitimidade, de forma alguma, possuem identidade de conceitos, ou sequer se confundem. Ocorre, no entanto, que, em que pese tal distinção conceitual dos dois termos, noções de legitimidade e legalidade têm se mantido estreitas ao longo da história. Observe-se, a este respeito:

> Na sua formação histórica, as expressões legitimidade e legalidade foram confundidas e, poucas vezes distinguidas, tanto no Direito Romano quanto Canônico. Somente na França do século XVIII, com as discussões políticas pós-revolucionárias, é que ganhou importância e ficou clara a distinção entre legitimidade e legalidade.[675]

Dito isso, forçoso o reconhecimento de que as tentativas de analisar as semelhanças e diferenças entre "legitimidade" e "legalidade" não são uma novidade no Direito Moderno, tendo sido, tal paralelo, de recorrente estudo ao longo da história. Ainda no que diz respeito à evolução histórico-conceitual dos institutos da legalidade e legitimidade,

> *Certes, pour l´historien, le rapport des deux mots ne peut faire aucun doute. Tout à travers de l´historie d´Occident, les notions de légalité et de légitimité joué un rôle de premier plan: on pourrait dire qu´elles constituent les deux*

---

qualificado de intolerabilidade social, assente na valoração ético-social de uma conduta, na perspectiva da sua criminalização e punibilidade". (COSTA ANDRADE, Manuel da. *Op. Cit.*, p.186).

[675] WOLKNER, Antônio Calos. Pressupostos de Legitimação para se pensar a Justiça e o Pluralismo no Direito. *In:* MERLE, Jean- Christophe; MOREIRA, Luiz (Orgs.). *Direito e Legitimidade.* São Paulo: Landy, 2008, p.417.

piliers de toute construction politique.[676]

A lei, em seu sentido lato, é o instrumento de regulação do Estado. É por meio da Constituição e do Ordenamento Normativo Infraconstitucional que se regula a vida em sociedade. Efetivamente, um povo sem lei não teria o mínimo de civilidade. Ocorre, no entanto, que as leis, além de válidas formal e materialmente, precisam ser legítimas. Observe-se:

> Noutros termos, a legalidade não é suficiente para assentar a legitimidade. Certamente, como explica Ch. Eisenmann, existe um critério jurídico da legitimidade de um governo (sendo esse critério jurídico o que fundamenta o direito de governar), particularmente visível no âmbito de um dado Estado que situamos em relação a regimes anteriores ou que – trata-se do direito internacional – comparamos a outros Estados**. Atendo-se às perspectivas do direito interno, fica evidente que a legitimidade implica um 'acordo com uma ordem normativa' e que a ilegitimidade significa "desacordo, não conformidade, contrariedade com esse sistema de normas.**[677]

Nota-se, a partir dos estudos ora apontados e das conclusões parciais a que se chega, que a análise da legalidade refere-se a aspectos de natureza formal, enquanto a abordagem acerca da legitimidade de determinado instituto guarda relação estreita com aspectos de natureza moral, substancial. Isto porque, determinado instituto, a partir do momento que se coaduna com os aspectos formais previstos na legislação, deve ter reconhecida a sua legalidade, ao passo que uma pretensa legitimidade deste mesmo instituto somente poderá ser atestada após uma análise substancial, com implicações em outros conceitos, como o de moral, justiça, efetividade, etc. Noutros termos, questionar a legitimidade de um instituto demanda do intérprete a utilização de critérios valorativos estranhos à letra da lei.

Muitos autores – a exemplo de Sérgio Cadermatori, referem-se à legalidade como o aspecto formal da legitimidade, ao passo que a legitimidade propriamente dita seria, então, o seu aspecto substancial ou material. Observe-se:

> Então, as fontes de legitimação de todos os poderes do Estado são duas: a legitimação formal, assegurada pelo princípio de legalidade e sujeição do juiz à lei; e a legitimação substancial, recebida pela função judicial de sua capacidade de tutelar os direitos fundamentais. Advirta-se que a segunda

---

[676] Tradução livre: Certo, para o historiador, a relação entre as duas palavras não deixa nenhuma dúvida. Através de toda a história do Ocidente, as noções de legalidade e de legitimidade desempenharam um papel de primeira grandeza: poder-se-ia dizer que elas constituem os dois pilares de toda a construção política. (PASSERIN D´ENTREVES, Alexandre. *Légalité et Légitimité.* Paris: PUF, 1967, p.32).

[677] GOYARD-FABRE, Simone. *Os Princípios Filosóficos do Direito Político Moderno.* São Paulo: Martins Fontes, 2002, p.291.

> fonte jamais poderá ser satisfeita na ausência da primeira.[678]

Com isso, referido autor aponta para outra importante questão. Muito embora conceitualmente não se confundirem, a legalidade e a legitimidade não são institutos estranhos entre si, possuindo, por conseguinte, estreita relação. Segundo referida doutrina, a análise da legitimidade é posterior à da legalidade, apenas podendo ser efetivamente legítimo um objeto cuja legalidade já fora comprovada. Funciona, destarte, como uma espécie de condição prejudicial: para chegar ao aspecto substancial da legitimidade, deve-se primeiro analisar se, formalmente, determinado instituto se coaduna com o ordenamento jurídico vigente.

Veja-se, a partir deste raciocínio, que, em que pese a legalidade da aplicação penal ao sistema econômico, tal reconhecimento não significa dizer que a economia é um objeto legítimo do direito penal. São abordagens diversas.

Por estas razões, ainda que, de forma objetiva, a tutela penal da economia possa ser considerada coerente com o ordenamento jurídico, que protege a economia e prevê o Direito Penal Econômico como um ramo protetivo da seara econômica, quando se confronta a essência do direito penal às peculiaridades da Economia, forçoso o reconhecimento da incompatibilidade dos institutos, o que torna clara a ilegitimidade da Economia enquanto bem jurídico-penal. Ainda que seja considerada legal, portanto, carece de legitimidade tal intervenção, sendo oportuna mais uma manifestação acerca do paralelo entre legalidade e legitimidade:

> A legalidade nos sistemas políticos exprime basicamente a observância das leis, isto é, o procedimento da autoridade em consonância estrita com o direito estabelecido. Ou em outras palavras traduz a noção de que todo poder estatal deverá atuar sempre de conformidade com as regras jurídicas vigentes. Em suma, a acomodação do poder que se exerce ao direito que o regula. [...] Já a legitimidade tem exigências mais delicadas, visto que levanta o problema de fundo, questionando acerca da justificação e dos valores do poder legal. A legitimidade é a legalidade acrescida de sua valoração. **É aceitar ou negar a adequação do poder às situações da vida social para que ele é chamado a disciplinar**. No conceito de legitimidade entram as crenças de determinada época, que presidem à manifestação do consentimento e da obediência. A legalidade de um regime democrático, por exemplo, é o seu enquadramento nos moldes de uma constituição observada e praticada; sua legitimidade será sempre o poder contido naquela constituição, exercendo-se de conformidade com as crenças, os valores e os princípios da ideologia dominante, no caso a ideologia democrática[679]

[678] CADERMATORI, Sérgio. *Estado de Direito e Legitimidade.* Campinas: Editora Studium, 2007, p.207.
[679] BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política.* São Paulo: Malheiros, 2000, p.111-112.

Deste paralelo entre legitimidade e legalidade emergem as razões da inadequação da proteção penal da economia, que pode, sim, ser considerada legal – por se coadunar com determinado ordenamento jurídico-normativo – mas carece de legitimidade quando posta em uma análise com a ciência penal, que lhe é, essencialmente, estranha.

Ao questionar a idoneidade da economia para servir de objeto à tutela penal, busca-se a referência a critérios valorativos que ultrapassam o mero texto legal. Isto é, para se concluir acerca da (i)legitimidade da tutela penal da economia, faz-se necessário identificar quais as características do sistema econômico que não se coadunam com o sistema penal, bem como o contrário: analisar quais os princípios e aspectos básicos do Direito Penal que não são respeitados quando se pretende aplicá-lo em situações que lhe são estranhas, ou mesmo em situações para as quais há outras formas – em outros ramos do direito – de tutela. Pode-se considerar, portanto, que a legitimidade é a legalidade acrescida de sua valoração. É o critério que se busca menos para compreender e aplicar do que para aceitar ou negar a adequação do poder às situações da vida social nas quais ele é chamado a disciplinar.[680] É por isso que quando se diz da inadequação da tutela penal do sistema econômico, refere-se, a claras luzes, à ilegitimidade da economia para merecer a proteção penal.

A partir de tais aspectos, tem-se que quando o Direito Penal é convidado a disciplinar determinadas situações da vida – que não carecem da tutela penal -, ele deve reconhecer-se ilegítimo, portanto flagrantemente inadequado, haja vista a impossibilidade de manutenção das suas características mais básicas nas manifestações objetivas desta "evolução". Se o objeto não se coaduna, não se adéqua, não responde às carências e necessidades básicas de determinada ciência, não pode ser, por ela, estudado.

A legitimidade é um *plus* em relação à legalidade. Pode-se, pois, afirmar que a "legitimidade caracteriza a norma jurídica como elaborada em conformidade com os princípios de justiça, de moral e de ética".[681] A legitimidade é a justificação da Lei. Lei sem legitimidade é exercício de força, simplesmente. A legitimidade é, portanto, "o fundamento do direito, a razão da obrigatoriedade da norma".[682]

Se uma lei carecer de legitimidade, a tendência natural é que as pessoas descumpram, pressionando pela revogação da lei. A legitimidade, pois, é instrumento para o cumprimento espontâneo das determinações legais. Por isso, pode-se afirmar que a legitimidade "traz uma noção de desejabilidade, é positivamente valiosa em relação ao poder, isto é, o poder

[680] WEYNE, Gastão Rúbio de Sá. *Legitimidade das Leis.* Um enfoque social. São Paulo: Scortecci, 2005, p.31.
[681] WEYNE, Gastão Rúbio de Sá. *Legitimidade das Leis. Um enfoque social.* São Paulo: Scortecci, 2005, p.14.
[682] *Ibidem,* p.16-17.

legítimo é preferível em relação ao ilegítimo".[683]

Há quem identifique na legitimidade um desdobramento da vontade popular, haja vista que, em regimes democráticos, a força motriz justificante, em ótica contratualista, é derivada da vontade do povo. Seria, no dizer de Carl Schmitt, uma manifestação do Estado Legiferante.[684]

A legitimidade, portanto, refere-se à esfera da consensualidade dos ideais, dos fundamentos, das crenças, dos valores e dos princípios ideológicos, em uma determinada conjuntura sócio-jurídica. Acima de tudo, a concretização da legitimidade supõe a transposição da simples detenção do poder e a conformidade com o justo advogadas pela coletividade.[685] Em última análise, no que diz respeito ao objeto temático desta tese, percebe-se o seguinte: é como se padecesse de injustiça, porquanto são afastados os princípios basilares do Direito Penal, uma intervenção criminal no Sistema Econômico.

A legitimidade, então, derivada da adoção de preceitos morais introduzidos no Direito por outros meios, que não a lei de forma exclusiva, levará em consideração, *v. g.*, as conquistas alcançadas pelo Direito Penal ao longo de toda a sua história, que não podem, portanto, ser simplesmente afastadas ou ignoradas simplesmente porque um novo – e inadequado – objeto lhe é submetido. Destarte, ainda que o Sistema Econômico reclame uma tutela jurídica, o Direito Penal não pode se afastar dos seus princípios ideológicos mais caros para tutelá-la – mormente em razão da pluralidade de ramos do direito capazes de oferecer tal disciplina sem que seus valores sejam ignorados. Em síntese, só é legítima a legalidade circunscrita em uma racionalidade cujo procedimento se situa entre processos jurídicos e argumentos morais."[686]

Gárzon Valdés estabelece uma relação de distinção entre legitimidade e legitimação. Esta última, para ele, é um juízo de natureza descritiva, consistente na aceitação e prática das regras criadas em um procedimento democrático. Nestes termos:

> *[...] si se piensa que algunas formas de las modernas democracias constitucionales possen legitimidad y ésta resulta de la similitud que existe entre el procedimiento democrático y el discurso moral [...], parecería obvio inferir que la aceptación y práctica del procedimiento democrático y de las reglas creadas de acuerdo com él (legitimación) es suficiente para otorgar*

[683] ADEODATO, João Maurício Leitão. *O problema da legitimidade. No rastro do pensamento de Hannah Arendt*. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p.19.

[684] SCHMITT, Carl. *Legalidade e Legitimidade.* Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

[685] WOLKNER, Antônio Calos. Pressupostos de Legitimação para se pensar a Justiça e o Pluralismo no Direito. *In:* MERLE, Jean- Christophe; MOREIRA, Luiz (Orgs.). *Direito e Legitimidade.* São Paulo: Landy, 2008, p. 417.

[686] MOREIRA, Luiz. *Fundamentação do Direito em Habermas.* Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p.74.

> *justificación moral al sistema (legitimidad) la que a su vez, dada la cultura política de la población, sería garantía de estabilidad.*[687]

Ainda sobre a diferenciação existente entre legitimidade e legitimação, João Maurício Leitão Adeodato[688] esclarece que, com o monopólio de normas jurídicas, a ascensão da lei e a positivação do direito, a legitimidade faz-se legitimação, o que significa transferir a questão de fundamento para uma ação legitimadora – alheia a conteúdos externos (sócio-culturais) - por parte do Estado e do ordenamento em geral.

Vale dizer, em análise crítica, o referido autor sustenta que a legitimidade e legitimação se distinguem na medida em que a primeira diz respeito ao fundamento sócio-cultural e axiológico da aceitabilidade de determinado objeto em sociedade, enquanto que a segunda consiste no processo político[689] pelo qual o Estado confere legitimidade (podendo neste ponto, falar-se em auto-legitimação) a certo instituto, ainda que em flagrante distanciamento dos aspectos externos (sócio-culturais) que deveriam preponderar.

Sob esta perspectiva crítica, não se deve olvidar que o nítido esvaziamento de conteúdo – é dizer, o referido distanciamento dos aspectos sócio-culturais - oferece o perigo de propiciar a constituição de um poder organizado que apresenta uma legitimidade que não possui fundamento nos referidos valores externos[690], o que proporciona uma auto-legitimação pautada em um discurso jurídico-político aparentemente fundamentado.

É exatamente, nesse contexto politicamente dispersivo, que se instalam os governos ditatoriais, autoritários, enfim, totalitários, nos quais a dominação apresenta uma *pretensão de legitimidade*[691] que possibilita o exercício do poder mediante uma estrutura funcional lastreada pela legalidade e racionalidade, que, no entanto, não possui legitimidade substancial.

---

[687] Tradução livre: "[...] se se pensa que algumas formas das modernas democracias constitucionais possuem legitimidade e esta resulta da similitude que existe entre o procedimento democrático e o discurso moral [...] pareceria óbvio inferir que a aceitação e a prática do procedimento democrático e das regras criadas de acordo com ele (legitimação) são suficientes para conferir justificação moral ao sistema (legitimidade) a qual, por sua vez, dada a cultura política da população, seria garantia de estabilidade. (GARZÓN VALDÉS, Ernesto. *El Concepto de Estabilidad de los Sistemas Políticos.* Madrid: CEC, 1987, p.16).

[688] ADEODATO, João Maurício Leitão. *O problema da legitimidade. No rastro do pensamento de Hannah Arendt*. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p.55.

[689] Sobre a ausência de profundidade – traduzida pelo distanciamento dos aspectos sócio-culturais - no processo político, eis o que pontua Hannah Arendt, in verbis: "*É surpreendente a diferença de categoria entre as filosofias políticas e as obras de todos os grandes pensadores – até mesmo de Platão. A política jamais atinge a mesma profundidade. A falta de profundidade de pensamento não revela outra coisa senão a própria ausência de profundidade, na qual a política está ancorada*". (ARENDT, Hannah. *O que é política?* Tradução: Reinaldo Guarany. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2009, p.21).

[690] ADEODATO, João Maurício Leitão. *O problema da legitimidade. No rastro do pensamento de Hannah Arendt*. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p.55.

[691] *Ibidem,* p.56.

Isso porque a legitimidade material (substancial) é conferida a determinado objeto na medida em que o mesmo esteja em consonância (compatibilidade) com os valores sócio-culturais extraídos das relações sociais em determinado momento histórico. Assim sendo, é plenamente razoável e correto afirmar que o movimento totalitário nazista, a despeito de apresentar uma flagrante auto-legitimação persuasiva, fora, na verdade, produto do interesse de determinados indivíduos, não revelando qualquer compatibilidade originária com o quadro axiológico-cultural da Alemanha no período entre - guerras. Com efeito, a propaganda e discurso persuasivo foram decisivos em contagiar e conquistar o povo alemão. Nesse sentido, observe-se o esclarecedor comentário de Hannah Arendt, *in verbis*:

> Por existirem num mundo que não é totalitário, os movimentos totalitários são forçados a recorrer ao que comumente chamamos de propaganda. Mas essa propaganda é sempre dirigida a um público de fora – sejam as camadas não-totalitárias da população do próprio país, sejam os países não-totalitários do exterior. Essa área externa à qual a propaganda totalitária dirige o seu apelo pode variar grandemente; mesmo depois da tomada do poder, a propaganda totalitária pode ainda dirigir-se àqueles segmentos da própria população cuja coordenação não foi seguida de doutrinação suficiente. Nesse ponto, os discursos de Hitler aos seus generais, durante a guerra, são verdadeiros modelos de propaganda, caracterizados principalmente pelas monstruosas mentiras com que o Führer entretinha os seus convidados na tentativa de conquistá-los.[692]

Sem embargo, Celso Lafer, em análise do pensamento de Hannah Arendt, lembra que a natureza dialógica da política propõe o problema da verdade factual, a qual apresenta como seu oposto não apenas o erro, como também a mentira; esta capaz de, nos sistemas políticos contemporâneos, manipular opiniões e determinar a sedimentação de governos totalitários. No intuito de corroborar o quanto asseverado acima, veja-se o sustentado pelo referido autor, *in verbis*:

> A natureza dialógica da política propõe o problema da verdade factual, que informa a estrutura deste diálogo. Com efeito, se a política se situa no campo da opinião, o problema da verdade factual – que é a verdade da política, uma vez que as outras verdades são monológicas – se resume na circunstância que, sendo verdade, ela não pode ser modificada, mas a sua maneira de asserção é a da opinião. Toda a seqüência de fatos poderia ter sido diferente porque o campo do possível é sempre maior que o campo do real. A verdade factual não é evidente nem necessária, e o que lhe atribui a natureza de verdade efetiva é que os fatos ocorreram de uma determinada maneira e não de outra. Destarte, o problema da verdade factual é que o seu oposto pode ser não apenas o erro mas também a mentira. Ora, a

[692] ARENDT, Hannah. *Origens do totalitarismo*. Tradução: Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989, p.391-392.

> mentira, nos sistemas políticos tradicionais, era limitada porque, sendo limitada a participação política, ela não implicava normalmente em auto-ilusão – os que a manipulavam sabiam distinguir a verdade da mentira. Entretanto, no mundo contemporâneo, estas distinções tendem a desaparecer porque as novas técnicas de comunicação somadas à incorporação das massas nos sistemas políticos levaram a novas modalidades de manipulação de opinião. Uma delas é o image-making, que não é um embelezamento da realidade mas um seu substitutivo.[693]

Ultrapassadas a diferenciação entre legitimidade e legitimação e a referida análise crítica acerca do processo de auto-legitimação, verifica-se, de forma objetiva e conclusiva, que legitimidade e legalidade perdem a sua identificação no momento em que se admite que um ordenamento pode ser legal, mas injusto."[694]. É o que ocorre, de forma exata, com a tutela penal da economia. Ainda que o ordenamento jurídico preveja, de um lado, a proteção do Sistema Econômico, e, de outro, a existência do subsistema penal - o que, à primeira vista, nos conduz à conclusão da legalidade de uma tutela penal da economia –, tais previsões não emprestam legitimidade a tal intervenção, ante a flagrante violação a preceitos dogmáticos e ético-morais conquistados e consagrados ao longo da História.

O que se busca, então, é a demonstração da carência de legitimidade do Direito Penal para intervir na Economia. É, em poucas palavras, ilustrar a incapacidade de um Direito Penal Econômico que preserve os valores, as idéias e as concepções subjetivas que são naturais do próprio Direito Penal. Isto é, não se questiona, neste trabalho, a falta de legitimidade constitucional para a tipificação de crimes econômicos, tampouco a legitimidade do poder que instituiu tais normas.

No entanto, importa sinalizar – mesmo não sendo este o objeto temático do presente capítulo - que, muito embora o Texto Constitucional de 1988 tenha consagrado a proteção à Ordem Econômica (artigo 173, § 4º, CF de 1988), o constituinte originário não optou pela criminalização das infrações contra o Sistema Econômico, uma vez que não se referiu, em momento algum, à intervenção penal na Economia.

Ainda que houvesse um suposto mandato expresso de criminalização, o legislador ordinário não estaria, necessariamente, obrigado a confeccionar legislação infraconstitucional concernente à tipificação penal das condutas atentatórias ao Sistema Econômico. Neste sentido, Janaina Conceição Paschoal sustenta o seguinte, *ipsis litteris*:

> Assumir que o constituinte já avalia o merecimento e a necessidade da tutela penal, estando, portanto, o legislador obrigado a criminalizar,

[693] LAFER, Celso. *Hannah Arendt:* pensamento, persuasão e poder. São Paulo: Paz e Terra, 2003, p.61.
[694] CADERMATORI, Sérgio. *Estado de Direito e Legitimidade.* Campinas: Editora Studium, 2007, p.126.

> significa voltar as costas ao necessário caráter material da lei e da própria Constituição, importando ainda a desconsideração dos princípios informadores do Direito Penal mínimo, que, em última instância, pauta-se na necessidade efetiva e não meramente formal da tutela penal.[695]

Sem embargo, tendo em vista uma interpretação lógico-sistemática e teleológica da Constituição Federal de 1988, verifica-se que o constituinte originário optou por um modelo de Direito Penal mínimo[696]. Assim sendo, a criminalização das infrações contra a Economia traduz uma diretiva de neocriminalização – de cunho sócio-político – que ignora os pilares do consolidado sistema penal teleológico racional finalístico, pelo qual toda e qualquer intervenção do *jus puniendi* desnecessária deve ser afastada. Efetivamente, não pode o Direito Penal vir a tutelar bens jurídicos (aqui, especificamente, o Sistema Econômico), para os quais sejam reconhecidos outros meios de controle social aptos à realização da mencionada proteção.

Portanto, finaliza-se o presente tópico com a certeza de que as noções basilares - necessárias a permitir a demonstração da ilegitimidade que entremeia a intervenção penal na Economia – foram bem traçadas e suficientemente delineadas.

3.1.7.3 A ilegitimidade da Economia enquanto bem jurídico-penal

> Nos últimos tempos têm-se manifestado diversas posições, sobretudo derivadas dos novos desafios próprios da hodierna sociedade pós-industrial, pós-moderna, também identificada acertadamente como sociedade de risco ou da globalização, em que as tradicionais soluções do direito penal nem sempre se revelam adequadas à resolução de novos problemas.[697]

O foco deste estudo, portanto, é demonstrar que o Direito Penal não tem legitimidade para intervir na Economia em razão de esta última não ser um objeto idôneo a viabilizar a tutela daquele.

---

[695] PASCHOAL, Janaina Conceição. *Constituição, criminalização e direito penal mínimo.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 84.

[696] Nesse sentido, eis o que pontua Luiz Luisi, *ad literam*: "A constituição vigente no Brasil diz serem invioláveis os direitos à liberdade, à vida, à igualdade, à segurança e a propriedade (artigo 5º caput), e põe como fundamento do nosso Estado democrático de direito, no artigo 1º do inciso III, a dignidade da pessoa humana. Decorrem, sem dúvidas, desses princípios constitucionais, como enfatizado pela doutrina italiana e alemã, que a restrição ou privação desses direitos invioláveis somente se legitima se estritamente necessária a sanção penal para a tutela de bens fundamentais do homem, e mesmo de bens instrumentais indispensáveis a sua realização social. Destarte, embora não explícito no texto constitucional, o princípio da intervenção mínima se deduz de normas expressas da nossa Grundnorm, tratando-se de um postulado nela inequivocamente implícito". (LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais.* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003, p.40).

[697] MONTE, Mário Ferreira. *Da Legitimidade do Direito Penal Tributário.* Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p.147.

É com base nos conceitos clássicos de Direito Penal, nas garantias mínimas reconhecidas e consagradas mundialmente, nas estruturas e classificações criadas para que se procedesse ao estudo desta ciência que se verifica a inexistência de compatibilidade entre Direito Penal Econômico e o mencionado ramo do Direito. É, numa análise *contrario senso,* ilegítima a Economia enquanto bem jurídico tutelado pelo Direito Penal.

Nessa mesma linha de raciocínio hermenêutico, eis o quanto sustentado por José Faria da Costa acerca dos equívocos de uma especialização – decorrência incontornável da chamada pós-modernidade – mal empreendida, maximizada ao extremo, *in verbis*:

> Por outro lado, e agora aqui estamos já a olhar a realidade a partir do horizonte dos penalistas, parece haver alguma resignação dos cultores do direito penal perante aquela insensibilidade. Resignação, não tanto no continuar a defender a validade do princípio de que o direito penal só deve intervir no patamar da *ultima ratio* mas antes no aceitar, sem mais, a proliferação de várias especializações de direito penal. Repetimos: temos para nós que não basta haver uma norma incriminadora no âmbito da defesa do consumo, ou no âmbito da protecção do ambiente para que estejamos já perante um direito penal do consumo ou um direito penal do ambiente. Não será que se está a cair, de novo, em puro nominalismo? O puro *nomen*, o mero significante, a indefinível poalha a determinar o essencial, a conformar o sentido material das coisas? E não é também aquela dispersão um índice seguro do próprio caldo cultural onde se move a chamada pós-modernidade? Dispersão que não é uma figura retórica, antes se assume como uma característica determinante deste tempo quando a classificamos como fragmentaridade ou mesmo fragmentação. E não terá a chamada pós-modernidade como característica ou segmento determinante a exaltação ao paroxismo da especialização, da fragmentação? Por certo que sim. Por isso, a especialização, quando mal compreendida, é, de modo insofismável, o lugar privilegiado, por antonomásia, de equívocos.[698]

Para que seja reconhecida a legitimidade do Direito Criminal para disciplinar determinada conduta, é necessário que se faça uma análise minuciosa: tal tutela deve ser necessária, útil e idônea – concomitantemente. Isto é, ainda que se reconheça que referida providência é necessária, somente se demonstradas sua utilidade e sua idoneidade é que se poderá atestar tal conclusão.

Isto porque, a partir da sinalização acerca da importância de se proteger o Sistema Econômico, pode-se chegar à parcial conclusão da necessidade da tutela penal da economia. Tal raciocínio, todavia, não se faz bastante para que seja verificada a legitimidade desta intervenção.

[698] COSTA, José de Faria. *Direito Penal Económico.* Coimbra: Quarteto, 2003, p.25-26.

Uma intervenção penal útil, por seu turno, é aquela que, efetivamente, possibilita seja aplicada a sanção cabível – e operadas as funções da pena – para o efetivo transgressor da norma penal. Também sob este viés, chega-se a conclusões parciais, segundo as quais se poderia considerar útil uma intervenção criminal para proteger o sistema econômico. Esbarra, todavia, na noção de idoneidade, a tutela penal da economia.

Uma intervenção penal que se pretenda idônea é aquela que mantém vivos e saudáveis os preceitos, pressupostos, direitos e garantias mínimos do Direito Criminal. A partir do instante em que conquistas importantes e consagradas, a exemplo do princípio da legalidade estrita – especificamente, o princípio da taxatividade -, são afastadas em nome de uma tutela de urgência da economia, é de se questionar a legitimidade de tal providência.

Se a intervenção penal na economia não consegue fazer preservados os princípios mais caros ao Direito Penal, é porque a segunda não merece a tutela do primeiro. A este respeito, precisa a seguinte transcrição:

> Nessa trilha, questiona Hassemer sobre quanto de sua tradição o direito penal deverá abrir mão para manter contato com as mudanças sociais, afirmando logo que 'qualquer que seja o porto em que venha ancorar, mesmo um direito penal funcional não poderá abrir mão dos seguintes princípios: penas com responsabilidade individual, cominações de penas a lesões de bens jurídicos palpáveis, proporcionalidade e direitos fundamentais do condenado.[699]

Isto porque, o dinamismo que caracteriza as mudanças sociais atuais não consegue manter vivos os postulados tradicionais do Direito Penal, haja vista que tal gama de valores basilares não está apta a se adequar a cada nova realidade que, de forma rápida e avassaladora, se descortina. Acerca desta evolução:

> Muito mais complexa é a situação hoje vivida. O chamado Direito Penal da Sociedade de Risco, aliado a todos os problemas da globalização imperante, acabou por transformar o referencial clássico. Crises sociais, como é o trágico fenômeno do terrorismo, ou a incerteza do trato das novas tecnologias, ou, ainda, situações como a da presente investigação, guardando fenômenos econômicos, dão importância ao novo momento explicativo da antecipação penal. Tal abreviação do momento de tutela, como já foi visto, há de se dar mediante a utilização de delitos de perigo abstrato, dos quais, em seguida, se ocupará. No entanto, algumas considerações devem ser feitas com o escopo de melhor ser entendida a

[699] CIPRIANI, Mário Luís Lírio. Direito Penal Econômico e legitimação da intervenção estatal. *In:* D'ÁVILA, Fábio Roberto; SOUZA, Paulo Vinícius Spoleder de (Orgs.). *Direito Penal Secundário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.458.

> idéia do Direito Penal como Direito Penal de Perigo. Inicialmente, é de se ter que as concepções subjetivas do injusto não parecem adequadas para a forma resolutiva do problema. O subjetivismo imperante não se mostra adequado para a repressão penal.[700]

Observe-se, *v. g.,* que a própria evolução dinâmica da cultura das civilizações, que trouxe de forma indevida a tutela penal da economia, consoante já tratado em capítulo pretérito, gerou, como consectário inafastável e desastroso, de forma significativa, a existência de normas penais em branco – repletas de elementos normativos abertos e vagos -, positivadas em forma de tipos penais abertos. A este respeito:

> Ficou dito já que, de um ponto de vista jurídico-formal, direito penal secundário é o conjunto de normas de natureza punitiva que constituem objeto de legislação extravagante e contém, na sua generalidade, o sancionamento de ordenações de carácter administrativo. [...] Valerá a pena, em todo o caso, acentuar ainda o seguinte: a localização deste direito fora dos códigos penais só aparentemente será insignificativa, enquanto, na verdade, é um sintoma material e historicamente fundamental do seu modo-de-ser. O direito penal secundário é campo por excelência de incriminações condicionadas em alta medida por exigência espácio-temporalmente bem definidas. Exigências que, visando sancionar a violação da *ordem jurídico-administrativa estadual,* reenviam em regra para esta no que toca à determinação – eminentemente mutável – do seu conteúdo, constituindo por isso com freqüência normas penais em branco.[701]

Veja-se, por exemplo, que quando é adequada a intervenção penal, é possível que seja evitada a instituição de normas em branco, ou tipos penais amplamente abertos. Isto porque, quando se refere a bens jurídicos tradicionalmente consagrados e protegidos, o direito penal, idôneo para discipliná-los, não carece se afastar de seus postulados básicos – em especial, a taxatividade.[702]

Neste contexto, ao se pretender punir condutas que afetem bens jurídicos tradicionais ou de primeira necessidade, é possível se falar em tipos penais concretos, em harmonia com o postulado da legalidade estrita. Quando se prevê, por exemplo, que homicídio constitui crime, tal conduta guarda seus principais aspectos preservados – em diferentes momentos históricos e em diferentes contextos sociais. Ao revés, o dinamismo social e as manifestações culturais

---

[700] SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal econômico como direito penal de perigo.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.96.

[701] DIAS, Jorge de Figueiredo. Para uma dogmática do direito penal secundário. Um contributo para a reforma do direito penal económico e social português. *In*: PODVAL, Roberto (Org.). *Temas de direito penal econômico.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p.24.

[702] "Um dos critérios para distinguir o direito penal de justiça do direito penal secundário é o de que o primeiro, de um modo geral, protege os bens jurídicos pessoais, enquanto que o segundo protege os de natureza econômico-social (MONTE, Mário Ferreira. *Da Legitimidade do Direito Penal Tributário.* Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p.92).

representativas do progresso das civilizações se revelam incompatíveis com o modelo estruturante de punição criminal. Esse contexto evolutivo, então, cuida de exigir, por exemplo, que as normas penais que disciplinam estas novas situações sejam, outrossim, abstratas (abertas e vagas), para que acompanhem a rápida adaptação do contexto social que é verificada.

Além de tipos penais em branco, materializados nas chamadas normas abstratas ou abertas, uma importante característica da desastrosa tentativa de se tutelar penalmente o Sistema Econômico é a presença importante e significativa de normas de perigo, afastando-se da lesividade (concreta) – princípio consagrado do direito criminal. Isto é, neste pretenso ramo do direito penal, pune-se com freqüência a simples situação de perigo, sem, muitas vezes, restar verificada a efetiva ocorrência de dano – outrora pressuposto para a intervenção penal. A este respeito:

> Esta diferente conformação axiológico-constitucional dos bens jurídicos tem diversas implicações no modo como o direito penal nuclear e o direito penal secundário concedem tutela a esses bens: desde a identificação dos respectivos bens jurídicos até a construção do tipo, passando pela forma mais ou menos avançada da tutela a conceder, em que a relação entre a lesão e o perigo adquire uma grande importância.[703]

E é por isto que se afirma a importância de se ver relacionado o perigo e a lesão efetiva. Com efeito, não se ignora o fato de as situações de perigo, em casos excepcionais, demandarem incidência do direito penal. O que ocorre, entretanto, é que este chamado Direito Penal Econômico inverte os valores e transforma a exceção em regra, prevendo uma pluralidade insustentável de crimes de perigo, ignorando a necessidade do dano para tornar viável e idônea a tutela penal. Ainda no que diz respeito à estreita relação de causa e efeito entre o direito penal econômico e as normas de perigo:

> As coisas modificam-se com a Revolução Francesa e o advento do Estado de Direito formal. Mas modificam-se – o que só muito raramente se vê anotado – unilateralmente, é dizer, por banda da concepção administrativa, que não pela do direito penal. Neste persiste, com efeito, uma segura tradição, de entono jusnaturalista, que essencialmente o delimita por sobre o âmbito dos 'delitos naturais', no sentido dos comportamentos que representam ataques a *direitos subjectivos individuais.* A Administração, porém, finalmente surgida nos umbrais da ordem jurídica e sujeita à limitação da legalidade, concentra agora a sua actividade de polícia na *proteção antecipada de perigos* para a consistência dos direitos subjectivos dos particulares. Assim se põe pela primeira vez o problema da conexionação da tutela penal com as ofensas à actividade policial da Administração, também esta agora juridicamente relevante. E assim surge

[703] MONTE, Mário Ferreira. *Op. cit.,*2007, p.94.

> um "direito penal policial" – depois crismado *direito penal administrativo* -, que se distinguia do direito penal tradicional – ou *direito penal de justiça* – apenas por constituir uma linha avançada de defesa deste, visando a protecção, não de direitos subjectivos determinados, mas de uma série mais ou menos indeterminada de perigos de violação daqueles direitos.[704]

Ao tutelar o perigo, como referido acima, o legislador se antecipa ao dano exigido pelo direito penal, e pune a conduta do agente. Retira-se o foco de importância do próprio bem jurídico, que não sofreu qualquer dano, mas cuja mera proteção já enseja a incidência penal. Observe-se, neste contexto, que o próprio conceito de bem jurídico – mais um valor inerente ao Direito Penal Nuclear e Tradicional – é relativizado, com a predominância da punição das situações de perigo em detrimento daquelas em que, efetivamente, há dano.

Com esta situação narrada, forçoso o reconhecimento de mais uma inversão valorativa na disciplina penal da economia. Isto porque o Direito Penal Nuclear, que repousa nos postulados consagrados ao longo da história deste importante ramo do Direito, disciplina a sua incidência a partir da necessidade de proteger determinado bem jurídico – que venha a ser concretamente violado. Destarte, o legislador penal parte do interesse na proteção a determinado objeto e, a partir daí, pune as condutas que lhe causam dano. Ao revés, quando se fala deste Direito Penal Secundário, a ordem lógica estabelecida pelos postulados tradicionais do direito criminal é afastada. Neste contexto, a partir da tentativa de se proteger esses novos bens jurídicos, a incidência penal tem como objeto o próprio comportamento humano, a conduta realizada e, num segundo plano, protege-se o bem jurídico. É como se a proteção ao bem jurídico não fosse o objetivo da incidência penal, funcionando como mera conseqüência da incidência penal, o que inverte a lógica do sistema penal teleológico racional de orientação finalista.

Com efeito, observe-se:

> No fundo, esta tese significa que no direito penal comum se pode identificar, sem grande dificuldades, ontológico-normativamente o interesse a proteger e a partir dali construir o tipo que o deve proteger e que deve proibir necessariamente toda e qualquer conduta que o lese ou ponha em perigo. No direito penal secundário, pelo contrário, primeiro estabelece-se um comportamento que se proíbe e só a partir deste comportamento proibido se pode, através de um juízo interpretativo, determinar o bem jurídico protegido.[705]

---

[704] DIAS, Jorge de Figueiredo. Para uma dogmática do direito penal secundário. Um contributo para a reforma do direito penal económico e social português. *In*: PODVAL, Roberto (Org.). *Temas de direito penal econômico.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p.13.

[705] MONTE, Mário Ferreira. *Da Legitimidade do Direito Penal Tributário.* Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p.98

Observe-se aqui a conclusão inafastável de que o fundamento da punição para este Direito Penal secundário repousa na proibição do comportamento, e não na efetiva proteção ao bem jurídico. E, ainda, esta situação poderia levar à idéia de que as condutas que se lhe subjazem não teriam ressonância axiológico-social, mas apenas a proibição do comportamento fundamentaria a punição, visão que atiraria o Direito Penal secundário para limites indistinguíveis com outras áreas da normatividade próximas.[706]

O raciocínio é, então, o seguinte: se o direito penal econômico em muito se afasta dos postulados básicos do direito penal, não sendo possível a previsão de crimes econômicos que não violem seus valores mais caros, então não se trata, em verdade, do nascimento de um ramo de direito criminal, haja vista a economia consistir um objeto que lhe é estranho, cuja tutela se deu de maneira forçada e cujos resultados tendem a ser desastrosos. É preciso compreender, de fato, que a moldura dos novos direitos é muito grande para os tradicionais equipamentos do direito penal.[707]

Sob este viés, no que concerne às conseqüências nefastas ocasionadas por uma intervenção penal ilegítima no âmbito econômico, eis o que assinala Laura Zuñiga Rodríguez, *ad literam*:

> *En todo caso, para dar una contestación a esta cuestión de suyo compleja, es preciso observar los cambios que este ingreso del Derecho Penal económico ha producido en el sistema penal. En muchas tipificaciones de estos delitos se produce una serie de características que afectan principalmente al principio de taxatividad, pero también al de subsidiariedad y proporcionalidad. Leyes penales en blanco, tipos abiertos, normas de reenvío, problema de la accesoriedad administrativa, técnicas de adelantamiento de la intervención, delitos que sancionan la mera desobediencia, son todos aspectos de la nueva configuración de los tipos penales socioeconómicos.* [...] *Los efectos que tal caracterización de las modernas tipificaciones ha producido en el sistema dogmático penal, pueden concentrarse en la ya manida frase de 'crisis del Derecho Penal'. En efecto, además de la vulneración de principios por parte de esta moderna legislación, debe anotarse que en la propia doctrina también se han producido fisuras fundamentalmente por privilegiar en muchos casos la eficiencia, la estabilidad de la norma, la eficacia en la intervención, sacrificando las categorías y sus reglas de imputación. Además de la garantía de taxatividad, quedan en entredicho los principios de ofensividad y culpabilidad, principales piedras de toque de la teoría del delito, así como*

[706] *Ibidem,* p.99.
[707] CIPRIANI, Mário Luís Lírio. Direito Penal Econômico e legitimação da intervenção estatal. *In:* D'ÁVILA, Fábio Roberto; SOUZA, Paulo Vinícius Spoleder de (Orgs.). *Direito Penal Secundário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.458.

las garantías de subsidiariedad y proporcionalidad en la intervención.[708]

Com efeito. Bens jurídico-penais tradicionais, adaptáveis a tipos penais cerrados, a crimes de dano, com descrição típica perfeitamente realizada pelo legilador, como, por exemplo, a proteção que é dispensada à vida, são objetos flagrantemente legítimos a merecerem a tutela penal, ainda que em *ultima ratio*. Isto porque, os institutos básicos de Direito Penal, as garantias mínimas já conquistadas, todo o seu conjunto de princípios, a dogmática penal, as estruturas de estudo e análise desta ciência, se coadunam com a proteção a estes bens chamados clássicos, protegidos juntos à própria noção de civilização.

Nessa passagem específica, convém sinalizar a seguinte advertência, qual seja: a despeito de, no bojo da presente tese, restar sustentada a ilegitimidade da intervenção penal na Economia, não se ignora a possibilidade e necessidade da criminalização de algumas condutas atentatórias a determinados bens jurídicos supra-individuas tais como a saúde pública, o idoso, a criança e o adolescente, etc. Enfim, deve ser ressaltado que a ilegitimidade que, aqui, se demonstra, alcança, apenas e tão-somente, a intervenção penal no Sistema Econômico, não reverberando seus efeitos a toda e qualquer criminalização de infrações contra bens jurídicos de natureza supra-individual, universais, macrossociais, metaindividuais ou transindividuais.

A economia, por seu turno, assim como bens jurídicos outros, fruto do desenvolvimento cultural das civilizações, não encontra adequação com os institutos básicos do Direito Penal, não estando apta, portanto, a ser, por ele, tutelada. Analisar se o Direito Penal deve aventurar-se a proteger determinado bem jurídico não é uma análise simples e abstrata. É necessário que se verifique a compatibilidade entre as essências: a do objeto a ser tutelado e a do próprio substrato dogmático-normativo do qual exsurge a respectiva tutela – na hipótese, a proteção penal. De nada adianta a utilização de uma ferramenta repressora para situações que não lhe são afins. A conseqüência tende, como se tem verificado, a ser desastrosa, ante a inaptidão do Direito Penal e a conseqüente ineficácia das normas incriminadoras econômicas.

A ilegitimidade do Direito Penal na Tutela da Economia relaciona-se, portanto, à estranheza deste novel bem jurídico às básicas lições da Ciência Penal. A ilegitimidade não repousa exclusivamente no fato de o bem ser novo, vai mais além: como as relações econômicas são muito dinâmicas, o Direito Penal - salvo se for desnaturado (da maneira que sendo!) -, preso a amarras garantistas que lhe dão a necessária característica e fisionomia, não tem a aptidão necessária para

[708] RODRÍGUEZ, Laura Zuñiga. Relaciones entre derecho penal y derecho administrativo sancionador ¿Hacia una 'administrativización' del derecho penal o una 'penalización' del derecho administrativo sancionador? *In:* MARTIN, Adán Nieto. (Coord.). *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos.* In memorian. v.I. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha; Ediciones Universidad Salamanca, 2001, p.1422-1423.

resguardar este bem, desenvolvido a partir da noção de cultura. Veja-se:

> Já a idéia de legitimidade perpassa pela consagração jurídica e política do que se entende por Estado Constitucional de Direito, no qual toda e qualquer expressão da responsabilização penal para além de pretender proteger bens jurídicos, deve, sim, fundamentalmente, possibilitar a efetivação democrática de limitação da intervenção estatal, principalmente, de cunho repressivo-punitivo, ainda, que, apenas opere na dimensão simbólico-preventiva seja na formulação da regra jurídico-penal, seja na sua aplicação, evitando-se, assim, ao máximo, a eleição de quaisquer outras vias penalizantes (criminalizantes) que se circunscrevam tão-somente no marco do controle sócio-penal violento autorizado por processos de 'legitimação'.[709]

A legitimidade de determinado bem jurídico para merecer a tutela penal, portanto, guarda estreita relação com a própria natureza do bem, na medida em que "*el bien jurídico es el primer momento em todo proceso de justificación de La injerencia penal. Es um requisito necessário pero no suficiente de La legitimida constitucional de La intervención penal sobre La liberdad general de los cidadanos*" [710]

Quer-se, de forma impositiva, criar a legitimidade da intervenção penal na economia mediante a proteção dos referidos (novos) bens culturais, mormente porque os demais ramos do direito estariam a se revelar inócuos. Ao invés de se buscar que estes outros ramos – civil, administrativo, tributário – cumpram o seu papel, com as suas ferramentas e a sua forma de intervenção, busca-se, com a ameaça de uma pena criminal (ilegítima, porque relacionada a bens que não são jurídico-penais) dar cumprimento a estes novas regras. Os tipos penais incriminadores são criados desde que a intervenção penal seja legítima. A legitimação é prévia. No caso do Direito Penal Econômico, primeiro criaram-se os tipos penais e só depois que se começou a ter preocupação com a legitimidade. Criaram-se os crimes buscando-se a legitimidade *a posteriori*.

Não se ignora, por óbvio, a necessidade de uma proteção do sistema econômico. O que se repele, de forma veemente, é que esta proteção seja oportunizada pelo Direito Penal, haja vista o rol de características tais como intervenção mínima, subsidiariedade[711], *ultima ratio* que lhe

---

[709] RAMIDOFF, Mário Luiz. *Política Criminal:* legitimidade versus legalidade. Disponível em: <http://www.parana-online.com.br/canal/direito-e-justica/news/257809/?noticia=POLITICA+CRIMINAL+LEGITIMIDADE+VERSUS+LEGALIDADE>. Acesso em: 13 jan. 2009.

[710] BERENGUER, Enrique Orts; CUSSAC, José L. González. *Compendio de Derecho Penal. Parte General.* Valencia: Tirant lo Blanc, 2008, p.153.

[711] Acerca da necessária subsidiariedade que deve permear o Direito Penal, confira-se o quanto salientado por Eduardo Correia, *in verbis*: "[...] daí acentuar-se o princípio da subsidiariedade do direito penal econômico relativamente a outras formas não penais na luta contra as infrações das normas ligadas a um certo sistema de

são inerentes. A este respeito:

> O direito penal é de natureza subsidiária. Somente se ocupa de lesões a bens jurídicos e delitos contra fins de assistência social, desde que tal intervenção seja indispensável a uma vida em comum ordenada. Onde os demais meios do direito, que não o penal, bastem, o direito penal deve retirar-se. Por mais veemente que seja a reação até mesmo da sociedade, só se pode recorrer ao direito penal em situações para as quais bastem outros procedimentos mais suaves para preservar ou reinstaurar a ordem jurídica, a intervenção estatal carecerá da legitimidade que lhe advém da necessidade social.[712]

Isto é, ainda que a disciplina penal do Sistema Econômico seja de aceitação popular, tal contexto não se faz suficiente para atestar sua legitimidade. Isto porque, muito embora o conceito de legitimidade guarde estreita relação com institutos como, por exemplo, a aceitação social, a análise que ora se propõe é a verificação da (in)adequação da economia para figurar na qualidade de bem jurídico-penal, haja vista a incapacidade do enquadramento jurídico-penal da Economia respeitar os postulados básicos atinentes ao Direito Penal.

Com efeito, João da Costa Andrade[713] adverte, corretamente, que a legitimade material não pode ser aferida, unicamente, por meio da legitimidade que advém do consenso (leia-se: aceitação social), uma vez que "tal consenso apenas nos permite observar aquilo que uma comunidade historicamente situada considera como os meios mais adequados à prossecução dos valores que essa mesma comunidade comunga". Ainda nesse sentido, observe-se:

> Resulta disso tudo que o Estado, ao deparar-se com as novas formas de criminalidade, cria e usa sem medida os tipos penais, descaracterizando o

---

economia. Todos sabem, porém, como a utilização de um critério de necessidade é altamente perigoso como já definia Schiler<<desconfiai, nobre senhor, não julgueis uma coisa justa só porque é útil ao Estado>>. De qualquer maneira, a idéia da subsidiariedade, nesse pensamento contida, não deixa de fazer chamar a atenção de um legislador prudente para uma política preventiva através de modificações, integração ou informação dos textos legais que prevejam actividades irregulares da vida econômica; da preparação ou condicionamento das pessoas que tem acesso ao mundo de direção das empresas, etc. assim, neste caminho, também a modificação da lei sobre sociedades no que toca ao capital, responsabilidade, fiscalização, publicidade, etc; a limitação das zonas de segredo podem prevenir a prática de muitas condutas capazes de prejudicar a confiança na vida econômica. Seria ainda possível, por via legal, mas não criminal, utilizar medidas directas ou indirectas (por exemplo: acordos privados, indenizações...". (CORREIA, Eduardo. Introdução ao Direito Penal Económico. *In: Direito Penal Economico e Europeu: Textos Doutrinários. Volume 1.* Problemas Gerais. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p.301-302).

[712] SUXBERGER, Antônio Henrique Graciano. *Legitimidade da Intervenção Penal.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p.126.

[713] ANDRADE, João da Costa. O erro sobre a proibição e a problemática da legitimação em Direito Penal (elemento diferenciador entre o Direito Penal Económico e o Direito Penal de Justiça). *In:* COSTA, José Faria de (Coord.). *Temas de Direito Penal Económico.* Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p.31).

> direito penal fundado na intervenção mínima. Ressalvado o justo interesse na proteção da economia e do mercado financeiro, na ânsia de conter as mudanças, os novos conceitos e a nova criminalidade, o Estado utiliza o direito penal para proteger esses bens jurídicos, que, mais do que proteção efetiva, pretende dar uma resposta à sociedade procurando sobrestar as manifestações de indignação que surgem a todo momento, o que constitui um erro crasso.[714]

Dito de forma mais clara e direita; o fato de o bem ser importante, de a sociedade necessitar que ele permaneça incólume, não traduz, por si só, a legitimidade para a intervenção penal. A legitimidade da intervenção penal - que já é *ultima ratio* para os bens que lhe são afins -, além de levar em consideração a necessidade e importância do bem, precisa também considerar a aptidão, a idoneidade e adequação da tutela – pressuposto essencial a viabilizar a legitimidade da intervenção penal.

3.1.7.4 Da impossibilidade de uma legitimação penal forçada da Ordem Econômica.

Legitimação é um processo de reconhecimento da legitimidade de determinado instituto. Por meio de uma avaliação de legitimação, chega-se à conclusão se determinado objeto é ou não legítimo em relação a um dado referencial. Noutros termos, podemos entender o termo legitimidade como produto final de um processo denominado legitimação."[715] Determinado processo, portanto, consiste uma avaliação das características e peculiaridades de um objeto em relação a um referencial, a fim de analisar a sua compatibilidade. A este respeito, especificamente em relação ao processo de legitimação no âmbito jurídico-penal, clarificadoras são as sinalizações de José Luis Díez Ripollés, *ipsis litteris*:

> Dentro dos subsistemas de controle social, opta-se pela modalidade mais enérgica, que é o controle social jurídico-penal que tolera o emprego de penas; isso se legitima cumulativamente pela irrenunciabilidade do objeto perseguido e o caráter subsidiário diante de outras modalidades de política e de controle social. Mas o modelo concreto de intervenção sócio-jurídico escolhido e sua legitimação devem ajustar-se estritamente aos limites da afetação dos planos de vida individuais reconhecidos aos poderes públicos no momento de estabelecer a ordem social. Um exercício da intervenção sócio-jurídica mencionada que ignora tais conteúdos não se legitimaria por

714 CIPRIANI, Mário Luís Lírio. Direito Penal Econômico e legitimação da intervenção estatal. *In:* D'ÁVILA, Fábio Roberto; SOUZA, Paulo Vinícius Spoleder de (Orgs.). *Direito Penal Secundário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.457.
715 CADERMATORI, Sérgio. *Estado de Direito e Legitimidade.* Campinas: Editora Studium, 2007, p.119.

> superar os limites do poder acordados socialmente.[716]

Neste contexto, vê-se que a inadequação do Direito Penal para tutelar a ordem econômica conduz à inexorável ilegitimidade, que, como já cabalmente demonstrado, não se confunde com legalidade. A ilegitimidade desta tutela, pois, deriva, além da sua inadequação – de fato, a tutela penal da Economia não permite a indispensável observância aos postulados estruturantes do Direito Penal -, do desrespeito ao caráter subsidiário que o Direito Penal deveria apresentar sempre. Colha-se, neste particular, a lição de Ferrajoli:

> a legitimação formal é aquela assegurada pelo princípio da legalidade e pela sujeição do juiz à lei. A legitimação substancial é aquela que provém da função judiciária e da sua capacidade de tutela ou garantia dos direitos fundamentais do cidadão.[717]

Especificamente acerca da necessária observância aos postulados básicos do Direito Penal ao tempo em que se pretende implementar uma determinada intervenção criminal – na hipótese, a intervenção penal na Economia -, indispensável o entendimento de José de Faria Costa sobre a temática posta sob exame:

> [...] o que não podemos, sob pena de destruirmos os alicerces últimos em que radica a legitimidade da intervenção penal, é passar por cima de princípios tão fundantes [...] nem a necessidade de combater a criminalidade grave ou gravíssima pode potenciar a subversão de alguns princípios fundamentais de direito penal [...]. e se não se deve fomentar, muito menos se deve fazer crer que só através da subversão se consegue algum êxito na luta contra este tipo de criminalidade. Aquele êxito passa, em nosso juízo, pelo envolvimento de outras instancias.[718]

Então, se há um objeto e se quer se proceder à análise da sua legitimidade em relação a determinado instituto, deve-se começar por identificar as características deste objeto que se coadunam com este instituto. Por exemplo, ao se analisar a legitimidade da proteção à vida em face do Direito Penal, deve-se verificar se a aplicação de sanções penais a eventuais transgressores de normas de proteção à vida podem ser aplicadas em harmonia com os postulados básicos do Direito Penal. Em sendo afirmativa a resposta, tal objeto serve ao direito penal e merece a sua tutela.

Este processo de reconhecimento da legitimidade, por outro lado, não pode se dar

---

[716] RIPOLLÉS, José Luis Díez. O direito penal simbólico e os efeitos da pena. *Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais.* Direção: Juarez Tavares, Luis Regis Prado e Miguel Reale Júnior. São Paulo: Revista dos Tribunais, Ano 1, 2004, p.31.

[717] FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal.* Tradutores: Ana Paula Zomer e outros. São Paulo: RT, 2002, p.735.

[718] COSTA, José de Faria. O fenômeno da globalização e o direito penal econômico*. Revista brasileira de ciências criminais.* Ano 9, abril-junho/2001, n.34, p. 25.

de maneira forçada. Não se pode fazer com que objeto e referencial percam as suas próprias nuances em razão de uma pretensa conquista de legitimidade. Funciona, outrossim, como um juízo declaratório: a legitimidade é reconhecida, e não forçada.

A título de exemplo, convém mencionar o próprio objeto deste trabalho. Quando se busca, a qualquer custo, tornar legítima a intervenção penal da economia, acaba-se por desconsiderar as características, princípios e nuances próprias tanto do Sistema Econômico quanto do Direito Penal. Objeto e referência, neste caso, afastam-se, em muito, das suas peculiaridades mais básicas, a fim de se constituir uma legitimidade que, nesta hipótese, não fora (e não pode ser!) reconhecida. O resultado padece, por óbvio, de critério e razoabilidade.

O que se verifica então, na busca incessante em inserir o Direito Penal no Sistema Econômico, a partir de uma atuação temperamental do legislador que busca colocar o Direito Penal onde não lhe cabia, é uma busca por legitimar algo que já carece de legitimidade em sua origem.

Em outras palavras: o juízo de legitimidade acerca de determinado instituto é um juízo declaratório: parte-se para uma análise do instituto e do seu referencial e, a partir dali, reconhece-se ou não a sua legitimidade. Um processo de legitimação, por seu turno, consistiria uma tentativa de tornar um objeto legítimo a determinado referencial. Fosse o Sistema Econômico um objeto possível de ser adaptado, alterado, ter suas bases e essências modificadas, talvez o Direito Penal viesse a ser legítimo para tutelá-lo, porquanto, neste caso, a tipicidade se adequaria perfeitamente a tais realidades. Todavia, Direito Penal e Economia são ciências de bases sólidas, valores inafastáveis e conceitos difundidos (estruturas dogmáticas estáveis), sendo, portanto, inviável um processo de legitimação forçado.

A respeito da relação causa-efeito do processo de legitimação e do juízo de legitimidade:

> A legitimidade difere assim da legitimação, isto é, do processo categorial de legitimação da utilização da força (violência) para o controle sócio-penal, precisamente, por coincidir com a possibilidade democrática de limitação da intervenção realizada pelos poderes públicos (5), a qual se impõe pelo reconhecimento às convenções paritariamente adotadas através de opções políticas que se vincularam aos princípios fundamentais incorporados constitucionalmente para a (re)organização social e (re)estruturação do Estado brasileiro como, por exemplo, o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana , os quais demandam respeito e responsabilidade de todos.[719]

[719] RAMIDOFF, Mário Luiz. *Política Criminal:* legitimidade versus legalidade. Disponível em: <http://www.parana-online.com.br/canal/direito-e-justica/news/257809/?noticia=POLITICA+CRIMINAL+

Não é por meio da força e da imposição que o Direito Penal irá proteger os bens jurídicos que surgem com o desenvolvimento cultural das civilizações. O Sistema Econômico não é um objeto a ser adaptado ao Direito Penal, através de um processo de legitimação, tampouco a Ciência Penal reestruturada para tutelá-lo. Aquele é simplesmente incompatível e estranho a este, tornando qualquer tentativa de relacioná-los uma inevitável deturpação da Ciência Penal.

> Diante desse panorama de expansão impensada do direito penal, sem a preocupação de uma intervenção penal que se pretenda legítima, revela-se imperioso que o intérprete volte seus olhos à reestruturação de uma intervenção penal que implique verdadeira síntese entre a abordagem ôntica e a consideração valorativa, sem descurar de uma preocupação de aptidão funcional a caracterizar o direito penal.[720]

Os fins do Direito Penal, as razões pelas quais ele foi criado, a função repressora e punitiva que ele exerce perante a sociedade guardam estreita relação com os bens jurídicos que ele protege. A finalidade da Ciência Penal, portanto, acaba por tornar legítima a proteção a determinados bens jurídicos, e ilegítima a tutela penal de bens outros, que lhe são incompatíveis. Foge, portanto, dos fins do Direito Penal Clássico, a tutela penal da economia.

> A finalidade do direito penal, de garantir a convivência pacífica na sociedade, está condicionada a um pressuposto limitador: a pena só pode ser cominada quando for impossível obter esse fim através de outras medidas menos gravosas. O direito penal é desnecessário quando se pode garantir a segurança e a paz jurídica através do direito civil, de uma proibição de direito administrativo ou de medidas preventivas extrajurídicas. [721]

Exatamente por se tratarem de bens jurídicos que podem, e devem, ser tutelados por outros ramos do direito – os não penais – é que o Direito Penal é inadequado. Veja-se, por exemplo, que até mesmo os bens jurídico-penais mais clássicos merecem apenas a intervenção penal em última instância. Isto é: sendo, a honra, um bem jurídico penal clássico, que reclama proteção penal e que se coaduna com a ciência penal, é indiscutível a possibilidade de incidência de uma norma penal no momento em que se lesione tal bem. Observe-se, pois, que, em relação ao patrimônio, à integridade física, à administração pública, bens jurídicos antiqüíssimos, diversas são as teses de que se socorre para evidenciar o caráter de *ultima ratio* do Direito Penal – insignificância, adequação social, imputação objetiva, tipicidade conglobante, elementos negativos do injusto...

Para violações de menores proporções, entretanto, os outros ramos do Direito

---

LEGITIMIDADE+VERSUS+LEGALIDADE>. Acesso em: 13 jan. 2009.

[720] SUXBERGER, Antônio Henrique Graciano. *Legitimidade da Intervenção Penal.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p.77.

[721] ROXIN, Claus. *Estudos de Direito Penal.* Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 33.

podem ser suficientes, não carecendo a incidência penal nestas hipóteses. Ora. Se para os bens cuja essência se compatibiliza com a Ciência Penal, a aplicação do Direito Penal é restrita e limitada; para aqueles bens que não guardam relação alguma com referida ciência, a aplicação penal é, então, despropositada. O grande problema é que as pessoas, por não acreditarem em outras instituições, terminam por transferir para o direito penal a tarefa de a tudo regulamentar e tratar, desde a fabricação de açúcar até a organização de fila em dia de eleições...

Neste momento, retoma-se a questão da legitimidade enquanto adequação - como tentativa de difusão de um ideal de justiça - e, desta análise, também é afastada a tutela penal da Economia. Inseparáveis, portanto, noções de legitimidade e justiça, uma vez que quando se analisa a legitimidade, por exemplo, de um bem figurar na condição de objeto de tutela penal, questiona-se, de logo, se é justo que o Direito Penal opere naquele instante. É como um poder, que precisa ser legítimo para ser justo. Ou, nas palavras de Denilson L. Werle e Mauro V. Soares:

> [...] o que confere legitimidade ao poder, portanto, é a racionalidade imanente à **própria forma jurídica de que se reveste o exercício do poder**. A legitimidade do poder se dá por via da legalidade. [...] segundo Habermas, tão logo o direito positivo perca sua ligação com os aspectos da justiça, se torna difusa a própria identidade do direito, pois lhe faltam os pontos de vista legitimadores pelos quais o sistema jurídico poderia preservar o sentido normativo de sua estrutura.[722]

Indaga-se: ao tutelar a Economia, o Direito Penal preserva a sua identidade, as suas bases, a sua essência e finalidade? Se a resposta é negativa, isto é, se as garantias mínimas arduamente consagradas no sistema penal não podem coexistir com uma tutela penal da economia, é forçosa a conclusão pela ilegitimidade desta (a Economia) para sofrer qualquer interferência penal, sob pena de flagrante distanciamento da justiça (formal e material). É preciso que sejam mantidas as essências do referencial com o qual se busca analisar a legitimidade de um instituto (o objeto).

Sob esta perspectiva, observem-se os lúcidos dizeres de Simone Goyard-Fabre, *ad literam*:

> De qualquer forma, uma crise de legitimidade é sempre, como efeito de uma dicotomia das motivações, um bloqueio das instituições existentes, porque as estruturas normativas que representam já não atendem às necessidades e aos ideais da opinião. As sociedades modernas regidas hoje pelo capitalismo avançado viveriam uma **crise de identidade desse tipo, devida ao fracasso da legitimação racional, incapaz de assumir o patrimônio acumulado pela cultura tradicional.**[723]

[722] WERLE, Denilson L.; SOARES, Mauro V. Política e Direito: A questão da legitimidade do poder político no Estado Democrático de Direito. *In:* NOBRE, Marco; TERRA, Ricardo (Orgs.). *Direito e Democracia.* São Paulo, Malheiros, 2008, p.130

[723] GOYARD-FABRE, Simone. *Os Princípios Filosóficos do Direito Político Moderno. São Paulo:* Martins

Assim, se o patrimônio cultural referente ao Direito Penal não é capaz de ser preservado quando se busca tutelar, por meio do referido ramo do Direito, o Sistema Econômico, é forçoso o reconhecimento da inaptidão das sanções penais na disciplina de condutas danosas à economia. O que ocorre, no entanto, é que o progresso e desenvolvimento das sociedades, além de apresentar novos objetos, pode determinar novos supostos processos de legitimação, a fim de que os objetos pareçam merecer tutela penal. Seria a hipótese de uma pretensa legitimidade da economia para funcionar enquanto bem jurídico-penal. Proceder-se-ia, equivocadamente, a uma legitimidade forçada do sistema econômico, cujas bases sólidas seriam relativizadas, em relação ao Direito Penal, cujos preceitos e conceitos básicos seriam afastados. Neste sentido; "Ora, as necessidades, os conflitos e os novos problemas postos pela sociedade no início do milênio geram também formas alternativas de legitimação de direitos que desafiam e põem em dificuldade a teoria clássica do Direito."[724]

Neste pretenso (e impossibilitado!) processo de legitimação, o legislador parece tentar corresponder aos anseios punitivos da população, trazendo à disciplina penal objetos que lhe são essencialmente inapropriados. Ora, se o Direito Penal, que, para os objetos que lhe são efetivamente afins, funciona como *ultima ratio,* o que se pode dizer da aplicação do Direito Penal em substrato cultural no qual não é idôneo para figurar? Este dito progresso social, com o aval do legislador no afã de disciplinar penalmente os novos bens jurídicos que surgem com o desenvolvimento cultural das civilizações, traz o Direito Penal, outrora subsidiário e excepcional, à prioridade de aplicação, disciplinando muito mais situações do que as que, de fato, lhe seriam cabíveis. Com efeito, o Direito Penal, mediante uma verdadeira inflação legislativa em matéria criminal, vem sendo maximizado[725] em uma tentativa infrutífera de oferecer o Direito Penal, consoante bem enfatiza Leonardo Sica[726], na condição de panacéia de todos os males que afligem a sociedade. Nesse contexto:

> A valer, a recente produção legislativa do direito penal brasileiro parece carecer de qualquer racionalidade. Tal constatação não se confunde com aquelas propugnada pela Escola de Kiel, de Schafstein e Dahm, na Alemanha nazista, que se voltava à negativa do conceito de bem jurídico, mas alcança um direito penal que se afasta das constatações dogmáticas de um sistema aberto de Direito, criminológicas e de política criminal. O direito

---

Fontes, 2002, p.298.

[724] WOLKNER, Antônio Calos. Pressupostos de Legitimação para se pensar a Justiça e o Pluralismo no Direito. *In:* MERLE, Jean- Christophe; MOREIRA, Luiz (Orgs.). *Direito e Legitimidade.* São Paulo: Landy, 2008, p.423.

[725] Gérson Pereira dos Santos, ao tratar do fenômeno da hipercriminalização, aduz que a incriminação torna-se um fim em si mesmo. SANTOS, Gérson Pereira dos. *Direito Penal Econômico*. São Paulo: Saraiva, 1981, p.42.

[726] SICA, Leonardo. *Direito Penal de Emergência e Alternativas à Prisão*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p.82.

> penal brasileiro tem passado de *ultima ratio* a *prima ratio,* efetuando a construção de verdadeiras ignomínias, motivadoras de grandes embates doutrinários e jurisprudenciais.[727]

Nesta busca incessante por criminalizar condutas, o legislador afasta-se das preocupações acerca da legitimação penal e faz com que *o* Estado cada vez mais se valha de uma legislação de cunho simbólico[728] e estigmatizante. [729] E então descortina-se a intenção do legislador ao trazer tais institutos, completamente estranhos, à disciplina penal: demonstrar uma pretensa efetividade na proteção aos direitos da sociedade, punindo severamente eventuais transgressores. Tal intenção, além de inapropriada, não pode ser concretizada. Observe-se:

> Entretanto, essa eficiência do 'direito penal moderno' é apenas aparente, incidindo tão somente no âmbito psicológico-social dos sentimentos de insegurança. Em outras palavras, converte-se, frise-se uma vez mais, num mecanismo puramente simbólico e distante do terreno instrumental.[730]

Neste contexto, verifica-se o caráter meramente simbólico de um pretenso Direito Penal Econômico. Isto porque, quando se chega à conclusão de que, nem o Sistema Econômico pode afastar-se de suas origens, nem o Direito Penal pode abrir mão de suas conquistas mais básicas e dos seus postulados estruturantes, tem-se um Direito Penal Econômico simbólico, que existe para responder aos anseios punitivos da sociedade, mas que, em verdade, não tem aptidão para disciplinar as situações, o que acaba comprometendo a própria efetividade do sistema. Neste sentido:

> O direito penal simbólico surge justamente na produção legislativa unicamente dirigida à produção na opinião pública de uma impressão tranquilizadora de um legislador atento e decidido. A crescente prioridade assumida pela questão criminal na agenda político-eleitoral tem produzido um discurso bélico contra o crime, com palavras de ordem como "lei e ordem" ou "tolerância zero", que permeia os canais de comunicação social e a forma como as instituições, não somente penais, identificam e

---

[727] SUXBERGER, Antônio Henrique Graciano. *Legitimidade da Intervenção Penal.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006*,* p.4.

[728] Sob esta perspectiva, em uma análise acerca da expansão do Direito Penal e o correlato efeito simbólico, eis o que sinaliza Jesús-María Silva Sánchez, *ad literam*: "*No es infrecuente que la expansión del Derecho penal se presente como producto de una especie de perversidad del aparato estatal, que buscaría en el permanente recurso a la legislación penal una (aparente) solución fácil a los problemas sociales, desplazando al plano simbólico (esto es, al de la declaración de principios, que tranquiliza a la opinión pública) lo que debería resolverse en el nivel de lo instrumental (de la protección efectiva)*". (SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales.* Madrid: Cuadernos Civitas, 2001, p.19).

[729] SUXBERGER, Antônio Henrique Graciano. *Legitimidade da Intervenção Penal.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p.4.

[730] *Ibidem,* p.77.

confrontam os seus conflitos de integração social.[731]

A legitimação forçada da Economia para ser submetida à disciplina penal, ao mesmo instante em que cria um ramo de Direito Penal meramente simbólico – já que existe em razão das aparências e para supostamente responder anseios sociais – compromete, ainda, a própria eficácia do sistema. Isto porque, se são criadas normas meramente simbólicas, de legitimidade comprometida, e que, em verdade, não apresentam estrutura compatível com o modelo dogmático da Ciência Jurídico-penal, restará prejudicada e impossibilitada a aplicação de tais normas, disseminando a idéia de ineficiência da tutela penal. Editam-se as normas, para responder às aspirações de "justiça" da população que, por serem tecnicamente frágeis – já que violam preceitos e postulados básicos (legalidade estrita, taxatividade, dentre outros) – não tornam sua aplicação possível.

Acerca desta idéia de ineficiência do Direito Penal - regada através da edição de normas legais (e que por isto existem no campo normativo), porém ilegítimas, vale dizer, a despeito de a legalidade estar presente, a ilegitimidade da intervenção penal é patente, resultando, por conseguinte, na própria ineficácia normativa -, convém transcrever o seguinte escólio:

> Na retórica e na prática, observa-se com nitidez a construção de um conceito deturpado de eficiência do sistema de justiça criminal – o discurso do "eficientismo penal" - fundado em falsa contraposição de dois interesses igualmente legítimos e necessários: a aplicação da lei penal e a proteção das garantias individuais. O objetivo de assegurar a "eficiência da justiça penal", que no Estado de Direito deve ser ponderado com outros interesses, converte-se em argumento legitimador de reformas legislativas e administrativas, voltadas ao esvaziamento das garantias processuais do suspeito e do acusado e ao recrudescimento dos poderes investigatórios e punitivos do Estado. O Direito penal se afasta de uma função precípua de controle do emprego da força pelo Estado, de 'infranqueável barreira da política criminal' (v. Liszt), para converter-se em instrumento de combate à criminalidade.[732]

A eficiência do sistema penal é colocada, portanto, em risco, na medida em que o aplicador do Direito não consegue dar efetividade a uma norma que, por ser ilegítima (incompatível com o sistema penal teleológico racional), resta inaplicável. Tal conjunto normativo representa, apenas, a violação às conquistas consagradas há séculos, das quais o Estado Democrático de Direito não pode abrir mão. Ressalte-se, ainda, que aqueles que possuem um mínimo de trato com a noção

[731] SUXBERGER, Antônio Henrique Graciano. *Legitimidade da Intervenção Penal.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p.67.
[732] DIAS NETO, Theodomiro. *Segurança Urbana:* o modelo da nova prevenção. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p.95.

de Justiça criminal podem concluir que os instrumentos utilizados numa intervenção desta natureza não estão aptos a tratar eficientemente as condutas atentatórias ao Sistema Econômico. Noutros termos: os instrumentos utilizados pelo Direito Penal na disciplina nestes novos e transindividuais direitos são reconhecidamente inaptos para combater a realidade infracional.

Junte-se a este contexto, ainda, o fato de que mesmo que sejam aplicadas as normas penais econômicas, exatamente por não se coadunarem com os postulados clássicos de Direito Penal, bem como ao próprio ideal de justiça, o fim buscado - que se acredita ser a manutenção da eficiência e operacionalidade do Sistema Econômico - não será alcançado pela via criminal, haja vista a sua já demonstrada inidoneidade para tanto. É dizer, além de comprometer a eficácia da norma editada – repercutindo, assim, na própria efetividade do Sistema Penal -, ainda que se busque forçosamente aplicá-la, o fim almejado não será alcançado. Nesta linha de raciocínio:

> Callegari traz posição bem definida ao explicar que 'muitas vezes se tem a impressão de que a criação de tipos penais serve para resolver os problemas que a administração não consegue, é dizer, problemas tributários, fiscais, previdenciários etc. [...] em alguns casos a criação de tipos penais são surtirá nenhum efeito, uma vez que nem sempre se conseguirá o esperado, isto é, não são os novos tipos penais que solucionarão os problemas da economia de um país.[733]

É exatamente este o raciocínio: a Economia é incapaz de assumir o patrimônio cultural acumulado pelo Direito Penal, não lhe sendo possível a aplicação da intervenção penal, portanto. Se as civilizações evoluem, a ponto de ser descoberto e criado um número cada vez maior de bens jurídicos, isso não significa que o Direito Penal deva estar presente para protegê-los todos, funcionando como mera pílula dourada que em nada resolverá a questão econômica, servindo-se apenas para um falacioso e efêmero fim simbólico[734]. Não se está afirmando, por óbvio, que esses novos bens não merecem tutela jurídica. Merecem, sim! E de forma legítima; através da incidência do Direito Civil, do Direito Administrativo, do Direito Tributário, e não do Direito Penal.

Evidenciada a questão da ilegitimidade da intervenção penal na economia, passa-se a cuidar de outro ponto, que ratifica esta ilegitimidade: os desdobramentos do direito penal do inimigo para o direito penal econômico.

---

[733] CIPRIANI, Mário Luís Lírio. Direito Penal Econômico e legitimação da intervenção estatal. *In:* D'ÁVILA, Fábio Roberto; SOUZA, Paulo Vinícius Spoleder de (Orgs.). *Direito Penal Secundário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.457.

[734] FERRARI, Eduardo Reale. A ilegitimidade da criminalização das condutas atentatórias ao meio ambiente. *In:* ANDRADE, Manuel da Costa; COSTA, José de Faria; RODRIGUES, Anabela Miranda; ANTUNES, Maria João. (Orgs.). Liber *Discipuloruim para Jorge de Figueiredo Dias.* Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p.1196.

3.2 DIREITO PENAL ECONÔMICO COMO DIREITO PENAL DO INIMIGO?

> O que há de especial em relação a um – sit venia verbo - criminoso normal é o fato de que não basta unicamente uma punição proporcional à culpa, devendo-se, pelo contrário (no caso de antecipação), proceder antes do fato ou complementarmente à pena, de modo a assegurá-la. Pode-se perguntar por que essa [medida de] segurança chama-se Direito Penal do Inimigo, quando se trata de um direito de segurança. A razão dessa denominação é dada pelo legislador, que configura formalmente a proteção como um Direito Penal: os membros de uma organização criminosa são punidos de acordo com a lei (ultrapassando a medida da perturbação da paz ocorrida) e não colocados sob custódia, e as medidas de reabilitação e segurança são sempre reguladas como anexos do Direito Penal no Código Penal.[735]

A referência que abre este tópico pode bem ilustrar, numa primeira visão, o quê se entende por Direito Penal do Inimigo. Em verdade, consoante se demonstrará, a expressão Direito Penal do Inimigo corresponde a uma contradição nos próprios termos. Sem embargo, deve ser esclarecido que o Direito Penal do Inimigo representa um combate a certas classes, a certas e determinadas pessoas – desviantes dos padrões de normalidade ditados por alguém (leia-se: as camadas sociais dominantes ideologicamente) – aos inimigos, enfim, que, para determinado setor da sociedade, na modernidade, teriam, na delinqüência econômica, a sua maior expressão de evidência. Basta, para isso, ver todo o espetáculo criado em torno de mega-operações da polícia[736].

Com efeito, em todo o território nacional, há algum tempo, tornou-se habitual a realização de mega-operações promovidas pelo Departamento de Polícia Federal, destinadas, mormente, a desconstituir as atividades delitivas operadas por grupos ou quadrilhas, o denominado 'crime organizado'. Tal comportamento está sendo visto como uma política elogiável e que demonstra a evolução daquela instituição policial, a qual tem se aparelhado à altura dos criminosos que visa combater.

No entanto, o que vem preocupando abalizado setor doutrinário jurídico-penal, principalmente no contexto da proteção aos direitos humanos e às garantias materiais e processuais penais, é a freqüência com que as operações da Polícia Federal, que, em tese, seriam elogiáveis, são desenvolvidas com o completo e integral acompanhamento abusivo dos meios de comunicação de

[735] JAKOBS, Günther. *Direito Penal do Inimigo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p.43.

[736] Não se pretende, com isso, afirmar que as camadas mais abastadas não devem ser investigadas. Somente se luta para que - para elas e para todas as demais - as garantias sejam devidamente observadas.

massa em geral – verdadeiro espetáculo midiático.[737]

Sob este viés, torna-se necessário recorrer aos lúcidos dizeres de Sérgio Ricardo de Souza relativos a tais operações da Polícia Federal:

> Esse acompanhamento da mídia tem permitido uma transmissão imediata, não só das notícias alusivas a buscas e apreensão de bens e documentos, mas também da prisão de suspeitos, os quais sequer foram indiciados [...]. [...] não há qualquer lei que autorize a autoridade policial a submeter o suspeito ou mesmo, o indiciado (investigado) ao constrangimento de ser filmado ou fotografado pelos profissionais ligados aos meios de comunicação jornalística e, acha-se patente que esse investigado não perde a sua condição de ser humano e a proteção constitucional à sua honra e imagem.[738]

Acerca das referidas mega-operações da Polícia Federal, importa registrar que a afronta aos direitos fundamentais e às garantias constitucionais irrenunciáveis do investigado, em sede de persecução criminal, há muito não mais se restringem às classes menos favorecidas, reverberando seus efeitos maléficos – democraticamente – por todas as camadas sócio-econômicas.

Efetivamente, durante muitos anos, afirmava-se que o direito penal era perverso em relação às camadas menos favorecidas da sociedade. Sobretudo a partir do advento da criminologia crítica, as classes menos favorecidas, ordinariamente marcadas por serem da clientela preferencial do sistema criminal, passaram a ser estudadas com mais vigor pelos criminólogos. O Direito Penal passava a ser duramente criticado pela sua seletividade. Neste caso, malgrado toda a construção teórica em desfavor da legitimação da intervenção punitiva, o Direito Penal continua sendo uma intervenção traumática e dolorosa, a qual deveria consubstanciar a última conseqüência jurídica a ser utilizada, apenas e tão-somente, quando verdadeiramente necessária (*ultima ratio*).

Ocorre, no entanto, que, sob a pseudo alegação de isonomia, já agora, usa-se o Direito Penal, com ainda menos garantias, para perseguir as camadas mais abastadas. Pode-se notar, pois, que a intervenção penal na economia, com o aparecimento de novos bens culturais, representa – por todos os seus contornos apresentados - mais uma manifestação do perverso Direito Penal do Inimigo. Curiosamente, há quem, de forma fascista, invoque uma garantia fundamental – a isonomia – para pretender destruir tantas outras (legalidade estrita, ofensividade, presunção de inocência). Assim, pouco importaria se novas pessoas – as mais favorecidas - passassem, ainda que contempladas com menos garantias, a fazer parte desta manifestação punitiva perversa. Sobre a referida temática, lapidar a lição de Alberto Toron, haurida há exatamente uma década:

---

[737] SOUZA, Sérgio Ricardo de. *Controle Judicial dos Limites Constitucionais à Liberdade de Imprensa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p.165.
[738] *Ibidem,* p.166-167.

> Todavia, com a aparição dos 'novos' personagens do mundo do crime, os abusos que antes eram objeto de viva repulsa, passaram a ser não apenas tolerados, como, de certa forma, incentivados. [...] Tem-se a impressão de que se cultiva uma ideologia de "hora e vez da burguesia na política". Essa forma de pensar esquece que, numa sociedade edificada sobre a base da dignidade humana [...] não se pode conviver com a execração pública, degradação e linchamento moral dos cidadãos, ainda que abastados, como forma de exercício do poder, tal qual se fazia no absolutismo sem que estivessem garantidos o direito de defesa e o devido processo legal dos atingidos. Por outras palavras, o que outrora se combateu como opressão dirigida aos segmentos desfavorecidos, porque afrontoso aos Direitos Humanos, não pode, perversamente, vir validado e aplaudido como se fosse a 'democratização do Direito Penal'.[739]

Observam-se, pois, na doutrina, vozes que verdadeiramente justificam a preocupação de Toron. Para estes novos bens culturais, tipificados na intervenção penal na economia, há pessoas a enxergar o grande inimigo do Direito Penal moderno. Demoniza-se a criminalidade contra a ordem econômica, nascida pelo desenvolvimento de cultura, como uma forma de, sub-repticiamente, questionar a posse maior de riquezas. Há uma perseguição aberta às novas camadas atingidas pelo Direito Penal. No intuito de corroborar o quanto sinalizado nas linhas pretéritas, note-se o clamoroso excesso, criado politicamente e em visão maniqueísta desacertada, o qual segue transcrito *ipsis litteris*:

> Mas nesse ponto do estudo propomos uma reflexão: Será que os delitos contra a ordem econômica não mereciam também a qualificação de hediondos, pra que sobre eles recaíssem os gravames penais, uma vez que, se considerarmos os resultados concretos que alcançam tais delitos, percebemos que vitimam como verdadeiros genocídios.[740]

Pensar que quem comete um crime econômico é responsável indiretamente por genocídio é demonstrar, às mais claras luzes, um desconhecimento notório das noções basilares da teoria do crime. Ao recordar as lições introdutórias sobre o delito, observa-se que as condutas precisam ser fixadas diretamente em relação aos seus resultados, sem possibilidade de haver regresso ao infinito. O desvalor de sua punição deve estar em seu resultado direto, objetivo, não se podendo analisar todos os demais impactos – oblíquos e indiretos - de uma eventual infração. Se este argumento fosse válido – de que quem comete um crime econômico é responsável por

[739] TORON, Alberto Zacharias. Crimes de Colarinho Branco: Os Novos Perseguidos? São Paulo: *Revista Brasileira de Ciências Criminais,* n.28, ano 7, outubro-dezembro/1999, p.74.

[740] PINHEIRO JÚNIOR, Gilberto. *Crimes Econômicos. As Limitações do Direito Penal*. São Paulo: Edicamp, 2003, p.60.

genocídio –, pela mesma forma e pelos mesmos motivos, dir-se-ia que quem conseguiu controlar o fogo e a pólvora é responsável igualmente por todos os genocídios da História. Se assim fosse - seguindo a equivocada ilação - quem subtraísse valores de uma pessoa que padecesse de problemas mentais e, pelo desespero da subtração, terminasse cometendo suicídio, responderia também pelo resultado lesivo (a morte). Os reflexos de uma conduta sempre precisam ser diretos, especificamente ligados a ela. Do contrário, chegar-se-ia a uma espiral sem fim, a uma busca infinita de culpados e de responsáveis, que violaria, a um só tempo, a responsabilidade penal pessoal e o nexo de causalidade.

Enfim, sustentar o referido entendimento é posicionar-se em pólo diametralmente oposto ao qual estão alicerçadas as bases do moderno sistema penal racional-teleológico, que mantém intrínseca relação com o modelo liberal assumido pelo atual Estado Democrático Social e de Direito.

Diante do quanto exposto, é possível traçar a seguinte conclusão: já que o Direito Penal não pode violar as garantias fundamentais em virtude da tutela dispensada aos bens da civilização, tampouco malferir os direitos humanos ao fundamento de proteger os bens tradicionais, cuja lesão se constata pelo resultado danoso; com as mesmas razões não pode desrespeitar estas garantias em relação aos novos bens jurídicos, resultantes dos perigos criados pela cultura.

Pode-se ver, pois, que, sob a alegação de intervir na economia, resguardando o modo de produção de comportamentos indesejáveis, pretende-se, em verdade, abrir uma perseguição contra determinadas pessoas, alterando, inclusive, garantias conquistadas há séculos. A intervenção penal na economia é, seguramente, uma das mais visíveis manifestações do Direito Penal do Inimigo.

O tópico subseqüente versa justamente sobre o quanto asseverado acima, a saber: a intervenção jurídico-penal na economia representa, efetivamente, uma fiel manifestação do Direito Penal do Inimigo, uma vez que apresenta características que remontam o referido segmento teórico proposto e defendido por Günther Jakobs.

3.2.1 Direito Penal do Inimigo. Primeiras linhas. Significado. Histórico. Conceito. O entrecruzamento do Direito Penal Econômico e do Direito Penal do Inimigo

Inicialmente, antes de abordar os elementos e manifestações de Direito Penal

Econômico que evidenciarão as suas relações com o Direito Penal do Inimigo, impõe-se conceituar este último, a fim de demonstrar realmente a aproximação entre este segmento teórico e aquele ramo do Direito.

Historicamente, o Direito Penal fora (e ainda é!) marcado por um sem-número de barbaridades. Castigos, mutilações, grave sofrimento físico e mental fizeram parte do desenvolvimento do direito punitivo[741]. Por conta disso, mesmo nos bens da civilização, passou a haver uma preocupação com a criação de determinadas garantias[742]. Surgiram, pois, dentre outras garantias, a necessidade de preservar a dignidade humana; o principio da isonomia, refletindo que todos devem ser tratados da mesma maneira perante o Estado; o principio da materialização penal do fato, uma vez que as pessoas devem ser punidas pelo que elas fizeram e não por quem elas são, representando o verdadeiro afastamento do direito penal do autor, com a consagração do direito penal do fato; a necessidade de haver danos concretos, consubstanciada na noção de ofensividade, por meio da qual as pessoas não podem ser punidas por comportamentos que não sejam lesivos; o principio da não perpetuação das penas, a limitar o *jus puniendi* estatal. Enfim, o direito penal tradicional, apesar de sugerir que as pessoas se comportem licitamente – função motivadora de comportamentos – é o direito penal da lesão, do fato.

Nesse contexto, sinalizou-se que a ilegítima intervenção penal na economia, nos bens culturais, contradiz uma série destas garantias acima expostas. Ver-se-á, agora, que a sistematização do Direito Penal do Inimigo também se afasta destas garantias. Por conta disso, sustenta-se, neste trabalho, a visível aproximação entre os ideais fundantes do Direito Penal do Inimigo e o Direito Penal Econômico.

Inicialmente, releva notar que a denominação Direito Penal do Inimigo foi formulada, descritivamente, por Jakobs, passando este a defender e apregoar esta "modalidade" de Direito Penal apenas há pouco tempo atrás, no ano de 1999. Sobre o assunto, a propósito desta

[741] Nesse sentido, conferir Michel Foucault, o qual retrata a relação intrínseca que havia entre suplício e direito punitivo. Observe-se, *ipsis litteris*: "[Damiens fora condenado, a 2 de março de 1757], a pedir perdão publicamente diante da porta principal da Igreja de Paris [aonde devia ser] levado e acompanhado numa carroça, nu, de camisola, carregando uma tocha de cera acesa de duas libras; [em seguida], na dita carroça, na praça de Gréve, e sobre um patíbulo que aí será erguido, atenazado nos mamilos, braços, coxas, e barrigas das pernas, sua mão direita segurando a faca com que cometeu o dito parricídio, queimada com fogo de enxofre, e às partes em que será atenazado se aplicarão chumbo derretido, óleo fervente, piche em fogo, cera e enxofre derretidos conjuntamente, e a seguir seu corpo será puxado e desmembrado por quatro cavalos e seus membros e corpo consumidos ao fogo, reduzidos a cinzas, e suas cinzas lançadas ao vento". (FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir:* nascimento da prisão. Tradução: Raquel Ramalhete. Petrópolis: Vozes, 2006, p.09).

[742] Sob esta perspectiva, eis o que Cesare Bonesana - o Marquês de Beccaria –, há aproximadamente dois séculos atrás, já anunciava, *ad literam*: "Entre as penalidades e no modo de aplicá-las proporcionalmente aos delitos, é necessário, portanto, escolher os meios que devem provocar no espírito público a impressão mais eficaz e mais durável e, igualmente, menos cruel no corpo do culpado". (BONESANA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução: Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2006, p.49).

mudança de ponto de vista em Jakobs, convém colacionar a lição de Prittwitz:

> Para justificar esta guinada de 180 graus, Jakobs essencialmente diz que aquele que se comporta como inimigo (e Jakobs realmente emprega, mal se pode crer, a expressão "não-pessoa") também merece ser tratado como inimigo – portanto não como pessoa. O grande número de inimigos de dentro e de fora – e Jakobs apresenta também cenários ameaçadores vindos com a globalização – não deixam ao Estado Democrático outra chance senão reagir com o direito penal do inimigo.[743]

O que causou espécie na comunidade internacional não foi identificar a existência de inimigos, de pessoas com menos garantias para o Direito Penal. O que causou espécie foi deixar de ter uma postura meramente narrativa, expositiva, para passar a defender a aplicabilidade de um instituto assim forjado.

Com efeito, consoante bem salienta Víctor Goméz Martín[744], a posição adotada por Jakobs, inicialmente, em relação ao Direito Penal do Inimigo consistia, basicamente, em uma descrição do fenômeno comentado, sendo que, posteriormente, o autor alemão se mostrou abertamente favorável a existência de um segmento de Direito Penal do Inimigo, estabelecendo a necessidade de que o destinatário daquele conjunto normativo (áspero e desnudado de garantias fundamentais!) fosse qualificado como um autêntico inimigo da sociedade.

Desgraçadamente, apesar de a nomenclatura Direito Penal do Inimigo ser nova, pode-se ver, desde os tempos de desenvolvimento da civilização até o crescimento da cultura, que há uma tendência em selecionar inimigos, em selecionar pessoas que não são dignas das garantias da intervenção penal[745]. Se, de um lado, a nomenclatura pode parecer algo novo, a essência é até bem antiga. Veja-se a construção efetuada por Muñoz Conde, a partir das lições de Mezger:

> *En todo caso, este planteamiento no es nuevo. También en el pasado se han dado fundamentaciones doctrinales similares y se han defendido la existencia de 'dos Derechos penales', sacando de ello determinadas consecuencias teóricas y prácticas.* [...] *Así, por ejemplo, el famoso penalista alemán MEZGER, en los informes que redactó en 1943 para el régimen nacionalsocialista acerca de un proyecto de ley sobre el tratamiento de 'Extraños a la comunidad', decía lo siguiente: 'En el futuro habrá dos (o más) 'Derechos penales': - Un Derecho penal para la*

[743] PRITTWITZ, Cornelius. O Direito Penal entre Direito Penal do Risco e Direito Penal do Inimigo: tendências atuais em direito penal e política criminal. *Revista do IBCCrim*. São Paulo, n.47, mar-abr./2004, p.48.

[744] MARTÍN, Víctor Gómez. *El derecho penal del autor. Desde la visión criminológica tradicional hasta las actuales propuestas de Derecho penal de varias velocidades*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007, p.312.

[745] Nessa mesma linha de intelecção, conferir também GRISPIGNI, Filippo; MEZGER, Edmund. *La reforma penal nacional-socialista*. Buenos Aires: 2009, p.51 *et seq.*

> *generalidad (en el que en esencia seguirán vigentes los principios que han regido hasta ahora), y - Un Derecho penal (completamente diferente) para grupos especiales de determinadas personas, como, por ejemplo, los delincuentes por tendencia. Lo decisivo es en qué grupo debe incluirse a la persona en cuestión … Una vez que se realice la inclusión, el 'Derecho especial' (es decir, la reclusión por tiempo indefinido) deberá aplicarse sin límites. Y desde ese momento carecen de objeto todas diferenciaciones jurídicas … Esta separación entre diversos grupos de personas me parece realmente novedosa (estar en el nuevo Orden; en él radica un comienzo')'.*[746]

Diante do quanto delineado acima, é possível estabelecer uma primeira aproximação com o fenômeno então analisado, a saber: de fato, antes do combate ao inimigo, é necessário, pois, criá-lo, identificá-lo, a identificação do inimigo antecede logicamente o combate. Na verdade, buscando-se as verdadeiras origens, ver-se-á que o conceito de inimigo é inato. Inimigo[747] é, essencialmente, aquele que difere da classe que já é dominante ou que pretende ser dominante, sobretudo aquele que a questiona. O inimigo pode ser justamente aquele de quem se quer ou se pretende tomar o lugar. Volte-se à questão da simbologia jurídico-penal. É íntima, pois, a relação da criação dos inimigos e dos demônios com o simbolismo do discurso penal[748]. A este respeito, das

---

[746] MUNÕZ CONDE, Francisco. *De nuevo sobre el Derecho penal Del enemigo*. 1.ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2005, p.58 e 61.

[747] **Inimigo** *adj.* (1188-1230 cf. JM3) **1** que se encontra em oposição, que se mostra hostil; contrário, funesto, adverso <*sorte i.*> **2** que milita em campo contrário <*forças i.*> **3** relativo ou pertencente a grupo oposto <*bandeira i.*> <*canhões i.*> □ *s.m.* **4** indivíduo que tem ódio a outro, ou que lhe é antagônico, hostil; em especial, aquele que se empenha em destruir outro, ou causar-lhe danos, em desacreditá-lo, em afastá-lo da posição que ocupa <*seu mais ferrenho i. é o irmão*> **5** adversário militar (nação, força armada, unidade de combate) <*o i. assediara a capital*> **6** DIR. INTERN. PÚBL qualquer cidadão do país beligerante, combatente ou não **7** *p.ext.* adversário político, ideológico, religioso etc. (grupo, facção, seita, partido ou qualquer de seus membros) <*os dois deputados são velhos i. eleitorais*> **8** *p.ext.* aquele que sente aversão por ou que é avesso a algo <*i. das formalidades*> **9** *p.ext.* aquilo que se opõe a algo <*a pressa é i. da perfeição*> <*a arrogância é i. da concórdia*> **10** *p.ext.* aquilo que é pernicioso, destrutivo, ou que é assim considerado <*o egoísmo e a indiferença estão entre os mais constantes i. do homem*> **11** *p.ext. infrm.* o diabo □ **i. alugado** *CE* pessoa a quem se mata a mando de outrem □ **i. jurado** inimigo declarado, que não se oculta ou dissimula □ **i. público** indivíduo que se constitui em ameaça à ordem social □ GRAM nas acp. adj., sup.abs.sint.: *inimicíssimo* □ ETIM lat. *Inimicus,a,um* 'inimigo, hostil, adverso, contrário, relativo a inimigo em guerra' (< pref.lat. *in-* 'negação' + amicus, 'amigo'); ver *am(a)-*; f.hist.. 1188-1230 *nimjga*, sXIII *inimigo*, sXIII *eemigo* □ SIN/VAR como adj.: ver antonímia de *favorável*; como adj. e subst.: ver sinonímia de *adversário*; como subst.: ver sinonímia de *diabo* □ ANT amigo; como adj.: ver sinonímia de *favorável*; como adj. e subst.: ver antonímia de *adversário*. (HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Sales. *Grande dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001, p.1.620).

[748] Nesta mesma linha de raciocínio hermenêutico, vale registrar os pertinentes dizeres de Juarez Cirino dos Santos acerca da criação de imagens fictícias concernentes à criminalidade (Simbolismo do discurso penal), cujo propósito é, mediante a proliferação do medo social, legitimar as campanhas do Direito Penal Máximo – alheio às garantias materiais e processuais penais e, por isso mesmo, próximo ao Direito Penal do Inimigo. Confira doravante o posicionamento reproduzido: "A teoria da linguagem permitiu descobrir o significado da projeção

relações da demonização com o simbolismo, imperiosa é a transcrição de Jock Young:

> A demonização é importante porque permite que os problemas da sociedade sejam colocados nos ombros dos ´outros´, em geral percebidos como situados na ´margem´ da sociedade. [...] Assim, o crime é a moeda forte desta demonização. Isto é, a imputação de criminalidade ao outro desviante é uma parte necessária da exclusão. A demonização racial, por exemplo, associa-se inevitavelmente a acusações de criminalidade. Um exemplo contemporâneo é a caracterização dos albaneses no norte da Grécia e na Itália como origem da maioria dos crimes.[749]

E também se poderá constatar que a mencionada demonização, para além de cumprir o simbolismo, antes disso, está relacionada com a política criminal do Estado, vale dizer: com efeito, o Direito Penal cumpre missões não declaradas[750], de combater e de perseguir certas camadas sociais. Na hipótese aqui analisada, indivíduos que infringem a ordem econômica, o sistema de produção de riquezas de um país. E, para tanto, mister se faz que se criem inimigos, são eles, pois, que serão combatidos.

Sem embargo, a indigitada demonização está relacionada com determinado programa de política criminal a fixar os limites e a abrangência da intervenção jurídico-penal em sentido genérico. Especificamente, no que diz respeito à demonização dos indivíduos que praticam condutas atentatórias à ordem econômica, percebe-se, a toda evidência, que o respectivo substrato simbólico apóia-se em uma verdadeira *política criminal de contenção*.

Diferentemente da política criminal de emergência, o referido programa de política criminal, a despeito de ser constantemente utilizado em diversas conjunturas sócio-jurídicas, até então não tinha sido denominado como tal, uma vez que tem sido confundido com a primeira vertente (a política criminal emergencial).

---

de imagens ou símbolos na psicologia do povo pelos meios de comunicação de massa, segundo o célebre teorema de THOMAS, assim formulado: situações definidas como reais produzem efeitos reais. Logo se imagens da realidade produzem efeitos reais, então seria desnecessário agir sobre a realidade para produzir resultados concretos, porque ações sobre a imagem da realidade seriam suficientes para criar efeitos reais na opinião pública – por exemplo, ações sobre a imagem da criminalidade têm sido suficientes para criar efeitos reais de alarme social, necessário para campanhas de lei e ordem desencadeadas com o objetivo de ampliar o poder político e legitimar a repressão penal". (SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal. Parte Geral*. Curitiba: ICPC; Lumen Júris, 2006, p.696-697).

[749] YOUNG, Jock. *A Sociedade Excludente: Exclusão Social, Criminalidade e Diferença na Modernidade Recente*. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p.165.

[750] Sobre a 'missão secreta' – não declarada - do Direito Penal, necessário recordar os pertinentes dizeres de Nilo Batista, *in verbis*: "*Numa sociedade dividida em classes, o direito penal estará protegendo relações sociais (ou 'interesses', ou 'estados sociais', ou 'valores') escolhidos pela classe dominante, ainda que aparentem certa universalidade, e contribuindo para a reprodução dessas relações. Efeitos sociais não declarados da pena também configuram, nessas sociedades, uma espécie de 'missão secreta' do direito penal*". (BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p.116).

Em síntese, tendo em vista não ser este o objeto precípuo do presente tópico, torna-se necessário esclarecer o que vem a ser a *política criminal de contenção* de uma maneira bastante perfunctória. Tal programa político criminal diz respeito às investidas legislativas do Estado com a finalidade de responder aos anseios da sociedade por medidas mais gravosas (destituídas de muitas das garantias fundamentais) contra aqueles que cometem os denominados crimes do colarinho branco (contra a ordem econômica).

Vale dizer, o Estado confecciona uma legislação penal mais ostensiva e 'áspera', a fim de conter (daí a opção pela referida nomenclatura) a pressão da coletividade por medidas mais drásticas, uma vez que o imaginário coletivo já se apresenta contaminado pela demonização daqueles infratores, sendo certo que tal fenômeno é oriundo do próprio seio social.

Assim sendo, para que não restem dúvidas acerca da diferenciação entre política criminal de emergência e política criminal de contenção, deve ser registrado que, enquanto o ponto fulcral da primeira diz respeito ao medo, ao alarme social[751] frente à violência ostensiva instalada no âmago social, o cerne da política criminal de contenção se refere ao fenômeno da demonização oriundo da própria sociedade.

Nesse sentido, em uma ferrenha crítica ao fenômeno da *demonização* e sua origem no berço da própria sociedade, eis o que salienta Jock Young, o qual conclui, acerca da matéria em comento, da seguinte maneira, *in verbis*:

> Portanto, o monstruoso está fora de nós. É uma qualidade alienígena possuída por aqueles outros monstruosos. Tal presunção é calúnia na era do Holocausto, quando pessoas aparentemente normais agiram de maneira diabólica, ou nas guerras totais, quando ´heróis´ de todos os lados queimaram, bombardearam e exterminaram civis inocentes, quando o desejo e a sexualidade humana assumiram freqüentemente formas malignas e bizarras, e quando a limpeza étnica deu suporte a estupro e massacre na Bósnia e em Ruanda. Aceitar o binário – o normal e monstruoso – é negar o monstruoso em todos nós: o lado escuro da nossa agressividade e da nossa sexualidade.[752]

Ultrapassada a referida questão, impõe salientar, tendo em vista o encadeamento

[751] Sob esta perspectiva, eis o que comenta Leonardo Sica, *in verbis*: "Ao lidar com as angústias mais prementes da população, o legislador penal, desidioso ou astuto e desobrigado de atender qualquer desígnio de Política Criminal (inexistente), cede à tentação populista de oferecer o Direito Penal como panacéia de todos os males que a afligem. Retorna-se à primitiva idéia de retribuição pura e simples, da qual, talvez, nunca nos divorciemos, mormente se a opção por práticas punitivas violentas e segregatórias não for, ao menos, amenizada". (SICA, Leonardo. *Direito Penal de Emergência e Alternativas à Prisão*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p.82).

[752] YOUNG, Jock. *A Sociedade Excludente:* Exclusão Social, Criminalidade e Diferença na Modernidade Recente. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p.172.

lógico-argumentativo, que, consoante já asseverado, a expressão Direito Penal do Inimigo representa uma contradição nos próprios termos. E por que representaria uma contradição nos próprios termos? Porque, na verdade, isto que se pretende chamar de Direito Penal do Inimigo jamais poderia ser rotulado ou etiquetado como Direito. Com efeito, é uma perseguição, um combate – que poderá ter, inclusive, fundamentação racista ou econômica – contra certas pessoas. Isto jamais poderia ser Direito. Isto é reconhecido até mesmo pelo maior expoente desta teoria, o próprio Jakobs, *ad literam*: *"«Derecho penal del ciudadano» es un pleonasmo, «Derecho penal del enemigo» una contradicción en los términos*".[753]

Numa visão maniqueísta da sociedade moderna, os criminosos contra a ordem econômica precisam ser combatidos a qualquer custo e a qualquer preço, pois seria (a despeito de simbólica – verdadeira funcionalidade disfuncional) uma manifestação de isonomia em matéria penal; a única forma de usar a perversa ferramenta contra os ricos (conferir, a este respeito, a criação do espetáculo midiático de algumas das operações da Polícia Federal, conforme sinalizado nas linhas pretéritas). Demoniza-se a posse do dinheiro!

Passam, pois, a um estágio pior que o dos animais e plantas, pois em relação a estes não mais se questiona a necessidade de proteção e de tutela. Os inimigos, ao contrário, precisam ser combatidos, dizimados, precisam ser afastados a qualquer preço, ainda que seja a custo dos Direitos e das Garantias fundamentais. Mas se diga de forma bem clara: não se pretende, neste texto, fazer um discurso elitista, cujo fito seria proteger os "criminosos do colarinho branco" por serem quem são (ou melhor, possuírem o que possuem!), porém, para além da falta de legitimidade da intervenção penal na economia, também não se lhes pode quebrar as garantias por serem quem são; ou seja: por serem pessoas poderosas, não são réus nem melhores nem piores que os outros. O tratamento a eles dispensado, pois, não deve ser melhor, mas também não pode ser pior do que o dispensado aos outros indivíduos.

Definitivamente, Direito Penal do Inimigo pode ser uma manifestação de qualquer outra coisa que não seja Direito: pode ser político, exercício de poder, análise econômica, mas Direito, enquanto concepção de Justiçam (formal e material), definitivamente não é. Questiona-se, então, se esta manifestação de pura violência: perseguição e combate aos inimigos, especialmente às classes mais poderosas, como os da criminalidade do colarinho branco, seria efetivamente uma manifestação do Direito. Ousa-se, pois, discordar da opinião de Muñoz Conde (marcada, a bem da verdade, por uma fina ironia!) de que o Direito Penal do inimigo seja manifestação de Direito. Direito Penal somente existe enquanto manifestação legítima de necessária intervenção penal mínima,

[753] JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho Penal Del Enemigo*. Madri: Civitas Ediciones, 2003, p.61.

subsidiária, limitada pela culpabilidade[754], respeitando os direitos humanos. Fora daí é arbítrio, tirania, emprego puro e simples de violência. Veja-se:

> [...] *serán Derecho penal, pero un Derecho penal del que hay que salir corriendo. En aquella época eran muchos los estudiantes universitarios (y los obreros, sindicalistas y demás opositores del régimen franquista) que en las manifestaciones contra el régimen corrían por la calles perseguidos por policías uniformados de gris (los "grises") y que recibían en sus espaldas los golpes que éstos les daban, cuando no eran detenidos y pasaban largos días en los calabozos policiales hasta que eran puestos a disposición de un tribunal especial (el famoso TOP – Tribunal de Orden Pública -) que podía condenarlos a varios años de prisión por manifestación ilegal, desórdenes públicos, propagandas ilegales o asociación ilícita.*[755]

Em seqüência, importa sinalizar que um dos pontos de partida de Jakobs é que o inimigo não se deixa conduzir pelas normas de convivência social. Segundo ele, há pessoas que rompem o estado de civilização, que são refratárias às normas penais e que, por isso, não merecem ter seus direitos assegurados. Pessoas, não; verdadeiro ato falho! Para Jakobs, absurdamente, estes indivíduos são 'não pessoas'. Observe-se, nesse sentido, o quanto defendido pelo citado autor alemão, *ipsis litteris*:

> [...] um indivíduo que não se deixa coagir a um estado de civilidade não pode gozar dos benefícios do conceito de pessoa. [...] Quem não pode oferecer segurança cognitiva suficiente de que se comportará como uma pessoa não só não pode esperar ainda ser tratado como pessoa, como tampouco o Estado está autorizado a tratá-lo ainda como pessoa, pois, de outro modo, estaria lesando o direito das outras pessoas à segurança. Assim, pois, seria totalmente incorreto condenar o que se está chamando aqui de Direito Penal do Inimigo; isso não resolve o problema de como se deve tratar os indivíduos que não se deixam coagir a uma constituição civil.[756]

O ódio que muitos têm pelos indivíduos que cometem infrações econômicas – em

---

[754] Acerca da culpabilidade enquanto limite inultrapassável da pena, eis o que sustenta Jorge de Figueiredo Dias, *ad literam*: "A verdadeira função da culpabilidade no sistema punitivo reside efetivamente numa incondicional proibição de excesso; a culpabilidade não é fundamento da pena, mas constitui o seu limite inultrapassável [...]. A função da culpabilidade, deste modo inscrita na vertente liberal do Estado de Direito, é, por outras palavras, a de estabelecer o máximo de pena ainda compatível com as exigências de preservação da dignidade da pessoa e de garantia do livre desenvolvimento da sua personalidade nos quadros próprios de um Estado de Direito democrático". (DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p.134).

[755] MUNÕZ CONDE, Francisco. *De nuevo sobre el Derecho penal Del enemigo*. 1.ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2005, p.77.

[756] JAKOBS, Günther. *Direito Penal do Inimigo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p.13 e 17.

decorrência do processo de demonização do infrator (o inimigo) - faz com que, verdadeiramente, eles sejam tratados, por vezes, como 'não pessoas'. Excesso de prisões cautelares repletas de apelo midiático, vazamento de interceptações telefônicas, de dados bancários, uso simbolicamente excessivo de algemas (sem a devida necessidade), tudo isso liquida o *status* de dignidade dos investigados, que deixam de ser enxergados enquanto pessoas, titulares de direitos, para serem tratados como meros objetos da investigação.

Com efeito, conforme registra Alexandre Rocha Almeida Moraes[757], além da antecipação da punibilidade e desproporcionalidade das penas, vale ressaltar que a relativização de garantias penais e processuais vem se consumando como tônica de um direito processual penal de enfrentamento, de luta e de guerra ao inimigo. Vale dizer, diante dessa conjuntura, o Estado não lida com cidadãos - ao menos segundo os parâmetros clássicos -, e sim com inimigos que devem ser intimidados.

A título exemplificativo, no âmbito do Direito Penal Econômico – especificamente em sede de processo penal (do inimigo) -, tem-se o exemplo emblemático referente à impossibilidade de suspensão do processo (art. 366 do CPP) pela revelia do acusado nos casos de processamento por crimes previstos na Lei nº 9.613/98 – Legislação referente à lavagem de capitais -, consoante a redação do artigo 2º, § 2º da referida legislação penal especial[758].

Segundo a Exposição de Motivos da Lei nº 9.613/98, justifica-se tal diretiva legislativa em razão de que a referida suspensão processual poderia constituir prêmio ao delinqüente. Assim, ao inadmitir a suspensão do processo pela revelia do acusado, admitem-se os efeitos dela – e também todas as violações aos direitos fundamentais à ampla defesa (especificamente a autodefesa) e ao contraditório -, com o prosseguimento do feito[759].

Com efeito, o legislador, ao fundamento de inviabilizar a constituição de um prêmio ao infrator com a suspensão do processo, confeccionou uma legislação 'dura' e 'áspera' – compatível com o Processo Penal do Inimigo -, porquanto o processamento do feito à revelia do acusado, em sede processual penal, implica afronta direta aos direitos fundamentais à ampla defesa (especificamente, a autodefesa) e ao contraditório. Eis a constatação de verdadeira manifestação do Processo Penal do Inimigo no âmbito do Direito Penal Econômico.

Ao seguir a referida análise, Jakobs, ao chamar os criminosos de 'não pessoas',

---

[757] MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. *Direito penal do inimigo:* a terceira velocidade do direito penal. Curitiba: Juruá, 2008, p.199, 203 e 204.

[758] Eis o teor do referido dispositivo legal, *ipsis litteris*: § 2º No processo por crime previsto nesta Lei [Lei nº 9.613/98], não se aplica o disposto no art. 366 do Código de Processo Penal.

[759] ANDREUCCI, Ricardo Antonio. *Legislação penal especial*. São Paulo: Saraiva, 2006, p.383-384.

entende que eles, por isso, não são dignos de toda a tutela jurídica. E, por conseguinte, essas 'não pessoas' deixam de gozar dos direitos fundamentais. Observe-se, nesse sentido, a advertência feita por Eugenio Raúl Zaffaroni acerca da mencionada designação se apresentar incompatível com o modelo liberal assumido pelo Estado Democrático de Direito, *in verbis*:

> *La esencia del trato diferencial que se depara al enemigo consiste en que el derecho le niega su condición de persona y sólo lo considera bajo al aspecto de ente peligroso o dañino. Por mucho que se matice la idea, cuando se propone distinguir entre ciudadanos (personas) y enemigos (no personas), se hace referencia a humanos que son privados de ciertos derechos individuales en razón de que se dejó de considerarlos personas, y está es la primera incompatibilidad que presenta la aceptación del hostis en el derecho con el principio del estado de derecho.*[760]

O Direito Penal do cidadão – aplicado àqueles que não abandonam o contrato social, ou seja, os que não são considerados inimigos da sociedade - é marcadamente influenciado pela necessidade de prevenção. Não se antecipa a tutela, os crimes são de dano – a evidenciar o respeito à ofensividade/lesividade concreta -, as garantias processuais são mantidas. O Direito Penal do Inimigo é evidentemente orientado pela necessidade de combate. Não se espera o inimigo agir para reagir. Antecipa-se o momento do perigo, não é necessário que exista uma lesão concreta e efetiva para que o Direito Penal interceda. Por conta disso, neste ponto, Direito Penal Econômico e Direito Penal do Inimigo voltam a se aproximar. É necessário que se antecipe a conduta do inimigo, combatendo-o.

Nessa mesma linha de intelecção, eis o que pontua Francisco Munõz Conde, o qual sinaliza os contornos do combate aos inimigos sociais, *in verbis*:

> *Con él [Derecho penal del enemigo], dice el citado penalista [Günther Jakobs], el legislador no dialoga con sus ciudadanos, sino que amenaza a sus enemigos, conminando sus delitos con penas draconianas más allá de la idea de proporcionalidad, recortando las garantías procesales y ampliando las posibilidades de sancionar conductas muy alejadas de la lesión de un bien jurídico. Una panorama sin duda duro e desolador, pero, según dice el citado autor, inevitable* [...].[761]

Diante do quanto colacionado, percebe-se, a toda evidência, que o indivíduo demonizado e qualificado, por conseguinte, como inimigo deixa de compor o rol dos sujeitos de direito e passa a ostentar o *status* de 'não pessoa', sendo ameaçado pelo Estado mediante a

---

[760] ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *El enemigo en el derecho penal*. Buenos Aires: Ediar, 2006, p.18.
[761] MUNÕZ CONDE, Francisco. *De nuevo sobre el Derecho penal Del enemigo*. 1.ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2005, p.25.

utilização de penas mais gravosas – destituídas de qualquer idéia de proporcionalidade -, sem estar acobertado pelas indispensáveis garantias processuais penais e podendo ser responsabilizado criminalmente por 'perigos' cada vez mais transcendentais.

Em sentido semelhante, Jakobs sinaliza a existência de uma legislação de combate – caracterizada por sanções penais mais drásticas e pela redução de garantias fundamentais - a ser aplicada ao inimigo (aquele que, segundo o citado autor alemão, se desviou do Direito de modo duradouro, não fornecendo a garantia cognitiva mínima necessária para que seja tratado enquanto pessoa). Sob esta perspectiva, confira-se o quanto ressaltado por Jakobs, *in verbis*:

> Destarte, o legislador (para ficar, num primeiro momento, no campo do Direito material) passa para uma legislação de combate – assim chamada abertamente – como no caso da criminalidade econômica, do terrorismo, da criminalidade organizada, dos 'crimes sexuais e outras infrações penais perigosas', bem como, de forma geral, no caso de 'crimes', sendo que, em cada caso, pretende-se combater indivíduos que, em sua postura (por exemplo, nos casos de crimes sexuais), ou em sua vida econômica (por exemplo, na criminalidade econômica, no tráfico de drogas e em outros tipos de criminalidade organizada), ou por meio de associação a uma organização (no caso do terrorismo, da criminalidade organizada e até da formação de bando ou quadrilha – art. 30 do Código Penal), desviaram-se do Direito de modo supostamente duradouro, ou, pelo menos, decisivo, i. e., que não fornecem a garantia cognitiva mínima necessária para que sejam tratados como pessoas. A reação do Direito a essa criminalidade caracteriza-se – de modo paralelo à diferenciação kantiana, há pouco citada, entre estado de civilidade e estado natural – pelo fato de não se tratar, primariamente, de uma compensação de um dano à vigência da norma, mas da eliminação de um perigo: a punibilidade é amplamente antecipada para o âmbito da preparação, e a pena se presta ao asseguramento contra fatos futuros, não à punição de fatos consumados.[762]

Sem embargo, diante do quanto colacionado, percebe-se que o Direito Penal do Inimigo, caracterizado pela forma *bruta* e repressiva com que combate o inimigo social, transparece um nítido distanciamento em relação ao sistema penal teleológico racional, uma vez que reduz as garantias fundamentais mínimas e amplia a responsabilidade penal, punindo de forma antecipada em razão de perigos cada vez mais latentes.

Viu-se, no segundo capítulo desta tese, que os novos bens, pretensamente jurídico-penais, resguardados pelo Direito Penal Econômico, são marcados por normas em branco, repletas de elementos normativos. Neste caso, legitima-se a quebra de uma garantia fundamental – a

[762] JAKOBS, Günther. *Direito Penal do Inimigo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p.12.

legalidade – especificamente a taxatividade – para combater este novo inimigo.

A título exemplificativo, no âmbito do Direito Penal Econômico, tem-se o exemplo emblemático do tipo penal *Gestão Temerária*[763] - Crime contra o Sistema Financeiro Nacional[764] - o qual, de fato, representa a forma mais ostensiva de violação à garantia (material) da legalidade estrita – especificamente , uma vez que traz consigo um elemento normativo (temerária) *extensamente* vago e aberto.

Nessa mesma linha de raciocínio hermenêutico, Guilherme de Souza Nucci elucida bem a questão ora tratada. Confira-se o quanto sustentado pelo referido autor:

> Elemento normativo do tipo e legalidade: temerário significa arriscado, perigoso e imprudente. O termo é extremante vago e aberto. Pensamos ofender o princípio da taxatividade e, por conseqüência, a legalidade. Exige o art. 5º, XXXIX, da Constituição, que 'não há crime sem lei anterior que o defina...'. Ora, a doutrina é praticamente unânime ao apontar, como corolário dessa definição, seja ela bem feita, com detalhes suficientes para ser bem compreendida por todos, vale dizer, os tipos penais incriminadores necessitam ser taxativos. Está bem longe de atingir esse objetivo o crime previsto no art. 4º, parágrafo único, da Lei 7.492/86. É inconstitucional, portanto.[765]

Sinalizou-se, ainda, que a tipicidade também resta violada, porquanto as condutas, no Direito Penal Econômico, são, quase sempre, marcadas por crimes de perigo abstrato, a demonstrar a antecipação da punibilidade dos fatos penais. A um só tempo, com esta observação, é possível extrair duas características do Direito Penal do Inimigo presentes na intervenção penal na economia, a saber: 1ª) o fato de se aproximar de um direito penal do autor (pelo abandono da lesividade concreta), resultante de uma antecipação de punibilidade; e 2ª) a quebra de garantias fundamentais no âmbito do Direito Penal.

Acerca da primeira característica adstrita ao Direito Penal do Inimigo – aproximação a um Direito Penal do Autor -, eis o que registra Francisco Munõz Conde sobre a primeira observação feita por Jakobs, *ad literam*:

> *La primera observación que se puede hacer a JAKOBS es que su 'Derecho*

[763] Nesse ponto específico, uma advertência necessita ser feita, qual seja: a despeito de identificar o delito de Gestão Temerária como exemplo emblemático de ofensa ao princípio da taxatividade, deve ser registrado que tal temática não engloba o objeto temático específico da presente tese. Portanto, a análise será meramente ilustrativa e superficial.

[764] Eis o dispositivo legal que disciplina o tipo penal de gestão fraudulenta e temerária constante da Lei nº 7.492/86, *in verbis*: Art. 4º Gerir fraudulentamente instituição financeira: Pena - Reclusão, de 3 (três) a 12 (doze) anos, e multa. Parágrafo único. Se a gestão é temerária: Pena - Reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos, e multa.

[765] NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.1050.

> *penal Del enemigo' recuerda mucho al 'Derecho penal de autor' que propugnaron los penalistas nazis, según la 'perversión', 'inclinación o tendencia al delito' o 'peligrosidad criminal' que pudiera tener su autor.* [...] *Se puede recurrir para denunciar los abusos y violaciones de esos derechos que se puedan cometer empleando el Derecho penal o cualquier otro sistema de represión jurídica o parajurídica. Despreciar o ignorar estos controles o filtros, internos y/o internacionales, que como último bastión se pueden utilizar para sancionar esos abusos, es tanto como legitimarlos y dejar la puerta abierta a la ley del más fuerte, que declare como "enemigo" a todo el que, por las razones que sean, considere contrario a determinados intereses, sean éstos económicos, ideológicos o raciales; o sea el enemigo el "judío", el "musulmán", el "servio bosnio", el "comunista", el "tutsi", el "chiita", el "terrorista", o simplemente el vecino que discute la propiedad de un pedazo de tierra, o tiene una ideología o religión distintas, o pertenece a otra etnia o es de un distinto color de piel. Lo preocupante no es ya sólo que estas realidades existan y sean acogidas en texto legales, sino que además sean legitimadas y fundamentadas con construcciones teóricas más o menos brillantes* [...].[766]

Dessa forma, seguindo a linha intelectiva de Francisco Munõz Conde, o preocupante não é somente a existência fática da ideologia atinente ao Direito Penal do Inimigo e sua correlata introdução no corpo dos textos legais, bem assim a fundamentação efetuada por construções teóricas (persuasivas) que legitimam, ainda mais, a quebra de garantias materiais e processuais penais dos qualificados enquanto inimigos da sociedade.

Com efeito, lamentavelmente, as violações aos Direitos Humanos destas pessoas (os inimigos) é aceita por muitos e defendidas por outros tantos, que, imbuídos de um pseudo-espírito democrático (democracia, para eles, é apenas aquilo em que eles acreditam, o que lhes interessam), pregam que os "criminosos do colarinho branco" precisam ser punidos a qualquer custo.

No entanto, o que se olvida é o seguinte: o fato de terem poder, seja econômico, seja político, o fato de terem projeção social não lhes retira a qualidade de humanos. Com efeito, se é intolerável a existência de múltiplas prisões processuais em casos de crimes não violentos, é igualmente intolerável a multiplicação de prisões cautelares para esta nova "clientela". Estes, inclusive, ficam ainda mais sujeitos a outras violações, como interceptações telefônicas intermináveis (e arbitrárias), vazamento de dados de sigilo bancário e fiscal[767], etc.

---

[766] MUNÕZ CONDE, Francisco. *De nuevo sobre el Derecho penal Del enemigo*. 1.ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2005, p.37 e 88.

[767] Nesse sentido, acerca da quebra de garantias em sede de Processo Penal do Inimigo, eis o que registra o próprio Günther Jakobs, *in verbis*: "Neste sentido, há que mencionar a intervenção nas telecomunicações (§ 100 a StPO), outras investigações secretas (§ 100 c StPO), e a intervenção de agentes infiltrados (§ 110 a StPO).

Mas outra advertência precisa ser ainda feita: se não se pode recrutar nas camadas mais simples os demônios, com a mesma razão, não se poderia buscá-los na chamada criminalidade de colarinho branco, na chamada "elite" do crime, como ocorreu na primeira fase da revolução francesa. De nada adianta, apenas e tão-somente, substituir as pessoas que representariam o mal, mudar os anti-heróis. Há, por certo, atualmente, uma tendência de certos órgãos do Poder (sem generalizações, alguns presentantes da Polícia Federal, do Ministério Público Federal e da Magistratura Federal, em especial) em demonizar a lavagem de capitais, os crimes contra o sistema financeiro, os crimes tributários, enfim, os autores do fato criminoso no âmbito do Direito Penal Econômico.

Ora, o problema não está em quem é rotulado como demônio. O problema, em essência, é o rótulo em si. Uma das idéias aqui combatidas é justamente a criação deste Direito Penal do Inimigo, pouco importa quem seja ele, se pobre ou rico – de fato, a pessoa humana assim o é, independentemente de sua projeção sócio-econômica. O Direito não pode se compatibilizar com violações desnecessárias – e incompatíveis com o modelo liberal assumido pelo Estado Democrático de Direito no âmago de um sistema penal teleológico racional - aos direitos e liberdades fundamentais. Neste particular, veja-se o entendimento de Cornelius Prittwitz, *in verbis*:

> Porque quem quer usar o direito penal – colocando-o desta forma ou não – principalmente para reprimir, vai receber de bom grado um direito penal mais rígido e mais abrangente, considerando-o, numa aliança peculiar, da mesma forma legítimo que aqueles que, ao contrário, querem atingir, com o direito penal, os poderosos da economia e da política. Mas mudará de opinião quando perceber que 'mais direito penal' promete menos efeito, puramente por motivos de efetividade – coisa que sempre volta a ocorrer e às vezes também é vista.[768]

É a referida demonização – o fenômeno de definição dos inimigos - que legitima a base teórica da estrutura de poder, viabilizando um maior e mais drástico combate ao inimigo (política criminal de contenção), o qual, já no âmago do inconsiente coletivo, representa uma ameaça maléfica e incorrigível que deve ser combatida a qualquer custo. Justificam-se limitações às garantias e aos direitos individuais em nome da reação aos inimigos da sociedade. Neste passo, traz-se, mais uma vez, à colação o sustentado por Jakobs acerca do inimigo e da respectiva demonização,

---

Como no Direito penal do inimigo substantivo, também neste âmbito o que ocorre é que estas medidas não têm lugar fora do Direito; porém, os imputados, na medida em que se intervém em seu âmbito, são excluídos de seus direitos: O Estado elimina direitos de modo juridicamente ordenado". (JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Direito Penal no inimigo:* noções e críticas. Org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p.40).

[768] PRITTWITZ, Cornelius. O Direito Penal entre Direito Penal do Risco e Direito Penal do Inimigo: tendências atuais em direito penal e política criminal. *Revista do IBCCrim*. São Paulo, n.47, mar-abr./2004, p.36.

ipsis litteris:

> *En primer lugar, aun sin llevar a cabo un estudio de materiales científicos relativos a la psicología social, parece claro que en todos los campos importantes del Derecho penal del enemigo («cárteles de la droga»; «criminalidad de inmigración»; otras formas de «criminalidad organizada» y terrorismo) lo que sucede no es que se dirijan con prudencia y comuniquen con frialdad operaciones de combate, sino que se desarrolla una cruzada contra malhechores archimalvados. Se trata, por lo tanto, más de «enemigos» en este sentido pseudorreligioso que en la acepción tradicional-militar del término. En afecto, la identificación de un infractor como enemigo por parte del ordenamiento penal, por mucho que pueda parecer a primeira vista una calificación como «otro», no es, en realidad, una identificación como fuente de peligro, no supone declararlo un fenómeno natural a neutralizar, sino, por el contrario, es un reconocimiento de competencia normativa del agente mediante la atribución de perversidad, mediante su demonización y ¿qué otra cosa Lucifer que un ángel caído? En este sentido, la carga genética del punitivismo (la idea del incremento de la pena como único instrumento de control de la criminalidad) se recombina con la del Derecho penal simbólico (la tipificación penal como mecanismo de creación de identidad social) dando lugar al código del Derecho penal del enemigo.*[769]

Poder-se-ia fazer, a despeito de tudo isso, dois elogios à postura de Jakobs: 1) em primeiro lugar, tem ele coragem (e precisaria realmente ter muita!) para expor, sem limitações, sua forma de pensar; 2) a criação do Direito Penal do inimigo, pelo menos, colocaria, em tese, o Direito Penal do Cidadão a salvo de toda a sorte de leviandade e de desrespeito a garantias individuais. Com efeito, se se criassem dois Direitos Penais, um do cidadão, outro do inimigo (este argumento, frise-se, é apenas ilustrativo), pelo menos se teria a certeza de que os cidadãos gozariam das garantias irrenunciáveis. Neste passo, eis o que o próprio Jakobs assinala, *in verbis*: "Um Direito penal do Inimigo claramente delineado é menos perigoso, do ponto de vista do Estado de Direito, do que misturar todo o Direito Penal com fragmentos de regulações próprias do Direito Penal do Inimigo".[770]

Ocorre, no entanto, que esta separação jamais conseguiria ser fechada, estanque. O Direito Penal do Inimigo sempre iria contagiar (contaminar) o Direito Penal Comum. A fronteira, pois, não é muito bem delineada e, ao contrario do que sói parecer, a criação de normas (drásticas e ásperas) de Direito Penal do Inimigo para a tutela dos bens econômicos, culturais, passaria,

[769] JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho Penal Del Enemigo*. Madri: Civitas Ediciones, 2003, p.87-88.

[770] JAKOBS, Günther. *Direito Penal do Inimigo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p.23.

inexoravelmente, com o passar do tempo, a perpassar todo o Direito Penal. Como reconhece o próprio Jakobs, não há manifestações puras, isoladas, exclusivas de Direito Penal do Inimigo e de Direito Penal do Cidadão. Ao contrário, na prática, passam a se reunir, uma vez que Direito Penal do Cidadão e Direito Penal do Inimigo são segmentos teóricos ideais, os quais não se mantêm em suas manifestações puras.

Sob esta perspectiva, eis o que salienta Günther Jakobs acerca da impossibilidade de manutenção apartada entre Direito Penal do Cidadão e Direito Penal do Inimigo em uma mesma conjuntura jurídica, uma vez que tais segmentos teóricos não se mantêm enquanto formas puras, intocáveis, ou melhor, sem risco de contaminações e criação de uma verdadeira zona cinzenta, *ipsis litteris*:

> Quando se fala, aqui, de Direito Penal do Cidadão e de Direito Penal do Inimigo, fala-se de dois tipos ideais, que é praticamente impossível encontrar realizados em suas respectivas formas puras: mesmo na apreciação de um fato cotidiano que desperte pouco mais que enfado – Direito penal do Cidadão -, imiscui-se, ao menos, uma leve defesa contra perigos futuros – Direito Penal do Inimigo – e até mesmo o terrorista mais apartado do cidadão é tratado, ao menos formalmente, como pessoa, quando lhe são concedidos, no processo penal, os direitos de um acusado cidadão. Logo, não se pode tratar de contrapor duas esferas isoladas do Direito Penal, mas de descrever dois pólos de um único mundo ou de mostrar duas tendências opostas de um único contexto do Direito Penal. Essas tendências podem muito bem se sobrepor, isto é, uma, a do tratamento do agente como fonte de perigo ou como meio de intimidação de outros. Este é o primeiro ponto.[771]

Assim sendo, ainda no intuito de sedimentar que a presente tese não apresenta o objetivo de sustentar um discurso elitista, tampouco reacionário no sentido de apoiar posicionamentos antidemocráticos, deve ser ressaltado que a existência de um Direito Penal do Inimigo – seja quem for este inimigo: se rico ou pobre, se poderoso ou desfavorecido – inviabiliza a efetiva estabilização de um Estado Democrático de Direito. Isso porque o Direito Penal do Inimigo, por não conviver, de forma apartada, com o Direito Penal do Cidadão, acaba por reduzir (recortar), em virtude do inevitável intercâmbio entre tais tendências, os direitos e as garantias dispensadas ao próprio cidadão, ao fundamento de uma pretensa isonomia.

Já em notas finais, é necessário esclarecer o seguinte: alguém poderia combater o que se sustenta nesta tese – de que o Direito Penal Econômico é uma nítida manifestação do Direito Penal do Inimigo -, imaginando, de forma pueril, que o inimigo, para Jakobs, seria apenas o

[771] JAKOBS, Günther. *Direito Penal do Inimigo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p.1.

traficante, o criminoso sexual incorrigível, o criminoso envolvido com "crime organizado". No entanto, a demonização (oriunda do próprio seio social) que qualifica os inimigos da sociedade não reverbera seus efeitos estigmatizantes a, apenas e tão-somente, determinados setores da criminalidade; ao revés, o rótulo de inimigo alcança – democraticamente – todas as camadas sócio-econômicas, inclusive, os autores de delitos econômicos. Para que não reste a menor dúvida entre a vinculação do Direito Penal do Inimigo ao Direito Penal Econômico, mister se faz transcrever o quanto asseverado por Manuel Väsquez, *ad literam*: "*En concreto, Jakobs identifica enemigos em las siguientes áreas:[...] según su ocupación, los delincuentes económicos y los de la criminalidad organizada*".[772]

Jakobs inaugurou, pois, enorme discussão a respeito da política criminal na modernidade. Termina, inclusive, quase que se desculpando, ao argumentar que muito do que sustentou em defesa do Direito Penal Econômico se deveu à necessidade da vida prática. Mais uma vez, os fundamentos do Direito Penal do Inimigo se aproximam da noção de Direito Penal Econômico: superação da garantia da dogmática para ressalvar a vida prática.

Vale dizer, Jakobs, ao fundamento de que o Estado de Direito precisaria da intervenção penal contra o inimigo para não se desestruturar - muito embora, para tanto, necessitaria se desnudar de garantias fundamentais ao combater os inimigos -, passou a sustentar a manutenção do Direito Penal Econômico (enquanto manifestação do Direito Penal do Inimigo). Eis o que confessa o referido autor alemão, *in verbis*:

> Tentei demonstrar que o corpo de imperador, ou seja, do estado, em algumas regiões, não está coberto com uma roupagem conveniente de Estado de Direito, mas está nu; mais ainda, que, sob as condições presentes, ele precisa estar nu para não sofrer danos em virtude do superaquecimento do Estado de Direito.[773]

Pode-se, pois, decorrentemente, apontar as seguintes semelhanças existentes entre o Direito Penal Econômico e o Direito Penal do Inimigo: 1) violação de garantias, como, por exemplo, a legalidade estrita e a proporcionalidade; 2) antecipação da intervenção penal, que não funciona mais como resposta, e sim como combate; 3) afastamento da ofensividade, com criação de tipos de perigo; 4) eleição de indivíduo para funcionar como o demônio do Direito Penal.

Ao final, torna-se imperioso assentar a seguinte conclusão: é inquestionável que os

[772] VÄSQUEZ, Manuel A. Abanto. El llamado Derecho Penal Del Enemigo. Especial referencia al Derecho Penal Económico. *In:* MELIÁ, Cancio; DIÉZ, Gomez-Jara. *Derecho Penal Del Enemigo. El Discurso Penal de la Exclusión*. Montevideo-Buenos Aires: Editorial B de F, 2006, v.1, p.3.

[773] JAKOBS, Günther. *Direito Penal do Inimigo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p.29.

indivíduos – pobres ou ricos, poderosos ou desfavorecidos - responsáveis por condutas criminais são merecedores de reprovação penal, porém tal responsabilização não obsta a manutenção do status de cidadão, pessoa e sujeito de direito em todos os sentidos[774]. Se não se tolera a quebra de garantia dos direitos fundamentais dos menos favorecidos, não se pode, com as mesmas razões de fato, a menos que se queira valer de um discurso puramente demagógico, solapar as garantias fundamentais para outra camada social, perseguindo-a, apenas por ser detentora de poder econômico.

Analisados estes pontos, passa-se, no próximo tópico, a tratar da proposta de surgimento do direito sancionador, tendo em vista que os bens econômicos, desenvolvidos pela noção de cultura, merecem proteção, desde que legítima e adequada.

4 PROPOSTAS DE CONTROLE. COMO RESGUARDAR BENS JURÍDICOS IMPORTANTES, DERIVADOS DA NOÇÃO DE CULTURA, SEM A ILEGÍTIMA INTERVENÇÃO PENAL

> O único caminho apontado neste campo parece ter alguma coisa por si é, assim, o da preconizada transferência da função de tutela jurídico-penal para o âmbito do direito administrativo, nele incluído o direito administrativo sancionatório, porventura sob uma forma reforçada como a que é hoje preconizada – embora eu deva que não vejo ainda com um mínimo de clareza a definição de seu âmbito, de sua extensão e de seus instrumentos.[775]

Evidenciou-se, ao longo desta tese, o aparecimento de novos bens, derivados da noção de cultura – relacionados com a ordem econômica – que são verdadeiramente imprescindíveis para a vida em sociedade. Evidenciou-se, ainda, que este novo bem jurídico, importantíssimo, a ordem econômica, ganha ainda maior relevo pela dinâmica da sociedade moderna, pelo fenômeno da globalização. Evidenciou-se, ainda, que este novo bem, ordem econômica, é fundamental para o próprio desenvolvimento social, razão porque precisa ser tutelado, ainda que os infratores sejam pessoas poderosas, haja vista que o direito punitivo deve sempre levar em consideração o fato e não o autor do fato. Evidenciou-se, ainda, que a mutabilidade deste novo bem faz com que a tutela penal, marcada por garantias como tipicidade, lesividade, ofensividade, torne-se ilegítima, haja vista que inadequada, para tutelar uma realidade tão dinâmica. Por conta de todas estas considerações e evidências, este capítulo é destinado a apresentar o modelo sugerido para tutelar a ordem econômica, apresentar, sim, críticas a este modelo que, longe de infirmá-lo, reafirmam a sua

[774] ALLER, Gérman. *Co-responsabilidad social, Sociedad del riesgo y Derecho penal del enemigo. El Derecho penal en peligro*. Montevideo: Carlos Alvarez – Editor, 2006, p.205.
[775] DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões Fundamentais de Direito Penal Revisitadas*. São Paulo: RT, 2001.

validade.

Esse modelo de sociedade, em que há bens culturais, incorpóreos, intangíveis, cuja valoração econômica ultrapassa em muito a coisa em si – vale, muito mais, pela imagem, pela marca, pelo símbolo, pela representação – bens estes que são muito mais desenvolvidos que os bens da civilização, é consectário lógico do desenvolvimento do modelo econômico. Isto porque a atividade econômica é verdadeiramente indispensável à vida moderna. Não há mais como se pensar a economia sem que haja um sistema financeiro bem estruturado, uma ordem tributária e econômica, uma proteção às relações de consumo, um combate às práticas econômicas socialmente reprováveis, o combate ao cartel, ao truste. Ocorre que, o Estado não consegue regular suficientemente tudo isto, e acaba por convocar a tutela penal como se ela fosse a panacéia para resolver as necessidades de preservação da vida econômica. Relembre-se que, quando surgem novos riscos, as pessoas pensam, equivocadamente, que o direito penal pode deles tratar, sem se questionar a respeito de aptidão, adequação, legitimidade. Confira-se:

> Todos os analistas estão de acordo num aspecto fulcral: a relação entre o sistema jurídico (*todo* o sistema jurídico) e o risco é *tensa*. De facto, a assunção de funções de controlo de riscos coloca o sistema jurídico na corda bamba, na medida em que importa consideráveis problemas de eficiência e legitimação. A relação do direito penal com o risco, em particular, é superlativamente difícil, dada a seguinte conjugação de factores: em primeiro lugar, o direito penal é geralmente convocado pela opinião pública para ocupar a linha da frente do combate contra as mais sérias ameaças à segurança individual ou colectiva (seguramente, os riscos modernos incluem-se no rol dessas ameaças) e o legislador tem tendência para sucumbir, aliás acriticamente, ao sentimento geral; em segundo lugar, o direito penal, em contraste com os outros domínios jurídicos, já vinha padecendo de problemas crônicos quer de eficácia, quer de legitimação, os quais só podem agravar-se com a referida assunção de funções de controlo de riscos; finalmente, o direito penal é, dentre todos os domínios jurídicos, o menos fadado para assumir os novos desafios, por causa da higidez dos respectivos mecanismos de imputação da responsabilidade.[776]

É evidente o fracasso do discurso defendido por aqueles que julgam o Direito Penal como o remédio universal para todas as inquietações da sociedade atual. Já se teve aqui a oportunidade de se demonstrar que os métodos tradicionais de controle penal são ineficientes para atender às necessidades e aqueles bens jurídicos derivados das novas necessidades humanas, os bens incorpóreos, os bens culturais. Estas necessidades novas demandam novas formas de proteção: recorrer às velhas formas de proteção gerará ou manifesta impunidadae, pela ineficiência da tutela,

[776] SOUZA MENDES, Paulo. *Vale a pena o direito penal do ambiente?* Lisboa: AAFDL, 2000, p.85.

pela impossibilidade de tratamento ou, de outra sorte, supressão de garantias fundamentais, sepultadas e esquecidas, para se punir sem levar em consideração as regras de dogmática.

Ademais, utilizar o sistema penal como instrumento de realização de políticas estatais faz com que se corra o sério risco de desviá-lo da dogmática garantista historicamente consagrada. O resultado disso, consoante já se demonstrou, é a expansão do Direito Penal, com uma desenfreada criação de tipos penais em aberto, cláusulas gerais e normas penais em branco, que antes eram exceções, mas que agora passam a ser a tônica do comportamento temperamental e casuístico do legislador. Estas figuras penais, que antes eram exceção, transformaram-se em verdadeiras regras. As exceções à dogmática fizeram aparecer uma verdadeira dogmática de exceção, sempre para atender aos reclamos (demagógicos, populistas) da prática.

Expandiu-se, assim, equivocada, ilegítima e desnecessariamente o Direito Penal, que acaba por perder o seu caráter de *ultima ratio*, assumindo, pois, a titularidade, verdadeira prima ratio, na busca de soluções para os riscos da sociedade atual. Ao invés de funcionar de modo subsidiário, o Direito Penal passa a tutelar os novos bens jurídicos de forma prioritária, a exemplo do sistema financeiro, o mercado de capitais, as relações de consumo, a ordem econômica, conceitos antes estranhos aos domínios do Direito Penal, mas que, agora, possuem indisfarçável destaque. Esquece-se a socidade de buscar meios de proteção e de prevenção eficazes para o tratamento destes novos riscos, delegando ao direito penal a tarefa de ser o guardião de todo o ordenamento. Antes mesmo de se buscar a proteção por meio de agentes de direito administrativo, o anseio popular é ver imediamente a intervenção (simbólica e ilegítima, registre-se) do direito penal.

Não é preciso nem dizer que a empreitada que busca tornar o Direito Penal como remédio para todos os males tende ao fracasso. Os métodos tradicionais de controle penal se mostram ineficientes e inadequados, porque ilegítimos, para atender a demanda de controle dos riscos sociais, na busca de ferramentas estranhas ao sistema penal, que possam regular de modo satisfatório e eficaz a defesa destas novas necessidades, desses novos bens jurídicos (que, a exemplo do que ocorre com a economia, não são necessariamente penais).

Do contrário, a prevalecer a insistência na idéia de que o Direito Penal é remédio universal, a sua própria natureza restará comprometida. Não se pode desprezar toda a técnica jurídica, mormente aquleas atinentes à dogmática - conquistada pelo Direito Penal, com todos os postulados garantistas merecidamente incorporados em nome de uma proteção social do núcleo central do risco. Ao que parece, é possível sim preservar o Direito Penal enquanto referencial básico para a tutela dos bens jurídicos mais relevantes sem descuidar da necessidade de se tutelar de forma efetiva os bens jurídicos surgidos com o desenvolvimento econômico.

Veja-se, portanto, que é certo, sob todos os aspetos, que a intervenção penal em matéria econômica é perniciosa, quer seja por violar garantias fundamentais quer seja pela existência de uma finalidade não declarada do Direito Penal, que seria a de, efetivamente, não punir. De qualquer sorte, é fato que as normas penais não têm o poder de proteger a sociedade, como bem evidencia Prittwitz:

> Porque quem quer usar o direito penal – colocando-o desta forma ou não – principalmente para reprimir, vai receber de bom grado um direito penal mais rígido e mais abrangente, considerando-o, numa aliança peculiar, da mesma forma legítimo que aqueles que, ao contrário, querem atingir, com o direito penal, os poderosos da economia e da política. Mas mudará de opinião quando perceber que "mais direito penal" promete menos efeito, puramente por motivos de efetividade – coisa que sempre volta a ocorrer e às vezes também é vista.[777]

O quê fazer, então, para proteger de forma efetiva a sociedade, sem renunciar às garantias penais individuais? Como proteger, de forma eficaz, a ordem econômica, sem violar garantias? Por acaso alguém pensaria, neste terceiro milênio, em permitir que a economia se autoregulasse? Dizer que a intervenção penal na economia é ilegítima por acaso é dizer que todos os abusos em relação ao mercado econômico devem ficar impunes?

Neste trabalho, defende-se a urgente adoção do Direito Sancionador, que representaria uma região intermediária entre o Direito Penal e o Direito Administrativo. Trata-se de um Direito Punitivo, com sanções graves, a cumprir a função de prevenção geral e de tutela de bens jurídicos, que, por não ter pena de privação da liberdade, pode comportar menos garantias que o Direito Penal. Uma semelhante preocupação é invocada por Figueiredo Dias:

> O único caminho apontado neste campo parece ter alguma coisa por si é, assim, o da preconizada transferência da função de tutela jurídico-penal para o âmbito do direito administrativo, nele incluído o direito administrativo sancionatório, porventura sob uma forma reforçada como a que é hoje preconizada – embora eu deva que não vejo ainda com um mínimo de clareza a definição de sue âmbito, de sua extensão e de seus instrumentos.[778]

Em que pese possa parecer paradoxal para um desatento ou desavisado, restringir a intervenção da tutela penal não quer dizer, obviamente, deixar de punir ou punir menos. Deixar de tratar criminalmente não é deixar de castigar, não é deixar de punir. Pelo contrário: deixar de tratar criminalmente permite, dentre outras coisas, antecipar a esfera de proteção. Consoante se

[777] PRITTWITZ, Cornelius. O Direito Penal entre Direito Penal do Risco e Direito Penal do Inimigo: tendências atuais em direito penal e política criminal. *Revista do IBCCrim*. São Paulo: março-abril/ 2004, n.47, p.36.
[778] DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões Fundamentais de Direito Penal Revisitadas.* São Paulo: RT, 2001.

demonstrará, é bem certo que, para os casos em que a tutela penal é ilegítima-inadequada-desnecessária, ordinariamente, situações desviantes são tratadas com decisões absolutórias, o que deixará de existir a partir do momento que o direito punitivo se valer da ferramenta adequada.

A adoção deste direito sancionador efetivo, sem que seja, pois, um discurso elitista. Diga-se e repita-se que a finalidade desta tese jamais poderia ser privilegiar os possuidores de riqueza para que, por este motivo, não pudessem ser atacados pelo direito penal. Será, portanto, adotada uma nova forma de resolver conflitos, a fim de equilibrar a tensão existente pela necessidade de proteger bens jurídicos sem violar as garantias fundamentais. Proteger-se-á a sociedade, por um lado, sem descuidar da necessária preservação das garantias fundamentais, de outro, como bem adverte Renato Silveira:

> Uma coisa é certa: como os interesses difusos abordam os sentidos plurais do Direito Penal de forma diferente do Direito Penal clássico, é evidente que o âmbito criminal quanto a eles deva ser diverso, quando e se preciso. Portanto, imprescindível parece ser uma descriminalização, deixando-se, aos demais ramos do Direito, a busca por uma solução melhor dos conflitos supra-individuais. Reale Júnior considera necessário um enveredar para uma terceira via, administrativo-penal, em que se dote o ordenamento de instrumentos mais ágeis, os quais, sem deixar de atender a alguns princípios garantistas do Direito Penal, superem os óbices que tornam, este último, obsoleto e ineficiente.[779] (grifo nosso).

Esta linha de argumentação – transferência da matéria penal econômica para o âmbito do Direito da Intervenção, como não poderia deixar de ser, – já encontra respaldo também na doutrina estrangeira. Vejam-se as lições de Elena Gorriz Nuñez:[780]

> *Algunos autores han evolucionado hasta realizar propuestas intermedias en cuanto que también tratarían de reducir la intervención punitiva, pero creando un Derecho de intervención (Interventionsrecht) a caballo entre el Derecho Penal nuclear y el Derecho Administrativo Sancionador (Rect. Der Ordnungswidrigkeiten). En esta línea se situa en Alemania la propuesta de Hassemer quien [...] postula crear un sistema jurídico al margen del código penal, pero regido por criterios penales y que aglutine preceptos relativos a la delincuencia económica, a la mediombiental o em materia de drogas. En este Derecho da Intervención, se flexibilizarián las garantias materiales y procesales y no se recurriría a la pena privativa de liberdad.*

Nesta tese, pois, tendo sido apresentadas críticas à intervenção penal em matéria

[779] SILVEIRA, Renato Mello Jorge. *Direito Penal Supra-individual*: Interesses Difusos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p.203.
[780] NUÑES, Elena Gorriz. Posibilidades y Limites del Derecho Penal de dos Velocidades. In: BASOCO, Juan Terradillos; SANCHÉZ, Maria Acalé (Coords.). *Temas de Derecho Penal Económico.* III Encontro Hispano Italiano de Derecho Penal Econômico. Madrid: Editorial Trota, 2004, p.341-342.

econômica, passa-se a expor os fundamentos do Direito Sancionador, do Direito da Intervenção, como proposto por Hassemer,[781] evidenciando as suas diferenças em relação ao Direito Penal, bem como a sua idoneidade para tratar de assuntos que o Direito Penal, pelas limitações de sua própria natureza, não poderia tratar. Ainda serão analisados aspectos relacionados com o Direito da Intervenção, como o Direito Penal de Duas Velocidades, proposto por Silva Sanchez;[782] Direito Sancionador, na definição de Luiz Flávio Gomes;[783] Direito das Contra-Ordenações, como defendido pela Escola de Coimbra.[784] Antes disso, antes de evidenciar as nuances destas novas manifestações punitivas com as suas peculiaridades, impõe-se tratar de um importante marco teórico: a Escola de Frankfurt e as contribuições para o tratamento dos ilícitos econômicos.

4.1 A ESCOLA DE FRANKFURT E A IMPORTÂNCIA PARA A CRÍTICA À SITUAÇÃO INSUSTENTÁVEL DAS MAIS NOVAS MANIFESTAÇÕES PUNITIVAS

> Com o termo "Escola de Frankfurt, procura-se designar a institucionalização dos trabalhos de um grupo de intelectuais marxistas, não ortodoxos, que na década dos anos 20 permaneceram à margem de um marxismo-leninismo clássico, seja em sua versão teórico ideológica, seja em sua linha militante e partidária.[785]

A Escola de Frankfurt serviu para sediar um grupo de pesquisadores, cuja atuação começou em 1922 na Turíngia. O *Insitut fuer Sozialforschung* (Instituto de Pesuisa Social), foi criado em 3 de fevereiro de 1923.[786] Professores ligados à Escola de Frankfurt, na última década do milênio passado, publicam uma coletânea de trabalhos[787] a respeito do futuro do Direito Penal, que, obviamente, transcende e muito a "mera" análise do Direito Penal Econômico. A despeito de não se poder resumir de forma simplista a linha mestra da

[781] Neste sentido: HASSEMER, Winfried. Segurança Pública no Estado de Direito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: RT, ano 2, n.5. e, ainda, HASSEMER, Winfried. A preservação do meio ambiente através do direito penal. Conferência proferida no I Congresso Internacional de Direito do Ambiente, adaptada para publicação por Paulo de Sousa Mendes. *Lusíada – Rev. C. C. Direito* n. Especial, 1996.

[782] SILVA-SANCHEZ, Jesús Maria. *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindunstriales*. Madrid: Cuadernos Civitas, 1999.

[783] GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice. *Direito Penal na Era da Globaliz*ação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

[784] Veja-se, a este respeito, toda a contribuição do Instituto de Direito Penal Econômico e Europeu, momente os trabalhos de Jorge de Figueiredo Dias e Manoel da Costa Andrade. No Brasil, particularmente, recomenda-se D'ÁVILA, Fábio; SOUZA, Paulo Sporlerder de. *Direito Penal Secundário.* São Paulo: RT, 2006.

[785] FREITAG, Barbara. *A Teoria Crítica. Ontem e Hoje.* São Paulo: Brasiliense, 2004, p.10.

[786] *Ibidem, loc.cit.*

[787] CASABONA, Carlos Maria Romeo (Coord.). *La insostenible situación del Derecho Penal.* Granada: Instituto de Ciências Criminales de Frankfurt, 2000.

publicação, pode-se afirmar que duas grandes preocupações perpassam a maioria dos textos: a identificação dos problemas e das críticas ao sistema penal e, por conseguinte, a análise do futuro do direito penal.

No entanto, ao externar a preocupação com a crise do atual sistema penal, diversos autores, neste mencionado texto, publicam artigos que analisam, de forma crítica, a intervenção penal na economia, bem como os desdobramentos disso para a dogmática penal. A situação do Direito Penal, de acordo com estes pensamentos, reunidos em uma das mais importantes publicações do século passado, estaria insustentável. O direito penal estaria sendo vulgarizado, perdendo o seu caráter de ultima ratio e, por isso, A fragilidade derivaria de uma série de fatores. Veja-se:

> *insostenible, por su inadaptación al actual estado de desarrollo socioeconômico; inostenible, por su idealismo ingênuo; inostenible, por su arcaísmo, su formalismo, si lenitud, SUS enojosas limitaciones prácticas. Para otros, em cambio, em la crisis se trata del ser o no ser dele Derecho penal: el crecimiento es uma metamorfosis. Así, la insostenible situación del Derecho penal constituiria precisamente la consecuencia esencial del proceso de modernización fragmentaria y contracditoria que experimenta el sistema punitivo.*[788]

Acompanhada de semelhante preocupação, surgiu uma corrente no meio jurídico-penal que porfia pela criação de um "Direito da Intervenção" para tutelar a categoria de novos bens jurídicos, com a finalidade de "desafogar" o Direito Penal clássico. É o caso da Escola de Frankfurt de Direito Penal, que busca trazer uma solução para o problema da criminalidade moderna nas sociedades pós-industriais.

Com efeito, ao longo deste trabalho, pretendeu-se demonstrar a necessidade de sistematização e desenvolvimento de um novo ramo do Direito, que cuidaria das novas lesões aos bens que surgiram e que não têm íntima relação com o Direito Penal. Assim, diante da ilegitimidade da intervenção penal na economia e pela necessidade de resguardar estes bens econômicos, desdobrados da noção de cultura, deve aparecer uma via, própria para a proteção destes bens. Aparece, pois, por conduto da Escola de Frankfurt, o Direito da Intervenção.

Trata-se de um Direito punitivo, com sanções graves, a cumprir a função de prevenção geral e de tutela de bens jurídicos, que, por não ter pena de privação da liberdade, pode comportar menos garantias que o Direito Penal.

O Direito da Intervenção foi idealizado pela Escola de Frankfurt, capitaneada por

[788] SANCHEZ, Jesus Maria Silva. Prólogo à la 2.a. Edición Española. In: CASABONA, Carlos Maria Romeo (Coord.). *La insostenible situación del Derecho Penal.* Granada: Instituto de Ciências Criminales de Frankfurt, 2000.

Winfried Hassemer[789], que teve o grande mérito de colocar em evidência as diferenças em relação ao Direito Penal, bem como a sua idoneidade para tratar de assuntos que o Direito Penal, pelas limitações de sua própria natureza, não poderia tratar. Observe-se a argumentação de Hassemer abaixo transcrita:

> Eu denomino os instrumentos que podem responder- melhor que o Direito Penal – à pressão de solução dos problemas atuais e futuros com o conceito genérico de "Direito de Intervenção". Estes instrumentos existem apenas em suas bases, eles ainda devem ser amplamente desenvolvidos – inclusive teoricamente:
>
> - aptidão para a solução de problemas antes de ocorrerem danos (capacidade preventiva);
>
> - dispor *de* e atuar *com* meios de controle e fiscalização, e não somente com meios de intervenção;
>
> - cooperar ao máximo com diferentes âmbitos de competência como, por exemplo, o Direito Administrativo e dos ilícitos administrativos; o Direito das Contravenções; o Direito da Saúde e dos Recursos Médicos; o Direito Fiscal e do Trabalho; dos Serviços Públicos;
>
> - um ordenamento processual cujas garantias sejam empírica e normativamente adequadas às possibilidades operacionais do Direito de Intervenção.
>
> Também um Direito de Intervenção dispõe de possibilidades de *sancionamento,* e inclusive empregará meios jurídico-penais – mas na verdade para a realização de fins preventivos e não repressivos como resposta ao injusto e à culpabilidade. Assim, o fabricante de produtos perigosos poderá ser compelido, inclusive pelo uso da força, por exemplo, a respeitar seu dever de comunicar e preservar.[790]

Percebe-se, pois, que, uma das maiores críticas opostas ao direito penal – a sua evidente consequencialidade – não se aplica para o direito da intervenção, nem para os ideiais percebidos nas críticas à situação insustentável do Direito Penal moderno, como proposto pela Escola de Frankfurt. Uma das maiores preocupações dos adeptos da Escola de Frankfurt é, pois, com a prevenção.

---

[789] Neste sentido: HASSEMER, Winfried. Segurança Pública no Estado de Direito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: RT, ano 2, n.5. e, ainda, HASSEMER, Winfried. A preservação do meio ambiente através do direito penal. Conferência proferida no I Congresso Internacional de Direito do Ambiente, adaptada para publicação por Paulo de Sousa Mendes. *Lusíada – Rev. C. C. Direito* n. Especial, 1996.

[790] HASSEMER, Winfried. Desenvolvimentos Previsíveis na Dogmática do Direito Penal e na Política Criminal. Revista de Estudos Criminais, 2008, 29, p.9-20.

De outra sorte, tenha-se em mente que os defensores ferrenhos à crítica da situação insustentável do direito penal moderno não chegam a ser abolicionistas. Defendem a aplicação do direito penal como ultima ratio, mas ainda seguem com a aplicação. Veja-se, com Hassemer:

> Um direito de intervenção não pode *substituir sistematicamente o Direito Penal.* Assim o referido fabricante será responsabilizado por lesão corporal ou homicídio, se existirem os pressupostos da responsabilidade penal – na verdade, somente se os meios preventivamente eficazes da intervenção protetora do bem jurídico falharem e se ocorrer a lesão ao bem jurídico.
>
> O desenvolvimento de um Direito de Intervenção pressupõe para os penalistas justamente que eles estejam conscientes dos limites do seu ramo e realmente iniciem a *cooperação* com o seu meio. Ele terá por conseqüência o fato de que o sistema jurídico-penal a longo prazo se desobrigará de tarefas que ele não pode cumprir..”[791]

Para Hassemer, a tutela penal não deve agasalhar os bens jurídicos de natureza supra-individual. Quem deve dispor deles é um novo ramo do direito, o Direito da Intervenção. A Escola de Frankfurt, assim, constatando a situação insustentável do direito penal, começa a procurar sucedâneos para este ramo jurídico. O mesmo se diga para os novos perigos criados pela sociedade de risco. Nesse sentido, confira-se o excerto abaixo transcrito:

> O Direito Penal deve voltar ao aspecto central, ao Direito Penal formal, a um campo no qual pode funcionar, que são os bens e direitos individuais, vida, liberdade, propriedade, integridade física, enfim, direitos que podem ser descritos com precisão. [...] Acredito que é necessário pensarmos em um novo campo do direito que não aplique as pesadas sanções do Direito Penal, sobretudo as sanções de privação de liberdade e que, ao mesmo tempo possa ter garantias menores. Eu vou chamá-lo de Direito da Intervenção.[792]

Percebe-se que Hassemer traz a proposta de que o Direito Penal se ocupe dos aspectos centrais, ou seja, da tutela dos bens jurídicos relacionados à civilização, punindo condutas individuais que efetivamente causem lesão ou perigo concreto para o bem jurídico (crimes de dano). Para os demais bens, notadamente aqueles desenvolvidos por meio da cultura, como ocorre com a economia, um outro ramo do direito deve surgir, para que o direito penal não reste vulgarizado. Veja-se a advertência feita por Cornellius Prittwitz, na mencionada e importante publicação:

> *el argumento pragmático utilizado más a menudo – y muestra de la imagen empleada más tradicionalmente – se oculta tras la comparación del*

[791] *Ibidem, loc. cit.*

[792] HASSEMER, Winfried. Perspectivas de uma moderna política criminal. *Revista brasileira de Ciências Criminais.* São Paulo: RT, 08, outubro/1994, p.49.

> *Derecho Penal com una espada. La imagen presupone que el Derecho Penal es um remédio extremo, um médio contundente em el sentido originário de la palabra* [...]. *El problema así reflejado surge evidentemente cuando se trata de los efectos de um exceso de Derecho penal. Em esa medida, también aqui se estaba claramente obligado a prestar atención a la experiência cotidiana eliminando com ello las posibles sospechas. Estas sin embargo hablan em favor de la teoria de la espada desafilada; pues no funciona el inflingir um corte com la espada, si luego cualqueira lo va enseñando por ahi.*[793]

Discorrendo sobre o trabalho apresentado pela Escola de Frankfurt, encabeçada por Hassemer, Manuel Gómez Tomillo, assevera que:

> *Conforme a una visión esquemática, se puede decir que la misma defiende que el Derecho penal moderno se caracteriza por la continua creación de nuevos tipos penales destinados a la protección de bienes jurídicos universales, definidos de forma altamente imprecisa, donde abundan los delitos de peligro abstracto, lo que provoca la disolución del concepto mismo de bien jurídico. Ello ha determinado una crisis del Derecho penal actual, de raíz liberal, convertido en un instrumento de control de los grandes problemas sociales o estatales, de forma que se ha transitado desde la penalización de lesiones concretas de bienes jurídicos a la prevención a gran escala de situaciones problemáticas. Desde su perspectiva, es preciso superar esta situación y controlar la expansión desmedida del Derecho penal. [...] Hassemer llega a proponer um <<Derecho de intervención>>, a medio camino entre el Derecho penal y el administrativo sancionador, com intervención del poder judicial, unas garantias menos intensas que en el âmbito criminal y uma reacción punitiva menos gravosa que no tuviera el estigma de lo criminal, a la que poder reconducir muchos de los comportamientos hoy ubicados em el Derecho penal.* [794]

Percebendo os reveses do direito penal, todos os seus problemas, a Escola de Frankfurt também foi uma das responsáveis pela necessidade de, partindo da premissa que a intervenção penal é subsidiária, buscar alternativas outras para o tratamento de comportamentos desviantes. O direito penal somente deve ser usado quando a sociedade e o Estado não tiverem como resguardar as relações de uma outra forma.[795]

---

[793] PRITTWITZ, Cornelius. El Derecho Penal Alemán: Fragmentario? Subsidiario? Ultima Ratio? Reflexiones sobre la razón y limites de los principios limitadores del Derecho Penal. *In:* CASABONA, Carlos Maria Romeo (Coord.). *La insostenible situación del Derecho Penal.* Granada: Instituto de Ciências Criminales de Frankfurt, 2000, p.43-44.

[794] TOMILLO, Manuel Gómez. *Derecho Administrativo Sancionador. Parte General. Teoría General y Práctica Del Derecho Penal Administrativo*. Espana: Aranzadi, 2008, p.39.

[795] PRITTWITZ, Cornelius. El Derecho Penal Alemán: Fragmentario? Subsidiario? Ultima Ratio? Reflexiones sobre la razón y limites de los principios limitadores del Derecho Penal. *In:* CASABONA, Carlos Maria Romeo

Destacada, pois, a importância da Escola de Frankfurt, passa-se a tratar dos fundamentos deste novo ramo punitivo, também destinado a tratar da tutela econômica, bem cultural que é. A questão da necessidade de criação de um Direito que possa atender de forma efetiva aos reclamos sociais de tutela para os bens jurídicos de natureza econômica, que superem a intervenção simbólica que o Direito Penal Econômico hoje faz é o que se apresentará no tópico que se segue.

4.2 DIREITO SANCIONADOR. DIREITO DA INTERVENÇÃO E DIREITO DAS CONTRA-ORDENAÇÕES. DIREITO PENAL DE DUAS VELOCIDADES: NOVA PROPOSTA DE TUTELAR A ECONOMIA, DE FORMA EFETIVA E SEM VIOLAR GARANTIAS FUNDAMENTAIS

> *El proceso de expansión de Derecho Penal ha traído consigo una intensa reflexión acerca de su legitimidad y de su validez. No del proceso en sí, en tanto en cuanto el Derecho en general como instrumento de resolución de conflictos sociales, debe dar una correcta respuesta al mismo. Esta respuesta es requerida, de modo legítimo, por la comunidad. El Derecho propio de un Estado social y democrático debe hacer frente, pues, a dicha exigencia [...] El problema se plantea ante la necesidad de lograr una adecuación en la respuesta a unos conflictos determinados, donde el legislador está acudiendo al Derecho Sancionador y, en lo que aquí atañe, al Derecho Penal, produciendo una expansión del mismo, entendiéndose por algunos como incorrecta dicha solución.*[796]

Na presente tese, demonstra-se a inaptidão de, penalmente, tutelar-se a economia. Concomitamente, fez-se questão de evidenciar que estes bens culturais, intangíveis, são, sem embargo, indispensáveis à convivência social. Por conta disso, neste tópico, tratar-se-á do Direito Sancionador, idéia ora defendida para resguardar a ordem econômica.

De antemão se defenda que o Direito Sancionador tem sim garantias. Muitos saem a repetir, acriticamente, que o direito sancionador tem menos garantias que o direito penal (o que permite, com as devidas licenças, que críticas impertinentes sejam feitas à tal manifestação punitiva). Dizer-se que tem menos garantias, por óbvio, não quer dizer que não há garantia alguma. Ocorre, no entanto, que o direito sancionador possui menos garantias que o Direito Penal Clássico. Em contrapartida, o Direito Sancionador não acata a existência de pena de prisão, o que, por conseguinte, afasta a possibilidade de prisões processuais. É, pois, uma ótica de compensações: há

(Coord.). *La insostenible situación del Derecho Penal.* Granada: Instituto de Ciências Criminales de Frankfurt, 2000, p.446.

[796] CARDOSO, Fernando Navarro. *Infracción Administrativa y Delito:* Límites a La intervención del Derecho Penal. Madrid: Colex, 2001, p.81.

menos garantias, porém, sem pena de prisão, a mais grave das sanções penais.

A finalidade deste texto não é tecer comentários a respeito da natureza dos ilícitos. Não é, absolutamente, fazer uma perspectiva, jusnaturalista ou dogmática, a respeito da diferenciação entre o ilícito criminal e o ilícito civil. Verdadeiramente, a noção de ilicitude é uma para o direito e, em razão disso, uma excludente de ilicitude reconhecida por um juiz criminal faz coisa julgada no cível. A análise de ilicitude se refere a um juízo de censura a respeito de um fato, a fim de verificar se ele é ou não autorizado pelo direito. Pode-se, pois, dizer, no entanto, que há hipóteses para as quais a tutela penal não deve ser dispensada: 1- quando desnecessária, porque insignificante, porque adequada socialmente; 2 – quando ilegítima, seja porque há outras formas menos dolorosas e sofridas para solucionar aquele conflito, haja vista que o direito penal deveria ser sempre subsidiário (por exemplo, tutelar penalmente a fidelidade conjugal), seja porque, pela qualidade do bem, a tutela penal é inviável, inadequada. Assim, pode-se perceber que a diferença entre os diversos ilícitos, criminais, cíveis, administrativos, sancionadores, é de valor, não de essência. Há, pois, forte orientação no sentido de não enxergar diferença entre os ilícitos, veja-se:

> *Admitiendo unos mismos caracteres para toda norma jurídico-sancionadora (norma de valoración y norma de determinación), unos mismos fines del sistema jurídicos-sancionador (fin de prevención y fin de garantía), unas mismas funciones (función de protección de bienes jurídicos y función de motivación), unos mismos parámetros básicos para delimitar el bien jurídico protegido por el sistema jurídico-sancionador, así como la vigencia, tanto en el Derecho Administrativo sancionador como en el Derecho Penal, de los principios del mencionado sistema y de los respectivos (sub)principios derivados de aquéllos, todo elle conduce, lógica e indefectiblemente, a afirmar la identidad sustancial entre la infracción administrativa y la infracción penal.*[797]

Reconhecendo que a diferença entre os ilícitos tem natureza de valor, e que os padrões distintivos, para gerar certeza, devem provir do legislador, tem-se que:

> *Es urgente um relanteamiento por parte del legislador de los límites del Derecho penal y el Derecho administrativo. Entre lo ilícito penal y lo ilícito administrativo, entre la pena y la sanción administrativa, existen únicamente diferencias cuantitativas y el limite há de ser trazado positivamente por el legislador. En la redistribuición de la matéria há de tener em cuenta la gravedad de las infracciones desde el punto de vista material (desvalor ético-social o cultural) y consideraciones de política criminal (la rapidez y eficácia de la sación). Gran parte de las faltas del Libro III del Código Penal podrían transformarse em infraciones puramente*

[797] CARDOSO, Fernando Navarro. *Infracción Administrativa y Delito*: Límites a La intervención del Derecho Penal. Madrid: Colex, 2001, p.74.

administrativas y otras, las menos, convertirse em delitos (por ejemplo, las faltas de lesiones, hurto, estata, apropiación, indebida, incendio y daños) (46), que podrían perserguirse solo a instancia de parte.[798]

Veja-se como se posiciona a doutrina a este respeito:

Admitiendo unos mismos caracteres para toda norma jurídico-sancionadora (norma de valoración y norma de determinación), unos mismos fines del sistema jurídicos-sancionador (fin de prevención y fin de garantía), unas mismas funciones (función de protección de bienes jurídicos y función de motivación), unos mismos parámetros básicos para delimitar el bien jurídico protegido por el sistema jurídico-sancionador, así como la vigencia, tanto en el Derecho Administrativo sancionador como en el Derecho Penal, de los principios del mencionado sistema y de los respectivos (sub)principios derivados de aquéllos, todo elle conduce, lógica e indefectiblemente, a afirmar la identidad sustancial entre la infracción administrativa y la infracción penal.[799]

Dada la complejidad de la materia (dificultad de diferenciación entre unas infracciones y otras), se asiste a un resurgimiento de la distinción puramente formal. Autores como FIANDACA/MUSCO O MIR PUIG se ciñen, como único criterio seguro, a establecer diferencias formales, bien en función del tipo de sanción (aunque también presenta inconvenientes, como apuntan los precitados autores italianos), bien en función del órgano que impone la consecuencia jurídica: la sanción administrativa la impone un órgano de la Administración Pública (caso de un Alcalde o de un Delegado del Gobierno); la pena, un órgano de la Administración judicial (un Juez Tribunal). De ahí, empero, no se puede pretender obtener como conclusión la existencia de diferencias sustanciales. Como tampoco lo pretende ninguno de los autores citados, que se acogen a las tesis cuantitativas, con independencia de sus propuestas de lege ferenda, y en orden a lograr una diferenciación material de ambas infracciones, el rendimiento de este criterio es nulo".[800]

As diferenças, pois, são de valor, não de essência. Somente são bens jurídicos dignos da tutela penal aqueles que sejam mais importantes e que possam ser tratados, adequadamente, pelo direito penal. Uma tal tarefa, obviamente, cabe ao legislador, respeitados, porém, todos os pressupostos constitucionais e de dogmática penal. Em todas as áreas há bens a resguardar. É fato que no direito sancionador há bens a resguardar; nas contra-ordenações, há bens a resguardar. Uma das notas distintivas é que os bens tutelados pelo direito penal são os bens tradicionalmente

[798] MIR, Jose Cerezo. *Límites entre el Derecho penal y el Derecho adiministrativo.*In Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Tomo XXVIII, Fasciculo II, mayo-agosto MCMLXXV, p.169.
[799] CARDOSO, Fernando Navarro. *Infracción Administrativa y Delito:* Límites a La intervención del Derecho Penal. Madrid: Colex, 2001, p.74.
[800] *Ibidem,* p.78.

indispensáveis à sobrevivência humana, marcados desde a noção de civilização. Há outros bens que são importantes, mas a tutela penal não seria legítima para intervir. A respeito da legitimidade da intervenção penal, note-se:

> daí a afirmação forte de que noa há crime (legítimo) sem ofensa a bem jurídico-penal. Proposição que pretende, para além de expressar um inequívoco ideário político-ideológico, assumir-se como formulação principalmente consitucional. Resultado, é verdade, de uma compreensão político ideológica estabelecida nos ideais de um estado laico, liberal, tolerante, pluralista, multicultural, comprometido com a dignidade humana e o reconhecimento dos direitos fundamentais.[801]

Pode-se, pois, em coerência com o quanto delineado detidamente no capítulo um, definir que o direito penal tradicional se ocuparia dos bens da civilização; o direito sancionador se ocuparia dos bens culturais, para os quais os rigores do direito penal tornam a sua tutela ilegítima e inadequada. Para vida, patrimônio, liberdade sexual, o direito penal clássico; para o sistema financeiro, ordem econômica, relações de consumo, o rigor do direito sancionador. A diferença de tutela reside, pois, na importância dos bens e, ainda, na possibilidade de tutelar as tais necessidades.

Sem embargo, um dos grandes louvores do citado Direito Sancionador e do Direito da Intervenção é a possibilidade de lidar com as situações e necessidades da proteção à atividade econômica e à sociedade de risco sem precisar recorrer às graves sanções do Direito Penal, especialmente à pena privativa de liberdade. É bem verdade que o Direito da Intervenção propõe que as garantias sejam substancialmente reduzidas, mas isto, antes de desqualificá-lo, o torna mais apto para responder ao problema da criminalidade moderna. De outra sorte, registre-se que o direito sancionador ainda tem o mérito de ser menos estigmatizante que o direito penal, além de não ter as sistemáticas violações aos direitos humanos, que este último proporciona.

Outro ponto que merece destaque é a forma de atuação, que no multicitado Direito se daria, sempre que possível, de modo preventivo, com vistas a evitar a ocorrência do dano, valendo-se de meios de controle e de fiscalização eficientes. Disso se extrai que é perfeitamente adaptado o direito da intervenção ao conceito de risco. Trata-se, consoante já visto no terceiro capítulo desta tese, de prevenção verdadeiramente primária. Para tanto, este direito se aproxima de outros tantos ramos jurídicos, sempre com vistas a evitar comportamentos lesivos e a dissuadir condutas moralmente reprováveis. A respeito do caráter eminentemente preventivo do direito sancionador:

> *El que denominamos "modelo de La inspección" o "modelo de la vigilancia"*

[801] D'ÁVILA, Fábio Roberto. Direito Penal e Direito Sancionador. Sobre a identidade do direito penal em tempos de indiferença. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 60. São Paulo: RT, maio-junho/ 2006, p.25.

> *tiene algunos rasgos definitórios muy característicos. En concreto, su esencia radica en que su puesta en funcionamiento (el inicio del procedimiento de inspección) ni siquiera requiere que concurran los prepuestos de hecho del peligro para un determinado "orden" fijado político-administrativamente (peligro en sentido policial). Así, por supuesto, es cierto que, constatada indiciariamente la existencia de un peligro para el orden administrativo-policial, se inician las intervenciones preventivo-policiales orientadas a la adquisición de datos eventualmente relevantes. Pero no es preciso que tal cosa se dé. Las intervenciones de inspección (supervisoras, de control) pueden ser puramente "rutinarias": en realidad, para iniciar una inspección no tiene por qué justificarse la existencia de indicios concretos de peligro para el orden administrativo-policial. El procedimiento de inspección – intensificando todavía más el principio rector que se expresa en el procedimiento sancionador de infracciones administrativas formales – aparece entonces claramente presidido por un criterio "gerencial" en relación con los riesgos (Risikomanagement).*[802]

Com pertinência à sistemática processual no Direito da Intervenção, tem-se que a diminuição de garantias e o abrandamento das exigências principiológicas e das formalidades para atribuição de responsabilidade são os elementos que permitirão as possibilidades operacionais desse Direito, conferindo-lhe agilidade e eficácia.[803] É razoável aceitar a supressão destas garantias para este direito sancionador justamente porque ele não prevê a possibilidade de aplicação de pena privativa de liberdade.

No entender de Hassemer, posicionamento aqui também defendido, o Direito da Intervenção seria o mais adequado para responder aos problemas específicos relacionados ao Direito Penal Econômico.[804] Percebe-se que Hassemer não retira a importância da tutela dos bens supra-individuais. Apenas o que se sustenta é uma nova positivação, distanciada da intervenção penal clássica, em que, em nome da preservação efetiva de tais bens, flexibilizem-se garantias ao mesmo tempo em que haja um abrandamento do tratamento punitivo às condutas que colocam em risco esses bens, distanciadas, sobretudo, da previsão de pena de privativa de liberdade, que é a sanção mais grave do direito penal clássico. Não se pode, pois, aceitar que esta flexibilização se dê no bojo do direito penal, pois representaria uma tutela violadora dos direitos humanos ou, em outra hipótese igualmente indesejável, representaria uma tutela ineficaz e ineficiente. Pode-se, pois,

---

[802] SANCHÉZ, Jesús-María Silva. *¿Libertad económica o fraudes punibles?* : Riesgos penalmente relevantes e irrelevantes en la actividad económico-empresarial. Madrid: Marcial Pons, 2003, p.314.

[803] Sobre as regras de procedimento atinentes ao Direito sancionador: SOTOMAYOR, Lucía Alarcón. *El Procedimiento Administrativo Sancionador y los Derechos Fundamentales.* Pamplona: Civitas, Ed. Arazandi, 2007.

[804] Neste sentido: HASSEMER, Winfried. Segurança Pública no Estado de Direito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: RT, ano 2, n.5. e, ainda, HASSEMER, Winfried. A preservação do meio ambiente através do direito penal. Conferência proferida no I Congresso Internacional de Direito do Ambiente, adaptada para publicação por Paulo de Sousa Mendes. *Lusíada – Rev. C. C. Direito* n. Especial, 1996.

verificar que:

> o direito penal não seria adequado a resolver estes problemas, o que redundaria num déficit de execução, para além de potencializar um esvaziamento do conteúdo das instituições centrais do direito penal e obrigaria uma política criminal puramente simbólica.[805]

Portanto, é encontrada no Direito da Intervenção a forma de equilibrar a tensão existente pela necessidade de proteger bens jurídicos sem violar as garantias fundamentais, como bem adverte Renato Silveira:

> Uma coisa é certa: como os interesses difusos abordam os sentidos plurais do Direito Penal de forma diferente do Direito Penal clássico, é evidente que o âmbito criminal quanto a eles deva ser diverso, quando e se preciso. Portanto, imprescindível parece ser uma descriminalização, deixando-se, aos demais ramos do Direito, a busca por uma solução melhor dos conflitos supra-individuais. Reale Júnior considera necessário um enveredar para uma terceira via, administrativo-penal, em que se dote o ordenamento de instrumentos mais ágeis, os quais, sem deixar de atender a alguns princípios garantistas do Direito Penal, superem os óbices que tornam, este último, obsoleto e ineficiente.[806]

No Direito espanhol, com efeito, existe um sistema jurídico-sancionador, como um sistema de controle social formal de reação, direcionado às condutas mais graves, possuindo, por isso mesmo, mecanismos de reação mais graves. De acordo com o artigo 25 da Constituição Espanhola, existem duas formas diferentes pelas quais esse sistema pode se manifestar: certas condutas podem se qualificar como infrações administrativas (Derecho Administrativo Sancionador) ou como delitos e faltas (Derecho Penal). Há ainda uma hierarquização no sentido de que as infrações administrativas em nenhuma hipótese podem ter previsão de pena privativa de liberdade, que se reserva para as penas e medidas de segurança.

Como semelhança, de logo se percebe que tanto o Direito Penal como o Direito Administrativo Sancionador são expressões da mesma manifestação do ordenamento jurídico-sancionador do Estado. Do mesmo modo, tem-se que por serem vertentes do unitário sistema estatal sancionador, perseguem fins iguais, o de prevenir certas condutas ilícitas e garantir a liberdade individual. Nesta tarefa, registre-se ainda que ambos tutelam bens jurídicos.

Necessário, ainda, gizar que o exercício da potestade sancionadora do Estado tem como fundamento a proteção aos direitos fundamentais. Neste sentido:

---

[805] SIMÕES, Pedro Coelho. A Supra-Individualidade como factor de superação da razão moderna. *In:* COSTA, José de Faria (Coord.). *Temas de Direito Penal Económico.* Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p.302-303.
[806] SILVEIRA, Renato Mello Jorge. *Direito Penal Supra-individual*: Interesses Difusos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p.203.

> De acordo con lo estabelecido en el artículo 10.1 de la Constituición, los derechos fundamentales <<son fundamento del orden político y de la paz social>>. Por ende, el ejercicio de la potestad sancionadora solo encuentra su fundamento en la protección de los bienes jurídicos. En otras palavras, la tutela de los derechos fundamentales es la razón última que justifica la existencia de um sistema sancionador. Solo porque es necesario protegerlos es por lo que existe dicho sistema.[807]

Por outra vertente, facilmente se percebe que a grande diferença existente entre o Direito Penal e o Sancionador gravita na impossibilidade deste prescrever pena privativa de liberdade.

> *La aplicación de los principios penales (ya examinada más atrás) se justifica únicamente por la necesidad de garantizar los derechos fundamentales del ciudadano en un mínimo suficiente que impida uma desigualdad intolerable de trato entre el procesado y el expedientado. Este mínimo lo proporciona ahora el Derecho Penal.*[808]
>
> *"Como se verá, lo decisivo aquí vuelve a ser el criterio teleológico: la finalidad que persiguen, respectivamente, el Derecho penal y el administrativo sancionador. El primero persigue proteger bienes concretos en casos concretos y sigue criterios de lesividad o peligrosidad concreta y de imputación individual de un injusto próprio. El segundo persigue ordenar, de modo general, sectores de actividad (reforzar, mediante sanciones, un determinado modelo de gestión sectorial). Por eso no tiene por qué seguir criterios de lesividad o peligrosidad concreta, sino, más bien, de afectación general, estadística; asimismo, no tiene por qué ser tan estricto en la imputación, ni siquiera en la persecución (regida por criterios de oportunidad y no de legalidad)."*[809]

Nos tópicos anteriores já se discorreu acerca do Direito da Intervenção. É válido, no entanto, reforçar que Winfried Hassemer foi quem propôs a criação deste novo ramo jurídico, situado entre o Direito Penal e o Direito Administrativo. Para ele, o Direito Penal deve ocupar-se das condutas que provoquem lesão ou perigo concreto de lesão a um bem jurídico individual. O Direito Penal, pois, se ocuparia dos bens atinentes à civilização, em conformidade com o quanto defendido no capítulo 01. O direito penal, pois, ficaria reservado para os crimes de dano, de tipicidade cerrada, em que o fato típico cumprisse, verdadeiramente, o seu mandamento de certeza e a sua função de garantia.

---

[807] CARDOSO, Fernando Navarro. *Infracción administrativa y delito*: limites a la intervención del derecho penal. Madrid: Colex, 2001, p.23.
[808] NIETO, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*. 4.ed. España: Tecnos, 2008, p.177-178.

[809] SANCHÉZ, Jesús-María Silva. ¿*Libertad económica o fraudes punibles?* : Riesgos penalmente relevantes e irrelevantes en la actividad económico-empresarial. Madrid: Marcial Pons, 2003, p.102-103.

O sistema jurídico proposto por Hassemer aproveitaria muito da dogmática penal, inclusive, seria regido por critérios penais, com flexibilização de certas garantias materiais e formais, ao mesmo tempo em que seria excluída, como alternativa sancionatória, a pena privativa de liberdade. Os preceitos deste novo ramo do direito aglutinariam questões ligadas à criminalidade econômica, delitos relativos à tutela do meio ambiente e de combate às drogas.[810]

A proposta de um tal Direito da Intervenção aparece em decorrência da posição inteiramente contrária à utilização do Direito Penal enquanto instrumento de política criminal. Além disto, a expansão do Direito Penal para tutela de bens jurídicos supra-individuais e dos novos "riscos" decorrente desse novo modelo de sociedade, que eleva o risco a categoria privilegiada, é outro fator que faz florescer a proposta hassemeriana.

Para Hassemer, o Direito Penal deve retornar à sua clássica missão central de tutelar bens e direitos individuais, isto é, a vida, a liberdade, a propriedade, integridade física etc., bens estes que se identificam com o conceito de civilização (veja-se, a este respeito, o quanto discorrido no capítulo um, pertinente à distinção entre cultura e civilização). Somente voltando a se ocupar destes aspectos centrais, poderia o Direito Penal voltar a funcionar.

Pois bem. Feitas essas breves ponderações sobre o Direito da Intervenção, cumpre asseverar a existência de uma teoria que muito se aproxima da proposta de Hassemer, embora com ela não se confunda, que é o Direito Penal de Duas Velocidades, idealizado por Jesús-María Silva Sanchez. Registre-se que a grande diferença do direito da intervenção para o direito penal de segunda velocidade é que este continua sendo sim direito penal. Esta, pois, a diferença entre os dois modelos. Veja-se o que se fala a respeito de Silva Sanchez:

> fala, em concomitância, de um direito penal a duas velocidades, com regras e princípios de garantia funcionando a dois níveis de intensidade, conforme se esteja perante um ou outro dos blocos dos ilícitos referidos. Não anda muito longe da proposta de Hassemer, uma vez que propõe um modelo imbuído daquela mesma menor intensidade garantística, com a – pequena – diferença de Silva Sanchez o incluir, ainda, dentro do direito penal. Pode vislumbrar-se o intuito de continuar a dar o cunho de penais a sanções que, tendo este elemento agregador, beneficiariam da imagem de maior neutralidade política, respeito e imparcialidade junto do público.[811]

Ora, se o direito penal é ilegítimo para tutelar a economia,

[810] NUÑES, Elena Gorriz. Posibilidades y Limites del Derecho Penal de dos Velocidades. In: BASOCO, Juan Terradillos; SANCHÉZ, Maria Acalé (Coords.). *Temas de Derecho Penal Económico.* III Encontro Hispano Italiano de Derecho Penal Econômico. Madrid: Editorial Trota, 2004, p.341-342

[811] SIMÕES, Pedro Coelho. *A Supra-Individualidade como factor de superação da razão moderna*. *In:* COSTA, José de Faria (Coord.). *Temas de Direito Penal Económico.* Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 302-305.

porquuanto inadequado, ele é ilegítimo em qualquer uma das suas velocidades, primeira, segunda ou terceira. A legitimidade não se pode impor por meio de um processo de legitimação forçada a qualquer que seja a velocidade do direito penal.

O Direito Penal de Duas Velocidades propugna trabalhar com a sistemática penal dentro de uma concepção dualista, havendo, por assim dizer, duas velocidades dentro do âmbito criminal.

A primeira velocidade seria relativa ao setor no qual as condutas criminalizadas possuem previsão de pena privativa de liberdade. Neste setor – ou velocidade -, todas as garantias materiais e processuais devem manter-se intactas, preservando toda a dogmática jurídico-garantista conquistada historicamente e merecidamente incorporada à sistemática normativa do Direito Penal.

Já a segunda velocidade seria aquela que se ocuparia das demais infrações para as quais não haja previsão de pena de prisão, mas sim outra categoria de sanções. Nesta velocidade, admitidas estariam algumas flexibilizações de garantias e regras de imputação. Veja-se, a esse respeito, o pensamento de Silva Sanchez:

> [...] *ni en todo el sistema jurídico debe haber las mismas garantías, ni en todo el sistema del Derecho sancionatorio tiene por qué haber las mismas garantías, ni siquiera en todo el sistema sancionatorio penal tienen por qué exigirse las mismas garantías; pues las consecuencias jurídicas son sustancialmente diversas...*[812]

Verifica-se que assevera que não são todos os setores que merecem ter as mesmas garantias. E isto porque as consequências jurídicas experimentadas nos diversos âmbitos são substancialmente diversas, a merecer, portanto, garantias e sistemas de imputação diferenciados. Explica, ainda, que:

> *En efecto, la disminución de garantias y de <<rigor>> dogmático podrían explicarse (e incluso legitimarse) en el Derecho penal contemporâneo si ello fuera el correlato de la generalización de sanciones pecuniárias o privativas de derechos, o – más aún – de la <<reparación penal>> (en los casos em que ésta pudiera acogerse) en lugar de las penas privativas de libertad.*[813]

Silva Sanchez acredita que não há dificuldades em se admitir uma vertente com garantias flexibilizadas dentro do próprio Direito Penal, desde que as sanções previstas para os delitos correspondentes não sejam de privação da liberdade. Para tanto, defende que deve existir uma espécie de gradação (ou níveis) na vigência das regras de imputação e nos princípios de garantia

[812] SÁNCHEZ, Jesús – Maria Silva. *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindunstriales.* Madrid: Cuadernos Civitas, 1999, p.116.
[813] *Ibidem,* p.118.

dentro do próprio Direito Penal, de acordo com o modelo sancionatório que este assuma.

Manuel Gómez Tomillo, discorrendo sobre a proposta de Silva Sanchez, esclarece que:

> *En definitiva, cabría hablar de dos velocidades en el marco del Derecho penal: la primera se corresponderia con el sector del ordenamiento en el que se imponen penas privativas de libertad donde deben mantenerse todas las reglas de imputación y princípios procesales llamémoslos <<clásicos>>. La segunda velocidad, vendría constituida por las infracciones en las que se impondrían otra clase de sanciones, donde cabe proceder a flexibilizar las reglas de imputación. Tal construcción tendría frente al Derecho administrativo sancionador la ventaja de una mayor neutralidad política y, al tiempo, la de la satisfacción de la demanda social de una respuesta penal a los nuevos problemas.*[814]

Ainda sobre o Direito Penal de Duas Velocidades, cumpre assinalar que, no tocante às alternativas sancionatórias, Silva Sanchez sustenta que poderiam aproximar-se das sanções administrativas, muito embora o direito continuasse sendo penal, a exemplo das penas privativas de direitos e multas. Registre-se, porém, que estas sanções, da segunda velocidade, não poderiam ser convertidas em pena de prisão, pois, do contrário, de nada adiantaria criar-se uma nova forma de tutelar bens jurídicos.

> *Por eso, cabría que en un Derecho penal más alejado del nucleo de lo criminal y en el que se impusieran penas más próximas a las sanciones administrativas (privativas de derechos, multas, sanciones que recaen sobre personas jurídicas) se flexibilizaran los criterios de imputación y las garantías político-criminales. La característica esencial de dicho sector seguiría siendo la judicialización (y la consiguiente imparcialidad) a la vez que el mantenimiento del significado <<penal>> de los injustos y de las sanciones, sin que éstas, con todo, tuvieran la repercusión personal de la pena privativa de libertad.*

Advirta-se, contudo, que, muito embora Silva Sanchez repute difícil conter a expansão do Direito Penal, tal situação não importa aceitar um modelo de Direito Penal máximo. O Estado deve é exercer a função de racionalizar a demanda social de punição, obtendo uma solução que seja por um lado funcional no combate à criminalidade, e, por outro, suficientemente garantista.

Para arrematar a proposta de Silva Sanchez, é válido colacionar o trecho abaixo, cuja transcrição guarda fidelidade ao texto original.

> *Ahora bien, en la medida en que la sanción no sea privativa de libertad, sino*

[814] TOMILLO, Manuel Gómez. *Derecho Administrativo Sancionador. Parte General. Teoría General y Práctica Del Derecho Penal Administrativo*. Espana: Aranzadi, 2008, p.41.

> *privativa de derechos o pecuniaria, parece que no habría que exigir tan estricta afectación personal; y la imputación tampoco tendría que ser tan abiertamente personal. La ausencia de penas <<corporales>> permitiria flexibilizar el modelo de imputación. Con todo, para dotar de sentido a este nivel si sería importante que la sanción se impusiera por una instancia judicial penal, de modo que retuviera (en la medida de lo posible) los elementos de estigmatización social y de capacidad simbólico-comunicativa propios del Derecho penal.*[815]

Ao que se evidencia, a grande diferença entre o Direito da Intervenção e o Direito Penal de Duas Velocidades reside no fato de que este postula não haver necessidade de criação de um novo ramo jurídico, mas sim que o próprio Direito Penal estaria apto a tutelar as novas necessidades da sociedade de risco, trabalhando com uma certa gradação nos níveis de garantia. Desse modo, a tônica dessa argumentação é a seguinte: sempre quando houver a previsão normativa de pena privativa de liberdade para o tipo descrito na lei, deverão restar imaculadas todas as garantias e regras de imputação, ao passo que, quando, ainda dentro do sistema penal, a hipótese normativa não trouxer privação de liberdade como alternativa sancionatória, as garantias poderão ser flexibilizadas. A respeito do direito penal de duas velocidades:

> *Otra hipótesis, formulada por SILVA SÁNCHEZ, propone una distinción dentro del propio Derecho Penal. Sería un Derecho Penal de dos velocidades. Un ámbito quedaría circunscrito al Derecho Penal de las penas privativas de libertad. Otro al Derecho Penal de las Penas privativas de derechos y de las pecuniarias (pudiendo incluir, inclusive, a la reparación). Éste se caracterizaría por una rebaja de los principio de garantía y de los criterios de imputación. Como principales ventajas para efectuar la distinción dentro del propio Derecho Penal, apunta el citado autos las siguientes: mayor alcance intimidatoria (mayor fuerza preventivo general negativa), con independencia del alcance integrador de las convicciones ético-sociales inherentes a los delitos (prevención general positiva); mayor neutralidad política respecto del Derecho Administrativo sancionador; y la imparcialidad jurisdiccional.* [816]

Nesta linha de intelecção, Silva Sanchez expressa que:

> *En nuestra opinión, con todo, y aparentemente a diferencia de la propuesta del <<Derecho de la intervención>>, no habría ninguna dificuldad para admitir ese modelo de menor intensidad garantística dentro del Derecho penal, siempre e cuando – eso sí – las sanciones previstas para los ilícitos*

[815] SÁNCHEZ, Jesús – Maria Silva. *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindunstriales.* Madrid: Cuadernos Civitas, 1999, p.126-127.
[816] CARDOSO, Fernando Navarro. *Infracción Administrativa y Delito:* Límites a La intervención del Derecho Penal. Madrid: Colex, 2001, p.82.

correspondientes no fueran privativas de libertad.[817]

Para o referido autor, a opção pelo Direito Penal possui vantagens relevantes no sentido de que este ramo possui uma ação comunicativa mais forte do que os outros, o que possibilita ter uma dimensão sancionatória mais eficiente. Demais disso, notadamente em relação ao Direito Administrativo, a vantagem seria a de possuir a necessária neutralidade axiológica e isenção política, fato que permite um exercício jurisdicional mais técnico e imparcial.

Por outro lado, o Direito da Intervenção e o Direito Penal de Duas Velocidades guardam similitude no fato de que ambos procuram uma forma de solucionar o problema da criminalidade moderna e as novas necessidades reclamadas pela sociedade de risco – e aqui se está a falar eminentemente da tutela dos novos bens jurídicos, os supra-individuais – de um modo em que reste excluída a punição privativa de liberdade. Como o direito sancionador não tejm exatamente as mesmas características do direito penal, é de se reconhecer que ele é adequado e, pois, legítimo para resguardar a ordem econômica. A respeito desta preocupação:

> *El proceso de expansión de Derecho Penal ha traído consigo una intensa reflexión acerca de su legitimidad y de su validez. No del proceso en sí, en tanto en cuanto el Derecho en general como instrumento de resolución de conflictos sociales, debe dar una correcta respuesta al mismo. Esta respuesta es requerida, de modo legítimo, por la comunidad. El Derecho propio de un Estado social y democrático debe hacer frente, pues, a dicha exigencia* [...] *El problema se plantea ante la necesidad de lograr una adecuación en la respuesta a unos conflictos determinados, donde el legislador está acudiendo al Derecho Sancionador y, en lo que aquí atañe, al Derecho Penal, produciendo una expansión del mismo, entendiéndose por algunos como incorrecta dicha solución.*[818]

Além disto, ambos admitem que é possível flexibilizar as garantias e sistema tradicionais de imputação, desde que isso seja relacionado aos tipos que não prescrevam pena privativa de liberdade como a sanção aplicável. Tal flexibilização seria no sentido de permitir, por exemplo, a responsabilização da pessoa jurídica, no âmbito do direito sancionador; a punição pela mera criação de uma situação de risco; possibilidade de sanção sem um rigor forte no que tange à tipicidade...

Efetivamente, as propostas de Hassemer e Silva Sanchez não ficaram imunes às críticas. A principal delas orbita na questão de que os discursos de ambos poderiam ser considerados elitistas, implicando a volta de um indesejável Direito Penal de classes, é dizer, o direito penal

[817] SÁNCHEZ, Jesús – Maria Silva. *Op.cit.,* p.120.
[818] CARDOSO, Fernando Navarro. *Infracción Administrativa y Delito*: Límites a La intervención del Derecho Penal. Madrid: Colex, 2001, p.81.

passaria a ser preponderantemente do autor e não do fato. Nesse sentido, confira-se o trecho abaixo transcrito da obra de Tomillo, reproduzido *ipsis literis*:

> *La construcción de HASSEMER puede implicar una vuelta a un Derecho penal de clases, donde el ladrón debería soportar una pena, mientras que, por ejemplo, los delincuentes económicos o contra el médio ambiente sólo se expondrían a la sanción más suave del Derecho de intervencíon.*[819]

Noutra senda, enxergando ainda no discurso do direito sancionador uma visão elitista, de proteção aos poderosos:

> *debo decir abiertamente que esta propaganda a favor de la vuelta del Derecho penal a su núcleo histórico y, com ello, ciertamente a los tiempos de los antigos germanos, me parece absurda y sólo justificada em boca de aquellos autores que, de outra forma, com razón, consideran justos los datos criminal-sociológicos que tildan al núcleo del Derecho Penal em el âmbito de la propiedad del Derecho Penal de la clase baja.*[820]

Em relação a estes dois posicionamentos, que, verdadeiramente, eles sim, representam uma manifestação de direito penal de classes, mas de perseguição a determinadas classes – direito penal do inimigo, portanto – tenha-se em consideração que a tutela iletígima de um bem jurídico não raro conduz, pela plêiade de problemas relacionados e já mencionados, a uma sensação de impunidade manifesta. Neste prisma, mesmo se a intenção for pensar em punir mais, ainda que se desprestigie a finalidade de proteção, ainda assim, o direito sancionador representa uma alternativa muito mais interessante e inteligente que o direito penal.

O direito sancionador é, pois, um meio termo entre o direito penal e o direito administrativo: tem o direito sancionador tipicidade, ausente no direito administrativo, mas não tem os rigores da tipicidade que o direito penal. Aproxima-se o direito sancionador do direito administrativo porquanto as suas sanções podem ser impostas por agentes administrativos (obviamente, podendo e devendo sempre ser revistas pelo judiciário), ponto em que se afasta do direito penal, marcado pelas exigências da jurisdicionalidade. Trata-se, decisivamente, de um ramo verdadeiramente autônomo, com regramento que deve ser próprio, que não deveria, por isso, ser tratado com desdém, como mero acessório do direito penal ou do direito administrativo.

Silva Sanchez também entende que opor-se em absoluto a modernização do Direito Penal - que é caracterizada pela expansão e flexibilização dos princípios político-criminais e regras de

---

[819] TOMILLO, Manuel Gómez. *Derecho Administrativo Sancionador. Parte General. Teoría General y Práctica Del Derecho Penal Administrativo*. Espana: Aranzadi, 2008 p.42-43.

[820] SCHÜNEMANN, Bernard. Ofrece la reforma del Derecho penal econômico alemán um modelo o um escarmiento? I*n: Temas Actuales y Permanentes del Derecho Penal después del milenio.* Madrid: Editorial Tecnos, 2002, p.188.

imputação – equivale a defender um Direito Penal de classes, no qual o ladrão convencional continuaria a sofrer imposição de pena de prisão enquanto que um delinqüente econômico ou do meio ambiente ficaria afastado da aplicação de pena privativa de liberdade. Todavia, diz o referido jurista que não se trata de distinguir segundo as qualidades do sujeito, mas sim por meio de critérios de distinção que levem em consideração os fatos e as consequências jurídicas.

No particular, outra grande crítica feita ao Direito da Intervenção pode ser extraída: *"Por outra parte, dudamos de que la propuesta de HASSEMER satisfaga las demandas sociales de sanción hacia las nueva formas de delincuencia y, en definitiva, las necesidades de prevención general, positiva y negativa."*[821]

Ademais, reafirma-se ainda o questionamento acerca da legitimidade da criação de uma vertente dentro do sistema penal que, desprovida de fundamentação teórica para tanto, relativize as garantias sob o único argumento do abrandamento das penas imputadas. A ausência de legitimidade da proposta de se utilizar do Direito Penal para tutelar os riscos advindos do novo modelo gerado pela sociedade de risco evidencia a incapacidade do Direito Penal, em qualquer análise que se busque fazer, de dar as respostas a esses riscos – tão almejada pelo seio social. Todas estas críticas serão detidamente analisadas no tópico que trata da relação entre os sistemas penais paralelos e o direito sancionador.

4.3 A CONTRIBUIÇÃO PORTUGUESA: O DIREITO DAS CONTRA-ORDENAÇÕES

Certamente, de todas as propostas aqui analisadas – direito da intervenção, de duas velocidades, sancionador – o que tem melhor sistematização legal, positivada, são as contra-ordenações, em Portugal. Regidas por um sistema próprio, elas possuem regras gerais, a respeito da aplicação da lei no tempo, no espaço, de dosimetria de pena, de concurso de pessoas. Há, ainda, prazos prescricionais, causas, pois, de extinção de punibilidade, previstas nos artigos 27, 29 e 31. Sobre o surgimento das contra-ordenações, importante destacar que:

> Assim surgiram as contra-ordenações que, no seu conjunto, conformavam o que se passou a chamar o direito (administrativo, não penal!) *de mera ordenação social* e que substancialmente coincidia com a velha categoria (essa sim, penal) das contravenções. Com uma dupla consequência: a de que o âmbito penal se enriquecia com a assunção plenamente penal (se bem que em certa medida autônoma) do direito penal secundário, quase

[823] FERNANDES, António Joaquim. *Regime Geral das Contra-Ordenações.* Lisboa: Ediforum, 2002, p.22.

> sempre sob a forma de direito penal extravagante; e a de que a história das contravenções jurídico-penais chegava ao fim, devendo a categoria ser pura e simplesmente eliminada e substituída pela categoria jurídico-administrativa das contra-ordenações.[822]

Não há, entretanto, uma consolidação de todas as contra-ordenações em espécie em um único diploma. Existem contra-ordenações aduaneiras, imobiliárias, referentes ao trânsito, ao meio ambiente, à segurança nacional, à segurança social (muitas destas, no Brasil, são tratadas como crimes contra a ordem previdenciária). Em matéria econômica, as coimas são regidas pelo DL 143/2007, que substituiu o regramento anterior, previsto na DL 81/2002.

Em Portugal, o regime das contra-ordenações fixa sanções graves para determinados comportamentos. Ordinariamente, estas sanções são fixadas em dinheiro, conhecidas como coimas. São penas pecuniárias, verdadeiramente graves, haja vista que, salvo disposição legal, para as hipótese gerais, salvo disposição específica, para as pessoas físicas, uma coima pode chegar a 3.740,98Euro e, para uma pessoa jurídica, o montante chega a um valor máximo de 44.891,81Euro, conforme determinação constante no artigo 17 da Lei Portuguesa.[823]

Não se pense, no entanto, a despeito de estes ilícitos terem menos garantias, que eles não têm garantia alguma. As coimas também são regidas pela garantia da legalidade, conforme descrição contida no artigo segundo do DL 433/82, de 27/10, vigente em Portugal. A mesma garantia – da legalidade – aplica-se ao processo penal (disposição constante no artigo 43 da Lei). Veja-se, no particular, a respeito de tais garantias, a seguinte definição:"do preceito ora vigente decorre que será considerado como contra-ordenação todo o facto ilícito, típico, culposo e punível com coima".[824]

As contra-ordenações são previstas em lei própria, gozando, pois, de relativa autonomia legislativa. Prevê a lei que se aplicam, subsidiariamente, para as contra-ordenações, a legislação penal e processual penal. Um tal fato não podia passar desapercebido pela doutrina:

> Da autonomia do ilícito da mera ordenação social resultará uma larga *autonomia dogmática do direito das contra-ordenações.* Autonomia relativa, é certo, logo porque as normas do Código Penal devem constituir direito subsidiário relativamente ao direito substantivo das contra-

[822] DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais de direito penal revisitadas*. São Paulo: Editor Revista dos Tribunais, 1999, p.171.

[823] Além das coimas, o regime das contra-ordenações ainda prevê, no artigo 21, sanções acessórias, que podem ser a perda de objeto pertencente ao agente; interdição do exercício de atividade profissional que dependa de autorização ou de habilitação especial; privação do direito a subsídio; privação do direito de participar de feiras e de mercados (concorrências); proibição do direito de participar de licitações e de contratos públicos; enderramento dos estabelecimentos e, ainda, suspensão de autorização, licença e alvará. O prazo máximo de duração destas sanções é de dois anos. No artigo 51, prevê-se a possibilidade de a coima ser substituída por admoestação, advertência, desde que não seja grave.

[824] FERNANDES, António Joaquim. *Regime Geral das Contra-Ordenações.* Lisboa: Ediforum, 2002, p.22.

> ordenações; o que bem se compreende considerando que o direito das contra-ordenações, se não é direito penal, é em todo o caso direito sancionatório de caráter punitivo. Mas autonomia, em todo caso, que deve transparecer amplamente em matérias, entre outras, como as do âmbito de vigência da lei contra-ordenacional, da responsabilização das pessoas coletivas, da culpabilidade, do erro, da autoria, do concurso.[825]

Registre-se que a diferença entre crime e contra-ordenação, para além das conseqüências (o primeiro é punido com pena criminal; a segunda, com coima) é, além de dogmática, de valor. Tutelam-se por meio das contra-ordenações relações para as quais o direito penal não teria aptidão. Nas contra-ordenações, não se tutelam bens jurídico-penais. Protegem-se outros bens, outras necessidades que a sociedade pretende ver resguardada. Veja-se:

> Por isso aliás se terá de condenar a pretensão de distinguir o direito penal e o de mera ordenação social porque só o primeiro, não o segundo, protegeria *bens jurídicos.* Pode-se afirmar, pelo contrário, que *todo ilícito ofende um "bem" juridicamente protegido;* mas também isto não obsta a que, enquanto em certas infrações- os crimes- o bem jurídico protegido se contém logo, expressa ou implicitamente, na própria conduta como tal, noutras – as contra-ordenações – ele se encontra fora dela e só se desenha quando a conduta se conexiona com a regra legal que a proíbe. Ou para reutilizar aqui a noção já trabalhada anteriormente: tanto o direito penal quanto o direito de mera ordenação tutelam bens jurídicos; mas só o direito penal, não o direito de mera ordenação, tutela bens jurídico-penais, onde se descortina aquela particular relação com a ordem axiológica jurídico-constitucional que faz de simples bens jurídicos, bens jurídicos *dignos* de tutela jurídico-penal.[826]

Prevê a Lei Portuguesa que competente para aplicar uma coima é a autoridade administrativa, consoante se observa da regra insculpida no artigo 33 da multimencionada lei. Note-se, portanto:

> Assim, desde logo, sendo a coima uma sanção dirigida a advertir o cumprimento de deveres e de obrigações que revelam apenas da preservação de uma certa "*ordenação social*", torna-se imediatamente compreensível que o seu processamento e a sua aplicação devam caber, em primeira linha, às *autoridades administrativas*.[827]

A competência poderá ser modificada quando um mesmo fato, tratado como contra-ordenação, for, simultaneamente, definido (em conexão) como crime, porquanto, nestes casos, a autoridade que for responsável pelo julgamento do crime julgará tudo. A respeito da finalidade das

[825] DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais de direito penal revisitadas*. São Paulo: Editor Revista dos Tribunais, 1999, p.180.
[826] *Ibidem*, p.177.
[827] *Ibidem,* p.182.

coimas:

> [...] Deste ponto de vista pode se afirmar que as finalidades da coima são em larga medida *estranhas a sentidos positivos da prevenção*, nomeadamente da prevenção especial de (re)socialização. Por isso que, como logo acentuou com razão Eb. Schmidt *,* falta à coima o *"pathos ético"* que à pena criminal, sem prejuízo da concepção puramente preventiva das suas finalidades, sempre cabe.[828]

Há que se registrar, ademais, que as coimas têm finalidade, funções prórprias. Não há, pois, a necessidade premente de castigo, não há a necessidade de impor uma medida expiatória. Veja-se:

> a coima será uma sanção desprovida de natureza criminal ou sequer contravencional, tendo em conta o caráter formal da própria noção de coima e a sua finalidade não expiatória, mera advertência de dever", bem como o fato de estar excluída qualquer possibilidade de vonversao da coima não paga em prisão.[829]

O direito à defesa técnica é amparado no artigo 53. Socorre-se, ainda, do direito ao recurso, nos termos do artigo 59. Percebe-se, pois, que as contra-ordenações são usadas sempre em que não há necessidade ou aptidão para a intervenção penal punitiva e que estas contra-orndenações têm menos garantias, mas são, sim marcadas por inúmeros direitos, consoante já explanado.

Expostas as variáveis do direito das contra-ordenações, cuidar-se-á, brevemente, das garantias inerentes ao direito sancionador.

4.4 GARANTIAS ATINENTES AO DIREITO SANCIONADOR

Como variável a ser enfrentada, vejam-se as garantias inerentes ao direito sancionador. Entrementes, perceba-se que, inexoravelmente, deve-se evidenciar que estas garantias nasceram a partir do direito penal. Colham-se as seguintes lições:

> *[...] la meta del Derecho Penal Administrativo es <<la completa despenalización del injusto administrativo>>. Expresado em términos psicoanalíticos, el Derecho Penal Administrativo conoce – y no se atreve a negar – la paternidad del Derecho Penal, pero busca su identidad em la*

[828] DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais de direito penal revisitadas*. São Paulo: Editor Revista dos Tribunais, 1999, p.181.
[829] LUMBRALES, Nuno B.M. *Sobre o Conceito Material de Contra-Ordenação*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2006, p.104.

ruptura com el padre y em el énfasis sobre lo administrativo.

Por lo que se refiere a España, el Derecho Penal Administrativo logró romper por primera vez las barreras conceptuales impuestas por el Derecho Penal tradicional y que estaban condenando a la esterilidad teórica y la ineficacia práctica cuantos esfuerzos venía haciendo la Administración em tal sentido. [...]

El gran logro del Derecho Penal Administrativo – del que hoy tan pocos autores se acuerdan – fue el de arrancar las infracciones administrativas del gran bloque de la Policía y de acercarlas al ámbito del Derecho Penal, de tal manera que, aun sin integrarse em él, se acogieron a su influencia dogmática y se aprovecharon sus técnicas jurídicas. Situado em uma zona fronteriza, el ilícito penal administrativo no podía renegar de su procedencia administrativa pero abrió sus puertas del Derecho Penal, colocándose – por así decirlo – bajo su tutela técnico-jurídica.[830]

Ao longo da evolução deste trabalho, já se teve a oportunidade de desenvolver alguns pontos atinentes ao denominado direito da intervenção, tal como proposto por Hassemer. Não é demais lembrar que a formulação teórica desse ramo jurídico sugere que certas matérias disciplinadas pelo Direito Penal, especialmente aquelas relativas à tutela dos bens supra-individuais, ligados à área econômica, seja regulada por esse novo ramo do direito, que está apto a disciplinar a mesma matéria, porém com uma substancial diferença: a ausência de previsão de pena privativa de liberdade no rol das alternativas sancionatórias.

De acordo com a construção hassemeriana, a não previsão de penas privativas de liberdade autorizaria um recrudescimento das sanções, que se tornariam mais graves, com vistas a cumprir a função de tutela efetiva dos bens jurídicos, bem como a de prevenção geral. Ademais, esse novo ramo jurídico comportaria menos garantias do que o Direito Penal clássico.

Neste ponto, chega-se à grande questão que se pretende abordar neste tópico: conquanto comporte menos garantias que o Direito Penal, quais seriam as garantias mínimas aplicáveis a esse Direito Sancionador?

Com efeito, a finalidade desta tese, e especificamente deste tópico, não é tratar das garantias inerentes ao Direito Sancionador. Apenas e tão somente para que não se peque pela omissão, nos limites que este trabalho impõe, seja de tempo, seja de espaço, releva tecer alguns comentários às principais garantias inerentes ao Direito Sancionador. Entrementes, perceba-se que, inexoravelmente, deve-se evidenciar que estas garantias nasceram a partir do Direito Penal.

Em linha de princípio, oportuno colher a seguinte lição:

[830] NIETO, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador.* 4.ed. España: Tecnos, 2008, p.176-177.

> [...] *la meta del Derecho Penal Administrativo es <<la completa despenalización del injusto administrativo>>. Expresado en términos psicoanalíticos, el Derecho Penal Administrativo conoce – y no se atreve a negar – la paternidad del Derecho Penal, pero busca su identidad en la ruptura com el padre y en el énfasis sobre lo administrativo.*
>
> *Por lo que se refiere a España, el Derecho Penal Administrativo logró romper por primera vez las barreras conceptuales impuestas por el Derecho Penal tradicional y que estaban condenando a la esterilidad teórica y la ineficacia práctica cuantos esfuerzos venía haciendo la Administración en tal sentido. [...]*
>
> *El gran logro del Derecho Penal Administrativo – del que hoy tan pocos autores se acuerdan – fue el de arrancar las infracciones administrativas del gran bloque de la Policía y de acercarlas al ámbito del Derecho Penal, de tal manera que, aun sin integrarse en él, se acogieron a su influencia dogmática y se aprovecharon sus técnicas jurídicas. Situado en una zona fronteriza, el ilícito penal administrativo no podía renegar de su procedencia administrativa pero abrió sus puertas del Derecho Penal, colocándose – por así decirlo – bajo su tutela técnico-jurídica.*[831]

Sem embargo, antes de abordar as garantias inerentes ao Direito Sancionador, releva assinalar que elas existem justamente porque o fundamento da potestade punitiva do Estado, tanto no âmbito administrativo sancionador quanto no penal é o mesmo. Ora, sendo ambos os direitos manifestações do ordenamento punitivo estatal, devem ter os mesmos métodos e princípios conformadores da atividade sancionatória. Nesse sentido, confira-se o excerto que segue abaixo transcrito.

> *Esta semejanza de fondo conlleva el que se hable de la existencia de unos princípios comunes a ambos derechos, puesto que, siendo común el fundamento de la potestad punitiva, deben ser comunes los métodos o circunstancias en que han de aplicarse las sanciones, tanto adminstrativas como penales, so pena de llegar a una situación de discriminación contraria al Estado de derecho en que nos desenvolvemos. Esta similitud deriva, asimismo, del idêntico fin que ambas potestades persiguen, que no es outro que lograr un estricto cumplimiento de la legalidad vigente en cada momento.*[832]

Do mesmo modo, válido novamente pousar os olhares sob o escólio de Soria Fernandez-Mayoralas, que coloca:

---

[831] NIETO, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*. 4.ed. España: Tecnos, 2008, p.176-177.

[832] FERNANDEZ-MAYORALAS, Sorya. Derecho Administrativo Sancionador y Derecho Penal: principios comunes. *In: Actualidad Penal. Publicacion semanal técnico-jurídica de derecho penal*. n. 42, semana 9-15 Noviembre 1987, p.1986.

> *El derecho sancionador y disciplinario administrativo que regula en definitiva la potestad punitiva del Estado, o del resto de los Entes Publicos, debe estar sujeto a los mismos princípios valorativos e interpretativos que presiden el Derecho Penal, de modo que en garantia del interes público, del administrado y funcionário, ambos Derechos a pesar de sus matices se supeditan a unos criterios técnico-jurídicos comunes y unitarios...*[833]

Na Espanha, aponta-se que a aplicação de princípios penais ao Direito Sancionador foi uma evolução gradativamente construída pela jurisprudência, o que indica que a atividade interpretativa foi deveras significativa para a evolução do direito. Em um artigo de sua autoria, Diego Silva Forné[834] cita um julgado que praticamente assentou, naquele país, a aplicabilidade de certos princípios do Direito Penal ao Direito Administrativo Sancionador.

Por seu turno, o já citado autor Fernandez-Mayorales pontua que, no direito hispânico, a jurisprudência teve papel de destaque na aplicação dos postulados penais ao Direito Sancionador, até mesmo porque, segundo afirma o autor, era necessário preencher uma lacuna administrativa no que se refere à regulamentação da matéria. A este respeito, segue-se o trecho abaixo.

> *Es precisamente a través de la autorizada opinión de los Tribunales como se han ido asentando las bases de esa equiparación entre ambos derechos, ante el vacío legal existente en la legislación administrativa, donde falta un cuerpo unitario que, a semejanza del Código Penal, regule el derecho sancionador administrativo.*[835]

Feitas essas breves considerações, cumpre por ora examinar especificamente cada uma das garantias de natureza penal que são aplicadas no âmbito do Direito Sancionador. Advirta-se, contudo, e desde já, que o objetivo da abordagem que se segue não é aprofundar a natureza

---

[833] *Ibidem,* p.1992.

[834] Válido transcrever o julgado referido pelo autor: *"... los principios inspiradores del orden penal son de aplicación, com ciertos matices, al Derecho administrativo sancionador, dado que ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado, tal y como refleja la propia Constituición (art. 25, principio de legalidad) y una muy reiterada jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo (sentencias de la Sala Cuarta de 29 de septiembre, 4 y 10 de noviembre de 1980, entre las más recientes), hasta el punto de que um mismo bien jurídico puede ser protegido por técnicas administrativas o penales, si bien en el primer caso con el limite que establece el próprio art. 25, inc. 3º, al señalar que la Administración civil no podrá imponer penas que directa o subsidiariamente impliquen privación de libertad. Debe añadirse que junto a las diferencias apuntadas em la aplicación de los princípios inspiradores existen otras de carácter formal em orden a la calificación (delito o falta, o infracción administrativa), la competência y el procedimiento (penal o administrativo com posterior recurso ante la jurisdicción contencioso-administrativa); ello, además del limite ya señalado respecto al contenido de las sanciones administrativas". (*FORNÉ, Diego Silva. *El principio da legalidad em el Derecho administrativo sancionador*. *In:* DALBORA, José Luis Guzmán (Coord.). *El penalista liberal. Controversias nacionales e internacionales em Derecho penal, procesal penal y Criminología.*1.ed. Buenos Aires: Hamurabi, 2004, p.1141).

[835] FERNANDEZ-MAYORALAS, Sorya. Derecho Administrativo Sancionador y Derecho Penal: principios comunes. *In: Actualidad Penal. Publicacion semanal técnico-jurídica de derecho penal*. n. 42, semana 9-15 Noviembre 1987, p.644.

conceitual ou a formulação teórica dessas garantias, até mesmo porque – repita-se – este não é o tema central do presente trabalho, mas sim fazer um sucinto delineamento do que são e as suas respectivas importâncias práticas, o que tem importância para o quanto aqui defendido.

4.4.1 Legalidade/tipicidade[836]

A primeira garantia a ser examinada é a relativa ao princípio da legalidade. Com efeito, ainda que não exista uma hierarquia em se tratando de princípios, tem-se por irrecusável o entendimento segundo o qual o princípio da legalidade é fonte da qual emana uma série de desdobramentos ou encadeamentos lógicos. A legalidade, pois, é a exigência mínima à constituição de um Estado democrático.

No Brasil, o princípio da legalidade está insculpido no art. 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal, que proclama não haver crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal (*nullum crimen, nulla poena, sine lege*). Tal disposição é repetida no art. 1º do Código Penal. Por outra vertente, considerando o correlato princípio em sua acepção genérica, a legalidade significa que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei (art. 5º, inciso II, da Constituição Federal).

Assinale-se que a legalidade, dentro do domínio do direito público, está a significar que ao administrador somente é dado fazer aquilo que expressamente a lei permite, não podendo ir além nem ficar aquém do quanto determinado. Para o particular, todavia, a moldura da aplicação se dá de modo diferenciado, porquanto, para ele, é possibilitado fazer tudo aquilo que a norma legal não proíba expressamente.

Com efeito, a legalidade configura verdadeiro ponto de partida basilar, do qual decorrem diversas outras garantias necessárias à sua sustentação no ordenamento jurídico, o que justifica ser o mais importante dos princípios quando comparado aos demais preceitos de incidência na esfera penal do Estado Democrático.[837]

---

[836] Tópico elaborado fundamentalmente com base no artigo: FÖPPEL, Gamil. O princípio da legalidade como um ideal radicalmente garantista. *In: Novos desafios do Direito Penal no terceiro milênio. Estudos em homenagem ao prof. Fernando Santana.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
[837] FÖPPEL, Gamil. *Op. cit.,* 2008.

Reconhecendo a magnitude do princípio da legalidade, e extraindo dele seus desdobramentos, Arroyo Zapatero, citado por Diego Forné, assevera que:

> [...] *como contenido del principio (formulado desde Feuerbach como nullum crimen nulla poena sine praevia lege penale) la doctrina ha extraído varias concreciones especificas, a saber: reserva absoluta de ley para la definición de las conductas constitutivas de delito y sus correspondientes penas, proscripción de la costumbre como fuente de Derecho penal, prohibición de la analogía in malam partem y de la interpretación extensiva, irretroactividad de las normas penales desfavorables, determinación, certeza o taxatividad de las normas penales, prohibición del bis in idem, garantia jurisdicional y garantia de la ejecución penal.*[838]

Por sua doutrina, comentando o princípio da legalidade, Manuel Gomez Tomillo sublinha que: *"[...] derivan, al menos, cuatro corolarios, cuales son el principio de reserva de ley, la irretroactividad de las leyes penales, el principio de taxatividad y la prohibición de analogia."*[839]

Note-se que do princípio da legalidade se extraem as bases de diversos outros postulados consagrados do Direito Penal. Os corolários do mencionado princípio têm importância fundamental, visto que a legalidade, isoladamente considerada, não é suficiente para limitar os excessos do poder estatal.

Nesta linha de intelecção, cumpre destacar a importância prática da garantia sob comento. Por certo, a legalidade possui as funções de proibir a criação de crimes ou penas por meio de costumes ou outro instrumento normativo que não seja a lei; proibição do uso da técnica da analogia para criação de tipos penais, ou mesmo para agravar sanções; proibição de incriminações vagas e indeterminadas; e, por fim, proibir a retroatividade maléfica da lei[840].

Saliente-se, ademais, que a legalidade, enquanto princípio orientador do Direito Penal, deve necessariamente ser vislumbrada como uma garantia *pro reo*, até mesmo porque, de um ponto de vista histórico, a legalidade nasceu para conter os abusos estatais, de sorte a proteger o acusado contra as arbitrariedades e excessos do Estado no exercício do seu *jus puniendi*, donde se pode concluir que a legalidade deve ser encarada como verdadeira diretriz do ordenamento jurídico num Estado Democrático de Direito.

Note-se que o princípio da legalidade, justamente por se tratar de diretriz do

---

[838] ARROYO ZAPATERO, Luis *apud* FORNÉ, Diego Silva. *El principio da legalidad em el Derecho administrativo sancionador*. *In:* DALBORA, José Luis Guzmán (Coord.). *El penalista liberal. Controversias nacionales e internacionales em Derecho penal, procesal penal y Criminología.*1.ed. Buenos Aires: Hamurabi, 2004, p.1123.

[839] TOMILLO, Manuel Gómez. *Derecho Administrativo Sancionador. Parte General. Teoría General y Práctica Del Derecho Penal Administrativo*. Espana: Aranzadi, 2008, p.100.

[840] GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal – Parte Geral*. 9.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2007, p.96.

ordenamento jurídico, é aplicado em todos os ramos do direito. No Direito Sancionador, tal garantia serve como limitação à potestade punitiva do Estado. Consubstancia uma dupla garantia: a primeira, ligada à segurança jurídica, no sentido de que deve ser assegurado que, previamente à aplicação de uma sanção, exista uma norma dispondo a esse respeito. É também chamada de predeterminação normativa das condutas infratoras e das correspondentes sanções. Confira-se, a este respeito, o quanto aduzido por Alejandro Nieto.

> *Dicho principio compreende una doble garantia: a la primera, de orden material y alcance absoluto, tanto referida al âmbito estrictamente penal como al de las sanciones administrativas, refleja la especial transcendencia del principio de seguridad jurídica en dichos campos limitativos y supone la imperiosa necesidad de predeterminación normativa de las conductas infractoras y de las sanciones correspondientes, es decir, la existencia de preceptos jurídicos (lex previa) que permitan predecir com suficiente grado de certeza (lex certa) aquellas conductas y se sepa a qué atenerse en cuanto a la aneja responsabilidad y a la eventual sanción; la segunda, de carácter formal, relativa a la exigencia y existencia de una norma de adecuado rango y que este Tribunal ha identificado como ley en sentido formal (STC 61/1990, de 29 de marzo).*[841]

Ainda tomando por base o escólio do doutrinador acima citado, cumpre trazer à baila a gradação que o autor faz em relação à aplicação da garantia da legalidade nos diferentes âmbitos de responsabilidade. Observe-se:

> *De esta manera podría articularse la reserva legal en el Derecho punitivo del Estado a lo ancho de círculos concéntricos en los que se iría diluyendo el rigor de su exigencia desde el interior a la periferia. El círculo central sería el Derecho Penal; luego vendría el Derecho Administrativo Sancionador de protección del orden general y un tercero para las relaciones especiales de sujeción. A los que aún podría añadirse un cuarto círculo para el Derecho disciplinario.*[842]

É imperioso, quando se está a tratar da garantia da legalidade, fazer uma abordagem acerca do que vem a ser a taxatividade. Também chamada de legalidade estrita, a taxatividade consiste em um desdobramento lógico, um corolário da garantia da legalidade. Sem a taxatividade, a legalidade se tornaria uma garantia vazia de significado e de conteúdo. A relação existente entre ambos, neste sentido, também é tratada por Ferrajoli:

> Enquanto o axioma de *mera legalidade* se limita a exigir a lei como condição necessária da pena e do delito (*nulla poena, nullum crimen sine lege*), o princípio da *legalidade estrita* exige todas as demais garantias

[841] NIETO, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*. 4.ed. España: Tecnos, 2008, p.217.
[842] *Ibidem,* p.252-253.

> como condições necessárias da legalidade penal (*nulla lex poenalis sine necessitate, sine injuria, sine actione, sine culpa, sine judicio, sine accusatione, sine probatione, sine defensione*). Graças ao primeiro princípio, a lei é condicionante; graças ao segundo, é condicionada.[843]

Veja-se, portanto, que a taxatividade é uma garantia derivada, por via de consequência, da legalidade, de sorte a exigir que uma norma incriminadora seja certa e determinada, em detrimento do uso de conceitos ambíguos e plurissignificativos, vinculando-se, pois, à atividade interpretativa.[844] A taxatividade, pois, sempre será exigida perante o Direito Penal, não se podendo com ela transigir, haja vista que, neste direito, pode haver privação de liberdade.

A tipicidade, por sua vez, denota o imperativo de que haja uma subsunção precisa do fato em relação à norma para que seja permitida a aplicação da sanção. Pela exigência da tipicidade, a conduta cuja prática se pretende inibir precisa vir delimitada no tipo penal, isto é, a norma tem de fazer a previsão típica do fato considerado criminoso. Assim, somente as condutas que se adéquem perfeitamente ao tipo poderão ser passíveis de punição.

Consoante já se demonstrou, a tipicidade penal não conseque, adequadamente, acompanhar as alterações inerentes à realidade econômica. Por conta disso, partindo da premissa que a economia é um bem importante, que precisa ser resguardado e, ainda, observando que o direito penal não tem aptidão para tal, sustenta-se a necessidade de tutelar este bem por meio de uma nova manifestação jurídica. A legalidade é inerente ao direito sancionador, porém poderá haver, desde que em conformidade com todos os demais princípios jurídicos, interpretação extensiva, como, inclusive, já ocorre com a lei de improbidade administrativa, que tipifica infrações, permitindo, porém, que o intérprete complemente o alcance dos três tipos de infração.

4.4.2 Anterioridade

A garantia da anterioridade, assim como a da taxatividade, também é consectário lógico da legalidade, a impor que a lei, além de certa, deva, também, ser **prévia**. Diante do referido princípio, consagrado no art. 2° do Código Penal brasileiro, é necessária a definição de um *marco* para fins de explicação do *tempo do crime*, instituto de cuja elucidação depende a efetiva aplicação

[843] FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão:* Teoria do Garantismo Penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p.76.

[844] FÖPPEL, Gamil. O princípio da legalidade como um ideal radicalmente garantista. *In: Novos desafios do Direito Penal no terceiro milênio. Estudos em homenagem ao prof. Fernando Santana.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

do quanto disposto pelo art. 5° da Constituição Federal, em seu inciso XXXIX.[845]

Como consectário, tem-se que a lei não deve retroagir para regular fatos anteriores à sua existência. Apenas retroagirá quando isso for benéfico para o acusado. A Constituição determina como regra a irretroatividade da lei penal.

Pela garantia da anterioridade, quando o sujeito comete uma infração sabe de antemão que é a lei vigente ao tempo da prática do ato ou omissão que regulará o caso. Se essa lei for revogada ou se outra sobrevier em seu lugar, sendo mais gravosa para a situação jurídica do acusado, não retroagirá. Somente retroagirá, repita-se, sendo benéfica para o acusado.

Registre-se ser admissível a combinação de leis em um determinado caso concreto, desde que seja em benefício do imputado. Ora, se a Constituição proclama que a lei não deve retroagir, salvo em benefício do acusado, a combinação de dispositivos de lei não faz senão cumprir o mandamento da Carta Suprema. Não se estará criando, como adverte René Ariel Dotti[846], uma terceira lei, mas sim fazendo um processo de integração.

4.4.3 *Non bis in idem*

A garantia do *non bis in idem* revela que não se pode punir mais de uma vez pelo mesmo fato, dentro de uma mesma esfera de responsabilidade. Ressalte-se que, em campos de responsabilidades distintos, é possível haver a cumulação de sanções em decorrência do mesmo fato. Assim, uma conduta infracional que ao mesmo tempo produza efeitos na seara cível, penal e administrativa poderá ser punida nessas três esferas, independentemente.

Efetivamente, o postulado em voga não admite a existência de mais de uma punição pelo mesmo fato, desde que isto se dê dentro de um mesmo ramo jurídico. Perceba-se que esta é mais uma forma de se conter os excessos do poder punitivo estatal.

Note-se, ainda, que somente quando as normas sancionadoras tenham a mesma base ou fundamento é que estará vedada a dupla punição. Sob este raciocínio, pertinente a citação da doutrina de Alejandro Nieto: *"La prohibición tradicionalmente denominada del (non) bis in idem implica – dicho sea en términos deliberadamente simplificados – que nadie puede ser condenado dos*

[845] FÖPPEL, Gamil. O princípio da legalidade como um ideal radicalmente garantista. *In: Novos desafios do Direito Penal no terceiro milênio. Estudos em homenagem ao prof. Fernando Santana.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
[846] DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal:* parte geral. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.132.

veces por un mismo hecho."[847]

Com relação à aplicação do postulado em exame no bojo do Direito Administrativo Sancionador, Manuel Tomillo disserta que:

> *Desde a óptica del Derecho administrativo sancionador, entiendo que tal principio debe ser concebido como la prohibición de que la Administración sancione un hecho que sea constitutivo de delito o ya haya sido sancionado como infracción administrativa, definición que, como veremos, puede tener relevancia en las hipótesis patológicas en las que la Administración incumple tal prohibición.*[848]

Com efeito, o fundamento para a existência do postulado do *non bis in idem* reside na preservação da garantia da legalidade. Isto porque, tal postulado também é corolário da legalidade. Sustenta-se, também que a proibição do *bis in idem* tem fundamento no princípio da proporcionalidade, na medida em que, na hipótese de se permitir a dupla punição, poder-se-ia chegar ao absurdo de condutas menos gravosas serem punidas com maior severidade que condutas mais graves, por conta do somatório das punições, o que não se pode admitir.

No escólio do já citado autor Gómez Tomillo, o fundamento da proibição em tela é a garantia da vontade legislativa quando comina a sanção. Veja-se que o referido autor sustenta, em última análise, que o fundamento do *non bis in idem* é a própria legalidade associada à proporcionalidade. Por oportuno, segue abaixo trecho de seu entendimento, reproduzido *ipsis litteris*.

> *En definitiva, desde nuestro punto de vista, el fundamento último del principio non bis in idem radica en la garantia penal asociada al principio de legalidad; la doble sanción quebranta la voluntad legislativa conforme a la cual la sanción vinculada a una conducta típica debe ser una determinada y no el cúmulo de diversas reacciones punitivas.*

A toda evidência, permitir mais de uma punição pelo mesmo fato implica desconsiderar o quanto disposto na própria lei que tipifica a conduta como contrária ao direito, o que acaba por violar, portanto, a garantia da legalidade.

4.4.4 Responsabilidade subjetiva

A responsabilidade penal, maior de todas as responsabilizações que o Estado pode

[847] NIETO, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*. 4.ed. España: Tecnos, 2008, p.469.
[848] TOMILLO, Manuel Gómez. *Derecho Administrativo Sancionador. Parte General. Teoría General y Práctica Del Derecho Penal Administrativo*. Espana: Aranzadi, 2008, p.167.

imputar ao cidadão, é norteada por princípios, que devem ser seguidos à risca, sob pena de se desfigurar o Direito penal. Boa parte destes princípios, consoante já demonstrado, se aplicam ao direito sancionador.

Pretende-se abordar, agora, o princípio da responsabilidade subjetiva. Esse dogma penal preconiza que a imputação penal somente pode existir nos casos em que o agente tenha causado, de forma dolosa ou culposa, o resultado previsto abstratamente no tipo legal.

Esta garantia visa a extirpar a hipótese de responsabilização objetiva. Por meio do postulado, somente pode ser punido o agente que tiver causado uma lesão ou exposto a perigo um bem jurídico, ao menos culposamente.

Por outras palavras, o dogma da responsabilização subjetiva quer significar que o sujeito precisa ter agido com dolo ou culpa na sua conduta para que possa ser responsabilizado e sofrer a sanção. Destaque-se que o dolo é o conhecimento dos elementos que integram o fato típico e a vontade de praticá-lo. Possui, portanto, dois elementos, a saber: elemento cognitivo e elemento volitivo. A culpa, por sua vez, é a violação do dever de cuidado objetivo, que decorre de imprudência, negligência ou imperícia.[849]

Não se admite, portanto, na seara penal, a responsabilidade objetiva, a qual resulta, nas palavras de Nilo Batista[850], em uma associação causal entre a conduta e um resultado de lesão ou perigo face a um bem jurídico. Da mesma forma, para o direito sancionador, muito embora não prevaleça o aspecto punitivo (a maior preocupação é com a preservação de bens, por isso que se aceita a antecipação de tutela), é fato que há sim, carga de sanção, razao porque não se pode falar em sanção se o comportamento não foi, pelo menos, culposo.

4.4.5 Garantias processuais

Neste ponto, antes de tratar das garantias processuais aplicáveis ao Direito Sancionador, impõe-se fazer breve menção à garantia da jurisdicionalidade. Esta garantia decorre do devido processo legal, disposto na Constituição Federal, no art. 5º, inciso LIV, que enuncia: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. A disposição constitucional estabelece que qualquer interferência que implique restrição ou limitação aos direitos fundamentais deve ser feita sob o crivo do Poder Judiciário.

[849] DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal:* parte geral. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.393.
[850] BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro: Renavan, 2006.

No âmbito criminal, a jurisdicionalidade determina que para a sanção penal ser aplicada deve vir em momento posterior à apreciação judicial. Traduz-se na máxima *nulla poena et nulla culpa sine judicio,* dispondo que a pena, para ser infligida, deve ter como antecedente, além da prática de um fato perfeitamente descrito como delituoso pela lei, um comando judicial reconhecendo como tal esse fato violador da hipótese normativa.

Conforme se demonstrará nas linhas que se seguem, no âmbito do Direito Sancionador a garantia da jurisdicionalidade deve ser suprimida, de sorte a conferir à Administração a prerrogativa de, ela própria, aplicar sanções. Sucede que, também no exercício deste poder punitivo, a Administração deve respeitar algumas garantias de ordem processual. Ressalte-se, ademais, que nada impede que estes atos sejam apreciados pelo poder judiciário, sempre que exista a possibilidade de lesão.

Basicamente, as garantias processuais que devem ser respeitadas pela Administração no exercício de sua potestade punitiva dizem respeito ao devido processo legal, com todos os seus desdobramentos lógicos.

Desse modo, tem-se os direitos ao contraditório e à ampla defesa; à presunção de inocência; o direito de ser informado da acusação; o direito de exigir que a peça acusatória seja lastreada com elementos idôneos a indicar de forma clara e detalhada qual a norma violada, qual o fato violador dessa norma, qual o fundamento da postulação. Ainda sob este viés, inclui-se o direito de ter uma correlação entre a acusação e a decisão/sentença. Enfim, todos os matizes do devido processo legal devem ser aplicados no âmbito do Direito Sancionador, guardadas as devidas proporções de ordem pragmática.

4.4.5.1 As duas garantias que não se aplicam: jurisdicionalidade e taxatividade

Com efeito, já se teve ao longo da construção deste trabalho a possibilidade de demonstrar que o Direito Sancionador seria o ramo jurídico apto a comportar a regulamentação de certas matérias atualmente dispostas pelo Direito Penal, mas que já evidenciam a necessidade de uma solução que transpasse as raias do âmbito criminal. Ora, o Direito Penal clássico, tal como é tradicionalmente concebido, com todos os dogmas garantistas merecidamente incorporados ao longo de sua evolução histórica, não é instrumento idôneo para tutelar os novos bens jurídicos criados pela sociedade de risco, que derivam da noção de patrimônio cultural e põe em destaque a proteção normativa em escala supra-individual.

De igual modo, pretendeu-se demonstrar que a característica maior e talvez a grande nota positiva desse mencionado Direito Sancionador é a possibilidade de se tutelar os mesmos bens jurídicos acima referidos com a substancial diferença de não adotar a pena privativa de liberdade como alternativa sancionadora.

Em contrapartida, o Direito Sancionador comportaria menos garantias que o Direito Penal. Isto, justamente em razão da impossibilidade de se restringir a liberdade individual do sujeito infrator. Assim, tudo aquilo que se criticava por ser matéria não condizente com os dogmas do Direito Penal clássico, protetor por excelência de bens individuais, a exemplo da excessiva profusão técnico-normativa contida nos tipos penais, agora, no campo do Direito Sancionador pode sim ser utilizado. Cite-se, a este respeito, a questão dos conceitos jurídicos indeterminados ou dos tipos penais abertos. Tais entidades, no âmbito no Direito Penal, revelam flagrante violação ao princípio da legalidade, visto que a conduta típica não vem claramente definida no tipo.

Sucede que, a grande insatisfação com a utilização desses tipos penais abertos, normas penais em branco, crimes de perigo abstrato, proliferação de elementos normativos no tipo etc., residia no fato de que tudo isto possuía regulamentação jurídica exatamente naquele ramo do sistema normativo que possui a intervenção mais drástica, que é o Direito Penal, único ramo do direito capaz de tolher a liberdade individual do agente como sanção pela prática de um ilícito.

Agora, porém, com o Direito Sancionador, a pena privativa de liberdade não estaria presente no rol das sanções previstas pelo cometimento de um ato ilícito. Em sendo assim, em nome da proteção das novas necessidades surgidas com o desenvolvimento da sociedade pós-moderna, e da preservação efetiva dos bens jurídicos de natureza supra-individual, atualmente tratados pelo Direito Penal Econômico, justificadas estariam a supressão de certas garantias, dentre elas a legalidade em sua vertente da taxatividade.

Flexibilizar a legalidade não significa, por óbvio, desprezar o princípio em sua essência. Apenas o que se sustenta é que tal garantia seja mitigada para permitir, por exemplo, um alargamento das hipóteses de responsabilização pessoal. A supressão da exigência da taxatividade, comum no ramo criminal, poderia permitir trabalhar com normas em branco, com conceitos jurídicos indeterminados, crimes de mera conduta, o que deixaria para a Administração a tarefa integrativa de avaliar se as condutas indesejáveis, no caso concreto, são passíveis de punição ou não. Note-se, assim, que, no Direito Sancionador, a moldura do ilícito seria mais ampla.

De igual modo, registre-se também a não aplicabilidade, no Direito Sancionador, da garantia da jurisdicionalidade. Ora, as bases ideológicas desse novo ramo do direito que está sendo desenvolvido proclamam que a intervenção deve se dar, sempre que possível, de maneira

preventiva, com vistas a evitar a ocorrência do dano, por meio de atividade fiscalizadora e de controle. Releva notar, ademais, que à adminstração já cabe a tutela e proteção de diversos bens ligados à ordem econômica, como, por exemplo, a CVM, o CADE, o COAF, consoante será demonstrado.

Por essa linha, caso somente o Judiciário tivesse atribuição para aplicar as correlatas sanções no campo das matérias reguladas pelo Direito Sancionador, a própria natureza e finalidade desse Direito estaria comprometida, eis que a Administração não iria poder, ela própria, desempenhar as atividades de controle e, sobretudo, de proteção e preservação, visando a evitar a ocorrência da lesão ao bem jurídico, por exemplo, com a aplicação de multa por descumprimento de um dever previamente imposto.

Nem se argumente, no entanto, que somente ao judiciário caberia a imposição destas sanções, com o fundamento de que a administração poderia cometer excessos. Excesso por excesso, o judiciário também pode cometer. Nem se argumente, ainda, que somente um juiz poderia aplicar as sanções, porque munido de garantias, e que, eventualmente, um servidor da administração poderia proceder de forma irregular, prevaricar, etc. com efeito, toda a atividade da administração fica sujeita a diversos órgãos de controle e de fiscalização. Para além disso, a experiência de direito comparado, como, por exemplo, o regime das contra-ordenações, vigentes em Portugal, demonstram a viabilidade de, em princípio, estas sanções poderem ser aplicadas pela própria administração.

Expostas as garantias próprias do direito sancionador, cuide-se, agora, de tratar do papel de órgãos como o COAF, a CVM e o CADE para o direito sancionador.

4.5 O PAPEL DO CADE, DO COAF, DA COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS, DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA PARA O DIREITO DA INTERVENÇÃO NO BRASIL. O DIREITO SANCIONADOR NO BRASIL

No presente trabalho, defende-se a adoção do Direito da Intervenção para tutelar os bens jurídicos ligados à ordem econômica. No Brasil, já existem manifestações desse Direito da Intervenção, notadamente no que diz respeito à atuação de certas instituições e na Lei n. 8.429/92, que prevê sanções contra os atos de improbidade administrativa. Embora pontuais, tais manifestações revelam uma louvável tendência brasileira de incorporação ao ordenamento jurídico das idéias propostas pelo Direito Sancionador.

Neste ponto, é válido trazer à baila o que vem preconizado na legislação

brasileira de combate aos atos de improbidade administrativa. Com efeito, a Lei n. 8.429/92 dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional.

Ver-se-á que, com o Direito da Intervenção, o âmbito do ilícito pode ser mais fluido, sem a garantia intransigente da legalidade estrita, sendo possível proteger bens, adequando-se às alterações e modificações da sociedade, sem que se viole a proteção penal. Observe-se, como exemplo disto, as manifestações já existentes, no Brasil, previstas na Lei de Improbidade Administrativa (Lei n. 8.429/92).

Por sinal, o sistema normativo brasileiro de combate aos atos de improbidade administrativa em muito se assemelha com as linhas da proposta de Hassemer para o Direito da Intervenção. Ao prescrever uma série de medidas enérgicas contra atos ímprobos, sem, no entanto, cominar pena privativa de liberdade para tais atos, a lei brasileira de improbidade administrativa pode sim ser citada como exemplo prático do Direito da Intervenção no Brasil. Veja-se que os novos bens jurídicos criados - no caso da citada lei, o patrimônio e a moralidade na Administração Pública -, não deixam de ter regulamentação normativa, mas tal disciplina vem dissociada do âmbito do Direito Penal clássico. Mais adiante, demonstrar-se-á outros instrumentos já existentes no Brasil que se coadunam com o Direito da Intervenção proposto por Hassemer.

A Lei n. 8.429/92 trata dos atos de improbidade sob três categorias distintas, a saber: atos que importam enriquecimento ilícito do agente público, atos que causam prejuízo ao erário e atos que atentam contra os princípios da Administração Pública. O bem jurídico protegido, no caso, é tanto o patrimônio público quanto a probidade na Administração Pública. Há, portanto, uma função de tutela de um bem jurídico supra-individual.

Com relação às sanções prescritas, o comando legislativo atende à determinação constitucional insculpida no art. 37, § 4º, da CF, onde se disciplina que os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade de bens e o ressarcimento ao erário.[851] Releva notar que muitas destas sanções são, com certeza, mais graves que penas criminais, principalmente que as penas alternativas.

Discorrendo sobre a improbidade administrativa, Marino Pazzaglini Filho

[851] Oportuna a transcrição do dispositivo citado: "Art. 37. [...] § 4º - Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível."

define que:

> A improbidade administrativa, sinônimo jurídico de corrupção e malversação administrativas, exprime o exercício da função pública com desconsideração aos princípios constitucionais expressos e implícitos que regem a Administração Pública. Improbidade administrativa é mais que mera atuação desconforme com a singela e fria letra da lei. É conduta denotativa de subversão das finalidades administrativas, seja pelo uso nocivo (ilegal e imoral) do Poder Público, seja pela omissão indevida de atuação funcional, seja pela inobservância dolosa ou culposa das normas legais. Decorre tanto da desonestidade e da deslealdade, quanto da inidoneidade ou da incompetência do agente público no desempenho de suas atividades funcionais.[852]

E ainda traz um conceito do que vem a ser a improbidade praticada pelo agente público. Veja-se:

> [...] toda conduta ilegal (corrupta, nociva ou inepta) do agente público, dolosa ou culposa, no exercício (ainda que transitório ou sem remuneração) de função, cargo, mandato ou emprego público, com ou sem participação (auxílio, favorecimento ou indução) de terceiro, que ofende os princípios constitucionais expressos e implícitos que regem a Administração Pública.

Efetivamente, a probidade é a honestidade, a decência, a honradez na gestão da coisa pública. Pode-se falar também numa inobservância de um mínimo de eficiência no exercício funcional. Nesse sentido, Fábio Medina Osório assevera que:

> Mais especificamente, a improbidade decorre da quebra do dever de probidade administrativa, que descende, diretamente, do princípio da moralidade administrativa, traduzindo dois deveres fundamentais aos agentes públicos: honestidade e eficiência funcional mínima. Daí decorre a idéia de que improbidade revela violação aos deveres de honestidade lato sensu e eficiência profissional em sentido amplo. Ímprobo é o agente desonesto, tanto que se fala, de modo pouco técnico, em lei anticorrupção (terminologia impregnada de conteúdo do direito penal), indicando-se que a falta de honestidade é causa de improbidade, mas também ímprobo o agente incompetente, aquele que, por culpa, viola comandos legais, causando lesão ao erário, demonstrando ineficiência intolerável no desempenho de suas funções.[853]

Como afirmado acima, os atos ímprobos tipificados na Lei n. 8.429/92 podem ser praticados sob três categorias: atos que causam prejuízo ao erário, enriquecimento ilícito ou afronta aos princípios da Administração Pública. Para cada uma destas vertentes há sanções específicas e distintas. Entretanto, no conjunto, nota-se que não há previsão de sanção privativa de liberdade em nenhuma delas.

O fato de não ter previsão de pena de prisão para os atos de improbidade não

[852] PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Lei de improbidade administrativa comentada*. São Paulo: Atlas, 2002, p.16.
[853] OSÓRIO, Fábio Medina. *Improbidade administrativa*. 2.ed. Porto Alegre: Síntese, 1998, p.61.

importa concluir que as sanções previstas na lei são leves. Pelo contrário. As reprimendas são assaz gravosas para os acusados, que podem até, uma vez condenados, ter suspensos os direitos políticos.

Observe-se, ainda, que as sanções previstas para os atos de improbidade administrativa possuem natureza civil-administrativa. Ademais, a própria ação de improbidade é ação ordinária, de natureza civil, possuidora de um rito especial. Não se trata, pois, de um regramento penal.

Pois bem.

As bases apresentadas por Hassemer para o multicitado Direito da Intervenção muito se aproximam do que hoje já existe aqui no Brasil no que se refere à tutela do bem jurídico probidade administrativa. Não é demais lembrar que Hassemer propõe a criação de um novo ramo do direito, intermediário entre o Direito Penal e o Direito Administrativo, que se ocuparia da tutela dos novos bens jurídicos, de natureza supra-individual, diretamente relacionados ao patrimônio cultural da sociedade. Dessa forma, poder-se-ia desafogar o turgido Direito Penal, com vistas a fazer com que este volte a cumprir seu papel de derradeiro interveniente (*ultima ratio*) no controle social.

Sem negar a necessidade de tutela para certos bens que hoje possuem guarida penal, Hassemer propõe que se estabeleça uma sistemática normativa na qual as garantias seriam menos intensas do que as garantias penais. Em contrapartida, a reação punitiva estatal seria menos gravosa, com a supressão da possibilidade de aplicação de pena privativa de liberdade.

A toda evidência, a manifestação brasileira de combate à prática de atos de improbidade guarda enorme similitude com a proposta hassemeriana. Sem a intervenção drástica e estigmatizante do Direito Penal, a legislação brasileira logrou dispensar tutela jurídica para um bem que possui relevância - a probidade na administração pública -, combatendo atos de corrupção e assemelhados. A um só tempo, então, consegue-se, de forma efetiva, tutelar um bem jurídico relevante, atendendo a anseios sociais por previsões normativas de punição para condutas reprováveis, sem precisar recorrer ao Direito Penal.

Ainda tratando de manifestações existentes aqui no Brasil de um possível Direito da Intervenção, revela-se a atuação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), órgão com atuação em todo o território nacional, criado pela Lei n. 4.137/62, e posteriormente transformado em autarquia por meio da Lei n. 8.884/1994.

As atribuições do CADE estão previstas na Lei n. 8.884/94. Ele tem como finalidade orientar, fiscalizar, prevenir e apurar abusos de poder econômico, exercendo papel de tutela na prevenção e repressão a esses abusos.[854]

Tem-se que o CADE é a última instância da esfera administrativa, que julga, nesta esfera administrativa, as matérias ligadas a abusos econômicos. A atuação preventiva desta autarquia se dá quando analisa, por exemplo, as operações de fusões, incorporações e associações de quaisquer agentes econômicos. Nos termos do art. 54 da Lei n. 8.884/94, o CADE deve os efeitos desses negócios jurídicos, na busca de preservar a livre concorrência. Caso o negócio seja prejudicial à concorrência, a referida autarquia tem o poder de impor restrições à operação negocial, ou até mesmo determinar alteração nos contratos. Registre-se, outrossim, que o CADE pode aplicar sanções pecuniárias pesadíssimas, maiores, inclusive, que as penas criminais.

Desempenha, também, um papel repressivo, na medida em que analisa as condutas anticoncorrenciais, reprimindo práticas que atentem contra a ordem econômica, tais como cartéis, vendas casadas, preços aleatórios, monopólios etc. A Lei n. 8.884/94 ainda dispõe ser papel do CADE difundir a cultura da concorrência, denotando, assim, um aspecto pedagógico da autarquia.

Por sua vez, destaca-se, também como manifestação de um possível Direito da Intervenção no Brasil, a atuação da Comissão de Valores Mobiliários (CVM). Criada pela Lei n. 6.385/76, a CVM tem poderes para disciplinar, normatizar e fiscalizar a atuação das instituições que operam o Sistema Financeiro Nacional.[855]

Com efeito, as Leis ns. 6.385/76 e 6.404/76 trazem disposições que disciplinam o funcionamento do mercado de valores mobiliários e a atuação das companhias abertas, dos intermediários financeiros e dos investidores, além de outras figuras cuja atividade gira em torno do mercado mobiliário.

Além de poder fiscalizador, a CVM também possui poder normatizador, que abrange todas as matérias referentes ao mercado de valores mobiliários.

Assim, cabe à CVM, entre outras, disciplinar as seguintes matérias: o registro de companhias abertas, o registro de distribuições de valores mobiliários, o credenciamento de auditores independentes e administradores de carteiras de valores mobiliários; a organização, funcionamento e operações das bolsas de valores; a negociação e intermediação no mercado de valores mobiliários; a administração de carteiras e a custódia de valores mobiliários; a suspensão ou

[854] As informações aqui veiculadas sobre o CADE foram extraídas do site da instituição. Disponível em: <www.cade.gov.br>. Acesso em: 28 out. 2010.
[855] As informações aqui veiculadas sobre a CVM foram extraídas do site da instituição. Disponível em: <www.cvm.gov.br>. Acesso em: 31 out. 2010.

cancelamento de registros, credenciamentos ou autorizações; a suspensão de emissão, distribuição ou negociação de determinado valor mobiliário ou decretar recesso de bolsa de valores;

Dentre os objetivos, a Comissão de Valores Mobiliários visa a, entre outros, assegurar o funcionamento dos mercados de bolsa e balcão; proteger os titulares de valores mobiliários contra atos reprováveis dos administradores e acionistas das companhias; evitar ou coibir modalidades de fraude ou manipulação destinadas a criar condições artificiais de demanda, oferta ou preço de valores mobiliários negociados no mercado; assegurar a observância de práticas comerciais equitativas no mercado de valores mobiliários; promover a expansão e o funcionamento eficiente e regular do mercado de ações e estimular as aplicações permanentes em ações do capital social das companhias abertas.

Um outro instrumento a indicar uma proximidade existente no Brasil com o tratado Direito da Intervenção, é a instituição COAF - Conselho de Controle de Atividades Financeiras -. Criado pela Lei n. 9.613/98, no âmbito do Ministério da Fazenda, possui o escopo de disciplinar, aplicar penas administrativas, receber, examinar e identificar ocorrências suspeitas de atividade ilícitas relacionada à lavagem de dinheiro.

Os princípios que regem a sua organização e estrutura estão expressos no Estatuto, promulgado pelo Decreto nº 2.799, de 08.10.98, e na Portaria nº 330, de 18.12.98, que regulam o seu funcionamento. Oportuna a transcrição do artigo 1º, que trata da finalidade dessa instituição.

> Art. 1º O Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, órgão de deliberação coletiva com jurisdição em todo território nacional, criado pela Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, integrante da estrutura do Ministério da Fazenda, com sede no Distrito Federal tem por finalidade disciplinar, aplicar penas administrativas, receber, examinar e identificar as ocorrências suspeitas de atividades ilícitas previstas em sua Lei de criação, sem prejuízo da competência de outros órgãos e entidades.

Há quem considere que o COAF é uma Unidade de Informação Financeira, ou seja, responsável transmitir às autoridades a denúncias sobre procedimentos possivelmente criminosos, com vistas a impedir o delito de lavagem de capitais.

Revela-se, ainda, como um dos instrumentos a serviço da possível implantação do Direito da Intervenção no Brasil, a atuação do Conselho Monetário Nacional (CMN), órgão superior do Sistema Financeiro Nacional, criado pela Lei n. 4.595/1964, e que sofreu algumas alterações em sua composição ao longo dos anos.

Todos esses instrumentos referidos acima foram criados diante de uma necessidade da sociedade atual, que precisa preservar o equilibro de seus sistemas econômico e financeiro.

Inegavelmente, tais instituições têm uma importância enorme, e são bastante eficazes no combate preventivo e repressivo às práticas reprováveis que lesam bens jurídicos supra-individuais ligados ao desenvolvimento econômico. A real efetividade destes instrumentos, que, por sinal, não integram a estrutura do Direito Penal, mas sim o âmbito administrativo, faz refletir acerca da real necessidade de eleger-se o Direito Penal como instrumento privilegiado na tutela desses novos bens jurídicos.

Certamente, a proposta de Hassemer de implantação de um Direito a meio termo entre o Direito Penal e o Direito Administrativo seja a solução para o problema da criminalidade moderna, máxime quando já se tem aqui no Brasil instrumentos a lhe auxiliarem nesta missão. Todos estes órgãos, estas instâncias, de natureza preponderantemente administrativa, têm muito mais aptidão e adequação para tutelar as relações econômicas com efetividade que o direito penal.

4.6 O SURGIMENTO DOS DIREITOS PENAIS PARALELOS: CRÍTICA AO DIREITO SANCIONADOR?

Zaffaroni menciona a existência de um fenômeno que a um leitor menos avisado poderia soar como uma crítica ao Direito Sancionador Direito da Intervenção. Trata-se, a bem da verdade, do que ele convencionou chamar de sistemas penais paralelos, criticando-os ferrenhamente.

Verdadeiramente, a nomenclatura, o rótulo, a etiqueta Direitos ou Sistemas Penais Paralelos é uma novidade, porém a preocupação em conter limites à matéria punitiva nas outras áreas do direito não é recente. Confira-se:

> *La legitimidad de um tal sistema sancionatório administrativo más opresivo que él penal, por no estar sometido a los limites de las garantias sustanciales y procesales desarrolladas históricamente em él âmbito penal, ha sido denunciado por juristas de distinto signo [...] como um ataque a las bases mismas del Estado de Derecho, desde hace mucho tiempo.*[856]

Veja-se. Segundo Zaffaroni, a sanha punitiva do Estado está desbordando o Direito Penal e atingindo outras áreas. O Estado policialesco estaria passando, por exemplo, para dentro do direito administrativo, sem que, contudo, se fizesse acompanhar das mínimas garantias do Direito Penal.

Os discursos têm o efeito de centrar a atenção sobre certos fenômenos e

[856] RODRÍGUEZ, Laura Zuñiga. Relaciones entre derecho penal y derecho administrativo sancionador ¿Hacia una 'administrativización' del derecho penal o una 'penalización' del derecho administrativo sancionador? *In:* MARTIN, Adán Nieto. (Coord.). *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos.* In memorian. v.I. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha; Ediciones Universidad Salamanca, 2001, p.1418.

> seu silêncio em relação a outros os condena à ignorância ou à indiferença. Isso é o que acontece com a verdadeira dimensão política do poder punitivo, que não se radica no exercício repressivo-seletivo da criminalização secundária individualizante, mas no exercício configurador-positivo da vigilância, cujo potencial controlador é imenso em comparação com a escassa capacidade operativa da primeira. Igualmente, a atenção discursiva, centrada no sistema penal formal do estado, deixa de lado uma enorme parte do poder punitivo exercido por outras agências que têm funções manifestas bem diversas, mas cuja função latente de controle social punitivo não é diferente da penal, do ângulo das ciências sociais. Trata-se de uma complexa rede de poder punitivo exercido por *sistemas penais paralelos*.[857]

Exemplifica, sustentando que os órgãos de classe hoje têm poder para impor decisões mais graves que um juiz criminal. Efetivamente, a OAB, por exemplo, pode expulsar, em caráter perpétuo, de seus quadros, um advogado, já que lá não vige o princípio da não perpetuação das penas.

> Parece estranho que a teoria jurídico-penal não tenha destacada a analogia que estas formas de exercício do poder mantêm com o sistema penal formal, ainda que isto constitua efeito direto da metodologia que insistem em manter fora de foco os dados da realidade que o legislado não incorpora, ou em considerar que sua incorporação é um ato valorativo que só o legislador pode empreender, como se fora ele o único a enxergar o mundo. Deve-se aqui avaliar, outra vez, o efeito do narcisismo do discurso penal, gravemente ferido quando se adverte de que não está programando - como pretende - o exercício do poder punitivo e que, além disso, nem sequer se refere à totalidade do mesmo, o que destrói sua proclamação discursiva do monopólio dele por parte do estado. Este impedimento tem conseqüências graves, pois implica uma renúncia a disputar a incorporação desses âmbitos do poder punitivo a seu discurso e, com isso, a exercer qualquer papel limitador a respeito deles. A preservação do discurso tradicional tem, pois, o efeito de reduzir o âmbito do conhecimento e da aspiração ao exercício do poder. E mais: é comum o discurso penal legitimar esses sistemas penais paralelos como alheios ao direito penal (*elementos negativos do discurso*), com o que acaba sendo o único discurso de programação do exercício de um poder cuja estratégia implica reduzi-lo, na contramão do que buscam todos os discursos de poder e todas as corporações existentes.[1]

---

857 ZAFFARONI, E.Raúl; BATISTA, Nilo et alli. *Direito Penal Brasileiro:* primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal. 2.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p.69.

[1] ZAFFARONI, E.Raúl; BATISTA, Nilo et alli. *Direito Penal Brasileiro:* primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal. 2.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 69-70.

A crítica de Zaffaroni é extremamente pertinente, mas não se aplica ao Direito da Sancionador, ou ao Intervenção ou mesmo ao Direito das Contra-Ordenações. Entende-se, perfeitamente, a sua preocupação, hava vista que, em muitos casos, assiste-se à transferência de matéria punitiva para outras áreas, sem qualquer respaldo de garantias. Mesmo no direito sancionador, como se viu, há sim garantias, devendo ser mitigado somente o rigor da tipicidade. Assim, descabido falar-se, por exemplo, em efeitos perpétuos de qualquer sanção perante o direito sancionador.

De fato, o Direito da Intervenção é um direito sistematizado, em que não se pode falar em um sem-número de infrações soltas. Malgrado tenha menos garantias que o Direito Penal, ele conserva as garantias fundamentais, consoante já demonstrado. E, mais importante do que tudo isso, o Direito da Intervenção não usurpa, do Direito Penal, os bens que lhe são próprios. Para os bens tradicionais – vida, patrimônio, honra, costumes – as garantias tradicionais. Para os novos bens, que escapam à seara penal, as novas determinações do Direito da Intervenção. Hassemer não defende nem nunca defendeu a existência de Direitos Penais Paralelos. Com efeito, a importância que ele dá ao Direito Penal pode ser verificada em:

> O quinto aspecto, que merece especial referência, consiste no reconhecimento de que o direito penal ainda deverá jogar um papel neste novo contexto. Todavia, para o direito penal ainda deverá ficar reservada apenas uma função ancilar, de caráter flanqueador, destinada a dar cobertura a determinadas mediadas de proteção ambiental. Mas com aqueloutra função de proteção de bens jurídicos, porque agora se trata apenas de garantir o cumprimento dos deveres impostos pela Administração..[2]

Semelhantemente:

> O direito penal administrativo assume uma função dinâmica e impulsionadora da atividade do homem em sociedade, não permitindo que este seja omisso ou socialmente descuidado; o direito penal de justiça permanece em sua função garantidora e mantenedora dos direitos individuais do homem, assumindo um papel conservador e estático.[3]

Contra a opinião de Zaffaroni, pois, podem-se erguer dois argumentos: 1- para os bens jurídicos de natureza criminal, todas as garantias do direito penal tradicional permanencem inalteradas, imaculadas e intocáveis. Neste prisma: “é, pois, a ofensa a um bem jurídico penal a fronteira infranqueável de um direito penal legítimo, na qual, ainda hoje, é possível creditar as linhas

[2] HASSEMER, Winfried. A preservação do ambiente através do direito penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 6, n. 22, abril-junho/ 1998. Tradução de Carlos Eduardo Vasconcelos, p.34.
[3] COUTINHO, Heliana Maria de Azevedo. O direito de mera ordenação social no sistema jurídico-penal alemão. *Revista Brasileira de Ciência Criminais*. Ano 2, n.7, com trechos de Eric Wolf, *Die Stellung der Verwaltunsdelikte im Strafrechtssystem Frank –Festgabe,* Band 2, s.516 ff. Deutschla 1930, citados pela autora.

fortes de sua identidade".[858]

A segunda crítica que pode ser oposta a Zaffaroni é a de que o direito sancionador, ao contrário do que pode parecer, tem garantias sim, somente sendo mitigado o rigor da tipicidade.

Para além disso, pode-se ver, por exemplo, que, no regime das contra-ordenações, em cuja tutela deixa de ser penal, há, em muitos casos, muito mais garantias que no direito penal e processual penal tradicionais. Se, por um lado, as contra-ordenações não são regidas pena idéia de jurisdicionalidade (a aplicação das sanções é, via de regra, administrativa), de outra banda, não se admite, de acordo com o artigo 42 do DL 433/82, de 27-10, a prisão preventiva nem a violação de dados pessoais (telefônicos) como prova. A mencionada lei ainda prevê, no artigo 50, a duração do processo em prazo razoável e o direito ao exercício da defesa.

> Na verdade, se se defende – e bem, acrescente-se, sublinhando – que o direito penal deve assumir, sem problemas, esse papel de derradeiro interveniente, porque só assim se realiza em total autenticidade, então como perceber essa contínua exigência, vá-se lá saber vinda de que instância, de solidificar novas áreas da incriminação, novos "direitos" penais? Duas coisas parecem verificar-se. De um lado, uma total insensibilidade das fontes legitimadoras da incriminação ao discurso doutrinal. A doutrina e o pensamento penais continuam a afirmar a importância do axioma da *ultima ratio* para um bom, racional e justo funcionamento do ordenamento penal. Todavia, repete-se, tais motes de razoabilidade parecem resvalar na total indiferença das entidades legiferantes. Porquê? Porque a política criminal se faz ao sabor das circunstâncias que a política sem rasgo e mediana vai construindo para a gestão do quotidiano.

Alguém ainda poderia redargüir, combater o direito sancionador, ao fundamento que seria uma mera alteração de etiquetas, uma mera mudança de rótulos ou de nomenclaturas. Ora, se o direito penal é inidôneo, pensar-se-ia, o direito da intervenção também o seria. Veja-se a importante citação:

> Na verdade, se se defende – e bem, acrescente-se, sublinhando – que o direito penal deve assumir, sem problemas, esse papel de derradeiro interveniente, porque só assim se realiza em total autenticidade, então como perceber essa contínua exigência, vá-se lá saber vinda de que instância, de solidificar novas áreas da incriminação, novos "direitos" penais? Duas coisas parecem verificar-se. De um lado, uma total insensibilidade das fontes legitimadoras da incriminação ao discurso doutrinal. A doutrina e o pensamento penais continuam a afirmar a

[858] D'ÁVILA, Fábio Roberto. Direito Penal e Direito Sancionador. Sobre a identidade do direito penal em tempos de indiferença. *Revista Brasileira de Ciências Criminais,* n. 60. São Paulo: RT, maio-junho/ 2006, p.35.

> importância do axioma da *ultima ratio* para um bom, racional e justo funcionamento do ordenamento penal. Todavia, repete-se, tais motes de razoabilidade parecem resvalar na total indiferença das entidades legiferantes. Porquê? Porque a política criminal se faz ao sabor das circunstâncias que a política sem rasgo e mediana vai construindo para a gestão do quotidiano.
>
> Por outro lado, e agora aqui estamos já a olhar a realidade a partir do horizonte dos penalistas, parece haver alguma resignação dos cultores do direito penal perante aquela insensibilidade. Resignação, não tanto no continuar a defender a validade do princípio de que o direito penal só deve intervir no patamar da *ultima ratio* mas antes no aceitar, sem mais, a proliferação de várias especializações de direito penal. Repetimos: temos para nós que não basta haver uma norma incriminadora no âmbito da defesa do consumo, ou no âmbito da protecção do ambiente para que estejamos já perante um direito penal do consumo ou um direito penal do ambiente. Não será que se está a cair, de novo, em puro nominalismo? O puro *nomen*, o mero significante, a indefinível poalha a determinar o essencial, a conformar o sentido material das coisas? E não é também aquela dispersão um índice seguro do próprio caldo cultural onde se move a chamada pós-modernidade? Dispersão que não é uma figura retórica, antes se assume como uma característica determinante deste tempo quando a classificamos como fragmentaridade ou mesmo fragmentação. E não terá a chamada pós-modernidade como característica ou segmento determinante a exaltação ao paroxismo da especialização, da fragmentação? Por certo que sim. Por isso, a especialização, quando mal compreendida, é, de modo insofismável, o lugar privilegiado, por antonomásia, de equívocos. Uns com conseqüências graves, outros com conseqüências de pouca gravidade, como parece ser o caso da problemática que se estuda. [859]

Convém esclarecer alguns pontos. inicialmente, releva notar que há diferenças significativas entre direito penal e direito sancionador. Diferenças entre as possibilidades de atuação, entre os princípios, entre os limites. As diferenças são, verdadeiramente, estruturais. Estas diferenças, com efeito, conduzirão à aplicação de sanções de forma efetiva para comportamentos desviantes, motivando comportamentos dentro da legalidade, sem que haja violações às garantias penais clássicas e sem que se recorra às agruras da intervenção penal.

Com as devidas licenças, percebe-se, nas palavras de Zaffaroni, uma tendência a relegitimar, forcosamente, a intervenção penal. Com efeito, ao criticar os sistemas penais paralelos, aduzindo não terem as mesmas garantias que o direito penal, a alternativa viável seria permitir, então, que o tratamento continuasse a ser dispensado pelo direito penal, com todas as suas agruras

[859] COSTA, José de Faria. *Direito Penal Económico.* Coimbra: Quarteto, 2003, p.25-26.

e problemas.

A partir do momento em que o Estado utiliza-se do Direito Penal Econômico, a fim de proteger os bens jurídicos aos quais lhe é voltado, o faz em verdadeiro prejuízo da sociedade, ampliando o leque de atuação do Direito Penal, o qual, em verdade, deveria ser o mínimo possível, atendendo (apenas desta maneira) ao ideal de *ultima ratio*. Como já mencionado em linhas anteriores deste presente trabalho, o Estado pretende atender à política criminal de contenção, uma vez que é atribuída sanção penal aos casos em debate, apenas para conter o anseio social por medidas eficazes de controle dos agentes de maior poder econômico. Pretende-se negar a idéia de impunidade dos mais poderosos, o que já se demonstrou, mormente no terceiro capítulo, que gera uma intervenção meramente simbólica, sem efeitos concretos, sem efetividade.

Por sua vez, no que se trata da idéia de ser o Direito Penal o único ramo jurídico capaz de prever sanções ao indivíduo, por ser o maior ramo jurídico possuidor de garantias, dever-se-á observar tal equívoco. Para a manutenção da ordem social e segurança jurídica, o Estado deverá utilizar-se de outros meios preventivos e punitivos para os indivíduos, dentre os quais se insere o direito sancionador. Isto pode ser notado a qualquer tempo da História da humanidade. Portanto, não é pelo fato de se preverem sanções que se está a trabalhar com o Direito Penal. Se assim fosse, a aplicação das multas de trânsito – por exemplo – deveria ser tratada como matéria criminal, vez que esta é uma atuação do Estado, na qual se aplica um tipo de pena ao indivíduo. A preocupação de Zaffaroni se justifica apenas e tão somente para servir de aviso para a necessidade de se estabelecerem garantias para o direito sancionador.

Assim, percebe-se que há diferenças entre a tutela do direito penal, destinado a tratar dos bens atinentes à civilização, bens para os quais a tutela é legítima, em relação ao direito sancionador. Não procede, pois, o posicionamento de Zaffaroni. A crítica oposta em relação aos chamados sistemas penais paralelos somente se justifica por um completo desvirtuamento do direito sancionador, não sendo razoável que se argumente cientificamente a partir da anomalia.

CONCLUSÕES

1. O direito penal tradicional ou nuclear se presta a tutelar os bens mais tradicionais, desenvolvidos desde os primórdios, característicos do conceito de civilização. A civilização é marcada pela existência, portando, de bens materiais, corpóreos. São bens característicos da civilização: vida, patrimônio, liberdade. Para estes bens, a tipicidade pena consegue cumprir a sua missão de garantia, haja vista que consegue descrever as condutas sem violar a taxatividade.

2. É com o desenvolvimento da cultura que começam a aparecer novas necessidades, novos bens, bens estes que são incorpóreos, intangíveis, dentre os quais se sobressaem aqueles atinentes à atividade econômica. Os bens culturais são imateriais, incorpóreos. Neste contexto, deve-se ressaltar que a convenção de Paris e o Sherman Act, ao tutelar a propriedade imaterial, dando contínuo desenvolvimento aos bens culturais, dispensaram, pela primeira vez, proteção penal à ordem econômica. As convenções de Paris se preocuparam com a tutela de marcas e de patentes.

3. Com a bipolarização econômica, no período do pós guerra, aparecem as maiores intervenções penais na economia, porquanto os Estados passam a intervir diretamente nos modelos de produção, além de a intervenção passar a assegurar também o domínio político. Este fato pode ser verificado também nos países adeptos do regime de produção econômico comunista, haja vista que havia manifestações de direito penal econômico, que eram tratados como crime contra o Estado, havendo sanções gravíssimas, punidas até com pena de morte.

4 A globalização fez com que as economias dos diversos países do mundo também se aproximassem, passando a haver compartilhamento maior de riscos, criando, pois, situações que justificariam a criação de mais tipos penais de perigo abstrato. No contexto interno, para o direito interno brasileiro, a década de 90 do século passado, por representar a abertura do mercado brasileiro para a economia internacional, representou o período mais fecundo na edição de normas penais em direito penal econômico.

5. A existência de bens jurídicos penais é elemento limitador para a expansão do

direito penal, mas a tutela penal não se legitima apenas pela necessidade, pela importância do bem. A regulamentação da vida econômica é absolutamente indispensável à coletividade e as diversas escolas de pensamento econômico repercutem para o direito penal. Quanto mais conservadora for a escola economia, maior justificativa se teria para a tutela penal da economia.

6. A intervenção penal nos novos bens, nos bens culturais, faz com que a teoria do delito assuma novos contornos: tipicidade, ilicitude e culpabilidade passam a ter significados novos. A tipicidade, por precisar se afastar da taxatividade, fica completamente desfigurada, evidenciando a falta de legitimidade da intervenção penal para esta matéria. Com essa readaptação, perde-se a função de garantia do tipo, já que é necessário cuidar de tipos abertos, anormais, de perigo abstrato, de mera conduta. A principal modificação se assenta na tipicidade: ela passa a ser mais flexível, permeada de elementos normativos, tipos abertos, anormais, normas penais em branco, sendo que todo este desvirtuamento evidencia a falta de legitimidade. A dogmática penal, então, passa a ceder espaço às exigências da vida prática. Cria-se, assim, uma dogmática de exceção para atender aos reclamos da necessidade prática da intervenção penal em casos de manifesta ilegitimidade de tutela. A tipicidade é a maior evidência da falta de adequação da tutela penal para intervir na ordem econômica. Diante disso, a tipicidade penal precisaria ser adaptada para tratar dos novos bens jurídicos resguardados pela ordem econômica. Esta adaptação, em verdade, desnaturaria a função de garantia da tipicidade, pelo que a tutela penal passa a ser inadequada e, decorrentemente, ilegítima.

7. Há dois conceitos de direito penal econômico, em sentido lato, direito penal econômico se confunde com proteção patrimonial; em sentido estrito, que é o sentido próprio, direito penal econômico se refere à forma de produção e de circulação de riquezas, à forma de desenvolvimento econômico de um povo. O Direito Penal Econômico tem regras próprias, diferentes da teoria do delito referente ao Direito Penal tradicional. Estas regras próprias são criadas de forma arbitrária, tudo a buscar uma justificativa forcada para uma tutela ilegítima e ilegitimada.

8. Kant contribuiu significativamente para o desenvolvimento do tipo penal e para permitir que ao tipo penal se agregassem elementos valorativos, desenvolvidos por Mayer, além disso, Kant permitiu o desenvolvimento do método lógico-abstrato-dedutivo para o direito penal.

9. A despeito de legalmente aceita no Brasil, a responsabilidade penal da pessoa jurídica é uma anomalia, uma verdadeira ficção, criada, arbitrariamente, para satisfazer a interesses de manifestações puramente simbólicas da intervenção punitiva, haja vista que pessoa jurídica não tem capacidade de conduta, não tem capacidade de ação, não tem responsabilidade subjetiva, que esta responsabilidade viola o principio da pessoalidade das penas e que, finalmente, uma tal responsabilidade deixará a sociedade menos protegida, pois não se aplica ao direito penal a regra da sucessão da empresa, presente em outros ramos do direito.

10. Diversos institutos do direito penal tradicional, como, por exemplo, o consentimento do ofendido, não se aplicam ao direito penal econômico, haja vista que os crimes econômicos envolvem, como vítima, a coletividade.

11. Se a intervenção penal na economia persistir, a despeito de ser evidentemente e manifestamente ilegítima, é imperioso que se faça uma interpretação constitucional dos tipos, atendendo à função de exclusiva proteção de bens jurídicos e de garantias. Além disso, pela proliferação da quantidade de normas penais incriminadoras, é extremamente recomendável a adoção do princípio da reserva do código.

12. O elemento atinente à ilicitude que mais questionamentos passa a sofrer com a interevenção penal na ordem econômica é o exercício regular de um direito, haja vista que condutas que, em tese, somente se refeririam ao patrimônio de pessoas certas e determinadas, podem repercutir grandemente na ordem econômica.

13. A culpabilidade, depois de tantas evoluções históricas, baseia-se na teoria normativa pura, calcada em um tripé: imputabilidade, potencial consciência da ilicitude do fato e inexigibilidade de conduta diversa. Para além disso, a inexigibilidade de conduta diversa, historicamente relacionada ao júri, hoje é uma causa supra-legal de exculpação, sendo aplicável também aos crimes econômicos. Ainda dentro da culpabilidade, é de se reconhecer que a consciência da ilicitude, em relação aos crimes econômicos, deve ser vista sob outra ótica, não se podendo, nestes casos, pela novidade do bem jurídico, diferenciar desconhecimento da norma e desconhecimento da proibição, porquanto ainda ausente a consciência profana do injusto.

14. Pelo fato de a intervenção penal em matéria penal ser ilegítima, inadequada, ela termina, por via de conseqüência, sendo puramente simbólica, sem efetividade, daí porque se transforma em uma *funcionalidade disfuncional*. A existência de normas de direito penal econômico ou não punirá pessoa alguma, pela fragilidade de suas construções, ou, se for para punir, terá de desprezar todas as garantias inerentes ao direito penal. Ambas as alternativas são indesejadas e lamentáveis.

15. Muitas das figuras incriminadoras – ilegítimas, desnecessárias e inúteis – do direito penal econômico, como, por exemplo, os crimes tributários, terminam por representar lesões a outros bens da civilização, no caso, a fé pública, haja vista que estes crimes são praticados mediante falsidade. Teria andado muito melhor o legislador se acabasse com a tutela autônoma por este crime econômico, protegendo somente quando houvesse lesão aos bens da civilização. Para os bens culturais, mormente para as relações econômicas, deveria ficar reservado o direito sancionador.

16. A concepção de prevenção primária, como defendida pela criminologia, não pode ser alcançada por meio do direito penal, mas poderia ser atingida com a aplicação do direito sancionador.

17. Além de a tutela penal da economia ser manifestamente ilegítima, é fácil notar que diversas críticas endereçadas ao direito penal tradicional também podem ser endereçadas ao direito penal econômico: cifras ocultas, seletividade, consequencialidade são marcas da intervenção penal na ordem econômica.

18. Legitimidade não se confunde com legalidade, que somente confere a legitimidade em aspecto formal ao direito penal. Como o direito penal é o instrumento mais grave de intervenção, porque tira a liberdade das pessoas, podendo, até mesmo, retirar-lhes a vida, é necessário que a intervenção penal tenha respaldo e seja legítima. Intervenção penal sem legitimidade é uso desmedido de forca, é tirania. A legitimidade da intervenção penal não pode ser obtida por meio de um processo de legitimação forçada ou arbitrária. A legitimidade da tutela penal leva em consideração a necessidade, a partir da concepção de bens jurídicos. Será ilegítima a intervenção quando não for resguardado um bem jurídico relevante. Ademais, a legitimidade leva em consideração a necessidade de o direito penal ser tratado como ultima ratio. Somente deve se

recorrer ao direito penal como ultima instância de controle, quando se usa o direito penal como prima ratio, como ocorre com as normas de direito penal econômico, criam-se tipos penais ilegítimos. A legitimidade da tutela penal ainda precisa levar em conta adequação da tutela penal para resguardar um determinado bem. Se a tipicidade penal, elemento de garantia, não tem como acompanhar as mutações do objeto que pretende resguardar, não é possível ficar criando exceções à esta categoria (tipicidade), pois isso gera uma intervenção penal ilegítima, para atender a reclamos de necessidade prática. Com a economia, constata-se que, muito embora o bem seja importante – o que atenderia a um reclamo da legitimidade – é fato que ele não tem a possibilidade de ser tratado pelo direito penal, porque falta adequação ao direito penal para deste bem tratar, haja vista as violações absurdas que são praticadas em relação à tipicidade para que o direito penal tutele a ordem econômica.

19. A criminalidade de colarinho branco, como exposta por Sutherland, tem características criminológicas próprias, bem marcantes, que demonstram a existência de uma associação diferencial. Nem para as ciências afins do direito penal, como, por exemplo, a criminologia, o tratamento que se dispensa ao direito penal econômico é o mesmo que se dispensa ao direito penal tradicional.

20. Todas as manifestações recentes da intervenção penal na ordem econômica, principalmente a tutela penal do sistema financeiro nacional – com desvirtuamento da tipicidade, apelo excessivo às prisões processuais, quebra de garantias processuais, proibição de prerrogativas processuais válidas para todos os demais crimes – têm demonstrado que o direito penal econômico é tratado, hoje, como uma manifestação de direito penal do inimigo. Registre-se que não é aceitável que qualquer cidadão seja tratado como tal pelo direito penal.

21. A Escola de Frankfurt foi decisiva para o desenvolvimento das idéias atinentes ao direito sancionador, da intervenção, ao direito das contra-ordenações. O direito penal de segunda velocidade difere de todos estes porque continua sendo penal.

22. O direito sancionador tem adequação para tratar da economia. Possui menos garantias que o direito penal (é marcado pela legalidade, pela culpabilidade, pela responsabilidade subjetiva), porém não possui pena de prisão, nem mesmo como pena a ser substituída. As garantias

que não estão presentes são a taxatividade e a jurisdicionalidade. Com este direito, consegue-se proteger a sociedade de forma efetiva, sem violar as garantias fundamentais, inerentes ao direito penal, além de evitar todas as mazelas que são causadas pelo direito penal.

23. Zaffaroni critica os chamados sistemas penais paralelos, argumentando que se transfere carga punitiva do direito penal para outros ramos do direito, desacompanhados da garantia do direito penal. As críticas por ele feitas são duplamente improcedentes: sempre que o bem for jurídico penal e que a tutela penal for adequada, a intervenção penal se dará com todas as suas garantias. Do contrário, quando se constatar que a intervenção não pode ser penal, que o legislador deve se valer do direito sancionador, é forçoso reconhecer que este tem sim garantias, menores que o direito penal, porém jamais se poderia falar em aplicação de penas de caráter perpétuo no direito sancionador. A despeito deste posicionamento, não se pode pensar que toda a carga sancionatória deve estar dentro do direito penal, a fim de evitar a utilização dos sistemas penais paralelos. Se assim fosse, até uma multa de trânsito teria de ser aplicada como desdobramento de um processo criminal. A alternativa viável é aplicar o direito sancionador com as garantias mencionadas, relativamente próximas do direito criminal.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia.* São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ADEODATO, João Maurício Leitão. *O problema da legitimidade. No rastro do pensamento de Hannah Arendt*. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia.* São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ADORNO, Theodor; HORKHEIMER, Max. *Dialética do Esclarecimento. Fragmentos Filosóficos.* Rio de Janeiro: Zahar, 2006.

AFTALIÓN, Enrique. El Bien Juridico Tutelado Por EL Derecho Penal Económico. *Revista de Ciencias Penales.* Mayo-Agosto/1966, n.2, tomo XXV, p 79-91.

ALAPANIAN, Silvia. *A Crítica Marxista do Direito. Um olhar sobre as posições de Evgni Pachukanis.* Disponível em: <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/journals/2/articles/26049/public/26049-26051-1-PB.pdf>. Acesso em: 18 out. 2009.

_____. A crítica Marxista do Direito*:* um olhar sobre as posições de Evgeni Pachukanis. Londrina. *Semina: Ciências Sociais e Humanas,* set./2005, v.26, p.15-26.

ALLER, Gérman. *Co-responsabilidad social, Sociedad del riesgo y Derecho penal del enemigo. El Derecho penal en peligro*. Montevideo: Carlos Alvarez Editor, 2006.

_____. White collar crime. Edwin Sutherland y "El delito de cuello blanco". *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal.* Buenos Aires: Lexis-Nexis, 2005, fascículo 6, p. 12-35.

ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 14.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

ALVES, Marcelo Mayora. *Entre a Cultura do Controle e o Controle Cultural. Um estudo sobre práticas tóxicas na cidade de Porto Alegre.* Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010.

ANCEL, Marc. *A nova defesa social.* Rio de Janeiro: Forense, 1979.

ANDRADE, João da Costa. O erro sobre a proibição e a problemática da legitimação em Direito Penal (elemento diferenciador entre o Direito Penal Económico e o Direito Penal de Justiça). *In:* COSTA, José Faria de (Coord.). *Temas de Direito Penal Económico.* Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 9-65.

ANDRADE, Manuel da Costa; COSTA, José de Faria; RODRIGUES, Anabela Miranda; ANTUNES, Maria João. (Orgs.). Liber *Discipuloruim para Jorge de Figueiredo Dias.* Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

_____; NEVES, Rita Castanheira (Orgs.). *Direito Penal Hoje:* Novos desafios e novas respostas. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

ANDREUCCI, Ricardo Antonio. *Legislação penal especial*. São Paulo: Saraiva, 2006.

ARAUJO JÚNIOR, João Marcello de. O direito penal econômico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, v.7, n.25, 1999.

ARAUJO JÚNIOR, João Marcello de. Criminalidade econômica: o crime de gestão fraudulenta (art. 3, IX, da Lei de Economia Popular). *Revista de Direito Penal e Criminologia*. Rio de Janeiro, n. 33, 1982.

ARAÚJO NETO, Félix. *Teoria do delito. Algumas considerações sobre o causalismo e finalismo.* Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6245>. Acesso em: 29 jan. 2010.

ARENDT, Hannah. *Origens do totalitarismo*. Tradução: Roberto Raposo. São Paulo:

Companhia das Letras, 1989.

_____. Entre o passado e o futuro. Tradução: Mauro W. Barbosa. São Paulo. 6ª ed.Editora Perspectiva, 2009.

_____. Crises da República. Tradução: José Volkmann. São Paulo: Editora Perspectiva, 2008.

_____. Sobre a violência. Tradução: André Duarte. Rio de Janeiro: Editora Relume-Dumará, 1994

_____. *O que é política?* Tradução: Reinaldo Guarany. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2009.

ARMELIN, Patrícia Kutne. *Patrimônio Cultural e Sistema Penal*. Coleção Biblioteca de Estudos Avançados em Direito Penal e Processual Penal. Curitiba: Juruá, 2008.

ARROYO ZAPATERO, Luis. Derecho penal económico y constitución. *Revista Penal*. Barcelona, n.1, 1998.

ASÚA, Luis Jiménez de. *Tratado de Derecho Penal.* Buenos Aires: Ed. Losada S.A., 1964.

_____. *Tratado de derecho penal*. *Tomo III.* Buenos Aires: Editorial Losada, S. A., 1963.

AZEVEDO, Jackson Chaves de. *Reforma e "contra" – reforma penal no Brasil.* Florianópolis: OAB-SC, 1999.

BACIGALUPO, Enrique. *Curso de derecho penal económico*. Madrid: Marcial Pons, 1998.

_____. *Curso de derecho penal económico*. 2.ed. Barcelona: Marcial Pons, 2005.

_____. *Derecho penal econômico*. Buenos Aires: Hammurabi, 2006.

BACKHOUSE, Roger. *História da economia mundial.* Tradução: Celso Mauro Paciornik. São Paulo: Estação Liberdade, 2007.

BAJO FERNANDEZ, Miguel. Derecho penal Económico: desarollo Económico, proteccion penal y cuestiones politico-criminales. *Estudios del Ministerio Fiscal*. Madrid, n.1, 1994.

_____; BACIGALUPO, Silvina. *Derecho penal económico*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 2001.

BALDAN, Édson Luis. *Fundamentos do Direito Penal Econômico.* Curitiba: Juruá, 2006.

_____. *Pressupostos neokantianos no juízo de tipicidade negativa de Mezger.* Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8225>. Acesso em: 29 jan. 2010.

_____. *Derecho penal. Introducción y Parte General*. Buenos Aires: Arayú, 1953.

_____. *Manual de Derecho Penal. Parte General.* Buenos Aires: Editorial Depalma, 1949.

_____. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo I. Parte General. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1995.

BARATTA, Alessandro. Funções instrumentais e simbólicas do Direito Penal. Lineamentos para uma teoria do bem jurídico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: RT, ano 2, n.5, 1994.

_____. *Criminologia crítica e crítica do Direito Penal*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999.

_____. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução* à sociologia do Direito Penal. 3.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BASOCO, Juan Terradillos *et alli*. *Derecho penal de la empresa*. Madrid: Trotta, 1995.

BASOCO, Juan Terradillos. Función Simbólica y Objeto de Protección del Derecho Penal. *In: Pena e Estado. Función Simbólica de la Pena.* n.1, 1991.

_____; SANCHÉZ, Maria Acalé (Coords.). *Temas de Derecho Penal Económico. III Encontro Hispano Italiano de Derecho Penal Econômico.* Madrid: Editorial Trotta, 2004.

BATISTA, Nilo. Concepção e princípios do direito penal econômico, inclusive a proteção dos consumidores, no Brasil. *Revista de Direito Penal e Criminologia*. Rio de Janeiro, n.33, 1982.

_____; ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direto penal brasileiro – I*. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

BATISTA, Paulo César de Souza *et alli. Uma Análise da Cadeia Produtiva do Segmento de Histórias em Quadrinhos na Indústria Criativa Cearense.* Disponível em: <adm.leoneloliveira.googlepages.com/Quadrinhos.pdf>. Acesso em: 03 out. 2009.

BAUMOL, William J.; BLINDER, Alan S. *Economics Principles and Policy.* 7.ed. Estados Unidos: The Dryden Press, 1997.

BIANCHINI, Alice. Pressupostos materiais mínimos da tutela penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

BECK, Ulrich. *La Sociedad Del Riesgo:* hacia una nueva modernidad. Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica S.A., 1998.

BERENGUER, Enrique Orts; CUSSAC, José L. González. *Compendio de Derecho Penal. Parte General.* Valencia: Tirant lo Blanc, 2008.

BETTIOL, Giuseppe. *Direito Penal.* v.1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1966.

BIANCHINI, Alice. *A Concepção Minimalista do Direito Penal*. Disponível em: <www.direitocriminal.com.br>. Acesso em: 10 nov. 2001.

_____. *Pressuspostos Materiais Mínimos da Tutela Penal*. São Paulo: RT, 2002.

BINDING. Karl. *La Culpabilidad em Derecho Penal*. Montevideo/Buenos Aires: B de F, 2009.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Reflexões sobre a Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica. *In:* GOMES, Luiz Flávio (Coord.). *Coleção Temas Atuais de Direito Criminal*. Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica, Medidas Provisórias e Direito Penal. v.2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____; CONDE, Francisco Muñoz. *Teoria Geral do Delito.* São Paulo: Saraiva, 2000.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico.* 10.ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política.* São Paulo: Malheiros, 2000.

BONESANA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução: Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2006.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de Perigo Abstrato e Princípio da Precaução na Sociedade do Risco.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

BOTTKE, Wilfried. Criminalidad económica y derecho criminal económico en la República Federal de Alemania. *Revista Penal*. Barcelona, n.4, 1999.

BRAGA, Vinícius Gil. Sociedade, pluralidade e direito penal: breves considerações acerca do distanciamento dogmático e uso simbólico do direito penal. *In:* AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de; CARVALHO, Salo de (Orgs.). *A crise no processo penal e as novas formas de administração da justiça criminal.* Porto Alegre: Notadez, 2006.

BRANDÃO, Cláudio; CAVALCANTI, Francisco; ADEOTADO, Joao Maurício. (Coordenadores). Princípio da legalidade da dogmática jurídica à teoria do direito. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009.

BRANDÃO, Cláudio. Significado Político- Constitucional do Direito Penal. *In:* PRADO, Luiz Regis (Coord.). *Direito Penal Contemporâneo. Estudos em Homenagem ao Professor José Cerezo Mir.* São Paulo: RT, 2007.

_____. *Curso de Direito Penal. Parte Geral.* Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. *Introdução ao Direito Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

_____. *Teoria Jurídica do Crime.* 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. *Teoria Jurídica do Crime.* Rio de Janeiro: Forense, 2003.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.* Brasília: Senado Federal, 1988.

BRODT, Luíz Augusto Sanzo. *Da Consciência da Ilicitude no Direito Penal Brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

BRUNO, Aníbal. *Direito Penal.* Tomo 1. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

BUJAN PEREZ, Carlos Martinez. *Derecho Penal Econômico*. Parte General. Valencia: Tirant Lo Blanc, 1998.

CABRAL, Juliana. *Os Tipos de Perigo e a Pós Modernidade.* Rio de Janeiro: Revan, 2005.

CADERMATORI, Sérgio. *Estado de Direito e Legitimidade.* Campinas: Editora Studium, 2007.

CAMARGO, Antonio Luis Chaves. Crimes Econômicos e Imputação Objetiva. *In:* COSTA, José de Faria Costa; SILVA, Marco Antonio Marques da Silva (Coords.). *Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais. Visão Luso-Brasileira*. São Paulo: Quartier Latin.

CARDIERI, Luís Fernando Diegues. Política Criminal no Direito Penal Econômico. *In: Crimes Tributários e Econômicos.* São Paulo: *Quartier Latin*, 2007.

CARDOSO, Fernando Navarro. *Infracción Administrativa y Delito:* Límites a La intervención del Derecho Penal. Madrid: Colex, 2001.

CARNELUTTI, Francesco. *As Misérias do Processo Penal*. São Paulo: Conan, 1995.

CARRARA, Francesco. *Programa de Direito Criminal.* São Paulo: Saraiva, 1957.

CARVALHO, Salo. *A co-responsabilidade do estado nos crimes econômicos:* fundamentos doutrinários e aplicabilidade jurisdicional. Disponível em:< http://www.hospedageminteligente.com/awsc/artigos/01.PDF>. Acesso em: 10 fev. 2010.

_____. *Descodificação Penal e Reserva do Código.* Disponível em:<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewArticle/10289>. Acesso em: 10 jan. 2010.

_____. Observações sobre as (dis)funções do controle penal na sociedade contemporânea. *In: Criminologia e Subjetividade.* Rio de Janeiro: lúmen júris, 2005.

CASABONA, Carlos Maria Romeo (Coord.). *La insostenible situación del Derecho Penal.* Granada: Instituto de Ciências Criminales de Frankfurt, 2000.

CASTILHO, Ela Wiecko V. de. Criminologia Crítica e a crítica do Direito Penal econômico. *In: Verso e reverso do controle penal:* (des) aprisionando a sociedade da cultura punitiva. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002.

CASTRO, Lola Aniyar. *Criminologia da Libertação*. Tradução: Sylvia Moretzsohn. Rio de Janeiro: Revan, 2005.

CAVERO, Percy García. *Derecho Penal Económico: Parte Especial.* 1.ed. Lima: Grijley, 2007, v.II.

_____. *Derecho Penal Económico: Parte Geral.* 2. ed. Lima: Grijley, 2007, v.I.

CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS. *Medidas de Combate à Criminalidade Organizada e Econômico-Financeiro.* Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

CERVINI, Raúl. Derecho penal económico: concepto y bien jurídico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, v.11, n.43, 2003.

_____. *Os Processos de Descriminalização*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

_____; ADRIASOLA, Gabriel. *Relaciones Peligrosas: Secreto bancário- Fisco Cooperación Internacional.* Buenos Aires: Editorial B de f, 2007.

CHOUKR, Fauzi. *Processo Penal de Emergência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

CIPRIANI, Mário Luís Lírio. Direito Penal Econômico e legitimação da intervenção estatal. *In:* D'ÁVILA, Fábio Roberto; SOUZA, Paulo Vinícius Spoleder de (Orgs.). *Direito Penal Secundário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

CORREIA, Eduardo. Notas críticas à penalização de actividades econômicas. *In: Direito penal econômico e europeu:* textos doutrinários: volume I - problemas gerais. Coimbra: Coimbra Ed., 1998.

_____. Introdução ao Direito Penal Económico.1.ed. *Revista de Direito e Economia.* Coimbra, Janeiro-Junho/1977, p._-_.

_____. Introdução ao Direito Penal Económico. *In: Direito Penal Economico e Europeu: Textos Doutrinários. Volume 1.* Problemas Gerais. Coimbra: Coimbra Editora, 1998.

COSTA ANDRADE, Manuel da. A nova lei dos crimes contra a economia (dec.-lei n. 28/84, de 20 de janeiro) à luz do conceito de Bem jurídico. *In: Direito penal econômico e europeu: textos doutrinários: volume I: problemas gerais*. Coimbra: Coimbra Ed., 1998, p._-_.

_____. A dignidade penal e a carência de tutela penal como referências de uma doutrina teleológico-racional do crime. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal.* Ano 2. Fasc. 2. Abril-Junho/ 1992. Director: Jorge de Figueiredo Dias. Editorial Notícias.

COSTA, José de Faria (Coord.). *Temas de Direito Penal Económico.*Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

_____. *Direito Penal Económico.* Coimbra: Quarteto, 2003.

_____. *Noções Fundamentais de Direito Penal (Fragmenta iuris poenalis).* 2.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

_____; SILVA, Marco Antonio. (Coords.). *Direito Penal Especial, Processual Penal e Direitos Fundamentais:* Visão Luso- Brasileira. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

COUTINHO, Ronaldo. Mercado Cultural e Proteção Jurídica do Patrimônio Cultural Urbano. *In:* AHMED, Flávio; COUTINHO, Ronaldo. *Patrimônio cultural e sua tutela jurídica.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CUESTA AGUADO, Mercedes de la. *Derecho penal económico*. Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo, 2003.

CUESTA, José Maria Luzón. *Compendio de Derecho Penal. Parte General*. Madrid: Dykinson, 2009.

CUEVA, Lorenzo Maria. *Derecho Penal. Parte General.* Madrid: Editorial Dykinson, 2008.

D'ÁVILA, Fábio Roberto. Direito Penal e Direito Sancionador. Sobre a identidade do direito penal em tempos de indiferença. *Revista Brasileira de Ciências Criminais,* n.60. São Paulo: RT, maio-junho/2006.

_____; SOUZA, Paulo Vinícius Spoleder (Coords.). *Direito Penal Secundário.* São Paulo: RT, 2006.

DE SANCTIS, Fausto Martin. *Combate à lavagem de dinheiro. Teoria e prática*. Campinas: Milennium, 2008.

DEL OLMO, Rosa. *A América Latina e sua Criminologia.* Rio de Janeiro: Revan, 2004.

DELMAS-MARTY, Mireille. Criminalisation et infractions financières, économiques et sociales. *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*. Paris, n.3, 1977.

DERRIDA, Jacques. *Força de Lei.* São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DIAS NETO, Theodomiro. *Segurança Urbana:* o modelo da nova prevenção. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

DIAS, Edna Cardoso. *Patrimônio Cultural*. Disponível em: <www.jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5605>. Acesso em: 11 out. 2009.

DIAS, Jorge de Figueiredo. O Direito Penal entre a "sociedade industrial" e a "sociedade do risco". *Revista do IBCCrim*. n.33, 2001.

_____. Para uma dogmática do direito penal secundário: contributo para a reforma do direito penal econômico e social português. *Separata de Direito e justiça*. Coimbra, v.4, 1990.

_____. Para uma dogmática do direito penal secundário. Um contributo para a reforma do direito penal económico e social português. *In*: PODVAL, Roberto (Org.). *Temas de direito penal econômico.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p._-_.

_____. Breves considerações sobre o fundamento, o sentido e a aplicação das penas em direito penal económico. *In:* PODVAL, Roberto (Org.). *Temas de direito penal econômico*. São Paulo: RT, 2000.

_____. *Questões Fundamentais de Direito Penal Revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____; COSTA ANDRADE, Manuel da. Problemática geral das infraçções contra a economia nacional. *In:* PODVAL, Roberto (Org.). *Temas de direito penal econômico*. São Paulo: RT, 2000.

DOLCINI, Emilio; PALIERO, Carlo Enrico. *O Direito Penal Bancário*. Curitiba: Juruá Editora LTDA., 1992.

DOTTI, René Ariel *et alli. Algumas Reflexões sobre o Direito Penal dos Negócios. Direito Penal dos Negócios. Crimes de Colarinho Branco.* São Paulo: AASP, 1989.

_____. O direito penal econômico e a proteção do consumidor. *Revista de Direito Penal e Criminologia*. Rio de Janeiro, n.33, 1982.

DWORKIN, Ronald. *O império do Direito.* Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

ELIAS, Norbert. *O Processo Civilizador. v.I. Uma História dos Costumes.* Rio de Janeiro:

Zahar, 1995.

ESPINAR, José Miguel Zulgadia. *Fundamentos de Derecho Penal. Las Teorias de La pena e de la ley penal.* Granada, 1991.

ESTÉVEZ, Juan María Rodríguez. *El derecho penal en la actividad econômica*. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2000.

ESTRELLA, Ángel Linares. *Um problema de la parte general del derecho penal econômico: El actuar em nombre de outro- Análisis del derecho penal español y cubano. Granada:* Comares Editorial, 2002.

FARIA COSTA, José Francisco de. Breves reflexões sobre o decreto-lei nº 207-B/75 e o direito penal econômico. *In: Direito penal econômico e europeu:* textos doutrinários: volume I: problemas gerais. Coimbra: Coimbra Ed., 1998.

_____. *Direito Penal Económico.* Coimbra: Ed. Quartetto, 2003.

_____. O fenômeno da globalização e o direito penal econômico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, v.9, n.34, 2001.

_____; COSTA ANDRADE, Manuel da. Sobre a concepção e os princípios do direito penal econômico: notas a propósito do colóquio preparatório da AIDP: Freiburg, setembro de 1982. *In:* PODVAL, Roberto (Org.). *Temas de direito penal econômico*. São Paulo: RT, 2000.

FAYET JÚNIOR, Ney. A criminalidade econômica e a política criminal: Os desafios da Contemporaneidade. *Revista de Estudos Criminais*, v.30. Porto Alegre: Editora Fonte do Direito.

FERNANDES, António Joaquim. *Regime Geral das Contra-Ordenações.* Lisboa: Ediforum, 2002.

FERNANDEZ-MAYORALAS, Sorya. Derecho Administrativo Sancionador y Derecho Penal: principios comunes. *In*: *Actualidad Penal. Publicacion semanal técnico-jurídica de derecho penal.* n.42, semana 9-15, Noviembre/1987.

FERRAJOLI, Luigi. *Derechos e Garantias.* La Ley del Más Débil. Madrid: Editorial Trota, 2004.

_____. A Pena em uma Sociedade Democrática*. In: Discursos Sediciosos Crime, Direito e Sociedade*. ano 7, n.12, 2º semestre/2002. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

_____. *Direito e Razão.* Teoria do Garantismo Penal. Tradução: Luiz Flávio Gomes et al. São Paulo: RT, 2002.

FERRARI, Eduardo Reale. A ilegitimidade da criminalização das condutas atentatórias ao meio ambiente. *In:* ANDRADE, Manuel da Costa; COSTA, José de Faria; RODRIGUES, Anabela Miranda; ANTUNES, Maria João. (Orgs.). Liber *Discipuloruim para Jorge de Figueiredo Dias.* Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. A legitimidade pragmática dos sistemas normativos. *In:* MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz (Orgs.). *Direito e Legitimidade.* São Paulo: Landy, 2008.

FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos *et alli. Fraude de Subvenciones Comunitárias y Corrupción.* Salamanca: Ediciones Universidad Salamanca, 2002.

FERRO, Ana Luíza. Sutherland – A Teoria da Associação Diferencial e o Crime de Colarinho Branco. *Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais.* Belho Horizonte, julho-dezembro/2008.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito Econômico*. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

FONSECA, Priscila M. P. Corrêa (Diretora). *Direito Penal dos Negócios:* Crime do Colarinho Branco. São Paulo: Associação dos Advogados, 1989.

FÖPPEL, Gamil. *A Função da Pena na Visão de Claus Roxin*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

FOUCAULT, Michel. *Análise Criminológica das Organizações Criminosas*: Da Inexistência à Impossibilidade de Conceituação e suas Repercussões no Ordenamento Jurídico Pátrio. Manifestação do Direito Penal do Inimigo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

_____. *Vigiar e punir:* história da violência nas prisões**.** 26.ed. Petrópolis: Vozes, 2002.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Alternativas da pena privativa da liberdade*. Disponível em: <http://fragoso.com.br/cgi-bin/heleno_artigos/arquivo52.pdf.>. Acesso em: 18 out. 2009.

_____. Alternativas da Pena Privativa de Liberdade. Ed.29. *Revista de Direito Penal.*

_____. Apontamentos sobre o conceito de crime no Direito Soviético. *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal.* Guanabara: Universidade do Estado da Guanabara.

_____. Direito penal econômico e direito penal dos negócios. *Revista de Direito Penal e Criminologia*. Rio de Janeiro, n.33, 1982.

FRAGOSO, Rodrigo. *Gestão temerária de Instituição Financeira*. Disponível em: <http://www.fragoso.com.br/cgi-bin/artigos/arquivo71.pdf>. Acesso em: 07 jan. 2010.

FRANCO. Alberto Silva. Globalização e Criminalidade dos Poderosos. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. ano 10, fasc. 2. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

FRANK, Reinhard Frank. *Sobre la Estrutura Del Concepto de Culpabilidad.* Buenos Aires: Ed. B de F, 2004.

FREITAG, Barbara. *A Teoria Crítica. Ontem e Hoje.* São Paulo: Brasiliense, 2004.

FREITAS, Ricardo de Brito. *Razões do Positivismo Penal no Brasil*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002.

_____. Ciências Criminais e Filosofia Política: as possibilidades de diálogo interdisciplinar. *Revista Brasileira de ciências criminais*, n. 63, São Paulo: RT, 2006.

FREUD, Sigmund. *Futuro de uma ilusão, o mal-estar na civilização e outros trabalhos.* Rio de Janeiro: Imago, 2006.

FREUDENTAL, Berthold. *Culpabilidad e Reproche em el Derecho Penal.* Buenos Aires: Ed. B de F, 2003.

GARCÍA, Olga Lucia Gaitán. Direito Penal Contemporâneo: da Tutela Penal a uma Lesão à Proteção de Riscos. *Discursos Sediciosos Crime, Direito e Sociedade*. Ano 7, n.12, 2. Semestre/2002. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

GARCIA, Rogério Maia. *A Sociedade do Risco e a (in)eficiência do Direito Penal na era da Globalização.* Disponível em: < http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas /arquivos/RISCO.pdf>. Acesso: 10 maio 2009.

GARZÓN VALDÉS, Ernesto. *El Concepto de Estabilidad de los Sistemas Políticos.* Madrid: CEC, 1987.

GEERTZ, Clifford. *A Interpretação das Culturas.* Rio de Janeiro: GEN/LTC, 2008.

GENNARI, Adilson Marques; OLIVEIRA, Roberson. *História do pensamento econômico.* São Paulo: Saraiva, 2009.

GOMES, Luiz Flávio. *Direito Penal na Era da Globalização.* São Paulo: RT, 2001.

_____. *Evolução da Teoria da Tipicidade Penal*. Disponível em: <http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20050606124155299>. Acesso em: 29 jan. 2010.

_____; BIANCHINI, Alice. *Direito Penal na Era da Globaliz*ação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. Prefácio feito à obra de CRISTIE, Nils. *A indústria do controle do crime:* a caminho dos gulags em estilo ocidental. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

GÓMEZ PAVÓN, Pilar. Cuestiones actuales del derecho penal económico: el principio de legalidad y las remisiones normativas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, v.12, n.48, 2004.

GOULD, Stephen Jay. *A falsa medida do homem.* São Paulo: Martins Fontes, 1999.

GOYARD-FABRE, Simone. *Os Princípios Filosóficos do Direito Político Moderno. São*

Paulo: Martins Fontes, 2002.

GRACIA MARTÍN, Luis. Nuevas perspectivas del derecho penal tributario: las funciones del tributo como bien jurídico. *Actualidad Penal*. Madrid, n.1, 1994.

GRANDE DICIONÁRIO HOUAISS DA LÍNGUA PORTUGUESA. Rio de Janeiro: Objetiva, 2008.

GRECO, Luiz *et alli. A Pena de Prisão à Luz da Moderna Política Criminal.* Texto Inédito.

GRISPIGNI, Filippo; MEZGER, Edmund. *La reforma penal nacional-socialista*. Buenos Aires: B de F, 2009.

GUIMARÃES, Cláudio Alberto Gabriel. *Funções da pena privativa de liberdade no sistema penal capitalista.* Rio de Janeiro: Revan, 2007.

GUIMARÃES, Natália Arruda. *A proteção do patrimônio cultutal: uma obrigação de todos.* Disponível em: < http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5372>. Acesso em: 11 out. 2009.

GULLO, Rodrigo Santiago Ferreira. *Direito Penal Econômico.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

HASSEMER, Winfried. Derecho Penal Simbólico y protección de Bienes Jurídicos. *In: Pena y Estado.* Santiago: Jurídica Conosur, 1995.

HASSEMER, Winfried. *Fundamentos del Derecho penal*. Tradução: Francisco Muñoz Conde y Luis Arroyo Zapatero. Barcelona: Bosch, 1984.

_____. *História das Idéias Penais na Alemanha do Pós-Guerra, seguido de A Segurança Pública no Estado de Direito*. Trad. port. Lisboa: AAFDL, 1995.

_____. *Introdução aos fundamentos do Direito Penal*. Tradução: Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005.

_____. Segurança Pública no Estado de Direito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: RT, ano 2, n.5.

_____. Limites del Estado de Derecho para el combate contra la criminalidad organizada - tesis y razones. *Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*, ano 6, n.11, jan-jun./1998.

_____. A preservação do meio ambiente através do direito penal. Conferência proferida no I Congresso Internacional de Direito do Ambiente, adaptada para publicação por Paulo de Sousa Mendes. *Lusíada – Rev. C. C. Direito* n. Especial, 1996.

_____. *Crítica al derecho penal de hoy – norma, interpretación, procedimiento. Limites de la prisión preventiva.* Tradução: Patrícia S.Ziffer. Buenos Aires: Ad-hoc, 1998.

_____. Desenvolvimentos Previsíveis na Dogmática do Direito Penal e na Política Criminal.

Revista de Estudos Criminais, n.29, 2008.

_____. *Três Temas de Direito Penal*. Porto Alegre: Fund. Escola Superior do Ministério Público,1993.

_____; CONDE, Francisco Muñoz. *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*. Valencia: Tirant lo blanch, 1989.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Sales. *Grande dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

HUBERMAN, Leo. *História da Riqueza do Homem.* 21.ed. Rio de Janeiro: LTC, 1981.

HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. *Penas Perdidas:* o sistema penal em questão. Tradução: Maria Lúcia Karam. Niterói: Luam, 1993.

_____; _____. *Penas Perdidas*. Rio de Janeiro: Luam, 1999.

HUNT & SHERMAN. *História do pensamento econômico.* Petrópolis, R.J: Vozes, 2008.

HUNT, E. K. *História do pensamento econômico.* Rio de Janeiro: Campus, 2005.

HUNTINGTON, Samuel. *O Choque de Civilizações e a Recomposição da Ordem Mundial.* Rio de Janeiro: Objetiva, 1997.

INSTITUTO DE DIREITO PENAL ECONÓMICO E EUROPEU E FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA. *Direito Penal Económico e Europeu:* Textos Doutrinários, Problemas Gerais. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, v.I.

_____. *Direito Penal Económico e Europeu:* Textos Doutrinários Problemas Especiais. Coimbra: Coimbra Editora,1999, v.II.

_____. *Direito Penal Económico e Europeu:* Textos Doutrinários. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, v.III.

JAKOBS, Gunther. *La ciencia del derecho penal ante las exigencias del presente*. Bogotá: Universidad Externato de Colombia, 2000.

JAKOBS, Gunther. *Tratado de Direito Penal:* Teoria do Injusto Penal e Culpabilidade. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

_____. *Tratado de Direito Penal. Teoria do Injusto Penal e Culpabilidade.* Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

_____; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho Penal Del Enemigo.* Madri: Civitas Ediciones, 2003.

_____; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Direito Penal no inimigo:* noções e críticas. Org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

JARDIM, Afrânio Silva. Direito Processual Penal. Um Século. *Revista Forense Comemorativa100 anos.* Rio de Janeiro, 2006.

KALACHE, Maurício. Direito Penal Econômico. *In:* PRADO, Luiz Regis. *Direito Penal Contemporâneo. Estudos em Homenagem ao Professor José Cerezo Mir.* São Paulo: RT, 2007.

KANT, Immanuel. *Critica da Razão Pura*. Tradução: Lucimar A. Anselmi e Fúlvio Lubisco. São Paulo: Martin Claret, 2009.

_____. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros escritos*. Tradução: Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2002.

_____. *Realidade e Existência. Lições de Metafísica*. Tradução: Adaury Fiorotti. São Paulo: Paulus, 2002.

KAPPELER, Camila. *Histórico da Propriedade Intelectual.* Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2113/Historico-da-Propriedade-Intelectual>. Acesso em: 03 out. 2009.

KARAM, Maria Lúcia. *De Crimes, Penas e Fantasias.* 2.ed. São Paulo: Luam, 1993.

KINDHÄUSER, Urs Konrad. *Acerca de la legitimidad de los delitos de peligro abstrato. In: Hacia um Derecho Penal Económico Europeo.* Jornadas en Honor Del Profesor Klaus Tiedemann. Madrid: Boletín del Estado,1995.

KOENIG, Samuel. *Elementos de Sociologia*. 2.ed. Tradução: Vera Borda. Revisão Técnica de Régina Lúcia F. de Moraes. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1985.

KREBS, Magdalena; SCHMIDT-HEBBEL, Klaus. *Patrimonio Cultural:* Aspectos Económicos Y Políticas De Protección. Disponível em: <espanol.geocities.com/kolodion/patri_asp_econom.pdf>. Acesso em: 18 out. 2009.

KUPER, Adam. *Cultura:* A Visão dos Antropólogos. Bauru, SP: EDUSC, 2002.

LAFER, Celso. *Hannah Arendt:* pensamento, persuasão e poder. São Paulo: Paz e Terra, 2003.

LARA, Pedro Ángel Rubio. *Parte Especial de Derecho Penal Económico Español:* Uma aproximación AL estado de la cuestión em la Doctrina y Jurisprudencia españolas. Madrid: Dykinson, 2006.

LARAIA, Roque de Barros. *Cultura:* Um Conceito Antropológico. Rio de Janeiro: Zahar, 2009.

LESCH, Heiko Hartmut. *Injusto y Culpabilidad en Derecho Penal.* Traducción: Ramón Rodrigues. Bogotá: Universidad Externato de Colombia, 2001.

LÉVI- STRAUSS, Claude. *Antropologia Estrutural.* São Paulo: Cosac Naify, 2008.

LIMA, Solang Ugalde de. *A propriedade intelectual no campo da biotecnologia moderna e o alcance da tutela juridica no Brasil.* Disponível em: <http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/manaus/propried_intelectual_solange_ugalde_de_lima.pdf>. Acesso em: 03 out. 2009.

LOPES JR., Aury. (Des)Velando o Risco e o Tempo no Processo Penal. *In: A qualidade do Tempo: para além das aparências históricas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

LOSANO, Mario G. Losano; CONDE, Francisco Muñoz (Coords.). *El Derecho Ante La Globalización y El Terrorismo. Cedant Arma Togae. Actas Del Coloquio Internacional Humbolt, Montevideo abril 2003.*Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.

LOUSADA, Castro; RODRIGUES, Lopes. A Contabilização do Direito Rela de Habitação periódica e o Abuso de Direito em Matéria Fiscal. *Anotação ao Ac.TCA, n*.140/2003, de 3 maio/2003.*Verbo Jurídico,* Maio, 2004.

LUISI, Luiz. A Criminalidade dos Colarinhos. Collar Criminality. Direito e Democracia. *Revista de Ciências Jurídicas – ULBRA.* v.4, n.2, 2003.

_____. *Os princípios constitucionais penais.* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

_____. Um Direito Penal do Inimigo: O Direito Penal Soviético. *In: Direito Penal em Tempos de Crise.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

LUMBRALES, Nuno B.M. *Sobre o Conceito Material de Contra-Ordenação*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2006.

LUNA, Eleonora de Souza. *O Direito Penal Econômico e os Crimes Contra a Propriedade Industrial.* São Paulo: Justitia, 1984.

_____. *O Direito Penal Econômico e os Crimes contra a propriedade industrial.* Disponível em: <http://www.justitia.com.br/revistas/z185c4.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2010.

LUNA, Everardo. *Capítulos de Direito Penal. Parte Geral: com observações à nova Parte geral do Código penal*. São Paulo: Saraiva, 1985.

LUNZ, Julieta Lídia M. Cunha. *Os delitos Economicos-Financeiros e as Causas de Exclusão da Ilicitude ou da Culpa*. Lisboa: Universidade de Lisboa, Faculdade de Direito, 1999.

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

_____. Direito penal financeiro - estelionato - Falsidade ideológica. *Revista de Direito Penal*. São Paulo, n.5, 1972.

MAGALHÃES FILHO, Francisco de B. B. de. *História econômica.* 12.ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

MAGGIORE, Giuseppe. *Derecho Penal.* v.I. Bogotá: Editorial Temis, 1971.

MAIA, Carlos Rodolfo Fonseca Tigre. *Tutela Penal da Ordem Econômica:* O crime de Formação de Cartel. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

MAÏLO, Alfonso Serrano. *Introdução à criminologia.* Tradução: Luis Régis Prado. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007.

MAMELUQUE, Maria da Glória Caxito. A subjetividade do encarcerado um desafio para a psicologia. *In: Psicologia, Ciência e profissão***.** Montes Claros: Faculdades Integradas Pitágoras de Montes Claros, 2006.

MARTIN, Adán Nieto. Américanisation ou Européanisation du Droit Pénal Économique*?*. *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*. Ocotbre-Decembre/2006, n.4.

MAURACH, Reinhart. *Tratado de Derecho Penal.* Barcelona: Ediciones Ariel, 1962.

MAYER, Max Ernst. *Normas jurídicas* ***y*** *normas de cultura*. Traducción: José Luis Guzman Dálbora. Buenos Aires: Hammurabi, 2000.

_____. *Derecho Penal. Parte General.* Buenos Aires/Montevidéu: B de F, 2007.

MELLO, Dirceu de. *Aspectos Penais do Cheque*. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 1976.

MELOSSI, Dario. *El Estado Del Control Social.* Madrid: Siglo veintiuno de espana editores,

1992.

MENDES, Paulo Souza. *Vale a pena o direito penal do ambiente?* Lisboa: AAFDL, 2000.

MESTIERI, João. *Manual de Direito Penal*. Parte geral. v.I. Rio de Janeiro: Ed Forense, 1982

_____. Direito penal econômico. *Revista de Direito Penal e Criminologia*. Rio de Janeiro, n. 33, 1982.

MIR, José Cerezo. *Derecho penal- Parte General* (Obras completas). São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007.

MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal – Parte General.* Buenos Aires: IBdeF editorial, 2005.

MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. *Tutela do Patrimônio Cultural Brasileiro.* Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

MOLINA, Antônio Garcia-Pablos; GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

MONCADA, Luís S. Cabral. *Direito Económico.* 5.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

MONTE, Mário Ferreira. *Da Legitimidade do Direito Penal Tributário.* Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

_____; CALHEIROS, Maria Clara; MONTEIRO, Fernando Conde; LOUREIRO, Flávia Noversa Loureiro. *Que Futuro para o Direito Processual Penal?* Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

MONTRAVETA, Sergi Cardenal. *El tipo penal em Beling y los neokantianos.* Barcelona, PPU, 2002, p. 287-288. Disponível em: <http://repositorio.bce.unb.br/bitstream/10482/2671/1/2007_FabioCosta Mora isdeSaeSilva.pdf>. Acesso em: 27 de set. 2010.

MORAES, Carlos Otaviano Brenner de. *Inexigibilidade de conduta diversa. Natureza: causa supralegal de exclusão da culpabilidade.* **Jus Navigandi,** Teresina, ano 4, n. 42, jun. 2000.

MORAES, Maurício Zanóide. O Problema da Tipicidade nos Crimes contra as Relações de Consumo. *In*: SALOMÃO, Heloísa Estelita (Coord.). *Direito Penal Empresarial.* São Paulo: Dialética, 2001.

MOREIRA, Luiz. *Fundamentação do Direito em Habermas.* Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *De nuevo sobre el Derecho penal Del enemigo*. 1.ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2005.

_____. Delinquencia econômica: Estado de La questión y propuestas de Reforma. In: *Hacia um Derecho Penal Económico Europeo.* Jornadas en Honor Del Profesor Klaus Tiedemann. Madrid: Boletín del Estado, 1995.

NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica.* São Paulo: Martins Fontes, 2007.

NIETO, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*. 4.ed. España: Tecnos, 2008.

NIETZSCHE, Friederich. *A genealogia da moral:* uma polêmica! São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

NOVOA MONREAL, Eduardo. Reflexões para a determinação e delimitação do delito econômico. *Revista de Direito Penal e Criminologia*. Rio de Janeiro, n.33, 1982.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

NUÑES, Elena Gorriz. Posibilidades y Limites del Derecho Penal de dos Velocidades. In: BASOCO, Juan Terradillos; SANCHÉZ, Maria Acalé (Coords.). *Temas de Derecho Penal Económico.* III Encontro Hispano Italiano de Derecho Penal Econômico. Madrid: Editorial Trota, 2004, p._-_.

NUÑEZ, Juan Antonio Martos. *Derecho Penal Económico*. Madrid: Editorial Montecorvo, 1987.

NUSDEO, Fábio. *Curso de Economia.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

OLIVEIRA, William Terra de. Algumas questões em torno do novo direito penal econômico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, v.3, n. 11, 1995.

ORDEIG, Enrique Gimbernat. *Conceito e Método da Ciência no Direito Penal*. Tradução: José Carlos Gobbu Pagliuca. São Paulo: RT, 2002.

_____. *O Futuro do Direito Penal.* v.13. Barueri-SP: Manole, 2004.

_____. *O futuro do direito penal:* (tem algum futuro a dogmática jurídico-penal?) Maurício Antônio Ribeiro Lopes. Barueri, SP: Manole, 2004 (Estudos de direito penal), v.13.

OSÓRIO. Fábio Medina. *Improbidade administrativa*. 2.ed. Porto Alegre: Síntese, 1998.

PALAZZO, Francesco C. *Valores Constitucionais do Direito Penal.* Porto Alegre: Sérgio

Antônio Fabris editor, 1989.

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

PALLÍN, José Antônio Martín. La Represión Penal de Las Actividades Económicas Irregulares: Especial referencia a lãs falseades contables y La administración desleal. *In:* TOURÓN, Cándido Conde Pumpido (Diretor). *Derecho Penal Económico*. Madrid: Coselho General Del Poder Judicial, 2003, v.II.

PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel. Los delitos de peligro como técnica de incriminación en el derecho penal económico: bases político-criminales. *Revista de Derecho Penal y Criminología*. Madrid, n.11, 2003.

PASSERIN D´ENTREVES, Alexandre. *Légalité et Légitimité.* Paris: PUF, 1967.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Lei de improbidade administrativa comentada*. São Paulo: Atlas, 2002.

PIEDECASAS, José Ramón Serrano; CRESPO, Eduardo Demetrio (Diretores). *Cuestiones Actuales de Derecho Penal Económico*. Madrid: Colex, 2008.

PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. *Eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais programáticas*. São Paulo: Max Limonad, 1999.

PIMENTEL, Manoel Pedro. *O Crime de Colarinho Branco*. Julgados do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo. São Paulo: Lex Editora, 1974.

_____. *Direito Penal Econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974.

PINHEIRO JÚNIOR, Gilberto. *Crimes Econômicos. As Limitações do Direito Penal.* São Paulo: Edicamp, 2003.

PINHO, Ana Cláudia. *Direito Penal e Estado Democrático de Direito.* Uma abordagem a partir do Garantismo de Luigi Ferrajoli. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

PINTO, Tabajara Novazzi. *Direito Penal Econômico- Erros Técnicos na Legislação Vigente*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

POQUET, Alejandro. *Temas de Derecho Penal y Criminologia.* Buenos Aires: Ediar, 2005.

PRITTWITZ, Cornelius. O Direito Penal entre Direito Penal do Risco e Direito Penal do Inimigo: tendências atuais em direito penal e política criminal. *Revista do IBCCrim*. São

Paulo, n.47, mar-abr./2004.

_____. El Derecho Penal Alemán: Fragmentario? Subsidiario? Ultima Ratio? Reflexiones sobre la razón y limites de los principios limitadores del Derecho Penal. *In:* CASABONA, Carlos Maria Romeo (Coord.). *La insostenible situación del Derecho Penal.* Granada: Instituto de Ciências Criminales de Frankfurt, 2000.

QUEIROZ, Paulo. *Funções do Direito Penal:* legitimação *versus* deslegitimação do sistema penal. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

QUEIROZ, Paulo de Souza. *Do Caráter Subsidiário do Direito Penal. Lineamentos para um Direito Penal Mínimo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio. *Compendio de Derecho Penal. Tomo I. Adaptado al programa de Oposiciones de la Escuela Judicial.* Madrid: Editora Revista de Derecho Privado, 1958.

_____. *Funções do Direito Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

RAMIDOFF, Mário Luiz. *Política Criminal:* legitimidade versus legalidade. Disponível em: <http://www.parana-online.com.br/canal/direito-e-justica/news/257809/?noticia=POLITICA+CRIMINAL+LEGITIMIDADE+VERSUS+LEGALIDADE>. Acesso em: 13 jan. 2009.

RAMÍREZ, Juan Bustos. Perspectivas atuais do Direito Penal Econômico. *Fascículos de Ciências Penais*, ano 4, v.4, n.2, 1991. Porto Alegre: SAFE.

REALE JR., Miguel. Despenalização no direito penal econômico: uma terceira via entre o crime e a infração administrativa? *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, v.7, n.28, 1999.

_____. *Antijuridicidade Concreta*. São Paulo: José Bushatsky, 1974.

_____. Concorrência desleal e interesse difuso no direito brasileiro. *Revista de Direito Penal e Criminologia*. Rio de Janeiro, n.33, 1982.

_____. Crime organizado e crime econômico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, ano IV, n.13, 1996.

REALE, Miguel. *Cinco Temas do Culturalismo.* São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. *Paradigmas da Cultura Contemporânea.* São Paulo: Saraiva, 2005.

REIG, Javier Boix (Diretor); GARCÍA, Paz Lloria (Coord.). *Diccionario de Derecho Penal Económico*. 1.ed. Madrid: Iustel, 2008.

RESTUCCIA, Dardo Preza; ADRIASOLA, Gabriel; PALERMO, Pablo Galain. *Delitos Económicos.* Buenos Aires: Editorial B de f, 2004.

REZENDE, Cyro. *História Econômica Geral.* São Paulo: Contexto, 2005.

RIGHI, Esteban. *Derecho penal económico comparado*. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1991.

_____. *Los Delitos Económicos*. Buenos Aires: Ad Hoc, 2000.

RINCONES, J. Martinez. *Sociedad y Derecho Penal en Cuba.* Capítulo Criminológico 11/12. Faculdad de Derecho Universidad del Zulia. Maracaibo/Venezuela, 1983-1984.

RIPOLLÉS, José Luis Díez. O direito penal simbólico e os efeitos da pena. *Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais.* Direção: Juarez Tavares, Luis Regis Prado e Miguel Reale Júnior. São Paulo: Revista dos Tribunais, Ano 1, 2004.

RODRIGUES, Anabela Miranda. *A determinação da Medida da Pena Privativa de Liberdade. Os Critérios de Culpa e da Prevenção.* Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

RODRIGUES, Carlos Augusto. O Crime Continuado no Crime de Abuso de Confiança Fiscal no Caso do Iva. *Verbo Jurídico,* Maio, 2008.

RODRIGUES, Francisco Luciano Lima. *A Propriedade dos Bens Culturais no Estado Democrático de Direito*. Fortaleza: Universidade de Fortaleza, 2008.

RODRÍGUEZ, Laura Zuñiga. Relaciones entre derecho penal y derecho administrativo sancionador ¿Hacia una 'administrativización' del derecho penal o una 'penalización' del derecho administrativo sancionador? *In:* MARTIN, Adán Nieto. (Coord.). *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos.* In memorian. v.I. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha; Ediciones Universidad Salamanca, 2001.

ROJAS SALAS, Manuel. La criminalidad empresarial. *Ciencias Penales: revista de la Asociación de las Ciencias Penales de Costa Rica*. San José, v.10, n.15, 1998.

ROMERA, Oscar E. Los cometidos del derecho penal económico y sus núcleos problemáticos. *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*. Buenos Aires, n.1, 2004.

ROSSETTI, José Paschoal. *Introdução à Economia.* 13.ed. São Paulo: Editora Atlas, 1988.

ROXIN, Claus. *A Proteção de Bens Jurídicos como Função do Direito Penal*. Organização e Tradução André Luis Callegari, Nereu José Giacomolli. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2006.

_____. *Derecho penal:* parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de La teoria Del delito. Madrid: Civitas, 2001.

_____. *Derecho Penal:* Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoria del delito. Madrid: Civitas, 1997.

_____. *Estudos de Direito Penal*. Tradução: Luís Greco. São Paulo: Renovar, 2006.

_____. *Política Criminal e Sistema Jurídico Penal.* Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. *Problemas fundamentais de Direito Penal*. Lisboa: Vega, 1986.

SÁ, Alvino Augusto; SHECAIRA, Sérgio Salomão (Orgs.). *Criminologia e os Problemas da Atualidade.* São Paulo: Atlas S.A., 2008.

SALES, Sheila Jorge Selim de. *Escritos de Direito Penal*. 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

SANCHES, Sydney Limeira. *O Patrimônio Cultural Imaterial e a Propriedade Intelectual- Harmonia ou Conflito de Interesses*. Disponível em: <http://virtualbib.fgv.br/dspace/handle/10438/2177>. Acesso em: 24/09/2009.

_____. *O Patrimönio Cultural Imaterial e a Propriedade Intelectual. Harmonia ou Conflito de Interesses*. Disponível em: <http://www.cpdoc.fgv.br/cursos/bensculturais/teses/CPDOC2008SydneyLimeiraSanchespd> Acesso em: 17 out. 2009.

SÁNCHEZ, Bernado Feijoo. *Cuestiones actuales de Derecho Penal Económico*. Buenos Aires: Editorial B de f, 2009.

SÁNCHEZ, Jesús Maria Silva. *Aproximación ao Derecho Penal Contemporâneo.* Barcelona: José Maria Bosch, 1992.

_____ (Diretor). *¿ Libertad econômica o fraudes punibles?: Riesos penalmente relevantes e irrelevantes en La actividade econômico-empresarial*. Madrid: Marcial Pons, 2003.

_____. *Libertad económica o fraudes punibles*. Madrid: Marcial Pons, 2003.

_____. *Responsabilidad penal de las empresas y de sus órganos en Derecho Español* en: Fundamentos de un sistema europeo del Derecho Penal. Barcelona: Bosch, 1995.

_____. Prólogo à la 2.a. Edición Española. In: CASABONA, Carlos Maria Romeo (Coord.). *La insostenible situación del Derecho Penal.* Granada: Instituto de Ciências Criminales de Frankfurt, 2000.

_____. *Tiempos de Derecho Penal.* Buenos Aires: B de F, 2009.

_____. *Eficiência e Direito Penal.* Barueri: Manole, 2004.

_____. *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindunstriales.* Madrid: Cuadernos Civitas, 1999.

_____. La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. Madrid: Cuadernos Civitas, 2001.

SANGUINÉ, Odone. Função Simbólica da Pena. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. Coimbra: Aequitas – Editorial Notícias, 1995.

SANTOS, Cláudia Mª Cruz. *O Crime de Colarinho Branco:* Da Origem do Conceito e sua Relevância Criminologica á Questão da Desigualdade na Administração da Justiça Penal. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

SANTOS, Gérson Pereira dos. *Direito Penal Econômico.* São Paulo: Saraiva, 1981.

SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito penal econômico. *Revista de Direito Penal e Criminologia*. Rio de Janeiro, n. 33, 1982.

_____. Política Criminal: Realidades e Ilusões do Discurso Pena. *Discursos Sediciosos Crime, Direito e Sociedade*. ano 7, n.12, 2. semestre de 2002. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

_____. *A criminologia Radical.* 2ª ed, Rio de Janeiro, Lumen Juris/ICPC, 2006

_____. *A moderna teoria do fato punível.* Rio de Janeiro: Freitas bastos, 2000.

_____. Criminologia e Política Criminal. *In:* BITTAR, Walter Barbosa. *A Criminologia no*

Século XXI. Rio de Janeiro: Lumens Júris, 2007.

_____. *Direito Penal. Parte Geral.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____. *Direito Penal. Parte Geral*. Curitiba: ICPC; Lumen Júris, 2006.

SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. A Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica. *In:* Gomes, Luiz Flávio (Coord.). *Coleção Temas Atuais de Direito Criminal – Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica e Medidas Provisórias e Direito Penal*. v.2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

SANTOS, Maurício Macêdo; SÊGA,Viviane Amaral. *Sobrevivencia do Principio da Insignificância Diante das Disposições da Lei 9099.* Disponível em: <www.buscalegis.ccj.ufsc.br>. Acesso em: 29 dez. 2010.

SANTOS, Milton. *Por uma outra globalização - do pensamento único à consciência universal.* São Pauto: Record, 2000.

SCHEERER, Sebastian. Prólogo feito à obra de QUEIROZ, Paulo. *Do caráter Subsidiário do Direito Penal*. *Lineamentos para um Direito Penal Mínimo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

SCHMIDT, Andrei Zenkner. *O método do direito penal sob uma perspectiva interdisciplinar.* Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

_____. O papel da Criminologia na Ciência Penal Contemporânea. *In:* BITTAR, Walter (Coord.). *A criminologia no século XXI.* Rio de Janeiro: Lumen Juris/IBCCRIM, 2007.

SCHMITT, Carl. *Legalidade e Legitimidade.* Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SCHÜNEMANN, Bernard. *Temas actuales y permanentes del derecho penal después del milenio*. Madrid: Tecnos, 2002.

_____. Ofrece la reforma del Derecho penal econômico alemán um modelo o um escarmiento? I*n: Temas Actuales y Permanentes del Derecho Penal después del milenio.* Madrid, Editorial Tecnos, 2002.

SICA, Leonardo. *Direito Penal de Emergência e Alternativas à Prisão*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

SIEBER. Ulrich. Limites do Direito Penal: Princípios e Desafios do Novo Programa de Pesquisa em Direito Penal no Instituto Max-Planck de Direito Penal Estrangeiro e Internacional. 3.ed. São Paulo. *Cadernos Direito GV,* Maio/2008, v.V.

SILVA, Ângelo Roberto. *Dos Crimes de Perigo Abstrato em Face da Constituição.* São Paulo: RT, 2003.

SILVA, César Augusto Silva da. *O Direito Econômico na perspectiva da globalização:* análise das reformas constitucionais e da legislação ordinária pertinente. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

SILVA, Evandro Lins e. De Beccaria a Fillipo Gramatica. *In: Sistema Penal para o Terceiro Milênio: Colóquios em homenagem a Marc Ancel.* Rio de Janeiro: Revan, 1991.

SILVA, Luciano Nascimento. *Critérios Constitucionais de Fundamentação para uma Organização Internacional do Direito Penal Econômico (A teoria da Definição das Estruturas Clássicas do Direito Penal em seu novo perfil e dos Valores Constitucionais na Proteção dos Bens Jurídicos Superindividuais).* Disponível em: <www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em: 28 dez. 2010.

SILVA, Marco Antonio Marques da. Globalização e Direito Penal Econômico. *In:* COSTA, José de Faria Costa; SILVA, Marco Antonio Marques da Silva (Coords.). *Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais. Visão Luso-Brasileira*. São Paulo: Quartier Latin.

SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. *Leis Penais em Branco e o Direito Penal do Risco.* Aspectos Críticos e Fundamentais. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. Aspectos Críticos do Direito Penal na Sociedade do Risco. *Revista do IBCCrim*. n. 46, 2004.

SILVEIRA, Renato Mello Jorge. *Direito Penal Supra-individual*: Interesses Difusos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. *Direito Penal Econômico como Direito Penal de Perigo.* São Paulo: RT, 2006.

SIMÕES, Pedro Coelho. A Supra-Individualidade como factor de superação da razão moderna. *In:* COSTA, José de Faria (Coord.). *Temas de Direito Penal Económico.* Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

SMITH, Adam. *A Riqueza das nações – investigação sobre sua natureza e suas causas.* Tradução: Luiz João Baraúna, pertencente à coleção Os Economistas. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1996.

SOLER, Sebastian. *Derecho penal argentino*. Tomo I. Buenos Aires: Editora Argentina, 1951.

SOTOMAYOR, Lucía Alarcón. *El Procedimiento Administrativo Sancionador y los Derechos Fundamentales.* Pamplona: Civitas, Ed. Arazandi, 2007.

SOUZA, Luciano Anderson de. *Expansão do Direito Penal e Globalização.* São Paulo:

Quartier Latin do Brasil, 2007.

SOUZA MENDES, Paulo. *Vale a pena o direito penal do ambiente?* Lisboa: AAFDL, 2000.

SOUZA, Sérgio Ricardo de. *Controle Judicial dos Limites Constitucionais à Liberdade de Imprensa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

STF. HC 86294/SP, 2ª Turma, Rel.Min. Gilmar Mendes, DJ 03.02.2006. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 24/09/2009.

_____. HC 89105/PE, 2ª Turma, Min. Rel. Gilmar Mendes, DJ 06/11/2006. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 24/09/2009.

_____. HC 87768/RJ, 2ª Turma, Rel. Min. Eros Grau, DJ 27.10.2006. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 24/09/2009.

STJ. REsp 881423 / RJ, 5ª Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJ 23.04.2007. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 24/09/2009.

_____. REsp 327738 / RJ, 5ª Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJ 22.08.2005. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 24/09/2009.

STREK, Lenio Luiz (Org.). *Direito Penal em Tempos de Crise.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SUTHERLAND, Edwin. *White Collar Crime.* Yale University, 1983.

_____. Crime and Bussines. *The Annals of American Academy of Political and Social Science.* 1941.

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

TAVARES, Juarez. *Teoria do Injusto Penal.* 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

TELLA, María José Falcón; TELLA, Fernando Falcón. *Fundamento e finalidade da sanção:* existe um direito de castigar? Tradução: Cláudia de Miranda Avena. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

TELSER, Lester G. *Genesis of the Sherman Act*. Disponível em: <http://research.chicagogsb.edu/economy/research/articles/24.pdf>. Acesso em: 04 out. 2009.

TERRADILLOS BASOCO, Juan M. *Empresa y derecho penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2001.

THE COLUMBIA ENCYCLOPEDIA. Clayton Antitrust Act. 6.ed. 2008. 12 Oct. 2009. Disponível em: <http://www.encyclopedia.com>. Acesso em: 12 out. 2009.

TIEDEMANN, Klaus. *El concepto de delito económico y de derecho penal económico. Nuevo pensamiento penal*. Buenos Aires, v.4, n. 5/8, 1975.

_____. El concepto de derecho económico, de derecho penal económico y de delito económico. *Cuadernos de Política Criminal*. Madrid, n. 28, 1986.

_____. *Lecciones de Derecho Penal Económico (Comunitario,espanõl, alemán)*.1.ed. Barcelona: PPU, SA, 1993.

_____. *Poder Económico y Delito.* Barcelona: Ariel, 1985.

_____. Presente y Futuro del Derecho Penal Económico. *In: Hacia um Derecho Penal Económico Europeo. Jornadas em honor Del Profesor Klaus Tiedemann.* Madrid: Boletín del Estado,1995.

_____. Responsabilidad penal de las personas jurídicas y empresas en el Derecho comparado. In: Gomes, Luiz Flávio (Coord.). *Coleção Temas Atuais de Direito Criminal – Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica e Medidas Provisórias e Direito Penal*. v.2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. *Derecho Penal y nuevas formas de criminalidad*. 2.ed. Tradução: Manuel Abanto Vásquez. Lima: Grijley, 2007.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal.* 5.ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

TOMILLO, Manuel Gómez. *Derecho Administrativo Sancionador. Parte General. Teoría General y Práctica Del Derecho Penal Administrativo*. Espana: Aranzadi, 2008.

TONETTO, Fernanda Figueira. *A inexigibilidade de conduta diversa como causa supralegal de exclusão da culpabilidade.* **Jus Navigandi**, Teresina, ano 6, n. 58, ago. 2002. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3163>. Acesso em: 09 jan. 2010.

TORON, Alberto Zacharias. Crimes de Colarinho Branco: Os Novos Perseguidos? São Paulo:

Revista Brasileira de Ciências Criminais, n.28, ano 7, outubro-dezembro/1999.

TORRES, Anamaria Campos. *Busca e Apreensão e o Devido Processo Legal*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

TRF1. ACR 1999.37.00.004084-2/MA, 4ª Turma, Rel. Des. Fed. Hilton Queiroz, DJ 16.03.2007. Disponível em www.trf1.gov.br. Acesso em 20/20/10.

_____. ACR 2000.38.02.001063-3/MG, 3ª Turma, Rel. Des. Fed. Tourinho Neto, DJ 13.10.2006. Disponível em www.trf1.gov.br. Acesso em 20/20/10.

_____. ACR 2002.38.00.032811-7/MG, 4ª Turma, Rel. Des. Fed. I'Talo Fioravanti Sabo Mendes, DJ 26.04.2006. Disponível em www.trf1.gov.br. Acesso em 20/20/10.

VALLEJO, Manuel Jaén. *Cuestiones Actuales Del Derecho Penal Económico.* 1.ed. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2004, v.I.

VÄSQUEZ, Manuel A. Abanto. El llamado Derecho Penal Del Enemigo. Especial referencia al Derecho Penal Económico. In: MELIÁ, Cancio; DIÉZ, Gomez-Jara. *Derecho Penal Del Enemigo. El Discurso Penal de la Exclusión*. Montevideo-Buenos Aires: Editorial B de F, 2006, v.1.

VELÁSQUEZ, Fernando. Globalización Y Derecho Penal. *In:* CONDE, Francisco Muñoz; LOSANO, Mario. *El Derecho Penal ante la Gobalización y El Terrorismo.* Valencia: Tirant Lo Blanc, 2004.

VELO, Joe Tennyson. *Criminologia Analítica:* Conceitos de Psicologia Analítica para uma Hipótese Etiológica em Criminologia. 2.ed. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2009.

VELOSO, Roberto Carvalho. *A inexigibilidade de conduta diversa como excludente da culpabilidade penal*. **Jus Navigandi,** Teresina, ano 4, n. 45, set. 2000. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=995>. Acesso em: 09 jan. 2010.

VILARDI, Celso Sanchez; PEREIRA,Flávia Rahal Bresser; DIAS NETO, Theodomiro (Coords.). *Direito Penal Econômico.* São Paulo: Saraiva, 2008.

WACQUANT, Loïc. *Punir os Pobres*: a Nova Gestão da Miséria nos Estados Unidos. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

WELZEL, Hans. *Derecho Penal – Parte General.* Traducción de Carlos Fontán Balestra.

Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956.

WERLE, Denilson L.; SOARES, Mauro V. Política e Direito: A questão da legitimidade do poder político no Estado Democrático de Direito. *In:* NOBRE, Marco; TERRA, Ricardo (Orgs.). *Direito e Democracia.* São Paulo: Malheiros, 2008.

WESSELS, Johannes. *Direito Penal. Parte Geral. Aspectos Fundamentais*. Porto Alegre: SAFE, 1976.

WEYNE, Gastão Rúbio de Sá. *Legitimidade das Leis. Um enfoque social.* São Paulo: Scortecci, 2005.

WIKIPÉDIA. Disponível em: < http://pt.wikipedia.org/wiki/Lei_Sherman_Antitruste>. Acesso em: 04 out. 2009.

WILLEMS, Emilio. *Elementos de História Geral de Economia.* Porto Alegre: Livraria do Globo, 1936.

WOLKNER, Antônio Calos. Pressupostos de Legitimação para se pensar a Justiça e o Pluralismo no Direito. *In:* MERLE, Jean- Christophe; MOREIRA, Luiz (Orgs.). *Direito e Legitimidade.* São Paulo: Landy, 2008.

WONNACOTT, Paul; WANNACOTT, Ronald. *Economia.* São Paulo: Pearson Education, 2004.

YACOBUCCI, Guillermo Jorge; GOMES, Luiz Flávio. *As Grandes Transformações do Direito Penal Tradicional.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

YOUNG, Jock. *A Sociedade Excludente*: Exclusão Social, Criminalidade e Diferença na Modernidade Recente. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. *La función reductora del derecho penal ante un estado de derecho amenazado (o la lógica del carnicero responsable).* Disponível em: <http://www.pensamientopenal.com.ar/16112009/doctrina04.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2010.

_____. *Manual de Direito Penal Brasileiro:* Parte Geral. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. *Tratado de Derecho Penal. Parte General. Tomo I*. Buenos Aires: Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera, 1998.

_____. *Tratado de Derecho Penal. Parte General. Tomo III*. Buenos Aires: Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera, 1999.

_____; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. v.1. Parte Geral. São Paulo: RT, 2007.