



Universidade do Estado do Rio de Janeiro
Centro de Ciências Sociais
Faculdade de Direito

Vlamir Costa Magalhães

A delinquência econômica na era do Direito Penal Constitucional: por uma reinterpretação do binômio tipicidade-pena à luz da Constituição de 1988.

Rio de Janeiro

2010

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

Vlamir Costa Magalhães

A delinquência econômica na era do Direito Penal Constitucional: por uma reinterpretação do binômio tipicidade-pena à luz da Constituição de 1988.

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, como requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito Penal.

Orientador: Professor Doutor Carlos Eduardo Adriano

Rio de Janeiro
2010

CATALOGAÇÃO NA FONTE
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

M188d Magalhães, Vlamir Costa.

A delinquência na era do direito penal constitucional: por uma reinterpretação do binômio tipicidade-pena à luz da constituição de 1988 / Vlamir Costa Magalhães. - 2010.

XX f.

Orientador: Carlos Eduardo Adriano Japiassú.

Dissertação (mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito.

1. Direito penal econômico - Teses. 2. Direito econômico - Teses. 3. Crime contra a administração pública – Teses. I. Japiassú, Carlos Eduardo Adriano. II. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 343.35

Vlamir Costa Magalhães

A delinquência econômica na era do Direito Penal Constitucional: por uma reinterpretação do binômio tipicidade-pena à luz da Constituição de 1988.

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, como requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito Penal.

Orientador: Professor Doutor Carlos Eduardo Adriano Japiassú

Aprovado em: _____

Banca examinadora:

Carlos Eduardo Adriano Japiassú
Professor Doutor da Faculdade de Direito da UERJ

Artur de Brito Gueiros Souza
Professor Doutor da Faculdade de Direito da UERJ

Pierpaolo Cruz Bottini
Professor Doutor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Rio de Janeiro
2010

A Deus, Senhor do meu caminho, verdadeiro e único dono da minha vida.

Não tenho metas ou objetivos a alcançar.
Tenho princípios e, na companhia deles,
nem me pergunto aonde vou chegar.

Carlos Ayres Brito

AGRADECIMENTOS

A construção desta pesquisa não é e não pode ser vista como fruto de esforço individual. A chegada até aqui somente se tornou possível pela imprescindível colaboração de pessoas às quais sou e serei eternamente grato.

Antes de tudo, agradeço a Deus que, com sua bondade infinita, tem me abençoado, orientado e protegido no cumprimento das missões a mim conferidas.

À minha família, pelos ensinamentos de dignidade, honradez e firmeza de caráter, verdadeiras bases de tudo o mais que se pode aprender nesta vida. Em especial, à minha mãe Iara, cuja simplicidade e ternura no agir somente realçam a força desta pequena-grande mulher. Às minhas saudosas avós Neiva, Zilda e Maninha que, de algum lugar, certamente presenciam e estão felizes por este feito.

Ao colega e amigo Flávio Oliveira Lucas, o qual não chamo de Mestre à toa. É meu exemplo (inalcançável, mas presente) na tentativa de me tornar um profissional e, principalmente, um ser humano melhor. Ao meu orientador, professor e amigo Carlos Eduardo Adriano Japiassú, pelas palavras sempre sábias que me serviram de luz nos momentos decisivos desta caminhada.

Aos colegas magistrados federais, em especial à Ana Paula Vieira de Carvalho, Marcelo Leonardo Tavares e Valéria Caldi Magalhães, que me auxiliam cotidianamente com sua vasta experiência e elevada estatura moral e intelectual. Aos servidores da 4ª Vara Federal Criminal/RJ, cujo significativo esforço tem me permitido a saudável conjugação das atividades judicantes e acadêmicas.

RESUMO

MAGALHÃES, Vlamir Costa. *A delinquência econômica na era do Direito Penal Constitucional*: por uma reinterpretação do binômio tipicidade-pena à luz da Constituição de 1988. 167 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010.

O estudo analisa alguns dos aspectos mais relevantes do fenômeno da intervenção do Estado no campo econômico-social, em especial, no que diz respeito ao Direito Penal como instrumento de tutela dos interesses e valores socialmente prezados e consagrados constitucionalmente neste campo. Para tanto, foi abordado o histórico fático e normativo do ordenamento constitucional econômico-social como objeto do Direito Econômico e do Direito Penal Econômico. A partir daí, são delineadas as características e principais peculiaridades da delinquência econômica moderna, bem como apurada sua flagrante repercussão na atualidade. Tais fatores demandam a adaptação do Direito Penal por meio da revisão de alguns de seus dogmas. Por fim, são tecidas propostas de reformulação do pensamento tradicional acerca da estrutura típica e das sanções aplicáveis aos crimes praticados em face da ordem econômico-social.

Palavras-chave: Direito Penal Econômico. Direito Econômico. Ordem econômico-social. delinquência econômica.

ABSTRACT

The study examine some of the most important aspects of the phenomenon of state intervention in the economic and social area, particularly, with regard to criminal law as an instrument of protection of social interests and values cherished and constitutionally enshrined in this field. For this, was addressed the factual and legislative history of the constitutional economic-social as the object of Economic Law and Economic Criminal Law. From there, outlining the main characteristics and peculiarities of modern economic crime, and found their striking effect today. These factors require the adaptation of the Criminal Law by reviewing some of its dogmas. Finally, are woven proposals to recast the traditional thinking about the typical structure and penalties for crimes committed in the face of economic and social order.

Keywords: Economic Criminal Law. Economic Law. Economic and social order. Economic crime.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	12
1. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS, A ORDEM ECONÔMICA E O ESTADO.....	17
1.1. A evolução das gerações (dimensões) de direitos fundamentais.....	17
1.2. A ordem econômica e conceitos correlatos.....	21
1.3. Os modelos de Estado no século XX: a ordem econômica no cenário constitucional.....	25
2. O FUNDAMENTO DA TUTELA PENAL DA ORDEM ECONÔMICA.	35
2.1. A teoria do bem jurídico e o Direito Penal Econômico.....	35
2.2. Filtragem constitucional e Direito Penal.....	44
2.3. O Direito Penal Constitucional.....	48
2.4. As diretivas do legislador na era do Direito Penal Constitucional....	53
3. CONTEÚDO, HISTÓRICO E RELEVÂNCIA DO DIREITO PENAL ECONÔMICO.....	66
3.1. Conceito e objeto.....	66
3.2. A evolução histórica.....	74
3.3. Críticas à tutela penal da ordem econômica.....	77
3.3.1. A Escola de Frankfurt e posturas adjacentes.....	77
3.3.2. O garantismo penal e o Direito Penal Econômico.....	82
3.4. A criminalidade econômica como expressão moderna da delinquência do colarinho branco.....	97
4. DISCUSSÕES E PROPOSTAS EM TORNO DO DIREITO PENAL ECONÔMICO.....	110
4.1. A localização normativo-topográfica do tema.....	110
4.2. Os crimes de perigo abstrato e a tutela penal da ordem econômica...	113
4.3. A sanção no Direito Penal Econômico: eficácia e adequação.....	122

4.3.1. O conteúdo das sanções no âmbito do Direito Penal Econômico.....	138
4.3.1.1. A pena de multa.....	138
4.3.1.2. A pena privativa de liberdade.....	140
4.3.1.3. A publicação da sentença como efeito da condenação.....	143
CONCLUSÃO.....	145
REFERÊNCIAS.....	150

INTRODUÇÃO

No início de setembro de 2009, em plena *Time Square*, no coração da cidade de Nova Iorque, um gigantesco painel luminoso de alta definição destacava-se em meio a dezenas de outros. Naquele reluzente *outdoor* digital de última geração havia uma inusitada referência à crise econômica mundial então vigente dizendo tratar-se da recessão de número 101 na História, com taxas negativas somente comparáveis às de outras 22 crises que ocorreram desde 1797. Em tom irônico, a sugestão conclusiva do moderno letreiro expressava o seguinte dizer: “*never mind*”. Ou seja, nunca se importe.

As causas da mais recente e de outras crises econômicas anteriores de âmbito planetário são permanentemente discutidas, muitas das vezes por décadas a fio. Contudo, não há dúvida de que há fatores de inegável recorrência que, desde sempre, figuraram no rol de motivos ensejadores dos colapsos mercadológicos já vivenciados pela humanidade, tais como: a extrema liberdade dos agentes privados; a falta de transparência das complexas operações de mercado e a ausência de limites éticos e jurídicos nos diversos setores da economia.

Resta aos Estados e aos respectivos agentes públicos legitimados decidirem pelo acolhimento do conselho publicitário acima mencionado ou pela atuação positiva. Neste último caso, a intervenção pode se dar não só por meio da fixação de regras e princípios a serem seguidos, mas também por via do estabelecimento de meios preventivos e repressivos adequados à observância destes. Desta forma, buscar-se-ia elidir a desestruturação da economia e seus nefastos efeitos.

Expurgados os excessos e paixões ideológicas que assolam o tema, o segundo caminho se mostra mais inteligente e até mesmo impositivo, sobretudo, nas circunstâncias dos dias atuais. Para trilhá-lo, no entanto, há que se abandonar definitivamente a postura conservadora de parcela da doutrina penalista de nosso país que insiste em enxergar o Direito Penal como um mero sistema de leis supremas, auto-suficientes e, mais que isso, imunes à influência dos demais ramos do ordenamento jurídico, em especial, o Direito Constitucional.

De fato, a consolidação do modelo dogmático-legalista de Direito Penal conduziu ao menosprezo pela força normativa da Constituição neste campo e, em consequência, à manutenção da racionalidade jurídica meramente formal e desprovida de coerência constitucional. Neste aspecto, ao contrário do que vem ocorrendo em outros ramos

do Direito, não se percebe um processo gradativo de constitucionalização das leis penais, mas sim a proliferação de interpretações jurídicas que buscam inserir na Carta Fundamental os valores coletados pela legislação penal. Esta inversão torna totalmente alheio ao Direito Penal o respeito à principiologia constitucional.

Com efeito, faz-se necessário e urgente que, de uma vez por todas, seja firmada a convicção de que: por detrás do ordenamento jurídico, existe um conjunto de circunstâncias históricas, políticas e sociológicas que não podem ser ignoradas; que acima do sistema normativo-punitivo, existe uma Constituição em vigor que condensa anseios e princípios democráticos de observância obrigatória que devem pautar a atuação do legislador e, por fim, que, à frente do Direito Penal, encontram-se diversos problemas concretos inerentes ao mundo moderno cuja solução eficaz demanda a utilização racional do sistema penal e o reconhecimento das duas primeiras premissas.

O Direito Penal sofre desde meados do século passado os reflexos da rápida transformação da sociedade globalizada e seus novos desafios, sendo chamado a enfrentar a criminalidade econômica e suas complexas características. De fato, o desenrolar do processo de globalização econômica mundial possui alguns traços que o tornam irreversível e crescente, tais como: a ampliação do comércio internacional; a íntima conexão dos mercados financeiros; a ininterrupta revolução dos meios tecnológicos de informação e comunicação; a exigência, universalmente imposta, de garantia dos direitos humanos; a eclosão de questões sociais como a pobreza mundial, a poluição ambiental e a necessidade de discussão do desenvolvimento sustentável, dentre outras.

Não é difícil perceber que, no mundo dito globalizado, cada vez mais veloz, conectado, interativo e fértil na produção de relações sociais (sobretudo, de cunho econômico), as oportunidades para produção de consequências universais (benéficas e maléficas) cresceram em proporções antes inimagináveis, gerando espaço propício à proliferação da criminalidade econômica e de seus métodos peculiares.

Noutro giro, a relação entre o universo jurídico e a economia é real e vigente desde os primórdios da vida terrena. Conforme expresso no conhecido brocardo *ubi societas ibi jus*, o Direito surge juntamente com a vida em sociedade, assim como a manipulação dos recursos naturais e da força de trabalho visando à satisfação das necessidades humanas. Assim, embora o surgimento do Estado, como entidade jurídica, somente tenha se dado

posteriormente, pode-se dizer que a influência recíproca entre Direito e Economia se perde no tempo. Atualmente, o modelo econômico de cada país é registrado e delineado a partir da Constituição, de acordo com as peculiaridades e necessidades de cada povo. Assim, a mencionada irradiação recíproca de efeitos entre a Economia e o Direito é especialmente notada por meio da análise da própria evolução constitucional do comportamento estatal no campo econômico.

A criminalidade econômica surge como tema de flagrante atualidade não só pela dimensão dos danos que ocasiona, mas por diversos outros fatores, tais como sua capacidade de adaptação e sobrevivência às mutações sociais e políticas, além da aptidão para criar defesas que, a todo tempo e por meios variados, frustram o combate que lhe é dirigido. Daí porque, assiste-se hoje à mobilização de enormes recursos para a prevenção e repressão da criminalidade econômica, reconhecida quase que mundialmente, ainda que de forma tardia, como um dos pontos nodais da moderna sociedade. Portanto, urge admitir que o problema trazido pela delinquência econômica moderna se coloca atualmente perante a sociedade brasileira e impõe resolução que não pode se dar ao luxo de prescindir do Direito Penal.

Mais do que em qualquer outra época, está em voga afirmar que o Direito Penal está em crise. Ao menos no campo do Direito Penal Econômico, os problemas relacionados à tal crise se apresentam etiologicamente muito mais ligados à omissão e desorganização do Poder Público – no aspecto normativo e executório – do que propriamente vinculados ao hiperativismo do Estado ou à hiperinflação de leis penais, bordões em voga entre penalistas pátrios e estrangeiros. A realidade latino-americana desenha um quadro sombrio que apresenta criminosos acima da lei, tornando, de fato, ilusória a igualdade proclamada nos documentos políticos. Já há algum tempo se sustenta que o Brasil vivencia um Direito Penal Econômico de ficção, onde os crimes praticados no mundo empresarial contra a ordem econômico-social conduzem a uma segura e tranquila impunidade, fomentada esta por um sistema legal inconsistente e defeituoso.

Portanto, já é passada a hora de se tomar a criminalidade econômica como ela verdadeiramente é, ou seja, uma ameaça séria capaz de minar os alicerces de qualquer sociedade organizada, sendo esta a razão pela qual inúmeras tentativas têm sido empreendidas no sentido de encontrar formas eficazes de luta contra este tipo de delinquência, o que tem se

tornado foco de preocupação das instâncias governamentais, judiciais e policiais de todos os Estados e organizações internacionais.

Vista a importância do tema, apresentam-se os seguintes questionamentos: há fundamento constitucional para a defesa da existência de um mandamento constitucional de criminalização em matéria econômica? Admitida a resposta positiva a esta primeira indagação, qual seria a melhor localização normativo-topográfica para a matéria? Seria recomendável a inserção de um novo capítulo ou título no vigente Código Penal ou a elaboração de uma lei específica? É constitucionalmente legítima a antecipação da tutela penal mediante a previsão de crimes de perigo abstrato no seio do Direito Penal Econômico? Com que limites e propósitos? Quais as sanções adequadas ao combate à criminalidade econômica?

Visando a responder estas questões, o estudo tem seu primeiro capítulo destinado à fixação de noções preliminares a partir da análise da evolução histórica das categorias de direitos fundamentais e seus conteúdos específicos em relação à demanda de prestação estatal. A seguir, são estabelecidos conceitos básicos ligados à ordem econômica e retratados os sucessivos modelos de atuação estatal na economia ao longo do século XX.

O segundo capítulo versará sobre o fundamento da tutela penal da ordem econômica no cenário jurídico contemporâneo, sendo tecidos comentários sobre a relação do Direito Penal Econômico para com aspectos atuais da teoria do bem jurídico. Será abordada também a necessidade de extensão do movimento de constitucionalização do Direito ao campo penal, o que faz surgir novos pontos de discussão sobre o sistema punitivo, tais como o emprego do mecanismo da filtragem constitucional no âmbito do Direito Penal e as importantes diretivas daí consequentes para o legislador no seio do que se denomina de Direito Penal Constitucional. Neste trecho, será relatada a essencialidade do princípio da proibição de proteção deficiente a direitos fundamentais como uma das faces do princípio da proporcionalidade, bem como sublinhada a marcada pertinência deste mandamento no combate à criminalidade econômica.

No terceiro capítulo, são estabelecidos o conceito e o objeto do Direito Penal Econômico, bem como traçados os principais dados de sua evolução histórica. Em seguida, são expostos e analisados os fundamentos das críticas à tutela penal da ordem econômica, em especial no tocante à postura da chamada Escola de Frankfurt e à teoria do garantismo penal.

No quarto capítulo, são apresentadas as propostas de solução para os principais questionamentos relativos ao hodierno Direito Penal Econômico. Neste aspecto, discorre-se sobre a definição do melhor enquadramento normativo da temática penal-econômica, além de ser abordada a legitimidade, os limites e propósitos da antecipação da tutela penal de bens jurídicos transindividuais por meio da previsão de crimes de perigo abstrato e a (in)adequação e (in)eficácia do rol de sanções penais previsto na legislação em vigor para a eficaz prevenção e repressão da delinquência econômica.

Por fim, são expostas as conclusões formuladas a partir deste estudo.

1. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS, A ORDEM ECONÔMICA E O ESTADO.

1.1. A evolução das gerações (dimensões) de direitos fundamentais.

No tocante à temática dos direitos fundamentais, o direito penal tem pelo menos dois pontos de contato dotados de suma relevância: (1) os instrumentos sancionatórios específicos do Direito Penal (penas e medidas de segurança) representam, em sua essência, a negação temporária ou, no mínimo, a severa restrição a direitos fundamentais, em especial, ao direito de liberdade e (2) o Direito Penal funciona, em última análise, também como ferramenta de proteção a direitos fundamentais da coletividade atingidos pelo comportamento criminoso. Deste quadro, extrai-se a conveniência da apreciação do progressivo processo de consagração das diversas categorias de direitos fundamentais e suas implicações na discussão de questões penais da atualidade.

É incontestável que o próprio surgimento do constitucionalismo¹ teve por pano de fundo a definição e o resguardo de direitos fundamentais² construídos, inicialmente, em sentido vertical, isto é, por meio da previsão de prerrogativas dos indivíduos em face do Estado. Sobre o assunto, é comum a menção ao artigo 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 que, textualmente, consagrava o seguinte: “*Toda sociedade, na*

¹ A trajetória longa e acidentada do movimento constitucional teve como marco inicial simbólico a experiência de Atenas, nos séculos V e VI a. C., seguida pela República de Roma. Com a formação do Império Romano, às vésperas do início da era cristã, o constitucionalismo desapareceu do mundo ocidental por mais de mil anos. Ao final da Idade Média, surge o Estado Absolutista, fundado na idéia de soberania do monarca, investido por direito divino. As revoluções liberais do século XVII e XVIII abriram caminho para o Estado Liberal e para o surgimento do constitucionalismo moderno, com destaque para as experiências inglesa, americana e francesa. O termo “constitucionalismo” é aqui empregado em seu sentido de limitação do poder e supremacia da lei. Neste sentido: BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 05 e 395.

² É o que se verifica desde a Magna Carta de 1215, célebre acordo firmado entre o Rei João Sem-Terra e os barões ingleses. Este documento histórico teve o mérito de inaugurar, em plena era absolutista, a série de sucessivas limitações impostas ao poder monárquico, o que viria a culminar mais tarde no movimento constitucional. Porém, ao contrário do que poderia transparecer à primeira vista, deve-se ressaltar que este ato normativo não teve conotação democrática, sendo, inclusive, redigido originalmente em latim e não em língua inglesa. Em verdade, tratou-se de uma espécie “contrato” ao qual o Rei João Sem-Terra se viu obrigado a aderir, dentre outras razões, pelo enfraquecimento financeiro ocasionado pelas campanhas bélicas nas quais se envolveu. Dentre suas disposições, as que talvez tenham maior importância sejam as cláusulas 12 e 14, que contêm a mais comentada origem expressa do princípio da legalidade, em seu viés tributário. COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 71/81

qual a garantia dos direitos não é assegurada nem a separação dos poderes determinada, não tem constituição”.

Como reflexo desta radical tendência de limitação dos poderes e alternativas estatais, as prerrogativas humanas fundamentais inicialmente estabelecidas, chamadas de direitos de primeira geração³, tiveram por característica a imposição de vedações ao Estado em prol da mais ampla liberdade individual possível, inclusive e especialmente, no âmbito econômico.

Cabe abrir parênteses para asseverar que tem fundamento a crítica dirigida pela doutrina pátria e estrangeira ao termo gerações, haja vista que o reconhecimento progressivo de novas categorias de direitos fundamentais guarda em seu âmago a natureza de um processo cumulativo, de complementação, e não de alternância ou exclusão como se poderia entender. De fato, a utilização da expressão gerações pode gerar a falsa noção de substituição gradativa de uma geração por outra, motivo que torna preferível a expressão dimensões de direitos fundamentais de forma a melhor espelhar a concomitância da existência e efetividade de todas as categorias de direitos fundamentais. Com efeito, isto serve para afastar o fundamento de teses que, inclusive no âmbito penal, buscam defender a prevalência de quaisquer das classes de direitos fundamentais.

O panorama começa a se alterar a partir da deflagração da crise do Estado Liberal ocorrida, sobretudo, após a primeira Guerra Mundial. Assim, paulatinamente, o Estado é chamado a adotar postura ativa quanto à efetivação de direitos fundamentais por meio da intervenção no meio econômico e social, seja regulando normativamente a atuação dos agentes econômicos privados, seja prestando diretamente serviços públicos e atividades em prol da coletividade. Esta mudança de comportamento por parte do Estado se dá com vistas à concretização da igualdade, não no sentido formal clássico, mas sim no sentido material, marca característica do *Welfare State* ou Estado do bem-estar social⁴. Por consequência, isto

³ A classificação dos direitos fundamentais em gerações de acordo com a ordem material-cronológica de sua manifestação no ordenamento constitucional é atribuída a Karel Vasak, conforme tese defendida pelo mesmo em aula inaugural do Curso do Instituto Internacional dos Direitos do Homem, proferida em Estrasburgo, em 1979. Tal classificação tem por base nítida o profético lema da Revolução Francesa sintetizado no trinômio: liberdade, igualdade e fraternidade. BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 17ª edição. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 563.

⁴ BINENBOJM, Gustavo. *Direitos Humanos e Justiça Social: as idéias de liberdade e igualdade no final do século XX*. In Legitimação dos Direitos Humanos. Org. Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 223/250.

acarretou a sensível majoração da amplitude do texto constitucional⁵, fazendo surgir os chamados direitos fundamentais de segunda geração ou dimensão⁶, tendo estes, como contrapartida, prestações e obrigações positivas do Estado.

Posteriormente, a emergência da preocupação com a qualidade de vida dos seres humanos e a proteção dos interesses das gerações futuras provocaram o surgimento dos chamados direitos fundamentais de terceira geração ou dimensão (direitos difusos ou de titularidade indeterminada), o que também fomentou a inflação das disposições constitucionais com a previsão de normas versando sobre valores que, simultaneamente, pertencem a todos os indivíduos e a ninguém individualmente (v.g.: preservação do meio ambiente, observância da ordem econômica, etc.).

A partir dessa linha evolutiva, percebe-se que o Estado desprende-se das amarras iniciais e sai da posição de inimigo ou adversário das prerrogativas do ser humano, passando a constituir instrumento imprescindível de sua concretização. Sendo assim, os direitos fundamentais não mais são exercidos contra o Estado, mas sim por meio dele⁷.

Como bem adverte a doutrina⁸, este novo dever de atuação não é cumprido apenas por meio da organização do poder, da criação de serviços, de oferecimento de condições de exercício de liberdades ou da concretização de políticas de melhoramento do ensino, do ambiente ou da saúde, embora também passe por tudo isto. Trata-se de dever que induz igualmente à exigência de proteção estatal dos bens e valores constitucionais face aos

⁵ FELDENS, Luciano. *A conformação constitucional do Direito Penal: realidades e perspectivas*. In *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Orgs. Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmiento. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2007, p. 831/856. Este autor retrata a aludida mudança do perfil constitucional, nos seguintes termos: “A Constituição, para além de cingir-se à articulação do poder (instituição, divisão, limitação e controle) e ao arrolamento de uma carta de direitos (civis), passa a contabilizar, de forma progressiva, normas envolventes da intervenção do estado nos setores econômico e social. Aprecia-se, também aqui, uma ampliação não apenas quantitativa dos direitos constitucionais (sociais), mas um câmbio qualitativo, do Estado abstencionista ao Estado Social e importa acentuar a incorporação constitucional de normas que estabelecem um dever de prestação normativa em matéria penal;”. Op. cit., p. 833.

⁶ No direito pátrio, o pioneirismo da crítica à referida imprecisão terminológica é atribuído a BONAVIDES (Curso de Direito Constitucional, op. cit., p. 525). No mesmo sentido: SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 3ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 50.

⁷ ANDRADE, Vieira de. *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*. 4ª edição. Coimbra: Almedina, 2008, p. 49/50.

⁸ Não é por outro motivo que o art. 9º da Constituição de Portugal estabelece expressamente algumas tarefas Estado na garantia da liberdade e promoção do bem estar e da qualidade de vida do povo. Sobre o tema, confira-se: CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Constituição e crime: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização*. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995, p. 287.

ataques de entidades privadas e pessoas singulares, o que impõe ao legislador a criação de sistemas preventivos e sancionatórios.

Daí a importância da visualização, também no campo penal, da chamada horizontalidade dos direitos fundamentais, isto é, a tese de que os direitos fundamentais não são concebidos tão-somente no âmbito da relação vertical indivíduo-Estado, mas também podem ser invocados na relação horizontal (entre particulares), o que acaba por envolver e demandar a atuação estatal no resguardo dos direitos fundamentais abrangidos pela ordem econômico-social traçada pela Constituição.

Paralelamente, há que se destacar um aspecto peculiar ao ordenamento pátrio, qual seja o caráter recente da ascensão política e científica dos valores constitucionais, o que propiciou a elevação da imperatividade normativa da Constituição, agora consensualmente afastada da função de mera folha de papel, no sentido figurado por LASSALE⁹. Assim, pode-se dizer que vivemos no Brasil de hoje, ainda que tardiamente, um inédito sentimento constitucional¹⁰.

Parece, no entanto, que este sentimento ainda precisa ser vivenciado efetivamente no âmbito penal para que se enxergue não somente o já conhecido aspecto constitucional de cunho libertário-restritivo do Direito Penal (e, quiçá, abolicionista), mas, em

⁹ LASSALE, Ferdinand. A essência da Constituição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 23. O sociologismo constitucional ou conceito sociológico de Constituição é atribuído ao alemão Ferdinand Lassalle. De acordo com sua formulação, a Constituição de um país é, em essência, a soma dos fatores reais do poder que regem a sociedade de modo que o conjunto de forças políticas, econômicas e sociais, atuando dialeticamente, estabelece uma realidade, um sistema de poder que acaba por configurar a Constituição real e efetiva do Estado. A Constituição jurídica, mera 'folha de papel', limita-se a converter esses fatores reais de poder em instituições jurídicas, em Direito propriamente dito. Neste sentido: BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 78.

¹⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Fundamentos Teóricos e Filosóficos do novo Direito Constitucional Brasileiro: pós modernidade, teoria crítica e pós-positivismo*. In Temas de Direito Constitucional. Tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 03/46. Vale a transcrição parcial das conclusões do professor carioca, *verbis*: "4. O novo direito constitucional brasileiro, cujo desenvolvimento coincide com o processo de redemocratização e reconstitucionalização do país, foi fruto de duas mudanças de paradigma: a) a busca da efetividade das normas constitucionais, fundada na premissa da força normativa da Constituição; b) o desenvolvimento de uma dogmática da interpretação constitucional, baseada em novos métodos hermenêuticos e na sistematização de princípios específicos de interpretação constitucional. A ascensão política e científica do direito constitucional brasileiro conduziram-no ao centro do sistema jurídico, onde desempenha uma função de filtragem constitucional de todo o direito infraconstitucional, significando a interpretação e leitura de seus institutos à luz da Constituição. 5. O direito constitucional, como o direito em geral, tem possibilidades e limites. A correção das vicissitudes crônicas da vida nacional, como a ideologia da desigualdade e a corrupção institucional, depende antes da superação histórica e política dos ciclos do atraso, do que de normas jurídicas. O aprofundamento democrático no Brasil está subordinado ao resgate de valores éticos, ao exercício da cidadania e a um projeto generoso e inclusivo de país". Op. cit., p. 45/46.

especial, para que seja finalmente vista como prioridade a organização e desenvolvimento de proteção penal eficiente sobre determinados valores e interesses socialmente prezados.

1.2. A ordem econômica e conceitos correlatos.

A relação entre Direito sobre a Economia envolve uma celeuma que por muito tempo beirou as raias da tautologia. A alusão remete à discussão sobre qual destes ramos de atuação humana teria surgido em primeiro lugar ou teria preponderância sobre o outro. Salvo resistências isoladas¹¹, tal questão está superada pelo sentimento majoritário de que não há prevalência de um ramo sobre outro, mas sim uma irradiação recíproca de efeitos¹².

Aliás, o conceito de ordem econômica acaba se confundindo com a própria noção de Direito Econômico. Isto quer dizer que, a partir de determinado momento histórico e por determinadas razões, o Estado¹³ passou a tentar regradar o fenômeno econômico visando a atingir algumas finalidades. Logo, o Direito Econômico tem por objeto a intervenção do Estado no domínio econômico e pode ser conceituado como o conjunto de normas jurídicas que regulamenta esta intervenção, tanto dirigindo a atuação dos órgãos e entidades estatais no exercício de seu papel fiscalizatório e punitivo, quanto delimitando os direitos e liberdades dos particulares relativos à produção e circulação de bens e serviços.

O emprego da expressão genérica normas (no sentido de comandos de comportamento) tem amplitude proposital e espelha a inclusão de regras e princípios, de origem constitucional e legal, sejam eles expressos ou implícitos. Daí porque o Direito

¹¹ Embora não se concorde com o tom absoluto da preleção, eis que se defende aqui a influência recíproca entre Direito e Economia, é de se registrar o entendimento de NOVOA MONREAL, *verbis*: “(...) *son la política y la economía las que determinan el contenido del Derecho y éste no pasa de ser otra cosa que un instrumento al servicio de ellas. Lo anterior, que es válido para todos los ámbitos jurídicos se aprecia con gran claridad cuando se trata del Derecho económico.*” NOVOA MONREAL, Eduardo. *Reflexiones para la determinación y delimitación del delito económico*. Anuário de Derecho penal y ciencias penales, Tomo 35, Fasc. 1, enero-abril, 1982, p. 49.

¹² Sobre o assunto, assim discorreu JAPIASSÚ, *verbis*: “*Direito e Economia sempre caminharam lado a lado, um sendo utilizado para influir no outro. Se, nos dias de hoje, pretende-se, com muita frequência, regular a economia de um país por meio da legislação, isto não chega a ser uma inovação do século XX. Mas vale notar que é bastante comum aquilo que se denominou “dirigismo econômico”, quando o Estado pretende disciplinar a atividade econômica, seja privada, seja com entes estatais tornando-se agentes econômicos.*” JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *O contrabando: uma revisão de seus fundamentos teóricos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 04.

¹³ O sentido moderno da palavra “Estado” foi empregado pioneiramente na obra “O Príncipe”, de Nicolau Maquiavel, publicada em 1532. BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 09.

Econômico é tido como o ramo da ciência jurídica que tem por objeto a juridicização da economia, ou seja, o tratamento jurídico-normativo do modelo econômico e da política econômica almejada em perspectiva. Por isso, pode-se afirmar que tratar de ordem econômica importa em tratar de ordem jurídica da economia.

Em suma, o Direito Econômico nada mais reflete senão a face jurídica do fato econômico, sendo que certo que este ramo do sistema normativo goza atualmente de inegável autonomia científica, eis que possui aspectos peculiares e específicos fixados no artigo 170 da vigente Constituição, tais como: valores fundantes (valorização do trabalho humano e livre iniciativa), finalidades (assegurar a todos existência digna e livre iniciativa, conforme os ditames da justiça social) e princípios¹⁴.

No campo doutrinário e acadêmico, atribui-se ao fisiocrata francês Nicolau Baudeau (1730-1792) o pioneirismo dos estudos no campo do Direito Econômico. No Brasil, ainda no século XIX, tal qualidade é conferida a José da Silva Lisboa, o então Visconde de Cairu¹⁵. Entretanto, como disciplina acadêmica, o então Direito Público Econômico somente surge em 1945, no Instituto de Estudos Políticos da Universidade de Paris, entidade criada na ocasião com a finalidade de completar o ensino das ciências sociais, administrativas e econômicas ministrado nas Faculdades de Direito e de Letras. No Brasil, somente no final da década de 60, a disciplina específica foi criada no âmbito da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais.

Na esteira do exposto, seguindo a tendência de desaparecimento da clássica linha divisória, pode-se afirmar que o Direito Econômico está longe de poder ser categorizado como um ramo do direito público ou do direito privado. É de suma importância ter-se em

¹⁴ Na forma do artigo 170 e seus nove incisos, os princípios regedores da ordem econômica são os seguintes: soberania nacional; propriedade privada; função social da propriedade; livre concorrência; defesa do consumidor; defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; redução das desigualdades regionais e sociais; busca do pleno emprego e tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras que tenham sua sede e administração no país.

¹⁵ A referência ao trabalho de Baudeau é feita com base em sua obra intitulada “*Première Introduction à la Philosophie Économique, ou Analyse des États policés*” (1771). Já a referência a José da Silva Lisboa deve-se à obra intitulada “*Leituras da Economia Política ou Direito Econômico Conforme a Constituição Social e Garantias da Constituição do Império do Brasil*”, descoberta por pesquisadores em 1827. Sobre o tema: SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Primeiras linhas de direito econômico*. 5ª ed. São Paulo: LTr, 2003, p. 43/44.

mente que, antes de tudo, estamos tratando do que a doutrina denominou, com acerto, de um “Direito de síntese”¹⁶, com implicações tanto no setor público quanto no setor privado.

Por sua vez, nesta mesma linha de raciocínio, a política econômica pode ser vista como o elenco de planos estatais para intervir na economia. Já a expressão direito da economia traduz a noção de todo o conjunto de normas jurídicas escritas (constitucionais, legais e administrativas) sobre assuntos econômicos, constituindo-se concretamente como uma das fontes do direito econômico¹⁷.

Seguindo esta linha evolutiva, em atenção aos referidos ditames constitucionais-econômicos, foram desenvolvidos outros importantes ramos do Direito Econômico, sendo eles: o Direito Regulatório¹⁸ e o Direito Concorrencial¹⁹.

¹⁶ SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Primeiras linhas de direito econômico...* op. cit., p. 108.

¹⁷ SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Primeiras linhas de direito econômico...* op. cit., p. 59/60. Em que pese a exposição feita acima, a doutrina (nacional e estrangeira) não chegou a consenso sobre o exato conteúdo e distinção entre as expressões: direito da economia, direito econômico, ordem econômica e constituição econômica. Por ultrapassarem os limites e finalidades deste trabalho, o detalhamento de tais nomenclaturas não será aqui desenvolvido, valendo, no entanto, a consulta às seguintes obras: FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito Econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 12/13 e TAVARES, André Ramos. *Direito constitucional econômico*. São Paulo: Editora Método, 2003, p. 86/88.

¹⁸ É de se dizer que o Direito Regulatório espelha o conjunto de medidas pelos quais o Estado dirige o exercício da liberdade privada dos agentes econômicos com o fim de preservar o interesse público, o que se dá por meio do estabelecimento de regras de conduta (regulamentação), bem como mediante a fiscalização de seu cumprimento e potencial sancionamento. A primeira agência reguladora de que se tem notícia foi criada em 1834, na Grã-Bretanha, para regular o setor de transporte ferroviário. Contudo, o fenômeno regulatório tem sua origem efetiva nos EUA, onde, em 1887, é criada a *Interstate Commerce Commission* (ICC), entidade que viria a atuar na regulação do serviço interestadual de transporte ferroviário. Neste sentido: NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. *Mutações do Direito Administrativo*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 148. Do mesmo autor: *Direito Regulatório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 133/134. Em 1946, é editado nos EUA o *Administrative Procedure Act* (APA), que vem a ser o pioneiro entre os instrumentos normativos de regulamentação da atuação das próprias agências, tendo como seu ponto relevante a garantia da participação da sociedade no processo de elaboração de normas pelas agências. Foi na década de 90, quando os EUA já estavam revendo o instituto da regulação e vivenciando até situação inversa, de desregulação, que, no Brasil, o fenômeno regulatório teve início, em cumprimento aos ditames dos arts. 173 e 174 da Carta Magna de 1988. Daí ser comum associar-se o fenômeno regulatório no Brasil ao movimento de desestatização, embora, mesmo antes disso, já existissem órgãos e entidades no ordenamento pátrio com perfil regulador, ainda que desprovidos de real independência ante o Poder Executivo, tais como a Comissão de Valores Mobiliários e o Banco Central. Sobre o tema, consulte-se: ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

¹⁹ Por sua vez, o Direito Concorrencial é tido como o ramo do Direito Econômico que materializa o princípio da livre concorrência e da livre iniciativa, visando à preservação da concorrência e, por conseqüência, das boas condições mercadológicas. Não por acaso, este ramo do saber jurídico é também denominado de Direito Antitruste, uma vez que a expressão “truste” expressa genericamente a concentração de participação no mercado. Sobre o curso histórico do direito concorrencial no Brasil, vale reprimir o ensinamento de Paula FORGIONI, *verbis*: “Ao mesmo tempo, o art. 141 do texto constitucional brasileiro de 1937 colocava, como princípio, a proteção à economia popular. Regulamentando o referido dispositivo, veio o Decreto-lei 869, de 18 de novembro de 1938, nitidamente e muitos de seus aspectos uma lei antitruste. Note-se que o primeiro diploma brasileiro antitruste surge com uma função constitucional bastante definida, buscando a tutela da economia

Em outro prisma, ao se analisar a intervenção do Estado no domínio econômico do ponto de vista jurídico, traça-se a divisão em Direito Institucional, em que o Estado desempenha diretamente o papel de agente econômico; e Direito Regulamentar, no qual o Estado desempenha papel exclusivamente normativo²⁰. O Direito Penal Econômico atuaria como reforço desta atividade institucional e regulamentar.

À guisa de esclarecimento preliminar, deve-se atestar que não é equivocado dizer que o Direito Penal Econômico é antecedido, em sua condição de instrumento estatal de intervenção na seara econômica, pelo ramo da ciência jurídica dotado de maior generalidade denominado de Direito Econômico. Entretanto, em que pese a discussão que paira sobre o tema, o Direito Penal Econômico manifesta-se como especialidade do Direito Penal e não do Direito Econômico, razão pela qual a análise e resolução das questões sobre a matéria devem ser influenciadas pela carga teórica do Direito Penal²¹. Diga-se, ainda, que o Direito Penal econômico assume características e institutos próprios que não deixam dúvidas acerca de sua autonomia científica.

Noutro aspecto, tal como o próprio fato econômico, o balizamento jurídico do tema não se restringe apenas ao âmbito interno de cada país, eis que devem ser consideradas as cada vez mais intensas e inevitáveis relações econômicas travadas entre os Estados e também destes para com organizações internacionais. Daí surge a ordem econômica internacional, que ganha realce mais recente com o advento do multifacetário ou multifacetado fenômeno que se convencionou chamar de globalização²². Em que pese a diversificação de suas consequências, alguns traços característicos marcantes podem ser notados, tais como: a mitigação do até então absoluto conceito de soberania, o aparecimento

popular e, portanto, precipuamente, do consumidor. Dentro da nossa linha de evolução histórica, essa constatação não deve causar qualquer surpresa, mas sim fazer sobressair o fato de que a evolução da disciplina, no Brasil, não se deu como nos países com uma certa tradição antitruste: o antitruste não nasce, no Brasil, como elo lógico de ligação entre o liberalismo econômico e (manutenção da) liberdade de concorrência. Nasce como repressão ao abuso do poder econômico e tendo como interesse constitucionalmente protegido o interesse da população, do consumidor.” FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 114.

²⁰ VENANCIO FILHO, Alberto. *A intervenção do Estado no domínio econômico*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1968, Prefácio, p. XVI.

²¹ Neste sentido: MUÑOZ CONDE, Francisco. *Principios politicocriminales que Inspiran el Tratamiento de los Delitos Contra el Orden Socioeconómico em el Proyecto de Código Penal Español de 1994...* Op. cit., p. 20. Confirma-se também: FELDENS, Luciano. *Tutela penal de interesses difusos e crimes do colarinho branco: por uma relegitimação da atuação do Ministério Público: uma investigação à luz dos valores constitucionais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 124.

²² BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Econômico*. São Paulo: Celso Bastos Ed., 2003, p. 85/94.

do espaço cibernético, a intensificação do tráfego de pessoas e bens ao redor do mundo e a formação de blocos econômicos regionais.

A conjugação destes fatores fez com que a maior integração econômica entre os países deixasse de ser uma mera questão de conveniência e se tornasse um imperativo de sobrevivência dos povos e seus respectivos sistemas político-jurídicos. Paralelamente, tem sido fomentado o repensar de vários conceitos do Direito e, em especial, do Direito Penal Econômico como um de seus ramos mais recentes.

1.3. Os modelos de Estado no século XX: a ordem econômica no cenário constitucional.

Tem insuspeito fundamento a afirmação de que todo historiador tem um pouco de jurista e vice-versa. Partindo desta premissa, não se pode negar que o conhecimento de alguns dados históricos importantes que influíram na formação e transformação do ordenamento jurídico ao longo do tempo permite sua melhor compreensão e, por conseguinte, a resolução dos problemas que se apresentam.

A progressiva intervenção do Estado no domínio econômico demandou o aperfeiçoamento dos institutos jurídicos que vieram a abordar os novos objetivos estatais²³. O tardio amadurecimento do tema é explicável a partir do entendimento de que o ordenamento jurídico nada mais fez do que acompanhar a sucessão dos modelos estatais de atuação econômica, sendo certo também que, por mais que soe contraditório, a própria participação do Estado na economia consistiu, precisamente e por longo tempo, na manutenção da ausência do Poder Público como meio de garantir, em grau máximo possível, a livre atuação dos agentes privados.

Assim, no chamado Estado Liberal clássico, a preocupação estatal estava voltada apenas para a arrecadação tributária visando à manutenção da estrutura de poder que garantia os privilégios dos extratos sociais mais influentes do ponto de vista político. Ocorre que, segundo a racionalidade que lhe é peculiar, o bom funcionamento do regime liberal puro exige, como inarredável pressuposto, a honestidade e a virtude ética dos que atuam como homens de negócios. Além disso, demanda-se a existência de ambiente em que impere um

²³ FILHO, Alberto Venancio. *A intervenção do estado no domínio econômico*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1968, p. 62.

razoável patamar de igualdade entre os indivíduos. Somente nestas hipotéticas circunstâncias, seria viável a existência de um mercado naturalmente equilibrado e eficiente. Porém, como bem se sabe, o curso da História demonstra à sociedade que estes pressupostos jamais foram alcançados, também em razão da própria natureza humana.

Destarte, com o advento da Revolução Industrial, foram escancarados os primeiros indícios de que a política do *laissez-faire laissez-passer* não poderia vigorar com tons absolutos, pois isto gerava a exploração e opressão da classe trabalhadora, além de outras repercussões maléficas ligadas ao processo de acumulação de riquezas. Por outro lado, o regime político adotado pelo constitucionalismo propiciou uma maior participação política das camadas populares mais numerosas e menos privilegiadas, trazendo a lume seus problemas e reivindicações.

Após a 1ª Guerra Mundial, com a destruição da Europa, incrementa-se ainda mais a necessidade da presença estatal em segmentos antes totalmente entregues ao bel prazer dos agentes privados, o que provocou o alargamento das atribuições do Estado para atender às novas demandas da coletividade. O Estado Liberal, absentéista por essência, começa então a dar lugar ao Estado Social, promotor do bem-estar social mediante assunção de diversas prestações de caráter positivo.

Como decorrência da quebra da Bolsa de Nova Iorque, em 1929²⁴, a Grande Depressão contribuiu para a formação de um cenário em que a recessão econômica era a personagem principal. Tal contexto foi desencadeado a partir de diversos fatores, dentre eles, as vultosas fraudes cuja prática foi possível em meio à desmedida liberdade de que gozavam os agentes econômicos, sendo tal circunstância decisiva para a geração da maior crise econômica enfrentada pelos EUA e pelo mundo no século XX, o que se consolida ainda mais

²⁴ Sobre as causas e consequências da crise econômica ocorrida a partir do final da década de 20, vale conferir o relato de WOODIWISS sobre a situação norte-americana, *verbis*: “(...) a precária estrutura bancária do país era tão pouco regulamentada quanto a indústria de energia, e não admira que fosse igualmente suscetível de fraude e abuso por parte dos que se encontravam em posições privilegiadas. Grande parte da vasta riqueza em dinheiro e em instrumentos de crédito gerada pela máquina industrial norte-americana foi simplesmente roubada em vez de ser investida em projetos úteis ou gasta para melhorar as vidas daqueles cujo trabalho havia tornado o progresso possível. Mais de 55 bancos fecharam as portas durante a década de 1920, principalmente porque seus diretores saqueavam as instituições que haviam prometido proteger, com a cumplicidade e às vezes a cooperação de advogados e reguladores governamentais.” WOODIWISS, Michael. *Capitalismo Gângster: quem são os verdadeiros agentes do crime organizado*. Trad. C.E. de Andrade. Rio de Janeiro: Ediouro, 2007, p. 78.

com o advento da 2ª Guerra Mundial²⁵. Aliás, a reiterada experiência norte-americana deve servir de aprendizado, eis que os Estados Unidos perderam, em momentos distintos, a capacidade de lidar com infrações do mundo econômico-empresarial.

Paralelamente, a ideia de Constituição econômica ou de ordem constitucional econômica veio a concretizar precisamente os objetivos de reordenação estrutural e política por via do estabelecimento de uma conformação jurídica da economia. Tal como a ideia de Constituição surgiu a partir de uma luta de classes no princípio do século XIX, também a noção de Constituição econômica emergiu em meio a conflitos sócio-econômicos que deram origem a uma nova sociedade e um novo Estado distanciado do *ancien regime*. Ganha vigor a negação da ordem econômica puramente liberal em favor da representação de uma nova ordem econômica voltada, ao menos em tese, para os interesses não de uma específica classe social, política ou econômica, mas de toda a coletividade²⁶.

Consoante o exposto, a sucessão de padrões pelos quais transitou a relação entre Estado e economia ao longo do século XX pode ser resumida em três fases. Na primeira, chamada de liberal, a preocupação estava centrada, quase que única e exclusivamente, na garantia da liberdade individual (de contrato e de iniciativa negocial).

A partir da segunda década do século passado, tem início a denominada fase moderna, onde uma série de preocupações visando a proporcionar benefícios a serem socialmente usufruídos dá origem ao *Welfare State* ou Estado do bem-estar social. Assim, o Estado assumiu diferentes papéis econômicos de cunho distributivista com a intenção de corrigir distorções do mercado e atenuar a precária situação dos milhares de excluídos do progresso econômico.

Por fim²⁷, nas últimas décadas do século XX, tem lugar a fase pós-moderna ou neoliberal, em que o Estado deixa de ser tido como o redentor ou segurador universal e se

²⁵ As principais consequências jurídicas do pós-guerra podem ser resumidas nos seguintes pontos: a modificação nas relações entre Estado e Sociedade, deixando o primeiro de ser visto como inimigo dos direitos fundamentais, passando a constituir instrumento de concretização destes; a sensível ampliação do âmbito constitucional e a elevação do grau de normatividade da Constituição. Neste sentido: FELDENS, Luciano. *A conformação constitucional do Direito Penal: realidades e perspectivas*. In *A constitucionalização dos direitos: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Orgs. Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmiento. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 832/833.

²⁶ MOREIRA, Vital. *Economia e Constituição: para o Conceito de Constituição Econômica*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1979, p. 21/22.

²⁷ Há que se dizer, no entanto, que, quanto à realidade brasileira, a nitidez desta divisão é contestada pela doutrina no sentido de que, sob o ângulo político, o Brasil chegou à fase pós-moderna sem ter sequer conseguido

retira de diversas atividades. Deste modo, o Poder Público passa tão-somente a regulamentar a atividade econômica exercida por agentes privados por meio de normas gerais, fiscalizando o seu cumprimento, inclusive, com potencial utilização de poder punitivo.

Como não poderia deixar de ser, a Constituição acompanhou ao longo do tempo a mutação dos referidos modelos de Estado, o que, com efeito, deixa transparecer coerência em relação à própria etimologia constitucional. Assim sendo, ainda que possa assumir vários significados de acordo com o contexto de sua aplicação, o termo constituição traz em sua essência a ideia genérica de forma de composição a partir da reunião de elementos essenciais, sendo derivado da expressão latina *constitutio* e também do verbo de mesma origem *constituere* (constituir, construir, formar, organizar), possuindo, em sentido geral, a sinonímia de compleição ou de composição.

Desta noção inicial, aproximam-se substancialmente as percepções da Constituição na condição de instrumento de regulação da atividade estatal, seja pelo prisma comum²⁸ ou jurídico²⁹. Portanto, a palavra constituição traduz o modo de ser de algo³⁰. Destarte, a Constituição condensa um conjunto de normas jurídicas que organizam os elementos constitutivos do Estado³¹ e disciplinam os vetores de sua atuação no que diz respeito ao exercício do poder político, o estabelecimento de direitos fundamentais e fins públicos relevantes.

Em convergência com a concepção normativa de Constituição, segundo a qual a Carta Magna molda a realidade fática e, simultaneamente, é influenciada por ela, as mudanças na sociedade são traduzidas para o ordenamento jurídico. Assim, a relação entre

ser liberal e, muito menos, moderno. BARROSO, Luis Roberto. *A crise econômica e o Direito Constitucional*. Revista Forense. Vol. 323. Rio de Janeiro: Forense, julho-setembro de 1993, p. 87.

²⁸ Confirma-se a definição exposta num dos mais utilizados dicionários da língua portuguesa, *verbis*: “1. Ato de constituir, de estabelecer, de firmar. 2. Modo pelo qual se constitui uma coisa, um ser vivo, um grupo de pessoas; organização, formação. 3. Lei fundamental e suprema dum Estado, que contém normas respeitantes à formação dos poderes públicos, forma de governo, distribuição de competências, direitos e deveres dos cidadãos, etc.; carta constitucional, carta magna. 4. Conjunto de normas reguladoras de uma instituição, corporação, etc.(...)”. FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Aurélio Século XXI: o dicionário da língua portuguesa*. 3ª edição. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999, p. 536.

²⁹ SILVA, De Plácido. *Vocabulário Jurídico*; 17ª edição; Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 208.

³⁰ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25ª edição. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 37. No mesmo sentido: BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 17ª edição. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 80.

³¹ Os elementos essenciais do Estado são vislumbrados por boa parte da doutrina em número de três (povo, território e soberania), havendo quem acrescente também um quarto elemento: a finalidade. Sobre o tema: DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 23ª edição. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 71/72.

Estado e economia passa a fazer parte do rol de preocupações da Carta Magna por meio do delineamento de metas e princípios que integram o que se pode chamar de política constitucional econômica³².

A partir da elevação do tema ao âmbito constitucional, com base na teorização proposta por Kelsen por meio de sua famosa figuração da pirâmide normativa, não se tem dúvidas de que o legislador passa a ter sua liberdade de conformação legitimamente restringida também quanto à matéria econômica, em especial, no aspecto positivo, ou seja, mediante imposição do estabelecimento de proteção normativa eficaz e adequada aos interesses constitucionalmente albergados neste campo.

Como corolário lógico desta exposição, tem-se por certo que não é possível desatrelar o Direito Penal do modelo de Estado constitucionalmente assumido, de modo que, sem exceção, todos os aspectos e discussões vinculadas à teoria do crime mantêm ou, pelo menos, devem manter cogente e “estreitíssima”³³ conexão com o direito constitucional e com a teoria geral do Estado.

Logo, a visualização correta e atual do Direito Penal só é viável no horizonte do Estado Democrático de Direito sintetizado no vigente arquétipo constitucional. Aliás, este é o próprio paradigma de sustentação do direito punitivo. O Estado de Direito está associado ao princípio da legalidade³⁴; o Estado Social está associado à necessidade coletiva da intervenção penal e o Estado Democrático se identifica com a meta de pôr o Estado a serviço

³² No âmbito internacional, costuma-se atribuir a Proudhon o pioneirismo quanto à utilização da expressão “Direito Econômico”, sendo que a primeira obra sobre o tema foi “II Diritto Economico”, editada em Roma, em 1886, de autoria de Angelo Levy. Cf. GULLO, Roberto Santiago Ferreira. *Direito Penal Econômico*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 20.

³³ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito penal: parte geral: tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Portugal: Coimbra Editora, 2007, p. 14.

³⁴ A visão moderna acerca do princípio da legalidade traz obrigações procedimentais e de conteúdo para o legislador, o que justifica a fiscalização de sua adequação a ser operacionalizada pelo sistema de freios e contrapesos. Embora a lei siga sendo considerada como expressão da vontade da maioria, não há mais a ilusão de sua absoluta racionalidade. Assim, a um só tempo, resta mitigado o dogma da insindicabilidade da legislação, bem como, na vigência do Estado Constitucional, ainda que pareça paradoxal, devolve-se paulatinamente à função jurisdicional o protagonismo interpretativo perdido desde a Revolução Francesa. A seguir, confira-se o trecho da lição doutrinária a respeito: “*Este alejamiento de la fe ciega en la ley, produce un rebosamiento de la figura del juez, interprete de la primera; los códigos se muestran incapaces de dar respuesta a los nuevos problemas sociales, su propia vocación de permanencia y exhaustividad, propician su envejecimiento. Se produce así un desplazamiento de la ley en favor de la interpretación.*” GOMES PAVÓN, Pilar. *Cuestiones actuales del Derecho penal económico: el principio de legalidad y las remisiones normativas*. *Revistas de Derecho Penal y Criminología*, n. 1 ext., mar., 2000, p. 437.

da defesa dos interesses do cidadão³⁵. Em resumo, tendo por norte a ideia de Estado Democrático de Direito, pode-se afirmar que o sistema punitivo é finalmente visto como último, porém, legítimo instrumento de conservação da estrutura axiológico-constitucional da sociedade.

A dinâmica até aqui exposta se torna mais clara com o estabelecimento de uma diferença essencial que surge a partir do chamado constitucionalismo social do século XX. O que marca o debate hodierno sobre a constituição econômica é o fato de que o legislador constituinte não mais se contenta em receber e aceitar a estrutura econômica existente, mas passa a ter a manifesta intenção de alterá-la e dirigi-la. Portanto, as Constituições passaram a positivar tarefas, políticas, metas e instrumentos relativos ao domínio econômico e social, o que se mantém até hoje³⁶.

De fato, o desenvolvimento do capitalismo ao longo do século XIX demonstrou que existiam contradições evidenciadas particularmente nas crises econômicas e na luta de classes, o que acarretou diversos problemas sociais, tais como: epidemias, alcoolismo, crescente pobreza, desemprego e aumento da delinquência. No gozo da mais plena liberdade, os proprietários dos meios de produção tomavam suas decisões segundo máximas de lucro, já que o fundamental era a acumulação de capital. A partir daí, incrementou-se a exploração de mão-de-obra, substituída, quando possível, pela máquina, o que gerou o aparecimento de grandes massas de desempregados³⁷.

No bojo destas circunstâncias, uma das primeiras características do Estado moderno foi a escassa ingerência do Estado na relação entre capital e o trabalho, limitando-se basicamente a garantir as condições gerais da produção. Entretanto, após as falhas do funcionamento do mercado e seus efeitos secundários, torna-se necessário não somente ajustar a economia, mas também contar com a intervenção do Estado neste processo. Em suma, pode-

³⁵ DIAS, Fábio Freitas. *Direito penal de intervenção mínima e a noção de bem jurídico aplicada às infrações tributárias. Uma análise à luz da concepção de Estado social e democrático de direito*. In *Direito penal secundário: estudos sobre crimes econômicos, ambientais, informáticos e outras questões*. Coord. Fabio Roberto D'Ávila e Paulo Vinicius Sporleder de Souza. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 116 e 120.

³⁶ Cite-se, apenas a título de exemplo, a manchete do jornal O Globo, de 18.07.2009 (p. 19), que, sob o título "Todos os olhos sobre o mercado", noticiou que o Presidente dos EUA, Barack Obama, lançava naquela data o maior pacote de medidas para regular o setor financeiro desde a Grande Depressão com o intuito de estabelecer maior transparência e fiscalização sobre as operações dos agentes econômicos.

³⁷ DEL OMO, Rosa. *A América Latina e sua criminologia*. Trad. Francisco Eduardo Pizzolante e Sylvia Moretzsohn. Rio de Janeiro: Revan, ICC, 2004, p. 43/46.

se afirmar que o estabelecimento da ordem-econômica e, por conseguinte, do instrumento preventivo e repressivo consubstanciado pelo Direito Penal Econômico deve-se à descoberta de tudo aquilo que a mão invisível do mercado³⁸ é capaz de fazer “após o expediente”, na irônica e justificada expressão de BATISTA³⁹.

Assim, a constituição econômica que se conhece hoje apareceu quando a estrutura econômica se revelou problemática, jogando por terra a crença na pacífica e permanente harmonia do mercado. A partir de então, pretende-se orientar uma nova ordem econômica diferente da existente, rechaçando-se o mito da saudável auto-regulação dos fatores mercadológicos. Enfim, havendo consenso sobre os nefastos efeitos da desestruturação mercadológica⁴⁰, as Constituições econômicas do século XX buscaram configurar a política econômica traçada pelo Estado.

Como dito, as disposições econômicas surgiram nos textos constitucionais no início do século passado, mas o traço marcante do constitucionalismo atual é a previsão de uma ordem econômica programática, estabelecendo uma Constituição econômica diretiva ou dirigente⁴¹ e que, crescentemente, demanda concretização⁴².

No âmbito internacional, o exemplo mais emblemático desta maior intervenção do Estado na economia advém dos Estados Unidos da América, mais precisamente, do período após a quebra da Bolsa de Nova Iorque que, em termos pragmáticos, determinou o

³⁸ SMITH, Adam. *A riqueza das nações*; Livro 3, cap. 4. Apud SOUZA GUEIROS, Artur de Brito, in *Justiça Comutativa vs. Justiça Distributiva – uma análise do pensamento de Friedrich von Hayek e o papel do juiz na sociedade contemporânea*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 5, n. 19, abril-junho 1997, p. 184/195. Vale ressaltar o enaltecimento feito por SMITH acerca da suposta igualdade alcançada por meio do sistema capitalista, *verbis*: “O comércio e as manufaturas introduziram gradualmente a ordem e o bom governo, e com eles a liberdade e a segurança dos indivíduos, entre os habitantes do campo, que haviam antes vivido numa condição quase contínua de guerra com seus vizinhos, e de dependência servil em relação aos seus superiores.” Op. cit., p. 185.

³⁹ A afirmação partiu do advogado e professor, Dr. Nilo Batista, em painel intitulado “Circunstâncias Judiciais e Direito Penal do Autor”, co-protagonizado pela Dra. Silvana Batini, Procuradora Regional da República. A afirmação ocorreu durante o evento denominado “Dosimetria e Aplicação da Pena: questões controvertidas”, promovido pela Escola da Magistratura Regional Federal da 2ª Região, em 02.10.2009.

⁴⁰ A quase totalidade das guerras da história da humanidade teve origem, ainda que indiretamente, ligada a colapsos econômicos. Ninguém pode negar, por exemplo, que a instabilidade econômica e seus efeitos criaram terreno fértil para o surgimento de diferentes partidos políticos extremistas, culminando no início do século passado com a ascensão de Adolf Hitler, na Alemanha.

⁴¹ Originalmente, a ideia de Constituição dirigente vem da tese de Peter Lerche, denominada “*Dirigierende Verfassung*”, depois adaptada por Canotilho para o constitucionalismo português pós Revolução dos Cravos. A tese refere-se ao bloco de normas constitucionais em que se definem fins e tarefas do Estado. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Coimbra: Coimbra Ed., 1994, p. 224.

⁴² BERCOVICI, Gilberto. *Constituição econômica e desenvolvimento: uma leitura a partir da constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 33/34.

fim da política liberal absoluta e o surgimento do Estado gerencial ou regulador⁴³. Assim, o então Presidente Roosevelt promoveu um conjunto de medidas legislativas denominado *New Deal*⁴⁴, que tinha por intenção recuperar a arrasada estrutura econômica norte-americana. Mesmo após a Grande Depressão, o país voltou a se afastar das premissas do *New Deal* e, ao tempo da Guerra Fria, ficou obcecado por derrotar o comunismo, em detrimento de um tratamento inteligente dos problemas estruturais que permitiram o reflorescimento do crime organizado, tanto nos mercados legais, quanto nos ilegais.

As reformas sociais foram combatidas com base na tese que remetia a um certo darwinismo social. Segundo este entendimento, assim como na natureza, deveria prevalecer no meio social e econômico a lei do mais forte, num contexto em que as prestações sociais a cargo do Estado eram criticadas sob o argumento de que recompensavam inaptos e

⁴³ À guisa de ilustração, relata-se que, no epicentro da crise, mais de 9000 bancos faliram e a cotação das ações decaiu cerca de 87%, gerando com isso a queda dos salários, o aumento do desemprego e a desvalorização do dólar. Baseada na 5ª e 14ª emendas à Constituição, a Suprema Corte sustentou do final do século XIX até meados da década de 30, o descabimento da intervenção estatal no meio econômico. O período ficou conhecido como “Era Lochner” devido ao precedente fixado no caso *Lochner v. New York*, no qual foi invalidada lei que estabelecia teto para jornada de trabalho em padarias. Insatisfeito com os seguidos insucessos junto à Suprema Corte, Roosevelt propôs o “*Court-packing plan*” pelo qual pretendia aumentar o número de membros daquele órgão e assim nomear pessoas mais afinadas com os objetivos do Poder Executivo. O projeto foi rejeitado, mas, por pressão da opinião pública, a Suprema Corte adaptou sua jurisprudência aos novos tempos e admitiu a intervenção estatal em assuntos como fixação de jornada de trabalho e salários, além do controle de preços. BARROSO, Luis Roberto. *A crise econômica e o Direito Constitucional...* Op. cit., p. 90. A resistência à intervenção do Estado no meio econômico-social também foi retratada, com viés sociológico, por WOODIWISS, verbis: “*A reformas sociais eram combatidas com argumentos baseados no darwinismo social, porque por meio dos impostos necessários recompensavam os inaptos e penalizavam os que eram considerados mais capazes. A pobreza, segundo Spencer, era o modo pelo qual a natureza ‘expelia (...) os membros pouco saudáveis, imbecis, lentos, hesitantes e incrédulos da sociedade’. As reformas assistenciais, argumentou Sumner, interferiam no funcionamento normal da sociedade, estancando o progresso e talvez até mesmo contribuindo para a regressão a um estágio evolutivo anterior. Com efeito, segundo esse raciocínio, o governo deveria intervir o mínimo possível na economia e na sociedade. O laissez-faire se justificativa porque o interesse próprio dos indivíduos era considerado socialmente benéfico, fazendo com que um número maior de pessoas trabalhasse e o custo dos produtos permanecesse baixo. O darwinismo social fornecia aos interesses do mundo dos negócios argumentos poderosos e coerentes a fim de manter as mãos livres no mercado.*” WOODIWISS, Michael. *Capitalismo Gângster: quem são os verdadeiros agentes do crime organizado*. Trad. C.E. de Andrade. Rio de Janeiro: Ediouro, 2007, p. 64.

⁴⁴ A atitude frouxa na regulamentação dos negócios havidos em *Wall Street* fez proliferarem as oportunidades para os crimes do colarinho-branco, o que chamou a atenção dos grupos mafiosos, até então dedicados a outras atividades ilícitas, conforme publicou o *New York Times*. Roosevelt procurou então estabelecer uma política de publicidade sobre a situação das grandes empresas a fim de barrar os abusos e falhas do capitalismo ocorridos na década de 20. Sobre a política de Roosevelt, assim discorreu WOODIWISS, verbis: “*Roosevelt exigiu, entre suas medidas saneadoras, ‘ampla transparência em todas as emissões de capital em ações, títulos e outros papéis; nos passivos e dívidas, assim como nos investimentos de capital; e informação freqüente sobre ganhos brutos e líquidos. Vamos ‘acender a luz’, exigiu ele, repetindo um tema recorrente entre aqueles que desejavam vigiar as imperfeições e abusos do capitalismo desenfreado. ‘A transparência’, disse ele em outro discurso, ‘é a inimiga da desonestidade’.*” Op. cit., p. 92 e 114. Nesta linha de atuação, foram editadas a Lei de Títulos, de 1933, e a Lei de Títulos e Bolsa, de 1934, que objetivavam o tratamento do vazio regulatório no mercado de ações.

penalizavam os mais capazes. A pobreza era vista como o modo pelo qual a natureza expelia os membros pouco saudáveis da sociedade. As reformas assistenciais foram consideradas malélicas ao funcionamento normal do Estado, estancando o progresso econômico. Portanto, a tese do darwinismo social forneceu ao mundo dos negócios argumentos poderosos a fim de manter a absoluta liberdade mercadológica.

A frouxidão na regulamentação dos negócios tidos e havidos em *Wall Street* fez proliferarem as oportunidades para os crimes do colarinho branco, o que chamou a atenção dos grupos mafiosos até então dedicados a outras atividades ilícitas. Fato é que durante o período em que perdurou a chamada Guerra Fria, nenhum governo dos Estados Unidos reconheceu a existência de problemas estruturais no capitalismo norte-americano. A prolongada omissão estatal na fiscalização do mercado veio a provocar, mais recentemente, a eclosão de gigantescas falências fraudulentas nos casos Enron e WorldCom, megaempresas dos setores de energia e informática, respectivamente⁴⁵.

No que toca a realidade pátria, vale registrar um breve histórico do perfil econômico das Constituições brasileiras. Neste contexto, cabe dizer que tanto a Constituição Imperial de 1824, quanto a Constituição Republicana de 1891 não divergiram em relação ao tratamento da economia, eis que ambas restringiram ao tratamento da organização do Estado e seus Poderes, acolhendo, portanto, a política liberal que vigorava universalmente à época.

Posteriormente, também a seguindo a tendência mundial iniciada pela Constituição de México (1917) e pela Constituição de Weimar (1919), a Carta Magna brasileira de 1934⁴⁶ passou a sistematizar a ordem econômica por meio do agrupamento de artigos em capítulo específico, sendo marcada principalmente pelo estabelecimento de monopólios estatais em setores estratégicos e pela proteção social do trabalhador. Destarte, a economia ingressa no repertório constitucional, o que se repete até os dias atuais.

Na vigência da Constituição de 1937, por força da previsão do artigo 141, os delitos contra a economia popular são equiparados aos crimes contra o Estado. Nesta fase, os crimes econômicos passaram a ser julgados pelo Tribunal de Segurança Nacional, criado após a intentona comunista de 1935. A Constituição de 1946 também trouxe um título inteiro (V)

⁴⁵ WOODIWISS, Michael. *Capitalismo Gângster: quem são os verdadeiros agentes do crime organizado*. Op. cit., p. 153.

⁴⁶ A expressão economia popular é disposta pela primeira vez no texto constitucional pelo art. 117 da Constituição de 1934, sendo que o título IV (arts. 115 a 143) é dedicado à ordem econômica e social.

dedicado à ordem econômica e social, devendo ser destacada a expressa previsão de repressão ao abuso do poder econômico. De fato, o emblemático dispositivo contido no artigo 148 tornou-se um referencial daquele sistema constitucional e foi repetido nas Constituições que se lhe seguiram⁴⁷.

Já a Constituição de 1967 e a Emenda Constitucional n. 01/1969 nada continham de significativo sobre o assunto e apenas modificaram a distribuição dos temas praticamente com a repetição dos mesmos artigos⁴⁸. Com o advento da Constituição de 1988, o Estado passa a assumir posição intermediária, colocando-se entre o liberalismo inicial exacerbado e o forte intervencionismo. Finalmente, surge então no âmbito interno a figura do Estado mínimo ou gerencial na condição de agente realizador e fiscalizador dos comandos consagrados nos artigos 173 e 174 da Carta Magna. Segundo a doutrina especializada⁴⁹, isto autoriza detectar na Constituição de 1988 os elementos de uma autêntica “economia de mercado”, distanciada do modelo liberal puro e ajustada à ideologia neoliberal.

À vista deste breve resumo histórico sobre a matéria econômica no cenário jurídico-constitucional, é interessante acrescentar também o fato de que o Brasil contabilizou, ao todo, seis reformas monetárias desde a década de 40, indo dos mil réis ao real. Como reflexo da nova política constitucional inaugurada pela Carta Magna de 1988, afloram, a partir da década de 90, importantes transformações estruturais, tais como a extinção de determinadas restrições ao capital estrangeiro, a flexibilização de monopólios estatais e a privatização de determinadas empresas estatais⁵⁰.

Como visto, tanto na realidade estrangeira quanto interna, o Estado oscilou entre o mínimo de intervenção e o mínimo de liberdade até chegar ao estágio intermediário atual, no qual sobressai a tarefa de ditar e fazer cumprir normas gerais necessárias ao cumprimento dos objetivos constitucionais.

⁴⁷ NETO, Manoel Jorge e Silva. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 70.

⁴⁸ SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Teoria da Constituição Econômica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 413/415.

⁴⁹ SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Teoria da Constituição Econômica...* op. cit., p. 450.

⁵⁰ BARROSO, Luis Roberto. *A crise econômica e o Direito Constitucional...* Op. cit., p. 84.

2. O FUNDAMENTO DA TUTELA PENAL DA ORDEM ECONÔMICA.

2.1. A teoria do bem jurídico e o Direito Penal Econômico.

Poucas expressões ocupam mais espaço na literatura contemporânea voltada à política criminal⁵¹ e à dogmática jurídico-penal do que a expressão bem jurídico. Adverte ANDRADE⁵² que a discussão em torno da noção de bem jurídico já dura cerca de 150 anos e está longe de ter um desenvolvimento linear e progressivo. Ao contrário, a impressão que a história do bem jurídico deixa é a de um processo em espiral ao longo do qual se sucederam fenômenos de revolução no sentido etimológico.

Como bem lembra CARVALHO⁵³, a fisionomia do conceito de delito tem relação direta com o tipo de Estado em que se insere o Direito Penal. Assim, em Estados totalitários, como os nazi-fascistas, o legislador penal se ocupava de punir meras ideologias, opções sexuais ou condutas imorais para o padrão da época. Já em um Estado Constitucional Democrático de Direito, a teoria do crime sofre, ou ao menos deveria sofrer, a influência do ideário referente à importância dos direitos fundamentais como valores supremos contidos na Constituição.

Aliás, a definição dos conteúdos dos bens jurídico-penais depende sempre das condições sociais, econômicas e culturais de cada sociedade e de cada época⁵⁴, uma vez que o tipo de conduta considerada socialmente nociva e, por conseguinte, o tipo de criminalidade

⁵¹ BATISTA define a política criminal como sendo o conjunto de “*princípios e recomendações para a reforma ou transformação da legislação criminal e dos órgãos encarregados de sua aplicação*”. BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 11ª edição. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 34. Por sua vez, Juarez Cirino dos SANTOS preleciona que “*a política criminal constitui o programa oficial de controle social do crime e da criminalidade*” ao passo que o direito penal “*representa o sistema de normas que define crimes, comina penas e estabelece os princípios de sua aplicação (...)*”. SANTOS, Juarez Cirino dos. *Teoria da pena: fundamentos políticos e aplicação judicial*. Curitiba: ICPC Lumen Juris, 2005, p. 01.

⁵² 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*. V. I. Coimbra: Coimbra editora, 1998, p. 391.

⁵³ CARVALHO, Ana Paula Vieira de. *Neoconstitucionalismo e taxatividade da lei penal: novos desafios do princípio da legalidade*. Tese de Mestrado apresentada em 2008 junto à Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Mimeografado, p. 24.

⁵⁴ Ainda assim, é atribuída ao italiano Raffaele Garófalo a tentativa de definir um conceito de delito natural, ou seja, o estabelecimento de um conceito de delito comum aos diferentes ordenamentos jurídicos. GARÓFALO, Raffaele. *Criminologia*. 1ª ed. 1885, p. 03 *apud* CUNHA, Maria Conceição Ferreira da. ‘*Constituição e crime*’: *uma perspectiva da criminalização e da descriminalização*. Porto: Editora UCP, 1995, p. 14/15.

variou no tempo e no espaço⁵⁵. A historicidade do crime provoca sua dependência sócio-cultural e daí emerge a necessidade de manter conexão íntima entre a concepção de Estado e a teoria do Direito Penal, sobretudo no tocante à política criminal⁵⁶.

Noutro giro, a teorização sobre a proteção de bens jurídicos como finalidade do Direito Penal tem, como um de seus primeiros marcos de desenvolvimento, o pensamento de Birnbaum (1834) no qual se afirma que o conteúdo do crime deveria ser buscado não na violação de direitos subjetivos, como defendia Feuerbach⁵⁷, mas sim na ofensa a valores assim reconhecidos pela sociedade, isto é, na ofensa a bens protegidos pela norma⁵⁸. No entanto, há que se dizer que a expressão bem jurídico foi primeiramente empregada por Binding, com o sentido hoje corrente na ciência penal⁵⁹.

Na década de 30, a noção de bem jurídico foi impugnada por estudiosos inspirados pela ideologia nacional-socialista, dada inspiração individual-libertária do conceito. Após a 2ª Guerra Mundial, a ideia foi retomada para o fim de fundamentar amplas descriminalizações, sobretudo, no tocante à liberdade sexual⁶⁰. A partir da metade da década de 70, a noção de bem jurídico passa a ser utilizada em sentido contrário, ou seja, como

⁵⁵ A noção de bem jurídico, ou seja, do interesse a ser protegido por norma penal, não pôde até agora ser determinada com segurança absoluta, variando no tempo e no espaço, embora haja um consenso relativamente largo sobre seu núcleo essencial. Neste sentido: FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito penal: parte geral: tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Portugal: Coimbra Editora, 2007, p. 120.

⁵⁶ Neste sentido, é a preleção de MIR PUIG, *verbis*: “Sigo pensando, hoy como ayer, que es necesario mostrar la conexión que debe existir entre la concepción del Estado y la teoría del Derecho penal, y tanto respecto a sua parte más evidentemente vinculada a la Política criminal del Estado, la relativa a la pena y las demás consecuencias jurídico-penales, como em cuanto a la teoría jurídica del delito, que tradicionalmente adolecía de um excessivo aislamiento de los principios políticos de la actuación estatal.” MIR PUIG, Santiago. *Estado, pena y delito*. Buenos Aires: B de F, 2006, p. XIII.

⁵⁷ VON FEUERBACH, Alselm. *Tratado de Derecho Penal*. Trad. E. R. Zaffaroni e Irmã Hagemeir. Buenos Aires: Hammurabi, 1989 apud PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 3ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 30.

⁵⁸ D’AVILA, Fabio Roberto. *Elementos para a legitimação do direito penal secundário*. In *Direito penal secundário: estudos sobre crimes econômicos, ambientais, informáticos e outras questões*. Coord. Fabio Roberto D’Avila e Paulo Vinicius Sporleder de Souza. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 79/80.

⁵⁹ GRECO, Luís. *Breves reflexões sobre os princípios da proteção de bens jurídicos e da subsidiariedade no direito penal*. In *Novos Rumos do direito penal contemporâneo*. Livro em homenagem ao Prof. Dr. Cezar Roberto Bitencourt. Coord. Andrei Zenkner Schmidt. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 402.

⁶⁰ A função político-criminal da noção de bem jurídico teve como grande conquista a descriminalização operada no direito penal alemão que, até a década de 70, ainda previa o homossexualismo como conduta punível. Cf. GRECO, Luís. ‘Princípio da Ofensividade’ e crimes de perigo abstrato – Uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Número 49. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, julho-agosto de 2004, p. 96.

fundamento da incriminação de comportamentos violadores de novos bens jurídicos, como a preservação do meio ambiente e o funcionamento da economia⁶¹.

Assim, a partir do fim do século passado, começa a ser contrariada a tendência liberalizadora que tomou conta do Direito Penal nos anos 50 e 60, quando ganharam força movimentos descriminalizadores. A partir de então, a ideia de bem jurídico-penal assume dupla função, isto é, ao lado do tradicional papel crítico e limitador da intervenção punitiva do legislador, passa a existir também a missão científica de impor a atuação do Direito Penal na proteção de valores difusos. Com efeito, a grande virada da teorização sobre bem jurídico-penal passa primeiramente pelo reconhecimento de que a introdução de bens jurídicos universais ou coletivos é uma característica do Direito Penal da atualidade no bojo do Estado Social e da sociedade do risco⁶².

Em termos evolutivos, o Direito Penal liberal, tradicional ou clássico é formado originalmente entre a segunda metade do século XVIII e a primeira do século XIX, sob a inspiração do Iluminismo e por influência de autores como Beccaria e Montesquieu, dentre outros. Trata-se da defesa de um sistema penal voltado para a tutela de direitos subjetivos individuais contra as intervenções punitivas do Estado que caracterizavam o Antigo Regime. Assim, desenvolveu-se um conjunto de idéias que funcionou como uma espécie de plataforma de resistência ao Estado e limitação ao ordenamento punitivo então vigente⁶³.

O ideário iluminista arraigou sentimentos fulcrados na teoria do contrato social que ainda hoje permeiam a visão dominante sobre os fins e limites do poder punitivo do Estado. Segundo esta perspectiva, só seria possível tutelar criminalmente as violações a direitos individuais, eis que o Estado teria por único objetivo resguardar a segurança da liberdade e da propriedade⁶⁴.

⁶¹ GRECO, Luís. *Breves reflexões sobre os princípios da proteção de bens jurídicos e da subsidiariedade no direito penal...* op. cit., p. 402/403.

⁶² MENDOZA BUERGO, Blanca. *El Derecho penal en la sociedad del riesgo*. Madrid: Civitas, 2001, p. 69 e 77.

⁶³ GOMES, Luiz Flávio. *Direito Penal tradicional versus 'moderno e atual' direito penal*. In Revista Brasileira de Ciências Criminais. Número 42. Ano 11. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, jan.-mar. de 2003, p. 236/237.

⁶⁴ ANDRADE, Manuel da Costa. *Contributo para o conceito de contra-ordenação*. In Direito penal econômico e europeu: textos doutrinários. v. I. Coimbra: Coimbra editora, 1998, p. 81.

Posteriormente, o segundo pós-guerra configurou o cenário de uma espécie de ajuste de contas⁶⁵ entre o Direito, a economia, a política e a sociedade. Os textos constitucionais dirigentes⁶⁶ se transformaram em *locus* desse novo perfil do direito, preocupado não apenas com a proteção absoluta do indivíduo, mas com o resguardo da comunidade a partir de uma nova dimensão dos direitos fundamentais. Tem-se aqui o marco de reformulação da teoria do bem jurídico.

O bem jurídico como impositivo objeto de proteção pelo ordenamento penal serve de espécie de filtro ou, na linguagem doutrinária figurada, como o “olho da agulha”⁶⁷ pelo qual os valores e interesses existentes no meio social têm de passar para serem considerados dignos de receber tutela por norma penal. Por conseguinte, a função primordial do Direito Penal é a de proteção de interesses e valores essenciais reconhecidos pelo ordenamento jurídico como importantes e, por isso, denominados de bens jurídicos⁶⁸.

Assim sendo, o bem jurídico pode ser entendido como um valor ideal proveniente da ordem social, juridicamente estabelecido e protegido, em relação ao qual a sociedade tem interesse na segurança e manutenção, tendo como titular, na acepção mais tradicional, o indivíduo e, na versão mais moderna, a própria coletividade⁶⁹. A definição dos bens jurídicos a serem tutelados no âmbito do Direito Penal Econômico é de tema de grande importância, eis que, com uma extensão desmedida do próprio conceito de delito econômico, corre-se o risco de se inviabilizar o correto direcionamento do estudo e aperfeiçoamento deste ramo da ciência penal.

É preciso assentar, desde logo, que o Direito Penal Econômico tutela, em termos genéricos, uma nova categoria de bens jurídicos, sendo estes envolvidos, em última

⁶⁵ STRECK, Maria Luiza Schäfer. *Direito penal e Constituição: a face oculta da proteção dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 20.

⁶⁶ CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e vinculação do legislador*. Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra Editora, 1994, p. 27.

⁶⁷ PEÑA CABRERA, Raul. *El bien jurídico en los delitos económicos (con referencia al código penal peruano)*. In Revista Brasileira de Ciências Criminais. Ano 3. Número 11. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, julho-setembro de 1995, p. 37.

⁶⁸ FELDENS, Luciano. *A constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle das normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 44. Conforme preleção FIGUEIREDO DIAS, bem jurídico “é a expressão de um interesse, da pessoa ou da comunidade, na manutenção ou integridade de um certo estado, objecto ou bem em si mesmo socialmente relevante e por isso juridicamente reconhecido como valioso.” Cf. FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito penal: parte geral: tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Portugal: Coimbra Editora, 2007, p. 114.

⁶⁹ PEREIRA, Cláudio José Langroiva. *Proteção jurídico-penal e direitos universais – tipo, tipicidade e bem jurídico universal*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 71.

análise, pela ordem constitucional econômica. Portanto, é certo que não se tem aqui o fruto de mero capricho, arbitrariedade⁷⁰ ou criação artificial por parte do legislador⁷¹, mas tão-somente uma decorrência natural do modelo de atuação estatal na economia, sendo este democraticamente definido na Constituição⁷².

Neste ponto, cabe aludir ao alerta feito por GRECO⁷³ de que bens jurídicos coletivos não configuram uma autêntica novidade no Direito Penal, haja vista que não foram introduzidos com o advento da temática ambiental e econômica. Podem ser citados, como exemplos, os crimes de falsidade de moeda e de corrupção, existentes em toda e qualquer legislação penal desde tempos mais longínquos. Tais delitos tutelam bens jurídicos coletivos e que jamais foram contestados por isso⁷⁴. Em verdade, a grande novidade não está na consagração em si, mas na recente expansão do rol de interesses coletivos cuja tutela tem sido entregue ao Direito Penal por diversas razões.

⁷⁰ Sobre o assunto, confira-se o dizer de ARAUJO JUNIOR: “*Nos Estados Democráticos de Direito os abismos sociais devem ser eliminados e as desigualdades corrigidas. Nesse tipo de Estado proclama-se o dever dos poderes públicos de promover as condições para que a liberdade e a igualdade sejam reais e efetivas. No Estado Democrático de Direito, a imagem abstrata do homem livre e igual é substituída pela do homem condicionado e desigual. A imagem do homem própria do Estado Democrático de Direito é a do homem situado, do homem nas suas condições concretas: do homem em seu posto de trabalho, como trabalho dependente; do homem como participante da ordem econômica, afeta a fins sociais; do homem como consumidor; do homem em seu ambiente. Este o motor normativo da transformação do catálogo de bens jurídicos, que experimentam os Códigos Penais (...) Assim sendo, os bens jurídicos a serem selecionados pela lei penal não se limitam mais aos ‘naturais’ e ao patrimônio individual. A inserção social do homem é muito mais ampla, abrangendo todas as facetas da vida econômica. Daí um novo bem jurídico: a ordem econômica, que possui caráter supra-individual e se destina a garantir a política econômica do Estado, além de um justo equilíbrio na produção, circulação e distribuição da riqueza entre os grupos sociais. Esse bem jurídico, entretanto, não é arbitrário, pois decorre do tipo de Estado definido nas Constituições.*” ARAUJO JUNIOR, João Marcello de. *O Direito Penal Econômico*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Número 25. Ano 7. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, jan.-mar. de 1999, p. 150/151.

⁷¹ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Principios políticocriminales que inspiran el tratamiento de los delitos contra el orden socioeconómico en el proyecto de código penal español de 1995*. In Revista Brasileira de Ciências Criminais. Ano 3. Número 11. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, julho-setembro de 1995, p. 10 e 48. No mesmo sentido: PEÑA CABRERA, Raul. *El bien jurídico en los delitos económicos (con referencia al código penal peruano)*. In Revista Brasileira de Ciências Criminais. Ano 3. Número 11. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, julho-setembro de 1995, p. 48.

⁷² ARAUJO JUNIOR, João Marcello de. *O Direito Penal Econômico*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Número 25. Ano 7. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, jan.-mar. de 1999, p. 150/151.

⁷³ GRECO, Luís. ‘*Princípio da Ofensividade*’ e crimes de perigo abstrato – Uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Número 49. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, julho-agosto de 2004, p. 104. Ainda segundo o mencionado autor, bens jurídicos são “*dados fundamentais para realização pessoal dos indivíduos ou para a subsistência do sistema social, nos limites de uma ordem constitucional.*” Op. cit., p. 107.

⁷⁴ GRECO, Luís. ‘*Princípio da Ofensividade*’ e crimes de perigo abstrato – Uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Número 49. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, julho-agosto de 2004, p. 104.

Como visto anteriormente, a evolução histórica do tratamento normativo, no campo constitucional e infralegal, das metas e princípios que compõem a chamada ordem econômico-social ratifica a importância da garantia da disciplina estabelecida, cabendo relembra, neste aspecto, as crises e prejuízos sociais que antecederam a efetiva dedicação do Estado ao tema.

Noutro giro, em sua condição de objeto do Direito Penal, os valores ligados à ordem econômico-social tem por marca principal a sua natureza universal, supraindividual, metaindividual, coletiva⁷⁵ ou difusa⁷⁶, isto é, envolve valores titulados por quantidade indeterminada de indivíduos. Assim sendo, a ordem econômico-social abrange direitos e interesses que dizem respeito à toda comunidade, embora os mesmos não pertençam, de forma individual ou exclusiva, a ninguém especificamente.

O Direito Penal Econômico traz, portanto, um elemento novo em relação ao Direito Penal chamado de clássico ou liberal que, por circunstâncias históricas, acostumou-se a envolver com sua capa protetora apenas bens jurídicos individuais no seio de uma realidade em que ofensor e vítima eram perfeitamente identificáveis, ao menos no aspecto quantitativo. Vale dizer que a diferença entre os bens jurídicos individuais e universais apenas compõe uma forma alternativa de visualização, pois ambas as modalidades de interesses estão a cargo da proteção jurídica do Estado.

Por outro lado, não mais se discute atualmente o dever estatal de intervir na economia, não só substituindo a iniciativa privada quando isto seja imprescindível⁷⁷, como controlando-a e corrigindo seus excessos. Assim, pelo menos pelo prisma do liberalismo econômico capitalista, o que era originalmente considerado uma anomalia ou artifício

⁷⁵ GRECO, Luís. *'Princípio da Ofensividade' e crimes de perigo abstrato – Uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Número 49. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, julho-agosto de 2004, p. 104.

⁷⁶ Por ser tema não conexo ao objeto deste estudo, não se fará uso da diferença estabelecida alhures entre interesses coletivos e difusos, razão pela qual tais expressões serão mencionadas indistintamente para o fim de designar direitos, interesses ou valores titulados por um número indeterminado de pessoas. Advirta-se, no entanto, que, por força do art. 81 da Lei n. 8.078/90 e com fins processuais, os primeiros são tidos como identificáveis a partir de uma classe, grupo ou categoria de indivíduos vinculados entre si por laços fáticos ou jurídicos (ex. associação sindical ou de moradores de determinado local) ao passo que os últimos referem-se a interesses pertencentes a um número indeterminado de indivíduos (ex.: preservação do meio ambiente e da ordem econômico-social).

⁷⁷ Por força da expressa disposição contida no art. 173, *caput* da CR/1988, a exploração de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei. Reforça-se, com isto, a advertência segundo a qual não é função do governo fazer um pouco melhor, ou um pouco pior, o que os outros podem fazer, e, sim, fazer o que ninguém pode fazer.

excepcional, hoje é tido como algo absolutamente normal e até mesmo vital para a subsistência da economia de mercado⁷⁸.

Por força das idéias embutidas nos conceitos de intervenção mínima do ordenamento punitivo (dentre elas, a subsidiariedade e a fragmentariedade), é sabido que o sistema penal estabelecido e mantido pelo Estado não deve proteger todo e qualquer interesse, ainda que de índole constitucional. Ao contrário, o braço punitivo do Estado deve ater-se tão-somente àqueles interesses que, além de serem inequivocamente mais caros à convivência em sociedade, não foram ou não podem ser tutelados, de forma adequada e eficaz, por outros instrumentos normativos. Esta noção é reforçada no campo penal-econômico, tendo em vista a própria subsidiariedade da atuação e do controle do Estado sobre a ordem econômica⁷⁹. Logo, se por um lado a liberdade tem na seara econômico-empresarial grande extensão, por outro, a atuação regradora do Estado se faz especialmente importante, sobretudo nos setores e matérias constitucionalmente referidos.

Particularmente no âmbito econômico, a insuficiência dos demais instrumentos estatais de proteção para elidir comportamentos violadores da ordem constitucional resta evidente, o que se afirma, mais especificamente, em relação ao Direito Civil e ao Direito Administrativo. De forma isolada, as meras ameaças legais consistentes na interdição de atividades e na reparação dos danos causados carecem não só de pouca aplicabilidade prática, mas principalmente de efetivo potencial inibidor dos agentes econômicos privados⁸⁰.

Nesta linha de raciocínio, a garantia de prestações inerentes à ordem social se dá, por exemplo, por meio da punição de crimes contra a previdência e contra a ordem tributária. Pode-se afirmar que se trata de exigência do Estado moderno surgida da

⁷⁸ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Principios políticocriminales que inspiran el tratamiento de los delitos contra el orden socioeconómico em el proyecto de código penal español de 1995*. In Revista Brasileira de Ciências Criminais. Ano 3. Número 11. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, julho-setembro de 1995, p. 09.

⁷⁹ Vide, em especial, o teor dos artigos 173 e 174 da CR/88.

⁸⁰ Não é por outra razão que, em artigo intitulado “Muito grande para viver”, o economista Joseph E. Stiglitz reconhece a incapacidade das instâncias regulatórias para fiscalizar bancos e corporações atuantes no mercado financeiro, asseverando o seguinte: “*Se pudéssemos ter mais confiança em nossas instâncias regulatórias, poderíamos ficar mais relaxados sobre todos os demais problemas. Mas reguladores e supervisores são falíveis, o que torna necessário que ataquemos os problemas por todos os lados.*” Para ilustrar esta realidade, basta dizer que, segundo o *Wall Street Journal*, Bernard Madoff, 71 anos de idade, conhecido empresário norte-americano proprietário da *BLM Investment Securities*, foi investigado 8 vezes nos últimos 16 anos pela *SEC – Securities and Exchange Commission*, órgão regulador nos EUA, sem que qualquer irregularidade fosse detectada. Como é sabido, Madoff foi condenado nos EUA a 150 anos de prisão sob a acusação da prática do esquema conhecido como “pirâmide”, consistente em fraudes que envolviam constituição de empresas-fantasma e maquiagem contábil. Fonte: Jornal O Globo, de 06.01.2009, p. 20.

necessidade de assegurar o cumprimento de fins assistenciais de caráter público dos quais dependem milhares de indivíduos. Com essa função, o Direito Penal contribui para o resguardo de prestações constitucionalmente impostas ao Estado com vistas a possibilitar aos cidadãos o livre desenvolvimento da sua personalidade, o que é tido como pressuposto do ideal de preservação da dignidade humana⁸¹. Em outras palavras, estamos diante do que ROXIN⁸² bem denominou de função social do Direito Penal.

O Estado Democrático de Direito tem por objetivos primordiais a eliminação de abismos sociais e a correção das desigualdades, razão pela qual constitui dever do Poder Público promover liberdade e igualdade efetivas. Destarte, os bens jurídicos a serem selecionados pela lei penal não se limitam mais ao patrimônio e liberdade individuais, haja vista que, modernamente, emerge a faceta social da personalidade humana, mais ampla por natureza. Este é o vetor da transformação do catálogo de bens jurídicos experimentada pelos sistemas penais da atualidade⁸³.

Este traço diferencial culmina na produção de duas zonas relativamente autônomas na atividade protetiva do Estado: uma que visa a resguardar a esfera pessoal do homem, outra que visa a proteger sua esfera de atuação social, ou seja, o homem como membro da comunidade⁸⁴. Vale dizer que estes dois âmbitos do ordenamento jurídico-penal

⁸¹ PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 3ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 64/65.

⁸² Confira-se o respectivo trecho, *verbis*: “*Eu parto de que as fronteiras da autorização de intervenção jurídico-penal devem resultar de uma função social do Direito Penal. O que está além desta função não deve ser logicamente objeto do Direito Penal. A função do Direito Penal consiste em garantir a seus cidadãos uma existência pacífica, livre e socialmente segura, sempre e quando estas metas não possam ser alcançadas com outras medidas político-sociais que afetem em menor medida a liberdade dos cidadãos.*” ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*. Org. e Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 16/17.

⁸³ Os bens jurídico-penais chamados universais ou metaindividuais podem ser conceituados como “*dados fundamentais para a realização pessoal dos indivíduos ou para a subsistência do sistema social, compatíveis com a ordem constitucional*. Neste sentido: GRECO, Luís. *Breves reflexões sobre os princípios da proteção de bens jurídicos e da subsidiariedade no direito penal...* op. cit., p. 409.

⁸⁴ Sobre o tema, é importante a menção à lição de FIGUEIREDO DIAS quanto à distinção entre o que chamou de “direito penal de justiça” e “direito penal secundário”, *verbis*: “*A forma de relacionamento entre a ordem axiológica constitucional e a ordem legal dos bens jurídicos dignos de tutela penal permite, de resto, alcançar e fundamentar uma distinção que a cada dia se revela mais importante para a política criminal e a dogmática jurídico penal: a distinção entre o chamado direito penal de justiça, direito penal ‘clássico’ ou direito penal primário, de um lado essencialmente correspondente àquele que se encontra contido nos códigos penais; e de outro lado o direito penal administrativo, direito penal secundário ou direito penal extravagante, por isso contido em leis avulsas não integradas nos códigos penais. A diferença entre estas duas categorias, à primeira vista de caráter formal e ocasional, acaba no fundo por radicar essencialmente, de um ponto de vista material, no diferente âmbito de relacionamento do bem jurídico com a ordenação axiológica constitucional. Pois*

não são antagônicos, mas complementares. Já que a função do Direito Penal é a tutela de bens jurídicos essenciais à realização humana, isto necessariamente deve abranger tanto o aspecto individual, quanto o comunitário.

Ainda sobre este tema, tem-se o paradigma delitivo como ofensa a bens jurídicos convertido em linguagem normativa sob a denominação de princípio da ofensividade ou lesividade, o que traduz projeção de base político-ideológica que importa em adequada forma de pensar o Direito Penal e o fenômeno criminal no contexto de um autêntico Estado Democrático de Direito.

O princípio da ofensividade ou lesividade espelha basicamente a exigência de que a constatação de crime importe na violação de bens jurídicos. Toda previsão de tipo penal é resultado da ponderação de valores na qual o direito fundamental à liberdade é restringido em benefício da conservação de outros valores. Por certo, a ofensividade configura exigência constitucional de legitimidade das normais penas incriminadoras de modo que é a necessária compatibilização axiológica entre a Constituição e a legislação a fim de justificar a aludida limitação intrínseca à formulação de juízos de necessidade da tutela penal.

No Estado moderno, junto a essa proteção de bens jurídicos previamente dados, surge a necessidade de assegurar, se necessário por meio da norma penal, o cumprimento das prestações de caráter público das quais depende o indivíduo. A proteção dos bens jurídicos constitutivos da sociedade e a garantia das prestações públicas essenciais possibilitam ao cidadão o livre desenvolvimento da sua personalidade, que a vigente Constituição considera como pressuposto de uma condição digna⁸⁵.

Por estar inserido no rol de instrumentos normativos que necessariamente devem colaborar para cumprimento das metas⁸⁶ do Estado Democrático de Direito, a função

enquanto os crimes do direito penal de justiça se relacionam em último termo, directa e ou indirectamente, com a ordenação jurídico-constitucional relativa aos direitos, liberdades e garantia das pessoas, já os do direito penal secundário – e de que se encontram exemplos por excelência no direito penal econômico (da empresa, do mercado de trabalho, da segurança social...), financeiro, fiscal, aduaneiro, etc. – se relacionam essencialmente com a ordenação jurídico-constitucional relativa aos direitos sociais e à organização econômica.” FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito penal: parte geral: tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Portugal: Coimbra Editora, 2007, p. 120/121.

⁸⁵ PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 3ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 64/65.

⁸⁶ Não há dúvidas de que os crimes contra o sistema financeiro (Lei n. 7.492/86) e os crimes contra a ordem econômica (Lei n. 8.176/91) e tributária (Lei n. 8.137/90) estão incluídos no âmbito do Direito Penal Econômico, eis que visam a resguardar, respectivamente, relevantes interesses difusos, tais como: a organização do mercado,

do Direito Penal consiste em garantir aos cidadãos uma existência pacífica, livre e socialmente segura, sempre e quando estas metas não possam ser alcançadas com outras medidas político-sociais que afetem em menor medida a liberdade dos cidadãos⁸⁷.

Destarte, a eventual dissonância entre a prática político-criminal levada a cabo pelo Estado e aquela esperada a partir dos compromissos político-jurídicos assumidos pela Constituição denota a obrigação de fixar balizas razoavelmente seguras para pautar os processos de criminalização e descriminalização abrangidos no processo legislativo e hermenêutico-aplicativo⁸⁸, tema este que tem relevantes desdobramentos no Direito Penal econômico, como será visto mais adiante.

2.2. A filtragem constitucional e o Direito Penal.

A locução constitucionalização é de uso relativamente novo e decorre da igualmente recente admissão de uma maior projeção dos interesses constitucionalmente consagrados sobre todos os ramos do conhecimento jurídico, ocasionando o fenômeno que se convencionou denominar de constitucionalização do Direito⁸⁹. Este processo é assentado na

a regularidade dos seus instrumentos, a confiança neles exigida, a segurança dos negócios, bem como a higidez das contas públicas. Neste sentido: ARAUJO JUNIOR, João Marcello de. *Os crimes contra o sistema financeiro no esboço de nova parte especial do código penal de 1994*. In Revista Brasileira de Ciências Criminais. Ano 3. Número 11. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, julho-setembro de 1995, p. 149.

⁸⁷ ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*. Org. e Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 16/17.

⁸⁸ D'AVILA, Fabio Roberto. *Elementos para a legitimação do direito penal secundário...* op. cit., p. 85.

⁸⁹ O ponto de partida para toda a discussão em torno da constitucionalização do Direito se deu na Alemanha, sendo neste ponto esclarecedora a lição de BARROSO, *verbis*: “*Há razoável consenso de que o marco inicial do processo de constitucionalização do Direito foi estabelecido na Alemanha. Ali, sob o regime da Lei Fundamental de 1949 e consagrando desenvolvimentos doutrinários que já vinham de mais longe, o Tribunal Constitucional Federal assentou que os direitos fundamentais, além de sua dimensão subjetiva de proteção de situações individuais, desempenham uma outra função: a de instituir uma ordem objetiva de valores. O sistema jurídico deve proteger determinados direitos e valores, não apenas pelo eventual proveito que possam trazer a uma ou a algumas pessoas, mas pelo interesse geral da sociedade na sua satisfação. Tais normas constitucionais, condicionam a interpretação de todos os ramos do Direito, público ou privado, e vinculam os Poderes estatais. O primeiro grande precedente na matéria foi o caso Lüth, julgado em 15 de janeiro de 1958.*” BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 355. O fato citado diz respeito a Erich Lüth que, na condição de presidente do clube de Imprensa da cidade de Hamburgo, Alemanha, incitava o boicote ao filme intitulado “o amante imortal”, dirigido por Veit Harlan e que teria conteúdo aparentemente anti-semita, o que justificava a ligação deste cineasta com o regime nazista. A produtora e a distribuidora do filme obtiveram, em primeiro grau de jurisdição, decisão favorável na qual se determinou a cessação de tal conduta. O Tribunal Constitucional Federal reformou a decisão, fixando que o direito fundamental à liberdade de pensamento e expressão deveria fundamentar a interpretação das normas do Código Civil acerca de responsabilidade patrimonial e não o inverso.

revalorização do princípio da supremacia da Constituição de modo que a toda a ordem jurídica passasse a ser vista sob as luzes do estatuto constitucional.

Em que pese a constatação de que esta vereda inescapável e benfazeja já é percorrida há tempos por outros setores da ciência jurídica, torna-se curioso notar que o mesmo não ocorre no campo penal. Isto se deve ao desmedido apego de parcela dos penalistas pátrios⁹⁰ ao positivismo legalista e a princípios dogmáticos secularmente arraigados que insistem em enxergar o Direito Penal como um mero sistema de leis supremas e auto-suficientes⁹¹.

A consequência disto é traduzida em desprezo pela visão sistêmica do ordenamento, como se o Direito Penal pudesse, de fato, manter-se como uma ilha distanciada do continente composto pelos demais ramos que compõem a ciência jurídica. Este prisma importa em “penalizar” a Constituição, isto é, em buscar inserir na Carta Fundamental os valores coletados na e pela legislação penal. Esta inversão torna totalmente alheio ao Direito Penal o respeito à principiologia constitucional⁹²

Como corolário relevante da preeminência normativa da Constituição, tem-se o mecanismo da filtragem constitucional⁹³, que consiste basicamente na imposição de releitura e

⁹⁰ Sublinhe-se que, na doutrina penal estrangeira, a expressão filtragem constitucional já fora utilizada por Arturo Santoro, em 1938, exatamente denotando a necessidade de aprofundamento quanto aos tópicos inerentes à influência da Constituição sobre o Direito Penal. Neste sentido: SANTORO, Arturo. *Manuale di diritto penale*. Torino: UTET, 1938, p. 56. Apud SCHIER, Paulo Ricardo. *Filtragem constitucional: construindo uma nova dogmática jurídica*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999, p. 104.

⁹¹ Neste sentido, assiste razão a STRECK ao criticar a postura conservadora de alguns penalistas brasileiros, verbis: “(...) lamentavelmente, examinando a tradição jurídica brasileira, é possível constatar a existência de um certo fascínio em torno do direito infraconstitucional, ao ponto de se adaptar a Constituição às leis ordinárias... e não o contrário! Enfim, continuamos a olhar o novo com os olhos do velho... A Constituição – e tudo o que representa o constitucionalismo contemporâneo – ainda não atingiu o seu devido lugar no campo jurídico brasileiro.” STRECK, Lenio Luiz. *O crime de porte de arma à luz da principiologia constitucional e do controle de constitucionalidade: três soluções à luz da hermenêutica*. Revista de Estudos Criminais do ITEC, n. 1, 2001.

⁹² Cf. Prefácio de Salo de Carvalho à seguinte obra: SCHMMIDT, Andrei Zenkner. *O princípio da legalidade penal no Estado Democrático de Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

⁹³ O instituto da filtragem constitucional reflete a ideia de visão do direito infraconstitucional sob a lente da Constituição. Confira-se a preleção contida no seguinte trecho: “Utiliza-se a expressão ‘Filtragem Constitucional’ em virtude de que ela denota a ideia de um processo em que toda a ordem jurídica, sob a perspectiva forma e material, e assim, os seus procedimentos e valores, deve passar sempre e necessariamente pelo filtro axiológico da Constituição Federal, impondo, a cada momento de aplicação do Direito, uma releitura e atualização de suas normas. A expressão, ademais, foi utilizada pela primeira vez no Brasil, com este sentido, pelo Prof. Dr. Clemerson Merlin Clève (...)”. SCHIER, Paulo Ricardo. *Filtragem constitucional...* op. cit., p. 104.

readaptação de toda a ordem jurídica infraconstitucional à luz do filtro axiológico composto pelos valores albergados na Constituição⁹⁴.

Em diversos outros campos do Direito são substanciais os resultados do movimento de filtragem constitucional. Há muito já se fala, por exemplo, na emergência do Direito Civil Constitucional⁹⁵, onde ganha força a tendência de despatrimonialização ou “repersonalização”⁹⁶, que consiste basicamente na elevação do ser humano ao centro das atenções normativas em substituição à pujança anterior dos bens, direitos e obrigações que integram a noção de patrimônio. O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana é o pilar desta concepção que culmina com o paulatino surgimento de microssistemas normativos e com a perda da importância exclusiva do Código Civil⁹⁷. Ainda no âmbito civil podem ser citadas outras importantes transformações, tais como: a revisão do predomínio absoluto da autonomia da vontade; a introdução de normas de ordem pública por meio da funcionalização ou socialização do direito de propriedade e da teoria geral dos contratos; o

⁹⁴ As premissas decorrentes deste movimento são condensadas e bem expostas por SCHIER, nos seguintes termos: “(i) todas as normas infraconstitucionais devem ser interpretadas no sentido mais concordante com a Constituição – primado da interpretação conforme; (ii) as normas de direito ordinário desconformes com a Constituição são inválidas, não podendo ser aplicadas pelos tribunais e devendo ser anuladas pelo Tribunal Constitucional e (iii) salvo quando não são exequíveis por si mesmas, as normas constitucionais aplicam-se diretamente, mesmo sem lei intermediária, ou contra ela e no lugar dela (...)”. SCHIER, Paulo Ricardo. *Filtragem constitucional...* op. cit., p. 146.

⁹⁵ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: introdução ao Direito Civil Constitucional*; 2ª edição, Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 33. Trata-se de tradução da obra original, publicada esta em 1975. Sobre este tema, é interessante a análise feita por Renan Lotufo sobre a resistência quanto à superação da preponderância absoluta do Código Civil em prol da valorização constitucional, o que, de certa forma, é reproduzido na seara penal. Eis a preleção: “Esses são os doutrinadores que encontramos nos mais divulgados manuais, uma doutrina no mais das vezes incompatível com o ordenamento que temos. Esta doutrina parte do Código Civil como o centro, numa visão que nada tem a ver com o nosso sistema vigente. Um Código Civil que vale mais que a própria Constituição. Por mais que pareça estranho para nós, esta foi a ideologia que prevaleceu na França até os dias de hoje, tanto o Código vale mais que a Constituição que aquele país jamais teve um Tribunal Constitucional, resolvendo seus problemas constitucionais em Tribunais Administrativos (...) O Código Civil é o monumento legislativo, é o centro do Direito Civil e o símbolo da história do cidadão francês. Esta concepção servirá de molde para muitas estruturas legislativas, sem falar na forma de encarar e interpretar o sistema legislativo. O Direito francês, com toda sua influência, será exatamente aquilo que o revolucionário quis, ou seja, o juiz será a boca da lei, o escravo da lei. Não pode interpretá-la, deve seguir o raciocínio puramente dedutivo e aplicar estritamente o que está na lei.” LOTUFO, Renan. *Da oportunidade da Codificação Civil e a Constituição*. In *O novo Código Civil e a Constituição*. Org. Ingo Wolfgang Sarlet. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 19/20.

⁹⁶ FACHIN, Luiz Edson e RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Um projeto de Código Civil na contramão da Constituição*. Revista Trimestral de Direito Civil, n. 4, 2004, p. 243.

⁹⁷ O pioneirismo da proposta de constitucionalização do Direito Civil no Brasil é atribuído a Maria Celina Bodin de Moraes (“A caminho de um direito civil constitucional” in Revista de Direito Civil, v. 65, p. 23 e segs.) e Gustavo Tepedino (“Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil” in Temas de Direito Civil. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, p. 1/22).

crescente dirigismo contratual e o reconhecimento da oponibilidade dos direitos fundamentais no seio das relações privadas.

Com efeito, o Direito Administrativo também não passou ao largo desta tendência, eis que encontram-se em processo de revisão doutrinária vários dogmas até então tidos como inabaláveis, como, por exemplo: a insindicalidade judicial do mérito do ato administrativo e o caráter absoluto do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado⁹⁸.

Como é óbvio, o Direito Penal não pode permanecer imune à onda do neoconstitucionalismo⁹⁹, o novo paradigma na teoria do direito. Ao revés, o sistema normativo-penal deve ser submetido aos seus efeitos a fim de que a Carta Magna sirva enfim de fonte irrigadora da lei penal em todos os momentos, desde sua elaboração até sua aplicação concreta, atuando como parâmetro de sua legitimidade. É chegada a hora de tornar real, no campo penal, a tendência de contaminação constitucional que atualmente impregna pesquisas científicas em outros ramos do conhecimento jurídico, qual seja: “*Ontem os Códigos; hoje as Constituições*”¹⁰⁰.

Nesta linha, deve-se admitir que a almejada transformação do pensamento sobre o sistema punitivo estatal já teve início, eis que o próprio garantismo penal, movimento hoje tão badalado, constitui em essência uma proposta de revisão dos critérios de criação e interpretação das normas penais à luz direitos fundamentais, o que, em última análise, traduz

⁹⁸ SARMENTO, Daniel. *Interesses Públicos versus Interesses Privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

⁹⁹ STRECK, Lenio Luiz. *O princípio da proporcionalidade e as possibilidades de filtragem hermenêutico-constitucional: análise de um acordo garantista*. In *Novos rumos do direito penal. Livro em homenagem ao Prof. Dr. Cezar Roberto Bitencourt*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 347/374. Discorrendo sobre a constitucionalização do Direito e o papel da jurisdição constitucional em relação ao ordenamento jurídico-penal, o referido autor assim se manifestou, *verbis*: “(...) a toda evidência, o direito penal não está imune a essa revolução copérnica. Por isto, a necessidade de um cultura jurídica que ainda prefere interpretar a Constituição de acordo com os Códigos e não o contrário.” *Op. cit.*, p. 374.

¹⁰⁰ É emblemática a frase construída por BARROSO a partir da conjugação de teses de outros dois professores, *verbis*: “*Ontem os Códigos; hoje, as Constituições. A revanche da Grécia contra Roma.*” Explica BARROSO que a primeira parte da frase (‘Ontem os Códigos; hoje as Constituições’) foi pronunciada por Paulo Bonavides ao receber a medalha Teixeira de Freitas, no Instituto dos Advogados Brasileiros, em 1998. O complemento foi feito por Eros Roberto Grau ao receber a mesma medalha, em 2003, em discurso publicado em avulso pelo IAB no qual explicitava a evolução do direito de propriedade, antes justificado pela origem, agora legitimado pelos fins, haja vista que a propriedade que não cumpre sua função social não merece proteção jurídica qualquer. BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo...* *op. cit.*, p. 368.

exemplo típico de filtragem constitucional aplicada ao Direito Penal¹⁰¹, tema este que será abordado oportunamente.

2.3. O Direito Penal Constitucional.

Por ser a Constituição sede primordial de consagração de direitos e garantias fundamentais, sua relação com o Direito Penal é necessariamente estreita¹⁰², uma vez que não há tipificação delitiva e fixação de pena que não importem em restrição a direitos fundamentais. Daí advém a razão de ser do preciso dizer de ZAFFARONI e PIERANGELI¹⁰³, segundo o qual a Constituição configura a primeira manifestação legal da política penal, dentro de cujo âmbito deve enquadrar-se a legislação penal propriamente dita de modo a cumprir o ditame da supremacia constitucional¹⁰⁴.

¹⁰¹ Neste aspecto, vale transcrever a preleção de Luciano FELDENS, *verbis*: “De fato, não há como negarmos uma relação de vinculação, de índole material (substancial), a prender a produção legislativa ordinária à Constituição, presente a dupla dimensão de legitimidade das normas: a vigência, que respeita à forma dos atos normativos e que depende de sua correspondência com as normas formais sobre a sua formação, e a validade, que se refere ao seu conteúdo e que depende de sua coerência com as normas substanciais, sejam regras, sejam princípios, envoltas à sua produção, providência intelectual essa que resulta da assunção dos postulados do – que modernamente se tem designado – neoconstitucionalismo. Essa dúplici sujeição do Direito ao Direito (dúplici regulação jurídica do Direito positivo) exterioriza-se como uma das conquistas mais importantes do Direito contemporâneo, definindo o paradigma do Estado constitucional de Direito – ou, na acepção de Ferrajoli, o modelo garantista –, a designar um modelo de ordenamento dotado de meios de invalidação do exercício do poder em contraste com normas superiores ditadas para a tutela de direitos fundamentais”. FELDENS, Luciano. *A constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle das normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 35/36. A referência é feita ao seguinte texto: FERRAJOLI, Luigi. *O direito como sistema de garantias*. In *O novo em Direito e Política*. Org. José Alcebíades de Oliveira Júnior. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 96.

¹⁰² Confira-se o trecho da lição doutrinária a respeito, *verbis*: “Cuando se inquiere al penalista la relación entre Derecho penal y Constitución se le formula una pregunta que haga referencia esencialmente a la legitimidad y a los límites del ‘jus puniendi’. Al menos, en la doctrina española, es indiscutido que de la Norma fundamental se derivan los principios y reglas esenciales que deben respetarse en los procesos de incriminación, en la imputación del comportamiento o asignación de la responsabilidad penal e, igualmente, en el fin de la pena.” ARROYO ZAPATERO, Luis. *Derecho Penal económico y constitucion*. *Revista Penal*, v. 1, n. 1, 1998, p. 1.

¹⁰³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 135.

¹⁰⁴ Conforme reconhece BITENCOURT, há necessidade urgente de constitucionalizar o Direito Penal brasileiro, prossequindo o autor com a seguinte exposição, *verbis*: “Enquanto o Poder Legislativo não elaborar as necessárias e indispensáveis adaptações, cabe ao Poder Judiciário, em sua função integradora e transformadora, típica do Estado Democrático de Direito, efetuar as correções (adaptações) das leis, utilizando-se para tal dos modernos mecanismos hermenêuticos, como a interpretação conforme a Constituição (Verfassungskonforme Auslegung), a nulidade parcial sem redução de texto (Teilnichtigklärung ohne Normtextreduzierung) e a declaração da inconstitucionalidade das leis incompatíveis com a Constituição (...).” BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. Parte Especial. Volume 3. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 56.

A Constituição é, portanto, a pauta axiológica a ser observada pelo legislador penal em dois aspectos básicos: (1) como limite ao *jus puniendi*, ou seja, proibição de criminalização ou do excesso criminalizador e (2) como critério determinante de proteção jurídico-penal de bens ou interesses de notória relevância constitucional¹⁰⁵.

Obviamente que, considerando as múltiplas versões que o interesse público pode assumir, o Estado tem a seu dispor variados meios para resguardá-lo. Dentre os artifícios utilizáveis nesta tarefa, o Direito Penal aparece como última opção exatamente por constituir a mais drástica e incisiva forma de restrição à liberdade individual, muito embora tenha a louvável finalidade de garantir a convivência de todos os cidadãos¹⁰⁶. Tal realidade em nada abala, mas, ao contrário, reforça a impositiva incursão constitucional em questões de política criminal.

Na linha da exposição feita, acredita-se que o embasamento para a seleção de interesses jurídicos tuteláveis pelo Estado e para a escolha do instrumento normativo com que se veiculará esta proteção deve ser buscado na Constituição, eis que, ao menos em tese, esta se qualifica como reduto primeiro dos valores prezados por uma sociedade democraticamente organizada¹⁰⁷. Destas premissas, extrai-se a essência do Direito Penal Constitucional, mais precisamente, quanto à proposta de constitucionalização do bem jurídico-penal¹⁰⁸, havendo

¹⁰⁵ Neste sentido, vale conferir o dizer de Luciano FELDENS, *verbis*: “(...) importa ressaltar que as conexões entre a Constituição e o Direito Penal não se reduzem ao estabelecimento, por aquela, de limitações ao direito de punir. Para além de estabelecer-se como limite material ao *jus puniendi*, a Constituição figura como fonte valorativa e mesmo como fundamento normativo do Direito Penal incriminador; é dizer, funciona não apenas para proibir, senão também para legitimar, e eventualmente impor, em situações determinadas ou determináveis, a proteção jurídico-penal de bens jurídicos, notadamente quando conectados à categoria dos bens ou interesses investidos de nota da fundamentalidade.” FELDENS, Luciano. *A conformação constitucional do Direito Penal: realidades e perspectivas...* op. cit., p. 854.

¹⁰⁶ JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *O contrabando: uma revisão de seus fundamentos teóricos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 04.

¹⁰⁷ Neste sentido é a seguinte preleção, *verbis*: “Sendo a Constituição a norma fundamental de cada comunidade e impondo, assim, os seus princípios, a todo o ordenamento jurídico, refletindo ela as concepções dominantes de uma sociedade, espelhando o que nesta há de mais essencial e de mais consensual, parece-nos estar apta para desempenhar o papel de orientadora do legislador penal na escolha dos factos a criminalizar. Pelo menos, parece-nos fazer sentido perguntar pela existência desta função orientadora por parte da Constituição quanto à tarefa criminalizadora/descriminalizadora, ou seja, quanto à definição dos bens jurídico-penais.” CUNHA, Maria Conceição Ferreira da. *‘Constituição e crime’: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização*. Porto: Editora UCP, 1995, p. 19.

¹⁰⁸ LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. 2ª edição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003, p. 172. A referência à tese estrita também é retratada em PRADO, Luiz Régis. *Bem Jurídico-Penal e Constituição*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 65.

dissenso doutrinário quanto à extensão dos efeitos deste fenômeno sobre a atuação do legislador, conforme será demonstrado em seguida.

Assim, segundo a teoria estrita¹⁰⁹, os fundamentos e bens jurídicos a serem tutelados por normas penais incriminadoras devem ser calcados exclusivamente nos direitos fundamentais consagrados pela Constituição. Deste modo, a meta do Poder Legislativo seria a de extrair do texto constitucional os valores mais importantes a serem incorporados ao ordenamento jurídico-penal. Os defensores desta corrente entendem que é somente na Constituição que o Direito Penal deve encontrar os bens que lhe cabe proteger com suas sanções. A opção por esta alternativa se assenta na ficção de que a norma fundamental responde, de forma plena e satisfatória, a todas questões e necessidades da política criminal e do Direito Penal. Destarte, dentre os diversos valores constitucionais previstos, devem ser selecionados aqueles que, além de inegável relevância social, demonstrem, em termos empíricos, a necessidade de proteção normativa por meio do Direito Penal, orientando-se, desta forma, o processo de construção da tipologia criminal.

A seu turno, a postura notadamente mais ampla também admite que a Constituição serve de fonte geral de princípios fundamentais relativos à organização do Estado, dentre os quais devem ser extraídos os interesses e objetivos a serem protegidos pela norma penal, porém, em caráter não exclusivo. Neste sentido, a crítica dirigida à tese constitucionalista estrita é centralizada em sua tácita proposta de um modelo rígido e petrificado de sociedade, desconsiderando, portanto, a complexidade e a mutabilidade das circunstâncias sociais, bem como a evolução das necessidades coletivas¹¹⁰. Assim, toma-se a Constituição apenas como marco obrigatório de referência ou orientação, haja vista que a constante e veloz modificação da vida em sociedade torna o constituinte incapaz de prever futuras versões ou facetas com que o interesse público pode se apresentar.

Parece razoável concordar que o Direito Penal não tem de refletir, como se espelho fosse, um retrato fiel da Constituição, haja vista que, do contrário, em pleno vigor do

¹⁰⁹ BRICOLA, Franco. *Teoria Generale del reato. Scritti di diritto penal, Dottrine generali. Teoria del reato e sistema sanzionatorio*. V. 1. Tit. I. Milano: Giuffrè, 1997, p.565 e segs. Com alguma ponta de hesitação, parece ser esta também a posição de LUISI. Confira-se: “(...) *embora o legislador criminal possa tutelar com suas sanções bens não previstos constitucionalmente, só o pode fazer desde que não viole os princípios básicos das constituições.*” LUISI, Luiz. Op. cit., p. 174.

¹¹⁰ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *A racionalidade das leis penais: teoria e prática*. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 193.

regime democrático, a atividade do legislador seria absurdamente restringida, transformando-se a regra da liberdade de conformação legislativa em exceção. Portanto, a relação entre valores e interesses constitucionais e bens jurídico-penais não é de absoluta coincidência, mas sim de coerência¹¹¹.

A partir do exposto, duas conclusões parecem acertadas. A primeira no sentido de que o sistema penal não protegerá todo e qualquer valor constitucional, até pela necessidade de que outras vias de tutela sejam priorizadas em decorrência do caráter fragmentário e subsidiário do Direito Penal, noções fundamentalmente vinculadas ao princípio da intervenção mínima¹¹².

Já a segunda conclusão, que goza de apoio majoritário na doutrina, segue no sentido de que a Constituição formal não é fonte exclusiva dos interesses e matérias que constituem objetos de tutela penal¹¹³. Destarte, embora seja reconhecida a influência da Constituição como marco das questões de política criminal, isto não se dá em caráter excludente. A não menção constitucional a bens jurídicos não descarta a possibilidade de sua seleção pelo legislador, desde que exista a necessidade de emprego da tutela penal. A título de exemplo, a Constituição Italiana de 1948 não elencava o meio ambiente como bem jurídico-penal e isto não impediu o estabelecimento da tutela penal neste âmbito a partir das décadas de 60 e 70, o que revela o acolhimento da teoria ampliativa.

Assim, pode-se estabelecer, para fins didático-ilustrativos, a seguinte visualização gráfica: dois círculos concêntricos, sendo que o de maior diâmetro constitui a área de criminalização legítima e, o de menor diâmetro, uma área de criminalização constitucionalmente imposta. Este último situa-se como núcleo do outro e quanto mais nos afastamos do centro, mais indefensável será a afirmação da imposição de criminalização. O

¹¹¹ SCHMIDT, Andrei Zenkner e FELDENS, Luciano. *O crime de evasão de divisas: a tutela penal do sistema financeiro nacional na perspectiva da política cambial brasileira*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 33.

¹¹² Em que pese não estar expressamente consagrado no texto constitucional ou na legislação penal, é inegável que o princípio da intervenção mínima do Direito Penal vigora em nosso ordenamento jurídico, eis que integra, ainda que implicitamente, o rol de critérios regedores da política criminal, dada a compatibilidade e conexão lógica deste para com outros princípios que gozam de posituação. Assim, como consequência do caráter fragmentário e subsidiário do Direito Penal, noções estas decorrentes do princípio da intervenção mínima, prevalece o entendimento de que o fim do Direito Penal é a defesa de bens jurídicos, assim entendidos como os interesses prezados pela sociedade e assim reconhecidos pelo Direito Penal como objeto de tutela. BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 85.

¹¹³ FELDENS, Luciano. *A constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle das normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 53.

espaço que medeia o círculo interior e o exterior seria o da liberdade de conformação legislativa¹¹⁴, isto é, a zona material cuja proteção por meio de normas penais está entregue à discricionária apreciação do legislador.

Neste sentido, parece seguir a jurisprudência do Tribunal Constitucional da Alemanha que, a partir de decisão proferida em 16.07.1969¹¹⁵, fixou o chamado modelo dos três níveis, tese que vislumbra as seguintes situações de bens jurídico-penais no seio constitucional: (1) valores ou interesses que, sem sombra de dúvida, pertencem ao núcleo indeclinável do Direito Penal e, portanto, geram para o Estado o dever inarredável de estabelecimento da proteção; (2) valores ou interesses que, por sua menor repercussão ou relevância, certamente estão fora desse núcleo e não justificam a necessidade de proteção penal, constituindo, assim, campo vedado ao legislador criminal e, por fim, (3) valores ou interesses situados na zona nebulosa ou cinzenta entre o indiscutível núcleo imanente ao Direito Penal e a referida zona proscriita. Nesta última, a decisão criminalizadora estaria entregue à liberdade de conformação do Poder Legislativo.

Com efeito, é interessante notar a maneira pela qual a evolução do Estado Absolutista para o Estado de Direito e, posteriormente, para o Estado Constitucional e Democrático de Direito trouxe repercussões importantes que acabam por construir a ideia do que vem a se denominar de Direito Penal Constitucional¹¹⁶, consistindo este na proposta de releitura e reinterpretação do sistema punitivo estatal, tanto em termos dogmático-positivos,

¹¹⁴ CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Constituição e crime: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização*. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995, p. 299.

¹¹⁵ FELDENS, Luciano. *A conformação constitucional do Direito Penal: realidades e perspectivas*. Op. cit., p. 853.

¹¹⁶ É preciso esclarecer que, partindo da já afirmada preeminência normativa da Constituição e de sua consequente função embasadora do *jus puniendi*, não vejo justificativa para a distinção entre Direito Penal Constitucional e Direito Constitucional Penal, eis que a única noção relevante que se deve ter em mente é apenas a de que as leis penais devem ser elaboradas e aplicadas à luz dos valores constitucionais. Por esta razão, apenas por questão de coerência metodológica e uniformidade com a denominação já utilizada pela doutrina em outros ramos da ciência jurídica (v.g.: Direito Civil Constitucional), adota-se a expressão Direito Penal Constitucional. Neste ponto, cabe menção à classificação estabelecida por Francesco C. PALAZZO¹¹⁶ entre princípios de direito penal constitucional (de conteúdo tipicamente penal) e princípios (ou valores) constitucionais pertinentes à matéria penal, mas de teor heterogêneo. PALAZZO, Francesco. C. *Valores Constitucionais e Direito Penal*. Trad. Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989, p. 22/23. Creio que há que se ter cautela quanto à afirmação de que o grau e a natureza da influência exercida pelos valores e princípios constitucionais sobre o Direito Penal dependem da forma de sua exposição na Carta Magna, eis que a observância de normas constitucionais pelo legislador ou mesmo pelo operador do direito em geral não pode variar tendo por critério a consagração expressa ou implícita de tais valores ou, ainda, pelo cunho geral ou tipicamente penal destes.

quanto em termos de política criminal, o que permite abranger a elaboração, reforma e aplicação concreta das normas penais¹¹⁷.

2.4. As diretivas do legislador na era do Direito Penal Constitucional.

Fixadas as bases anteriormente mencionadas, é de se analisar agora quais os reflexos das premissas lançadas quanto à atuação do legislador penal para, a seguir, chegar a importantes conclusões.

Por certo que, em matéria penal, o legislador não tem em mãos um “cheque em branco”, ou seja, não dispõe de plena liberdade para penalizar ou despenalizar condutas, muito embora a atuação jurisprudencial controladora tenha sido, até aqui, praticamente inoperante neste aspecto¹¹⁸. Mesmo na Alemanha, onde a atuação da Corte Constitucional é sabidamente inovadora em vários sentidos, a jurisprudência não tem se ocupado da concretização constitucional em matéria penal, sendo a intervenção da Carta Magna sentida com mais profundidade na configuração do direito processual penal do que propriamente no âmbito do direito penal substantivo.

Fato é que a atividade legislativa está submetida a balizas principiológicas constitucionalmente estabelecidas para conformar o exercício legislativo, o que se traduz em

¹¹⁷ Especificamente sobre o efeito das mudanças do modelo estatal sobre a atuação judicial no campo penal, vale a reprodução do desenho evolutivo a seguir traçado, *verbis*: “Do Estado de Direito tout court (clássico, liberal, legalista e formalista) passamos a um Estado constitucional e democrático de Direito. A principal consequência desta transformação tinha que (naturalmente) repercutir na posição do juiz dentro do Estado de Direito: da concepção puramente ‘formalista’ de juiz (juiz legalista), que não podia outra coisa senão pronunciar as palavras da lei (“la bouche qui prononce les paroles de la loi”), chega-se ao protagonismo dos juízes, que manejando os valores e princípios constitucionais que deve alcançar o sentido do justo em cada caso concreto, justificando sua decisão com critérios de razoabilidade (ou ponderação ou proporcionalidade)”. GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos e BIANCHINI, Alice. *Direito Penal, vol. I: introdução e princípios fundamentais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 54. É nítida a oposição desta moderna vertente em relação ao modelo literal estrito de aplicação de normas penais proposto por BECCARIA. Obviamente, a visão deste célebre pensador é impregnada de preconceitos em relação até mesmo à admissibilidade da existência de uma interpretação por parte do Poder Judiciário, absurdo que, em certa medida, é histórica e sociologicamente explicável, sobretudo, atentando-se para as circunstâncias da época. Vale reprimir, com o fim de mínima ilustração, que BECCARIA trata os magistrados de sua época com termos pejorativos, tais como: “multidão de pequenos tiranos” e “déspotas subalternos”. BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. Paulo M. Oliveira. Rio de Janeiro: Ediouro, p. 30/31.

¹¹⁸ Neste sentido: TIEDEMANN, Klaus. *Constitución y derecho penal*. Lima: Palestra Editores, 2003, p. 39 e 61.

limitações não apenas de índole formal, relacionadas ao processo legislativo, mas também de caráter material, respeitantes ao conteúdo normativo.

A doutrina penalista mais conservadora costuma enxergar e apontar apenas o sentido restritivo das normas constitucionais sobre a atividade incriminatória. De maneira geral, apreciam-se focos de proibição constitucional da criminalização de determinadas condutas ou matérias, assim como mandamentos de descriminalização. É de se afirmar que a vigente Constituição não contém vedação expressa de criminalização dirigida ao Poder Legislativo, muito embora seja, por força da supremacia da Carta Magna, proscrita a criação de tipos penais que venham nitidamente a confrontar comandos constitucionais, sejam eles expressos ou implícitos.

Neste contexto, pode-se asseverar que, como decorrência da larga gama de direitos e garantias individuais acolhida pela Carta de 1988, sobretudo, acerca da laicidade estatal (art. 19, I, CR/88) e do consagrado regime democrático e isonômico (art. 1º, *caput*; art. 3º, III e IV e art. 5º, *caput*, todos da CR/88), é vedada, por exemplo, a estipulação de normas penais que incriminem condutas que, em essência: (1) integrem o regular exercício de liberdades conferidas pela Constituição¹¹⁹; (2) estabeleçam algum tipo de discriminação arbitrária ou (3) fixem padrão obrigatório de comportamento moral¹²⁰, sexual¹²¹, filosófico, político ou religioso.

Noutro giro, discute-se se a Constituição de 1988 impõe ao legislador o dever de incriminação em algumas áreas específicas. Preliminarmente, deve-se destacar que não há na Constituição definição de tipos penais, até porque isto importaria em aberrante deturpação

¹¹⁹ A título de exemplo histórico a ser rechaçado, cabe menção ao art. 402 do Código Penal de 1890 (Decreto n. 847), que criminalizava a prática pública da capoeira, um misto de dança e luta corporal de origem africana, que hoje é tida como atividade desportiva e cultural. Confira-se o trecho do aludido dispositivo, *verbis*: “Fazer nas ruas e praças públicas exercícios de agilidade e destreza corporal conhecidos pela denominação de capoeiragem (...). Pena – de prisão celular por dous a seis mezes.” PIERANGELI, José Henrique. *Códigos penais do Brasil: evolução histórica*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 320.

¹²⁰ Assim sendo, determinados comportamentos sociais, ainda que tidos como imorais ou inconvenientes pela maioria dos cidadãos, não podem ser objeto de repressão por meio do Direito Penal. Exemplo esdrúxulo, mas didático, teve-se ainda no período imperial brasileiro quando as ordenações do reino previam como crime a atividade dos fofoqueiros ou “mexeriqueiros”, como expresso no código filipino (Livro V das Ordenações do Reino, Título LXXXV). Confirmam-se os termos da norma penal, *verbis*: “Por se evitarem os inconvenientes, que dos mexericos nascem, mandamos, que se alguma pessoa disser á outra, que outrem disse mal delle, haja a mesma pena, assi civil, como crime, que mereceria, se elle mesmo lhe dissesse aquellas palavras, que diz, que o outro terceiro delle disse, posto que queira provar que o outro o disse.” PIERANGELI, José Henrique. *Códigos penais do Brasil: evolução histórica*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 152.

¹²¹ Quanto ao direito alienígena, rememore-se que, até meados do século passado, a Alemanha ainda reprimia penalmente a manutenção de relacionamentos homossexuais.

da função normativa que incumbe ao constituinte. Entretanto, não há como deixar de reconhecer que cláusulas de criminalização de fato existem no seio constitucional, eis que, em alguns casos, o constituinte foi suficientemente claro quanto à sua pretensão criminalizadora.

É real e importante o viés garantista-libertário do processo de constitucionalização do Direito Penal, contudo, não se pode desconsiderar que esta é uma via de mão dupla, eis que os aludidos mandamentos de incriminação contidos na Lei Maior configuram marca do processo de constitucionalização¹²² que vem tomando conta da política criminal ao redor do mundo¹²³, que PALAZZO¹²⁴ denominou de “penalização da Constituição”. Não se trata aqui da defesa do absoluto eficientismo penal¹²⁵, mas do reconhecimento de que, em determinadas circunstâncias, não se pode abrir mão do potencial sancionatório do Direito Penal, o que, em algumas hipóteses, foi claramente declarado pela própria Lei Maior.

Daí o porquê de não haver razoabilidade no entendimento de que as expressas determinações constitucionais de criminalização não estão relacionadas à necessidade de emprego da tutela penal, mas sim a fatores históricos pontuais ou a reclamos sociais momentâneos. Há, inclusive, quem afirme que, na maior parte dos casos, as determinações expressas de criminalização refletem apenas “recados políticos”¹²⁶ ou como meros conselhos

¹²² GOMES, Luiz Flávio. *Direito penal: parte geral, introdução, volume 1*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 33 e 49.

¹²³ Neste contexto, Luiz LUISI traça interessante relato sobre a evolução do panorama constitucional europeu acerca de assuntos penais, *verbis*: “(...) *Este aspecto criminalizador das Constituições mais recentes, é visto por F. Mantovani como uma função propulsora da interferência criminal, objetivando ‘o cumprimento dos deveres individuais de solidariedade econômica e social’, e, também a remoção dos obstáculos econômicos e sociais ‘que se opõem a homogeneização e predispõe à criminalidade’.* Enfatize-se que as Constituições européias do após guerra tem sido parcimoniosas nessas indicações criminalizadoras. A Lei Fundamental da República Alemã se limita a impor no seu artigo 26, I a apenas o atentado à convivência pacífica dos povos, e a preparação de uma guerra de agressão. A Constituição italiana ordena que seja punida, isto é, criminalizada ‘qualquer violência física ou moral a quem quer que esteja submetido a uma restrição de liberdade’, em seu artigo 11, 4. A Constituição espanhola vigente contém três cláusulas de criminalização, a saber: a) uma relativa ao meio ambiente (artigo 45/3), outra concernente a proteção do ‘patrimônio histórico, cultural e artístico dos povos da Espanha’ (artigo 46), e uma terceira relativa a abusos das prerrogativas atribuídas a órgãos do Estado de suspensão de determinados direitos individuais (artigo 55/2).” LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. 2ª edição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003, p. 58.

¹²⁴ PALAZZO, Francesco. *Estado constitucional de derecho y derecho penal*. Trad. Virginia Sánchez López. Revista Penal. Barcelona: Práxis, n. 2, 1998, p. 60.

¹²⁵ BARATTA, Alessandro. *La política criminal y el derecho penal de la constitución: nuevas reflexiones sobre el modelo integrado de las ciencias penales*. Revista Brasileira de Ciências Criminas. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 8, n. 29, jan.-mar. 2000, p. 41.

¹²⁶ Neste sentido, confira-se: PASCHOAL, Janaína Conceição. *Constituição, criminalização e direito penal mínimo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 113. Há que se reconhecer, no entanto, que esta

cuja inobservância não geraria qualquer consequência prática¹²⁷. Tal entendimento não só despreza a tendência moderna de deferência de máxima efetividade¹²⁸ às normas constitucionais, mas também é baseada em preconceito desprovido de lastro empírico ou teórico, pois, afinal, interpretar a Constituição é buscar nas palavras por ela utilizadas o seu real significado e não tentar inculcar nas mesmas o que se gostaria de ver consagrado¹²⁹.

A dignidade penal de determinada matéria ou interesse jurídico pode perfeitamente ser objeto de juízo e declaração por parte do constituinte. Por sinal, nada indica que a tarefa de avaliar a necessidade da tutela penal ou o merecimento do bem jurídico a ser protegido será melhor desempenhada pelo legislador infraconstitucional do que o foi pelo constituinte. Pelo contrário, a princípio, goza a assembléia constituinte de legitimidade democrática muito mais ampla neste aspecto do que o legislador infraconstitucional.

Diga-se também que, ainda assim, a liberdade de conformação do Poder Legislativo permanecerá sendo respeitada na medida em que a definição dos tipos penais e a fixação das respectivas penas permanecem sendo incumbência do legislador

postura acaba sendo chancelada na prática, ainda que veladamente, pela letargia jurisprudencial quanto ao exercício do controle de constitucionalidade sobre as normas que compõem o sistema penal, o que é relatado pelo dizer de BITENCOURT, *verbis*: “O desprezo pelo controle de constitucionalidade – direto ou difuso – na seara criminal, no sistema brasileiro, beira as raias da imoralidade, na medida em que tem sido sistematicamente omitido, quando não sonogado desarrazoadamente pelo Judiciário, de primeiro e de segundo graus, postura inadmissível em um Estado Democrático de Direito. No controle direto, quem tem legitimidade para a propositura das ADIns não tem ‘interesse’ em fazê-lo, e, no controle difuso, o clamor da doutrina não faz eco nos tribunais, que, nesse particular, fazem ouvidos moucos.” BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte especial*. V. 3. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 55.

¹²⁷ Há quem reconheça a existência de expressos mandados constitucionais de penalização e, no entanto, afirme que seu descumprimento é irremediável, ou seja, não possibilita a tomada de qualquer medida. Neste sentido, do qual, aliás, discordamos, confira-se: FELDENS, Luciano. *A constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle das normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 212.

¹²⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1124 e segs.

¹²⁹ Sobre a efetividade das normas constitucionais, assim preleciona BARROSO, *verbis*: “(...) todas as normas constitucionais são normas jurídicas dotadas de eficácia e veiculadoras de comandos imperativos. Nas hipóteses em que tenham criado direitos subjetivos – políticos, individuais, sociais ou difusos – são elas, como regra, direta e imediatamente exigíveis, do Poder Público ou do particular, por via das ações constitucionais e infraconstitucionais contempladas no ordenamento jurídico. O Poder Judiciário, como consequência, passa a ter papel ativo e decisivo na concretização da Constituição.” Em outro trecho, sintetiza o autor: “Em suma: a Constituição figura hoje no centro do sistema jurídico, de onde irradia sua força normativa, dotada de supremacia formal e material. Funciona, assim não apenas como parâmetro de validade para a ordem infraconstitucional, mas também como vetor de interpretação de todas as normas do sistema.” BARROSO, Luis Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 222 e 363, respectivamente.

infraconstitucional¹³⁰, já que, como dito, a Carta Magna não exerceu tais funções e nem deveria fazê-lo.

O reflexo penal de duas recentes descobertas da teoria constitucional reforça o ponto de vista aqui defendido. A referência é feita em relação à teoria da dupla dimensão (subjéctiva e objectiva) dos direitos fundamentais¹³¹ e à teoria do dever de protecção¹³².

Acerca da matéria, destaca-se inicialmente a dupla face da vinculação do legislador aos direitos fundamentais, o que se dá, portanto, quanto ao já conhecido aspecto individual-subjéctivo e também quanto ao aspecto objectivo, quando os direitos fundamentais atuam como princípios informadores de toda a ordem jurídica. Em outras palavras, os direitos fundamentais constituem, a um só tempo, fonte de direitos subjéctivos e base principal da ordem jurídica¹³³. Assim, os novos caminhos e potencialidades da protecção e promoção dos ideais humanitários são enriquecidos com o reconhecimento deste novo prisma, permitindo-se dizer que já não é suficiente que o Poder Público se abstenha de violar direitos fundamentais, exigindo-se agora, com igual vigor, que o Estado ativamente os proteja contra agressões ou ameaças de terceiros.

¹³⁰ Este dado retira qualquer razão da colocação feita por Alberto Silva FRANCO, segundo o qual os mandamentos constitucionais de incriminação constituem “ovos de serpente” que colocam em dúvida o carácter democrático da vigente Carta Magna e implicam em substituição do legislador infraconstitucional pelo legislador constituinte no exercício da tarefa incriminadora. FRANCO, Alberto Silva. *Do princípio penal da intervenção mínima ao princípio da máxima intervenção*. Revista Portuguesa de Ciência Criminal. Coimbra: Coimbra Editora, n. 6, 1996, p. 179/180.

¹³¹ SARMENTO, Daniel. *A dimensão objectiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria*. In *Jurisdição Constitucional e Direitos Humanos*. Coord. José Adércio Leite Sampaio. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 254/255.

¹³² Assim discorre SARLET sobre o tema, *verbis*: “Assim, num sentido negativo (ou proibitivo), já se referiu a proibição da edição de atos legislativos contrários às normas de direitos fundamentais, que, sob este ângulo, atuam como normas de competência negativas. Na sua acepção positiva, a vinculação do legislador implica um dever de conformação de acordo com os parâmetros fornecidos pelas normas de direitos fundamentais e, neste sentido, também um dever de realização destes, salientando-se, ademais, que, no âmbito de sua faceta jurídico-objectiva, os direitos fundamentais também assumem a função de princípios informadores de toda a ordem jurídica. É justamente com base na perspectiva objectiva dos direitos fundamentais que a doutrina alemã entendeu que o legislador possui deveres ativos de protecção, que englobam um dever de aperfeiçoamento (*nachbesserungspflichten*) da legislação existente, no sentido de conformá-la às exigências das normas de direitos fundamentais.” SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 343/344.

¹³³ Sobre o descobrimento da dimensão objectiva dos direitos fundamentais pela jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão, confira-se o dizer de ALEXY: “Segundo a jurisprudência reiterada do Tribunal Constitucional Federal, as normas de direitos fundamentais contêm não apenas direitos subjéctivos de defesa do indivíduo contra o Estado, elas representam também uma ordem objectiva de valores, que vale como decisão constitucional fundamental para todos os ramos do direito, e que fornece diretrizes e impulsos para a legislação, a Administração e a jurisprudência.” ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 524/525.

Destarte, como decorrência lógica da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, a teoria do dever de proteção surge para impor ao Estado o que se convencionou chamar de imperativo de tutela, ou seja, o compromisso de agir positivamente para evitar e reprimir a violação de direitos fundamentais.

Assim, conclui-se que as pontuais obrigações constitucionais de incriminação nada mais são do que clara expressão da referida teoria dos deveres estatais de proteção no campo penal¹³⁴. Aliás, o dever de proteção será tanto mais intenso quanto mais grave for a intervenção no direito fundamental e maior for o perigo que sobre ele se projete, mostrando-se o titular do direito incapaz de realizar a sua auto-proteção, elementos que devem ser necessariamente cotejados com os direitos fundamentais contrapostos¹³⁵.

Tais mandamentos limitam, de forma legítima e excepcional, a liberdade de conformação do legislador quanto ao sopesamento e seleção de bens jurídicos penalmente tuteláveis, eis que, nestes casos, a decisão já foi tomada pelo constituinte por força do que já foi nominado de política criminal constitucional.

Deste modo, uma vez assentado que a repercussão da Carta Magna sobre a disciplina legal do Direito Penal é ampla, direta e imediata, resta impositivo o impacto da Constituição sobre a validade e a interpretação das normas penais, bem como sobre a produção legislativa na matéria. Este quadro se mostra sensivelmente não só pela previsão de um amplo rol de garantias e pelo impedimento de criminalização (conforme hipóteses já mencionadas), mas também pela imposição ao legislador do dever de criminalizar determinadas condutas.

Assim sendo, a tipificação delitiva e a fixação de penas também constituem mecanismos de proteção a direitos fundamentais. Sendo reconhecido que o legislador tem sobre si deveres de proteção para com a comunidade, cabe-lhe resguardar interesses mais caros à sociedade com atenção ao duplo sentido do mandamento de razoabilidade, o que abrange a proibição de excesso e vedação de proteção deficiente.

¹³⁴ Neste sentido, confira-se: FELDENS, Luciano. *A conformação constitucional do direito penal: realidades e perspectivas...* op. cit., p. 849.

¹³⁵ Neste sentido é a afirmativa de CANARIS, citado por Emerson GARCIA, segundo a qual CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito privado*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 113/114 *apud* GARCIA, Emerson. *Conflito entre normas constitucionais: esboço de uma teoria geral*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 307.

Em um moderno Estado Democrático de Direito não se exige apenas a garantia da defesa de direitos e liberdades contra o Estado, mas também a defesa dos mesmos contra quaisquer poderes sociais de fato. Afirma-se com isso que a ideia de Estado de Direito se demite de sua função quando se abstém de recorrer aos meios preventivos e repressivos que se mostrarem indispensáveis à tutela da segurança, dos direitos e liberdades dos cidadãos. Logo, o Estado pode violar a Constituição por não resguardar adequadamente determinados valores conferindo aos mesmos proteção deficiente, o que pode ocorrer tanto por meio da não incriminação de condutas, quanto pela brandura da sanção imposta. Nesse caso, a violação do princípio da razoabilidade-proporcionalidade ocorrerá em sua vertente de vedação da insuficiência¹³⁶.

O vínculo entre Constituição e Direito Penal não se limita ao estabelecimento de limites materiais ao sistema punitivo. A Constituição figura como fonte valorativa e fundamento normativo da atividade incriminatória, logo, não funciona só para proibir, mas também para legitimar e, em alguns casos, até impor a proteção jurídico-penal de bens jurídicos.

Em pesquisa sobre o histórico penal-constitucional brasileiro, não é difícil constatar todo um leque de abordagens criminais, ora diretas, ora vagas, desde a Carta Imperial de 1824, sendo certo que o incremento das normas constitucionais sobre temas penais acompanha ao longo do tempo a tendência de inflação da Lei Maior por conta de novos interesses e valores que se tornaram importantes para a vida em sociedade. No entanto, ao menos no âmbito penal-econômico, não é verdadeira a tese de que o constituinte incorreu em preocupação superlativa¹³⁷, ainda que a vigente Constituição brasileira tenha sobre si, merecidamente, a pecha de analítica¹³⁸.

¹³⁶ BARROSO, Luis Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 381.

¹³⁷ Expressão utilizada por Luiz LUISI para comentar o excesso normativo do constituinte especificamente em relação a assuntos criminais. Vide LUISI, Luiz. *Os princípios Constitucionais Penais*. 2ª ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003, p. 178.

¹³⁸ Ainda que não se chegue ao modelo de condensamento extremo da Constituição dos Estados Unidos, que tem apenas sete artigos, é de se concluir que o constituinte de 1988 ultrapassou as raias do bom senso e banalizou o relevante poder normativo que lhe fora concedido para cuidar de tópicos sem relevância constitucional e que, portanto, deveriam ser objeto da legislação infraconstitucional. À guisa de exemplo desta deturpação, são comumente citados o art. 226, parágrafo 6º e o art. 242, parágrafo 2º que disciplinam, respectivamente, o prazo para divórcio e a administração federalizada do Colégio Pedro II.

Neste aspecto, vale destacar o interessante resultado da pesquisa feita por Luciano FELDENS¹³⁹, segundo o qual a Constituição de 1988 contém, de forma assistemática, as seguintes peculiaridades: por quarenta e sete vezes, utiliza-se o constituinte da expressão ‘*crimes*’; por dez vezes, as expressões ‘*infração*’ ou ‘*infrações penais*’; por duas vezes, as expressões ‘*punir*’ ou ‘*punição*’; por nove vezes, a palavra ‘*prisão*’; por outras nove vezes, a expressão ‘*preso*’; por onze vezes, as expressões ‘*penal*’ ou ‘*penalmente*’ e, por oito vezes, a palavra ‘*criminal*’.

Com efeito, ao utilizar por quase uma centena de vezes expressões diretamente relacionadas ao sistema penal, a Constituição de 1988 deixa claro que o Direito Penal não desfruta de existência estanque ou absolutamente independente. Pelo contrário, tem seus limites e fundamentos de atuação definidos na Lei Maior. A intersecção entre o Direito Penal e a Constituição resta, portanto, evidente.

Deste quadro, ainda que com algum esforço hermenêutico, é possível enxergar ao menos um esboço do programa penal da Constituição, onde se encontram as seguintes zonas de obrigatoria intervenção do legislador penal ou mandamentos constitucionais de incriminação¹⁴⁰: crimes dolosos contra vida (art. 5º, XXXVIII); crimes hediondos (art. 5º, XLIII); crimes ligados à expressão de ódio racial (art. 5º, XLII); crimes ambientais (art. 225, par. 3º)¹⁴¹; crimes contra a ordem constitucional e o Estado Democrático de Direito (art. 5º, XLIV)¹⁴² e crime de retenção dolosa de salário (art. 7º, X).

¹³⁹ FELDENS, Luciano. *A conformação constitucional do direito penal: Realidades e Perspectivas*. Op. cit., p. 848.

¹⁴⁰ Neste sentido: BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 90. Eis o trecho respectivo, *verbis*: “*Conviria apenas remarcar que, além de suas funções de fundamento e controle, o texto constitucional seleciona situações a serem necessariamente tratadas pelo legislador penal, naqueles casos de bens essenciais à vida, à saúde e ao bem-estar do povo: chama-se a isso ‘imposição constitucional de tutela penal’.*”

¹⁴¹ Luiz Régis PRADO expressa que o tratamento constitucional da temática ambiental é iniciado a partir da década de 70 e, no caso do Brasil, o disposto no art. 225, par. 3º da vigente Carta Magna não deixa dúvida, segundo este autor, sobre a indispensabilidade da tutela penal do meio ambiente como bem jurídico autônomo, apontando-se como origem imediata desta determinação o art. 45, par. 3º da Constituição espanhola, pioneira ao determinar o sancionamento penal acerca desta matéria. PRADO, Luiz Regis. *Ambiente e Constituição: o indicativo criminalizador*. In *Criminalidade Moderna e Reformas Penais: estudos em homenagem ao Prof. Luiz Luisi*. Org. André Copetti. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 55 e 63.

¹⁴² Trata-se de norma não auto-aplicável, isto é, que depende de disciplinamento legal (*interpositio legislatoris*) ante a não existência de definição desta espécie de crime na legislação penal brasileira. CERNICCHIARO, Luiz Vicente e COSTA JR., Paulo José. *Direito Penal na Constituição*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 198. Ante a imprestabilidade da Lei de Segurança Nacional (Lei 7.170/83) para este fim, aspecto este agregado à notória desarmonia deste diploma legal para com o Estado Democrático de Direito introduzido pela Constituição de 1988, foi elaborado projeto de lei que previu a introdução no Código Penal vigente do Título XII,

Paralelamente, há determinados dispositivos constitucionais que, apesar de tratarem de temas de incontestável relevância, possuem apenas referência a termos ligados à genérica idéia de repressão ou punição, não mencionando expressamente a imprescindibilidade da utilização do Direito Penal neste mister. São eles: o art. 4º, VIII (repúdio ao racismo e ao terrorismo); o art. 5º, XLI (discriminação atentatória aos direitos e liberdades fundamentais); o art. 5º, XXXIII (defesa do consumidor) e o art. 227, par. 4º (proteção à criança e ao adolescente), todos da Constituição de 1988. Nestes casos, a decisão sobre o instrumento repressivo a ser utilizado para defesa dos interesses mencionados fica a cargo do legislador infraconstitucional, que deverá levar em conta o caráter subsidiário do Direito Penal.

Especificamente quanto à repressão ao abuso do poder econômico e às infrações cometidas em face da ordem econômico-financeira e da economia popular (nos termos dos parágrafos 4º e 5º do artigo 173 da Constituição), há quem defenda tratar-se de matéria situada na já comentada zona nebulosa ou cinzenta¹⁴³, isto é, no rol de valores constitucionais cujo estabelecimento ou não da tutela penal ficaria sob o alvedrio do Poder Legislativo.

que seria denominado “Dos crimes contra o Estado Democrático de Direito”, abandonando-se, assim, em definitivo a vetusta referência à segurança nacional. BARROSO, Luís Roberto. *A superação da ideologia da segurança nacional e a tipificação dos crimes contra o Estado Democrático de Direito*. In Revista Brasileira de Estudos Criminais, 2003, vol. II, ano 09, p. 71/79.

¹⁴³ A referência a matérias cuja incriminação seria discricionária faz ressurgir antiga discussão acerca da existência de possíveis deveres constitucionais implícitos de incriminação. Apesar de ser tema que escapa dos limites deste estudo, cabe dizer que se trata de criação doutrinária alimentada a partir da decisão da Corte Constitucional alemã, proferida em 25.02.1975, que declarou inconstitucionalidade da lei de reforma do Código Penal (de 18.06.1974), especificamente em relação à descriminalização do aborto praticado durante os três primeiros meses de gestação. Nesta ocasião, fixou-se a irrevogabilidade da previsão do crime de aborto e, por conseguinte, o reconhecimento da implícita obrigatoriedade de proteção penal ao direito à vida, espécie de imperativo de tutela vislumbrado com base na teoria da dimensão objetiva dos direitos fundamentais e no princípio da proporcionalidade em sua versão de proibição de proteção deficiente. GRECO, Luís. *Breves reflexões sobre os princípios da proteção de bens jurídicos e da subsidiariedade no direito penal*. In Novos Rumos do direito penal contemporâneo. Livro em homenagem ao Prof. Dr. Cezar Roberto Bitencourt. Coord. Andrei Zenkner Schmidt. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 413. Esclareça-se que o princípio da proibição de proteção deficiente foi assim denominado por Canaris (CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Trad. Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2003, p. 107), nomenclatura posteriormente consagrada pelo Tribunal Constitucional Federal alemão. No mesmo sentido: SCHMIDT, Andrei Zenkner e FELDENS, Luciano. *O crime de evasão de divisas: a tutela penal do sistema financeiro nacional na perspectiva da política cambial brasileira*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 35.

Sobre o tema, concorda-se com BATISTA¹⁴⁴ quando este afirma que o Direito Penal vem ao mundo (ou seja, é legislado) para cumprir funções concretas dentro de e para uma sociedade que concretamente se organizou de determinada maneira. Com igual acerto, este autor assevera que a função do Direito consistente na estruturação e garantia de determinada ordem econômica e social tem finalidade de conservação ou de exercício do controle social.

Ao contrário do que já ocorre há algum tempo em outros países¹⁴⁵, não há na vigente Constituição brasileira dispositivos claros como o artigo 88, n. 1, da Constituição portuguesa, que, categoricamente, dispõe: “*As actividades delituosas contra a economia nacional serão definidas por lei e objecto de sanções adequadas à sua gravidade.*” Também não existe nada parecido em nosso ordenamento constitucional no sentido de afirmar, por exemplo, o dever de não sonegar tributos¹⁴⁶ ou determinar ao legislador a criminalização deste comportamento. Contudo, tais mandamentos podem ser inferidos a partir da própria imposição constitucional de objetivos e tarefas sócio-econômicas a serem alcançados pelo Estado. Outrossim, há flagrante ilegitimidade constitucional da descriminalização direta ou indireta das condutas delitivas violadoras da ordem econômico-tributária¹⁴⁷.

¹⁴⁴ BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 11ª edição. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 19 e 21.

¹⁴⁵ O artigo 31, inciso I da Constituição espanhola tem o seguinte texto: “*Todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad que, en ningún caso, tendrá alcance confiscatorio.*” Previsão semelhante a esta consta também da Constituição italiana (artigos 2º e 53, respectivamente).

¹⁴⁶ Os crimes contra a ordem tributária estão inseridos no âmbito do Direito Penal Econômico, eis que, por meio de sua previsão legal, tutela-se não somente a arrecadação tributária, mas a capacidade estatal de manter e fomentar políticas sociais indispensáveis. Neste sentido segue o dizer de ARAUJO JUNIOR: “*No mundo moderno, observamos uma profunda modificação na maneira de pensar dos povos em relação à delinquência fiscal. Enquanto há alguns pares de anos, o sonegador era considerado quase um herói, hoje a consciência social o reprova de maneira extraordinária. Os povos compreenderam que é muito mais eficiente lutar contra a sonegação, do que adotar a cômoda política de combater o déficit público através da contenção de gastos. Especialmente em países como o Brasil, que vivem em permanente estado de crise econômica. A danosidade da criminalidade fiscal é mais agudamente captada pelos agentes sociais. Destaque-se ainda que o desvalor ético da sonegação é percebido por todas as camadas sociais, e não apenas por aquelas menos poderosas.*” ARAUJO JUNIOR, João Marcello de. *Dos crimes contra a ordem econômica*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 155.

¹⁴⁷ Daí o acerto do entendimento de FELDENS, segundo o qual a descriminalização - direta ou indireta - dos crimes contra a ordem tributária tem de passar por um crivo de razoabilidade que venha discernir situações (v.g., situações de mero inadimplemento em comparação com as gigantescas fraudes fiscais), sob pena de esvaziamento do conteúdo do dever constitucional e de evidente desigualdade jurídica. Exemplo recente desta desproporcionalidade foi a edição da Lei n. 10.684, de 30 de maio de 2003, oferecendo a extinção da punibilidade, mesmo após a condenação, àqueles que, ofereçam - e teoricamente cumpram - um parcelamento do débito perante o fisco. FELDENS, Luciano. *A constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no*

Com efeito, a existência de determinação constitucional de repressão às condutas violadoras da ordem econômica tem dois fundamentos. A uma, o reconhecimento do fracasso e insuficiência dos demais ramos normativos punitivos (notadamente, o Direito Civil e o Direito Administrativo) na tentativa de controlarem por si sós as infrações contra a ordem econômica. A duas, o fato de que a aludida disposição constitucional visa a mitigar o histórico caráter desigual do Direito Penal que, por tradição, incrimina, maciça e severamente, os comportamentos típicos da porção miserável da população. Há, neste aspecto, nítido e injustificado descompasso com o privilegiado tratamento complacente que se dispensa a condutas criminosas socialmente muito mais nocivas que integram a chamada criminalidade econômico-financeira e que são usualmente praticadas pelas classes sociais mais abastadas¹⁴⁸.

Deve sim existir necessária cautela quanto ao uso da intervenção penal na seara econômica a fim de cumprir os ditames da intervenção mínima como medida de política criminal. No entanto, isto não inviabiliza a constatação conclusiva de que tem-se nos parágrafos 4^o¹⁴⁹ e 5^o¹⁵⁰ do art. 173, como instrumento de salvaguarda dos valores, finalidades e princípios descritos no art. 170, todos da Constituição de 1988, uma autêntica e legítima¹⁵¹ imposição constitucional de tutela normativa por meio do Direito Penal¹⁵².

controle das normas penais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 209. Há que se concordar com a afirmação deste autor de que se trata de norma não apenas de constitucionalidade duvidosa, mas de evidente cunho imoral ao criar uma linha divisória entre os criminosos: os miseráveis e os que podem pagar para se livrarem da responsabilidade penal. Portanto, o vigente tratamento penal privilegiado conferido à sonegação fiscal é injusto e anti-isonômico, além de contribuir para o descrédito das instituições ligadas à persecução penal, sobretudo, o Poder Judiciário, estimulando igualmente o descumprimento das normas tributárias e penais. Em outras palavras, fomenta-se a crença de que o crime econômico-tributário compensa e faz, do magistrado, uma caricatura do cobrador de tributos, e, da denúncia, um carnê de cobrança. FELDENS, Luciano. *Tutela penal de interesses difusos e crimes do colarinho branco: por uma relegitimação da atuação do Ministério Público: uma investigação à luz dos valores constitucionais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 199.

¹⁴⁸ Neste sentido: BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro...* op. cit., p. 37.

¹⁴⁹ “Art. 173. §4º. A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.”

¹⁵⁰ “Art. 173. §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.”

¹⁵¹ FELDENS, Luciano. *Tutela penal de interesses difusos e crimes do colarinho branco: por uma relegitimação da atuação do Ministério Público: uma investigação à luz dos valores constitucionais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 88. No mesmo sentido: GLIOCHE, Patrícia Mothé Glioche. *Os tratados internacionais de direitos humanos no direito brasileiro*. In *Direito Penal Internacional: estrangeiro e comparado*. Coord. Carlos Eduardo Adriano Japiassú. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 166/167.

¹⁵² A Constituição de 1946 empregou em vão o termo repressão para o abuso do poder econômico, eis que jamais o legislador ordinário atendeu à referida imposição constitucional de tutela penal. Este é o entendimento de Nilo Batista, que, inclusive, acrescentou: “O caráter classista da legislação penal se manifesta também na omissão ou

Aliás, em relação às matérias constitucionais de obrigatória intervenção penal, há uma aproximação teórica entre o Direito Penal e o princípio da vedação ao retrocesso. Dada a pujança dos direitos fundamentais envolvidos no conteúdo e no entorno da ordem econômico-social da Constituição, pode-se vislumbrar neste campo, *mutatis mutandis*, a existência de uma espécie de versão penal para o princípio da vedação ao retrocesso.

Mesmo no âmbito do Direito Constitucional, o princípio da vedação ao retrocesso ainda é pouco difundido no Brasil. Já no direito estrangeiro, tal princípio goza de substancial prestígio, onde é denominado de princípio do não retorno da concretização exatamente por refletir limitação da liberdade de conformação do legislador infraconstitucional consistente no impedimento de reversão da concretização normativa já operada em relação a determinado direito social (prestacional), sem que se estabeleça medida substitutiva ou compensatória. No Brasil, a noção de vedação ao retrocesso é tida como princípio constitucional implícito¹⁵³, muito embora o Pacto de São José da Costa Rica (art. 4º, 3, do Decreto n. 678/90¹⁵⁴) o preveja em relação a tema específico.

É importante destacar que, em que pese o fato de ter esta idéia nascido na Alemanha com incidência perspectiva apenas sobre direitos sociais, pode-se, com a devida cautela, vislumbrar a utilização do princípio da vedação ao retrocesso em qualquer ramo do Direito que se destine a resguardar importantes interesses da coletividade, o que se dá de maneira intensa no campo penal-econômico, onde a norma incriminadora que tenha por escopo proteger direitos fundamentais atuaria como uma espécie de “guarda de flanco”¹⁵⁵.

Assim sendo, medidas legislativas tendentes a esmaecer a proteção penal sobre o sistema econômico como um todo e sobre a higidez do sistema financeiro (ex.: revogação de tipos penais ou abrandamento, direto ou indireto, de penas¹⁵⁶) devem ser tidas como

pachorra da elaboração legislativa de crimes que podem ser praticados pelos membros da classe dominante. BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro...* op. cit., p. 90.

¹⁵³ Neste sentido: BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 158.

¹⁵⁴ “Não se pode estabelecer pena de morte nos Estados que a hajam abolido”.

¹⁵⁵ MARTINS, Patrícia do Couto Villela Abbud. *A proibição do retrocesso social como fenômeno jurídico*. In A efetividade dos direitos sociais. Coord. Emerson Garcia. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 402.

¹⁵⁶ Sobre o tema, é valiosa a sustentação de MAGALHÃES sobre a duvidosa constitucionalidade da previsão legal sobre a extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo nos crimes contra a ordem tributária, ressaltando-se, ainda, a falta de tratamento isonômico e proporcional para com delitos ontologicamente iguais, como, v.g., o estelionato. Cf. MAGALHÃES, Valéria Caldi. *Constitucionalização do direito e controle de constitucionalidade das leis penais: algumas considerações*. Rio de Janeiro: mimeografado, 2005, p. 15. De fato,

inconstitucionais e submetidas às respectivas consequências desta situação¹⁵⁷, sobretudo quando não estabelecidos, em substituição, outros mecanismos de tutela dos valores referidos.

resta evidente a frustração do fim de prevenção geral quanto à higidez das finanças públicas, não sendo raros os casos em que os contribuintes preferem incorrer na prática criminosa, mais especificamente no delito descrito no art. 168-A do CP (apropriação indébita previdenciária), eis que estão certos de que este comportamento lhes trará mais vantagens que preocupações, em que pese a grave lesão à ordem pública e econômica consubstanciada, sobretudo, pela tendência à reprodução em massa do lucrativo desprezo pela norma penal. Ao contrário de outros países (v.g.: o artigo 31, 1 da Constituição espanhola e os artigos 2º e 53 da Constituição italiana), não há na vigente Constituição brasileira dispositivo expresse estabelecendo o dever individual de contribuir para o sustento da estrutura estatal. Ainda assim, subsiste validamente a obrigação tácita de pagar tributos com o fim de custear o cumprimento das prestações às quais o Estado se vê constitucionalmente obrigado para concretizar direitos fundamentais. Portanto, o recurso à incriminação para evitar o desacatamento de obrigações tributárias é legítimo e o abrandamento do Direito Penal Tributário contribuem para a desigual distribuição do ônus financeiro sobre os contribuintes e, em última análise, para a necessidade de elevação da própria carga tributária. Inicialmente, o art. 34 da Lei 9.249/95 permitiu a extinção da punibilidade dos crimes contra a ordem tributária mediante o pagamento antes do recebimento da denúncia. Após, o art. 9º da Lei 10.684/2003 estabeleceu, respectivamente, o pagamento ou parcelamento efetuados a qualquer tempo como causas de extinção e suspensão da pretensão punitiva do Estado. Esta aberração tem causado imensa perda de tempo e de recursos orçamentários dada a inócua movimentação de órgãos jurisdicionais cíveis e criminais. Não bastasse isso, a desmoralização institucional e o descrédito social são, imerecidamente, suportados pelos órgãos ligados à persecução penal, sobretudo, pelo Poder Judiciário, pois a infeliz mensagem que fica para a população é a de que os contribuintes que por anos a fio insistiram em burlar a ordem jurídica podem livrar-se da responsabilidade criminal, desde que, literalmente, tenham condições de pagar por isso.

¹⁵⁷ Tais normas legais são passíveis de duas consequências independentes entre si, sendo elas: (1) a invalidação em sede de controle abstrato de constitucionalidade (cf. art. 102, I, 'a' CR/88) e, (2) no exercício do controle difuso de constitucionalidade, a não aplicação da lei revogadora ou mitigadora por parte dos órgãos jurisdicionais de quaisquer instâncias.

3. CONTEÚDO, HISTÓRICO E RELEVÂNCIA DO DIREITO PENAL ECONÔMICO.

3.1. Conceito e objeto.

A economia é concebida como um fato, um fenômeno cultural e social que pode existir à míngua de regulação jurídica. Contudo, na sociedade atual, qualquer sistema econômico não tem como prosperar e desenvolver-se como instrumento de satisfação das necessidades humanas coletivas sem um mínimo ordenamento. Neste contexto, é relevante salientar que o Direito Penal Econômico não tutela o fato econômico em si, mas sim a integridade da ordem que se estima como necessária para o bom curso do fenômeno econômico, de maneira que se possa atingir os fins socialmente almejados, plasmados estes, sobretudo, no texto constitucional.

Em verdade, os delitos tidos como econômicos são delitos contra a ordem econômica ditada pelo Estado e têm como características marcantes: a especificidade de sua causa (a desmedida ambição lucrativa dos respectivos agentes), seu peculiar *modus operandi* (a prática por meio da gestão empresarial e administração de capital) e seus efeitos (a vitimização difusa e quantitativamente indeterminada).

Ainda no início dos anos 80, FRAGOSO¹⁵⁸ chamou a atenção para o fato de que a doutrina penalista ainda não havia estabelecido, com nitidez, um conceito de Direito Penal Econômico. Este mesmo autor afirmou, há quase três décadas, que o Brasil vivenciava um Direito Penal Econômico de ficção, onde os crimes praticados no mundo empresarial contra a ordem econômico-social conduziam a uma segura e tranquila impunidade, fomentada por um sistema legal inconsistente e defeituoso¹⁵⁹. Desta mesma época, emanam relatos sobre o tormento vivenciado por pesquisadores e acadêmicos que padeciam da carência de obras

¹⁵⁸ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Direito penal econômico e direito penal dos negócios*. Trabalho apresentado no colóquio realizado no Rio de Janeiro entre 20 e 23 de outubro de 1982, preparatório para o XII Congresso Internacional de Direito Penal que se realizou no Cairo em 1984. Publicado posteriormente na Revista de Direito Penal e Criminologia n. 33. Rio de Janeiro: Forense, jan-junho de 1982, p. 122.

¹⁵⁹ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Direito penal econômico e direito penal dos negócios*. Revista de Direito Penal e Criminologia n. 33. Rio de Janeiro: Forense, jan.-jun. de 1982, p. 124.

definitivas sobre a matéria¹⁶⁰. Com convicção, pode-se afirmar que todo este quadro não se alterou significativamente.

Para compreender completamente as mudanças ocorridas no cenário jurídico a partir de meados do século passado é necessário afastar o equívoco de confundir Estado com Governo e de continuar vendo o Estado como inimigo da sociedade¹⁶¹. Vive-se atualmente o paradoxo de um ordenamento jurídico que, nas palavras de Eros Roberto GRAU¹⁶², promove, há um só tempo, o bem e o mal, pois o Estado assegura, protege, garante o exercício da liberdade, mas nutre e permite que nade de braçadas o inimigo fundamental da liberdade, que é o mercado. Com efeito, o Estado não é inimigo do indivíduo, mas o espaço de garantia do exercício da verdadeira liberdade individual.

Mesmo no plano científico-econômico propriamente dito, os estudiosos têm se concluído pela ausência de incompatibilidade absoluta entre a liberdade econômica e controle estatal. Sobre este tema, em recente entrevista à Revista Veja, o economista Robert SHILLER¹⁶³, professor da Universidade de Yale e co-autor do livro “O Espírito Animal”, relembra a antiga e acertada visão do inglês John Maynard Keynes (1883-1946), segundo o qual os ciclos de euforia e depressão da economia não podem ser entendidos sem levar em conta o papel das emoções nos processos de tomadas de decisão dos consumidores, das empresas e dos investidores. A lição deixada por Keynes foi a de que as oscilações da economia decorrem em boa parte da própria natureza humana, regida menos pela lógica e mais pelo “espírito animal” – ou seja, pelos impulsos irracionais. Em outras palavras, o *homo*

¹⁶⁰ SANTOS, Gerson Pereira dos. *Direito Penal Econômico*. São Paulo: Saraiva, 1981, apresentação de Manoel Pedro Pimentel, p. XVIII.

¹⁶¹ Sobre o tema, assim se manifesta Eros Roberto GRAU: “*Os arautos do neoliberalismo são pessoas às quais se adapta muito bem uma expressão francesa, ‘le chien du patron’, ‘o cão do patrão’, aquele que ladra os discursos que não chegam a ser assumidos pelo patrão – o patrão tem necessidade de ter um cão que ladre em seu favor(...)*O que quero dizer com isso é que esse direito existe fundamentalmente para permitir a fluência da circulação mercantil e para tentar ‘domesticar’ os determinismos econômicos. Pois o mercado é um locus artificialis, uma instituição jurídica. O direito posto pelo Estado e a Constituição estão comprometidos com a preservação dos mercados, voltados a permitir a fluência da circulação mercantil. Por isso me permito repetir: o direito posto pelo Estado e a Constituição econômica – bem assim o próprio Estado – perdurarão, em sua essência, para o bem e para o mal, enquanto perdurar o modo de produção social capitalista. Para preservar o modelo social de mercado, a prevalência do valor de troca sobre o valor de uso. Mas também assegurando o espaço das liberdades, inclusive a liberdade de transformarmos a realidade(...) Isso jamais será compreendido pelos nossos liberais tupiniquins, que investem em delírio de ódio incontinente e peçonha inevitável contra o Estado e suas figuras.” GRAU, Eros Roberto. *Reformas Constitucionais e a identidade da constituição econômica*. In 15 anos de Constituição. Coord. José Adércio Leite Sampaio. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 186/187.

¹⁶² GRAU, Eros Roberto. *Reformas Constitucionais e a identidade da constituição econômica...* op. cit., p. 187.

¹⁶³ Cf. Revista Veja, edição n. 2157, ano 43, n. 12, de 24.03.2010, Editora Abril, p. 15/19.

economicus não rasga dinheiro, mas também não é um contabilista sereno e previsível no trato de suas economias.

Aparentemente, tais ideias são opostas à prevalência da racionalidade econômico-empresarial aqui sustentada, mas esta é uma visão inicial e ilusória. Ainda segundo SHILLER¹⁶⁴, a conclusão dos economistas contemporâneos é no sentido de que liberdade e controle estatal não são conceitos antagônicos, mas reciprocamente imprescindíveis e complementares, sendo certo que o ideal keynesiano é digno de moderna adaptação, o que implica dotar a economia de meios tendentes a diminuir a brutalidade dos ciclos econômicos, sem que isto importe em supressão do capitalismo.

A criminalidade econômica é tema que guarda indiscutível atualidade, não só pela dimensão dos danos que tem ocasionado, mas por sua capacidade de adaptação e frustração dos controles sociais, políticos e legais que lhe têm sido dirigidos. Portanto, a criminalidade econômica deve ser tomada como uma séria ameaça com potencial destrutivo para qualquer sociedade. A repressão à delinquência econômica constitui genuinamente um imperativo derivado da necessidade intervencionista¹⁶⁵, não sendo possível desconectar o Direito Penal do modelo de Estado assumido¹⁶⁶.

Vista a imperativa determinação constitucional de existência de um Direito Penal Econômico, cabe agora conceituá-lo. Uma das principais características do Direito Penal Econômico está centrada no fato de ser este o mais intenso grau de intervencionismo estatal na economia. O papel do Direito Penal Econômico é semelhante ao das leis mercantis antimonopólio, ou seja, este ramo do sistema punitivo traz em seu contexto um certo caráter

¹⁶⁴ Cf. Revista Veja, edição n. 2157, ano 43, n. 12, de 24.03.2010, Editora Abril, p. 18.

¹⁶⁵ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de e COSTA ANDRADE, Manoel da. *Problemática geral das infrações contra a economia nacional*. In Direito penal econômico e europeu: textos doutrinários. v. I. Coimbra: Coimbra editora, 1998, p. 319/320.

¹⁶⁶ Neste sentido, assim se manifestou Fábio Freitas DIAS: “A correta visualização do direito penal só é possível, portanto, no horizonte do modelo de Estado Social e Democrático de Direito, sintetizado em um arquétipo valorativo jurídico-constitucional. Esse o próprio paradigma de sustentação do direito punitivo: o modelo de Estado referido, em que ‘Estado de Direito está associado ao princípio da legalidade, o Estado Social está associado à necessidade social da intervenção penal e o Estado Democrático se identifica com a idéia de pôr o Estado a serviço da defesa dos interesses do cidadão’.” DIAS, Fábio Freitas. *Direito penal de intervenção mínima e a noção de bem jurídico aplicada às infrações tributárias. Uma análise à luz da concepção de Estado social e democrático de direito*. In Direito penal secundário: estudos sobre crimes econômicos, ambientais, informáticos e outras questões. Coord. Fabio Roberto D’Avila e Paulo Vinicius Sporleder de Souza. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 120.

paradoxal, tendo em conta que introduz restrições exatamente para preservar a liberdade, realidade que hoje é compreendida e aceita na maioria dos países¹⁶⁷.

Em tom amplo, tem-se por Direito Penal o conjunto de normas jurídicas que vinculam a certos comportamentos humanos socialmente nocivos, denominados de crimes ou delitos, determinadas consequências jurídicas sancionatórias privativas deste ramo do Direito¹⁶⁸. Com razão, JAPIASSÚ¹⁶⁹ afirma que a definição de Direito Penal Econômico não é absolutamente pacífica e traz consigo uma série de dificuldades, embora haja um ponto de contato entre os diferentes argumentos e conceitos, qual seja a relação desta modalidade de delinquência com a noção de ordem econômica que pretende o ente estatal. Pode-se dizer que o objeto do Direito Penal Econômico é uma determinada forma de resguardar a intervenção do Estado na economia, o que abraça temas como o regular recolhimento dos tributos; a disciplina do mercado de capitais e a natural formação dos preços¹⁷⁰.

Neste contexto, o Direito Penal Econômico revela-se um ramo de índole ainda marcadamente instável, dinâmica e peculiarmente nacional, eis que seus institutos, problemas e soluções refletem as vicissitudes de cada povo e de cada país¹⁷¹. Logo, o Direito Penal Econômico encarna em seu conteúdo os traços marcantes de cada tempo e cada lugar, o que, de certa forma, dificulta a formulação de um conteúdo perpétuo e universal.

A criminalidade econômica moderna manifesta-se de forma diferente de tudo que até hoje foi tocado pelo Direito Penal, tendo por características peculiares: a ausência de vítimas individuais determinadas (as vítimas são o Estado ou a coletividade, daí falar-se em vitimização difusa); a pouca visibilidade dos danos causados (crimes de escritório, ou seja, planejados e executados a partir de ambientes privados de acesso restrito) e a especialidade do

¹⁶⁷ CALLEGARI, André Luís. *Direito penal econômico e lavagem de dinheiro: aspectos criminológicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 20.

¹⁶⁸ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito penal: parte geral: tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Portugal: Coimbra Editora, 2007, p. 03.

¹⁶⁹ JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *O contrabando: uma revisão de seus fundamentos teóricos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 08/11.

¹⁷⁰ DE SANCTIS, Fausto Martin. *Punibilidade do sistema financeiro nacional*. Campinas: Millennium, 2003, p. 01.

¹⁷¹ DIAS, Jorge de Figueiredo e ANDRADE, Manoel da Costa. *Problemática geral das infrações contra a economia nacional*. In *Direito penal econômico e europeu: textos doutrinários*. v. I. Coimbra: Coimbra editora, 1998, p. 319/320.

modus operandi (tratam-se de crimes de inteligência, onde não há, ao menos a princípio, derramamento de sangue ou danos físicos diretos à pessoa)¹⁷².

Em que pese o consenso doutrinário acerca de tais características básicas da criminalidade econômica moderna, ainda há dissenso quanto à denominação mais apropriada para este ramo da ciência penal e para os delitos abrangidos.

Como noticia BUJÁN PEREZ¹⁷³, a princípio, foram utilizadas como sinônimas as expressões “direito penal econômico” e “direito penal sócio-econômico” pela doutrina majoritária na Espanha, que também se referia a delitos econômicos. O primeiro projeto espanhol de Código Penal no seio do novo regime democrático, elaborado em 1980, valeu-se da expressão delitos contra a ordem sócio-econômica, sendo esta mantida em um dos títulos do vigente Código Penal espanhol de 1995. Aliás, trata-se do resultado de uma discussão iniciada na Alemanha no final dos anos 70, quando da introdução dos primeiros delitos econômicos em seu respectivo estatuto repressivo¹⁷⁴.

Ao redor do mundo, mostram-se variadas as nomenclaturas registradas, tais como: Direito Penal dos Negócios (*Droit Penal des Affaires* - França)¹⁷⁵; Direito Penal Econômico ou da Economia (*wirtschaftsstrafrecht* - Alemanha); crimes contra a economia popular (antiga República Democrática Alemã), crimes do colarinho branco (corrente criminológica surgida nos EUA dos anos 30), dentre outras¹⁷⁶.

¹⁷² Sobre o tema, vale reprimir o dizer de HASSEMER¹⁷², verbis: “As formas de ação da criminalidade moderna são civis, não corre sangue, só no final, talvez, haverá um pouco de agressão. De um modo geral há colarinhos brancos, caneta, papel, assinaturas de contratos e, também por isso, os danos desse tipo de criminalidade não são visíveis: contratos, pagamentos, cartas, negociações, solicitações. E, finalmente, apresenta três características fundamentais: internacionalidade desse tipo de crime, profissionalidade, divisão de trabalho e gente boa, gente com cabeça e proteção contra investigação policial (há até advogados que participam desse sistema de proteção com alta profissionalidade).” Cf. HASSEMER, Winfried. *Perspectivas de uma moderna política criminal*. In Revista Brasileira de Ciências Criminais. Ano 2. Número 08. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, outubro-dezembro de 1994, p. 45.

¹⁷³ BUJÁN PÉREZ, Carlos Martínez. *Derecho penal económico y de la empresa*. Parte general. 2ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007, p. 71.

¹⁷⁴ BUJÁN PEREZ, Carlos Martínez. *Derecho Penal Económico y de la empresa*. Parte General. 2ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007, p. 78.

¹⁷⁵ A noção é oriunda do direito francês, sendo referente a uma espécie de criminalidade atrelada a atividades empresariais legítimas. No entendimento de FRAGOSO, trata-se de noção fluida, imprecisa e com claro conteúdo criminológico posteriormente aprofundado pelo conceito de crime do colarinho branco. FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Direito penal econômico e direito penal dos negócios*. Revista de Direito Penal e Criminologia n. 33. Rio de Janeiro: Forense, jan-junho de 1982, p. 123.

¹⁷⁶ CORREIA, Eduardo. *Introdução ao Direito Penal Econômico*. In *Direito penal econômico e europeu: textos doutrinários*. V. I. Coimbra: Coimbra editora, 1998, p. 295/296.

Existe um amplo acordo na moderna doutrina especializada quanto à distinção entre um conceito estrito e um conceito amplo de delitos econômicos, o que teria se iniciado na doutrina alemã. Posteriormente, a distinção foi acolhida pela doutrina espanhola e pelos sucessivos projetos espanhóis de Código Penal¹⁷⁷.

Assim sendo, em sentido estrito, o Direito Penal Econômico englobaria o conjunto de normas jurídico-penais que protegem a ordem socioeconômica, entendida esta como regulação jurídica do intervencionismo estatal na economia¹⁷⁸. Assim, este ramo estaria adstrito às infrações penais que atentam contra a atividade interventora e reguladora do Estado na economia, sendo englobadas neste setor as previsões de crimes orientadas para a proteção das condições essenciais ao bom e equilibrado funcionamento do sistema econômico. Trata-se do que se convencionou denominar de Direito Penal Administrativo Econômico.

Já o conceito amplo de Direito Penal Econômico abrangeria condutas violadoras de bens jurídicos supraindividuais de conteúdo econômico. Não haveria, segundo esta concepção, afetação direta da regulação estatal da economia, mas sim atos que transcenderiam a dimensão puramente patrimonial individual. Neste último aspecto, abarca-se o cometimento de delitos pertencentes ao Direito Penal clássico¹⁷⁹. Outros autores identificam nesta última categoria o conjunto de normas jurídico-penais que protegem as relações de produção, distribuição e consumo de bens e serviços¹⁸⁰.

Quanto à implicação do direito penal para com a figura da empresa, conceito este recentemente desenvolvido no âmbito do Direito Privado, há na doutrina quem promova distinção entre a criminalidade “na” empresa e a criminalidade “da” empresa¹⁸¹. A primeira categoria faz referência ao dano causado pelos agentes à própria empresa da qual fazem parte ou a outros de seus colaboradores, formando-se um universo de ilícitos que demandaria aplicação das regras do Direito Penal comum. Já a criminalidade “da” empresa envolve violações que recaem sobre bens jurídicos e interesses externos à empresa, tornando necessária a previsão e incidência de regras diferenciadas de imputação, haja vista a

¹⁷⁷ BUJÁN PÉREZ, Carlos Martínez. *Derecho penal económico y de la empresa*. Parte general. 2ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007, p. 94.

¹⁷⁸ CALLEGARI, André Luís. *Direito penal econômico e lavagem de dinheiro: aspectos criminológicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p.

¹⁷⁹ BUJÁN PEREZ, Carlos Martínez. *Derecho Penal Económico y de la empresa...* op. cit., p. 94/95.

¹⁸⁰ BAJO FERNANDEZ, Miguel e BACIGALUPO, Silvina. *Derecho Penal Económico*. Madrid: Editorial Centro Estudios Ramón Areces, 2001, p. 11/15.

¹⁸¹ BUJÁN PÉREZ, Carlos Martínez. *Derecho penal económico y de la empresa...* op. cit., p. 128.

dificuldade de averiguação do verdadeiro responsável penal¹⁸² devido à complexa divisão de tarefas típica da organização empresarial moderna.

Noutro prisma, há quem trace a tripartição semiológica do Direito Penal econômico¹⁸³. Assim, a primeira acepção referir-se-ia aos delitos cometidos no contexto geral das negociações patrimoniais (envolvidos aqui, portanto, os delitos patrimoniais clássicos). Já em um segundo sentido, o Direito Penal Econômico trataria do vínculo específico entre a atividade delitativa e a atividade empresarial (*corporate crime*, nos países de inglesa; *unternehmensstrafrecht*, na Alemanha). Por fim, numa terceira via, o Direito Penal Econômico tutelaria os interesses supraindividuais ligados à ordem econômica (ex. delitos contra o meio ambiente e contra a ordem tributária).

Outros autores propõem a ampliação do conteúdo do Direito Penal Econômico para o fim de abranger figuras delitivas como os crimes contra o meio ambiente e contra o patrimônio histórico-cultural. Em que pese a existência de um ponto de convergência, qual seja a tutela de bens jurídicos supraindividuais, tais espécies delitivas carecem de projeção direta sobre a ordem econômica propriamente dita. Neste caso, seria mais apropriado o emprego da denominação “Direito Penal Sócio-Econômico”¹⁸⁴.

Com base no exposto, concordo com a manifestação de FRAGOSO¹⁸⁵ ao adotar um conceito restrito de Direito Penal Econômico, excluindo do âmbito de estudo nesta seara crimes como furto e roubo, centralizando sua proposta nos interesses supraindividuais envolvidos no processo econômico de produção, circulação e consumo de riqueza. No mesmo

¹⁸² SCHÜNEMANN, Bernd. *Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal Y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa*. Anuário de Derecho penal y ciencias penales. Tomo 15, Fasc. 2, maio-agosto, 1988, p. 530. Discutem-se neste ramo as condições para caracterização da posição de garante do administrador empresarial, os limites da licitude da transmissão desta posição e a imputação nos crimes comissivos por omissão. Sobre o tema: MUNÓZ CONDE, Francisco. *Problemas de autoría y participación en el derecho penal económico*. Revista Penal, n. 9, 2002, p. 59/98; LUCAS, Flávio Oliveira. *A responsabilidade penal na criminalidade empresarial: em especial sob a ótica da posição de garante do dirigente da pessoa jurídica*. Mimeografado (tese de mestrado defendida junto à Universidade do Estado do Rio de Janeiro em julho de 2008) e PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. *Criminalidad de empresa: problemas de autoría y participación*. Revista Penal, n. 9, 2002, p. 106/121.

¹⁸³ PAREDES CASTAÑON, José Manuel. *Los delitos de peligro como técnica de incriminación en el Derecho penal económico*. Revista de Derecho Penal y Criminología, n. 11, 2003, p. 96.

¹⁸⁴ BUJÁN PÉREZ, Carlos Martínez. *Derecho penal económico y de la empresa*. Parte general. 2ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007, p. 138.

¹⁸⁵ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Direito penal econômico e direito penal dos negócios*. Revista de Direito Penal e Criminologia n. 33. Rio de Janeiro: Forense, jan-junho de 1982, p. 122/123.

sentido segue Fábio Konder COMPARATO¹⁸⁶ ao prelecionar que o Direito Penal Econômico se refere a fatos que lesam ou expõem a perigo uma determinada ordem econômica.

À vista deste quadro, entendo ser correto dizer que o Direito Penal Econômico é composto pelo conjunto de normas jurídicas que protege a ordem sócio-econômica mediante previsão de delitos e sanções penais. A ordem sócio-econômica é constituída pela regulação jurídico-normativa do intervencionismo estatal na economia com base nos princípios e metas constitucionais relacionados ao tema¹⁸⁷. Por sua vez, os delitos econômicos são condutas penalmente típicas que tem o fim de prover, preventiva e repressivamente, a segurança e a regularidade da política econômica do Estado¹⁸⁸.

¹⁸⁶ COMPARATO, Fábio Konder. *O indispensável direito econômico*. Revista dos Tribunais, vol. 353. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1968, p. 22.

¹⁸⁷ CALLEGARI, André Luis. *Direito penal econômico e lavagem de dinheiro: aspectos criminológicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 21.

¹⁸⁸ PIMENTEL, Manoel Pedro. *Direito Penal Econômico*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1973, p. 25. No mesmo sentido, ainda sobre o conceito de Direito Penal Econômico e de crimes econômicos, assim se manifestou TIGRE MAIA: “(...) direito penal econômico é o sub-ramo do direito penal que fundamentado nos princípios gerais deste ramo do direito público interno e utilizando-se de seu instrumental metodológico, tem por objeto específico a sistematização dogmática do conjunto axiológico compreendido pelos crimes econômicos, que são aqueles expressos em normas jurídico-penais incriminadoras cuja objetividade jurídica é a proteção global da ordem econômica. Esta é constitucionalmente considerada valiosa para toda a comunidade, por ser representativa do prevalente interesse coletivo, e abrange não só aspectos estrutural-constitutivos e funcionais, como também as políticas públicas estatais correlatas destinadas a concretizar suas metas fundamentais.” MAIA, Rodolfo Tigre. *Tutela penal da ordem econômica: o crime de formação de cartel*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 72.

3.2. A evolução histórica.

“Entre nós o direito penal tem sido amargo privilégio dos pobres e desfavorecidos, que povoam nossas prisões horríveis e que constituem a clientela do sistema. A estrutura geral de nosso direito punitivo, em todos os seus mecanismos de aplicação, deixa inteiramente acima da lei os que têm poder econômico ou político, pois estes se livram com facilidade, pela corrupção e pelo tráfico de influências. Denunciamos, portanto, entre nós, como fenômeno generalizado, o da desigualdade com que funciona o sistema punitivo, que serve a uma estrutura político-social profundamente injusta e opressiva.”¹⁸⁹

Já se disse alhures que a história do Direito Penal Econômico começa a partir da 1ª Grande Guerra¹⁹⁰, acontecimento este que, pelos conflitos que o sucederam e pela necessidade de direção e mobilização da economia em face dos esforços bélicos, obrigaram o Estado a assumir o papel de responsável maior pelo curso da vida econômica, o que levou ao abandono do modelo liberal de separação entre o Direito e a economia, ou, mais ainda, entre o Estado e a sociedade.

Quanto ao aspecto evolutivo, ainda que houvesse previsão isolada de uma ou outra infração contra a economia no Direito Romano ou em alguns ordenamentos da Idade Média, há que se concluir que o Direito Penal Econômico surge efetivamente apenas após a Primeira Guerra Mundial¹⁹¹. De fato, só se começa a falar efetivamente em criminalidade econômica posteriormente aos anos 30 do século passado, no período entre as duas Grandes Guerras Mundiais, quando se deu a proliferação da atividade legislativa e regulamentadora do Estado no âmbito econômico¹⁹². No entanto, é inegável que a preocupação em torno da tutela da economia e do patrimônio do povo em geral sempre permeou os sistemas jurídicos, sendo

¹⁸⁹ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Direito penal econômico e direito penal dos negócios*. Revista de Direito Penal e Criminologia n. 33. Rio de Janeiro: Forense, jan-junho de 1982, p. 124.

¹⁹⁰ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de e ANDRADE, Manoel da Costa. *Problemática geral das infrações contra a economia nacional*. In *Direito penal econômico e europeu: textos doutrinários*. v. I. Coimbra: Coimbra editora, 1998, p. 323.

¹⁹¹ PEÑA CABRERA, Raul. *El bien juridico en los delitos económicos (con referencia al código penal peruano)*. In *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Ano 3. Número 11. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, julho-setembro de 1995, p. 41.

¹⁹² Cf. JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *O contrabando: uma revisão de seus fundamentos teóricos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 06.

certo que a repressão à especulação gananciosa e às tentativas de exploração das necessidades coletivas fundamentais existe desde a Antiguidade¹⁹³.

À guisa de exemplo, o Código de Hamurabi continha expressas referências à ordem econômica como bem jurídico-penal, em especial no que toca a usura (cobrança de juros acima do permitido)¹⁹⁴. Já no Direito Romano, a *Lex Julia de Annona*, editada ao tempo de César e cuja vigência se prolongou até Justiniano, proibia a exploração da economia popular, punindo severamente (inclusive com a pena de morte) aqueles que monopolizavam atividades negociais por meio de delitos consistentes no aumento de preços de mercadorias, mormente, as destinadas ao maciço uso popular, como cereais¹⁹⁵. Por sua vez, na Grécia Antiga, a repressão penal estatal no âmbito econômico estava centralizada em agentes que especulavam armazenando mercadorias para forçar a alta dos preços de maneira artificial.

Na Europa medieval, ainda em época absolutista, a legislação francesa coibia a alta arbitrária de preços, o que passou a constar, após Revolução Francesa, no próprio Código Penal de 1810. No século XVIII, no Reinado de Maria Teresa, foi instituída a previsão de pesadas multas e pena de morte para a exportação de cereais e fabrico de cerveja em desacordo com as normas reais.

Mais recentemente, na Alemanha, o desenvolvimento do Direito Penal relacionado à matéria econômica se deu de forma sensível e remissiva, de forma mediata, à década de 20, quando surgiu o que se convencionou chamar de “Direito Econômico e Industrial”. Nos períodos que sucederam as duas Guerras Mundiais, buscou-se suprimir a hipertrofia dos largos poderes sancionatórios da administração, marca da etapa nacional-socialista. O Estado alemão passa então a adequar o seu Direito Penal Econômico ao Estado Democrático de Direito em formação.

Aliás, a evolução do intervencionismo estatal na economia se fez mais sensível na Alemanha por um motivo relativamente simples. As carências provocadas no período pós-Guerra geraram a frenética proliferação de normas de direção da vida econômica. Assim,

¹⁹³ REALE, Eduardo. *Legislação penal antitruste: direito penal econômico e sua acepção constitucional*. In *Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais – Visão Luso Brasileira*. Coord. José de Faria & Silva e Marco Antonio Marques da Costa. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 581/584.

¹⁹⁴ CASTELLAR, João Carlos. *Insider trading e os novos crimes corporativos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 13.

¹⁹⁵ GIORDANI, Mário Curtis. *Direito Penal Romano*. 2^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 73.

somente sobre especulação, foram publicadas mais de quarenta mil disposições que, posteriormente, tiveram sua vigência prolongada sob a forma de leis reguladoras de preços. Daí porque o Direito Penal Econômico convive, desde os seus primórdios, com a tensão dialética entre a ideia de liberdade (no sentido de ordem econômica asséptica à penetração do jurídico) e a ideia mais realista de necessidade da presença do Estado no jogo econômico¹⁹⁶.

A consolidação deste novo ramo do conhecimento jurídico fez com que o VI Congresso da Associação Internacional de Direito Penal – AIDP, realizado na cidade de Roma, em 1953, tivesse o seguinte objeto-título: “*Le droit penal social économique*”. No Brasil, o debate doutrinário específico sobre as relações entre economia e criminalidade é iniciado a partir de 1933, com a divulgação do estudo de Roberto Lyra, intitulado “Economia e Crime”¹⁹⁷. Antes disso, a escassez da legislação refletia o abstenteísmo econômico do Estado delineado a partir das Constituições de 1824 e 1891. São dignos de registro apenas alguns poucos delitos que poderiam ser classificados como violadores da “ordem econômica”, tais como os crimes de falsificação de moedas e de mercadorias, previstos no Livro Quinto das Ordenações do Reino (Código Filipino).

Já no Código Penal do Império, de 1830, foram previstos os crimes de abuso de confiança e atividade fraudulenta, além de constar um capítulo destinado aos crimes contra propriedade imaterial¹⁹⁸. O primeiro esboço real de atividade normativa nesta seara somente surge com a edição do Decreto n. 22.626/1933, que fixou normas penais repressivas da prática de usura. O Decreto-Lei n. 869/39 veio a estabelecer e sistematizar os crimes contra a economia popular.

O primeiro diploma legal brasileiro que dispôs exclusiva e diretamente sobre a ordem penal-econômica foi a Lei n. 1.526/51, que alterou dispositivos da legislação vigente sobre crimes contra a economia popular. Já sob a égide da Constituição de 1967, diversos diplomas normativos foram elaborados como forma de marcar o dirigismo estatal da

¹⁹⁶ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de e ANDRADE, Manoel da Costa. *Problemática geral das infrações contra a economia nacional*. In *Direito penal econômico e europeu: textos doutrinários*. v. I. Coimbra: Coimbra editora, 1998, p. 323.

¹⁹⁷ ARAUJO JUNIOR, João Marcello de. *Os crimes contra o sistema financeiro no esboço de nova parte especial do código penal de 1994*. In *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Ano 3. Número 11. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, julho-setembro de 1995, p. 145.

¹⁹⁸ FELDENS, Luciano. *Tutela penal de interesses difusos e crimes do colarinho branco: por uma relegitimação da atuação do Ministério Público: uma investigação à luz dos valores constitucionais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 13/15.

economia e a repressão o abuso do poder econômico, sendo este caracterizado por práticas monopolistas e pelo aumento arbitrário de lucros.

Quase duas décadas depois, a Lei n. 7.492/86 veio a definir crimes contra o sistema financeiro nacional, sendo seguida, já nos anos 90, por farta legislação esparsa sobre o combate a comportamentos nocivos à ordem econômica, tais como: Lei n. 8.078/90 (que dispôs sobre proteção ao consumidor); Lei n. 8.137/90 (que definiu crimes contra a ordem tributária); Lei n. 8.176/91 (que definiu crimes contra a ordem econômica); Lei n. 8.884/90 (que dispôs sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica), dentre outras.

3.3. Críticas à tutela penal da ordem econômica.

Em geral, os autores não costumam criticar especificamente o estabelecimento da tutela penal sobre a ordem econômico-social em si. O que ocorre, na verdade, é a resistência quanto à proteção penal de direitos difusos, haja vista que, segundo alguns, estes valores são criados artificialmente por interesses midiáticos e político-eleitoreiros, configurando, no fundo, um reflexo do expansionismo penal no bojo da chamada sociedade do risco. A referida oposição volta-se também em face de uma suposta aniquilação dos direitos e garantias individuais pela emergência da tutela penal de interesses da coletividade. Cabe agora analisar os respectivos argumentos.

3.3.1. A Escola de Frankfurt e posturas adjacentes.

Partiu dos autores que integram a chamada Escola de Frankfurt¹⁹⁹ a introdução do debate sobre o minimalismo penal²⁰⁰ por meio da defesa do que se denominou de direito

¹⁹⁹ A Escola de Frankfurt seria constituída a partir da convergência dos pensamentos de autores como Hassemer, Lüderssen e Naucke, dentre outros. Há, no entanto, quem afirme que, em verdade, a Escola propriamente dita não existiria como tal, eis que tais pensadores nutriam evidentes diferenças ideológicas e metodológicas. Neste sentido: BUJÁN PÉREZ, Carlos Martínez. *Derecho penal económico y de la empresa*. Parte general. 2ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007, p. 75. Sobre o tema, consulte-se também: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal econômico como direito penal de perigo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 60. Outra observação importante é a de que, embora o movimento garantista não tenha surgido no seio da Escola de Frankfurt, não há como se negar a existência de uma certa aproximação teórica entre a teoria do garantismo penal (deslegitimadora de sistemas punitivos que se afastem dos axiomas que disciplinam a restrição da liberdade

penal básico ou nuclear, isto é, voltado para a exclusiva tutela de interesses pessoais ou individuais²⁰¹. Em essência, a postura acentuadamente conservadora dos autores da Escola de Frankfurt defende a necessidade de que o Direito Penal continue a guardar apenas o seu âmbito clássico de tutela.

Nem se pode dizer que há por parte desta corrente uma possível ignorância sobre a emergência dos grandes riscos do modelo de desenvolvimento seguido pela sociedade industrial. O que se afirma, segundo esta tese, é que o Direito Penal não tem condições de servir de instrumento de tutela perante aqueles riscos, sob pena de violação dos direitos, liberdades e garantias individuais que constituem a herança ideológica do Iluminismo sobre o sistema penal.

De acordo com este entendimento, para a proteção em face dos novos interesses difusos, deve intervir não o “Direito Penal do risco”, mas outros ramos do Direito e outros meios de controle social não jurídicos²⁰².

Em resumo, pode-se dizer que os autores que integram a Escola de Frankfurt rejeitam todas as manifestações típicas do chamado Direito Penal moderno e admitem a intervenção penal no âmbito dos grandes riscos apenas nos confins do modelo liberal, ou seja, um sistema punitivo assentado tão-somente na proteção de bens jurídicos individuais tangíveis, na restrição da responsabilidade penal às pessoas singulares e mediante critérios de imputação rigorosamente individuais²⁰³. Neste prisma, o Direito Penal seria incapaz de conter os novos riscos e sua função seria meramente simbólica e pouco significativa para o

individual na aplicação do Direito Penal) e o Direito Penal básico ou nuclear (exclusivamente voltado à defesa interesses individuais) defendido pela Escola de Frankfurt.

²⁰⁰ Tanto o abolicionismo quanto o minimalismo penal constituem movimentos de política criminal decorrentes da chamada nova criminologia ou criminologia crítica, surgida nos Estados Unidos por volta dos anos 60 e 70, sob a influência de teorias sociológicas. Neste contexto, defende-se que o sistema penal funciona como subsistema funcional de reprodução material e ideológica do sistema global, isto é, das relações de poder e propriedade, razão pela qual o sistema penal se apresenta estruturalmente seletivo, crimógeno e ineficaz. Neste sentido: QUEIROZ, Paulo. *Funções do direito penal: legitimação versus deslegitimação do sistema penal*. 3ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 84/85.

²⁰¹ BUJÁN PEREZ, Carlos Martínez. *Derecho Penal Económico y de la empresa. Parte General*. 2ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007, p. 75.

²⁰² FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Temas básicos da doutrina penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 164/165.

²⁰³ FERNADES, Paulo Silva. *Globalização, ‘sociedade de risco’ e o futuro do direito penal: panorâmica de alguns problemas comuns*. Coimbra: Almedina, 2001, p. 73/74.

enfrentamento de problemas atuais²⁰⁴. Ora, partiu do próprio HASSEMER²⁰⁵, ou seja, um dos principais integrantes da Escola de Frankfurt, o reconhecimento de que a relação entre o sistema penal e a experiência prática é precária e o histórico do Direito Penal comprova somente que o conhecimento empírico, infelizmente, não tem servido de critério para a predisposição das atuações penais. Daí, a busca de alguns autores por soluções intermediárias.

Neste contexto, SILVA SÁNCHEZ²⁰⁶ defende a adoção do chamado Direito Penal de duas velocidades. Segundo esta tese, a primeira velocidade preconizaria um ordenamento penal com mais garantias para o investigado em contrapartida da aplicabilidade da pena privativa de liberdade. Nesta esfera seriam observados os princípios processuais e regras de imputação tradicionais. Já o Direito Penal de segunda velocidade seria destinado ao tratamento da criminalidade dirigida aos interesses difusos, à qual não seria aplicável a pena privativa de liberdade, mas sim sanções restritivas de direitos e de cunho pecuniário. Em compensação, haveria mitigação das regras de imputação e dos princípios processuais clássicos. Em suma, prega-se, por meio desta proposta, um sistema penal para a velha criminalidade e outro para a moderna criminalidade.

Por sua vez, com relação à globalização e às alterações sócio-políticas decorrentes da moderna criminalidade, HASSEMER²⁰⁷ propõe uma espécie de enxugamento do Direito Penal que, segundo ele, deveria se ater ao que considera seu aspecto central, ou seja: a tutela de bens individuais (vida, liberdade, propriedade e integridade física), cuja lesão é de fácil identificação e prova. Assim, este autor defende a criação de um novo ramo do Direito que ficaria situado entre o Direito Penal e o Direito Administrativo, o qual denomina de Direito de intervenção. Esta via de proteção normativa não empregaria as rigorosas sanções típicas do Direito Penal e, em contrapartida, contaria com garantias processuais mais flexíveis. Em síntese, segundo esta proposta, seria permitido o sancionamento de infrações que

²⁰⁴ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 99.

²⁰⁵ Refiro-me a HASSEMER e ao seguinte trabalho: HASSEMER, Winfried. *Prevención general y aplicación de la pena*. In Principales problemas de la prevención general. Trad. Gustavo Eduardo Aboso e Tea Löw. Buenos Aires: IBDEF, 2004, p. 75.

²⁰⁶ SILVA-SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Editora RT, 2002, p. 142 e seguintes.

²⁰⁷ HASSEMER, Winfried. *Segurança pública no estado de direito*. São Paulo: Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 2. n. 8, out./dez., 1994, p. 49.

gerassem mero perigo aos bens jurídicos protegidos, bem como seria possível a responsabilização de pessoas jurídicas e organizações.

Nas palavras de BUJÁN PÉREZ²⁰⁸, o direito de intervenção proposto por Hassemer seria configurado como um direito sancionador situado no meio do caminho entre o Direito Penal e o Direito das contravenções, entre o Direito Público e o Direito Civil. Caracterizando-se por conter garantias e procedimentos menos rigorosos do que os que acompanham o Direito Penal, porém dispondo de sanções de menor gravidade, isto é, menos lesivas aos direitos individuais.

Referindo-se à proposta sustentada por Hassemer e seu Direito de Intervenção, SCHÜNEMANN²⁰⁹ afirma que esta tese guarda em seu âmago uma compreensão errônea do princípio da *ultima ratio*, eis que ignora que, em descompasso com o que ocorre no restante do mundo, as autoridades administrativas alemãs gozam de gritantes possibilidades a seu dispor, principalmente, em matéria de trânsito. Aliás, em muitos casos, o Direito Penal representa até mesmo a medida repressiva menos gravosa, haja vista a necessidade de observância de criteriosos caminhos formais até que se chegue à concretização do ato sancionatório, ao contrário do que ocorre, por exemplo, no Direito Administrativo, onde, apesar das recentes contestações, ainda vigoram dogmas como o princípio da supremacia do interesse público, da auto-executoriedade e da presunção de legalidade e legitimidade dos atos.

Especificamente quanto às infrações na área econômico-social, parece claro que um sistema de controle administrativo não pode substituir a utilização do Direito Penal, mas apenas complementá-lo. A superior força comunicativa do Direito Penal em relação ao Direito Civil e sua maior neutralidade política em relação ao Direito Administrativo são outras vantagens apontadas pela doutrina²¹⁰.

Outrossim, a maioria dos autores da atualidade defende a modernização do Direito Penal por meio de sua adaptação às mutações sociais, políticas e econômicas da

²⁰⁸ BUJÁN PÉREZ, Carlos Martínez. *Derecho penal económico y de la empresa*. Parte general. 2ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007, p. 77.

²⁰⁹ SCHÜNEMANN, Bernd. *O direito penal é a ultima ratio da proteção de bens jurídicos! – Sobre os limites invioláveis do direito penal em um Estado de Direito liberal*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Número 53. Ano 13. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, mar.-abril de 2005, p. 21/22.

²¹⁰ BUJÁN PEREZ, Carlos Martínez. *Derecho penal económico y de la empresa*. Parte general. 2ª. Ed. Valencia: Tirant lo blanch, 2007, p. 148.

sociedade atual. Aliás, este movimento este que ganhou na Europa a interessante alcunha de “teoria do *Big Bang*” do sistema penal em oposição “teoria do *Big Crunch*”, que simboliza o discurso de resistência à modernização do Direito Penal²¹¹.

De fato, não merecem acolhimento as argumentações político-criminais nem da Escola de Frankfurt e nem dos posicionamentos intermediários representados pelas teses do Direito Penal de duas velocidades, de Silva Sánchez, e do Direito de Intervenção, de Hassemer.

Tais teses configuram discursos de oposição ao estabelecimento do Direito Penal Econômico na medida em que nesta seara são tutelados interesses difusos e tipificados crimes de perigo abstrato. A razão está com FISCHER²¹² e BUJAN-PEREZ²¹³ ao defenderem que não é razoável a sustentação do deslocamento da discussão sobre os delitos contra a ordem econômico-social, especialmente aqueles de natureza grave, para uma seara administrativa, intermediária ou de “outra velocidade”. Estas propostas somente reforçam o histórico caráter desigual do Direito Penal.

Em suma, a tentativa de retornar no tempo ou manter apoio exclusivo ao núcleo histórico do Direito Penal somente se justifica em um Estado puramente liberal que existe apenas no mundo ilusório da literatura. Em sua perspectiva social, coletiva e solidária, o advento do Estado Democrático de Direito afasta qualquer possibilidade de resistência à modernização do sistema estatal punitivo, pois, do contrário, manter-se-ia o seu cunho injusto, classista e desigual²¹⁴.

²¹¹ BUJÁN PEREZ, Carlos Martínez. *Derecho Penal Económico y de la empresa...* op. cit., p. 79.

²¹² FISCHER, Douglas. *Delincüência econômica e estado social e democrático de direito: uma teoria à luz da constituição*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006, p. 139.

²¹³ Citando em adendo o apoio da maioria da doutrina espanhola à teoria do Big Bang (partidária da expansão e modernização do Direito Penal), eis a respectiva preleção, verbis: “*Em efecto, por mi parte, me limito a insistir em la idea anteriormente apuntada de que los delitos económicos de mayor gravedad deben permanecer en la esfera del Derecho penal nuclear y ser conminados con penas privativas de libertad. Eso sí, en este caso dichos delitos habrán de quedar sometidos, por supuesto, a idénticas reglas de imputación y a los mismos principios de garantía que informan los restantes delitos incardinados en el Derecho penal nuclear, desestimando toda solución flexibilizadora o relativizadora de tales reglas o principios;*” BUJÁN PEREZ, Carlos Martínez. *Derecho Penal Económico y de la empresa*. Parte General. 2ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007, p. 150.

²¹⁴ Neste sentido, confira-se o dizer de BUJÁN PEREZ, verbis: “*El derecho penal no puede anclarse em um pensamiento individualista y tutelar exclusivamente ataques que atentem a bienes jurídicos cuya naturaleza sea estrictamente individual. Así, del mismo modo que sucede en otros sectores del denominado Derecho penal moderno, en el ámbito económico hay bienes jurídicos de naturaleza colectiva, intereses de todos, que indiscutiblemente deben ser tutelados por el Derecho penal nuclear ante las modalidades de agresión mas intolerables; e incluso existen bienes jurídicos que, sin ser intereses generales, son bienes de carácter supraindividual que afectan a amplios sectores de la población y que, bajo determinadas condiciones, también*

3.3.2. O garantismo penal e o Direito Penal Econômico.

“a Justiça é dura com os pequenos delinquentes porque é mais fácil para a Magistratura proceder contra eles do que se situar contra os poderes fortes.”²¹⁵

Ao referir-se ao movimento iluminista e seus efeitos no campo penal, SCHÜNEMANN²¹⁶ o denominou como o “Big Bang intelectual” que permitiu ao homem sair de sua culpável imaturidade. O ponto de partida de tal afirmação foi a busca de legitimação do sistema punitivo por meio da limitação do Estado com base na ideia de máxima liberdade individual.

Fato é que, desde o fim da era feudal e durante os primórdios do liberalismo, a organização do Estado assentava-se na tese rousseauiana²¹⁷ acerca da existência de uma espécie de contrato social pressuposto, mediante o qual cada indivíduo cederia parcela de sua liberdade e de sua autonomia em prol da viabilidade de convivência social, sob o manto da autoridade estatal. A partir de então, o Estado seria responsável por garantir segurança e bem-estar à coletividade mediante exercício do monopólio do uso da força para controle das atividades socialmente nocivas.

Destarte, segundo a doutrina do contrato social, os indivíduos deixariam seu estado de natureza e, por meio do aludido pacto fictício, passariam a viver em estado de sociedade. Isto se daria com o fim de viabilizar a manutenção da liberdade inerente ao estado de natureza mediante limitação da vontade individual pelas regras ditadas pela vontade majoritária (*pactum societatis*)²¹⁸.

pueden ser merecedores de tutela penal.” BUJÁN PEREZ, Carlos Martínez. *Derecho Penal Económico y de la empresa...* op. cit., p. 88.

²¹⁵ Comentário feito por Luigi Ferrajoli ao atribuir a ineficácia da luta contra a delinquência econômica ao entrelaçamento entre criminalidade, política e Poder Judiciário. Cf. artigo publicado no jornal El País, em 27.11.1990, p. 28, apud GOMES, Luiz Flávio. *Sobre a impunidade da macro-delinquência econômica desde a perspectiva criminológica da teoria da aprendizagem*. In Revista Brasileira de Ciências Criminais. Ano 3. Número 11. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, julho-setembro de 1995, p. 168.

²¹⁶ SCHÜNEMANN, Bernd. *O direito penal é a última ratio da proteção de bens jurídicos! – Sobre os limites invioláveis do direito penal em um Estado de Direito liberal*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Número 53. Ano 13. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, mar.-abril de 2005, p. 13.

²¹⁷ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social*. Trad. Antonio de Pádua Danesi. 3ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

²¹⁸ Sobre o tema, confira-se o dizer de BARATTA, *verbis*: “A base da justiça humana é, para Beccaria, a utilidade comum; mas a idéia da utilidade comum emerge da necessidade de manter unidos os interesses

Fulcrado nestas premissas, Beccaria construiu o argumento que viria a constituir, mais tarde, a base de diversos valores típicos do pensamento penal da atualidade, tais como: a proteção de bens jurídicos como finalidade única do Direito Penal e o princípio da intervenção penal mínima e seus consectários (fragmentariedade e subsidiariedade do direito penal). Na visão de Beccaria, somente a necessidade do suporte coletivo para alcançar felicidade e vida digna leva os indivíduos a abrirem mão de parcela de sua liberdade. Ainda assim, isto se daria apenas em medida mínima imprescindível à preservação dos valores sociais mais relevantes, conjuntamente denominados por ele de “depósito de salvação pública”. Este seria, portanto, o fundamento do poder punitivo estatal²¹⁹.

Caso se pretenda atribuir um nome ao modelo penal vislumbrado a partir do período iluminista com o fim de contrapô-lo ao Direito Penal contemporâneo, a expressão mais apropriada e, de fato, utilizada é Direito Penal liberal, sendo inafastável sua vinculação à concepção política, econômica e social vigente à época²²⁰. Como já visto, o Direito Penal hodierno caracteriza-se pelo acolhimento de novos objetos de tutela, novos valores, novos bens jurídicos, sendo destacados, segundo o objeto deste estudo, os ligados à ordem constitucional econômico-social.

particulares, superando a colisão e oposição entre eles, que caracteriza o hipotético estado de natureza. O contrato social está na base da autoridade do Estado e das leis; sua função, que deriva da necessidade de defender a coexistência dos interesses individualizados no estado civil, constitui também o limite lógico de todo legítimo sacrifício da liberdade individual mediante a ação do Estado e, em particular, do exercício do poder punitivo pelo próprio Estado. Foi, pois, a necessidade que constrangeu a ceder parte da própria liberdade; é certo que ninguém quer colocar senão a menor porção possível dela em depósito público, só o suficiente para induzir os demais a defendê-lo. A soma destas mínimas porções possíveis forma o direito de punir; tudo o mais é abuso e não justiça, é fato e não direito.” BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal. Introdução à sociologia do direito penal*. 3ª edição. Trad. Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 33.

²¹⁹ A então nascente classe burguesa tratou de deturpar esta idéia e fazer valer seu poder econômico com vistas à defesa de seus principais interesses (liberdade e propriedade), manipulando, pelos instrumentos políticos que dispunha, o direcionamento do sistema punitivo estatal, cujo foco foi então voltado para a proteção dos meios de produção (posse e domínio de bens móveis e imóveis). Com a eclosão da Revolução Industrial, a opressão da imensa massa de trabalhadores trouxe concomitantemente a necessidade do controle de sua reação em face da classe dominante e das próprias estruturas ligadas ao sistema capitalista, o que reforçou a tendência de uso classista do sistema penal. Destarte, toda a engrenagem institucional e normativa de índole penal-repressiva foi arquitetada visando à proteção da propriedade privada e dos valores a ela ligados, sendo fácil concluir que, de início, os clientes preferenciais dos estabelecimentos prisionais foram pinçados das camadas mais pobres da sociedade. Sobre as raízes e atualidades da utilização do Direito Penal como mecanismo de controle da classe economicamente miserável da população, confira-se por todos: DE GIORGI, Alessandro. *A miséria governada através do sistema penal*. Rio de Janeiro: Revan, ICC, 2006.

²²⁰ MARTIN, Luis Gracia. *Prolegômenos para a luta pela modernização e expansão do direito penal e para a crítica do discurso de resistência*. Trad. Érika Mendes de Carvalho. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005, p. 43/44 e 57.

Como já visto anteriormente, o núcleo do Direito Penal Econômico está repleto de tipos delitivos voltados para a proteção de valores consagrados apenas recentemente, isto em se considerando os padrões temporais peculiares do mundo jurídico e, em especial, do Direito Penal. Tais interesses guardam essência completamente distinta em relação aos bens jurídicos individuais tradicionalmente tutelados pelo Direito Penal. A referência é feita aos bens jurídicos chamados de coletivos, universais, supraindividuais ou metaindividuais. Em suma, aqueles titulados conjuntamente por um número indeterminado de pessoas.

Como já visto, os direitos fundamentais ascenderam politicamente nos fins do século XVIII, com o advento das revoluções liberais. Daí porque aparecem no cenário jurídico como esferas de autonomia. No entanto, modernamente, as liberdades individuais não são mais entendidas de forma caótica ou contraditória, pois atuam num contexto social organizado. Portanto, correta é a visão oriunda da doutrina portuguesa de que a liberdade contida nos direitos fundamentais não corresponde à emancipação anárquica, mas sim auto-responsabilidade na atuação social. Por isso, também neste campo os indivíduos não podem se considerar desligados dos valores comunitários que preenchem o espaço normativo em que se movem e têm o dever de os respirar²²¹.

Como já afirmado, em que pese a discussão acerca do tema, há razoabilidade na defesa do acolhimento, ainda que implícito²²², do princípio da intervenção mínima do Direito Penal pelo ordenamento jurídico brasileiro. Contudo, mesmo os mais ferrenhos críticos do sistema penal têm se rendido à legitimidade do emprego da tutela penal quanto a valores ligados à ordem econômico-social²²³. É neste contexto que se afirma, com

²²¹ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*. 4ª edição. Almedina: Coimbra, 2009, p. 156.

²²² Em nosso ordenamento jurídico, o princípio da intervenção mínima não está expressamente consignado no texto constitucional ou no código penal, integrando a política criminal, sendo a ele relacionadas duas características do direito penal: a fragmentariedade e a subsidiariedade. BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 85.

²²³ BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro...* op. cit., p. 37. Confira-se o trecho respectivo: “(...) a partir da consideração do direito penal como direito desigual, deve-se empreender dois movimentos: 1º instituir a tutela penal em campos que afetem interesses essenciais para a vida, a saúde, e o bem-estar da comunidade (o chamado ‘uso alternativo do direito’): criminalidade econômica e financeira, crimes contra a saúde pública, o meio ambiente, a segurança do trabalho, etc;”. Este autor também critica a histórica omissão do legislador penal sobre este mandamento constitucional criminalizador, *verbis*: “Entre nós, a Constituição de 1946 empregara em vão o termo ‘repressão’ para o abuso do poder econômico: jamais o legislador ordinário atendeu à ‘imposição constitucional de tutela penal’. O caráter classista da legislação penal se manifesta também na omissão ou pachorra da elaboração legislativa de crimes que podem ser praticados pelos membros da classe dominante.” Op. cit, p. 90.

razoabilidade, que um Direito Penal genuinamente mínimo somente poderia ser gerado no âmbito de um Estado-mínimo que não existe mais²²⁴, se é que um dia existiu de fato.

Paralelamente, o movimento filosófico-jurídico conhecido como “garantismo penal” vem sendo usado como remédio para todos os males, tamanha a intensidade de sua invocação para os mais diversos fins defensivos. De fato, a banalização e a promiscuidade com que vem sendo tratada a teoria garantista têm contribuído para a deturpação do autêntico sentido da tese. Em verdade, o extremismo na visualização dos preceitos garantistas tem servido de escudo protetor para a moderna criminalidade econômica.

Originalmente, aponta-se que o garantismo penal teria surgido como uma corrente da criminologia crítica na Europa continental. A teoria garantista ganhou força na Itália como instrumento de reação do meio acadêmico e doutrinário contra o uso flexível do Direito Penal pelo Poder Público. Esclareça-se que na década de 70, o governo italiano travou intenso combate a grupos políticos que se valeram de práticas tidas como terroristas para impor suas ideias, destacando-se, dentre eles, as “*Brigate Rose*” (Brigadas Vermelhas)²²⁵. Na atualidade, o retorno às luzes do pensamento penal proposto na formulação garantista tem por adversários movimentos tachados como hipercriminalizadores, tais como os discursos da Lei e da Ordem, Tolerância Zero e Esquerda Punitiva, potencializados pelas ideologias de Defesa Social²²⁶.

Assim, o minimalismo ou garantismo penal surgiu como esboço de resposta técnico-jurídica à emergência da legislação antiterrorista ocorrida, sobretudo, na Itália e na Espanha. A visão constrictiva consubstanciada no movimento garantista constituiu um esforço para limitar a arbitrariedade e a violência veiculadas por meio do Direito Penal. Como bem

²²⁴ SILVA SÁNCHEZ, Jesus Maria. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 54.

²²⁵ SWAANINGEN, René van. *Justicia social en la criminología crítica del nuevo milenio*. Revista de Derecho Penal y Criminología, n. 10, 2ª ep., Madri, 2002, p. 272/273. A denominação Brigadas Vermelhas surge pela primeira vez em Milão, em 17.09.1970, num atentado terrorista frustrado que tinha por objetivo atingir empresários ligados ao governo. Por conta de ações atribuídas ao “terrorismo vermelho”, entre 1969 e 1987, a Itália registrou 14.600 atentados terroristas, nos quais faleceram 419 pessoas e foram feridas outras 1182 pessoas. Cf. MONET, Jean-Claude. *Polícias e sociedades na Europa*. Trad. Mary Amazonas Leite de Barros. São Paulo: Edusp, 2001, p. 251/253. Tais números alarmantes levaram ao abuso dos instrumentos penais pelo Estado e, em contrapartida, à exacerbação dos direitos e garantias individuais pela comunidade científica. Como se verá, ambos os focos de radicalização são desprovidos de razoabilidade e legitimidade.

²²⁶ Neste sentido: CARVALHO, Salo de. *Pena e garantias*. 3ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 78.

sintetizou ARAUJO JUNIOR²²⁷, o garantismo defende que o Direito Penal somente se legitima para restringir a liberdade individual se houver um rigoroso controle do poder normativo do Estado com respeito aos princípios da previsibilidade, segurança jurídica, igualdade e proporcionalidade. Portanto, a exemplo dos iluministas que tentavam limitar os abusos e excessos nos Estados absolutistas, o movimento garantista procura impor limites às novas ampliações e definições desse poder.

O italiano Luigi Ferrajoli é tido como o maior expoente ligado à teoria do garantismo penal. Em sua obra intitulada “*Diritto e ragione: teoria del garantismo penale*”, este autor preconizou a necessidade de observância dez princípios básicos – os quais denominou de “axiomas” – para que um determinado sistema normativo-penal possa ser considerado garantista. Tais axiomas têm a função específica de deslegitimar o exercício absoluto do poder punitivo do Estado. Seguindo esta diapasão, os três significados básicos do modelo penal garantista foram sintetizados por FERRAJOLI²²⁸ da seguinte forma: um parâmetro de racionalidade; de justiça e de legitimidade da intervenção punitiva.

Vistas estas premissas, percebe-se que, no cotidiano da jurisdição criminal brasileira, tem havido cega, irrefletida e mecanizada importação da tese garantista para o cenário jurídico pátrio. Com efeito, pode-se afirmar que a ideia embutida no garantismo penal é muito mais citada do que efetivamente estudada, inclusive, por parte da jurisprudência brasileira, em especial, dos Tribunais Superiores²²⁹. A falta de aprofundamento teórico se faz

²²⁷ ARAUJO JUNIOR, João Marcello de. *O Direito Penal Econômico*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Número 25. Ano 7. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, jan.-mar. de 1999, p. 155.

²²⁸ O referido autor é ex-magistrado e professor de Filosofia do Direito na Universidade de Camerino. A obra aludida foi traduzida para o idioma português. Cf. FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione: teoria del garantismo penale*. 2ª edição. Trad. Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 785.

²²⁹ Ainda que não caiba aprofundar a questão em decorrência dos limites materiais deste estudo, pode-se afirmar que tem sido exclusivamente política a “fundamentação” das nomeações para o cargo de Ministro do Supremo Tribunal Federal, com base na lamentável redação do art. 101 da Constituição de 1988. Trata-se de fator que, inegavelmente, contribui para a pobreza da recente contribuição - se é que se pode dizer que há verdadeira contribuição - da jurisprudência emanada da cúpula do Poder Judiciário para o aprimoramento da Justiça Criminal no Brasil. Corroborando esta constatação, é de se dizer que, na atual composição do Supremo Tribunal Federal, não há qualquer profissional (advogado ou catedrático) que tenha razoável experiência, teórica ou prática, na área criminal. Mais impressionante ainda é o fato de que, dentre os 11 Ministros, há apenas um magistrado de carreira e que também jamais atuou na judicatura criminal. Por isso, não assusta que o Supremo Tribunal Federal jamais tenha levado a cabo sequer uma única ação penal de sua competência originária. Contraditoriamente, são fartos os acórdãos proferidos, em sede recursal, pelo Supremo Tribunal Federal tratando de matéria penal e processual penal, ou seja, argumenta-se sobre realidade que não se conhece na prática, gerando insegurança no meio jurídico e franco prejuízo para a uniformização interpretativa do Direito Penal no Brasil.

sensível, a começar, pela ausência de análise sobre o comentado contexto histórico-político de formação da teoria garantista.

Aliás, na introdução à aludida obra de Ferrajoli, Norberto BOBBIO²³⁰ chamou a atenção para a corajosa batalha vivida pelo autor em meio a debates políticos e artigos jornalísticos tidos e havidos no seio da explosão de violência por parte do Estado italiano e de grupos políticos de oposição. Verifica-se, portanto, que a batalha de Ferrajoli deu origem à sua festejada tese. Portanto, o garantismo penal foi construído no contexto de uma legislação de emergência elaborada no seio de um Estado que buscava reprimir atos terroristas.

Mesmo considerando este quadro extremo de exceção, é imprescindível alertar que Ferrajoli jamais defendeu o engessamento interpretativo do Poder Judiciário em prol de uma legalidade pétrea²³¹. Genuinamente, o garantismo não tem qualquer relação com o mero legalismo, formalismo ou processualismo, percebendo-se também que o modelo normativo garantista preconiza um programa de intervenção penal limitada cuja centralidade é a tutela dos direitos individuais no campo penal²³².

Chama a atenção a pouca divulgação e discussão sobre o fato de que Ferrajoli reconheceu que, ao lado de uma massiva deflação dos bens penais e das proibições legais, um programa de Direito Penal mínimo ou garantista tem também de voltar seus holofotes para a tutela de bens fundamentais de modo a alcançar legitimidade política e jurídica, o que importa em “*maior penalização de condutas, hoje não adequadamente proibidas nem castigadas*”²³³.

²³⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal...* op. cit., p. 12.

²³¹ Ao discorrer sobre o garantismo penal, o próprio FERRAJOLI admitia a existência de espaços de poder interpretativo insuprimíveis, como se vê a seguir: “*Todo o esquema epistemológico até aqui ilustrado e o modelo penal garantista que nele se informa têm o defeito fundamental de corresponder a um modelo limite, amplamente idealista, porque de fato nunca foi realizado nem nunca será realizável. O juiz não é uma máquina automática na qual por cima se introduzem os fatos e por baixo se retiram as sentenças, ainda que com a ajuda de um empurrão, quando os fatos não se adaptem perfeitamente a ela (...) Daí segue que não só é estranha, mas também incompatível com a epistemologia garantista, a ideologia mecanicista da aplicação da lei, expressa na célebre frase de Montesquieu: ‘os juízes da nação não são, como temos dito, mais do que a boca que pronuncia as palavras da lei, seres inanimados que não podem moderar nem a força nem o rigor das leis’.*” FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal. 2ª edição*. Trad. Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 42 e 43.

²³² CARVALHO, Salo de. *Pena e garantias*. 3ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 41.

²³³ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal...* op. cit., p. 438. No mesmo sentido é a preleção de SARLET, confira-se: “*(...) as normas definidoras de direitos sociais servem de paradigma na esfera jurídico-penal, pois impõem e legitimam a proteção de bens fundamentais de caráter social e, portanto, podem balizar a discussão em torno até mesmo da criminalização ou descriminalização de condutas no âmbito de um garantismo integral e não meramente negativo.*” SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição e proporcionalidade, o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência*. Revista Brasileira de Ciências Criminais n. 47. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 89.

Portanto, até mesmo o grande artífice da teoria garantista admite que há matérias socialmente relevantes nas quais o legislador penal foi omissivo ou extremamente brando. Por outro lado, é inegável que a ineficiência e a omissão do legislador penal se fazem mais marcantes sobre os interesses titulados pela coletividade, o que é inaceitável dada a realidade de que estes valores não guardam relação de antagonismo ou subsidiariedade para com os direitos e garantias individuais, mas sim relação de salutar complementariedade e equivalente importância²³⁴.

Outrossim, o garantismo negativo sustenta-se na função clássica do Direito Penal, denominada doutrinariamente de função liberal-iluminista, ao passo que a visão mais atualizada enxerga na teoria garantista uma dupla face, negativa e positiva. Este último aspecto é sustentado no constitucionalismo dirigente, *locus* da própria construção da moderna teoria do bem jurídico²³⁵. Como dito anteriormente, o princípio da proporcionalidade possui duplo conteúdo: a vedação do excesso e a proibição de proteção deficiente. É exatamente a proibição de proteção deficiente que impede que o legislador penal renuncie livre e absolutamente e arbitrariamente ao emprego do Direito Penal e aos efeitos protetores que dele derivam quando diante de bens jurídicos de inquestionável magnitude²³⁶.

²³⁴ Sobre o tema, confira-se o respectivo trecho: “Podemos, por tais motivos, caracterizar o Estado liberal como um Estado limitado por normas secundárias negativas, isto é, por vedações legais dirigidas aos seus órgãos de poder; e o Estado social, ou socialista, como um Estado vinculado por normas secundárias positivas, isto é, por comandos igualmente dirigidos aos poderes públicos (...) enquanto o Estado de direito liberal deve somente não piorar as condições de vida dos cidadãos, o Estado de direito social deve ainda melhorá-las; deve não somente não ser para eles uma desvantagem mas, outrossim, ser uma vantagem (...) As garantias liberais ou negativas baseadas em vedações legais servem para defender ou conservar as condições naturais ou pré-políticas de existência: a vida, a liberdade, a imunidade dos arbítrios e, devemos acrescentar, a não destruição do ar, da água e do meio ambiente em geral, as garantias sociais ou positivas baseadas nas obrigações conduzem, ao invés, a pretensões e aquisições de condições sociais de vida: a subsistência, o trabalho, a saúde, o lar, a instrução etc. As primeiras estão dirigidas ao passado e têm como tais uma função conservadora; e as segundas são dirigidas ao futuro e têm um alcance inovador (...) Obviamente os dois tipos de garantia e os correspondentes modelos de Estado não se excluem entre si, como, vez ou outra, costuma-se afirmar de maneira injustificada nas contraposições entre liberdades individuais e justiça social (...)”. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal...* op. cit., p. 795.

²³⁵ STRECK, Maria Luiza Schäfer. *Direito penal e Constituição: a face oculta da proteção dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 51.

²³⁶ FELDENS, Luciano. *A constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle das normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 119. No mesmo sentido, segue a preleção de SARLET: “Não há como deixar de destacar que tanto as normas de cunho programático (que são programáticas pelo seu conteúdo, mas não por falta de eficácia e aplicabilidade) quanto as normas definidoras de direitos sociais servem de paradigma na esfera jurídico-penal, pois impõe e legitimam a proteção de bens fundamentais de caráter social e, portanto, podem balizar a discussão em torno até mesmo da criminalização ou descriminalização de condutas no âmbito de um garantismo integral e não meramente negativo.” SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência*. In Revista Brasileira de Ciências Criminais. Número 47. Ano 12. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, mar.-abril de 2004, p. 89.

Muitos dos problemas atuais do Direito Penal decorrem de uma modificação da questão criminal, isto é, a transformação da natureza econômica, social e política da criminalidade. Neste aspecto, são sensatas a constatação e a respectiva conclusão de Salo de CARVALHO²³⁷. A referência é feita à constatação de que a criminalidade que se impõe hoje não é mais a velha criminalidade de subsistência que há vinte anos sustentava a seletividade da Justiça Criminal e à conclusão de que a mutação na questão criminal abrange a emergência de novos agentes (poderes criminais – criminalidade organizada) e novas formas de criminalidade (crimes do poder – criminalidade econômica e financeira), obrigando cientistas e políticos a repensarem radicalmente a efetividade das técnicas de tutela e garantia.

Este tema inegavelmente vulnera interesses de grupos poderosos, tanto do ponto de vista político, quanto financeiro. Trata-se de circunstância cuja influência não pode ser desconsiderada no âmbito da discussão científica e acadêmica²³⁸. Ademais, é interessante notar que todo o esforço com fachada falsamente garantista surge exatamente no momento em que o Direito Penal começa a abordar não só os micro-infratores de outrora (em regra, negros, miseráveis e analfabetos), mas, igualmente e com justiça, os macro-infratores (criminosos dotados de grande poder econômico-político).

Neste contexto, não há como deixar de manifestar concordância com a percepção de MORAES FILHO²³⁹ ao afirmar ser curiosa a coincidência entre a exaltação dos movimentos de intervenção mínima e garantismo penal (além dos chavões corolários, tais como: descriminalização, despenalização e desjudicialização) e a fase contemporânea na qual a ciência penal passa por louvável democratização, deixando de abordar somente a criminalidade do miserável e passando a ter por objeto a criminalidade econômica organizada, seus agentes com notória ingerência política e seus delitos de repercussões relativamente mais graves.

²³⁷ CARVALHO, Salo de. *Pena e garantias*. 3ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 81.

²³⁸ Trata-se de fator bem captado pelo dizer de BARATTA, *verbis*: “Quanto mais direto e decisivo seja o peso com base no qual os grupos de interesse, utilizando para isso os múltiplos canais que se encontram à sua disposição, afetem a legislação penal, maior será a impotência da instância científica e maior será o grau a que fica reduzida, desempenhando um papel instrumental na preparação dos elementos técnico-jurídicos (...)” BARATTA, Alessandro. *Criminologia e dogmática penal. Passado e futuro do modelo integral da ciência penal*. Revista de Direito Penal. Rio de Janeiro: Forense, 1981, n. 31, jan.-junho, p. 18.

²³⁹ Conforme citação proferida na Conferência sobre “Crimes contra a Economia Popular”, in Direito Penal dos Negócios, coletânea publicada pela Associação dos Advogados de São Paulo, 1990, p. 110, apud CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. *Fundamentação Constitucional do Direito Penal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992, p. 103/104.

Se o amor extremado a ideologias jamais constitui fundamento confiável de qualquer teoria, não é menos real o fato de que a recente emergência do pseudo-garantismo surge com o evidente propósito de proteger da justa incidência da lei penal toda uma classe de agentes que sempre gozou e, de certa forma, ainda goza das benesses do aparato punitivo estatal. Não há como negar que a teoria garantista parte originalmente de uma visão pessimista das relações de poder, onde o Estado figura como entidade intrinsecamente má, o que nos leva a uma ingênua concepção otimista do homem como bom selvagem²⁴⁰. A esta equivocada premissa contrapõe-se a advertência de BOBBIO, segundo o qual: “*não é verdade que o aumento da liberdade seja sempre um bem ou o aumento do poder seja sempre um mal.*”²⁴¹

Sob todos os aspectos, é lapidar o alerta feito por SCHÜNEMANN²⁴², segundo o qual o Direito Penal foi historicamente concebido com dois objetivos fundamentais: proteger interesses privados individuais (sobretudo, a propriedade) e ter por clientela as camadas mais pobres da população. Portanto, há premente necessidade de revisão deste padrão odioso como decorrência das novas demandas da sociedade, sobretudo, quando se está diante de comportamentos francamente prejudiciais a bens jurídicos titulados pela coletividade em geral.

No mesmo sentido, é robusta a fundamentação da preleção de SARLET²⁴³, segundo a qual, se resumido em sua dimensão meramente negativa, o movimento garantista acaba privilegiando criminosos poderosos, deixando imunes delitos de elevado potencial ofensivo ao interesse público. Não há dúvida de que tal comportamento interpretativo, seja ele advindo do Poder Legislativo, Executivo ou Judiciário, é inconstitucional, à luz da teoria do dever estatal de proteção (eficiente e efetiva) a todos os interesses fundamentais, inclusive os titulados pela coletividade.

Consoante já visto anteriormente, vive-se a era do Direito Penal Constitucional, sendo certo, portanto, que o sistema punitivo deve ser enxergado sob os ditames da Carta

²⁴⁰ CARVALHO, Salo de. *Pena e garantias*. 3ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 259.

²⁴¹ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 87.

²⁴² SCHÜNEMANN, Bernd. *Temas actuales y permanentes del Derecho Penal después del milênio*. Madrid: Tecnos, 2002, p. 53.

²⁴³ Trata-se de tendência de duvidosa constitucionalidade, por afronta ao princípio da proporcionalidade, na submodalidade proibição de proteção deficiente a direitos fundamentais. Neste sentido, confira-se: SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência*, p. 12. Publicado em 12.07.2005. Disponível no sítio da internet: <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em 25.08.2008.

Magna. Neste contexto, não se pode olvidar o acolhimento constitucional de direitos fundamentais de todas as espécies, gerações ou dimensões, e não somente de direitos individuais ligados à noção de liberdade. Em resumo, não há liberdades ou direitos absolutos e assim ocorre para o bem da subsistência harmoniosa em sociedade²⁴⁴.

O modelo penal garantista-individualista puro constituiu ideologia jurídica fundada nos pilares do Direito Penal liberal, cuja existência pretendia ser justificada na necessidade de preservação da segurança jurídica do indivíduo e não no interesse do Estado ou da comunidade. Entretanto, o cogente aperfeiçoamento da noção garantista passa pela compatibilização da proteção a todas as gerações de direitos humanos, até como condição para seu reconhecimento pelo Estado. Portanto, a interpretação verdadeiramente garantista do ordenamento jurídico-penal não pode se ater à proteção cega, absoluta e indiscriminada de liberdades individuais utilizadas como escudo para práticas criminosas.

Outrossim, deve-se compatibilizar o traço individualista com a proteção da coletividade, sob pena de exaltação descabida ao que a doutrina²⁴⁵ cunhou, com precisão, de “garantismo autista”. Desta forma, a conjugação das duas vertentes de proteção induzirá a formação de um saudável garantismo penal integral²⁴⁶, o que não só otimizará a proteção do indivíduo contra eventuais irracionalidades punitivas por parte do Estado, mas, com igual vigor, também permitirá o resguardo eficaz dos anseios da sociedade por meio do ordenamento penal.

A própria validade da tese garantista (e, com ela, do Estado Democrático – e, proporcional – de Direito) está em boa parte atrelada à reconstrução da referida tese sob as luzes da proporcionalidade em seu duplo viés, de modo a que se possa garantir, na esfera

²⁴⁴ Sobre o tema, vale conferir a seguinte explanação, *verbis*: “A doutrina afirma constantemente o caráter complementar das diversas gerações de direitos humanos. Significa com isso que o garantismo penal pode e deve, em princípio, conviver harmoniosamente com os direitos sociais. Todavia, deve-se admitir que as chamadas ‘liberdades burguesas’, que na sua origem explicam o direito penal garantista, nem por isso estão imunes de severas críticas que, em última análise, terminam por colocar em xeque as próprias bases do garantismo.” FREITAS, Ricardo de Brito A. P. *As razões do positivismo penal no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p.24.

²⁴⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência*. Revista brasileira de ciências criminais. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 47, p. 89, mar.-abr., 2004.

²⁴⁶ Cf. ÁVILA, Thiago André Pierobom de. *Provas Ilícitas e Proporcionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 61.

jurídico-penal, respostas adequadas aos avanços da criminalidade atual²⁴⁷. O fundamentalismo abolicionista e tendências decorrentes assemelhadas jamais integraram a pauta genuinamente garantista. O Estado Democrático de Direito é comprometido com os direitos fundamentais de todas as dimensões e não apenas com a liberdade individual e, muito menos, com o abuso desta. Neste aspecto, é flagrante a atualidade dos ensinamentos de HUNGRIA²⁴⁸ que, em caráter visionário, há muito já prenunciou, que: “(...) a democracia liberal protege os direitos do homem e não os crimes do homem. Maldita seria a democracia liberal, se se prestasse a uma política de cumplicidade com a delinqüência.”

Deve-se chamar a atenção também para o fato de que a teoria do garantismo penal não é acolhida pela maioria da doutrina estrangeira, em especial aquela dos países da Europa Continental. Ao revés, o garantismo encontrou perfeito ambiente de proliferação numa América Latina assolada por governos autoritários que, a partir da década de 60, geraram, em especial no Brasil e na Argentina, vigorosa restrição a direitos individuais²⁴⁹. Parece acertado dizer que o erro anterior não deve justificar outro atual e de mesmas proporções ou, quiçá, até maiores. Na correta ilustração de MENDONÇA²⁵⁰, o pêndulo, que na época da ditadura estava voltado para a suposta proteção do Estado, em prejuízo das garantias individuais, não pode simplesmente oscilar totalmente para o outro lado, descurando-se do interesse da sociedade.

Ao discorrer sobre a necessidade de levar a sério os direitos econômico-sociais fundamentais, CANOTILHO²⁵¹ também já advertiu sobre os riscos contidos no “hipergarantismo” que, ao erigir-se como cultura dominante e unidimensionalizante de criminalistas, tem se convertido em ideologia jurídica de suporte de organizações criminosas. No plano do Direito Penal, as refrações do hipergarantismo explicam também a

²⁴⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência...* op. cit., p. 121/122.

²⁴⁸ Cf. HUNGRIA, Nelson e FRAGOSO, Cláudio Heleno. *Comentários ao Código Penal, vol. I, tomo I: arts. 1º ao 10.* 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 67.

²⁴⁹ Neste sentido: DE GRANDIS, Rodrigo. *Prisões processuais: uma releitura à luz do garantismo penal integral.* In *Garantismo penal integral: questões penais e processuais penais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil.* Org. Bruno Calabrich, Douglas Fischer e Eduardo Pelella. Salvador: Editora JusPodivm, 2010, p. 368.

²⁵⁰ MENDONÇA, Andrey Borges de. *A reforma do código de processo penal, sob a ótica do garantismo integral.* In *Garantismo penal integral: questões penais e processuais penais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil.* Org. Bruno Calabrich, Douglas Fischer e Eduardo Pelella. Salvador: Editora Juspodvdm, 2010, p. 179.

²⁵¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Justiça constitucional e justiça penal.* Revista Brasileira de Ciências Criminais. Número 58. Ano 14. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, jan.-fev. de 2006, p. 330.

superlativização da cultura iluminista-liberal centrada na proteção do indivíduo (criminoso) com quase completo desprezo pela vítima que, no caso do Direito Penal Econômico, é a própria sociedade.

Embora na sua origem expliquem o paradigma penal garantista, a exacerbação absoluta das chamadas liberdades burguesas não está imune a severas críticas que, na atualidade, terminam por colocar em xeque as próprias bases do próprio garantismo. Faz-se necessária, portanto, a adaptação e atualização da tese garantista às demandas da sociedade contemporânea. Mais especificamente, em atenção ao caráter complementar das diversas gerações de direitos humanos, premissa constantemente enfatizada pela moderna doutrina. O garantismo penal pode e deve acomodar a proteção de todas as categorias de direitos fundamentais que, em tese, complementam a noção de liberdade, sem que se possa, a partir disso, cogitar um ilusório prejuízo ao núcleo essencial representado pelas conquistas liberais²⁵².

Aliás, resta quase esquecido que a necessidade de convivência harmônica entre os direitos fundamentais de cunho individual e coletivo é expressamente prevista no art. 32 do Pacto de São José da Costa Rica²⁵³, que deixa patentes a existência de deveres de solidariedade, isto é, de obrigações do indivíduo para com a comunidade na qual se encontra inserido, o que induz à limitação dos direitos de cada pessoa pelas exigências do bem comum em uma sociedade democrática.

No fundo, o modelo garantista nada mais expressa senão a firme intenção de levar a sério os direitos fundamentais de todas as espécies e foi esta a razão pela qual Luigi

²⁵² FREITAS, Ricardo de Brito A. P. *As razões do positivismo penal no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 7 e 24.

²⁵³ Ao tratar dos deveres das pessoas, o capítulo V do referido tratado internacional estabelece no art. 32, itens 1 e 2 o seguinte: “1. Toda pessoa tem deveres para com a família, a comunidade e a humanidade; 2. Os direitos de cada pessoa são limitados pelos direitos dos demais, pela segurança de todos e pelas justas exigências do bem comum, em uma sociedade democrática.” Pode-se dizer que a origem deste mandamento encontra-se na Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, *verbis*: “Art. 4. A liberdade consiste em poder fazer tudo que não prejudique o próximo: assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão aqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos (...)”. Mais adiante, o mesmo documento normativo traz outra disposição pertinente importante: “Art. 13. Para a manutenção da força pública e para as despesas de administração é indispensável uma contribuição comum que deve ser dividida entre os cidadãos de acordo com suas possibilidades.”

Ferrajoli foi chamado de “fundamentalista dos direitos fundamentais”²⁵⁴. Não há dúvidas de que a concepção garantista de Direito Penal está inarredavelmente ligada a FERRAJOLI, sobretudo, pela dimensão e influência de seus estudos sobre o tema. No entanto, como visto, a tese deste autor italiano é construída em contexto peculiar e retrata uma concepção específica sobre a teoria dos direitos fundamentais. Não há nada de errado nisto, mas é preciso se esclarecer que se trata apenas um dentre vários prismas, uma visão unidirecional²⁵⁵ onde os direitos fundamentais são concebidos apenas com eficácia negativa em relação às funções estatais²⁵⁶.

O Direito Penal ainda precisa galgar maior efetividade no enfrentamento da criminalidade econômica moderna e o caminho para tanto, ao contrário do que pensa parcela da doutrina, não passa por discursos tachados como autoritários, arbitrários e usualmente

²⁵⁴ MARTÍ MARMOL, José Luis. *El fundamentalismo de Luigi Ferrajoli: un análisis crítico de su teoría de los derechos fundamentales*. In *Garantismo: estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. Ed. Miguel Carbonell y Pedro Salazar. Madri: Editorial Trotta, 2009, p. 365.

²⁵⁵ Confira-se o comentário de FELDENS sobre o assunto: “*Essa compreensão unidirecional dos direitos fundamentais, a qual se traduz em uma concepção também unilateral de garantismo, fundamenta-se em um premissa da teoria de Ferrajoli com a qual decididamente não podemos concordar. Ferrajoli prega o garantismo como uma visão pessimista do poder, entendendo-o, sempre, como um mal. Compreender o Estado como sempre um mal, assinalando-lhe um ‘irreduzível grau de ilegitimidade política’, parece-nos demasiadamente forte. Que um determinado poder (governo) possa descambar ‘para o mal’, achando-se exposto a ‘degenerar-se em despotismo’ não equivale a dizer que todo o poder é mal e que necessariamente descambará para o despotismo.*” FELDENS, Luciano. *Direitos fundamentais e direito penal: garantismo, deveres de proteção, princípio da proporcionalidade, jurisprudência constitucional penal, jurisprudência dos tribunais de direitos humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 69/70.

²⁵⁶ Em que pese a referência prioritária ao ordenamento processual, é aplicável ao tema abordado a apreciação de BEDÊ JÚNIOR e SENNA sobre a onda penal-garantista, verbis: “*Recentemente, a doutrina processual penal volta os olhos, numa clara visão reducionista, apenas para os direitos fundamentais do réu. Os defensores desse Garantismo Supremo, ao reconhecerem que o Estado é ontologicamente arbitrário e que jamais estaria correto em punir penalmente, atuam muitas vezes, como na famosa série juvenil Harry Potter, taxando de ‘trouxas’ quem não acredita nos ‘magos’ desse re(é)novada onda processual. Com a devida vênia, a balança não pode pender exclusivamente para esse lado, pois o Estado não mais pode ser considerado – numa visão liberal-individualista – como o inimigo do cidadão, já que, numa visão democrática e social, ele existe para a realização do bem comum(...) A se continuar trabalhando com uma obediência cega em relação a alguns princípios e garantias processuais individuais, típicos de um pensamento de um Estado puramente liberal e individualista, haverá sério risco para a efetividade da justiça criminal, com comprometimento dos direitos sociais da coletividade.*” BEDÊ JÚNIOR, Américo e SENNA, Gustavo. *Princípios do processo penal: entre o garantismo e a efetividade da sanção*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 25. No mesmo sentido, segue a impressão de Afrânio Silva JARDIM: “*Por tudo isto, é preciso combater-se, em todas as frentes, a visão liberal-individualista de que o cidadão deve opor-se ao Estado, como se este não existisse justamente para realização do bem comum. Certo que, historicamente, temos presenciado muitos desvios neste desiderato, nada obstante, em assim ocorrendo, cabe democratizar o Estado e não combatê-lo como se fosse um inimigo comum. Na realidade, é justamente a progressiva intervenção estatal na vida social que tem impedido que as desigualdades de classes tornem ainda mais opressora a ordem econômica vigente nos países do Terceiro Mundo.*” JARDIM, Afrânio Silva. *Bases constitucionais para um processo penal democrático*. Direito Processual Penal n. 11. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 309/310.

confundidos com o movimento da lei e da ordem ou com o Direito Penal do inimigo. Eis aqui um ranço deixado pela época em que o Direito Penal não era visto como uma forma de combate à delinquência, mas sim como o direito regrador dos limites do combate à delinquência, a chamada “Magna Carta do criminoso”²⁵⁷.

Sob todos os aspectos, confundir a defesa de um Direito Penal Econômico efetivo com tais movimentos configura postura equivocada e que se encontra assentada em um garantismo-individualista, que despreza a tutela de direitos fundamentais titulados pela coletividade no bojo de um modelo de Estado Democrático de Direito. Destarte, deve-se acolher também a concepção de um garantismo penal positivo no qual seja legítima a tutela de interesses sociais e difusos essenciais para a qualidade de vida do povo e, por conseguinte, para a dignidade da pessoa humana.

Como acentuam BEDÊ JÚNIOR e SENNA²⁵⁸, a preconceituosa e antidemocrática resistência de parcela da doutrina à modernização dos ideais garantistas acaba por gerar, em especial quanto à delinquência econômica, uma espécie de “síndrome de Alice”, como se vivêssemos, assim como a citada personagem, no país das maravilhas no qual seria viável um Direito Penal igualmente ilusório. Lá, talvez não existam indivíduos movidos por cabal descaso para com os valores sociais e nem organizações empresariais criminosas com poder suficiente para comprometer a estrutura do Estado e, por conseguinte, o bem-estar da coletividade²⁵⁹.

²⁵⁷ HASSEMER, Winfried. *Por que no debe suprimirse el derecho penal*. México: 2003, Instituto Nacional de Ciencias Penales, p. 34.

²⁵⁸ BEDÊ JÚNIOR, Américo e SENNA, Gustavo. *Princípios do processo penal: entre o garantismo e a efetividade da sanção*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 27/28.

²⁵⁹ Sobre a relatividade dos direitos fundamentais e suas implicações no campo penal, assim discorreu Alexandre de MORAES: “Os direitos humanos fundamentais não podem ser utilizados como um verdadeiro escudo protetivo da prática de atividades ilícitas, nem tampouco como argumento para afastamento ou diminuição da responsabilidade civil ou penal por atos criminosos, sob pena de total consagração ao desrespeito a um verdadeiro Estado de Direito(...) Os direitos e garantias fundamentais consagrados pela Constituição Federal, portanto, não são ilimitados, uma vez que encontram seus limites nos demais direitos igualmente consagrados pela Carta Magna (Princípio da relatividade ou convivência das liberdades públicas (...)) Dessa forma, quando houver conflito entre dois ou mais direitos ou garantias fundamentais, o intérprete deve utilizar-se do princípio da concordância prática ou da harmonização, de forma a coordenar e combina os bens jurídicos em conflito, evitando o sacrifício total de uns em relação aos outros, realizando um redução proporcional do âmbito de alcance de cada qual (contradição de princípios), sempre em busca do verdadeiro significado da norma e da harmonia do texto constitucional com suas finalidades precípua.” MORAES, Alexandre. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. 5ª edição. São Paulo: Atlas, 2003, p. 46/47.

Ao criticar o radicalismo individualista de alguns quanto à compreensão da teoria garantista, FISCHER²⁶⁰ asseverou que a tarefa do Direito Penal consiste em que sejam adotados todos os mecanismos para se garantir as funções sociais que se mostrarem eficazes e necessários para o convívio comunitário. Este mesmo autor proferiu certa afirmação deste mesmo autor²⁶¹ no sentido de que, à luz de uma ordem constitucional com feições democráticas e sociais, fator este exponenciado pelo princípio da solidariedade, estando em voga delitos econômicos que atingem frontal e intensamente interesses da coletividade, é fundamental superar-se a análise do Direito Penal pelo ângulo puramente individual.

O novo paradigma que aqui se defende decorre da assunção da premissa de que os direitos fundamentais não mais se resumem a escudos frente ao poder estatal, mas estendem-se à demanda pela proteção do Estado em face de ataques a bens jurídicos socialmente fundamentais oriundos de quaisquer pessoas.

Tudo o que foi dito sobre o movimento garantista leva à conclusão de que o Direito Penal não deve restringir-se à preservação dos dez axiomas proclamados pela particular visão de Luigi Ferrajoli sobre os direitos fundamentais. Mais que isso, no contexto da vigente Constituição de 1988 e do Estado Democrático de Direito por ela sustentado, a função do Direito Penal ultrapassa estes limites para o fim de abranger, sempre que isto se fizer necessário, o resguardo de todas as categorias de direitos fundamentais, qualquer que seja sua geração ou dimensão.

Não se está aqui atacar pura e simplesmente o modelo garantista de Direito Penal, mas tão-somente defendendo-se a necessidade de que tal movimento seja enxergado e aplicado em sua integralidade num contexto em que se admita sua adaptação à tutela penal de interesses metaindividuais. Portanto, faz-se impositiva uma releitura ampliativa do sistema garantista de modo a que se atinja um garantismo integral, isto é, não limitado à tutela de bens jurídicos individuais, mas também a bens difusos ou transindividuais. Filio-me ao entendimento²⁶² que inclui neste âmbito os bens jurídicos não vinculados a pessoas

²⁶⁰ FISCHER, Douglas. *Delinquência econômica e estado social e democrático de direito: uma teoria à luz da constituição*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006, p. 97.

²⁶¹ FISCHER, Douglas. *Delinquência econômica e estado social e democrático de direito: uma teoria à luz da constituição...* op. cit., p. 118 e 121.

¹ Neste sentido: DE GRANDIS, Rodrigo. *Prisões processuais: uma releitura à luz do garantismo penal integral*. In *Garantismo penal integral: questões penais e processuais penais, criminalidade moderna e a aplicação do*

determinadas, mas a toda a coletividade, tais como: a ordem econômica, a ordem tributária, a ordem previdenciária, o meio ambiente e o mercado de capitais. Em essência, são bens jurídicos que guardam liame estreito com os princípios mais caros da Constituição da República e cujo menosprezo pelo Estado, a pretexto de atender aos reclamos de um “garantismo hiperbólico monocular”²⁶³, descumpra o princípio da razoabilidade ou proporcionalidade em sua faceta de vedação à proteção deficiente.

3.4. O criminalidade econômica como expressão moderna da delinquência do colarinho branco.

“Mas essa criminalidade de necessidade ou de repressão mascara com o brilho que lhe é dado e a desconsideração de que é cercada outra criminalidade que é às vezes causa dela, e sempre a amplificação. É a delinquência de cima, exemplo escandaloso, fonte de miséria e princípio de revolta para os pobres(...) Enquanto a miséria cobre de cadáveres vossas ruas, de ladrões e assassinos vossas prisões, que vemos da parte dos escroques da fina sociedade?... os exemplos mais corruptores, o mais revoltante cinismo, o banditismo mais desavergonhado... Não receais que o pobre que é citado ao banco dos criminosos por ter arrancado um pedaço de pão pelas grades de uma padaria se indigne o bastante, algum dia, para demolir pedra por pedra a Bolsa, um antro selvagem onde se roubam impunemente os tesouros do Estado, a fortuna das famílias(...) Ora, essa delinquência própria da riqueza é tolerada pelas leis, e, quando lhe acontece cair em seus domínios, ela está segura da indulgência dos tribunais e da discrição da imprensa.”²⁶⁴

Como bem alerta BUJÁN PÉREZ²⁶⁵, a análise das características criminológicas do delinquente econômico e o exame dos efeitos prejudiciais ocasionados por este tipo de criminalidade são de grande utilidade para a adequada confecção da política criminal no setor dos delitos econômicos, tanto no aspecto dogmático (envolvendo a definição

modelo garantista no Brasil. Org. Bruno Calabrich, Douglas Fischer e Eduardo Pelella. Salvador: Editora JusPodivm, 2010, p. 368

²⁶³ Expressão cunhada por Douglas FISCHER para designar a desproporcionalidade da corrente garantista que defende que apenas direitos fundamentais individuais tem dignidade penal, isto é, podem figurar como bens jurídicos protegidos pelo Direito Penal. FISCHER, Douglas. *O que é garantismo penal (integral)?* In Garantismo penal integral: questões penais e processuais penais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil. Org. Bruno Calabrich, Douglas Fischer e Eduardo Pelella. Salvador: Editora JusPodivm, 2010, p. 48.

²⁶⁴ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: nascimento da prisão*. Trad. Raquel Ramallete. 34ª edição. Petrópolis: Vozes, 2007, p. 238/239.

²⁶⁵ BUJÁN PÉREZ, Carlos Martínez. *Derecho penal económico y de la empresa*. Parte general. 2ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007, p. 126.

dos tipos e das sanções penais), quanto na perspectiva processual, o que, em última análise, serve também para reforçar a autonomia do Direito Penal Econômico. Nenhum esforço será suficientemente bem sucedido no combate aos delitos econômicos, caso não se levem em conta os fatores criminológicos que historicamente favorecem a sua incidência e dificultam sua repressão.

É importante que se diga, desde já, que tais posições são comumente atribuídas a um ranço ideológico, segundo o qual os criminosos economicamente poderosos estariam sendo alvo de vingança, estigmatização ou de inversão do preconceito, dentre outros fenômenos vislumbrados por parte da doutrina²⁶⁶. No início do século passado, os estudiosos já vislumbravam o surto de um novo tipo de criminalidade resultante de complicada trama que envolvia a excessiva liberdade no mundo dos negócios e complexidade da vida moderna. Assim, surgiu uma criminalidade refinada, inteligente, hábil, técnica e que não se valia da violência, mas sim da capa de honradez e admiração que envolve homens de negócios, das falhas da legislação, da pressão política, da corrupção e da exploração das mais diversas formas de prestígio social²⁶⁷.

No Brasil, desde a década de 70²⁶⁸, a doutrina já apontava os principais problemas do Direito Penal Econômico, tais como: a tumultuada legislação correlata (o que gera descrença na eficácia do direito e o enfraquecimento da prevenção geral e especial) e a incompreensível tolerância do povo e da imprensa para com esse tipo de crime. Já na década de 80, FRAGOSO²⁶⁹ referia-se à conscientização universal²⁷⁰ que começava a se esboçar acerca de uma criminalidade grave contra o patrimônio e a ordem econômica e social, que seria praticada por pessoas respeitáveis e que causaria extenso dano, incomparavelmente maior do que o produzido pela criminalidade convencional.

²⁶⁶ Neste sentido: TORON, Alberto Zacharias. *Crimes do Colarinho Branco: os novos perseguidos?* Revista Brasileira de Ciências Criminas n. 28. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 74 e TÓRTIMA, José Carlos. *Crimes contra o sistema financeiro nacional (uma contribuição ao estudo da lei n. 7.492/86)*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 4.

²⁶⁷ PIMENTEL, Manoel Pedro. *Direito Penal Econômico*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1973, p. 04/05.

²⁶⁸ PIMENTEL, Manoel Pedro. *Direito Penal Econômico...* op. cit., p. 26 e 28.

²⁶⁹ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Direito penal econômico e direito penal dos negócios*. Revista de Direito Penal e Criminologia n. 33. Rio de Janeiro: Forense, jan-junho de 1982, p. 122.

²⁷⁰ O 6º Congresso das Nações Unidas para prevenção e tratamento do delinquente, realizado na cidade de Caracas, em 1980, tinha como um de seus temas a seguinte questão: "Crime e abuso e poder: crimes e criminosos fora do alcance da lei".

Neste último aspecto, a legislação penal ora se mostra omissa, ora se apresenta branda. Em geral, constata-se muitas vezes um tratamento que pode ser rotulado de leniente e diferenciado para os crimes praticados por colarinhos brancos, que muito raramente são levados aos cárceres, situação esta contrastante com a resposta frequentemente mais dura e severa que se dá aos autores dos crimes característicos das classes populares.

Ainda hoje, as cifras negras²⁷¹ têm lugar cativo no seio da criminalidade econômica e subsistem como problemas latentes no corpo do ordenamento penal. Trata-se de contexto indesejável sob todos os aspectos, não só por caracterizar inequívoca situação de desigualdade material entre o que se pode chamar de crimes de ricos e crimes de pobres²⁷², bem como por redundar em uma crise de legitimidade do sistema penal e do próprio Estado²⁷³.

Mais do que em qualquer outra época, está em voga afirmar que o Direito Penal está em crise²⁷⁴, o que se faz, em regra, para deslegitimar e desmoralizar a atuação do sistema penal. Ao menos no plano do Direito Penal Econômico, pode-se dizer que a tal crise existe sim, mas está muito mais ligada às inaceitáveis omissões e inexplicáveis branduras punitivas do que propriamente a excessos ou hiperativismos do legislador penal. Neste aspecto, não se

²⁷¹ A existência de cifras negras da criminalidade, ou seja, de uma gama de delitos não denunciados ou não investigados pelas instituições de segurança pública é estudada a partir do trabalho de Adolphe Quételet, professor de nacionalidade belga que foi considerado o fundador da estatística social na década 1830. Portanto, cifra negra é a denominação aplicada ao conjunto de delitos que são cometidos, mas não chegam a formar parte das estatísticas. YOUNG, Jock. *Escribiendo en la cúspide del cambio: una nueva criminología para una modernidad tardia*. Cuadernos de Doctrina y Jurisprudência Penal. Buenos Aires, vol. 7, fasc. 13, 2001, p. 86.

²⁷² Sobre o tema, confira-se a interessante observação a seguir: “*Criminólogos e policiais habituaram-se a distinguir entre a criminalidade ‘comum’, que repousa na violência praticada contra uma vítima precisa, e a criminalidade chamada ‘de colarinho branco’, porque acontece principalmente com empregados, quadros e membros de profissões liberais que exercem atividades intelectuais. Para retomar uma velha distinção de Gabriel Tarde, é a ‘criminalidade da inteligência’ oposta à ‘criminalidade do muque’. Uma criminalidade que desmente tanto o adágio popular, que acha que o ‘crime não compensa’, como as lições que Voltaire desferia contra Rousseau sustentando que ‘os grandes crimes só foram cometidos por célebres ignorantes’: é preciso, atualmente, muita ciência e habilidade para ser um desses grandes malfeitores para os quais o crime dá lucro.*” MONET, Jean Claude. *Polícias e sociedades na Europa*. São Paulo: Edusp, 2006, p. 190.

²⁷³ MAIA, Rodolfo Tigre. *Tutela penal da ordem econômica: o crime de formação de cartel*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 32.

²⁷⁴ É interessante a postura defendida por SILVA SÁNCHEZ, que assevera ser incorreto enxergar que a tal crise permanente ou incurável é algo negativo ou uma exclusividade do Direito Penal. Mais ainda, o referido autor argumenta que o embate de ideias e anseios é algo necessário e imanente ao Direito Penal que vive do eterno conflito entre liberdade e segurança, sendo este o motor de sua evolução. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximación al derecho penal contemporâneo*. Barcelona: José Maria Bosch Editor, 1992, p. 13/14.

pode esquecer que o Direito Penal Econômico tem por objeto o “cancro”²⁷⁵ da moderna sociedade, constituído pela criminalidade contra a ordem econômica.

O Direito Penal Econômico espelha uma espécie de reviravolta nos moldes do Direito Penal tradicional, que, historicamente, sempre teve por destinatários indivíduos que integram a classe mais pobre da população, como bem captado pela visão de SCHÜNEMANN²⁷⁶. Paralelamente, nota-se a profunda e peculiar modificação do fundamento político do Direito Penal, não mais sendo enxergado apenas como fonte restritiva de direitos fundamentais, mas também como veículo garantidor de direitos fundamentais.

Com efeito, a partir da crise gerada pela já aludida quebra da Bolsa de Nova York, em 1929, surgiram as preocupações de ordem criminológica que marcaram a fase inicial do Direito Penal Econômico, quando os holofotes dos operadores do direito foram então voltados para os criminosos da alta sociedade (*criminals of the upperworld*) por meio da teoria do crime do colarinho branco (*white collar crime*).

Coube a Edwin H. Sutherland, pesquisador norte-americano, a autoria²⁷⁷ da tese sobre a criminalidade do colarinho branco²⁷⁸, tema de sua palestra proferida no 34º

²⁷⁵ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de e ANDRADE, Manoel da Costa. *Problemática geral das infrações contra a economia nacional*. In *Direito penal econômico e europeu: textos doutrinários*. v. I. Coimbra: Coimbra editora, 1998, p. 320.

²⁷⁶ Eis o respectivo trecho: “*Tanto en los comienzos del Derecho penal estatal como vimiento pacífico territorial y divino de la alta Edad Media como también en el segundo impulso de la modernización en el segundo impulso de la modernización en el Derecho penal de las ciudades italianas de finales de la Edad Media, el empuje del Derecho penal estuvo dirigido claramente contra aquellas clases sociales anticuadas que no quisieron o no pudieron adaptarse a esa modernización. Estas classes persistían en el antiguo derecho a la guerra en contradicción a la sociedad que se estaba pacificando interiormente, o a la sociedad que se originaba y vebebata sin bases económicas en las ciudades. El Derecho penal estatal se originó, portanto, como un instrumento específico contra la criminalidad de los aventureros y de los pobres;*” Cf. SCHÜNEMANN, Bernd. *Del Derecho penal de la clase baja al Derecho penal de la clase alta. ¿Un cambio de paradigma como exigencia moral?* In *Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio*. Madri: Tecnos, 2002, p. 53.

²⁷⁷ A expressão “*white collar*” (colarinho branco) era utilizada mesmo antes da emergência dos estudos de Sutherland e teria sido empregada originalmente por Wright Mills para descrever a classe média norte-americana, apresentada como “a elite do poder”. Tratava-se de conceito não definitivo, mas que desejava apenas chamar a atenção sobre delitos que, normalmente, não adentravam no âmbito da criminologia. Neste sentido: TORON, Alberto Zacharias. *Notas sobre a mídia nos crimes de colarinho branco e o Judiciário: os novos padrões*. Ano 9. Número 36. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, outubro-dezembro de 2001, p. 257/272. No mesmo sentido: TORON, Alberto Zacharias. *Crimes do colarinho branco: os novos perseguidos?* Ano 7. Número 28. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, outubro-dezembro de 1999, p. 75.

²⁷⁸ A expressão seria uma contraposição aos crimes do colarinho azul, noção que remete ao macacão azul usado pelos operários em oposição ao colarinho branco (*white collar*) das camisas de empresários e funcionários de posição mais elevada. Alguns autores propuseram, sem sucesso, a substituição do termo por outros, tais como: crime corporativo e crime profissional. Cf. COLEMAN, James William. *A elite do crime: para entender o crime do colarinho branco*. 5ª edição. São Paulo: Manole, 2005, p. 06/07. A idéia de Sutherland sobre a denominação

Encontro da Sociedade Americana de Sociologia, em 27.12.1939. No entanto, apenas em 1949, após pesquisas baseadas em decisões judiciais e administrativas sobre crimes cometidos por administradores das setenta maiores empresas norte-americanas e de quinze companhias de serviços públicos, Sutherland editou o livro intitulado “*White Collar Crime*”, o que se deu com muitos cortes impostos pela editora e pela Universidade de Indiana, à qual era vinculado. Apenas em 1983, depois de seu falecimento, foi publicada a obra em versão original e integral²⁷⁹.

A tese sustentada consiste em afastar os critérios dos estudos criminológicos iniciais, baseados estes no determinismo físico-biológico²⁸⁰ e em questões ligadas à miserabilidade. Assim, Sutherland e sua teoria da criminalidade do colarinho branco firmaram dois pontos básicos: (1) as pessoas que integram a classe sócio-econômica alta praticam delitos que guardam características específicas diferenciadas da criminalidade usualmente praticada pela camada mais pobre da população e (2) o tratamento normativo e executório dispensado a tal categoria delitiva é desproporcional²⁸¹.

colarinho branco para designar pessoas privilegiadas adviria do livro intitulado “A autobiografia de um trabalhador de colarinho branco”, de autoria de um ex-presidente da General Motors. Neste sentido: SANTOS, Marcelo Almeida Ruivo dos. *Criminalidade fiscal e colarinho branco: a fuga ao fisco é exclusividade do white-collar?* In Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais – Visão Luso Brasileira. Coord. José de Faria & Silva e Marco Antonio Marques da Costa. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 1207.

²⁷⁹ A referência é feita à seguinte obra: SUTHERLAND, Edwin H. *White Collar Crime – The uncut version*. New York: Vail-Ballou Press, Binghamton, 1983. Cf. FISCHER, Douglas. *Delinqüência econômica e estado social e democrático de direito: uma teoria à luz da constituição*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006, p. 111. Apesar da existência de estudos anteriores, é comum a menção a Sutherland como sendo o criminólogo mais influente da história desta disciplina ou o pai da criminologia moderna, razão pela qual MANNHEIM chegou a afirmar que, se houvesse um prêmio Nobel para criminólogos, Sutherland seria um dos candidatos mais credenciados. MANNHEIM, Hermann. *Criminologia Comparada*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1984, vol. II, p. 722.

²⁸⁰ A importância da fisionomia na criminologia tem seu ápice no Edito de Valério, segundo o qual se houvesse dúvida quanto à autoria de determinado delito, dever-se-ia condenar o acusado mais feio. Esta fórmula processual surgiu em meados do século XVIII por obra de um juiz napolitano, conhecido como o Marquês de Moscardi, que costumava finalizar suas sentenças proferindo a seguinte frase: “*oídos los testigos de cargo y descargo, y vista tu cara y tu cabeza, te condeno...*”. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Criminología: Una introducción a sus fundamentos teóricos*. 6ª Ed. Valencia: Tirant lo blanch, 2007, p. 242.

²⁸¹ SUTHERLAND, Edwin H. *El delito de cuello blanco*. Trad. Laura Belloqui. Buenos Aires: Editorial IBDEF, 2009, p. 09.

As críticas²⁸² às conclusões de Sutherland baseiam-se, sobretudo, na afirmação de que sua pesquisa preconizaria o estabelecimento de um Direito Penal centrado no perfil do autor em detrimento da devida atenção a ser dada ao ato criminoso praticado. No entanto, é indiscutível o acerto do núcleo fundamental da tese de Sutherland ao dissociar a criminalidade das causas estritamente ligadas à pobreza e a patologias corporais. A partir do marco estabelecido pela teoria do crime do colarinho branco em meados do século passado²⁸³, restou demonstrado que, ao contrário do que se enxergava anteriormente, as condutas criminosas mais prejudiciais aos interesses comunitários advêm de indivíduos que gozam de boa saúde e desfrutam de forte estruturação econômica, familiar e cultural. Contraditoriamente, tais circunstâncias lhes permitiriam plena adequação comportamental aos valores relevantes ao convívio em sociedade, o que não ocorre em razão da ambição por lucro ilícito.

A definição de Sutherland sobre os crimes do colarinho branco é adaptada modernamente aos crimes contra a ordem econômica. Assim, a criminalidade do colarinho branco transmudou-se em delinquência contra a ordem econômico-social, marcada esta por vultosos lucros e pela organização típica do mundo dos negócios²⁸⁴. Reforçando as bases das

²⁸² SERRANO MAÍLLO afirma que o conceito de crime do colarinho branco apresentado por Sutherland é muito impreciso e, portanto, inadmissível cientificamente. Aduz também que o impacto dos crimes de colarinho branco foi muito mais ideológico que científico, denotando uma atitude de denúncia da ordem social injusta mantida com auxílio da justiça penal. SERRANO MAÍLLO, Alfonso. *Introdução à Criminologia*. 1ª ed. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 53.

²⁸³ Já na década de 60, HUNGRIA chamava a atenção para insurgente criminalidade que se escondia por meio das empresas constituídas sob o manto societário, dando origem a que chamou de “Direito Penal das sociedades por ações”. Confira-se: *“De par, porém, com a sua função benéfica, a sociedade por ações tem sido um fácil e freqüente ensejo para aventuras e fraudes, em detrimento da bolsa de intraneis e extraneis. Os inescrupulosos e hábeis brasseurs d’affaires e espertalhões de alta escola encontram nela um excelente meio de se locupletarem à custa alheia.” O arremate segue no mesmo diapasão: “Às vezes, a fundação de uma sociedade por ações não passa de um bluff organizado, de uma mise-em-scène pré-ordenada para o engano e espoliação de outrem, e o estelionato nitidamente se apresenta; outras vezes, embora inicialmente formada para objetivos seriamente colimados, dão margem, em seguida, a um sistema de abusos de confiança, de falsidades, de múltiplos processos fraudulentos, para subversão de lucros e capital, por parte de diretores ou administradores cúpidos e mal vigiados; e, ainda outras vezes, sua formação ou seu funcionamento se pontilham de mentiras aliciantes ou malversações, que procuram disfarçar-se sob artifícios de contabilidade ou soa roupagem do chamado dolus bônus. Veio daí a necessidade de uma especial legislação penal, encontradiça em quase todos os países do mundo civilizado, para coibir tais fatos, mesmo na sua fase incoativa ou preparatória, ou ainda quando se limitem a criar perigo de dano.”* HUNGRIA, Nelson e FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Comentários ao Código Penal*. V. I. Tomo I. 5ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 273/274.

²⁸⁴ A percepção de CALLEGARI acerca do tema foi expressa da seguinte forma: *“Como há novos interesses a proteger, o Estado passa a preocupar-se com novos ramos de atuação como a saúde, a previdência social, a economia, etc. Mas, ainda que o Estado tente controlar este tipo de criminalidade criando novos tipos penais, as dificuldades começam já na aplicação efetiva destas medidas. Os crimes contra a ordem socioeconômica são de difícil investigação e, quando chegam à Justiça, as condenações muitas das vezes são simbólicas ou terminam por sentenças absolutórias. Ademais, existem exemplos claros das benesses concedidas aos grandes devedores,*

conclusões lançadas por Sutherland, em junho de 1996, o *National White Collar Crime Center*, centro de estudos norte-americano sobre o tema, elaborou o seguinte conceito: “os crimes do colarinho branco são atos ilegais ou antiéticos, que violam a responsabilidade fiduciária do monopólio público, cometidos por um indivíduo ou uma organização, geralmente no decorrer de uma atividade profissional legítima, por pessoas de posição social elevada ou respeitável, para obter ganhos pessoais ou organizacionais.”²⁸⁵

Os Estados Unidos foram o primeiro país a utilizar o termo *organized crime* e o fizeram para tratar das políticas criminais de repressão à máfia surgida nos anos 20 e que se apresentava já naquela época com estruturação de caráter empresarial, onde eram destacadas as intenções monopolistas dos grupos mafiosos e a intersecção entre a economia legal e a economia ilegal. Já no contexto italiano, a alarmante difusão social do fenômeno reflete-se na formulação da política criminal sobre o tema e termina por constituir o conceito de crime organizado quase que exclusivamente com base na temeridade e periculosidade de alguns feitos delituosos.

Fato é que, atualmente, a riqueza das nações está, em boa parte, assentada em produtos da criminalidade organizada a tal ponto que nenhuma atividade ilegal que, de alguma forma, seja economicamente produtiva pode sobreviver no mundo de hoje sem estar inserida no arco de movimento das organizações delitivas, em uma relação simbiótica com a economia legal²⁸⁶.

Outro ponto de consenso das pesquisas criminológicas mais recentes é a necessidade de acabar com a falsa imagen benévola que se criou em relação à criminalidade econômica. De regra, os crimes contra a ordem econômica são praticados de forma sutil, sub-reptícia e em meio a empreendimentos lícitos e até filantrópicos, por meio da chamada política de responsabilidade social²⁸⁷. Mister se faz acabar com a reverência que vem sendo prestada

reguladas, até mesmo, por medidas provisórias que permitem a suspensão do tipo penal (...).” CALLEGARI, André Luís. Lavagem de dinheiro: aspectos penais da Lei 9.613/98. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 15/16.

²⁸⁵ COLEMAN, James William. *A elite do crime: para entender o crime do colarinho branco*. 5ª edição. São Paulo: Manole, 2005, p. 11.

²⁸⁶ PAVARINI, Massimo. *¿Vale la pena salvar a la criminología?* Cuadernos de Doctrina y Jurisprudência Penal. Buenos Aires, vol. 7, fasc. 13, 2001, p. 23/25.

²⁸⁷ Sobre o tema, confira-se o dizer de BAKAN: “Hoje em dia, os líderes empresariais dizem que suas companhias se preocupam com outras coisas além de lucros e prejuízos, que se sentem responsáveis pela sociedade como um todo, não apenas por seus acionistas. A responsabilidade social corporativa é sua nova doutrina, uma maneira consciente de corrigir as visões da corporação que antes eram inspiradas pela ganância.

em torno da imagem do delinquente do colarinho branco a fim de que a sociedade finalmente o enxergue como ele verdadeiramente é, pois, até aqui, vem sendo tratado como um “honorável ladrão” que comete “crimes de cavalheiros”, conforme ilustração de BAJO e BACIGALUPO²⁸⁸.

Obviamente, não se defende aqui a institucionalização da vingança, eis que não se pode desejar, com bom senso e razoabilidade, que os abusos historicamente praticados por meio do Direito Penal contra miseráveis sejam agora compensados com perseguição a membros da elite e seus crimes contra a ordem econômico-social. Os exemplos pontuais recentes de espezinamento e escracho de investigados abastados são dignos de repulsa e não de elogios. Alguns doutrinadores têm chamado a atenção para o desacerto da condenação pública e antecipada de banqueiros, empresários e políticos por meio do que denominam de ações midiáticas da Polícia, do Ministério Público e do Poder Judiciário no momento histórico marcado por ser “a hora e a vez da burguesia na polícia”²⁸⁹.

A precisão desta crítica é parcial. O Direito Penal passa por inevitável e benfazejo processo de constitucionalização e, mais que isso, de democratização. Em consequência, passa a abranger comportamentos que, apesar de sua histórica nocividade social, sempre estiveram à margem do ordenamento jurídico-penal em virtude do perfil criminológico de seus autores habituais. Constitui injustificado simplismo supor que a repressão aos crimes contra ordem econômica é decorrência do mero esforço de uma suposta corrente esquerdista, ávida por colocar no banco dos réus indivíduos aquinhoados financeiramente. Ao contrário, trata-se, isto sim, da necessidade de tornar finalmente razoável um sistema penal que se pretende justo, eis que os integrantes das classes sociais mais elevadas no Brasil somente ocupavam o banco dos réus em casos de crimes passionais.

Apesar dessa mudança, a corporação em si não mudou. Ela continua, assim como era na época de suas origens em meados do século XIX, sendo uma instituição de negócios moderna, uma ‘pessoa’ oficializada e criada para valorizar seus próprios interesses e ignorar preocupações morais. Se ela fosse um ser humano, muitas pessoas achariam sua ‘personalidade’ repugnante, até mesmo psicopata, mas curiosamente aceitamos que a instituição mais poderosa da sociedade seja assim” BAKAN, Joel. *A corporação: a busca patológica por lucro e poder*. Trad. Camila Werner. São Paulo: Novo Conceito Editora, 2008, p. 33.

²⁸⁸ BAJO, Miguel e BACIGALUPO, Silvina. *Derecho Penal Económico*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 2001, p. 56.

²⁸⁹ TORON, Alberto Zacharias. *Notas sobre a mídia nos crimes de colarinho branco e o Judiciário: os novos padrões*. Ano 9. Número 36. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, outubro-dezembro de 2001, p. 257/272. No mesmo sentido: TORON, Alberto Zacharias. *Crimes do colarinho branco: os novos perseguidos?* Ano 7. Número 28. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, outubro-dezembro de 1999, p. 76.

Não há dúvidas de que o método mais eficaz para fazer cumprir determinada lei é a adaptação desta às características de seus destinatários e prováveis violadores. Por exemplo, no âmbito do Poder Judiciário de países que selecionam seus magistrados por meio de eleição popular, a valoração judicial sobre os empresários, principais destinatários das normas de Direito Penal Econômico, envolve uma combinação de medo e admiração. Nestes locais, aqueles que são responsáveis pela Justiça Penal temem opor-se aos homens de negócios, pois, dentre outras consequências, esse enfrentamento pode levar à retirada das contribuições aos fundos de campanha necessários para vencer a próxima eleição²⁹⁰.

Apesar das evidentes diferenças quanto à forma de preenchimento dos cargos na magistratura, os órgãos jurisdicionais brasileiros responsáveis pelo julgamento de crimes contra a ordem econômica também não estão livres desta malévola influência. Como bem adverte TORON²⁹¹, com nítido prejuízo para a independência do Poder Judiciário, a relação com o poder político-econômico pode facilitar ou dificultar a vida do magistrado brasileiro, em especial, quanto a promoções e remoções, dadas a corriqueira influência dos homens de negócios no meio político, não podendo ser desconsiderado que a cúpula do Judiciário é nomeada com base em notório apadrinhamento político.

Por razões óbvias, a advertência acima vale mais ainda para os membros do Poder Legislativo que, segundo TORON²⁹², “*não raro, claudicam em seus deveres para evitar inimizades que, aí sim, dificultam a obtenção de apoio para campanhas eleitorais*”. No campo legislativo, percebe-se que nos parlamentares quase que um temor reverencial em relação aos homens de negócios e não conseguem concebê-los como delinquentes, eis que, além das razões financeiras já apontadas, estes não correspondem ao estereótipo tradicional dos criminosos popularmente conhecidos. Comparativamente, pode-se afirmar que o grupo social mais poderoso da sociedade medieval gozava de imunidade penal mediante o chamado

²⁹⁰ SUTHERLAND, Edwin H. *El delito de cuello blanco*. Trad. Laura Belloqui. Buenos Aires: Editorial IBDEF, 2009, p. 80.

²⁹¹ TORON, Alberto Zacharias. *Notas sobre a mídia nos crimes de colarinho branco e o Judiciário: os novos padrões*. Ano 9. Número 36. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, outubro-dezembro de 2001, p. 257/272. No mesmo sentido: TORON, Alberto Zacharias. *Crimes do colarinho branco: os novos perseguidos?* Ano 7. Número 28. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, outubro-dezembro de 1999, p. 76.

²⁹² TORON, Alberto Zacharias. *Notas sobre a mídia nos crimes de colarinho branco e o Judiciário: os novos padrões...* op. cit., p. 76.

benefício do clero. Na atualidade, o grupo político-econômico privilegiado goza do que se pode denominar de “benefício do negócio”²⁹³.

Vários são os obstáculos que dificultam a aplicação da lei penal no campo do delito do colarinho branco, dentre eles o fato de que as violações legais cometidas pelos empresários são complexas e geram efeitos difusos. Em suma, os delitos do colarinho branco não são ataques simples e diretos de uma pessoa a outra, como ocorre nos crimes de sangue e com os delitos patrimoniais tradicionais. Muitos dos delitos do colarinho branco somente podem ser detectados por exímios conhecedores das áreas em que estes se dão.

Em última análise, as normas do Direito Penal Econômico pretendem reger as operações de natureza econômica de acordo com o interesse comum, dando cumprimento ao que se convencionou chamar de ordem econômica, bem como dispendo a respeito da fiscalização de tudo quanto se relaciona com esse interesse²⁹⁴.

A carência e lentidão deste processo de esclarecimento acerca da criminalidade do colarinho é fator importante que alimenta as “cifras douradas”²⁹⁵ que incidem sobre este ramo delitivo juntamente com outro dado escassamente considerado, qual seja o fato de que a visibilidade das infrações penais habituais dos menos favorecidos é manifesta, ao contrário do que ocorre com os crimes do colarinho branco.

A criminalidade das massas é típica de lugares frequentados pelas classes sociais menos favorecidas e que são de livre acesso público (ruas, praças, supermercados, favelas, etc.). Diferentemente, os membros das classes mais abastadas passam a maior parte do tempo em ambientes de acesso restrito (casas, apartamentos, escritórios, clubes, restaurantes e boates de luxo, automóveis privados). Logo, é muito mais provável que delitos

²⁹³ Neste contexto, há que se mencionar a famosa frase atribuída a Daniel Drew, mega-investidor do ramo petrolífero, acerca do funcionamento da lei penal: “A lei penal é como um teia de aranha, foi feita para as moscas e para os pequenos insetos, mas permite a uma grande abelha escapar. Quando os tecnicismos legais se interpuseram no meu caminho, sempre pude livrar-me deles com absoluta facilidade”. Cf. SUTHERLAND, Edwin H. *El delito de cuello blanco...* op. cit., p. 83.

²⁹⁴ PIMENTEL, Manoel Pedro. *Direito Penal Econômico*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1973, p. 23.

²⁹⁵ Neste sentido, confira-se o dizer de CERVINI, *verbis*: “(...) existe uma cifra dorada de criminales que tienen el poder político y lo ejercen impunemente para su próprio beneficio o el de una minoria, o que disponem de un poder econômico que se desarrolla em detrimento del conjunto de la sociedad y los sitúa fuera del alcance del sistema penal. En síntesis, existirían una serie de actividades socialmente nocivas y peligrosas que el poder político y la fortaleza econômica, muchas veces aliados en combinaciones estructuradas y disfrazadas con enorme habilidad, protegen de toda detección y eventual sanción.” GOMES, Luiz Flávio e CERVINI, Raúl. *Crime organizado: enfoques criminológico, jurídico (lei 9.034/95) e político-criminal*. 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 229.

dos miseráveis sejam vistos ou registrados por terceiros, circunstância esta que não se observa nos delitos perpetrados pelas pessoas de posição mais elevada²⁹⁶. Por certo, a maior dificuldade na obtenção de provas é um dos elementos intrínsecos à criminalidade econômica.

Outro ponto que merece ser destacado é o fato de que a defesa jurídica dos réus acusados de crimes do colarinho branco tende a ser mais forte do que a apresentada pelos criminosos de rua, sendo, em regra, exercida por advogados altamente especializados na matéria. Dentre as diferenças importantes sobre este aspecto, podem ser citadas: a comum rejeição pelo réu de soluções consensuais (v.g.: transação penal e suspensão condicional do processo); a busca constante de medidas judiciais junto às últimas instâncias jurisdicionais e o envolvimento antecipado da ação advocatícia nas investigações e processos relativos a crimes do colarinho branco.

Por sua vez, a defesa do criminoso do colarinho branco tem perfil usual extremamente combativo desde o primeiro contato com o órgão responsável pela aplicação da lei penal. Enquanto o advogado do criminoso médio tende a ser extremamente limitado em relação ao tempo e dinheiro a ser destinado ao cliente, os profissionais que defendem os criminosos do colarinho branco preparam seus casos com atenção esmerada e detalhista e geralmente contratam serviços de investigadores privados e de outros profissionais²⁹⁷. Além disso, outras técnicas defensivas também utilizadas, tais como o jogo da protelação de que trata COLEMAN²⁹⁸.

Quanto aos esforços de investigação e combate à criminalidade do colarinho branco, é interessante notar que, ao contrário do ocorrido em outras épocas nas quais se chegou a alocar 22% dos agentes especiais e 15% do orçamento para investigação de crimes do colarinho branco, o *FBI – Federal Bureau of Investigation* mudou suas prioridades nos

²⁹⁶ COSTA, Elder Lisboa Ferreira da. *O crime do colarinho-branco e a lavagem de dinheiro*. In *Direito penal secundário: estudos sobre crimes econômicos, ambientais, informáticos e outras questões*. Coord. Fabio Roberto D'Ávila e Paulo Vinicius Sporleder de Souza. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 344/345.

²⁹⁷ COLEMAN, James William. *A elite do crime: para entender o crime do colarinho branco*. 5ª edição. São Paulo: Manole, 2005, p. 248/250.

²⁹⁸ Confira-se o respectivo trecho, *verbis*: “Quando seus crimes são descobertos, os criminosos do colarinho branco costumam usar uma série de técnicas para obstruir os processos na justiça. Nesse caso, uma das formas mais eficazes é o jogo da protelação. Geralmente a corporação se recusa a entregar às autoridades os dados e documentos solicitados pelos órgãos reguladores, o que prolonga a batalha jurídica pela obtenção de informações.” COLEMAN, James William. *A elite do crime: para entender o crime do colarinho branco...* op. cit., p. 291.

últimos anos, sobretudo, após os atentados de 11 de setembro de 2001²⁹⁹, deslocando cerca de 1800 agentes, isto é, 1/3 de seu efetivo, para os setores de terrorismo e inteligência. Houve um corte no equivalente a 36% dos agentes do setor de investigações sobre crimes do colarinho branco, o que fez cair em 26% o número de inquéritos concluídos sobre crimes contra o sistema financeiro. Tais dados fizeram com que o próprio diretor assistente do FBI, John Miller, reconhecesse que as fraudes que deram origem à vigente crise econômica mundial que eclodiu em 2008 são efeitos do equivocado deslocamento de recursos da área de investigações criminais para a área de segurança nacional, como se uma questão pudesse ser desatrelada da outra³⁰⁰.

Outro dado fático relevante que ilustra a preocupação sobre este tema foi a criação de um escritório especial da promotoria do distrito de Manhattan, na cidade de Nova Iorque, dedicado exclusivamente à investigação de crimes do colarinho branco. Trata-se de decorrência do progressivo aumento do número de fraudes e crimes financeiros em *Wall Street*, sobretudo descobertos após o estouro da crise econômica em setembro de 2008³⁰¹.

A imagem do homem correspondente à época em que criados os Códigos Penais tradicionais era advinda do liberalismo-iluminista, segundo o qual a sociedade seria formada por um grupo de indivíduos formalmente livres e iguais, cujo valor principal era a propriedade. Nem é preciso gastar rios de tinta para expressar o sentimento de que, atualmente, vivemos em mundo muito distante desta concepção. A imagem do homem é hodiernamente despida do individualismo estéril acolhido no passado. Há variadas diferenças brutais entre as pessoas e, por este motivo, nem todos podem desenvolver, de forma livre e igual, suas personalidades. Daí porque o Direito Penal no Estado Democrático de Direito tende a romper com a ideologia que privilegia os interesses das classes hegemônicas e a imunizá-las do processo criminalizador³⁰².

²⁹⁹ COLEMAN, James William. *A elite do crime: para entender o crime do colarinho branco...* op. cit., p. 245.

³⁰⁰ Fonte: Jornal O Globo, de 20.10.2008, p. 17.

³⁰¹ Fonte: Jornal O Globo, de 28.02.2010, p. 15.

³⁰² Sobre o tema, vale conferir a preleção de CERVINI, *verbis*: “*Em síntesis, existirían una serie de actividades socialmente nocivas y peligrosas que el poder político y la fortaleza económica, muchas veces aliados en combinaciones estructuradas y disfrazadas con enorme habilidad, protegen de toda detección y eventual sanción.*” A conclusão sobre esta nova espécie de “legisladores penais virtuais” é lapidar: “*(...) 90% de los flujos financieros que provocan estos quebrantos son meramente especulativos. Los actores del mercado se han convertido en una nueva clase de ‘legisladores virtuales’ sin patria, que controlan la capacidad de los gobiernos de aumentar, disminuir, gastar o prestar sus deudas mediante la inflación. No sólo socavan el manejo nacional*

Tal processo de equacionamento do sistema penal deve abranger não apenas a seleção de comportamentos a serem incriminados, mas também a própria intensidade da reação estatal. O histórico do Direito Penal deixa claro que as condutas que importam em violação às relações de produção contam até hoje com reação estatal punitiva rigorosa e implacável ao passo que os comportamentos delitivos típicos das classes sociais mais elevadas gozam de resposta ilegítimamente meiga, branda, isto quando existente.

Contraditoriamente, as condutas criminosas praticadas no contexto das atividades da vida dos negócios revelam por parte de seus autores o mais profundo desprezo pela ordem jurídica. Como já expressei, o delinquente econômico não é um marginalizado social, um desvalido da sorte que precisa buscar no crime sua subsistência. Em geral, no âmbito da delinquência econômica, o crime é literalmente um caminho escolhido e daí emerge a necessidade da reprovação corporificada por respostas penais sérias e severas³⁰³.

de la macroeconomía, sino que también influyen en las opciones de la política educacional, ambiental, de seguridad social y empleo, afectando tanto los ingresos como los valores y la cultura de los ciudadanos.” CERVINI, Raúl. *Macrocriminalidad económica: apuntes para una aproximación metodológica*. In Revista Brasileira de Ciências Criminais. Ano 3. Número 11. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, julho-setembro de 1995, p. 56/58.

³⁰³ ARAÚJO JUNIOR, João Marcello de. *Dos crimes contra a ordem econômica*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 57/58.

4. DISCUSSÕES E PROPOSTAS EM TORNO DO DIREITO PENAL ECONÔMICO.

4.1. A localização normativo-topográfica do tema.

Vista a importância da disciplina da intervenção penal sobre crimes praticados contra a ordem econômica, discute-se qual seria a opção mais correta, do ponto de vista sistemático-topográfico, para fixação das normas sobre Direito Penal Econômico. Partindo-se da inegável necessidade de agrupamento das disposições legais sobre o tema, para antiga controvérsia no direito estrangeiro sobre a adequada localização do tratamento normativo mediante o seguinte dilema: deve haver uma lei específica sobre crimes contra a ordem econômico-social ou bastaria a criação de um título específico sobre este tema no Código Penal.

A bem da verdade, mesmo os Estados estrangeiros em cujas ordens jurídicas introduziram incriminações de Direito Penal Econômico no Código Penal não deixam igualmente de apresentar determinadas disposições que se situam fora do estatuto repressivo³⁰⁴. Ou seja, a unidade normativa não é absoluta. Ainda assim, nota-se com razoável clareza que, desde o fim da década de 70, vem sendo realizado um esforço doutrinário importante, em especial na Espanha, para agrupar sistematicamente toda a regulação jurídico-penal do setor econômico³⁰⁵. Por sinal, o vigente Código Penal espanhol (Ley Orgánica n. 10, de 23.11.1995), chamado por alguns de Código Penal da democracia³⁰⁶, dedica o título XIII aos “*delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico*”. Trata-se de diploma legal que teve como uma de suas principais características a derrogação de praticamente³⁰⁷

³⁰⁴ COSTA, José de Faria e ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre a concepção e os princípios do direito penal econômico: notas a propósito do colóquio preparatório da AIDP (Freiburg, setembro de 1982)*. In Temas de Direito Penal Econômico. Org. Roberto Podval. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 108.

³⁰⁵ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Principios políticocriminales que inspiran el tratamiento de los delitos contra el orden socioeconómico em el proyecto de código penal español de 1995*. In Revista Brasileira de Ciências Criminais. Ano 3. Número 11. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, julho-setembro de 1995, p. 7.

³⁰⁶ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Perspectivas sobre la política criminal moderna*. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, p. 47. No mesmo sentido: MUÑOZ CONDE, Francisco. *As reformas da parte especial do direito penal espanhol em 2003: da “tolerância zero” ao “direito penal do inimigo”*. Trad. Themis Maria Pacheco de Carvalho. In Revista Eletrônica de Ciências Jurídicas. Texto publicado em 02.01.2005 no sítio <http://www.pgj.ma.gov.br/ampem/ampem1.asp>.

³⁰⁷ Excetuando-se o Código Penal Militar.

toda a legislação penal que se encontrava alijada do Codex anterior. Isto provocou a largueza da extensão do novo Código, mas, por outro lado, teve o condão de reunir a maioria dos preceitos dispersos em leis especiais.

Instalado o debate, já no início dos anos 90, surgiu uma conhecida recomendação oriunda do 49º Congresso de juristas alemães segundo a qual, na medida do possível, os delitos econômicos deveriam estar previstos no Código Penal, sob o argumento de que, deste modo, seria alcançada maior transparência e coerência sistemática no seio do ordenamento legislativo sobre a matéria, além de facilitar o estudo, a conscientização e, sobretudo, a efetividade das respectivas regras de proibição³⁰⁸.

No Brasil, desde o anteprojeto de Código Penal apresentado por Nelson Hungria ainda na década de 60, já se reconhecia a necessidade de sistematizar o Direito Penal Econômico na parte especial do Código Penal³⁰⁹. Assim sendo, juntamente com outros doutrinadores, ARAUJO JUNIOR defendeu, no início da década de 80, que a regulação do Direito Penal Econômico fosse feita mediante lei específica, principalmente, devido ao caráter escasso da legislação penal econômica àquela época. Com a alteração desta situação no curso dos anos 90, o referido autor passou a acolher a tese de que seria preferível um título no Código Penal dedicado à matéria. Aliás, ARAUJO JUNIOR participou da comissão incumbida na década de 90 de elaborar projeto de reforma da parte especial do Código Penal, tendo sido o responsável pela redação do título específico destinado à disciplina do Direito Penal Econômico³¹⁰.

³⁰⁸ BUJÁN PEREZ, Carlos Martínez. *Derecho Penal Económico y de la empresa. Parte General*. 2ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007, p. 144.

³⁰⁹ ARAUJO JUNIOR, João Marcello de. *O direito penal econômico*. In Revista Brasileira de Ciências Criminais. Ano 7. Número 25. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, janeiro-março de 1999, p. 144.

³¹⁰ O referido projeto não chegou a ser remetido ao Congresso Nacional para apreciação tendo em conta a saída do então Ministro da Justiça e a sucessão presidencial que se deu logo em seguida. ARAUJO JUNIOR, João Marcello de. *O direito penal econômico*. In Revista Brasileira de Ciências Criminais, p. 153. De fato, em sua última e mais completa obra, este saudoso autor acabou por acolher o entendimento de que a inserção dos crimes econômicos deveria ser estabelecida em título específico do próprio Código Penal a fim de propiciar unidade normativa e hermenêutica, como, aliás, o ocorre no Código Penal peruano de 1991 e no Código Penal espanhol de 1995. ARAUJO JUNIOR, João Marcello de. *Dos crimes contra a ordem econômica*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 31.

A seu turno, FIGUEIREDO DIAS³¹¹ defende a criação do que denominou de lei-quadro, isto é, um diploma legal específico sobre o Direito Penal Econômico-Social que, desta forma, contaria com regras e princípios mais adequados e eficazes em face das peculiaridades desta seara, sem que isto importe, no entanto, em afastar a aplicação subsidiária do Código Penal. Sem entrar diretamente na temática penal-econômica, SILVA SÁNCHEZ também reconhece a ausência de vocação de nosso tempo para a codificação penal³¹², afirmando que este fenômeno teve lugar histórico em circunstâncias diversas das atuais.

Logicamente, seja em lei específica ou em seção própria do Código Penal, a pretensão de unificação do tratamento normativo do Direito Penal Econômico atende a alguns objetivos comuns benfazejos e de suma relevância, dentre eles: a melhor visualização da desproporção das penas entre os próprios crimes econômicos e destes para com os demais delitos; a solução do conflito tipológico entre crimes previstos no Código Penal e na legislação extravagante; a aplicação uniforme das regras da Parte Geral e, por fim, o estabelecimento de previsões gerais adequadas à matéria³¹³.

Exposta a divergência, parece que a razão está com os que advogam a elaboração de lei específica que venha a agrupar as normas que versam sobre Direito Penal Econômico. Neste aspecto, além das razões já aludidas, pode-se acrescentar o fato de que a previsão da aplicação subsidiária do Código Penal afasta eventuais objeções no tocante a possíveis omissões do legislador.

Não bastasse isso, a confecção de projeto de lei em apartado tornaria inegavelmente mais clara e pontual a discussão em torno das inúmeras, complexas e peculiares questões envolvidas no bojo da delinquência econômica. Destarte, também seria evitado mais um enxerto no já anacrônico e assistemático Código Penal em vigor (Decreto-Lei n. 2.848, de 07.12.1940).

³¹¹ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Para uma dogmática do direito penal secundário. Um contributo para a reforma do direito penal econômico e social português*. In *Direito penal secundário: estudos sobre crimes econômicos, ambientais, informáticos e outras questões*. Coord. Fabio Roberto D'Avila e Paulo Vinicius Sporleder de Souza. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 67.

³¹² SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Perspectivas sobre la política criminal moderna*. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, p. 50.

³¹³ SILVA FRANCO, Alberto. *A reforma da parte especial do Código Penal: propostas preliminares*. Revista Brasileira de Ciências Criminas n. 3. São Paulo: 1993, p. 70.

4.2. Os crimes de perigo abstrato e a tutela penal da ordem econômica.

“O papel do direito nesse próximo futuro não deve ser outro senão o que sempre lhe coube na sua racional evolução: colocar-se a meio-caminho entre a tradição e a originalidade, conhecer e avaliar as necessidades do meio social presente e adaptar, o mais possível, umas às outras, as idéias fundamentais e as situações novas.”³¹⁴

A doutrina costuma traçar clássica distinção entre crimes de dano e de perigo. Os primeiros constituiriam delitos que efetivamente geram prejuízos palpáveis para o interesse penalmente tutelado ao passo que a segunda categoria delitiva atingiria a consumação com a simples exposição do bem jurídico protegido a um perigo gerado pela conduta prevista no tipo penal. Dentre os crimes de perigo, distinguem-se, ainda, os de perigo concreto e os de perigo abstrato. Os crimes de perigo concreto seriam aqueles em que o comportamento incriminado gera palpável risco de violação ao valor resguardado pela norma penal. Já os crimes de perigo abstrato são definidos como sendo aqueles em que o legislador presume, com base em dados da experiência humana, que a conduta proibida pela norma penal traz em si um risco considerável para o bem jurídico. Para este tipo de delito não é necessário que haja o perigo concreto, é suficiente que um ato proibido pelo legislador seja praticado para caracterizar o delito.

Para compreender o Direito e, em especial, o Direito Penal, é preciso conhecer primeiramente a realidade social na qual e para a qual o ordenamento jurídico é concebido. O sistema penal não pode ser alheio ou indiferente ao seu entorno. Ao contrário, necessita alimentar-se das discussões e anseios da comunidade, traduzindo em seu âmago um alento

³¹⁴ HUNGRIA, Nélson e FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Comentários ao Código Penal*. V. I. Tomo I: arts. 1º ao 10. 5ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 40.

para as angústias e conflitos que se apresentem. No modelo vislumbrado por BECK³¹⁵ a partir da década de 80, a sociedade de risco trouxe, como sua característica principal, o progresso tecnológico que acelera a formação de relacionamentos humanos de todas as espécies, sobretudo os de cunho econômico. É neste ambiente de maciça e veloz irradiação de informações e efeitos comportamentais que nasce e se desenvolve a criminalidade econômica moderna a demandar a formulação de um Direito Penal próprio da sociedade de risco (Direito Penal de Segurança, de Risco ou, mais comumente, Direito Penal de Perigo).

De fato, assim como não se pode querer combater as moléstias do mundo atual, tais como a aids ou a gripe suína, com as aspirinas da década de 20, não se poderia pretender enfrentar seriamente as novas facetas da delinquência hodierna com respostas penais (ou seja, com tipos e penas) que remontam ao sistema punitivo vislumbrado há séculos. Deve-se esclarecer também que a criminalização de situações de perigo não constitui novidade no mundo jurídico. No entanto, pontualmente, pode ser tomada como inovação é a expansão da tipificação dos crimes de perigo, mormente os de perigo abstrato³¹⁶, o que tem sido fonte de preocupação particular no campo do Direito Penal Econômico.

No horizonte atual, a antecipação da tutela penal por meio da previsão de crimes de perigo abstrato e a criminalização de atos preparatórios é usualmente aplicada a condutas que envolvem violações a valores jurídicos supraindividuais. Trata-se de tendência que se manifesta na sociedade industrial-globalizada contemporânea. No entanto, a primeira massificação ou intensificação no uso deste instrumento normativo teria se dado no bojo da política nacional-socialista, na Alemanha de Hitler. Assim, no programa de ação nazista, estava envolvida a proposta de revisão do Direito Penal liberal, valendo-se, dentre outros artifícios, da antecipação da intervenção penal e da previsão de delitos de perigo no resguardo do "são sentimento do povo"³¹⁷. Isto explica, em parte, a histórica resistência doutrinária em relação aos crimes de perigo abstrato.

³¹⁵ Trata-se de referência ao modelo social visualizado a partir da obra dos estudos do sociólogo da Universidade de Munich, Ulrich BECK. BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*. Barcelona: Paidós, 1998.

³¹⁶ Neste sentido: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal econômico como direito penal de perigo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 91.

³¹⁷ Relembre-se que o Código Penal alemão de 1935 permitia a punição de qualquer fato, ainda que sem previsão legal expressa, desde que houvesse violação aos "princípios fundamentais do direito penal" ou ao "são sentimento do povo". Sobre o tema, consulte-se: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal econômico como direito penal de perigo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 94.

Noutro giro, os riscos da sociedade moderna possuem algumas características marcantes, tais como: a ilimitação no tempo e espaço; a causalidade de difícil esclarecimento; a dificuldade de estabelecimento de critérios seguros de imputação e responsabilidade e, por conseguinte, se concretizados, danos que são, em regra, de árdua ou impossível reparação. Assim, a sociedade industrial globalizada conduziu, por suas características e necessidades, à formação do Direito Penal peculiar, marcado pela vitimização difusa e pela tendência preventiva. Notoriamente, estes fatores têm incidência maciça na ordem econômico-social.

Mesmo com seu uso pelo Direito Penal historicamente limitado, ao menos até o advento da nova sociedade de risco, a previsão de crimes de perigo abstrato jamais teve aceitação pacífica³¹⁸. Neste diapasão, parte também dos autores que integram a chamada Escola de Frankfurt a defesa de um Direito Penal básico ou nuclear e, por conseguinte, a resistência quanto à previsão de crimes de perigo abstrato. Uma vez a previsão de delitos de perigo abstrato decorre de necessidades atuais da sociedade, esta postura tem sido rechaçada pela doutrina mais moderna³¹⁹ que, portanto, aceita o recurso à tal técnica legislativa, desde que empregada de forma racional e criteriosa quanto à definição dos elementos típicos.

Se de um lado há que se combater a artificial criação de bens jurídicos coletivos, por outro, é impositivo admitir a existência e dignidade penal dos valores supraindividuais ligados à ordem constitucional econômica. Ademais, a proteção destes demanda e justifica a antecipação da intervenção penal a fim de se evitar a chamada difusão da ofensa. Desta forma, a potencialidade lesiva dos comportamentos arriscados deve ser analisada com base na experiência comum, sendo esta apreciação decisiva para a formação do juízo sobre a dignidade penal de determinados interesses difusos e dos tipos penais decorrentes.

³¹⁸ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal econômico como direito penal de perigo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 154.

³¹⁹ Ao referir-se às críticas da Escola de Frankfurt aos crimes de perigo abstrato, ROXIN assim se manifestou: “*Las tesis de la Escuela de Frankfurt han encontrado intensas críticas que previsiblemente seguirán ocupando el protagonismo en la discusión científica. La crítica tiene razón también en su punto central, es decir, en lo que se refiere a que el Derecho penal no puede retroceder por principio ante la tarea de luchar contra los riesgos que son más peligrosos para la sociedad y para el individuo que la criminalidad ‘clásica’*. Los delitos de peligro abstracto, a los que de forma principal se opone la Escuela de Frankfurt, no deben rechazarse como tales.” ROXIN, Claus. *La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal*. Trad. Carmen Gómez Rivero y Maria del Carmen García Cantizano. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000, p. 89/90.

Neste aspecto, em se tratando da criminalidade econômica moderna, é necessário orientar-se pelo perigo ao invés do dano. Portanto, a política criminal deve centralizar suas atenções na atividade preventiva e não tão-somente privilegiar a tradicional energia repressiva. A razão desta afirmativa assenta-se no fato de que o dano gerado pelos crimes econômicos (ou melhor, contra a ordem econômica) implica na violação de interesses titulados por um número indeterminado de pessoas (vitimização difusa), além de ser, em regra, vultoso e de difícil quantificação e reparação. Não raras vezes, isto torna a atuação estatal tardia e ineficaz.

Ademais, a adaptação do Direito Penal ao paradigma comunitário atual constitui processo necessário e irreversível, sobretudo no tocante à tutela penal de bens de natureza coletiva. Em perspectiva teórica, as consequências desta tendência remetem a uma substancial mudança no conteúdo da ideia de bem jurídico, consistente no seu distanciamento da objetividade ou concretude para dar lugar à preservação de interesses de perfil menos tangível. Fala-se num processo de dinamização, desmaterialização ou espiritualização do bem jurídico, já que a textura e o conteúdo amplo e indeterminado de alguns valores penalmente protegidos na atualidade contrasta com a tradição do ordenamento penal de resguardar apenas condições concretas de vida de uma vítima bem determinada³²⁰.

A sociedade precisa dispor de meios eficientes que possam elidir o perigo, devendo o Direito antecipar-se à mudança no mundo dos fatos, sobretudo quando esta apresente sinais robustos de que poderá desenvolver-se e transformar-se em graves problemas transcendentais. Daí a necessidade de que o ordenamento jurídico-penal seja invocado para atuar com maior ênfase na função preventiva. Sendo assim, é fundamental que se aja no nascedouro do risco tido como socialmente relevante, evitando, assim, a sua convolação em dano concreto. Sob este ângulo, não há dúvidas de que os bens jurídicos coletivos são mais importantes do que os bens individuais³²¹.

Nesta linha de raciocínio, preconiza-se a antecipação da proteção penal como instrumento para se evitar a efetiva ocorrência do dano causado pela prática do delito e o meio

³²⁰ MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Sociedade do risco e direito penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais*. São Paulo: IBCCRIM, 2005, p. 107/112.

³²¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Princípios garantistas e a delinquência do colarinho branco*. In Revista Brasileira de Ciências Criminais. Ano 3. Número 11. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, julho-setembro de 1995, p. 125.

mais comumente citado neste mister é a previsão dos chamados crimes de perigo abstrato. Com base nesta preocupação, o XIII Congresso da Associação Internacional de Direito Penal, realizado na cidade do Cairo, em 1984, teve o seguinte tema: “O conceito e os princípios fundamentais do Direito Penal Econômico e da empresa”. Neste encontro, foi formulada a recomendação de número 9, que estabeleceu que o emprego dos tipos delitivos de perigo abstrato é um meio válido para a luta contra a delinquência econômica e da empresa, sempre e quando a conduta proibida pelo legislador venha especificada com precisão e a proibição seja referida diretamente a bens jurídicos claramente determinados.

Na mesma Recomendação, convencionou-se também que a criação de delitos de perigo abstrato não está justificada quando obedeça exclusivamente ao propósito de facilitar a prova dos delitos³²². Seguindo estes ditames, Espanha e Alemanha foram pioneiros na tipificação de crimes de perigo abstrato no âmbito do Direito Penal Econômico³²³.

Destarte, a substituição dos delitos de resultado ou de dano pelos delitos de perigo emanou do Congresso da Associação Internacional de Direito Penal, sob a condição de que a conduta punível fosse claramente definida no tipo penal. Em adendo, na linha que foi exposto anteriormente, TIEDEMANN³²⁴ opina no sentido de que o emprego dos delitos de perigo abstrato obedece, em grande medida, à própria natureza dos bens jurídicos coletivos ou supraindividuais inerentes aos delitos sócio-econômicos.

Destarte, o entendimento doutrinário que melhor satisfaz as demandas da sociedade contemporânea³²⁵ sustenta que a previsão de crimes de perigo abstrato goza de plena compatibilidade com o vigente texto constitucional e, portanto, constitui ferramenta legítima e adequada de combate à delinquência econômica. A maior eficácia da atividade preventiva justifica a antecipação da tutela penal no Direito Penal Econômico por meio do emprego de crimes de perigo abstrato para combate às violações a bens jurídicos supraindividuais, o que, desta forma, não se dá exclusivamente para facilitação da prova.

³²² BUJÁN PEREZ, Carlos Martínez. *Derecho penal econômico y de la empresa*. Parte General. 2ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007, p. 225.

³²³ BUJÁN PEREZ, Carlos Martínez. *Derecho penal econômico y de la empresa...* op. cit., p. 221.

³²⁴ O comentário foi formulado pelo autor citado na apresentação da seguinte obra: ARAUJO JUNIOR, João Marcello de. *Dos crimes contra a ordem econômica*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 21.

³²⁵ Neste sentido: MAIA, Carlos Rodolfo Fonseca Tigre. *Tutela penal da ordem econômica: o crime de formação de cartel*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 53.

Resulta válida, portanto, a conclusão de que a meta de minimização de riscos por meio da utilização do Direito Penal pode e deve ser mantida³²⁶.

Em sentido oposto, autores como HASSEMER³²⁷, por exemplo, afirmam que o legislador penal tem por vezes abusado da utilização do perigo abstrato. Ainda que considerando o embasamento de tal premissa, não há como discordar da afirmação de Luís GRECO³²⁸, segundo o qual não existe nada mais “*fashion*” atualmente do que dizer que os crimes de perigo abstrato seriam, *in totum*, inconstitucionais por violarem o princípio da lesividade ou ofensividade, dentre outros. O mesmo autor faz importante alerta para o fato de que esta postura é quase tão descuidada, apressada e insegura quanto as bases que supostamente a sustentam e o principal erro dos críticos do perigo abstrato é achar que, refutando esta figura, resolveram todos os problemas do Direito Penal, eis que, a rigor, tais problemas apenas começaram a aparecer³²⁹.

A interpretação mais razoável sobre o conjunto de idéias expostas leva ao reconhecimento da inocuidade da tentativa de rechaçar, com simplismo, a aplicabilidade dos crimes de perigo abstrato, quando o correto seria buscar critérios razoáveis que venham a pautar o emprego útil desta técnica legislativa.

A crítica mais comum aos crimes de perigo de abstrato é baseada na suposta violação ao princípio da lesividade ou ofensividade, segundo o qual a intervenção penal do Estado somente se legitima se houver violação efetiva aos bens jurídicos protegidos. Assim, não há crime sem lesão ou perigo concreto a um bem jurídico e os crimes de perigo abstrato são justamente aqueles cujo tipo é concretizado sem que o bem jurídico seja exposto a um perigo concreto. Tais delitos não seriam, portanto, condizentes com um Direito Penal

³²⁶ MENDOZA BUERGO, Blanca. *El Derecho penal en la sociedad del riesgo*. Madrid: Civitas, 2001, p. 151/152.

³²⁷ HASSEMER, Winfried. *Perspectivas de uma moderna política criminal*. In Revista Brasileira de Ciências Criminais. Ano 2. Número 08. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, outubro-dezembro de 1994, p. 46.

³²⁸ GRECO, Luís. ‘Princípio da Ofensividade’ e crimes de perigo abstrato – Uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Número 49. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, julho-agosto de 2004, p. 90/91.

³²⁹ GRECO, Luís. ‘Princípio da Ofensividade’ e crimes de perigo abstrato – Uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito... op. cit., p. 91/92 e 136.

garantista ou mínimo, eis que sua previsão violaria também os princípios da presunção de inocência e da culpabilidade³³⁰.

Não há como negar que a ofensividade é uma exigência constitucional. É correta a advertência feita por D'AVILA³³¹ de que toda previsão legislativa de um tipo penal é o resultado da ponderação de valores na qual o direito fundamental à liberdade é restringido em benefício da conservação de outros valores de fundamental relevo em sociedade. A necessária compatibilização axiológica que justifique a restrição implica na formulação de um juízo de necessidade da tutela.

Como visto, nos crimes de perigo abstrato, há uma antecipação da tutela penal de modo que a consumação delitiva é atingida com a prática de conduta que põe em risco ou perigo de dano o interesse penalmente protegido. Sobre o tema, a posição doutrinária intermediária, defendida por FIGUEIREDO DIAS³³², preconiza que a solução adequada para o emprego de delitos de perigo abstrato seria a criação de delitos de desobediência a ordenações administrativas emanadas de entidades encarregadas de fiscalizar certas atividades e de conceder autorizações ou impor proibições.

O respeito ao ditame da ofensividade não implica necessariamente em rejeição, de plano, dos delitos de perigo abstrato. Em outras palavras, os crimes de perigo abstrato não constituem categoria desprovida de lesividade³³³. O modo com que tradicionalmente vem sendo enxergada a violação ao bem jurídico-penal é que precisa ser repensado³³⁴, já que esta não é verificada apenas nos comportamentos que danificam materialmente ou de forma

³³⁰ Neste sentido: MOCCIA, Sergio. *De la tutela de bienes a la tutela de funciones: entre ilusiones postmodernas y reflujos iliberales*. In *Política criminal y nuevo derecho penal*. Barcelona: Jose Maria Bosch Editor, 1997, p. 114/115.

³³¹ D'AVILA, Fabio Roberto. *Elementos para a legitimação do direito penal secundário*. In *Direito penal secundário: estudos sobre crimes econômicos, ambientais, informáticos e outras questões*. Coord. Fabio Roberto D'Avila e Paulo Vinicius Sporleder de Souza. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 85.

³³² FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Para uma dogmática do direito penal secundário. Um contributo para a reforma do direito penal econômico e social português*. In *Direito penal secundário: estudos sobre crimes econômicos, ambientais, informáticos e outras questões*. Coord. Fabio Roberto D'Avila e Paulo Vinicius Sporleder de Souza. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 57.

³³³ D'AVILA, Fabio Roberto. *Elementos para a legitimação do direito penal secundário*. In *Direito penal secundário: estudos sobre crimes econômicos, ambientais, informáticos e outras questões*. Coord. Fabio Roberto D'Avila e Paulo Vinicius Sporleder de Souza. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 94.

³³⁴ Sobre o tema, vale transcrever a percepção de SILVEIRA, *verbis*: “*Em suma, o problema gravita não na inclusão do elemento perigo do tipo objetivo, mas, sim, na maneira de se efetuar o juízo sobre a cocorrência ou não do perigo no fato da vida real que se pretende proteger pela lei penal.*” Cf. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supra-individual: interesses difusos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 100.

tangível o bem jurídico, mas abarca também a ameaça real ou potencial aos objetos de tutela, revelados em condutas penalmente relevantes.

Sob tom crítico, costuma-se afirmar que a tutela penal de bens jurídicos transindividuais se dá por meio da previsão de delitos de acumulação, isto é, condutas que, individualmente consideradas, não representariam perigo relevante e não afetariam o interesse protegido penalmente, eis que a destruição do bem jurídico somente ocorreria com a repetição em massa do comportamento.

À exceção do direito à vida, protegido mediante a previsão do crime de homicídio, os demais bens jurídicos penalmente tutelados também só são completamente destruídos com a reiteração maciça da conduta delitiva. Portanto, não há, de regra, exigência, nem mesmo extra-legal, de que ocorra a referida aniquilação, fática ou provável, do interesse jurídico como requisito essencial para que incida a norma penal. Neste aspecto, para fins de definição típica, o que importa é a afetação, real ou razoavelmente provável, do bem jurídico e não a ilusória imprescindibilidade de sua destruição absoluta³³⁵.

Assim sendo, a razão está com BOTTINI³³⁶ ao asseverar que o abalo social que legitima a repressão é revelado inicialmente pela da conduta e não pelo resultado material *ex post*, sendo certo que a consolidação de um Direito Penal que proteja, de maneira racional e funcional, os bens jurídicos diante dos novos riscos exige, em alguns momentos, a citada antecipação da tutela. No mesmo sentido, SILVEIRA³³⁷ reconhece que, em situações supraindividuais, o uso do perigo abstrato é legítimo, pois, conforme o bem jurídico que se esteja a proteger, não se poderia esperar, ou mesmo aceitar, sua lesão e daí emana a justificada antecipação da tutela penal.

Portanto, é preciso fixar que, observadas as devidas cautelas, em especial quanto à seleção do bem jurídico e quanto à clareza da definição legal da conduta proibida, a tipificação de crimes de perigo abstrato não se revela invariavelmente arbitrária ou

³³⁵ SCHMIDT, Andrei Zenkner e FELDENS, Luciano. *O crime de evasão de divisas: a tutela penal do sistema financeiro nacional na perspectiva da política cambial brasileira*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 49.

³³⁶ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 170.

³³⁷ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal econômico como direito penal de perigo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 158.

simbólica³³⁸. Assim, não haverá déficit de legitimidade se a opção pelo modelo questionado for subsidiária, residual³³⁹, ou seja, incidir sobre uma parcela de valores colhidos na realidade social em que o aguarado do resultado se mostre catastrófico³⁴⁰.

Nestes termos, tem robusta razoabilidade a afirmação de SCHÜNEMANN segundo a qual a expansão dos delitos de perigo abstrato significa, nos limites já referidos, uma necessária modernização do Direito Penal, de maneira que a crítica apodítica da Escola de Frankfurt à concepção do crime de perigo abstrato nada mais faz do que levar à insensata exigência de que a proteção dos novos bens jurídicos seja efetivada com institutos jurídicos arcaicos³⁴¹. Existem fatores específicos que acarretam a absoluta necessidade e justificativa, em caráter excepcional, do emprego de normas penais em branco e de crimes de perigo abstrato no âmbito do Direito Penal Econômico, sendo eles: o *modus operandi* dos agentes

³³⁸ Utiliza-se a expressão simbolismo penal, porém, renegando sua incidência *in casu*, ao menos no sentido empregado por HASSEMER, segundo o qual o Direito Penal simbólico seria menos orientado à proteção de um bem jurídico e mais voltado para a obtenção de efeitos políticos e para a satisfação de uma “necessidade de ação”, fenômeno este que seria gerado a partir da contemporânea crise da política criminal típica da sociedade do risco e sua insegurança global, infestada, segundo a visão do referido autor, de bens jurídicos universais e delitos de perigo abstrato. HASSEMER, Winfried. *Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos*. In Pena y Estado. Santiago: Editorial Jurídica Conosur, 1995, p. 36.

³³⁹ Sobre o tema, concorda-se com a afirmação de SILVEIRA no sentido de que a previsão de crimes de perigo abstrato não pode ser simples expediente legislativo, mas sim última e única forma de guarida de determinado bem. Neste sentido: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal econômico como direito penal de perigo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 177. No mesmo sentido, FIGUEIREDO DIAS defende que não se pode ter a pretensão de eliminar crimes de perigo abstrato, conceitos normativos indeterminados e tipos penais em branco, mas prega que estas categorias devem ser reduzidas ao mínimo e, quanto aos delitos de perigo abstrato, devem estes ser substituídos, na medida do possível, por delitos de perigo concreto ou delitos de desobediência às ordens e prescrições das entidades administrativas competentes para autorizar e fiscalizar certas atividades. FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Para uma dogmática do direito penal secundário. Um contributo para a reforma do direito penal econômico e social português*. In Direito penal secundário: estudos sobre crimes econômicos, ambientais, informáticos e outras questões. Coord. Fabio Roberto D’Avila e Paulo Vinicius Sporleder de Souza. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 69.

³⁴⁰ Neste sentido: SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. *Dos crimes de perigo abstrato em face da constituição*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 145/146.

³⁴¹ SCHÜNEMANN, Bernd. *O direito penal é a ultima ratio da proteção de bens jurídicos! – Sobre os limites invioláveis do direito penal em um Estado de Direito liberal*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Número 53. Ano 13. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, mar.-abril de 2005, p. 31. Especificamente sobre o emprego de crimes de perigo abstrato no âmbito do Direito Penal Econômico, confira-se o dizer de LINARES ESTRELLA, verbis: “Naturalmente, la incriminación del ilícito económico a través del uso de la técnica de los delitos de peligro abstracto, en la práctica, no viola los principios que rigen el Estado de derecho – especialmente los principios de proporcionalidad, de ofensividad y de intervención mínima -, debe señalarse, además, que dicha prohibición obedece a la concepción de que el Derecho Penal no puede evitar que se ejecute la acción peligrosa.” LINARES ESTRELLA, Ángel. *Un problema de la parte general del derecho penal económico. El actuar en nombre de otro. Análisis del derecho penal español y cubano*. Granada, 2002, p. 99.

deste campo criminal; o perfil criminológico dos mesmos e a natureza universal dos efeitos dos delitos econômicos³⁴².

Ponderando a relevância dos interesses tutelados e as graves e irreversíveis consequências para os valores penalmente resguardados, crê-se que o emprego excepcional da previsão de crimes de perigo abstrato constitui artifício constitucionalmente legítimo e aceitável³⁴³ de combate à criminalidade econômica, devendo seu emprego ser reservado aos casos em que os dados da experiência apontem que os danos concretos, se efetivamente chegarem a se configurar, serão de difícil ou impossível determinação e reparação. Também deverá o legislador zelar pela devida observância do princípio da taxatividade, dando a devida atenção à clareza da definição da conduta incriminada.

Tendo em vista que os crimes de perigo abstrato importam no estabelecimento legal de presunção de perigo, em nome de um intervencionismo penal racional apartado do mero simbolismo, é de se considerar que esta é relativa ou *juris tantum*, de tal forma que a responsabilização penal possa ser elidida se comprovada, diante das circunstâncias do caso concreto e com ônus para o interessado, a inexistência de risco efetivo para o bem jurídico. Assim, em situação similar a que ocorre com os critérios excludentes da teoria da imputação objetiva, pode-se ter a insignificância como indício da não-lesividade de certa conduta de modo que, ainda que existente um juízo legal prévio e abstrato sobre o perigo, seja possível a demonstração da não-lesividade ou ofensividade concreta da conduta³⁴⁴.

4.3. A sanção no Direito Penal Econômico: eficácia e adequação.

“A pena justa, longe de ser um mal, constitui para o delinqüente o primeiro dos bens, pois tende a restabelecer-lhe a plenitude de sua

³⁴² Estes dados são acarretam a quase certa inviabilidade de se comprovar a relação de causa e efeito entre ação e resultado nos casos de danos a bens jurídicos coletivos e difusos, como são os tutelados no âmbito do direito penal econômico. Neste sentido: SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. *Dos crimes de perigo abstrato em face da constituição*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 144.

³⁴³ Neste aspecto, é plausível a afirmação de que se mostra arriscada, temerária e utópica a pregação da mera abolição do Direito Penal no tocante aos interesses difusos. Neste sentido: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supra-individual: interesses difusos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 220.

³⁴⁴ Neste sentido: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal econômico como direito penal de perigo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 179.

*consciência e liberdade racionais, elevando-o da condição de criminoso à de membro útil da Humanidade e do Estado.”*³⁴⁵

A função da sanção penal em determinado ordenamento jurídico constitui tema inevitavelmente valorativo, isto é, ligado à concepção acerca da função atribuída ao Estado. No fundo, a pena é uma das formas com que o Estado impõe o cumprimento de normas que possibilitam o convívio em sociedade. Portanto, a análise da sanção penal encontra-se intimamente ligada à observação do tipo de organização estatal que se pretende ter. Assim, seguindo o modelo brasileiro, a elaboração e a aplicação da legislação penal devem guardar estreita conexão com o Estado Constitucional Democrático de Direito³⁴⁶ e com o objetivo imediato da pena, que é o de evitar os danos e riscos mais graves aos bens jurídicos fundamentais. Portanto, em que pese gerar um mal do ponto de vista individual, num juízo de ponderação, a pena legitima-se pela necessidade de manter a ordem social básica³⁴⁷.

São diversas as teorias vislumbradas ao longo do tempo acerca da finalidade da sanção penal, indo desde a mais popular e tradicional função, qual seja a de retribuição ou expiação pelo mal causado pela prática criminosa, até metas funcionais, como a reeducação ou ressocialização do apenado (vide artigos 4º e 61, VII da Lei n. 7.210/84), meta esta que foi inusitada e pejorativamente denominada por FOUCAULT³⁴⁸ de ortopedia moral.

Modernamente, tem prevalecido a tendência de unificação das teorias sobre a finalidade da pena criminal, ou seja, a combinação das teorias isoladas de modo a proporcionar a superação das deficiências individuais. Assim, preconiza-se a fusão das funções de retribuição, prevenção geral e prevenção especial da sanção penal. Portanto, hodiernamente, a teoria da pena é multifacetada ou multifatorial³⁴⁹. Neste diapasão, segundo o

³⁴⁵ SERRANO MÁILLO, Alfonso. *Introdução à Criminologia*. 1ª ed. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 77.

³⁴⁶ SHECAIRA, Sérgio Salomão e CORRÊA JÚNIOR, Alceu. *Teoria da pena: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos da ciência criminal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 146.

³⁴⁷ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luiz. *Política criminal y derecho penal: estudios*. Valencia: Tirant lo blanch, 2004, p. 67.

³⁴⁸ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: nascimento da prisão*. Trad. Raquel Ramallete. 34ª edição. Petrópolis: Vozes, 2007, p. 15.

³⁴⁹ MOLINA BLÁZQUEZ, Maria Concepción. *La aplicación de la pena*, p. 24/25 apud NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da pena*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 95.

ensinamento de Juarez Cirino dos SANTOS³⁵⁰, a pena representa conjuntamente: (a) retribuição do injusto causado (compensação da culpabilidade); prevenção especial positiva (correção pedagógica do autor); prevenção especial negativa (segurança social pela neutralização do autor); prevenção geral positiva (reforço da confiança na ordem jurídica) e prevenção geral negativa (intimidação de criminosos potenciais pela ameaça penal).

Nos limites deste estudo, descabe analisar pormenorizadamente cada uma das teorias citadas, valendo, no entanto, deixar claro que, na vigência do Estado Democrático de Direito, a função preventiva da pena tem dois aspectos: o de prevenção intimidatória (também chamado de prevenção especial ou negativa) e o de prevenção estabilizadora ou integradora (também denominada prevenção geral ou positiva). Nas palavras de MIR PUIG, no modelo de Estado Democrático de Direito, a pena há de cumprir (e só está legitimada a cumprir) a missão política de regulação ativa da vida social de modo que assegure seu funcionamento satisfatório³⁵¹.

A eficácia da prevenção depende de duas aptidões básicas da punição: a capacidade de convencer os destinatários da norma penal à abstenção da conduta proibida (prevenção intimidatória) e a capacidade de firmar a consciência jurídica de seus destinatários (prevenção positiva). Destarte, segundo esta perspectiva, o Direito Penal não se limita a determinar condutas danosas ou perigosas, mas sim a perseguir algo mais ambicioso e de maior alcance: influir na consciência ético-social do cidadão e, por conseguinte, em sua atitude perante o ordenamento jurídico³⁵².

Isto conduz à necessidade de conferir efetivamente à pena uma função de prevenção dos comportamentos atentatórios desta meta e gera algumas indagações

³⁵⁰ A referida tendência é corroborada pelos parágrafos 47 e 47 do Código Penal alemão que, respectivamente, definem a culpabilidade como medida da pena e o resguardo da ordem jurídica como objetivo desta. No Brasil, o artigo 59, in fine do Código Penal também corrobora a conjugação de finalidades ao dispor sobre a reprovação e prevenção atribuídas à sanção penal. Neste sentido: SANTOS, Juarez Cirino dos. *Teoria da pena: fundamentos políticos e aplicação judicial*. Curitiba: ICPC Lumen Juris, 2005, p. 12. O autor arremata o assunto afirmando o seguinte: “essa tríplice função da pena corresponderia aos três níveis de realização do Direito Penal: a função de prevenção geral negativa corresponde à cominação da ameaça penal no tipo legal; a função de retribuição e a função de prevenção geral positiva correspondem à aplicação judicial da pena; a função de prevenção especial positiva e negativa corresponde à execução penal.” Op. cit., p. 13/14.

³⁵¹ MIR PUIG faz tal comentário tendo por base o ordenamento penal espanhol, tecendo expressa referência ao artigo 25, 2 da Constituição da Espanha, que determina que as penas privativas de liberdade e medidas de segurança serão orientadas à reeducação e reinserção social. MIR PUIG, Santiago. *El derecho penal em el estado social y democrático de derecho*. Barcelona: Editorial Ariel S. A., 1994, p. 44.

³⁵² MIR PUIG, Santiago. *El derecho penal em el estado social y democrático de derecho...* op. cit., p. 46/47.

importantes sobre dois aspectos relevantes: (1) os tipos de comportamento que podem ser prevenidos por meio da motivação provocada por norma jurídico-penal e (2) o perfil dos indivíduos propensos a aderir a tal estímulo³⁵³. Ao admitir-se a missão ativa de proteção da sociedade por meio da prevenção delitiva, o Direito dirige ao magistrado o mandamento não só de punir crimes, mas também o de buscar que os cidadãos não pratiquem crimes. Portanto, o mandamento contido na aplicação concreta da lei penal pelo Estado-Juiz guarda, em sua essência, o estabelecimento de uma ameaça penal (legitimada, ainda que implicitamente, na Constituição) dirigida à coletividade no sentido de motivar nos cidadãos um comportamento adequado ao Direito³⁵⁴.

O Código Penal brasileiro em vigor dispõe, em seu artigo 59, que o juiz, atendendo aos diversos critérios mencionados no dispositivo, fixará a pena de modo necessário e suficiente à repressão e prevenção do crime. Logo, daqui são extraídas as duas finalidades legalmente previstas a serem alcançadas por meio da aplicação das sanções penais: a retribuição da culpabilidade e a prevenção. Mais recentemente, também ganha contornos importantes o fim de ressocializar o apenado, sendo certo que a ênfase em cada um dos objetivos punitivos mencionados variou ao longo da História de acordo com as circunstâncias político-econômicas envolvidas na projeção e concreção do sistema penal.

Numa economia de mercado, é indispensável a regulação jurídica dos abusos violadores da ordem econômica, de molde a que fique garantida a proteção de todos os que participem dele, especialmente os mais débeis. A economia de mercado parte da presunção de igualdade entre os concorrentes, que devem jogar limpo e desfrutar das mesmas oportunidades para vantagem deles próprios e dos consumidores. Daí ser indispensável que o Direito Penal

³⁵³ A importância do perfil dos destinatários na confecção da norma penal vem se tornando tema importante. Nesta linha, segundo a jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos e do Tribunal Constitucional espanhol, a especialização do público-alvo (por sua formação teórica e experiência prática) é fator que autoriza certo grau de vagueza na definição dos tipos penais. Neste sentido: CARVALHO, Ana Paula Vieira de. *Neoconstitucionalismo e taxatividade da lei penal: novos desafios do princípio da legalidade*. Tese de Mestrado apresentada em 2008 junto à Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Mimeografado, p. 150.

³⁵⁴ HASSEMER acolhe como válida a função de prevenção geral da pena fulcrada na experiência prática, consoante se vê a seguir: “*Si la praxis de la aplicación de la pena toma por conocimiento en su totalidad a la prevención general en su dimensión general, es legítima la aplicación preventivo-general de la pena hasta aquel momento donde sea posible una valoración precisa, basada en un conocimiento empírico asegurado.*” HASSEMER, Winfried. *Prevención general y aplicación de la pena...* op. cit., p. 82.

seja chamado a intervir, por meio de sanções socialmente úteis, para fazer funcionar o mercado econômico de forma justa e benéfica a todos³⁵⁵.

Assim, uma vez assentada a constatação de que o sistema punitivo precisa mudar seu foco tradicional³⁵⁶, deve-se expressar a convicção de que, no Brasil, o vigente Código Penal e até a legislação penal mais recente não atendem a contento aos reclamos de prevenção e repressão da criminalidade econômica moderna, seja pela forma defasada e inespecífica da regulamentação do modo de aplicação e cálculo das sanções, seja pelo próprio conteúdo das penas em si. A revisão da adequação e eficácia da teoria da pena no âmbito do Direito Penal Econômico é providência imperativa e urgente.

Em face da complexidade inerente à definição da criminalidade econômica e às suas peculiares características, resta a constatação de que o Direito Penal clássico, com seus institutos de origem iluminista, não está apto a lidar com tamanha modernidade delitiva. Já há algum tempo este fato é aceito pelas doutrinas portuguesa e alemã no seio de ambiente científico no qual a autonomia relativa do Direito Penal Econômico figura como vetor que tem norteado a releitura de conceitos dogmáticos ligados à estrutura típica, à culpabilidade³⁵⁷ e à pena.

³⁵⁵ ARAUJO JUNIOR, João Marcello de. *O Direito Penal Econômico*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Número 25. Ano 7. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, jan.-mar. de 1999, p. 150.

³⁵⁶ Sobre o tema, confira-se a preleção de SCHÜNEMANN, *verbis*: “(...) *no se puede negar que el comportamiento típico de las classes sociales bajas, desde el nacimiento del Derecho penal moderno hasta hoy, ha constituido el objeto privilegiado tanto en la configuración de los tipos penales del Derecho penal como también en la justicia práctica penal; mientras que desde algunas décadas se registra en estos dos ámbitos, en todo caso, en su estructura superficial, un cambio de tendencia, aproximándose más y más hacia la classe média, inclinándose también esta clase alta, constituyendo el centro de la legislación del Derecho penal y de la actividad de persecución penal.*” Cf. SCHÜNEMANN, Bernd. *Del derecho penal de la classe baja al derecho penal de classe alta. ¿ Un cambio de paradigma como exigencia moral?* In *Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio*. Madrid: Tecnos, 2002, p. 51. O mesmo autor arremata dissertando sobre o direito penal liberal e sua origem ligada ao conceito liberal de propriedade: “*El Derecho penal se originó, por tanto, como un instrumento específico contra la criminalidad de los aventureros y de los pobres; y tampoco cambió lo más mínimo en la época de la Ilustración, ya que entonces, aunque fueron eliminadas ciertamente la quema de brujas y herejes, así como la tortura y, con ello, las peores bestialidades en el ámbito del Derecho penal, el hurto, sin embargo, fue conservado como delito central de la classe baja; y en la época de la Restauración, en la primera mitad del siglo XIX, a través de la Ley del hurto forestal, incluso se amplió. La protección de la propiedad privada de cosas muebles contra el robo ha sido, por eso, el punto central del Derecho penal clásico y, hasta hoy, la razón de que los miembros de la classe baja, caracterizados en primera línea por su falta de bienes y, en todo caso, por sus bajos ingresos, sministren a la justicia penal práctica la clientela preferente, o, menos eufemísticamente forumaldo, de que tanto en la estadística criminal como también en los establecimientos penitenciarios estén considerablemente representados.*” *Op. cit.*, p 53/54.

³⁵⁷ Sobre a diluição da autoria criminosa na complexa estrutura empresarial moderna e a consequente dificuldade de sua visualização e compreensão, confira-se o dizer de FRONTINI, *verbis*: “*Percebe-se, ademais, que os delitos de maior repercussão econômica, nos grandes centros, se sucedem através de uma sucessão encadeada*

Neste último aspecto, tem-se como ultrapassado e desarrazoado o discurso de que o Direito Penal é inadequado para tutela de interesses difusos ligados à ordem econômica. Ao revés, as condutas violadoras da ordem econômica não só merecem repressão penal como também é justo que esta seja veiculada por meio de sanções específicas, suficientes e adequadas ao combate da delinquência econômica. Como dito anteriormente, a prevenção e repressão das infrações à ordem econômica constituem objetivos constitucionalmente impostos ao Estado e que somente são passíveis de obter eficácia real mediante a reunião de três fatores básicos: maior conscientização social em relação ao crime e ao delinquente típico deste campo³⁵⁸; desenvolvimento de estrutura judicial e investigativa especializada e aparelhada, além de uma legislação coerente e adaptada às peculiares exigências da matéria³⁵⁹.

A partir do exposto, pode-se observar que uma eficaz organização da administração da justiça criminal e um sistema monetário estável são elementos necessários

de atos, camuflados como ou em meio a atividades empresariais; e em sua execução interferem inúmeros intermediários, tais como prepostos, corretores, publicitários, agindo geralmente de boa-fé. A má-fé existe apenas naqueles poucos situados à cúpula do negócio, pessoas que pouco aparecem, que não se fazem ver, que dão ordens a serem executadas por terceiros. É a realidade dos grandes organismos, das estruturas administrativas requintadas, que se pronunciam através de agentes e prepostos, em tom impessoal, distante e inacessível.” FRONTINI, Paulo Salvador. *Crime econômico por meio da empresa. Relevância da omissão causal*. In Revista de Direito Mercantil. V. 5, ano XI, p. 42. A mesma advertência sobre o uso criminoso do manto empresarial já era feita na década de 60 por HUNGRIA ao tecer considerações sobre o que denominou de “direito penal das sociedades por ações”, *verbis*: “*De par, porém, com a sua função benéfica, a sociedade por ações tem sido um fácil e freqüente ensejo para aventuras e fraudes, em detrimento da bolsa de intraneis e extraneis. Os inescrupulosos e hábeis brasseurs d’affaires e espertalhões de alta escola encontram nela um excelente meio de se locupletarem à custa alheia.*” Cf. HUNGRIA, Nelson e FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Comentários ao Código Penal*. V. I. Tomo I. 5ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 273. Ainda sobre este tema, o autor arremata: “*Às vezes, a fundação de uma sociedade por ações não passa de um bluff organizado, de uma mise-en-scène pré-ordenada para o engano e espoliação de outrem, e o estelionato nitidamente se apresenta; outras vezes, embora inicialmente formada para objetivos seriamente colimados, dão margem, em seguida, a um sistema de abusos de confiança, de falsidades, de múltiplos processos fraudulentos, para subversão de lucros e capital, por parte de diretores ou administradores cúpidos e mal vigiados; e, ainda outras vezes, sua formação ou seu funcionamento se pontilham de mentiras aliciantes ou malversações, que procuram disfarçar-se sob artifícios de contabilidade ou soa roupagem do chamado dolus bonus. Veio daí a necessidade de uma especial legislação penal, encontradiça em quase todos os países do mundo civilizado, para coibir tais fatos, mesmo na sua fase incoativa ou preparatória, ou ainda quando se limitem a criar perigo de dano.*” Cf. HUNGRIA, Nelson e FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Comentários ao Código Penal...* op. cit., p. 274.

³⁵⁸ Sobre o tema, vale reprimir o dizer de Inês Moreira Santos, *verbis*: “*A aparente inexistência de vítimas, os actos despidos de violência ou a desnecessidade de ressocialização dos agentes que praticam este crime são idéias profundamente enraizadas no consciente colectivo, que não deixam no entanto, de constituir concepções erradas.*” SANTOS, Inês Moreira. *Crime de colarinho branco – práticas inconfessáveis*. In *Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais – Visão Luso Brasileira*. Coord. José de Faria & Silva e Marco Antonio Marques da Costa. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 1169.

³⁵⁹ PANZERI, André de Almeida. *A sanção de perda de bens no direito penal econômico – Análise comparativa dos modelos português e brasileiro*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Número 52. Ano 13. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, jan.-fev de 2005, p. 41.

ao livre desenvolvimento individual e societário³⁶⁰. Com igual vigor, é de se reconhecer que, no que diz respeito à delinquência econômica, a subsidiariedade que informa o Direito Penal encontra seus limites no fracasso das medidas extrapenais (cíveis e administrativas)³⁶¹.

A função que o Direito Penal deve cumprir em um Estado Democrático de Direito implica em remover os obstáculos que dificultam o tratamento penal (primário e secundário) dos crimes contra a ordem econômica. É impositivo admitir que o sistema punitivo brasileiro, quando muito, criminaliza apenas as condutas nocivas praticadas usualmente pela elite político-econômica em nível primário (legislativo), sendo incapaz de aplicar e executar concretamente a norma penal. Trata-se de histórico privilégio odioso da delinquência econômica em relação à delinquência tradicional³⁶².

As discussões em torno do sentido da pena verificadas nos últimos tempos têm revisitado alguns embates, tais como expiação contra intimidação e reabilitação; teorias da

³⁶⁰ ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*. Org. e Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 19.

³⁶¹ A natureza subsidiária do direito penal é respeitada no âmbito do Direito Penal Econômico, haja vista a incapacidade e ineficácia dos demais ramos punitivos do ordenamento jurídico em prevenir e reprimir as infrações típicas desta seara. Neste sentido: LINARES ESTRELLA, Ángel. *Un problema de la parte general del derecho penal económico. El actuar en nombre de otro. Análisis del derecho penal español y cubano*. Granada, 2002, p. 20.

³⁶² LINARES ESTRELLA, Ángel. *Un problema de la parte general del derecho penal económico. El actuar en nombre de otro. Análisis del derecho penal español y cubano*. Granada, 2002, p. 21. É interessante o relato deste autor sobre a situação de Cuba, país socialista que, ao contrário do que se poderia pensar, também tem sofrido os efeitos da falta de punição adequada a crimes econômicos. Neste país, o bloqueio econômico e a necessidade de capital para superar a crise econômica fizeram com que fosse reestruturada a direção e planificação da economia nacional no âmbito dos investimentos estrangeiros com a finalidade contribuir para o fortalecimento da capacidade econômica e desenvolvimento sustentável do país. Estes investimentos de capitais estrangeiros em Cuba têm gerado novos comportamentos delitivos até então desconhecidos para o Direito Penal tradicional daquele país, motivo pelo qual a doutrina especializada tem suscitado a necessidade de uma urgente reforma do sistema punitivo cubano a fim de adaptá-lo aos novos riscos decorrentes da modernidade econômica. Há inclusive quem veja diferença entre os delitos econômicos usualmente praticados em países socialistas (corrupção, falsidades e abertura de mercados negros) e os praticados em países de economia capitalista (crimes que envolvem acordos monopolísticos e concorrência ilícita, espionagem industrial, sabotagem, delitos societários, etc.). Neste sentido: LINARES ESTRELLA, Ángel. *Un problema de la parte general del derecho penal económico... op. cit., p. 23 e 78*. Também merece registro a afirmação conclusiva de CERVINI no sentido de que as formas de desviação estrutural macroeconômicas não são, em absoluto, exclusividade das economias desenvolvidas. Não é por outro motivo que a própria Associação Internacional de Seguridade Bancária reconheceu, com base em estudo estatístico realizado em 1995, que as fraudes e o exercício abusivo da intermediação de valores foi incrementado substancialmente devido ao auge alcançado pelas atividades das Bolsas de Valores em países em vias de desenvolvimento. CERVINI, Raúl. *Macrocriminalidad económica: apuntes para una aproximación metodológica*. In Revista Brasileira de Ciências Criminais. Ano 3. Número 11. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, julho-setembro de 1995, p. 53/54.

pena repressiva contra as preventivas; teorias absolutas contra as relativas, dentre outros³⁶³. Fato é que, uma vez ultrapassada a utopia abolicionista, não há mais dúvidas de que a pena é uma amarga necessidade e a sociedade sem o Direito Penal teria seus dias contados³⁶⁴.

Assim, a centenária discussão sobre o sentido e o fim da pena deixou de ser um mero exercício filosófico desprovido de valor ou maior importância, passando a ser um problema central que afeta a legitimação do Estado moderno³⁶⁵. Particularmente no caso da criminalidade econômica, as medidas penais acabam provocando um dano menor à sociedade e à liberdade do mercado em geral do que outras atividades de prevenção³⁶⁶. Outro dado importante a ser levado em consideração é o fato de que a aplicação de sanções penais pressupõe a observância de procedimento muito mais interessante para o investigado e, por conseguinte, muito menos lesivo aos direitos fundamentais e demais valores constitucionais.

Neste aspecto, não podem ser olvidadas as amplas oportunidades defensivas concedidas no seio do processo penal brasileiro, sendo múltiplas as obrigações e ônus que recaem sobre o órgão acusador e sobre o próprio órgão jurisdicional. Esta situação favorável ao investigado é exatamente inversa a que ocorre, por exemplo, no seio do Direito Administrativo, onde até hoje vigoram dogmas como a imperatividade, a auto-executoriedade e a presunção de legalidade e legitimidade dos atos do Poder Público, inclusive os de cunho punitivo.

Noutro giro, é notório o elevado grau de sofisticação com que os delitos econômicos são cometidos, sendo certo que, via de regra, os agentes são dotados de apurado conhecimento técnico sobre o ramo em que atuam, sendo habituados aos trâmites do mercado, o que lhes confere habilidade suficiente para revestir suas operações com uma aparência de

³⁶³ HASSEMER, Winfried. *Por qué no debe suprimirse el derecho penal*. México: Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2003, p. 22.

³⁶⁴ A decepção acerca do caráter ressocializador da pena foi oposta como fundamento da teoria garantista para acentuar o papel do minimalismo penal e das garantias formais. Tal fator não se aplica no âmbito do Direito Penal Econômico, eis que a função principal da intervenção penal neste setor é a de prevenção geral. Neste sentido, segue a manifestação de SILVA SÁNCHEZ, *verbis*: “A la vez, adoptada la prevención general como fundamento principal de la intervención penal, no es difícil llegar por vía empírica a la conclusión de que la severidad de las penas no es lo decisivo para su eficacia intimidante, sino que otros elementos, como la certeza de la sanción, inciden en mayor medida.” SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. Barcelona: Jose Maria Bosch Editor, 1992, p. 26 e 39.

³⁶⁵ SCHÜNEMANN, Bernd. *Sobre la crítica a la teoría de la prevención general positiva*. In *Política Criminal y nuevo derecho penal (libro homenaje a Claus Roxin)*. Barcelona: Jose Maria Bosch Editor, 1997, p. 89.

³⁶⁶ BAJO FERNANDEZ, Miguel e BACIGALUPO, Silvina. *Derecho Penal Económico*. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Arceres, S.A., 2001, p. 55/56.

legalidade em nível tal que lhes possibilita desprezar o recurso à violência. Assim, em que pese não ser uma regra absoluta, como nenhuma outra o é em se tratando de relações sociais humanas, é fato que os crimes econômicos são praticados por indivíduos que, em razão de sua profissão e de seus negócios, possuem especial habilidade no trato da complexidade da vida econômica³⁶⁷.

Trata-se ainda de uma criminalidade estruturada em moldes empresariais, permeada pela refletida divisão de tarefas e pelo escalonamento de seus membros em inúmeros graus de hierarquia e especialização. Aliás, o alto grau de profissionalização é um dos fatores responsáveis pelo anonimato dos agentes, bem como pela inércia da coletividade, que sequer imagina ou percebe o potencial lesivo de tais infrações. Estas graves circunstâncias não podem continuar no limbo das considerações político-criminais do sistema penal brasileiro, sendo necessário oferecer resposta estatal equânime a todas as espécies de ilegalidades ligadas ao sistema econômico capitalista, conforme vislumbrado por GRACIA MARTIN³⁶⁸.

Pode-se afirmar que a necessidade de proteção penal dos bens jurídicos abrangidos pela ordem econômica no contexto do Estado Democrático de Direito tem proporcionado o resgate da função preventiva da pena³⁶⁹. Quanto a esta, como visto, dois

³⁶⁷ O Direito Penal tradicional, de índole liberal-iluminista, deve ser superado, pois é injusto, classista e dirigido contra as camadas mais pobres da sociedade. Em seu lugar, deve ser construído um novo direito penal onde sejam combatidos os comportamentos nocivos usualmente praticados pela classe política e economicamente mais poderosa. Esta é a síntese apertada do pensamento exposto por GRACIA MARTÍN. GRACIA MARTÍN, L. *Prolegômenos para a luta pela modernização e expansão do direito penal e para a crítica do discurso de resistência*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2005, p. 149.

³⁶⁸ Confira-se o respectivo trecho: “(...) a economia das ilegalidades foi reestruturada com o desenvolvimento da sociedade capitalista; separou-se a ilegalidade dos bens da ilegalidade dos direitos; separação que encobre uma oposição de classes, já que, de uma parte, a ilegalidade mais acessível às classes populares é a dos bens: transferência violenta de propriedades; e, de outra parte, à burguesia está reservada a ilegalidade dos direitos: a possibilidade de elidir seus próprios regulamentos e suas próprias leis; de conservar todo um imenso setor da circulação econômica à margem da legislação, em limites previstos por seus silêncios, ou liberados por uma tolerância de fato; e essa grande redistribuição de ilegalidades vai se traduzir inclusive em uma especialização dos circuitos judiciais: para as ilegalidades de bens – para o roubo -, os tribunais ordinários e as punições; para as ilegalidades de direitos – jurisdições especiais, com transações, composições, multas reduzidas, etc.; a burguesia reservou-se a esfera fecunda da ilegalidade dos direitos.” GRACIA MARTIN, Luis. *Prolegômenos para a luta pela modernização e expansão do direito penal e para a crítica do discurso de resistência*. Trad. Érika Mendes de Carvalho. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005, p. 130/131.

³⁶⁹ Discorrendo sobre a semelhante realidade espanhola, este é entendimento de MIR PUIG, *verbis*: “En conclusión: en el modelo de Estado social y democrático de Derecho del cual arranca nuestro sistema político y, por tanto, jurídico, la pena há de cumplir (y solo está legitimada para cumplir) una misión política de regulación activa de la vida social que asegure su funcionamiento satisfactorio, mediante la protección de los bienes de los ciudadanos. Ello supone la necesidad de conferir a la pena la función de prevención de los hechos

aspectos distintos são diferenciados pela ciência penal por meio das expressões prevenção geral e prevenção especial. A prevenção geral se dirige à coletividade e, por meio dela, pretende-se impedir que novos delitos sejam cometidos pelos indivíduos³⁷⁰. Já a prevenção especial visa a atingir aquele que já delinuiu, com o fim de que o mesmo não venha a reincidir na prática criminosa³⁷¹.

No âmbito do Direito Penal Econômico, os esforços do Poder Público e, por conseguinte, do sistema normativo devem ser centrados na atividade preventiva a fim de que sejam evitados os vultosos prejuízos materiais e imateriais gerados pelos delitos econômicos, que, em regra, são de difícil reparação e dispersos por um número indeterminado de vítimas. Aliás, este fator não só legitima a finalidade preventiva da pena no sistema penal contemporâneo, como, num juízo de ponderação, torna desarrazoada a alegação de que a prevenção por meio da sanção penal viola o mandamento de preservação da dignidade da pessoa humana³⁷².

Quanto à finalidade de reintegração social ou ressocialização do criminoso, costuma-se afirmar que, devido ao perfil usual do delincente econômico, o seu apenamento deve se dar apenas com o fim de punir e reparar o dano material causado, já que a ressocialização seria inócua e desnecessária, tendo em vista que os agentes deste campo integram as classes mais abastadas e estão perfeitamente integrados e estruturados na vida em sociedade.

que atenten contra estos bienes, y no basar su cometido en una hipotética necesidad ético-jurídica de no dejar sin respuesta, sin retribución, la infracción del orden jurídico.” MIR PUIG, Santiago. *Estado, pena y delito*. Buenos Aires: B de F, 2006, p. 142.

³⁷⁰ Sobre o tema, assim discorreu FIGUEIREDO DIAS: “(...) a criminalização é aqui legítima e pode afigurar-se necessária. Legítima, logo porque tais bens – como se torna particularmente visível numa lei fundamental como a CRP – encontram refracção legitimadora mais que bastante na ordem axiológica constitucional relativa aos direitos sociais, econômicos, culturais e ecológicos. Necessária, sem grande dúvida, de um ponto de vista de prevenção geral negativa, porque será razoável esperar que a punibilidade se revele susceptível de influenciar o cálculo vantagem/prejuízo – que pesem as teorias da escolha racional e as ‘técnicas de neutralização’, que nestes domínios intervirão com particular força – de modo a promover a obediência à norma. Mas também e sobretudo de um ponto de vista de prevenção geral positiva, de modo a reforçar a disposição de obediência à norma da parte do cidadão em geral fiel ao direito. Considerações estas que valem não só para a pessoa individual, mas também, e de modo muito particular, para a actuação dos entes colectivos.” FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Temas básicos da doutrina penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 177.

³⁷¹ MIR PUIG, Santiago. *Estado, pena y delito*. Buenos Aires: B de F, 2006, p. 42.

³⁷² COSTA, Helena Regina Lobo da. *A dignidade humana: teorias da prevenção geral positiva*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 71 e 163.

Desde meados da década de 90, ARAUJO JUNIOR³⁷³ já chamava atenção para o fato de que a preocupação científica não está mais centrada tão-somente na ressocialização forçada do criminoso, mas também em evitar a sua dessocialização. É exatamente este o ponto a ser observado no tocante às penas aplicáveis à criminalidade econômica. Como bem ressaltado por FIGUEIREDO DIAS³⁷⁴, o defeito de socialização apresentando pelo delinquente econômico não tem qualquer relação com sua estável e indiscutível inserção comunitária, seja do ponto de vista cultural, econômico ou familiar. A incompatibilidade do criminoso econômico para com o ordenamento jurídico revela-se a partir de sua espontânea e consciente atitude pessoal perante a orientação estatal em matéria sócio-econômica.

Outrossim, as condutas criminosas praticadas no contexto da vida dos negócios denotam por parte de seus autores um profundo desprezo por valores e interesses coletivamente importantes. Comumente, o delinquente econômico não é um marginalizado social que, devido à miserabilidade, precisa trilhar o caminho do crime para atender a necessidades primárias. Embora aparentemente não existam no Brasil estatísticas ou pesquisas empíricas a respeito, a experiência cotidiana nos juízos criminais permite afirmar que, ordinariamente, o criminoso econômico não é indivíduo cujo perfil demonstre a necessidade de assistência material do Estado para obtenção de condições mínimas de conviver em sociedade³⁷⁵. Aliás, esta circunstância pode ser inferida até pela estruturação e planejamento

³⁷³ ARAUJO JUNIOR, João Marcello de. *Os crimes contra o sistema financeiro no esboço de nova parte especial do código penal de 1994*. In Revista Brasileira de Ciências Criminais. Ano 3. Número 11. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, julho-setembro de 1995, p. 157.

³⁷⁴ Acerca da especificidade da motivação da ressocialização do delinquente econômico, esta é preleção de FIGUEIREDO DIAS, *verbis*: “*Também o crime econômico revela, em princípio, um defeito de socialização – que não tem quer ver com a Weltanschauung do delinquente, com a estabilização da sua inserção (cultural, econômica, familiar) na comunidade, mas concretamente com a sua atitude pessoal perante uma especial orientação estadual em matéria sócio-econômica.*” FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Breves considerações sobre o fundamento, o sentido e a aplicação das penas em direito penal econômico*. In Direito penal econômico e europeu: textos doutrinários. v. I. Coimbra: Coimbra editora, 1998, p. 382. No mesmo sentido, confira-se o dizer de Inês Moreira Santos: “*Os criminosos do colarinho branco, carecem, no nosso entender, de ressocialização, já que, ao praticarem este tipo de crime, violam normas instrínsecas ao bom funcionamento da sociedade e como tal, necessitam de adquirir ou readquirir a aprendizagem de determinadas condutas.*” SANTOS, Inês Moreira. *Crime de colarinho branco – práticas inconfessáveis*. In Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais – Visão Luso Brasileira. Coord. José de Faria & Silva e Marco Antonio Marques da Costa. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 1169.

³⁷⁵ Esta é a conclusão de GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *verbis*: “*La mayor severidad de las penas y la certeza, también mayor, de la efectiva imposición de las mismas producirá, según esto, un indiscutible impacto disuasorio en la comunidad, con el consiguiente descenso de la delincuencia. El riesgo comprobado de recibir una pena (que resulta de la probabilidad de ser capturado, condenado y ejecutado el castigo), disuade, sin duda, a una parte de la sociedad de la comisión de delitos por miedo al castigo. Dicho efecto contramotivador en las*

usualmente necessários à prática de crimes contra a ordem econômica. Via de regra, trata-se de agente que escolheu a prática delitiva como meio mais rápido e fácil para satisfazer ambições lucrativas, mesmo dispondo de opções lícitas, embora menos rentáveis.

Por tais motivos, afirma-se³⁷⁶, com razão, que os empresários temem particularmente a pena criminal e que, em relação a esse tipo de delinquentes, a intimidação da pena seria muito mais eficiente, porque afetaria a reputação, e, conseqüentemente, o crédito e a prosperidade dos negócios ilícitos. Aliás, em geral, são pessoas que pertencem às classes sociais mais poderosas, que gozam de excelente conceito e admiração no meio social e que, quase sempre, não consideram suas próprias condutas como criminosas, mas sim como simples medidas necessárias à subsistência e sucesso de seus negócios. Portanto, aproveitam-se das disfunções do sistema para obter resultados financeiros vultosos em detrimento da credibilidade e segurança da ordem econômica.

Por estas razões, a conduta típica do delinquente econômico traz em seu âmago um extraordinário desdém por valores caros à vida comunitária, fator este que deve ser considerado pelo legislador quando da fixação abstrata das sanções penais aplicáveis aos crimes econômicos. Numa sociedade que tanto teme os loucos furiosos e os criminosos de momento, chega a ser inusitado perceber que o verdadeiro perigo e o efetivo prejuízo social emanam de condutas de pessoas bem sucedidas e tidas como perfeitamente normais³⁷⁷.

penas privativas de libertad guarda una estrecha relación com la duración de aquéllas.” GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Criminología: Una introducción a sus fundamentos teóricos*. 6ª Ed. Valencia: Tirant lo blanch, 2007, p. 293. No mesmo sentido: REALE, Eduardo. *Legislação penal antitruste: direito penal econômico e sua acepção constitucional*. In *Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais – Visão Luso Brasileira*. Coord. José de Faria & Silva e Marco Antonio Marques da Costa. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 606/607. Em sentido parcialmente diverso, defendendo que o fim da pena nos crimes econômicos é meramente retribucionista, assim se manifestou ARAUJO JUNIOR, *verbis*: “*Para homens socialmente ajustados, que desprezam arrogantemente a ordem jurídica, o rigor da pena não deve se caracterizar pela quantidade de anos de privação de liberdade, mas sim, pela forma de sua execução. O criminoso econômico, por ser um indivíduo ajustado à sociedade em que vive, tanto assim que se aproveita das disfunções de seu sistema para delinquir, não necessita de especial tratamento ressocializador, por isso as penas longas não lhe são adequadas. Para ele a pena privativa de liberdade deverá ser de curta duração, porém inexorável.*” ARAUJO JUNIOR, João Marcello de. *Os crimes contra o sistema financeiro no esboço de nova parte especial do código penal de 1994...* Op. cit., p. 160.

³⁷⁶ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Direito penal econômico e direito penal dos negócios*. Revista Brasileira de Ciências Criminais n. 33. Rio de Janeiro: Forense, jan.-jun. de 1982, p. 124.

³⁷⁷ Neste sentido, é o dizer de GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *verbis*: “*La sociedad teme, y teme mucho, al enfermo mental (por cierto, más por la imprevisibilidad e incomprensibilidad del comportamiento y actitudes de todo individuo psicótico, que disminuye las posibilidades de una efectiva prevención, que por el peligro objetivo que éste representa). Sin embargo, el delincuente psicótico significa un porcentaje muy reducido em el total de la población criminal, muy inferior del que pudiera pensarse, pues la experiencia demuestra que la mayor parte*

Por outro lado, com base nos já mencionados dados característicos do perfil criminológico do delinquente econômico, crê-se que a conhecida postura crítica em relação à função preventiva da pena mereça, neste campo específico, uma reavaliação. Seguindo esta linha de pensamento, há que se admitir que a meta pedagógico-inibidora da sanção penal pode, de fato, ser frustrada no contexto da criminalidade de massas ou das ruas, onde imperam o imediatismo e a violência como circunstâncias que rondam a prática delitiva. Neste âmbito sim se faz aplicável o velho brocardo segundo o qual a necessidade não permite o respeito à lei (*necessitas caret lege*).

Tais fatores não se fazem comuns no âmbito da delinquência econômica, onde, pelo contrário, a racionalidade, a premeditação e a estruturação são marcas que legitimam e amparam a função preventiva da pena³⁷⁸, tanto no aspecto geral, quanto individual ou especial.

Não há como desprezar que a análise da relação custo-benefício de cada atitude empresarial engloba também a possibilidade de responsabilização penal pelas referidas opções comportamentais. Em sentido plenamente convergente com tais colocações, a maleabilidade do senso ético vigente no mundo dos negócios deu margem ao surgimento da expressão moral de fronteira, que vem a traduzir exatamente os insípidos limites extralegais observados no competitivo mundo dos negócios.

O cúmulo destas circunstâncias resulta na comum invocação defensiva do erro de proibição, com base na habitualidade e conseqüente aparência de legalidade de alguns comportamentos expressamente previstos como criminosos. Em suma, mais do que em qualquer outro ramo de atuação humana, no universo empresarial, as vantagens e desvantagens dos caminhos a serem tomados são itens friamente avaliados com atenção

de los infractores de la ley son sorprendentemente normales (...) GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Criminología: Una introducción a sus fundamentos teóricos*. 6ª Ed. Valencia: Tirant lo blanch, 2007, p. 412.

³⁷⁸ Sobre o tema, assim se pronuncia LINARES ESTRELLA, *verbis*: “*En cuanto a los factores personales de la delincuencia económica hay que tener en cuenta que la pertenencia del autor a un elevado status social provoca una estima social contraria al delincuente común, dando una imagen de honorabilidad e integridad, que cuidan mucho de crear y mantener, posibilitándoles la relación con grupos de poder. La inteligencia y astucia que se le atribuye a este tipo de delincuente se prueba en la facilidad que tienen para impedir ser descubiertos o perseguidos. Aunque están al corriente de sus actividades irregulares obran sin conciencia clara de la ilegalidad de sus actos, porque se creen portadores de cierta inmunidad frente a las leyes o porque consideran que el hecho ilícito se comete con cierta habitualidad en el grupo a que pertenecen y, además tienen una imagen estereotipada del ‘criminal’ que asocian a las classes bajas y con las que no encaja su propia imagen.*” LINARES ESTRELLA, Ángel. *Un problema de la parte general del derecho penal económico. El actuar em nombre de otro. Análisis del derecho penal español y cubano*. Granada, 2002, p. 80.

voltada para o alvo de máximo lucro possível, o que abrange, inclusive, as consequências de índole criminal. Tal circunstância há de ser efetivamente considerada quando da formulação de políticas criminais a respeito das sanções estabelecidas em face dos delitos econômicos.

Vale relembrar que vários são os efeitos imateriais da delinquência econômica, tais como: a perda de confiança no tráfico mercantil, a deformação do equilíbrio de mercado por meio da eliminação da concorrência e o efeito ressaca ou espiral pelo qual o primeiro delinquente pressiona os demais competidores a cometerem os mesmos delitos para poderem subsistir no mercado³⁷⁹. Não bastasse isto, soma-se a este custo social o evidente custo moral de que trata TIGRE MAIA³⁸⁰, ou seja, a constatação de que os maiores beneficiários dos crimes econômicos (ou seja, grandes empresas e poderosos empresários que ocupam lugar de destaque na sociedade e configuram exemplos de conduta) são aqueles mesmos que mais reclamam por medidas repressivas duras e severas contra a criminalidade em geral. O desatendimento a este ônus ético associado à frequente impunidade que beneficia os criminosos econômicos acaba por conduzir ao descrédito de todo o aparelho estatal punitivo.

Sendo assim, o ideal de igualdade formal e material precisa ser consertado no campo penal, uma vez que este objetivo somente é atendido integralmente quando a isonomia

³⁷⁹ Sobre o tema, assim se pronunciou SILVA SÁNCHEZ, *verbis*: “(...) o custo social da tolerância do delito é sempre superior à vantagem concreta individual que o sujeito obtém com o ato delinqüente. Cabe pensar, por exemplo, que esse custo é ampliado pelo efeito incitador que o fato exerce sobre terceiros.” SILVA-SÁNCHEZ, Jesus Maria. *Eficiência e direito penal*. Trad. Maurício Antonio Ribeiro Lopes. São Paulo: Manole, 2004, p. 38. No mesmo sentido: LINARES ESTRELLA, Ángel. *Un problema de la parte general del derecho penal económico...* op. cit., p. 72.

³⁸⁰ Confira-se o respectivo trecho, *verbis*: “Com toda certeza, o odioso privilégio dos poderosos do crime contribui para o incremento das cifras da criminalidade em geral e se manifesta, em sua face mais aguda, na constatação do tratamento desigual que o ordenamento jurídico dá aos delitos usualmente cometidos pelas classes populares (predominantemente delitos contra o patrimônio individual), para os quais, além das sanções exacerbadas, elaborou-se toda uma eficiente tecnologia de prevenção, investigação e repressão, em forte contraste com aqueles delitos característicos das classes dominantes (predominantemente delitos contra o patrimônio coletivo), ditos de ‘colarinho branco’. Para estes ilícitos, além de uma regulação jurídica muitas vezes defeituosa ou lacunosa – situação resultante da notória capacidade de interferência dos grupos de pressão de ‘colarinhos brancos’ no processo legislativo da edição de normas que possam atingir seus interesses (quando não é delegada a eles próprios a responsabilidade por sua elaboração) -, constata-se, também, que as forças da ordem desempenham uma função repressiva insuficiente, condescendente e, mesmo, conivente. Por isso mesmo, a eventual exclusão destes ilícitos do rol dos crimes cujo cometimento é suscetível de ocasionar a incidência da privação de liberdade é violadora do princípio da igualdade entre os súditos do Estado, contribuindo para a crescente deslegitimação do seu aparato jurídico, ao consagrar a intolerável injustiça de um direito penal vocacionado seletivamente ao controle e ao sancionamento das classes populares.” MAIA, Carlos Rodolfo Fonseca Tigre. *Tutela penal da ordem econômica: o crime de formação de cartel*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 131/132.

alcança os campos de criação e aplicação prática do Direito³⁸¹. Especificamente sobre o tema deste estudo, também no tocante ao apenamento, nota-se o claro déficit de igualdade entre a criminalidade tradicional (que atinge bens jurídicos individuais) e a criminalidade econômica³⁸².

Com efeito, a discussão sobre o adequado sancionamento dos crimes contra ordem econômica deve ser iniciada pela revisão da resistência em relação à função preventiva da pena. Neste aspecto, é preciso esclarecer que a clássica rejeição doutrinária à teoria da prevenção geral negativa foi construída e vem sendo nutrida ao longo dos anos com base em dados empíricos colhidos no seio da criminalidade tradicional e não com fundamento na criminalidade moderna, em especial no tocante aos índices de reincidência delitiva.

Cabe dizer que o fim preventivo embutido na sanção penal, isto é, a intimidação provocadora da abstenção da prática criminosa pressupõe a incidência concomitante de dois fatores básicos, quais sejam: o conhecimento da norma proibitiva pelos respectivos destinatários e a possibilidade de influência normativa sobre a motivação do comportamento destes. Destarte, a função da pena inerente à prevenção encontra campo de fecunda aplicabilidade na atuação do *homo economicus*³⁸³.

Em outras palavras, a potencialidade da pena como mecanismo de prevenção negativa é muito mais eficaz quando direcionada a indivíduos que tenham por característica

³⁸¹ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 393.

³⁸² Neste sentido, cabe citar a conclusão de FIGUEIREDO DIAS e ANDRADE, *verbis*: “*Outro dado da criminologia da selecção no tribunal é a comprovada relutância de os juizes condenarem a prisão efectiva as elites e as classes médias da vida económica, da administração ou das profissões liberais. Da mesma atitude beneficiam, de resto, os filhos destes grupos sociais. As coisas são particularmente ostensivas em relação aos delinquentes de white-collar, designadamente aos autores de crimes contra a economia. O reduzido número de processos que lhes são instaurados, se não terminam com absolvição, dão lugar a condenações muitas vezes puramente simbólicas, sem o estigma e os cursos da prisão.*” FIGUEIREDO DIAS, Jorge de e ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia: o homem delinquent e a sociedade crimógena*. 2ª reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 1997, p. 536.

³⁸³ Neste sentido, é a lição de SCHÜNEMANN, *verbis*: “*a substituição das penas curtas privativas de liberdade por penas pecuniárias, que é habitual desde a Reforma Penal, conduziria aqui, frente a um círculo de autores que dispõem de volumosas reservas e, em caso de necessidade, podem ser respaldados pela caixa da empresa, a um decisivo debilitamento do efeito preventivo (...). Pode ser que nos delitos cometidos espontaneamente, como ensina a investigação criminológica, não se consiga grande coisa com o agravamento da pena, mas existem razões de peso, e, em minha opinião, as melhores razões, para viger algo distinto no setor da criminalidade económica, planejado segundo cálculos de custo/benefício e, por este, racionalmente calculado, de modo que só o risco de ser descoberto não pode ser descurado pelo autor.*” SCHÜNEMANN, Bernd. *¿Ofrece la reforma Del derecho penal económico alemán un modelo o un escarnimento?* In *Temas Actuales y Permanentes de Derecho Penal Después del Milenio*, p. 199 apud Maia, p. 129.

peculiar o apreço pela racionalidade³⁸⁴ e premeditação de suas atitudes. No setor econômico-empresarial, a prática criminosa revela-se, mais do que em qualquer outra ramo da atuação humana, como uma opção racional, um caminho que se apresenta mais vantajoso do ponto de vista financeiro, de modo que o infrator avalia e pondera antecipadamente, segundo suas fontes de informação, as vantagens e desvantagens de suas atitudes e decisões.

Para que o Direito Penal seja efetivo na pretensão de obter observância social, suas normas devem ser configuradas de acordo com as peculiares dos grupos de indivíduos aos quais são dirigidos. Quanto ao Direito Penal Econômico, há que se partir da premissa de que os sujeitos destinatários destas normas vão realizar um cálculo de eficiência, isto é, uma apreciação da relação custo-benefício sobre seu comportamento. Tal apreciação conduz ao reforço do direito preventivo ou, mais concretamente, preventivo-geral, enfim, embasado de modo central na dissuasão (*deterrence*)³⁸⁵.

O movimento intitulado *Law and Economics* sustenta a análise econômica do Direito e teria surgido no âmbito do Direito Privado nos países anglo-americanos³⁸⁶. Esta teoria tem especial repercussão no Direito Penal Econômico, eis que aqueles que cometem crimes contra a ordem econômica o fazem de forma racional, isto é, obedecendo a considerações de eficiência mediante cálculo dos custos e as vantagens que cada ação lhes proporciona. Em outras palavras, vislumbra-se uma nova imagem do delinquente que se vale de um esquema que mistura excessiva liberdade, egoísmo e inteligência, afastando-se, portanto, do paradigma da criminalidade passional. Nestas condições, o indivíduo cometerá o fato delitivo valendo-se de uma escolha (*rational choice*), ou seja, só o fará se, e somente se, a

³⁸⁴ Referindo-se à racionalidade que dirige o planejamento e a prática dos crimes econômicos, assim se pronunciou FELDENS, *verbis*: “(...) *Em situações que tais, o agente possui todas as condições de se determinar conforme o Direito, detendo real – e não apenas potencial – consciência da ilicitude que pratica. Em outras e até simplórias palavras – as quais, entretanto, encontram diuturna ressonância social: o autor do crime do colarinho branco ‘não necessita’ praticá-lo; entretanto, ele o faz com pleno domínio de sua dimensão.*” FELDENS, Luciano. *Tutela penal de interesses difusos e crimes do colarinho branco: por uma relegitimação da atuação do Ministério Público: uma investigação à luz dos valores constitucionais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 234.

³⁸⁵ Neste sentido é o entendimento de SILVA SÁNCHEZ: “*El Derecho penal, para ser eficaz en su pretensión de lograr eficiencia social, debe, em definitiva, configurar sus normas partiendo de que los sujetos destinatários de éstas van a realizar un cálculo de eficiencia. Tal apreciación conduce a un Derecho preventivo, más concretamente, preventivo-general, y, en fin, basado de modo central en la disuasión: prevención general negativa o intimidatoria (deterrence)... Em consecuencia, debe cargar con costes adicionales la comisión del delito, a fin de que los costes de este superen los beneficios que el agente espera obtener de él y, em última instancia, no compense la comisión del delito (crime does not pay).*” SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Política criminal y persona*. Buenos Aires: AD-HOC S.R.L., 2000, p. 55.

³⁸⁶ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *Política criminal y persona... op. cit.*, p. 33.

sanção esperada for inferior às vantagens privadas esperadas com a realização do ato³⁸⁷, o que reforça a importância da prevenção geral negativa no seio da criminalidade econômica.

Assim, se a chance de ser apenado de forma eficaz forem menores do que os custos de obedecer à legislação, os empresários entendem isso apenas como uma decisão de negócios a ser tomada do modo mais lucrativo possível. Conforme asseverou BAKAN³⁸⁸, no universo empresarial, cumprir a lei é uma questão custos e benefícios, como todo o resto.

Por incrível que pareça, excetuando-se vozes isoladas, esta flagrante realidade não tem provocado na doutrina penal o aprofundamento científico proporcional à importância do tema. Ao revés, o debate tem sido focado na desnecessidade da intervenção penal na seara econômica. A razão parece estar com SILVA SÁNCHEZ³⁸⁹ ao defender não só a adequação da tutela penal da ordem econômica, como também o reavivamento da função de prevenção geral da pena neste campo.

4.3.1. O conteúdo das sanções no âmbito do Direito Penal Econômico.

Quanto ao conteúdo das sanções aplicáveis, o Direito Penal Econômico efetivamente demanda a fixação de uma realidade própria. Há que se estabelecer a aplicação da pena de multa e de prestação pecuniária como regras gerais³⁹⁰ a serem coadjuvadas por penas restritivas de direitos (v.g.: interdição de atividades e profissões) e, nos casos mais graves, por penas privativas de liberdade.

4.3.1.1. A pena de multa.

³⁸⁷ Combatendo os críticos que negam importância à eficácia preventiva da sanção penal, assim se manifestou SILVA SÁNCHEZ, *verbis*: “(...) é certo que a disposição para o cumprimento das normas não opera quando a infração destas normas se faz especialmente atrativa; e que essa disposição diminui quando se percebe que aquele que as infringe não é sancionado.” SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Eficiência e direito penal*. Trad. Maurício Antonio Ribeiro Lopes. São Paulo: Manole, 2004, p. 26 e 35.

³⁸⁸ BAKAN, Joel. *A corporação: a busca patológica por lucro e poder*. Trad. Camila Werner. São Paulo: Novo Conceito Editora, 2008, p. 95.

³⁸⁹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Política criminal y persona...* *op. cit.*, p. 61.

³⁹⁰ Ressaltando a maior adequação da sanção pecuniária (multa e confisco) para os delitos econômicos: BAJO, Miguel e BACIGALUPO, Silvina. *Derecho Penal Económico*. Madrid: Editorial Centro Estudios Ramón Areces, 2001, p. 55

No caso da pena de multa, o sistema de cálculo em dias-multa previsto no artigo 49 e parágrafo primeiro do vigente Código Penal³⁹¹ não apresenta sinais aparentes de inadequação ou insuficiência para o combate à criminalidade econômica. Porém, deve ser substancialmente elevado o teto para fixação da quantidade de dias-multa e seu respectivo valor unitário de modo a possibilitar ao magistrado a adequação da sanção às consequências concretas da conduta criminoso. A mesma advertência em relação à necessidade de elevação do valor máximo legalmente previsto aplica-se à pena de prestação pecuniária, disciplinada atualmente nos parágrafos 1º e 2º do artigo 45 do Código Penal³⁹².

No contexto atual, as penas pecuniárias *lato sensu* (multa e prestação pecuniária) não atendem às exigências de repressão e prevenção da criminalidade econômica, sendo certo que, dificilmente, poderão desestimular delinquentes economicamente dotados. De fato, em permanecendo os moldes vigentes, o produto do crime econômico (lucro patrimonial) supera o peso da sanção penal e a racionalidade do mundo dos negócios permite a fácil integração do risco penal-pecuniário na contabilidade dos custos da atividade empresarial, mantendo-se, portando, a atratividade da prática delitiva. Aliás, a presente realidade dá margem à reflexão dos agentes criminosos sobre possíveis formas de compensação da perda gerada pela aplicação das sanções penais pecuniárias, inclusive, mediante o imperceptível e disperso repasse de tal obrigação financeira à massa de consumidores e demais operadores econômicos³⁹³.

³⁹¹ “Art. 49. A pena de multa consiste no pagamento ao fundo penitenciário da quantia fixada na sentença e calculada em dias-multa. Será, no mínimo, de 10 (dez) e, no máximo, de 360 (trezentos e sessenta) dias-multa. Parágrafo 1º. O valor do dia-multa será fixado pelo juiz não podendo ser inferior a 1/30 do maior salário mínimo mensal vigente ao tempo do fato, nem superior a 5 (cinco) vezes esse salário.”

³⁹² “Art. 45..

Parágrafo 1º. A prestação pecuniária consiste no pagamento em dinheiro à vítima, a seus dependentes ou a entidade pública ou privada com destinação social, de importância fixada pelo juiz, não inferior a 1 (um) salário mínimo nem superior a 360 (trezentos e sessenta) salários mínimos. O valor pago será deduzido do montante eventual condenação em ação de reparação civil, se coincidentes os beneficiários.

Parágrafo 2º. No caso do parágrafo anterior, se houver aceitação do beneficiário, a prestação pecuniária pode consistir em prestação de outra natureza.”

³⁹³ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Breves considerações sobre o fundamento, o sentido e a aplicação das penas em direito penal econômico*. In *Direito penal econômico e europeu: textos doutrinários*. v. I. Coimbra: Coimbra editora, 1998, p. 384.

Segundo BAKAN³⁹⁴, na visão prática dos negócios, a multa é um custo adicional de fazer negócios de modo que uma atividade proibida não é inibida pela ameaça penal enquanto os lucros previstos para essa atividade superarem o valor da sanção multiplicado pela probabilidade de ser detido e condenado. Tais circunstâncias conduzem à plausibilidade da afirmação de que, no específico caso da criminalidade econômica, a pena privativa de liberdade não é, no sentido zaffaroniano, uma mera pena perdida, isto é, carente de racionalidade³⁹⁵, tema este que será desenvolvido no capítulo seguinte.

4.3.1.2. A pena privativa de liberdade.

“Os assaltantes que, à espreita nas esquinas, atacam a manotaços, são a versão artesanal dos golpes dados pelos grandes especuladores, que lesam multidões pelo computador. Os violadores que mais ferozmente violam a natureza e os direitos humanos jamais são presos. Eles têm as chaves das prisões.”³⁹⁶

³⁹⁴ Sobre assunto, assim discorre BAKAN: *“Considerando o valor médio das multas, a detenção é improvável na maioria dos casos. O argumento é ainda mais óbvio quando se trata da prevenção da reincidência. A corporação, uma vez condenada e multada, simplesmente terá aprendido como apagar seus rastros melhor.”* BAKAN, Joel. *A corporação: a busca patológica por lucro e poder*. Trad. Camila Werner. São Paulo: Novo Conceito Editora, 2008, p. 96.

³⁹⁵ ZAFFARONI relata que empregou a expressão “penas perdidas” no título de uma de suas obras mais conhecidas com o fim de referir-se à progressiva “perda das penas”, isto é, a transformação das sanções penais numa espécie de inflição de dor sem sentido. O mencionado autor afirma também que parafraseou o título do famoso livro de Louk Hulsman e Jacqueline Bernat de Celis, “Peines Perdues, Le système pénal em question”, editado em 1982, em Paris. ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. Trad. Vânia Romano Pedrosa e Amir Lope da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 12.

³⁹⁶ GALEANO, Eduardo. *De pernas pro ar: a escola do mundo ao avesso*. Trad. Sergio Faraco. 7ª edição. Porto Alegre: L&PM Editores, 1999, p. 07.

Quanto à pena privativa de liberdade, são dois os sistemas punitivos mundialmente propostos para o combate à criminalidade econômica³⁹⁷. O primeiro seria empregado na Alemanha e teria por base a aplicação da pena privativa de liberdade em conjunto com a multa, sendo que, nos casos mais graves, a primeira é cumprida em regime integralmente fechado. Já o segundo sistema teria aplicação nos Estados Unidos e no Japão, sendo conhecido como o sistema dos três esses ou do “*short-sharp-shock*”. Este modelo consistiria na aplicação de pena privativa de liberdade de curta duração, invariavelmente executada em regime fechado, sem direito à substituição por pena restritiva de direitos, sursis ou qualquer outro benefício que possibilite o livramento antes do prazo fixado em sentença.

O sistema dos três esses é o mais apto ao cumprimento do ideal de repressão e prevenção da criminalidade econômica, sendo este atingido com razoável eficácia mediante aplicação da pena privativa de liberdade³⁹⁸. De fato, a pena de prisão é adequada para punir os delitos econômicos considerados mais graves nos moldes propostos pelo sistema *short-sharp-shock*, ou seja, efetiva privação da liberdade, durante período não muito extenso a ser observado de forma integral. A conjugação deste sistema com a imposição da obrigação de

³⁹⁷ ARAUJO JUNIOR, João Marcello de. *Dos crimes contra a ordem econômica*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 59.

³⁹⁸ Neste sentido: BITENCOURT, Cezar Roberto. *Princípios garantistas e a delinqüência do colarinho branco*. In Revista Brasileira de Ciências Criminais. Ano 3. Número 11. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, julho-setembro de 1995, p. 126. Em convergência com as ideias aqui defendidas sobre o tema, esta é a feliz síntese de TIGRE MAIA: “*Exatamente na angulação de prevenção geral, quer positiva, quer negativa, é que aparece o primeiro indicativo da necessidade da aplicação de penas privativas de liberdade, ainda mesmo que sejam de curta duração, nas violações perpetradas contra a ordem econômica. Sua perpetração revela uma particular periculosidade dos agentes, na medida em que tais delitos exigem um grau de sofisticação, planejamento e organização superiores aos dos crimes comuns, envolvendo complexas teias factuais e documentais que tornam mais difíceis sua descoberta e sua investigação. Na ótica da prevenção geral positiva, com sua punição será reafirmada para o conjunto dos cidadãos a importância de se manterem respeitadores dos bens jurídicos protegidos pela lei. Esta mensagem, neste caso, será particularmente estimulante se considerarmos o extrato social de que se originam os indivíduos que perpetraram esta modalidade de crimes, sobretudo porque em termos de prestígio social, e, por outro lado, dispõem de meios para racionalmente escolherem não cometê-los. E, se apenados, não sofrerão os efeitos secundários e deletérios da privação de liberdade na ótica de sua socialização. Em outra vertente, nestes crimes a motivação dos agentes é invariavelmente a obtenção de grandes vantagens materiais; e, desta maneira, torna-se imperativo reverter a relação custo/benefício presente nestes casos, de modo a descaracterizar a visão sedimentada no imaginário social de que, em geral, é sempre vantajoso cometê-los, já que as sanções patrimoniais aplicadas administrativamente ou, mesmo, penalmente são sempre inferiores aos enormes lucros obtidos.*” MAIA, Carlos Rodolfo Fonseca Tigre. *Tutela penal da ordem econômica: o crime de formação de cartel*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 128/129.

reparação dos danos constitui, atualmente, a base do redirecionamento da resposta estatal frente à delinquência econômica³⁹⁹.

Especificamente em relação à realidade brasileira, parece razoável pretender utilizar, de forma conjugada, os critérios da vigente Lei dos Juizados Especiais (Lei n. 9.099/95⁴⁰⁰) e do artigo 44 do Código Penal para rechaçar sanções de duração extremamente exígua, como são as aplicadas às chamadas infrações penais de menor potencial ofensivo, bem como para evitar o excesso repressivo que deturparia a intenção de apenamento breve e intenso. Deste modo, permitir-se-ia a fixação de penas privativas de liberdade entre 2 (dois) e 4 (quatro) anos de duração para os crimes contra a ordem econômica considerados mais graves. A dificuldade de fixação do conceito de crime econômico grave permite concluir que não seria plausível a proposição doutrinária de um rol taxativo de matérias ou interesses cuja violação impusesse a privação da liberdade como inarredável consequência penal. Trata-se de escolha que deve ficar a cargo do legislador democraticamente eleito, podendo, no entanto, ser fixada como pauta a demonstração empírica de episódios geradores de prejuízo patrimonial (material ou imaterial) a um grande e indeterminado número de vítimas.

No entanto, um aspecto parece fora de dúvida e é defendido por ARAUJO JUNIOR⁴⁰¹: uma vez fixada a privação da liberdade como sanção para crimes econômicos, esta deve ser inexorável, isto é, não deve ser legalmente possível a incidência de quaisquer mecanismos que afastem seu efetivo e integral cumprimento. Mais do que a dureza das penas, a certeza de sua aplicação e cumprimento por parte do potencial infrator cumpre a contento a meta de resguardar os bens jurídicos tutelados pelas normas penais.

³⁹⁹ GOMES, Luiz Flávio. *Sobre a impunidade da macro-delinquência econômica desde a perspectiva criminológica da teoria da aprendizagem*. In Revista Brasileira de Ciências Criminais. Ano 3. Número 11. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, julho-setembro de 1995, p. 172. No mesmo sentido, defendendo a adequação do sistema dos “três esses” ao ordenamento pátrio, ARAUJO JUNIOR assevera que este modelo de sistema repressivo vigora nos EUA, Japão e em diversos países da Europa. ARAUJO JUNIOR, João Marcello de. *Os crimes contra o sistema financeiro no esboço de nova parte especial do código penal de 1994*. In Revista Brasileira de Ciências Criminais. Ano 3. Número 11. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, julho-setembro de 1995, p. 160.

⁴⁰⁰ O artigo 61 do referido diploma legal tem a seguinte redação: “ *Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa. (Redação dada pela Lei nº 11.313, de 2006).*”

⁴⁰¹ ARAUJO JUNIOR, João Marcello de. *Os crimes contra o sistema financeiro no esboço de nova parte especial do código penal de 1994...* op. cit., p. 160/161.

Na linha deste raciocínio, há que se rechaçar, por exemplo, o cabimento da substituição da pena privativa de liberdade por multa ou por pena restritiva de direitos e a admissão da suspensão condicional do processo, bem como a suspensão ou extinção da punibilidade, respectivamente, pelo parcelamento ou pagamento do dano material⁴⁰². Ao revés, a execução deve se dar sob regime fechado, sem direito à remissão e livramento condicional, salvo após cumpridos, pelo menos, dois terços da pena. Paralelamente, deve ser admitida a cominação conjunta de penas pecuniárias e de interdição de direitos (v.g.: a interdição de uso do chequ e do direito de participar de licitações e de receber subsídios governamentais).

Saliente-se que a privação de liberdade não enfrentará, no campo do Direito Penal Econômico, alguns dos obstáculos e inconvenientes que lhe são comumente opostos. Por exemplo, não tem aplicação em relação à delinquência econômica a já conhecida alegação de que a inserção no sistema carcerário provocaria flagrante estigmatização do apenado e, por conseguinte, sua iniciação em incessante carreira delitiva. É evidente que, por seu já comentado perfil, o delinquente econômico é portador de maior resistência ao estigma e à manipulação de sua identidade⁴⁰³. Valendo-se da terminologia da mais recente da

⁴⁰² Por exemplo, no Brasil, a permissão legal de extinção e suspensão da punibilidade dos delitos contra a ordem tributária, respectivamente, pelo pagamento e parcelamento do débito a qualquer tempo vulnera, dentre outros valores constitucionais, o princípio da igualdade, desmotivando os contribuintes que cumprem suas obrigações. Além disso, há o evidente esmorecimento do caráter coativo das sanções penais a respeito. Acertadamente, o ordenamento jurídico-penal alemão, que supostamente serviu de inspiração à adoção do pagamento como causa de extinção da punibilidade nos delitos tributários (art. 34 da Lei 9.249/95), consagra o instituto em outros moldes. Lá, a hipótese recebe a denominação de *Abgabenordnung* ou “autodenúncia liberadora da pena”, sendo proscrita a incidência do benefício se já iniciado o procedimento administrativo ou penal. A eventual reparação posterior do dano ao erário serve apenas como atenuante na dosagem da pena. Portanto, a vigente realidade que temos no Brasil constitui cópia infeliz da legislação alemã, que joga por terra a finalidade de prevenção geral e especial da pena. Sobre o tema, confira-se: RÍOS, Rodrigo Sánchez. *Das causas de extinção da punibilidade nos delitos econômicos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 142/144. No mesmo sentido: BEDÊ JÚNIOR, Américo e SENNA, Gustavo. *Princípios do processo penal: entre o garantismo e a efetividade da sanção*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 301/302.

⁴⁰³ Mesmo sem defender expressamente o sistema “*sharp-short-shock*”, assim discorre FIGUEIREDO DIAS: “(...) a prisão não terá, relativamente ao delinqüente econômico, o mesmo efeito criminógeno que possui relativamente ao delinqüente comum: quer porque as técnicas de aprendizagem não podem ser transmitidas ou desenvolvidas na prisão; quer porque não haverá em princípio que reecar os efeitos negativos irreversíveis da experiência prisional, que em geral advêm da estigmatização, da distância social, da escassez de oportunidades legítimas, da aquisição de um identidade e de um self-image delinqüente.” FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Breves considerações sobre o fundamento, o sentido e a aplicação das penas em direito penal econômico*. In *Direito penal econômico e europeu: textos doutrinários*. v. I. Coimbra: Coimbra editora, 1998, p. 383.

criminologia interacionista, é de se dizer que o delinquente econômico é dotado de maior potencial de *delabeling*⁴⁰⁴.

Assim, visando a conferir à delinquência econômica tratamento proporcional ao custo social por ela causado, considerando também as características tradicionais dos agentes deste campo e a possibilidade de eficácia sobre seu comportamento futuro, defendo que, para os crimes econômicos considerados mais lesivos ao interesse público, deve haver previsão de pena privativa de liberdade (curta, porém certa e eficaz)⁴⁰⁵, sendo este o melhor meio de fazer com que os criminosos (efetivos e em potencial) deste ramo reorganizem seus princípios valorativos de vida em sociedade⁴⁰⁶.

4.3.1.3. A publicação da sentença como efeito da condenação.

A publicação da sentença condenatória em meios de comunicação de massa às custas do apenado é medida que, a princípio, pode ser tida como violadora da dignidade do condenado. Contudo, esta afirmação é mais uma das inúmeras verdades parciais criadas e nutridas no âmbito da criminalidade violadora de bens jurídicos individuais, mas que, no campo penal-econômico, mostra-se injustificável⁴⁰⁷. Na França, por exemplo, no âmbito do

⁴⁰⁴ COSTA, José de Faria e ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre a concepção e os princípios do direito penal econômico: notas a propósito do colóquio preparatório da AIDP (Freiburg, setembro de 1982)*. In Temas de Direito Penal Econômico. Org. Roberto Podval. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 116.

⁴⁰⁵ No mesmo sentido, defendendo a aplicabilidade de penas restritivas de liberdade como resposta à delinquência econômica, confira-se a lição de BITENCOURT, *verbis*: “Para a proteção da chamada ‘ordem econômica estrita’ - assim entendida aquela dirigida ou fiscalizada diretamente pelo Estado - foram criados os crimes fiscais, crimes monetários, crimes de contrabando, crimes de concorrência desleal, os chamados crimes falimentares. Mais recentemente, surgiram novas figuras delitivas como, por exemplo, grandes estelionatos, falsidades ideológicas, crimes contra as relações de consumo, monopólios irregulares, os escândalos financeiros e mesmo as grandes falências, com prejuízos incalculáveis. É inegável que para a prevenção e repressão de infrações dessa natureza se justifica a utilização de graves sanções, inclusive privativas de liberdade.” Cf. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Princípios Garantistas e a Delinquência do Colarinho Branco*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 3, v. 11. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 126. No mesmo sentido: MUÑOZ CONDE, Francisco. *Principios políticocriminales que inspiran el tratamiento de los delitos contra el orden socioeconómico em el proyecto de código penal español de 1995*. In Revista Brasileira de Ciências Criminais. Ano 3. Número 11. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, julho-setembro de 1995, p. 13.

⁴⁰⁶ FISCHER, Douglas. *Delinquência econômica e estado social e democrático de direito: uma teoria à luz da constituição*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006, p. 147.

⁴⁰⁷ CORREIA, Eduardo. *Introdução ao Direito Penal Econômico*. In Direito penal econômico e europeu: textos doutrinários. v. I. Coimbra: Coimbra editora, 1998, p. 305.

que lá se chama *droit penal des affaires* (em tradução livre, Direito Penal dos negócios), a publicação da decisão condenatória é aplicável⁴⁰⁸.

Trata-se, portanto, de providência que deveria ser legalmente prevista⁴⁰⁹ como efeito secundário da pena a ser imposta pelo magistrado, fundamentadamente, de acordo com as circunstâncias de cada caso concreto. A medida seria útil e adequada aos fins preventivos e repressivos nos casos em que, por exemplo, um crime contra o sistema financeiro prejudique um número substancial de investidores captados por meio de determinado modo fraudulento de agir. Poder-se-ia cogitar também a publicação da sentença condenatória em casos de atos criminosos praticados com o nítido fim de prejudicar concorrentes frente aos consumidores. Nestes casos, a publicidade da decisão condenatória funcionaria, a um só tempo, como obstáculo⁴¹⁰ a novos comportamentos criminosos, além de eventualmente ter certo fim reparador dos danos causados a terceiros (ex. crimes contra a propriedade industrial).

Enfim, uma série de outros exemplos peculiares poderiam ser elencados, o que somente corrobora a necessidade de fundamentação da medida em cada caso concreto. É de se lembrar que, ainda assim, com base no princípio do estado de inocência, a publicação somente seria cabível após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

CONCLUSÃO

⁴⁰⁸ BONFILS, Philippe. *Droit pénal des affaires: cours et travaux dirigés*. Paris: Montchrestien Lextenso éditions, 2009, p. 46.

⁴⁰⁹ É bem verdade que a redação original do vigente Código Penal (Decreto-Lei n. 2848/40) previa, no artigo 73 para casos em que houve interesse público, a publicação da sentença penal condenatória em que houvesse interdição de direitos do apenado.

⁴¹⁰ A ingenuidade e a falta de conhecimento popular acerca dos meandros da criminalidade econômica têm funcionado como elementos facilitadores de sua expansão. É neste sentido, aliás, a conclusão dos estudos criminológicos mais recentes, conforme se verifica na passagem a seguir transcrita: “*Prevenir é mais que dissuadir, mais que criar obstáculos ao cometimento de delitos, intimidando o infrator potencial ou indeciso. Prevenir significa intervir na etiologia do problema criminal, neutralizando suas causas. Contramotivando o delinqüente só com a ameaça da pena ou com um sistema legal em excelente estado de funcionamento, permanecem intactas as suas ‘causas’; não se atacam as raízes do problema senão seus sintomas ou manifestações. E isso não basta.*” GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio e GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia*. 5ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 364.

“Mi conclusión fundamental es que el Derecho Penal Económico es, sin duda, una parte importante del moderno Derecho Penal y quizás una de las que tenga más futuro(...)”⁴¹¹

Neste momento conclusivo, faz-se presente na lembrança uma das mais belas passagens da obra do poeta uruguaio, Eduardo GALEANO⁴¹², segundo a qual: “(...) *a verdade está na viagem, não no porto (...) embora estejamos malfeitos e ainda não terminados, é a aventura de mudar e de mudarmos que faz com que valha a pena esta piscadela que somos na história do universo, este fugaz calorzinho entre dois gelos.*” Encampando também as precisas palavras de MUÑOZ CONDE acima transcritas, finaliza-se o presente trabalho sem guardar a ingênua pretensão de ter esgotado os múltiplos e complexos temas ligados ao Direito Penal Económico, mas com a singela meta de ao menos fomentar o debate.

Aliás, nos limites deste estudo, foi abordada apenas uma pequena parcela das infindáveis questões que tocam o cotidiano da construção e aplicação do ordenamento penal-económico. Certamente, novos e surpreendentes capítulos do desenvolvimento prático e teórico desta promissora disciplina integrante da ciência penal ainda estão por vir. Contudo, com base nos fundamentos expostos, apresentam-se a seguir as conclusões e propostas extraídas:

1- O Direito Penal tem relação estreita com a temática dos direitos fundamentais constitucionalmente consagrados. As categorias de direitos fundamentais, denominadas de gerações ou dimensões, surgiram sucessivamente, porém, convivem contemporaneamente sem relação de prevalência ou hierarquia, mas sim de complementariedade;

2- O Estado Democrático de Direito tem por dever resguardar e promover todos os direitos fundamentais, inclusive os titulados coletivamente e que estejam vinculados à ordem constitucional económica;

⁴¹¹ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Principios politicocriminales que Inspiran el Tratamiento de los Delitos Contra el Orden Socioeconómico em el Proyecto de Código Penal Español de 1994*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. N. 11. Ano 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, julho-setembro de 1995, p. 20.

⁴¹² GALEANO, Eduardo. *De pernas pro ar: a escola do mundo ao avesso*. Trad. Sergio Faraco. 7ª edição. Porto Alegre: L&PM Editores, 1999, p. 336/337.

3- A ordem econômica consiste no conjunto de metas estatais constitucionalmente estabelecidas e legalmente detalhadas em relação à economia. O Direito Econômico é o conjunto de normas jurídicas que regula a intervenção do Estado na economia;

4- Ao longo do século XX, por determinadas razões históricas, sucederam-se modelos de atuação do Estado na economia, sendo que o padrão atualmente vigente no Brasil, segundo a Constituição de 1988, determina que o Poder Público guarde posição intermediária, de forma a que se mantenha a regra da liberdade econômica dos agentes privados a ser mesclada com o gerenciamento e fiscalização do Estado na persecução dos objetivos econômico-sociais previstos na Carta Magna;

5- O bem jurídico é o interesse a ser protegido pela norma incriminadora. A teorização sobre a noção de bem jurídico foi construída com base no ideário liberal-iluminista de modo a não somente restringir a atuação punitiva do Estado à proteção de interesses individuais. Modernamente, a noção de bem jurídico tem sido empregada também com o viés de impor ao Estado a criminalização de comportamentos violadores de determinados valores socialmente titulados;

6- O mecanismo da filtragem constitucional consiste na imposição de releitura das normas jurídicas que compõem os diversos ramos do Direito à luz do estatuto constitucional. Trata-se de fenômeno com ampla profusão em outros setores da ciência jurídica, mas que, no âmbito penal, ainda carece de maior desenvolvimento;

7- A partir da reinterpretação do sistema penal sob o prisma da Carta Magna, pretende-se a formação de um autêntico Direito Penal Constitucional, ou seja, coerente com as premissas estabelecidas democraticamente pelo legislador constituinte. Neste contexto, a liberdade do legislador infraconstitucional penal é legitimamente restringida não só quanto à restrição ao poder punitivo do Estado em prol da liberdade individual, mas também no sentido de impor, em determinados casos, a proteção por norma penal ao legislador e ao Poder Público como um

todo, o que, no âmbito do Direito Penal Econômico, tem especial ênfase a partir do disposto no art. 173, parágrafos 4º e 5º da Constituição de 1988;

8- O Direito Penal Econômico é composto pelo conjunto de normas jurídicas que protege a ordem sócio-econômica mediante previsão de delitos e sanções penais. Por sua vez, os delitos econômicos são condutas penalmente típicas que tem o fim de prover, preventiva e repressivamente, a segurança e a regularidade da política econômica do Estado;

9- As críticas ao Direito Penal Econômico e ao estabelecimento da proteção penal a interesses difusos são baseadas em perspectiva sócio-jurídica não mais existente. Neste contexto, mostra-se defasada, temporal e tecnicamente, a invocação da teoria do garantismo penal como argumento de oposição ao Direito Penal Econômico, haja vista a necessária modernização desta tese mediante sua adaptação à tutela penal de direitos fundamentais supraindividuais, aspectos estes imprescindíveis a própria validade da tese sob a ótica constitucional;

10- A criminalidade econômica é a expressão moderna da delinquência do colarinho branco, tendo como aspectos característicos apartados da criminalidade tradicional: o peculiar perfil criminológico de seus agentes, o *modus operandi* diferenciado e a vitimização difusa;

11- Quanto à localização normativo-topográfica do tema, propõe-se a elaboração de lei específica que venha a agrupar as normas que versam sobre o Direito Penal Econômico, tornando mais clara a discussão em torno das inúmeras, complexas e peculiares questões envolvidas no bojo da delinquência econômica, além de se evitar mais um enxerto no já anacrônico e assistemático Código Penal em vigor (Decreto-Lei n. 2.848, de 07.12.1940). Neste aspecto, a previsão da aplicação subsidiária do Código Penal, no que fosse cabível, afastaria eventuais objeções quanto a possíveis omissões do legislador;

12- Ponderando a relevância dos interesses tutelados e as graves e irreversíveis consequências para os valores penalmente resguardados, o emprego excepcional da previsão de crimes de perigo abstrato constitui artifício constitucionalmente legítimo de combate à criminalidade econômica, devendo seu emprego ser reservado aos casos em que dados da experiência

comum apontem que os danos concretos, se efetivamente chegarem a se configurar, serão de difícil ou impossível determinação e reparação. Também deverá o legislador zelar pela devida observância do princípio da taxatividade, dando atenção à clareza da definição da conduta incriminada. Tendo em vista que os crimes de perigo abstrato importam no estabelecimento legal de presunção de perigo, é de se considerar que esta é relativa ou *juris tantum*, de tal forma que a responsabilização penal possa ser elidida se comprovada, diante das circunstâncias do caso concreto e com ônus para o interessado, a inexistência de risco efetivo para o bem jurídico;

13- Quanto ao conteúdo das sanções aplicáveis, o Direito Penal Econômico efetivamente demanda a fixação de uma realidade própria na qual se estabeleça a aplicação da pena de multa e de prestação pecuniária como regras gerais a serem coadjuvadas por penas restritivas de direitos (v.g.: interdição de atividades e profissões) e, nos casos mais graves, por penas privativas de liberdade;

14- Quanto à pena de multa, o sistema de cálculo em dias-multa (previsto no artigo 49 e parágrafo primeiro do vigente Código Penal) não apresenta sinais aparentes de inadequação ou insuficiência para o combate à criminalidade econômica. Porém, deve ser substancialmente elevado o teto para fixação da quantidade de dias-multa e seu respectivo valor unitário de modo a possibilitar ao magistrado a adequação da sanção às consequências concretas da conduta criminosa. A mesma advertência vale em relação à necessidade de elevação do valor máximo legalmente previsto para a pena de prestação pecuniária (prevista nos parágrafos 1º e 2º do artigo 45 do Código Penal). Nos moldes atuais, as penas pecuniárias *lato sensu* (multa e prestação pecuniária) não atendem às exigências de repressão e prevenção da criminalidade econômica, sendo certo que dificilmente poderão desestimular delinquentes economicamente, haja vista a brecha para integração do risco penal-pecuniário na contabilidade dos custos da atividade empresarial, isto sem falar na indesejável possibilidade de repasse de tal obrigação financeira à massa de consumidores e demais operadores econômicos;

15 – Quanto à pena privativa de liberdade, o sistema dos três esses ou do *short-sharp-shock* consiste na aplicação de pena privativa de liberdade de curta duração, invariavelmente

executada em regime fechado, sem direito à substituição por pena restritiva de direitos, sursis ou qualquer outro benefício que possibilite o livramento antes do prazo fixado em sentença. É o sistema mais apto ao cumprimento do ideal de repressão e prevenção da criminalidade econômica. A conjugação deste sistema com a imposição da obrigação de reparação dos danos constitui, atualmente, a base do redirecionamento da resposta estatal frente à delinquência econômica no direito estrangeiro;

16 - Especificamente em relação à realidade brasileira, parece razoável permitir-se a fixação de penas privativas de liberdade entre 2 (dois) e 4 (quatro) anos de duração para os crimes contra a ordem econômica considerados mais graves. A dificuldade de fixação do conceito de crime econômico grave não aconselha a proposição doutrinária de um rol taxativo de matérias ou interesses cuja violação impusesse a privação da liberdade como inarredável consequência penal. Trata-se de escolha que deve ficar a cargo do legislador democraticamente eleito, podendo, no entanto, ser fixada como critério de seleção a demonstração empírica de episódios geradores de prejuízo patrimonial (material ou imaterial) a um grande e indeterminado número de vítimas;

17- Mediante custeio do apenado, a publicação da sentença condenatória em meios de comunicação de massa não viola direitos fundamentais deste, desde que, legalmente prevista como efeito secundário da pena a ser imposta e aplicada fundamentadamente pelo magistrado, sempre de acordo com as circunstâncias do caso concreto. A medida seria útil e adequada aos fins preventivos e repressivos nos casos de crimes praticados em face de um número substancial de vítimas captadas por determinado modo fraudulento de agir ou nos casos de infrações penais que tenham por objetivo prejudicar concorrentes frente aos consumidores.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

-ALBRETCHT, Hans-Jörg. *Investigación sobre criminalidad económica en Europa: concepto y comprobaciones empíricas*. In *Modernas tendencias en la ciencia del derecho penal y en la criminología*. Madri: Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2000, p. 259/281.

-ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

-ALVAREZ, Marcos César. *Apontamentos para uma história da criminologia no Brasil. História da Justiça Penal no Brasil: Pesquisas e análises*. São Paulo: IBCCrim, 2006, pp. 129-151.

-ANDRADE, Manuel da Costa. *Contributo para o conceito de contra-ordenação*. In *Direito penal econômico e europeu: textos doutrinários*. v. I. Coimbra: Coimbra editora, 1998, p. 75/107.

_____ *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*. v. I. Coimbra: Coimbra editora, 1998, p. 387/411.

-ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*. 4ª edição. Coimbra: Almedina, 2008.

-ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

-ARAUJO JUNIOR, João Marcello de. *O direito penal econômico*. In *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Ano 7. Número 25. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, janeiro-março de 1999, p. 142/156.

_____ *Os crimes contra o sistema financeiro no esboço de nova parte especial do código penal de 1994*. In *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Ano 3. Número 11. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, julho-setembro de 1995, p. 145/165.

_____ *Dos crimes contra a ordem econômica*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

-ARROYO ZAPATERO, Luis. *Derecho Penal económico y constitucion*. *Revista Penal*, v. 1, n. 1, 1998, p. 1/15.

-ÁVILA, Thiago André Pierobom de. *Provas Ilícitas e Proporcionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

-BACIGALUPO, Enrique. *Órganos judiciales especializados em criminalidad econômica em Europa*. Curso de Derecho Penal Económico. Bacigalupo, Enrique (Dir.). Madrid: Marcial Pons, 2005, p. 703/713.

-BAJO FERNANDEZ, Miguel e BACIGALUPO, Silvina. *Derecho Penal Económico*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 2001.

-BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. *Derecho Penal Económico: Desarrollo Económico, protección penal y cuestiones político/criminales in Hacia um Derecho Penal Económico Europeo, Jornada en honor del Profesor Klaus Tiedemann*. Madrid: Boletín Oficial del Estado, 1995.

-BAKAN, Joel. *A corporação: a busca patológica por lucro e poder*. Trad. Camila Werner. São Paulo: Novo Conceito Editora, 2008.

-BARATTA, Alessandro. *La política criminal y el derecho penal de la constitución: nuevas reflexiones sobre el modelo integrado de las ciencias penales*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 8, n. 29, jan.-março de 2000, p. 27/52.

_____ *Criminologia crítica e crítica do direito penal. Introdução à sociologia do direito penal*. 3ª edição. Trad. Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

_____ BARATTA, Alessandro. *Criminologia e dogmática penal. Passado e futuro do modelo integral da ciência penal*. Revista de Direito Penal. Rio de Janeiro: Forense, 1981, n. 31, jan.-junho, p. 18.

-BARROSO, Luis Roberto. *A crise econômica e o Direito Constitucional*. Revista Forense. Vol. 323. Rio de Janeiro: Forense, julho-setembro de 1993, p. 83/104.

_____ *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____ *Fundamentos Teóricos e Filosóficos do novo Direito Constitucional Brasileiro: pós modernidade, teoria crítica e pós-positivismo*. In Temas de Direito Constitucional. Tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 03/46.

_____ *A superação da ideologia da segurança nacional e a tipificação dos crimes contra o Estado Democrático de Direito*. In Revista Brasileira de Estudos Criminais. Ano 09. V. II. 2003.

-BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Económico*. São Paulo: Celso Bastos Ed., 2003.

-BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

-BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. Paulo M. Oliveira. Rio de Janeiro: Ediouro.

-BECK, Ulrich. *O que é globalização: equívocos do globalismo, respostas à globalização*. Trad. André Carone. São Paulo: Ed. Paz e Terra, 1999.

_____ *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*. Barcelona: Paidós, 1998.

-BEDÊ JÚNIOR, Américo e SENNA, Gustavo. *Princípios do processo penal: entre o garantismo e a efetividade da sanção*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

-BERCOVICI, Gilberto. *Constituição econômica e desenvolvimento: uma leitura a partir da constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2005.

-BINENBOJM, Gustavo. *Direitos Humanos e Justiça Social: as idéias de liberdade e igualdade no final do século XX*. In *Legitimação dos Direitos Humanos*. Org. Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 223/250.

-BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte especial*. V. 3. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____ *Princípios Garantistas e a Delinquência do Colarinho Branco*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 3, v. 11. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 118/127.

-BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

-BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 17ª edição. São Paulo: Malheiros, 2005.

-BONFILS, Philippe. *Droit pénal des affaires: cours et travaux dirigés*. Paris: Montchrestien Lextenso éditions, 2009.

-BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

-BRICOLA, Franco. *Teoria Generale del reato. Scritti di diritto penal, Dottrine generali. Teoria del reato e sistema sanzionatorio*. V. 1. Tit. I. Milano: Giuffrè, 1997.

-BUJÁN PEREZ, Carlos Martínez. *Derecho penal económico y de la empresa*. Parte General. 2ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007.

_____ *La dimensión internacional del blanqueo de dinero*. El fenómeno de la internalización de la delincuencia econômica. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2005.

-CALLEGARI, André Luís. *Direito penal econômico e lavagem de dinheiro: aspectos criminológicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

-CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.

_____ *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Coimbra: Coimbra Ed., 1994.

_____ *Justiça constitucional e justiça penal*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Número 58. Ano 14. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, jan.-fev. de 2006, p. 328/344.

-CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Trad. Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2003.

-CARVALHO, Ana Paula Vieira de. *Neoconstitucionalismo e taxatividade da lei penal: novos desafios do princípio da legalidade*. Tese de Mestrado apresentada em 2008 junto à Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Mimeografado.

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

-CARVALHO, Salo de. *Pena e garantias*. 3ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

-CASTELLAR, João Carlos. *Insider trading e os novos crimes corporativos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

-CERNICHIARO, Luis Vicente e COSTA JR., Paulo José. *Direito Penal na Constituição*. 3ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

-CERVINI, Raúl. *Macrocriminalidade econômica: apuntes para una aproximación metodológica*. In Revista Brasileira de Ciências Criminais. Ano 3. Número 11. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, julho-setembro de 1995, p. 50/79.

-COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2003.

-CORREIA, Eduardo. *Introdução ao Direito Penal Econômico*. In Direito penal econômico e europeu: textos doutrinários. v. I. Coimbra: Coimbra editora, 1998, p. 293/318.

-COSTA, José de Faria e ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre a concepção e os princípios do direito penal econômico: notas a propósito do colóquio preparatório da AIDP (Freiburg, setembro de 1982)*. In Temas de Direito Penal Econômico. Org. Roberto Podval. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 99/118.

-COSTA, Elder Lisboa Ferreira da. *O crime do colarinho-branco e a lavagem de dinheiro*. In Direito penal secundário: estudos sobre crimes econômicos, ambientais, informáticos e outras questões. Coord. Fabio Roberto D'Avila e Paulo Vinicius Sporleder de Souza. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 339/372.

-CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Constituição e crime: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização*. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995.

-DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 23ª edição. São Paulo: Saraiva, 2002.

-D'AVILA, Fabio Roberto. *Elementos para a legitimação do direito penal secundário*. In Direito penal secundário: estudos sobre crimes econômicos, ambientais, informáticos e outras questões. Coord. Fabio Roberto D'Avila e Paulo Vinicius Sporleder de Souza. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 71/96.

-DE GRANDIS, Rodrigo. *Prisões processuais: uma releitura à luz do garantismo penal integral*. In Garantismo penal integral: questões penais e processuais penais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil. Org. Bruno Calabrich, Douglas Fischer e Eduardo Pelella. Salvador: Editora JusPodivm, 2010, p. 361/378.

-DE SANCTIS, Fausto Martin. *Punibilidade do sistema financeiro nacional*. Campinas: Millennium, 2003.

-DE GIORGI, Alessandro. *A miséria governada através do sistema penal*. Rio de Janeiro: Revan, ICC, 2006.

-DELMAS-MARTY, Mireille. *Três desafios para um direito mundial*. Trad. Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

-DEL OMO, Rosa. *A América Latina e sua criminologia*. Trad. Francisco Eduardo Pizzolante e Sylvia Moretzsohn. Rio de Janeiro: Revan, ICC, 2004.

-DIAS, Fábio Freitas. *Direito penal de intervenção mínima e a noção de bem jurídico aplicada às infrações tributárias. Uma análise à luz da concepção de Estado social e democrático de direito*. In Direito penal secundário: estudos sobre crimes econômicos, ambientais, informáticos e outras questões. Coord. Fabio Roberto D'Avila e Paulo Vinicius Sporleder de Souza. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, P. 113/146.

-FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Para uma dogmática do direito penal secundário. Um contributo para a reforma do direito penal económico e social português*. In *Direito penal secundário: estudos sobre crimes económicos, ambientais, informáticos e outras questões*. Coord. Fábio Roberto D'Ávila, Paulo Vinicius Sporleder de Souza. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

_____ *Para uma dogmática do direito penal secundário. Um contributo para a reforma do direito penal económico e social português*. In *Direito penal secundário: estudos sobre crimes económicos, ambientais, informáticos e outras questões*. Coord. Fabio Roberto D'Ávila e Paulo Vinicius Sporleder de Souza. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, P. 13/70.

_____ *O fenómeno da globalização e o direito penal económico*. In *Revista Brasileira de Ciências Criminais* n. 34, ano 9. São Paulo: IBCCrim, 2001, abril-junho, p. 1/25.

_____ *Breves considerações sobre o fundamento, o sentido e a aplicação das penas em direito penal económico*. In *Temas de Direito Penal Económico*. Org. Roberto Podval. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 121/135. Texto também publicado em: *Direito penal económico e europeu: textos doutrinários*. v. I. Coimbra: Coimbra editora, 1998, p. 375/386.

_____ *Direito Penal – parte geral. Tomo I. Questões Fundamentais. A doutrina geral do crime*. Coimbra: Coimbra, 2007.

_____ e ANDRADE, Manoel da Costa. *Problemática geral das infrações contra a economia nacional*. In *Direito penal económico e europeu: textos doutrinários*. v. I. Coimbra: Coimbra editora, 1998, p. 319/346.

_____ e ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia: o homem delinquente e a sociedade crimógena*. 2ª reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.

-DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *A racionalidade das leis penais: teoria e prática*. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

_____ *Política criminal y derecho penal: estudios*. Valencia: Tirant lo blanch, 2004.

-FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A. *El blanqueo de capitales (contexto, razones de su penalización, evolución en nuestro entorno de las iniciativas supranacionales)*. In *El sistema penal frente a los retos de la nueva sociedad*. Coord. Maria Rosário Diego Díaz-Santos e Eduardo A. Fabián Caparrós. Madrid: Editorial Colex, 2003, p. 163/188.

-FACHIN, Luiz Edson e RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Um projeto de Código Civil na contramão da Constituição*. *Revista Trimestral de Direito Civil*, n. 4, 2004.

-FELDENS, Luciano. *Tutela penal de interesses difusos e crimes do colarinho branco: por uma relegitimação da atuação do Ministério Público: uma investigação à luz dos valores constitucionais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

_____ *A conformação constitucional do Direito Penal: realidades e perspectivas*. In *A constitucionalização dos direitos: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Orgs. Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 831/856.

_____ *A constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____ *Direitos fundamentais e direito penal: garantismo, deveres de proteção, princípio da proporcionalidade, jurisprudência constitucional penal, jurisprudência dos tribunais de direitos humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

-FERNANDES, Paulo Silva. *Globalização, “sociedade de risco” e o futuro do direito penal: panorâmica de alguns problemas comuns*. Coimbra: Almedina, 2001.

-FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 2ª edição. Trad. Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

-FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Aurélio Século XXI: o dicionário da língua portuguesa*. 3ª edição. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

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

_____ FISCHER, Douglas. *O que é garantismo penal (integral)?* In *Garantismo penal integral: questões penais e processuais penais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil*. Org. Bruno Calabrich, Douglas Fischer e Eduardo Pelella. Salvador: Editora JusPodivm, 2010, p. 25/48.

-FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito Econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

-FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

-FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: nascimento da prisão*. Trad. Raquel Ramalhete. 34ª edição. Petrópolis: Vozes, 2007.

-FRANCO, Alberto Silva. *Do princípio penal da intervenção mínima ao princípio da máxima intervenção*. Revista Portuguesa de Ciência Criminal. Coimbra: Coimbra Editora, n. 6, 1996.

_____ *A reforma da parte especial do Código Penal: propostas preliminares*. Revista Brasileira de Ciências Criminais n. 3. São Paulo: 1993, p. 68/78.

-FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Direito penal econômico e direito penal dos negócios*. Revista de Direito Penal e Criminologia n. 33. Rio de Janeiro: Forense, jan-junho de 1982, p. 122/129.

-FREITAS, Ricardo de Brito A. P. *As razões do positivismo penal no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

-FRONTINI, Paulo Salvador. *Crime econômico por meio da empresa. Relevância da omissão causal*. In Revista de Direito Mercantil. V. 5, ano XI.

-GALEANO, Eduardo. *De pernas pro ar: a escola do mundo ao avesso*. Trad. Sergio Faraco. 7ª edição. Porto Alegre: L&PM Editores, 1999.

-GARCIA, Emerson. *Conflito entre normas constitucionais: esboço de uma teoria geral*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

-GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Criminología: Una introducción a sus fundamentos teóricos*. 6ª Ed. Valencia: Tirant lo blanch, 2007, pp. 283-420.

_____ e GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia*. 5ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

-GIORDANI, Mário Curtis. *Direito Penal Romano*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

-GLIOCHE BÉZE, Patrícia Mothé. *Os tratados internacionais de direitos humanos no direito brasileiro*. In Direito Penal Internacional: estrangeiro e comparado. Coord. Carlos Eduardo Adriano Japiassú. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

-GOMES, Luiz Flávio. *Direito penal: parte geral, introdução, volume 1*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____ e PABLOS MOLINA, Antonio García e BIANCHINI, Alice. *Direito Penal. V. I: introdução e princípios fundamentais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

_____ *Direito Penal tradicional versus 'moderno e atual' direito penal*. In Revista Brasileira de Ciências Criminais. Número 42. Ano 11. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, jan.-mar. de 2003, p. 236/241.

_____ *Sobre a impunidade da macro-delinquência econômica desde a perspectiva criminológica da teoria da aprendizagem*. In Revista Brasileira de Ciências Criminais. Ano 3. Número 11. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, julho-setembro de 1995, p. 166/174.

-GOMES PAVÓN, Pilar. *Cuestiones actuales del Derecho penal económico: el principio de legalidad y las remisiones normativas*. *Revistas de Derecho Penal y Criminología*, n. 1 extraor., mar., 2000, p. 425/470.

-GRACIA MARTIN, Luis. *Prolegômenos para a luta pela modernização e expansão do direito penal e para a crítica do discurso de resistência*. Trad. Érika Mendes de Carvalho. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005.

-GRAU, Eros Roberto. *Reformas Constitucionais e a identidade da constituição econômica*. In 15 anos de Constituição. Coord. José Adércio Leite Sampaio. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 182/187.

-GRECO, Luís. *Breves reflexões sobre os princípios da proteção de bens jurídicos e da subsidiariedade no direito penal*. In *Novos Rumos do direito penal contemporâneo*. Livro em homenagem ao Prof. Dr. Cezar Roberto Bitencourt. Coord. Andrei Zenkner Schmidt. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 401/426.

_____ *'Princípio da Ofensividade' e crimes de perigo abstrato – Uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Número 49. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, julho-agosto de 2004, p. 89/147.

-GULLO, Roberto Santiago Ferreira. *Direito Penal Econômico*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

-HASSEMER, Winfried. *Perspectivas de uma moderna política criminal*. In *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Ano 2. Número 08. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, outubro-dezembro de 1994, p. 41/51.

_____ *Segurança pública no estado de direito*. São Paulo: Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 2. n. 8, p. 41/51, out./dez., 1994.

_____ e NAUCKE, Wolfgang e LÜNDERSEN, Klaus. *Principales problemas de la prevención general*. Trad. Gustavo Eduardo Aboso y Tea Löw. Buenos Aires: Editorial IBDEF, 2004.

_____ *Derecho penal simbólico y protección de biens jurídicos*. In *Pena y Estado*. Santiago: Editorial Jurídica Conosur, 1995, p. 23/36.

_____ *Por qué no debe suprimirse el derecho penal*. México: Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2003.

-HUNGRIA, Nelson e FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Comentários ao Código Penal*. V. I. Tomo I. 5ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

-JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *O contrabando: uma revisão de seus fundamentos teóricos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

-JARDIM, Afrânio Silva. *Bases constitucionais para um processo penal democrático*. Direito Processual Penal n. 11. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

-JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Las tendencias actuales del Derecho y las Legislaciones Penales*. El Criminalista, 2ª serie, Tomo VI. Buenos Aires, 1964.

-KAISER, Günter. *Introducción a la criminología*. 7ª edición. Trad. José Arturo Rodríguez Núñez. Madrid: Editorial Dykinson, 1988.

-KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito: introdução à problemática científica do direito*; 2ª edição; São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

-YOUNG, Jock. *Escribiendo en la cúspide del cambio: una nueva criminología para una modernidad tardía*. Cuadernos de Doctrina y Jurisprudência Penal. Buenos Aires, vol. 7, fasc. 13, 2001, pp. 75-113.

-LASSALE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

-LINARES ESTRELLA, Angel. *Un problema de la parte general del derecho penal económico. El actuar em nombre de otro. Análisis del derecho penal español y cubano*. Granada, 2002.

-LOTUFO, Renan. *Da oportunidade da Codificação Civil e a Constituição*. In O novo Código Civil e a Constituição. Org. Ingo Wolfgang Sarlet. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

-LUCAS, Flávio Oliveira. *A responsabilidade penal na criminalidade empresarial: em especial sob a ótica da posição de garante do dirigente da pessoa jurídica*. Mimeografado (tese de mestrado defendida junto à Universidade do Estado do Rio de Janeiro em julho de 2008).

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

-MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Sociedade do risco e direito penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais*. São Paulo: IBCCRIM, 2005.

-MAIA, Carlos Rodolfo Fonseca Tigre. *O Estado desorganizado contra o crime organizado: anotações à lei federal n. 9.034/95*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997.

_____ *Tutela penal da ordem econômica: o crime de formação de cartel*. São Paulo: Malheiros, 2008.

-MARTÍ MARMOL, José Luis. *El fundamentalismo de Luigi Ferrajoli: un análisis crítico de su teoría de los derechos fundamentales*. In *Garantismo: estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. Ed. Miguel Carbonell y Pedro Salazar. Madrid: Editorial Trotta, 2009, p. 365/402.

-MARTINEZ, Rosário de Vicente. *Las Consecuencias jurídicas em ele ambito de la delincuencia econômica*. *Actualidade Penal*, n. 1, 1997, p. 105/131.

-MARTINS, Patrícia do Couto Villela Abbud. *A proibição do retrocesso social como fenômeno jurídico*. In *A efetividade dos direitos sociais*. Coord. Emerson Garcia. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

-MENDONÇA, Andrey Borges de. *A reforma do código de processo penal, sob a ótica do garantismo integral*. In *Garantismo penal integral: questões penais e processuais penais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil*. Org. Bruno Calabrich, Douglas Fischer e Eduardo Pelella. Salvador: Editora Juspodvm, 2010, p. 171/192.

-MENDOZA BUERGO, Blanca. *El Derecho penal en la sociedad del riesgo*. Madrid: Civitas, 2001.

-MIR PUIG, Santiago. *Estado, pena y delito*. Buenos Aires: B de F, 2006.

_____ *El derecho penal en el estado social y democrático de derecho*. Barcelona: Editorial Ariel, 1994.

-MOCCIA, Sergio. *De la tutela de bienes a la tutela de funciones: entre ilusiones postmodernas y reflujos iliberales*. In *Política criminal y nuevo derecho penal (libro homenaje a Claus Roxin)*. Ed. José-María Silva Sanchez. Barcelona: Jose Maria Bosch Editor, 1997, p. 113/142.

-MONET, Jean-Claude. *Polícias e sociedades na Europa*. Trad. Mary Amazonas Leite de Barros. São Paulo: Edusp, 2001.

-MORAES, Maria Celina Bodin de. *A caminho de um direito civil constitucional*. In *Revista de Direito Civil*. V. 65.

-MORAES, Alexandre. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. 5ª edição. São Paulo: Atlas, 2003.

-MOREIRA, Vital. *Economia e Constituição: para o Conceito de Constituição Econômica*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1979.

-MUNÓZ CONDE, Francisco. *Cuestiones dogmáticas básicas em los delitos econômicos*. *Revista Penal*, ano 1, n. 1, 1998, p. 67/76.

_____ *Problemas de autoría y participación en el derecho penal económico*. Revista Penal, n. 9, 2002, p. 59/98.

_____ *Edmund Mezger e o Direito Penal de seu tempo: estudos sobre o direito penal no nacional-socialismo*. Trad. Paulo César Busato. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

_____ *Princípios politicocriminales que inspiran el tratamiento de los delitos contra el orden socioeconómico em el proyecto de código penal español de 1994*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. N. 11. Ano 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, julho-setembro de 1995, p. 07/20.

_____ *As reformas da parte especial do direito penal espanhol em 2003: da “tolerância zero” ao “direito penal do inimigo”*. In Revista Eletrônica de Ciências Jurídicas. Texto publicado em 02.01.2005. Sítio: <http://www.pgj.ma.gov.br/ampem/ampem1.asp>.

-NAVARRO, Carmen Figueroa. *La criminología: su contribución al problema criminal*. Estudios Monográficos. Política criminal y criminología. La Ley Penal: 2006.

-NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. *Mutações do Direito Administrativo*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____ *Direito Regulatório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

-NETO, Manoel Jorge e Silva. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

-NOVOA MONREAL, Eduardo. *Reflexiones para la determinación y delimitación del delito económico*. Anuário de Derecho penal y ciencias penales, Tomo 35, Fasc. 1, enero-abril, 1982, p. 43/75.

-NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da pena*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

-PALAZZO, Francesco. *Valores Constitucionais e Direito Penal*. Trad. Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989.

_____ *Estado Constitucional de derecho y derecho penal*. Trad. Virginia Sánchez López. Revista Penal. Barcelona: Práxis, n. 2, 1998.

-PANZERI, André de Almeida. *A sanção de perda de bens no direito penal econômico – Análise comparativa dos modelos português e brasileiro*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Número 52. Ano 13. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, jan.-fev. De 2005, p. 09/52.

- PAREDES CASTANÓN, José Manuel. *Los delitos de peligro como técnica de incriminación en el Derecho penal económico*. Revista de Derecho Penal y Criminología, n. 11, 2003, p. 95/164.
- PASCHOAL, Janaína Conceição. *Constituição, criminalização e direito penal mínimo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.
- PAVARINI, Massimo. *¿Vale la pena salvar a la criminología?* Cuadernos de Doctrina y Jurisprudência Penal. Buenos Aires, vol. 7, fasc. 13, 2001, pp. 15-42.
- PEÑA CABRERA, Raul. *El bien jurídico en los delitos económicos (con referencia al código penal peruano)*. In Revista Brasileira de Ciências Criminais. Ano 3. Número 11. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, julho-setembro de 1995, p. 36/49.
- PEREIRA, Cláudio José Langroiva. *Proteção jurídico-penal e direitos universais – tipo, tipicidade e bem jurídico universal*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.
- PIERANGELI, José Henrique. *Códigos penais do Brasil: evolução histórica*. 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.
- PIMENTEL, Manoel Pedro. *Direito Penal Econômico*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1973.
- PEREIRA, Cláudio José Langroiva. *Proteção jurídico-penal e direitos universais – tipo, tipicidade e bem jurídico universal*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.
- PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. *Criminalidad de empresa: problemas de autoria y participación*. Revista Penal, n. 9, 2002, p. 106/121.
- PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de Direito Civil: introdução ao Direito Civil Constitucional*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- PRADO, Luiz Régis. *Ambiente e Constituição: o indicativo criminalizador*. In Criminalidade Moderna e Reformas Penais: estudos em homenagem ao Prof. Luiz Luisi. Org. André Copetti. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- _____ *Bem jurídico-penal e Constituição*. 3ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.
- PREZA RESTUCCIA, Dardo; ADRIASOLA, Gabriel e GALAIN PALERMO, Pablo. *Delitos Económicos*. Buenos Aires: IBDEF, 2004.
- REALE, Eduardo. *Legislação penal antitruste: direito penal econômico e sua acepção constitucional*. In Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais – Visão Luso Brasileira. Coord. José de Faria & Silva e Marco Antonio Marques da Costa. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 579/628.

-RÍOS, Rodrigo Sánchez. *Das causas de extinção da punibilidade nos delitos econômicos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

-RODRIGUEZ MOURULLO, Gonzalo. *Algunas consideraciones politico-criminales sobre los delitos societarios*. Anuario de Derecho penal y ciencias penales, Tomo 37, Fasc. 3, sep.-dicbre., 1984, p. 675/691.

-ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social*. Trad. Antonio de Pádua Danesi. 3ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

-ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do direito penal*. Org. e tradução: André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____ *La evolución de La política criminal, el derecho penal y el proceso penal*. Trad. Carmen Gómez Rivero y Maria del Carmen García Cantizano. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.

-SANTOS, Gérson Pereira dos. *Direito Penal Econômico*. São Paulo: Saraiva, 1981.

-SANTOS, Inês Moreira. *Crime de colarinho branco – práticas inconfessáveis*. In Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais – Visão Luso Brasileira. Coord. José de Faria & Silva e Marco Antonio Marques da Costa. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 1149/1173.

-SANTOS, Juarez Cirino dos. *Teoria da pena: fundamentos políticos e aplicação judicial*. Curitiba: ICPC Lumen Juris, 2005.

-SANTOS, Marcelo Almeida Ruivo dos. *Criminalidade fiscal e colarinho branco: a fuga ao fisco é exclusividade do white-collar?* In Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais – Visão Luso Brasileira. Coord. José de Faria & Silva e Marco Antonio Marques da Costa. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 1175/1215.

-SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 3ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

_____ *Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência*. In Revista Brasileira de Ciências Criminais. Número 47. Ano 12. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, mar.-abril de 2004. Texto também publicado em 12.07.2005. Disponível no sítio da internet: <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em 25.08.2008.

-SARMENTO, Daniel. *Interesses Públicos versus Interesses Privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

_____ *A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria*. In *Jurisdição Constitucional e Direitos Humanos*. Coord. José Adércio Leite Sampaio. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

-SCHMMIDT, Andrei Zenkner. *O princípio da legalidade penal no Estado Democrático de Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____ e FELDENS, Luciano. *O crime de evasão de divisas: a tutela penal do sistema financeiro nacional na perspectiva da política cambial brasileira*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

-SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza Editorial, 1992.

-SCHIER, Paulo Ricardo. *Filtragem constitucional: construindo uma nova dogmática jurídica*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

-SCHÜNEMANN, Bernd. *Del Derecho penal de la clase baja al Derecho penal de la clase alta. ¿Un cambio de paradigma como exigencia moral?* Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio. Madrid: Tecnos, 2002, p. 49/69.

_____ *Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal Y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa*. Anuario de Derecho penal y ciencias penales. Tomo 15, Fasc. 2, mayo-agosto, 1988, p. 529/556.

_____ *O direito penal é a ultima ratio da proteção de bens jurídicos! – Sobre os limites invioláveis do direito penal em um Estado de Direito liberal*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Número 53. Ano 13. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, mar.-abril de 2005, p. 09/37.

_____ *Temas actuales y permanentes del Derecho Penal después del milênio*. Madrid: Tecnos, 2002.

_____ *Sobre la política a la teoría de la prevención general positiva*. In *Política criminal y nuevo derecho penal (libro homenaje a Claus Roxin)*. Ed. Jesús-María Silva Sanchez. Barcelona: Jose Maria Bosch Editor, 1997, p. 89/100.

-SERRANO MAÍLLO, Alfonso. *Introdução à Criminologia*. 1ª ed. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

-SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Importância e atualidade da Escola de Chicago*. Discursos sediciosos. Rio: Freitas Bastos, 2000, p. 147.

_____ e CORRÊA JÚNIOR, Alceu. *Teoria da pena: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos da ciência criminal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

-SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. *Dos crimes de perigo abstrato em face da constituição*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

-SILVA, De Plácido. *Vocabulário Jurídico*. 17ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

-SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25ª edição. São Paulo: Malheiros, 2005.

-SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

_____ *Eficiência e direito penal*. Trad. Maurício Antonio Ribeiro Lopes. São Paulo: Manole, 2004.

_____ *Política criminal y persona*. Buenos Aires:AD-HOC S.R.L., 2000.

_____ *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. Barcelona: Jose Maria Bosch Editor S.A., 1992.

_____ *Perspectivas sobre la política criminal moderna*. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma.

-SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal econômico como direito penal de perigo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

_____ *Direito penal supra-individual: interesses difusos*. São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 2003.

-SOUZA GUEIROS, Artur de Brito. *Justiça Comutativa vc. Justiça Distributiva – uma análise do pensamento de Friedrich von Hayek e o papel do juiz na sociedade contemporânea*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 5, n. 19, abril-junho de 1997, p. 184/195.

-SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Primeiras linhas de direito econômico*. 5ª ed. São Paulo: LTr, 2003.

_____ *Teoria da Constituição Econômica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

-STRECK, Lenio Luiz. *O princípio da proporcionalidade e as possibilidades de filtragem hermenêutico-constitucional: análise de um acordo garantista*. In *Novos rumos do direito penal*. Livro em homenagem ao Prof. Dr. Cezar Roberto Bitencourt. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 347/374.

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

-SWAANINGEN, René van. *Justicia social en la criminología crítica del nuevo milenio*. Revista de Derecho Penal y Criminología, n. 10, 2ª ep., Madri, 2002, pp. 265-291.

-TAVARES, André Ramos. *Direito constitucional econômico*. São Paulo: Editora Método, 2003.

-TEPEDINO, Gustavo. *Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil*. In Temas de Direito Civil. 3ª edição. Rio de Janeiro: Renovar.

-TIEDEMANN, Klaus. *La criminalidad económica como objeto de investigación*. Cuadernos de política criminal. Instituto universitário de criminología. Universidad Complutense de Madrid, n. 19, 1983, p. 171/183.

_____ *El concepto de Derecho económico, de Derecho penal económico y de delito económico*. Cuadernos de Política Criminal, n. 28, 1986, p. 65/74.

_____ *Tendences mundiales d'introduction de sanctions nouvelles pour les crimes en col blanc*. In Sistema penal para o terceiro milênio. Atos do colóquio Marc Ancel. Coord. João Marcello de Araujo Junior. 2ª edição. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

_____ *Constitución y derecho penal*. Lima: Palestra Editores, 2003.

-TORON, Alberto Zacharias. *Notas sobre a mídia nos crimes de colarinho branco e o Judiciário: os novos padrões*. Ano 9. Número 36. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, outubro-dezembro de 2001, p. 257/272. No mesmo sentido: TORON, Alberto Zacharias. *Crimes do colarinho branco: os novos perseguidos?* Ano 7. Número 28. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, outubro-dezembro de 1999, p. 73/84.

-VENANCIO FILHO, Alberto. *A intervenção do estado no domínio econômico*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1968.

-WOODIWISS, Michael. *Capitalismo gângster: quem são os verdadeiros agentes do crime organizado*. Trad. C.E. de Andrade. Rio de Janeiro: Ediouro, 2007.

-ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

_____ e PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

Fontes de imprensa:

-Jornal O Globo.

-Revista Veja. São Paulo: Editora Abril.

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)