

INOVAÇÕES NO DIREITO PENAL ECONÔMICO

CONTRIBUIÇÕES CRIMINOLÓGICAS,
POLÍTICO-CRIMINAIS E DOGMÁTICAS



República Federativa do Brasil
Ministério Público da União

Procurador-Geral da República
Roberto Monteiro Gurgel Santos

Diretor-Geral da Escola Superior do
Ministério Público da União
Nicolao Dino de Castro e Costa Neto

Câmara Editorial Geral

Robério Nunes dos Anjos Filho – Coordenador (MPF)
Antonio do Passo Cabral (MPF)
Cristiano Otávio Paixão Araújo Pinto (MPT)
José Antônio Vieira de Freitas Filho (MPT)
Ana Luisa Rivera (MPDFT)
Maria Rosynete de Oliveira Lima (MPDFT)
Alexandre Concesi (MPM)
José Carlos Couto de Carvalho (MPM)

ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO

INOVAÇÕES NO DIREITO PENAL ECONÔMICO

CONTRIBUIÇÕES CRIMINOLÓGICAS,
POLÍTICO-CRIMINAIS E DOGMÁTICAS

ORGANIZADOR

Artur de Brito Gueiros Souza



Brasília-DF
2011

Escola Superior do Ministério Público da União

SGAS Av. L2 Sul, Quadra 604, Lote 23, 2º andar

70200-640 – Brasília-DF

Tel.: (61) 3313-5114 – Fax: (61) 3313-5185

<www.esmpu.gov.br> – <editoracao@esmpu.gov.br>

Copyright 2011. Todos os direitos reservados.

Secretaria de Ensino e Pesquisa

Nelson de Sousa Lima

Divisão de Apoio Didático

Adriana Ribeiro Ferreira Tosta

Setor de Revisão

Lizandra Nunes Marinho da Costa Barbosa – Chefia

Constança de Almeida Lazarin – Revisão de provas

Lara Litvin Villas Bôas – Preparação de originais e revisão de provas

Renata Filgueira Costa – Preparação de originais e revisão de provas

Projeto gráfico e capa

Fernanda Soares Oliveira

Diagramação

Lucas de Ávila Cosso

Impressão

Gráfica e Editora Ideal Ltda. – SIG Quadra 8, 2268

70610-480 – Brasília-DF – Tel.: (61) 3344-2112

E-mail: <ideal@idealgrafica.com.br>

Tiragem: 2.500 exemplares

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
Biblioteca da Escola Superior do Ministério Público da União

I58 Inovações no direito penal econômico : contribuições criminológicas, político-criminais e dogmáticas / Organizador : Artur de Brito Gueiros Souza – Brasília : Escola Superior do Ministério Público da União, 2011.

384 p.

ISBN 978-85-88652-38-5

Disponível em:

<<http://www3.esmpu.gov.br/linha-editorial/outras-publicacoes>>

Publicado também em versão eletrônica, ISBN 978-85-88652-39-2

1. Direito penal econômico. 2. Crime econômico. 3. Ilícito tributário. 4. Responsabilidade penal. 5. Lavagem de dinheiro. I. Souza, Artur de Brito Gueiros, org.

CDD 341.554

Com o apoio da Escola Superior do Ministério Público da União (ESMPU), realizou-se, nos dias 29 e 30 de abril de 2010, na sede da Procuradoria Regional da República na 2ª Região, o *Congresso Inovações no Direito Penal Econômico: contribuições dogmáticas, político-criminais e criminológicas*.

Tendo por diretiva o Direito Penal Econômico, o evento contou com as palestras dos professores Artur de Brito Gueiros Souza, Anabela Miranda Rodrigues, Douglas Fischer, Eduardo Viana Portela Neves, Guilherme Guedes Raposo, José Maria de Castro Panoeiro, Rodrigo de Grandis e Vladimir Aras, sob a mediação dos professores Carlos Eduardo Adriano Japiassú e Patrícia Mothé Glioche Béze, bem como dos procuradores regionais da República Maria Helena N. de Paula e Paulo Fernando Corrêa. Contou, ainda, com a participação de membros, servidores e estagiários do Ministério Público da União, magistrados federais, advogados criminalistas e acadêmicos de Direito.

Além de aprofundar as discussões acerca de várias questões que envolvem a atuação na prevenção e repressão da criminalidade econômica, o evento representou, por certo, um estreitamento dos fraternos laços de amizade que unem Brasil e Portugal, com a exposição, bem como a participação ao longo dos trabalhos, da catedrática de Direito da Universidade de Coimbra – professora doutora Anabela Miranda Rodrigues.

Nesta publicação, reúnem-se as contribuições dos palestrantes do referido congresso e os artigos elaborados por cientistas e professores vinculados ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* da Faculdade de Direito da UERJ – linha de pesquisa em Direito Penal: Bruna Martins Amorim Dutra, Ilídio José Miguel e Savio Guimarães Rodrigues (mestrandos); Cinthia Rodrigues Menescal Palhares e Gisela França da Costa (doutorandas) e Daniel Queiroz Pereira e Vlamir Costa Magalhães (mestres).

A presente obra encontra-se dividida em três seções, que abrangem as *ciências penais* Criminologia, Política-Criminal e Dogmática.

A Seção I contém artigos de cunho criminológico. O primeiro deles, subscrito por Douglas Fischer, aborda o custo social

da criminalidade econômica, enfatizando a realidade empírica relativa à chamada *cifra negra* ou *dourada* do fenômeno. O autor examina, ainda, a periculosidade do delinquente econômico e efetua contundente crítica às leituras equivocadas do garantismo penal de Luigi Ferrajoli.

O texto subsequente, de Eduardo Viana Portela Neves, faz uma abordagem criminológica dos modelos adotados para a compreensão da delinquência econômica. Para tanto, o autor apresenta o surgimento e a difusão da etiologia sociológica, desde o gangsterismo de Chicago, ajustando-a, posteriormente, ao desenvolvimento da conhecida teoria da associação diferencial de Edwin H. Sutherland.

O terceiro artigo da seção, de autoria de Gisela França da Costa, debruça-se, igualmente, sobre o contributo de Edwin H. Sutherland ao Direito Penal Econômico, enfocando, a seu turno, o impacto que seus aportes teóricos tiveram na explicação de todas as tipologias de criminalidade, assinalando, ainda, os fatores invariavelmente associados às modalidades de delinquência e, por conseguinte, aos crimes econômicos.

A Seção II reúne os aspectos político-criminais do Direito Penal Econômico e se inicia com artigo de Anabela Miranda Rodrigues relativo ao *Direito Penal Europeu Emergente*, em que a autora discorre sobre as *gerações* da comunitarização do Direito Penal, consolidadas no Tratado de Lisboa de 2010, com a criação de instrumentos legislativos, sob a forma de regulamentos e diretivas, revelando existir um genuíno *Direito Penal europeu*. A autora analisa, ainda, os domínios da criminalidade que se subsumem à regulação penal europeia, figurando, entre eles, o Direito Penal Econômico.

O texto seguinte, elaborado pelo organizador, objetiva transitar pelas três vertentes ora assinaladas, em busca de fundamento legítimo para o Direito Penal Econômico. Nesse sentido, com base em aportes criminológicos, destaca criticamente os discursos de resistência, de tratamento dual e de legítima regulação penal de novas áreas econômico-ambientais, e seus reflexos dogmáticos ou interpretativos que perpetuam, direta ou indiretamente, um *cinturão de impunidade* aos autores dessas infrações.

O terceiro texto, de Cinthia Rodrigues Menescal Palhares, enfrenta uma das mais polêmicas questões político-criminais,

qual seja, a escolha das sanções adequadas para os delinquentes econômicos. Em particular, a autora discorre sobre a falta de sistematização das normas que regulam essas infrações e verifica que a política criminal que privilegia a utilização da pena privativa de liberdade revela-se, em geral, ineficaz, em especial quando comparada às penas alternativas.

Já Ilídio José Miguel trata, em seu instigante artigo, das possibilidades de harmonização do Direito Penal Econômico em decorrência do processo de integração regional na África Austral, tendo como paradigmas comparativos os projetos substanciados nos *Eurodelitos* e *Corpus Juris*, ambos do contexto europeu. Do ponto de vista de Política Criminal, o autor assinala as vantagens da efetivação de um Direito Penal Econômico supranacional naquela região da África.

O último estudo político-criminal, de Vlamir Costa Magalhães, versa sobre as circunstâncias histórico-sociais a respeito do surgimento do garantismo, fundamentando a conclusão de que a função da norma penal no mundo contemporâneo abrange o resguardo de todas as categorias de direitos fundamentais. No entender do autor, o modelo garantista deve ser submetido a um processo de *desfetichização* e filtragem constitucional, a fim de ser aplicado em sua integralidade mediante o reconhecimento da legitimidade da tutela penal de interesses metaindividuais, em especial os vinculados à ordem econômico-social.

A Seção III, voltada para o exame da dogmática penal dos delitos econômicos, inicia-se com o artigo de Bruna Martins Amorim Dutra, dedicado à aplicabilidade, nesse terreno, da teoria do domínio da organização ou dos aparatos organizados de poder, desenvolvida por Claus Roxin, envolta, como se sabe, em grandes polêmicas, tanto teóricas como jurisprudenciais.

O segundo texto dogmático, subscrito por Carlos Eduardo Adriano Japiassú e Daniel Queiroz Pereira, faz uma análise histórico-comparativa dos tipos penais econômicos, enfocando as principais mudanças ocorridas nesse segmento do Direito Penal. Adotando como paradigma os delitos fiscais, os autores analisam os principais diplomas nacionais e estrangeiros relacionados à matéria, contribuindo, dessa forma, para a construção de uma dogmática que respeite os princípios do bem jurídico e da legalidade.

Partindo da tese, cada vez mais difundida, da suposta inconstitucionalidade dos tipos de perigo abstrato, Guilherme Guedes Raposo a contextualiza, em seu artigo, com os fins do Direito Penal no Estado contemporâneo, a construção de um conceito material de delito fundado na ideia de proteção de bens jurídicos e, ainda, as técnicas de proteção adequadas e necessárias para o efetivo resguardo dos interesses mais relevantes na atualidade.

José Maria de Castro Panoeiro examina, no seu trabalho, as principais controvérsias relacionadas com os delitos tributários, como, por exemplo, o exame da conduta penalmente relevante, da vinculação das instâncias administrativa e penal e da existência de sucessivas normas prevendo o pagamento extintivo da punibilidade, entre outras questões. A análise provoca o leitor a refletir se há uma efetiva tutela do bem jurídico ou se o Direito Penal estaria sendo convertido em mero instrumento de cobrança, fomentando o legislador o desrespeito à norma quando deveria velar pelo contrário.

Rodrigo de Grandis enfrenta uma das principais questões dogmáticas da atualidade: o estabelecimento de critérios de responsabilidade penal de dirigentes nas infrações praticadas por intermédio da pessoa jurídica. Para tanto, o autor discorre sobre critérios axiológicos de imputação objetiva e subjetiva, fontes de perigo na sociedade contemporânea, autoria mediata por meio de aparatos organizados de poder, responsabilidade pela omissão imprópria, entre outros aspectos inerentes às organizações lícitas e ilícitas.

O artigo seguinte, escrito por Savio Guimarães Rodrigues, objetiva contribuir para a importante e atual discussão acerca da legitimidade do sistema punitivo brasileiro em matéria fiscal. Nesse sentido, a partir de uma abordagem do bem jurídico efetivamente tutelado pelas normas penais tributárias, questão esta que parece esquecida pela doutrina brasileira, propõe uma releitura da legislação vigente segundo critérios de lesividade e coerência.

Abordando as controvérsias acerca dos delitos de lavagem de dinheiro, Vladimir Aras enfrenta questões relativas à competência das varas especializadas, às fases típicas da captação, dissimulação e integração de ativos provenientes de atividades ilícitas, à problemática das organizações criminosas, *compliance*, e o enfrentamento dessa criminalidade pelos membros do MPF.

Seguramente, por intermédio da presente edição, a ESMPU atende às expectativas de inúmeros profissionais, particularmente os interessados que não puderam, por razões diversas, participar daquele evento carioca. Ao mesmo tempo, a obra supre uma imperdoável lacuna de integração entre a Criminologia, a Política Criminal e a Dogmática Penal, focalizando, justamente, a compreensão dos delitos contra a ordem econômica.

Importante registrar que tanto o evento quanto a publicação devem boa parte de seus méritos não apenas às reflexões desenvolvidas no Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* da Faculdade de Direito da UERJ, mas também ao Núcleo de Estudos em Direito Penal Internacional, Estrangeiro e Comparado (NEDIPI), vinculado àquela Faculdade, lugar de encontro, debate e produção bibliográfica de muitos interessados no engrandecimento do nosso Direito Penal.

Igualmente importante registrar o apoio da procuradora-chefe da Procuradoria Regional da República da 2ª Região, Cristina Schwanssee Romanó, sem o qual o *Congresso Inovações no Direito Penal Econômico* não teria obtido êxito, e, pelas mesmas razões, estender meus cumprimentos aos servidores da PRR2 que participaram de todas as etapas de realização do mencionado evento.

Dirijo meu sincero agradecimento à Direção e ao corpo técnico da Escola Superior do Ministério Público da União, não somente pelo empenho e profissionalismo, mas também pela confiança que depositaram nesse projeto. Agradeço, igualmente, a todos os que participaram, colaboraram, palestraram e elaboraram os excelentes artigos que compõem esse livro.

Não poderia encerrar sem antes expressar minha gratidão aos sempre diligentes Flávio Brasil e Ricardo Latorre, por tudo o que fazem para a concretização desta e de outras iniciativas idealizadas pelo signatário. Por fim, à Luísa de Miranda Gueiros, por seu amor, companheirismo e apoio incondicional.

Que essa obra possa ser útil ao Ministério Público da União!

Artur de Brito Gueiros Souza

Organizador



Anabela Miranda Rodrigues é professora catedrática da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

Artur de Brito Gueiros Souza é procurador regional da República na 2ª Região, professor adjunto de Direito Penal na Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e doutor em Direito Penal pela Universidade de São Paulo (USP).

Bruna Martins Amorim Dutra é mestranda em Direito Penal no Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* da Faculdade de Direito da UERJ e graduada em Direito pela UERJ.

Carlos Eduardo Adriano Japiassú é professor adjunto de Direito Penal na Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e na Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), conselheiro do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCCP), secretário-geral adjunto da Associação Internacional de Direito Penal (AIDP) e presidente do Grupo Brasileiro da AIDP.

Cynthia Rodrigues Menescal Palhares é defensora pública de Classe Especial do Estado do Rio de Janeiro, professora assistente de Direito Penal na Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO), mestre em Direito pela Universidade Candido Mendes (UCAM) e doutoranda em Direito Penal na Faculdade de Direito da UERJ.

Daniel Queiroz Pereira é mestre em Direito pela UERJ, professor assistente de Legislação Social na UNIRIO, assistente de pesquisas da Editora Atlas e advogado.

Douglas Fischer é procurador regional da República na 4ª Região, mestre em Instituições de Direito e do Estado pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS) e professor de Direito Penal e de Direito Processual Penal.

Eduardo Viana Portela Neves é mestre em Direito Penal pela UERJ, professor dos programas de pós-graduação em Ciências Criminais e Direitos Humanos da Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia, membro da Association Internationale de Droit Penal, secretário-geral da OAB – Subseção Vitória da Conquista, Bahia e advogado criminalista.

Gisela França da Costa é doutoranda em Direito Penal pela UERJ, mestre em Direito Penal e Criminologia pela Universidade Candido

Mendes, professora de Direito Penal da Faculdade de Direito do Instituto Brasileiro de Mercado de Capitais (IBMEC/RJ) e da Universidade Estácio de Sá, professora de Direito Penal do Programa de Pós-Graduação da Universidade Candido Mendes.

Guilherme Guedes Raposo é procurador da República no Estado do Rio de Janeiro e mestre em Direito Penal pela UERJ.

Ilídio José Miguel é membro da Polícia de Investigação Criminal da República de Moçambique, mestrando em Direito Penal na Faculdade de Direito da UERJ e bolsista do CNPq no âmbito do Convênio entre Brasil e Moçambique.

José Maria de Castro Panoeiro é procurador da República no Rio de Janeiro e professor de Direito Penal da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro e da Escola de Direito da Associação do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (AMPERJ).

Rodrigo de Grandis é procurador da República em São Paulo, professor de Direito Penal da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo, professor da Faculdade de Direito da Fundação Getúlio Vargas e do Programa Nacional de Capacitação e Treinamento no Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro (PNLD/MJ) e pós-graduado em Direito Penal pela Universidade de Salamanca – Espanha.

Savio Guimarães Rodrigues é mestrando em Direito Penal no Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* da Faculdade de Direito da UERJ e graduado em Direito pela UERJ.

Vladimir Aras é procurador da República na Bahia, professor assistente de Direito Processual Penal da Universidade Federal da Bahia (UFBA), mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE), membro do Grupo de Trabalho em Lavagem de Ativos da Procuradoria-Geral da República (GT-LD), professor do Programa Nacional de Capacitação e Treinamento no Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro (PNLD/MJ) e editor do *blog* jurídico <www.blogdovladimir.wordpress.com>.

Vlamir Costa Magalhães é juiz federal no Rio de Janeiro, mestre em Direito Penal pela Faculdade de Direito da UERJ e pós-graduado em Regulação e Direito Público da Economia pela Universidade de Coimbra – Portugal e pela Escola da Magistratura Regional Federal/RJ.

SUMÁRIO

SEÇÃO I – CONSIDERAÇÕES CRIMINOLÓGICAS

O CUSTO SOCIAL DA CRIMINALIDADE ECONÔMICA 17
DOUGLAS FISCHER

A ATUALIDADE DE EDWIN H. SUTHERLAND 45
EDUARDO VIANA PORTELA NEVES

BREVE PANORAMA DO PENSAMENTO DE EDWIN H. SUTHERLAND E A NOVA ETIOLOGIA DA CRIMINALIDADE 65
GISELA FRANÇA DA COSTA

SEÇÃO II – CONSIDERAÇÕES POLÍTICO-CRIMINAIS

O DIREITO PENAL EUROPEU EMERGENTE 93
ANABELA MIRANDA RODRIGUES

DA CRIMINOLOGIA À POLÍTICA CRIMINAL: DIREITO PENAL ECONÔMICO E O NOVO DIREITO PENAL 105
ARTUR DE BRITO GUEIROS SOUZA

ASPECTOS POLÍTICO-CRIMINAIS DAS SANÇÕES PENAIS ECONÔMICAS NO DIREITO BRASILEIRO 147
CINTHIA RODRIGUES MENESCAL PALHARES

HARMONIZAÇÃO DO DIREITO PENAL ECONÔMICO EM FACE DA INTEGRAÇÃO REGIONAL NA ÁFRICA AUSTRAL 177
ILÍDIO JOSÉ MIGUEL

O GARANTISMO PENAL INTEGRAL: ENFIM UMA PROPOSTA DE REVISÃO DO FETICHE INDIVIDUALISTA 201
VLAMIR COSTA MAGALHÃES

SEÇÃO III – CONSIDERAÇÕES DOGMÁTICAS

A APLICABILIDADE DA TEORIA DO DOMÍNIO DA ORGANIZAÇÃO NO ÂMBITO DA CRIMINALIDADE EMPRESARIAL BRASILEIRA BRUNA MARTINS AMORIM DUTRA	223
DIREITO PENAL ECONÔMICO E TRIBUTÁRIO: UMA ANÁLISE HISTÓRICA E COMPARADA CARLOS EDUARDO ADRIANO JAPIASSÚ E DANIEL QUEIROZ PEREIRA	249
BEM JURÍDICO TUTELADO E DIREITO PENAL ECONÔMICO GUILHERME GUEDES RAPOSO	267
AS CONTROVÉRSIAS DA LEI N. 8.137/1990 (SONEGAÇÃO FISCAL) E SUAS REPERCUSSÕES ECONÔMICO-CRIMINAIS JOSÉ MARIA DE CASTRO PANOEIRO	301
A RESPONSABILIDADE PENAL DOS DIRIGENTES NOS DELITOS EMPRESARIAIS RODRIGO DE GRANDIS	335
O BEM JURÍDICO-PENAL TRIBUTÁRIO E A LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO SISTEMA PUNITIVO EM MATÉRIA FISCAL SAVIO GUIMARÃES RODRIGUES	345
AS CONTROVÉRSIAS DA LEI N. 9.613/1998 (LAVAGEM DE DINHEIRO) VLADIMIR ARAS	367

SEÇÃO I

CONSIDERAÇÕES CRIMINOLÓGICAS





O CUSTO SOCIAL

DA CRIMINALIDADE ECONÔMICA

DOUGLAS FISCHER

Ao começar a abordar o tema proposto, é relevante destacar excertos de entrevista concedida pelo professor Bo Mathiasen (representante do Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime para o Brasil) ao informativo *Contas Abertas*: “Corrupção: mais eficaz do que fiscalizar é punir”. Ele prossegue: “Tem que haver uma legislação dura em cima de corrupção”. Diz, ainda, que “os crimes de ‘colarinho-branco’ são infelizmente menos penalizados em muitos países – embora o impacto desses crimes ao desenvolvimento possa ser muito negativo”.

Ainda como consideração inicial, destaca-se o seguinte dado: de acordo com apuração do Instituto Brasileiro de Planejamento Tributário, estimou-se que, em 2005, a sonegação fiscal atingiu R\$1,112 trilhão de reais¹.

Relevantes e oportunas nesta fase exordial as considerações do presidente do Conselho Consultivo do Instituto Brasileiro de Ética Concorrencial Marcílio Marques Moreira, em artigo intitulado “Existe uma ética de mercado?”:

O lucro da empresa não pode, portanto, ser gerado por sonegação ou falcaturas, nem à custa dos concorrentes. A concorrência des-

¹ Veja a referência feita em material da FGV (<www.fgv.com.br>), em texto básico de Thiago Bottino do Amaral, p. 62-63.

leal, além do dano ao erário público, desfigura o mais eficaz instrumento de mercado – a competição empresarial (*Revista do Instituto Brasileiro de Ética Concorrencial*, n. 10, ano 5, agosto de 2008).

A essas ponderações se recorrerá oportunamente.

Com efeito, na linha do que temos defendido (e de modo mais detalhado na obra de nossa autoria, *Delinquência Econômica e Estado Social e Democrático de Direito*, 2006, da qual aqui muitos tópicos e doutrinas se apresentam repristinados), não temos dúvidas em afirmar que a Constituição brasileira de 1988 estabeleceu novos marcos delimitadores da forma da incidência do Direito Penal e do Direito Processual Penal.

Estabelecidos então novos marcos *teóricos* sociais, políticos e também jurídicos, a partir da metade da década de 1990, começaram a surgir manifestações doutrinárias mais enfáticas fazendo coro à necessidade de aplicação, também no Brasil, da *doutrina de garantias*.

Em síntese inicial: não mais poderiam ser aplicáveis inúmeros dispositivos legais e entendimentos jurisprudenciais que se apresentassem completamente incompatíveis com as *garantias* fundamentais *individuais* dos cidadãos estampadas numa constituição democrática. Essa era a preocupação central. Mas não única, segundo cremos e interpretamos.

É dizer: ao mesmo tempo em que o investigado ou réu não pode ser mais visto como *objeto* na instrução processual, e sim como *sujeito de direitos* (referido aqui unicamente por esse prisma *inicial* do *garantismo*), a submissão do juiz à lei não mais é – como sempre foi pela visão *positivista* tradicional e *ilustrada* – à letra da lei (ou mediante sua interpretação meramente literal) de modo acríptico e incondicionado, senão uma sujeição coerente com a Constituição (validade) vista como um todo.

Na senda de Gascón Abellán (2005, p. 21), é importante visualizar

como *primera aproximación* que un derecho garantista establece instrumentos para la defensa de los derechos de los individuos frente a su eventual agresión por parte de otros individuos y (sobre todo) por parte de poder estatal; lo que tiene lugar mediante el establecimiento de límites y vínculos al poder a fin de maximizar la realización de esos derechos y de minimizar sus amenazas [grifo nosso].

Concordamos plenamente que, *como uma primeira aproximação*, a teoria garantista – cujo marco histórico fundamental é a obra *Direito e*

Razão, de Luigi Ferrajoli – tem como pressuposto a proteção dos direitos fundamentais *individuais* (denominados *direitos de primeira geração*) estabelecidos precipuamente na Constituição da República.

No entanto, *garantismo penal* – pelo menos em nossa ótica e, segundo compreendemos, também na de Ferrajoli – não é um marco teórico calcado *exclusivamente* na premissa sintetizada acima. Louvamos e defendemos abertamente a proteção dos *direitos* fundamentais *individuais*.

É que a ordem jurídico-constitucional prevê *outros* direitos (não se olvide dos *coletivos e sociais*) e também deveres (que são pouco considerados doutrinária e jurisprudencialmente no Brasil) e está calcada em inúmeros princípios e valores que *não* podem ser esquecidos ou relegados se a pretensão é efetivamente fazer uma compreensão *sistêmica* e *integral* dos comandos da Carta Maior.

Quiçá pela preocupação de que fossem protegidos de forma urgente e imediata *apenas* os direitos fundamentais *individuais* dos cidadãos (e havia, na gênese do movimento, razões plausíveis para *maior* proteção de tais direitos), não raro vemos hodiernamente certo desvirtuamento dos *integrais postulados garantistas*, na medida em que a ênfase única continua recaindo exclusivamente sobre direitos fundamentais *individuais* (como se houvesse apenas a exigência de um *não fazer* de parte do Estado como forma de garantir unicamente os direitos de primeira geração ou não os violar).

Também são correntes situações típicas de *decisionismos* (criticadas veementemente por Ferrajoli, mas em polo inverso de aplicação – antes *contra* os réus) embasadas em *doutrinas garantistas* sem que se diga, científica e/ou dogmaticamente, qual a fundamentação *coerente* para a tomada de tal ou qual posição.

Exemplificativamente, não é incomum encontrar decisões judiciais e posicionamentos doutrinários defendendo que, *modernamente*, o Direito Penal somente poderia incidir de forma *subsidiária ou fragmentária*, verdadeira *ultima ratio*, a ele ocorrendo-se apenas quando todos os demais ramos do Direito não cumprissem seus desideratos de proteção do bem jurídico.

A assertiva é verdadeira, mas, quando utilizada sem uma mínima fundamentação racional, de forma indiscriminada e como verdadeira frase-pronta (hipótese modernamente conhecida como *copiar-colar*) para situações em que não poderia incidir referido princípio (vide adiante o terceiro pilar fundante do garantismo penal), acaba gerando verdadeira *desproteção sistêmica*.

É dizer: sem racionalidade (quando não *sem fundamentação*), protegem-se exclusivamente *direitos individuais fundamentais* sem que se note uma desproporcionalidade em relação aos demais direitos fundamentais que formam a complexa teia de bens e valores que possuem proteção constitucional.

A questão central está exatamente aí: em doutrina e jurisprudência, têm-se difundido os *ideais garantistas* sem que se analise pelo menos de modo minimamente dogmático o que, efetivamente, significa *garantismo penal*.

Marina Gascón Abellán (2005, p. 30) enceta com precisão: num verdadeiro Estado garantista, o legislador (reiteramos nós, em complemento: não só o legislador, mas todos os *poderes* do Estado e também os particulares) não tem um poder de disposição, pois está limitado pelos bens e valores constitucionais (donde se enquadram, repise-se, *não apenas* os direitos fundamentais *individuais*).

Como salienta Prieto Sanchís (2005, p. 41), Ferrajoli sempre insistiu que o paradigma garantista

es uno y el mismo que el actual Estado constitucional de derecho, o en que representa la outra cara del constitucionalismo, concretamente aquella que se encarga de formular las técnicas de garantías idóneas para asegurar el máximo grado de efectividad a los derechos [...] – [Todos os direitos, explicitamos!] – [...] reconocidos constitucionalmente.

Em resumo, os princípios fundantes do *garantismo penal* são os seguintes (PRIETO SANCHÍS, 2005, p. 93): 1 – Princípio de *retributividade* ou da sucessividade da pena em relação ao delito cometido (que demonstra o exposto reconhecimento de Ferrajoli da *necessidade* do Direito Penal); 2 – Princípio da *legalidade*; 3 – Princípio da *necessidade* ou de economia do Direito Penal; 4 – Princípio da *lesividade* ou da ofensividade do ato: além de típico, o ato deve causar efetiva lesividade ou ofensividade ao bem jurídico protegido, desde que deflua da Constituição (direta ou indiretamente) mandato que ordene sua criminalização²; 5 – Princípio da *materialidade*; 6 – Princípio da *culpabilidade*: a responsabilidade *criminal* é do agente que praticou o ato; 7 – Princípio da *jurisdicionalidade*, reflexo direto do devido processo legal; 8 – Princípio *acusatório* ou da separação entre juiz e acusação³; 9 – Princípio do *encargo da prova*; 10 – Princípio do *contraditório*.

² A propósito, vide GONÇALVES, 2008.

³ A esse respeito, confira-se ANDRADE, 2006, p. 116; ANDRADE, 2008; CALABRICH, 2008.

Reportando-se a Ferrajoli, anota Miguel Carbonell (2005, p. 182) que, para o mestre italiano, garantia “es una expresión del léxico jurídico con la que se designa cualquier técnica normativa de tutela de un derecho subjetivo” (atente-se que não destaca que, necessariamente, seja um direito subjetivo *individual*). Para o autor, podem haver

garantías positivas y garantías negativas; las primeras obligarían a abstenciones por parte del Estado y de los particulares en respeto de algun derecho fundamental, mientras que las segundas generarían obligaciones de actuar positivamente para cumplir con la expectativa que derive de algun derecho.

Compreendemos que a tese central do *garantismo* está em que sejam observados rigidamente não só os direitos fundamentais (individuais e *também* coletivos), mas inclusive os *deveres fundamentais* (do Estado e dos cidadãos) previstos na Constituição. É a *leitura* que fizemos da *íntegra* dos postulados do garantismo penal.

Como forma de maximizar os fundamentos garantistas, a função do hermenauta está em buscar quais os valores e critérios que podem *limitar ou conformar constitucionalmente* o Direito Penal e o Direito Processual Penal.

Não temos dúvidas: a Constituição Federal brasileira é *garantista* e assenta seus pilares nos princípios ordenadores de um Estado Social e Democrático de Direito.

Mas insistimos (porque relevante): a teoria garantista não existe *apenas* para proteção de interesses e direitos fundamentais individuais (já destacado anteriormente).

Como bem salienta José Luis Martí Mármol (2005, p. 384),

el paradigma constitucional incluye asimismo, según Ferrajoli, los siguientes grupos de derechos fundamentales: derechos políticos (o de autonomía pública), derechos civiles (o de autonomía privada), derechos liberales (o de libertad) y derechos sociales.

De relevo o que diz Perfecto Andrés Ibáñez (2005, p. 60), para quem se deve analisar a existência atualmente de um

garantismo dinámico, que es el que trasciende el marco de o proceso penal y también el de la mera garantía individual de carácter reactivo para ampliarse al aseguramiento de otros derechos e de los correspondientes espacios hábiles para su ejercicio.

Prossegue apontando que se deve buscar uma estratégia baseada no respeito das regras constitucionais do jogo em matéria penal e processual penal, e, de forma geral, no estabelecimento de um regime de garantias para a *totalidade dos direitos fundamentais* como um modo de sedimentar a democracia.

Miguel Carbonell (2005, p. 171) chega a ser mais incisivo e objetivo ao defender que a teoria garantista de Luigi Ferrajoli se apresenta como um *paradigma inacabado*, como uma *obra no meio do caminho*, carente de complementação e devida compreensão.

Em nossa *compreensão (integral) dos postulados garantistas*⁴, o Estado deve considerar que, na aplicação dos direitos fundamentais (individuais e sociais), há a necessidade de garantir *também* ao cidadão a eficiência e a segurança.

Exatamente por isso é que compreendemos que o (devido) processo criminal e a respectiva imposição de pena aos infratores é uma forma de, mediante as irradiações dos efeitos da *prevenção geral positiva*, garantir a segurança e a convivência entre os pares que não infringiram o ordenamento jurídico.

Analisando o tema relacionado aos deveres de proteção e os direitos fundamentais, Gilmar Mendes (1999; 2004, p. 131-142) reconheceu (com acerto, para nós) que

os direitos fundamentais não contêm apenas uma proibição de intervenção [...], expressando também um postulado de proteção [...]. Haveria, assim, para utilizar uma expressão de Canaris, não apenas uma proibição do excesso (*Übermassverbot*), mas também uma proibição de omissão (*Untermassverbot*). Nos termos da doutrina e com base na jurisprudência da Corte Constitucional alemã, pode-se estabelecer a seguinte classificação do dever de proteção: [...] (b) Dever de segurança [...], que impõe ao Estado o dever de proteger o indivíduo contra ataques de terceiros mediante adoção de medidas diversas; [...] Discutiu-se intensamente se haveria um direito subjetivo à observância do dever de proteção ou, em outros termos, se haveria um direito fundamental à proteção. A Corte Constitucional acabou por reconhecer esse direito, enfatizando que a não observância de um dever de proteção corresponde a uma lesão do direito fundamental previsto no art. 2º, II, da Lei Fundamental. [...].

⁴ Vide, a propósito, “O que é garantismo penal (integral)?”. In: CALABRICH; FISCHER; PELELLA, 2010, p. 25-49.

Nessa mesma linha são as percucientes observações de Bernal Pulido (2005, p. 126) quando destaca que

la cláusula del Estado social de derecho modifica el contenido que los derechos fundamentales tenían en el Estado liberal. [...] De este modo, junto a la tradicional dimensión de derechos de defensa, que impone al Estado el deber de no lesionar la esfera de libertad constitucionalmente protegida, se genera un nuevo tipo de vinculación, la vinculación positiva. En esta segunda dimensión, los derechos fundamentales imponen al Estado un conjunto de “deberes de protección” [dizemos nós: de proteção ótima] que encarnan en conjunto el deber de contribuir a la efectividad de tales derechos y de los valores que representan.

Na sequência de sua doutrina, Bernal Pulido (2005, p. 139-142), destacando que “el efecto disuasorio o preventivo de la pena es una de las estrategias más efectivas para proteger los derechos fundamentales de ataques provenientes de terceros”, enfatiza que

[...] La segunda variante del principio de proporcionalidad, que también se aplica para controlar la constitucionalidad de la legislación penal, pero desde el punto de vista de la satisfacción e las exigencias impuestas por los derechos de protección, es la prohibición de protección deficiente. [...]. Si éste no es el caso, y, por el contrario, el legislador protege un derecho sólo de manera parcial o elude brindarle toda protección, la falta de protección óptima debe enjuiciarse entonces desde el punto de vista constitucional mediante la prohibición de protección deficiente. Esta prohibición se compone de los siguientes subprincipios. Una abstención legislativa o una norma legal que no proteja un derecho fundamental de manera óptima vulnera las exigencias de principio de idoneidad cuando no favorece la realización de un fin legislativo que sea constitucionalmente legítimo. [...] Una abstención legislativa o una norma legal que no proteja un derecho fundamental de manera óptima, vulnera las exigencias del principio de necesidad cuando existe otra abstención y otra medida legal alternativa que favorezca la realización del fin del Congreso por lo menos con la misma intensidad, y a la vez favorezca más la realización del derecho fundamental de protección. [...] Una abstención legislativa o una norma legal que no proteja un derecho fundamental de manera óptima, vulnera las exigencias del principio de proporcionalidad en sentido estricto cuando el grado de favorecimiento del fin legislativo (la no-intervención de la libertad) es inferior al grado en que no se realiza el derecho fundamental de protección. Si se adopta la escala triádica expuesta con ocasión de la interdicción del exceso, se concluirá entonces que, según la prohibición de protección deficiente, está

prohibido que la intensidad en que no se garantiza un derecho de protección sea intensa y que la magnitud de la no-intervención en la libertad o en otro derecho de defensa sea leve o media, o que la intensidad de la no-protección sea media y la no-intervención sea leve. [...].

Denominado de *garantismo positivo*, esse *dever de proteção* (no qual se inclui a *segurança dos cidadãos*) implica a obrigação de o Estado, nos casos em que for necessário, adequado e proporcional, em sentido estrito, *restringir* direitos fundamentais *individuais* dos cidadãos.

Diante de tais ponderações teóricas, pode-se perguntar: existe uma obrigação decorrente da Constituição para que sejam punidos com eficácia – inclusive pelo uso do Direito Penal – os denominados *delitos econômicos*?

A resposta é, (ao menos) para nós, absolutamente afirmativa.

Já vimos que a Constituição Federal assenta seus pilares nos princípios ordenadores de um Estado Social e Democrático de Direito, tendo como fundamentos, dentre outros, o da cidadania e o da dignidade da pessoa humana.

Os objetivos fundamentais consistem na construção de uma sociedade livre, justa e solidária, e também na erradicação da pobreza e da marginalização, buscando-se, ainda, a redução das desigualdades sociais e regionais (CF/88, art. 3º, I e III). Há também (entre outros, por evidente, mas especialmente estes) o reconhecimento dos direitos sociais à educação, à saúde, ao trabalho, à moradia, à segurança e à previdência social.

A CF determina, também, que a Administração Pública direta e indireta deverá obedecer, especialmente, aos princípios da *legalidade*, *impessoalidade*, *moralidade*, *publicidade* e *eficiência*.

Ao mesmo tempo, destaca ser necessária a defesa de uma *ordem econômica* (CF/88, art. 170) com a observância dos princípios da livre concorrência e da redução das desigualdades regionais e sociais (*relembrem-se as palavras de Marcílio Marques Moreira, exordialmente destacadas*).

A propósito, a Constituição estabelece, no art. 173, § 4º (embora não falando que a *lei* seja necessariamente a *penal*): “A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”.

Através do prisma da sustentação do Sistema Financeiro Nacional (CF/88, art. 192), deve ele estar estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do país e a servir aos interesses da coletividade, sem descuidar da ordem social (CF/88, art. 193), que tem “como objetivo o bem-estar e a justiça sociais”.

Específica e diretamente relacionado à matéria principal enfocada, o art. 194 da Constituição dispõe que a “seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social”, competindo ao Poder Público organizar a seguridade, atendendo-se a vários objetivos, dentre os quais se destaca, sobremaneira, a equidade na participação de custeio.

Em complemento, o art. 195 assenta que a seguridade social será financiada por toda a sociedade, mediante contribuições sociais:

I – do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidente sobre:

- a) a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício;
- b) a receita ou o faturamento;
- c) o lucro;

É fundamental, também, o art. 203 da Constituição, que afirma ser a assistência social um direito independente de contribuição (característica vinculada diretamente ao princípio da solidariedade).

Diante de tais considerações (*simples, é verdade, mas também complexas*), destaca-se que muitos delitos cometidos em detrimento do Estado e que também se enquadram numa classificação como *delitos econômicos* têm características próprias que demandam averiguação mais detalhada, especialmente diante de um ordenamento jurídico que apresenta as características mencionadas.

Não temos dúvidas em afirmar que a Constituição ocupa função central no sistema vigente, irradiando efeitos sobre o ordenamento infraconstitucional. Pode-se dizer que seus comandos se traduzem como *ordenadores* e *dirigentes* aos criadores e aos aplicadores das leis.

Como salienta Maria Fernanda Palma (2006, p. 106-107),

a Constituição que define as obrigações essenciais do legislador [e complementa-se: do Judiciário também!] perante a sociedade. Ora, esta função de protecção activa da Sociedade configura um

Estado não meramente liberal, no sentido clássico, mas promotor de bens, direitos e valores.

Compreende-se ser necessária uma *superação* (mas não *afastamento*) da concepção tradicional (liberal) de que existem (unilateralmente) apenas direitos *fundamentais individuais*.

Pelo prisma de uma sociedade plural e do Direito Constitucional vigente, a ideia de Justiça também está vinculada diretamente à imposição de deveres (não só do Estado, mas também dos particulares) (ZAGREBELSKY, 2005, p. 86).

Os deveres fundamentais são, portanto, posições que se traduzem como quotas-partes constitucionalmente (por isso, *deveres* materialmente fundamentais) exigidas de cada um e, conseqüentemente, do conjunto dos cidadãos para o bem comum (NABAIS, 1998, p. 73; PÉREZ LUÑO, 2005, p. 110).

Em nosso sentir, Adolfo Bidart (2006, p. 24-25) é preciso quando define que

la mera formulación de los derechos humanos con el alcance indicado revela la necesidad de su complementación con los deberes humanos, que tienen igual significación y trascendencia que aquellos con los que mutuamente se deslindan y garantizan en su ejercicio o realización. Los derechos humanos en cada hombre requieren, para su efectiva existencia, igual fundamento o base, de deberes de igual jerarquía e significación.

Sistemicamente falando, compreende-se que a todos os direitos se apresentam *correlatos* (não no sentido da obrigação individual, mas em sentido lato) e *necessários* deveres constitucionais, de modo que não se imagina o desenvolvimento de um pensamento jurídico que não leve também em consideração essa *dupla face interligada e conexas de preceitos*.

Ao abordar os problemas decorrentes das relações entre a Constituição e a lei em sua obra *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*, Canotilho (2001, p. 11) reconhece que o núcleo essencial do debate que propõe está “no que deve (e pode) uma constituição ordenar aos órgãos legiferantes e o que deve (como e quando deve) fazer o legislador para cumprir, de forma regular, adequada e oportuna, as imposições constitucionais”. Em suas palavras,

a idéia de “vinculação constitucional” é, nos seus contornos gerais, extremamente simples e, segundo se crê, indiscutível: no Estado de Direito Democrático-Constitucional todos [todos, repise-se!]

os poderes e funções do Estado estão juridicamente vinculados às normas hierarquicamente superiores da constituição (CANOTILHO, 2001, p. 248).

García de Enterría (2001, p. 63-64) expõe seu pensamento na mesma linha, ao sustentar que

la vinculación normativa de la Constitución afecta a todos los ciudadanos y a todos los poderes públicos, sin excepción, y no sólo al Poder Legislativo como mandatos o instrucciones que a éste sólo cumpliese desarrollar – tesis tradicional del carácter “programático” de la Constitución –; y entre los poderes públicos, a todos los Jueces y Tribunales – y no sólo al Tribunal Constitucional.

Retomando, percebe-se que Canotilho (e, entendemos, também García de Enterría) sustenta, em suma, que os princípios, regras e valores fornecem diretivas materiais de interpretação das normas constitucionais, gerando, assim, uma vinculação ao legislador (e aos *demais órgãos e poderes*), de “modo a poder dizer-se ser a liberdade de conformação legislativa positiva e negativa vinculada pelos princípios jurídicos” (CANOTILHO, 1992, p. 178; BOROWSKI, 2003, p. 61).

Especificamente no problema atinente aos desvios (*lato sensu*) do Poder Legislativo, Canotilho (2001, p. 261) destaca que, diante de situações de *manifesto arbítrio, irracionalidade e discriminação injustificada*, é corrente a admissibilidade do controle de constitucionalidade arrimada (comumente) em violação ao princípio da proibição do arbítrio, do princípio da proibição do excesso [também do princípio da proibição de proteção deficiente, *que integra a verdadeira proporcionalidade*] e do princípio da igualdade.

Importa ora apontar – mesmo que rapidamente – alguns princípios fundamentais tidos como relevantes e influentes em matéria penal (e também *incidentes* na seara do Direito Penal Econômico):

- Princípio da dignidade da pessoa humana (SARLET, 2002, p. 62): implica um complexo de *direitos e de deveres fundamentais* que assegurem a pessoa contra qualquer ato de cunho degradante e que lhe garantam as condições existenciais mínimas para uma vida saudável. Atentar também ao que diz Häberle: não esvaziar o conteúdo do princípio pela simples alegação genérica para todas situações.
- Princípio do devido processo legal (art. 5º, inciso LIV, CF): amplitude para que se garantam não só os direitos fundamentais dos processados, mas que não haja *desvirtuamento* do procedimento para a devida apuração dos fatos.

- Princípio da legalidade: essencial, mas que, em sede processual penal, não pode ser *lido* de forma literal.
- Princípio da inocência: necessita de uma análise ampla do que efetivamente comporta ser colocado no espectro de sua abrangência.
- Princípio da igualdade: decorrente do princípio da justiça. A *pedra de toque* está em saber qual o critério racional e razoável – sem arbitrariedade –, devidamente justificado que, atendendo estrita e materialmente aos ditames constitucionais, permite estabelecer discriminações entre pessoas e fatos de modo não a fragilizar o princípio em voga, mas, do contrário, a reforçá-lo. A fórmula utilizada pelo Tribunal Constitucional Alemão, nesse diapasão, é a de que o legislador está vinculado ao princípio geral da igualdade no sentido de que não pode tratar arbitrariamente de forma desigual o que é essencialmente igual, como não pode tratar arbitrariamente igual o que é essencialmente desigual (BOROWSKI, 2003, p. 191).
- Princípio da solidariedade: Carmona Cuenca (2000, p. 76) discorre no sentido de que “el denominado principio de solidaridad legitima una normativa sociopolítica a través de la cual se distribuyen justamente las cargas e se suavizan perjuicios de determinados grupos sociales com la conseguiente carga para otros estratos”⁵.
- Princípio da proporcionalidade: em seus três subprincípios – da adequação entre meios e fins, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito.

Citado por Cláudia Maria Cruz Santos em *O Crime de colarinho-branco*, Aristóteles – há muito! – já dizia que

os crimes mais graves são causados pelo excesso [diria eu: pela ganância], e não pela necessidade. Há crimes cujo motivo é a carência... Mas a carência não é o único incentivo ao crime; os homens desejam porque querem satisfazer alguma paixão que os devora.

Avançando no tema, há de se perguntar se seria possível falar em *periculosidade do delinquente econômico* e, umbilicalmente ligado ao questionamento, o que se deveria tomar por conceituação de *violência*.

José Ricardo Sanchis Mir, licenciado em Psicologia pela Universidade de Valência, e Vicente Garrido Genovês, doutor em Psicologia e graduado em Criminologia, em conhecida obra intitulada *Delincuencia*

⁵ Assim, há que se atentar, especialmente, para o conteúdo das normas dos arts. 192, 194, 195, 203 e 204 da Constituição Federal.

de Cuello Blanco (1987, p. 91)⁶, referem que a falta de *violência direta* de enfrentamento com a vítima e o fato da não intencionalidade de dano físico são dados a serem considerados na hora de explicar por quais motivos as pessoas reagem diante dos delitos de colarinho-branco com certa neutralidade moral. Isso se deve ao fato de que os atos que causam dano direto, imediato e concreto a uma vítima real, específica e personalizada – caso dos *delitos comuns* – provocam (como regra) maior resistência e reprimenda social do que os atos em que a vítima está totalmente ausente, e é impessoal, anônima ou totalmente não identificada, ou quando a vítima é uma abstração – casos da grande maioria dos delitos de colarinho-branco.

Os autores prosseguem e afirmam (p. 76-77), de forma bastante tranquila, que os delitos de colarinho-branco possuem efeitos mais devastadores sobre a sociedade que os *delitos comuns*, os quais têm relativamente pouco efeito sobre as instituições e a organização social.

São certos ao destacar (p. 78) que os delitos de colarinho-branco podem incidir também de um modo mais direto na delinquência comum, criando mais pobreza, mais miséria e mais desesperança.

Dizemos nós: é preciso acabar com a *imagem benévola* (do *bom homem de negócios*) atribuída, como regra, ao delincente do colarinho-branco.

Em sua obra mais clássica, Sutherland já destacava que o ponto mais significativo que diferencia o criminoso do colarinho-branco do criminoso comum reside nos conceitos que têm de si mesmos e do conceito que tem o público sobre eles. O criminoso comum se vê como um delincente e assim é visto pelo público em geral. O criminoso do colarinho-branco, ao contrário, se vê como um cidadão respeitável e, de modo geral, assim é considerado pelo público em geral.

Seguindo a fórmula iluminista (ainda muito seguida quase que cegamente por muitos no Brasil), que visualiza a periculosidade apenas no *criminoso de sangue* – ou em outras fórmulas de criminalidade (também tradicional) *violenta* –, parcela bastante significativa da doutrina e da jurisprudência (inclusive a própria sociedade, de modo geral) não se apercebeu (ou não enfrenta com o devido rigor jurídico) de que a personalidade de criminosos dessa natureza desborda de todos os limites éticos toleráveis em uma sociedade atual⁷.

⁶ Sanchis Mir e Garrido Genovés, em sua obra original, fazem referência aos seguintes autores: ROSS, 1907; SUTHERLAND, 1940; CLINARD; QUINNEY, 1973; FATAH, 1976; WALSH; SCHRAM, 1980; SHRANGER; SHORT, 1980; VAUGHAN, 1980; TOMLIN, 1980; STOTLAND.

⁷ Como pontuam Bajo e Bacigalupo (2001, p. 51), “no se puede dudar que el nivel ético en el ámbito económico es realmente muy bajo”.

Mais grave: a pauta comum revela que a reprovação social aumenta na medida em que a lesão deixa de afetar interesses públicos para lesionar interesses privados. Em razão disso, há uma indução a ignorar todas as gravíssimas consequências advindas de suas ações criminosas, guindadas e pautadas unicamente pela ganância em detrimento do corpo social.

Pablo Galain pontua com exatidão (2004, p. 137):

A pesar de que, en particular, pensamos que es mucho mayor da-
ñosidad la que ocasiona la delincuencia económica que la delin-
cuencia común o tradicional, no podemos negar que la sociedad
en general siempre reaccionará con mayor vehemencia y exigirá
mayor gastigo para con los delincuentes comunes que para los
económicos.

Salvo hipóteses de crimes extremamente graves que atinjam di-
retamente a individualidade, defende-se que, em verdade, os delitos
econômicos são (e deveriam ser) considerados como mais repreensíveis
que certas infrações clássicas (SEOANE SPIEGELBERG, 2000, p. 80).

Bajo e Bacigalupo afirmam de maneira categórica que, embora
um observador superficial veja esses criminosos econômicos como ho-
noráveis cidadãos favorecidos pelo destino, o certo é que a combinação
de uma forte potencialidade criminal e de uma grande capacidade de
adaptação social os faz uns dos criminosos mais perigosos, periculosi-
dade esta que se acentua a ponto de se ignorar todo o limite ético.

Valendo-se de uma fórmula que tenta explicar a delinquência
econômica denominada *Psicograma de Mergen*, os autores acrescentam
ainda que os criminosos dessa natureza apresentam outras característi-
cas que merecem destaque:

- a) somente atribuem valor aos bens materiais, sendo impulsionados por
uma avidez na busca incontrolável do proveito material;
- b) são egocêntricos, sofrendo de fria solidão, que compensam se mos-
trando generosos, pródigos e caritativos⁸;
- c) utilizam-se de suas inteligências para o êxito imediato;
- d) não se consideram criminosos.

⁸ Confira-se, também, LIRA, 1995, p. 356.

Efetivamente, o delinquente econômico que pratica a ação de forma dolosa e organizada para atingir suas finalidades espúrias, guindado por seu comportamento tipicamente racional, além de influente e poderoso – como regra –, deve ser tomado como um dos criminosos mais frios, pois, impulsionado pelo anseio de maiores lucros, age sabendo que os riscos de sua conduta delituosa têm sido menores que o efeito de suas ações.

Não hesitamos em afirmar que a prática reiterada e permanente de delitos econômicos representa uma ameaça à ordem pública.

Como diz Mário Luis Cipriani (2001, p. 58), tais condutas apresentam uma

periculosidade silenciosa, maligna, amorfa e sub-reptícia alarmante que merece [especialmente] por parte do Judiciário uma enérgica e corajosa tomada de atitude para coibir, quando chamada a atuar dentro do devido processo legal, a prática desses delitos causadores da falência da Nação.

Defendemos que os delinquentes econômicos devem ser considerados, *em determinadas circunstâncias*, tão ou mais perigosos que o *infrator comum* (que atentam contra bens individuais), pois as condutas praticadas por eles são tão danosas que retiram da sociedade os (já escassos) recursos financeiros, levando (*também por isso*) muitos à morte ou à indignidade de uma vida marcada pela miséria absoluta.

Na verdade, como dizem Bajo e Bacigalupo (2001, p. 56),

constituye lugar común de toda teoría de sociología criminal la necesidad de acabar con la imagen benévola que se ha creado en relación con esta actividad delictiva. Es necesario acabar con el respecto y la admiración al delincuente de cuello blanco, pasando de ser un “honorable ladrón” que comete “delitos de caballeros” para pasar a ocupar el papel que le corresponde.

Aliás, sobre isso, convém acentuar que *não* se tem difundido no Brasil que Ferrajoli reconhece expressamente o desenvolvimento de uma *nova criminalidade*, “de la cual provienen las ofensas más graves a los derechos fundamentales: la criminalidad del poder [...]” (FERRAJOLI, 2008, p. 200).

De igual forma, costuma-se ignorar o alerta feito por Ferrajoli no sentido de que o Estado deve preocupar-se notadamente com as infra-

ções cometidas pelos *caballeros* – corrupção, balanços falsos, valores sem origem e ocultos, fraudes fiscais ou lavagem de dinheiro –, ao contrário do que normalmente se faz em relação à propaganda da necessária punição exclusiva dos crimes que *ocorrem nas ruas* (FERRAJOLI, 2008, p. 254).

A professora Anabela Miranda Rodrigues advoga que o modelo socializador atrelado à execução das penas privativas de liberdade não produziu as mudanças desejadas: a criminalidade não decresceu, a violência social não reduziu, o sistema (como um todo) tornou-se mais lento, as prisões restaram mais lotadas e o clima dentro dos cárceres piorou visivelmente. Em sua compreensão, a finalidade de (res)socialização na execução por intermédio da pena de prisão afigura-se anacrônica, mormente porque, intuiti, a crise se deve ao fato de, em muitos países, a tentativa de reintegração social estar combinada com penas de duração indeterminada. A preocupação maior deveria estar em que se evitasse a própria dessocialização do recluso enquanto na prisão, conferindo-lhe condições gerais de vida que se aproximem da vida em liberdade, bem como preparar a própria sociedade para receber os ex-reclusos (RODRIGUES, 2002, p. 148, 151, 152, 156 e 163)⁹.

Compreende a mestra lusitana que a pena deveria ser dirigida à prevenção de outros crimes, mas repousando na concepção de que a privação de liberdade deva constituir a *ultima ratio* da política criminal, minimizando-se seu efeito negativo e criminógeno, também se efetuando sua substituição, sempre que possível, por penas não institucionais, deflacionando-se a utilização da pena prisional (RODRIGUES, 2002, p. 31 e 49).

Em obra das mais detalhadas acerca da pena de prisão sob o enfoque *tradicional*, Bitencourt faz precioso levantamento histórico e da evolução das penas privativas de liberdade, dos sistemas penitenciários e das teorias das penas, concluindo, tal como Anabela Miranda Rodrigues, que o ambiente carcerário, na maior parte das prisões do mundo, não apresenta condições materiais e humanas para permitir a reabilitação do recluso, pois a prisão, ao invés de frear a delinquência, parece incitá-la. Além disso, após a libertação, têm-se verificado altos índices de reincidência, o que pode ter como causa a dificuldade de o ex-recluso encontrar trabalho na comunidade ou a não aceitação pelos demais membros de sua condição (BITTENCOURT, 2004, p. 140, 154-157 e 162).

⁹ No mesmo sentido, ROEMER (2001, p. 448-449): “la situación en que se encuentra el sistema penitenciario genera un gran costo social, ya que no cumple con los objetivos de readaptación, no capacita al recluso para ejercer trabajo, no le proporciona una educación adecuada, no le ayuda a vivir con dignidad [...]”.

Suas conclusões são absolutamente corretas. Ao menos para nós.

Não há que se olvidar de quem, efetivamente, compõe (em quase a totalidade dos países) a *massa carcerária*.

De relevo acentuar que Bitencourt (2004, p. 125 e 164) admite dado muito relevante quando diz que

não se deve ignorar, por outro lado, que a reincidência e a multirreincidência se produzem nos mais diferentes âmbitos da vida social, como é o caso dos delitos econômicos, em que a corrupção e o tráfico de influências são características frequentes e conseguem, em regra, elidir a ação do sistema penal. Essa desigualdade de tratamento entre os chamados “crimes do colarinho-branco” e os praticados pelas classes inferiores também influi na elevação do percentual de reincidência.

O autor reconhece que é possível “aceitar que o homem médio em situações normais seja influenciado pela ameaça da pena”, podendo-se fazer o aporte de tal consideração para a discussão em tela, pois, salvo demonstração em contrário, os delinquentes econômicos se situam normalmente em patamar intelectual superior daqueles que possam ser considerados homens médios à luz da tradicional doutrina penal.

De fato, como acentua ainda a mestra Anabela Miranda Rodrigues (2002, p. 45), reportando-se a Popper, o conhecimento empírico se faz pela acumulação de verdades. Nessa senda, a contribuição empírica põe em evidência que os efeitos da pena de prisão, para quem (destinatários) e como (modo) aplicada, são, em verdade, dessocializadores, criando inclusive dificuldades ulteriores quando do regresso do recluso à comunidade.

Crê-se que as premissas de raciocínio retromencionadas não se sustentam em relação à delinquência econômica, na medida em que criminosos desse jaez – afora o dado essencial de estarem sempre *inseridos* socialmente ou então não encontrarem dificuldades para eventual reinserção – naturalmente se situam à margem desse problema.

Reportando-se a Aristóteles, Juarez Freitas (2005, p. 33-48) afirma que, “com exata dose de prudência, haverá autêntica *mudança paradigmática*”, se “soubermos enfrentar as coisas que devem ser enfrentadas e pelo devido motivo, da maneira e na ocasião devidas”.

A mudança paradigmática reclama (também aqui) uma readaptação do (reiterado e, muitas vezes, irrefletido) pensamento doutrinário e jurisprudencial quanto ao tema da ressocialização dos agentes nos

delitos econômicos. Essa mudança demanda, em verdade, considerar a necessidade de se estabelecerem *premissas novas* sobre todo o sistema que trata desse tipo de criminalidade (KREMPEL, 2005, p. 111).

A temática está diretamente vinculada a questões anteriormente referidas. Argumentar, como se tem feito, que não seria *recomendável* a aplicação de pena privativa de liberdade para agentes que praticam delitos econômicos, porque a pena não tem cumprido sua função ressocializadora, significa (no mínimo) *incorrer no equívoco de não considerar que criminosos* desse jaez precisam ser vistos com características diversas e de como devem ser analisadas suas ressocializações.

Por estarem *inseridos* socialmente, na grande maioria das vezes, nos mais altos estratos, a ressocialização que se deve buscar quanto aos delinquentes econômicos está centrada na necessidade de fazer com que repensem seus modos de agir, marcados pela ganância e cupidez em detrimento do interesse coletivo.

Como pondera Mailard (1995, p. 98),

ao banqueiro ou ao responsável político pelos quais passam as novas formas de criminalidade não é necessária a aplicação de uma prática de *reinserção*, porque é justamente o seu nível superior de socialização – o seu capital social – que lhes fornece os meios da delinquência.

Sob a ótica tradicional, não há qualquer sentido em tentar ressocializar delinquentes que se veem, e também são vistos pelos demais integrantes da coletividade, como símbolos e expoentes do sistema, verdadeiros exemplos que alcançaram o sucesso.

Angel Brandariz (2000, p. 80-81) comunga desse posicionamento e define que a pena privativa de liberdade se apresenta indicada para os fins de prevenção especial. Diz que não cabe a ressocialização sob a ótica *clássica* do delinquente econômico na medida em que sua elevada situação e imagem social não correspondem com uma *adequada socialização*, senão com a *adoção de um código ético* que pode chocar e se impor a interesses socialmente valorizados. Por fim, a pena privativa de liberdade não traz para esses casos um de seus sérios inconvenientes, a estigmatização social e conformação de uma identidade delinquente, dadas as características pessoais e socioeconômicas dos agentes.

A premissa de que haveria possibilidade de dessocialização no cárcere (LÓPEZ, 2004, p. 33, 46 e 47) não se sustenta em relação ao *delinquente* de que ora se trata.

Anabela Rodrigues (1995, p. 673, 674 e 678) traz – novamente! – luzes necessárias para permitir o desbravamento dos caminhos a serem percorridos com menores riscos em face da escuridão que se apresenta a dogmática nesta seara. Considerando como fatores relevantes para a determinação da pena preventiva, reporta-se ao *fato em si* e ao *agente*. Com relação à lesão ou perigo de lesão do bem jurídico protegido (fato), deve-se contabilizar como é sentida (maior ou menor escala) a necessidade de pena pela comunidade, bem como para estabilização das expectativas na validade das normas jurídico-penais (prevenção geral). Já a personalidade desempenha um papel prevalente para avaliar a pena necessária a satisfazer exigências de prevenção especial, na medida em que se poderá fundamentar a decisão para que se logre evitar o cometimento de mais crimes no futuro pelo delinquente.

Padecendo-se da mesma carência de Sutherland em suas pesquisas há mais de décadas, também aqui, forçoso reconhecer, não há elementos empíricos *certos* que possam embasar a tese de que a pena privativa teria o condão de *ressocializar* delinquentes econômicos. A carência se dá exatamente porque não são aplicadas efetivamente, muito menos executadas, penas privativas de liberdade para tais delinquentes.

Galain (2004) acrescenta que

este tipo de delincente no requiere ser resocializado, empero, en cuanto atañe a la función preventiva especial, influye en la psiquis del infractor, puesto que se traduce en una pérdida de status por parte de un sujeto que goza de la simpatía de los medios de comunicación y de las clases sociales y políticas más influyentes.

No que concerne às consequências dos delitos econômicos (e os *custos sociais* deles decorrentes), temos plena tranquilidade em assentar que, regra geral (sob a *ótica dos resultados econômicos*), possuem os efeitos mais lesivos se comparados com aqueles da *delinquência tradicional*.

É hialino também – e já apurado à exaustão – que, diferentemente do que se dá em relação aos *aspectos criminológicos tradicionais*, o delinquente do colarinho-branco – regra geral – efetua o verdadeiro *cálculo custo-benefício* em relação aos resultados que decorrem de sua conduta e às possíveis implicações (penas) impostas decorrentes do sistema legal.

Bajo e Bacigalupo (2001, p. 63) defendem abertamente que “es la pena privativa de libertad la más adecuada para el castigo de los delitos económicos como respuesta a las exigencias, de proporcionalidad (con la gravedad del hecho y la culpabilidad) y la necesidad de una prevención general”.

Os autores prosseguem ocorrendo-se também a Tiedemann, afirmando que

las penas cortas privativas de libertad son aquí de especial interese porque las dificultades que se le atribuyen para la función de re-socialización carecen aquí de sentido, ya que el delincuente de las capas altas y medias de la sociedad no está normalmente necesitado de ello.

Encerram ponderando que “el cumplimiento de penas cortas produce un efecto intimidante a nivel individual y social que no puede relegarse al olvido”, na medida em que “si hay algún delito en el que no está indicada la aplicación de la condena condicional es precisamente en los delitos económicos”¹⁰.

Abordando a legitimação da pena, Höffe (2003, p. 97-98)¹¹ defende que a violação dos direitos pode ser vantajosa no caso individual, impondo-se ao “Estado – para afastar esse benefício indevido – a obrigação de criar uma ‘desvantagem que deve, em princípio, ser dimensionada em grau tão elevado que ela sobrepuje a vantagem’”.

A rigor, diz ele que

o dano esperado, isto é, o produto a partir da punição esperável e da probabilidade de ser punido, deve ser maior do que o lucro esperado, pois somente então quem cometer consciente e intencionalmente a violação do direito sabe que ela não compensa.

Também Zugaldía Espinar (apud CIPRIANI, 2005, p. 76) reconhece que, para evitar crimes que lesionem ou coloquem em perigo interesses fundamentais que se constituam em pressupostos imprescindíveis para a vida em sociedade (os bens jurídicos), a única pena legítima e eficaz seria aquela com a utilidade de alcançar esses intentos preventivos de uma maneira geral intimidatória ou preventivamente especial.

Roemer também assinala que “el delincuente conoce o cree conocer la posibilidad de ser capturado y la severidad del castigo, también

¹⁰ No mesmo sentido, RIGHI, 1991, p. 313.

¹¹ Roemer (2001, p. 79, 223 e 224) também assinala que “el delincuente conoce o cree conocer la posibilidad de ser capturado y la severidad del castigo, también estima el valor que tiene el objeto en cuestión y los costos en los que incurre al cometer el delito”. Reportando-se a Gary Becker, a partir de trabalho intitulado *Crime and Punishment: an Economic Approach*, acresce que “cualquier criminal se comporta como un agente racional económico pues realiza un análisis de costo-beneficio. La decisión entre dedicarse al crimen o a cualquier otra actividad legal dependerá de los retornos esperados de cada una de las actividades”.

estima el valor que tiene el objeto en cuestión y los costos en los que incurre al cometer el delito”.

Reportando-se a Gary Becker, a partir de trabalho intitulado *Crime and Punishment: an Economic Approach*, Roemer acresce que

qualquier criminal se comporta como un agente racional económico pues realiza un análisis de costo-beneficio. La decisión entre dedicarse al crimen o a cualquier otra actividad legal dependerá de los retornos esperados de cada una de las actividades (ROEMER, 2001, p. 79, 223 e 224).

A partir de uma análise econômica do Direito Penal (*lato sensu*), Silva Sánchez (2004, p. 11) também diz que há uma racionalidade na ação delitiva quanto ao cálculo dos custos e vantagens que cada ação proporciona ao delinquente. Diante dessa premissa, defende que um sujeito somente cometerá um fato delitivo se, e somente se, a sanção esperada for inferior às vantagens privadas esperadas com a realização do ato.

Essa, por igual, é a compreensão temática de Schünemann (2002, p. 64), ao sustentar que o mecanismo específico de eficácia do Direito Penal – diferentemente do Direito Administrativo ou Civil – consiste em estabelecer custos muito superiores aos benefícios do delito.

Tiedemann (1993, p. 273-274) destaca que, em pesquisa realizada por Breland, pôde-se concluir que a eficácia intimidatória das penas pecuniárias para agentes que praticam delitos econômicos é muito baixa. Somente a certeza de uma persecução penal com condenação privativa de liberdade de curta duração, e que não permita a suspensão condicional, constitui um meio eficaz para dissuasão.

Assim, talvez de modo pouco diferencial em relação aos *delinquentes tradicionais*, parece mais aceitável o modelo de *homo economicus* para a delinquência que ora se analisa (SILVA SÁNCHEZ, 2004, p. 17), na medida em que, pela natureza da prática criminosa, tal como já destacado anteriormente, o delinquente econômico exercita cálculo utilitarista dos custos e benefícios de suas práticas em face de eventuais consequências que possa sofrer acaso descoberto e punido.

Cláudia Cruz Santos (2001, p. 175 e 178) defende que

as teorias da escolha racional e da prevenção situacional parecem assentar-lhes como uma luva: a sua ponderação dos custos e dos benefícios associados à infração poderá dissuadi-los da prática da mesma caso as oportunidades sejam menores e as possibilidades de detecção e sancionamento maiores.

Tem-se que delinquentes dessa natureza, por via de regra *homens honrados*, são aqueles que mais temem sofrer as sanções jurídico-criminais (especialmente contra suas liberdades), malgrado confiem que suas ações delituosas não serão descobertas, que serão absolvidos, que conseguirão obter a suspensão condicional da pena, a liberdade condicional ou, no máximo, outra similar que implique, de fato, liberar-se do cumprimento de pena que lhes traga qualquer estigmatização (DORADO MONTERO, 2003, p. 63-65).

Não só porque já previstas cumulativamente às penas privativas de liberdade (como regra geral) nos delitos econômicos, as penas de multa (isoladamente) ou então a substituição das privativas de liberdade por restritivas de direitos, como princípio, não são eficazes, visto que implicam, pensa-se¹², verdadeiro estímulo à prática delitiva.

Ciente da procedência da assertiva de Uría (apud SUTHERLAND, 1999, p. 49) – de que “la caída de un pez gordo es como una revolución en un hormiguero”, pois “significa que las reglas del juego se han alterado”¹³ – compreende-se que penas privativas de liberdade curtas, severas e de impacto, porém certas¹⁴, tal como já demonstrado anteriormente como as mais eficazes¹⁵, apresentam-se como aquelas que, regra geral, para delitos econômicos graves, podem garantir a proteção do sistema e atingir os efeitos penais que se têm como mais consentâneos aos delinquentes desta natureza¹⁶.

Galain (2004, p. 161) assevera que

la criminología, hoy en día, nos dice que la pena corta privativa de libertad, a pesar de ser la más criticada y, por unanimidad de cri-

¹² Kelsen (2001, p. 9) defende que “o estado da ciência atual não nos permite, ainda, uma compreensão clara do nexos de causalidade entre os fenômenos sociais e não dispomos de experiência suficiente que nos habilite afirmar quais são os meios mais apropriados para a realização de determinados fins sociais”. Para tomar uma decisão, complementa, o legislador [também o Judiciário] “precisaria conhecer o efeito causado pela ameaça das diversas penas sobre os homens com tendência a cometer os crimes que o legislador procura reprimir”. Empiricamente, há de se admitir, não existe a possibilidade *segura* de se comprovar as premissas e conclusões lançadas, pelo simples fundamento de que não se puseram em exercício prático, ao menos em nosso país, as considerações teóricas que ora se sustenta.

¹³ A propósito, vide SCHEINKMAN, 2005.

¹⁴ Abordando as penas privativas de liberdade para os delinquentes econômicos, Brandariz defende que “la previsión de una pena privativa de libertad, siempre que sea de una duración moderada, se ve legitimada también desde la perspectiva de la comparación del bien del que desposee con el bien lesionado por el fraude” (ANGEL BRANDARIZ, 2000, p. 81).

¹⁵ Defende Roemer (2001, p. 404) que “es importante destacar que la mayoría de las estimaciones realizadas muestran que los criminales son mayormente disuadidos con aumentos en la probabilidad de ser atrapados más que con aumentos en la severidad de la sanción”.

¹⁶ Confira-se, a propósito, LJRA, 1995, p. 357.

terios político-criminales, la más perjudicial para el delincuente común, es la más aconsejada para los delincuentes económicos¹⁷.

Silva Sánchez (2004, p. 44-46) defende que a pena privativa de liberdade de curta duração é uma das formas mais eficazes de sanção para esse tipo de criminalidade¹⁸.

Tratando de delitos fiscais, Anabela Rodrigues (1999, p. 484-485; 2000, p. 186), por igual, admite que a pena privativa é aquela que, em abstrato, se apresenta como a “mais adequada por ser a única capaz (eficácia) de responder às necessidades de promover a consciência ética fiscal, não se lhe podendo assacar, por seu turno, os efeitos criminógenos que normalmente andam ligados ao cumprimento deste tipo de pena”.

Alertando para que não se aplique a todos os delitos econômicos, diz ainda – com acerto que lhe é peculiar – que o que justifica a pena de prisão não é o estatuto pessoal do agente, mas a natureza da infração que praticou, para cuja prevenção a prisão se mostra particularmente adequada e eficaz.

De fato, a pena de prisão não tem, em relação ao delinquente econômico, o mesmo efeito criminógeno (talvez nenhum) que possui em relação ao delinquente tradicional, tanto porque as técnicas de aprendizagem não podem ser transmitidas ou desenvolvidas na prisão como porque não há motivos para se recluir eventuais efeitos negativos irreversíveis da experiência prisional, que, normalmente, decorre da estigmatização, da diferença social, da escassez de oportunidades e de uma imagem própria de criminoso (FIGUEIREDO DIAS, 1998, p. 383).

¹⁷ Em sua visão crítica da criminologia, Baratta (2004, p. 378-382), atacando fortemente a seletividade de punição em relação aos criminosos *comuns*, propugna que a finalidade de uma reintegração (na acepção geral e *tradicional* de sua compreensão) não deve ser abandonada, mas reinterpretada e reconstruída sobre uma base diferente, que possui dois pressupostos. O primeiro, relacionado com o conceito sociológico de reintegração, cujo objetivo imediato não é apenas uma prisão *melhor*, mas também *menos prisão*, na medida em que entende como incompatível segregar pessoas e pretender, ao mesmo tempo, reintegrá-las (destaca que, se observarmos a população carcerária, é possível apurar-se que a marginalização em seu interior é, para a maior parte dos presos, um processo secundário de marginalização que intervém depois de um processo primário). O segundo, relacionado com conceito jurídico de reintegração social, em que se deve oferecer ao detento vários serviços, que vão desde instrução geral e profissional até a oportunidade de trabalho, dentro e fora do cárcere.

¹⁸ “Combater a sonegação permite reduzir os tributos dos que pagam corretamente suas obrigações. Há, hoje, evidência empírica convincente de que a severidade e a certeza de punição diminuem a criminalidade. Os acusados de crimes econômicos nos EUA ou na França são tratados com grande rigor exatamente para dissuadir futuros criminosos potenciais” (SCHEINKMAN, 2005).

Na seara dos delitos econômicos, urge que se faça uma readaptação: tal como utilizada, a multa produz e potencializa claras situações de injustiça (FIGUEIREDO DIAS; ANDRADE, 1998, p. 360).

Concordando com Eisele (1998, p. 26), a eficácia dos efeitos preventivos da sanção criminal para os criminosos dessa natureza está mais na qualidade e no modo de execução do que na quantidade, ou seja, atende aos fins mais legítimos da prevenção a aplicação de uma pena privativa de liberdade de curta duração, ao invés de outra longa, morosa e incerta.

Já encerrando, uma vez mais cumpre rememorar célebre conclusão de Thomas Lynch (apud SANCHIS MIR; GARRIDO, 1987, p. 71), preciso em assentar que “los mayores crímenes de hoy implican más manchas de tinta que de sangre”.

O ministro Carlos Ayres Britto, do Supremo Tribunal Federal brasileiro, ínsito ao seu veio (também) poético, ousou em destacar certa feita: “Não tenho metas ou objetivos a alcançar. Tenho princípios. E na companhia deles nem me pergunto aonde vou chegar”.

Concluindo: na senda de Eduardo Galeano, conhecido escritor uruguaio, tudo o que aqui foi visto pode parecer utópico. Mas, na busca da utopia, seguindo nossos princípios (sem interesses quaisquer senão a proteção de *todos* os direitos fundamentais previstos constitucionalmente), pelo menos não ficamos parados. Estamos (e devemos sempre estar) caminhando para frente, na tentativa de apresentar algumas ideias para mudar algo no que concerne à criminalidade econômica.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Mauro Fonseca. *Ministério Público e sua investigação criminal*. 2. ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2006.

_____. *Sistemas processuais penais e seus princípios reitores*. Curitiba: Juruá, 2008

ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. Garantismo: una teoría crítica de la jurisdicción. In: CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro. (Orgs.). *Garantismo – Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. Madrid: Trotta, 2005.

ANGEL BRANDARIZ, José. *El delito de defraudación a la seguridad social*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.

BAJO, Miguel; BACIGALUPO, Silvina. *Derecho penal económico*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 2001.

BARATTA, Alessandro. *Criminología y sistema penal*. Buenos Aires: Julio Cesar Faria, 2004.

BERNAL PULIDO, Carlos. *El derecho de los derechos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005.

BIDART, Adolfo Gelsi. *De derechos, deberes y garantías del hombre común*. Montevideo, Buenos Aires: Julio Cesar Faria, 2006.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2003.

CALABRICH, Bruno. *Investigação criminal pelo Ministério Público – fundamentos e limites constitucionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2001.

_____. *Direito constitucional*. 5. ed., rev. e aum. Coimbra: Almedina, 1992.

CARBONELL, Miguel. La garantía de los derechos sociales en la teoría de Luigi Ferrajoli. In: CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro. (Orgs.). *Garantismo – Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. Madrid: Trotta, 2005.

CARMONA CUENCA, Encarnación. *El estado social de derecho en la Constitución*. Madrid: Consejo Económico y Social, 2000.

CIPRIANI, Mário Luís Lírio. A aplicação da pena privativa de liberdade aos *white-collar criminals*. *Revista Jurídica*, Sapucaia do Sul, RS, v. 49, n. 289.

CIPRIANI, Mário Luís Lírio. *Das penas, suas teorias e funções no moderno direito penal*. Canoas: Ulbra, 2005.

DORADO MONTERO, Pedro. *Bases para um nuevo derecho penal*. Barcelona: Anacleto, 2003.

EISELE, Andreas. *Crimes contra a ordem tributária*. São Paulo: Dialética, 1998.

FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y garantismo*. Madrid: Trotta, 2008.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Breves considerações sobre o fundamento, o sentido e a aplicação das penas em direito penal econômico. In: *Direito penal económico e europeu: textos doutrinários*. v. 1. Coimbra: Coimbra, 1998.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de; ANDRADE, Manuel da Costa. Sobre concepção e os princípios do direito penal econômico In: *Direito penal económico e europeu: textos doutrinários*. v. 1. Coimbra: Coimbra, 1998.

FISCHER, Douglas. *Delinquência econômica e estado social e democrático de direito*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006.

_____. O que é garantismo penal (integral)? In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo. (Orgs.). *Garantismo penal integral – Questões penais e processuais penais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil*. Salvador/Brasília/Juspodivm/ESMPU, 2010.

FREITAS, Juarez. Princípio da precaução: vedação de excesso e de inoperância. *Revista de Interesse Público*, Nota Dez, Porto Alegre, v. 35, jan. 2005.

GALAIN, Pablo. *Delitos económicos*. Buenos Aires: Julio César Faria, 2004.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La constitución como norma y el tribunal constitucional*. 3. ed. Madrid: Civitas, 2001.

GASCÓN ABELLÁN, Marina. La teoría general del garantismo: rasgos principales. In: CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro. (Orgs.). *Garantismo – Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. Madrid: Trotta, 2005.

GONÇALVES, Luiz Carlos dos. *Mandados expressos de criminalização e a proteção de direitos fundamentais na Constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Fórum, 2008.

HÖFFE, Otfried. *O que é justiça?* Porto Alegre: Edipucrs, 2003.

KELSEN, Hans. *O que é justiça?* São Paulo: Martins Fontes, 2001.

KREMPEL, Luciana Rodrigues. O crime de colarinho branco: aplicação e eficácia da pena privativa de liberdade. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 54, 2005, p. 111.

LIRA, Antiógenes Marques de. Macrocriminalidade. *Revista dos Tribunais*, n. 719, set. 1995.

LÓPEZ CONTRERAS, Rony Eulálio. *La sustitución de las penas privativas de libertad. Aspectos procesales y penales*. San Sebastián: Instituto Vasco de Derecho Procesal, 2004.

MAILARD, Jean de. *Crimes e leis*. Lisboa: Instituto Piaget, 1995.

MARTÍ MÁRMOL, José Luis. El fundamentalismo de Luigi Ferrajoli: un análisis crítico de su teoría de los derechos fundamentales. In: CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro. (Orgs.). *Garantismo – Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. Madrid: Trotta, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira. Os Direitos Fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. *Revista Jurídica Virtual*, Brasília, v. 2, n. 13, jun. 1999.

_____. Os Direitos Fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n. 8, 2004.

NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos*. Coimbra: Almedina, 1998.

PALMA, Maria Fernanda. *Direito constitucional penal*. Coimbra: Almedina, 2006.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Dimensiones de la igualdad*. Madrid: Dykinson, 2005.

PRIETO SANCHÍS, Luis. *Constitucionalismo y garantismo*. In: CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro. (Orgs.). *Garantismo – Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. Madrid: Trotta, 2005.

RIGHI, Esteban. *Derecho penal economico comparado*. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1991.

RODRIGUES, Anabela Miranda. *A determinação da medida da pena privativa de liberdade*. Coimbra: Coimbra, 1995.

_____. Contributo para a fundamentação de um discurso punitivo em matéria fiscal. In: *Direito penal económico e europeu: textos doutrinários*. Coimbra: Coimbra, 1999.

RODRIGUES, Anabela Miranda. *Novo olhar sobre a questão penitenciária*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2002.

ROEMER, Andrés. *Economía del crimen*. Ciudad de México: Limusa, 2001.

SANCHIS MIR, José Ricardo; GARRIDO GENOVÉS, Vicente. *Delincuencia de cuello blanco*. Madrid: Instituto de Estudios de Policía, 1987.

SANTOS, Cláudia Maria Cruz. *O crime do colarinho branco*. Coimbra: Coimbra, 2001.

SARLET, Ingo. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 2. ed. rev. e aum. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SCHWEINKMAN, José Alexandre. *As elites e a sonegação*. Disponível em: <http://www.princeton.edu/~joses/na/folha/Folha_31_07_2005>. Acesso em: 25 abr. 2010.

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*. Madrid: Tecnos, 2002.

SEOANE SPIEGELBERG, José Luis. El delito de defraudación tributaria. In: GARCÍA NOVOA, César; LÓPEZ DÍAS, Antônio (Orgs.). *Temas de derecho penal tributario*. Madrid: Marcial Pons, 2000.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Eficiência e direito penal*. Coleção Estudos de Direito Penal. v. 11. São Paulo: Manole, 2004.

SUTHERLAND, Edwin H. *El delito de cuello blanco*. Madrid: Ediciones de La Piqueta, 1999.

TIEDEMANN, Klaus. *Lecciones de derecho penal económico* (comunitario, español, alemán). Barcelona: PPU, 1993.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Ley, derechos, justicia. 6. ed. Madrid: Trotta, 2005.

A ATUALIDADE DE EDWIN H. SUTHERLAND

EDUARDO VIANA PORTELA NEVES

I

O objetivo, o ponto de partida e até mesmo o crescente interesse no debate criminológico sobre a temática têm sido, salvo melhor juízo, o incremento da criminalidade econômica e o controle que sobre elas exercem ou não as leis, especialmente as leis penais. Em países como o nosso, procedimentos penais exitosos contra crimes dessa natureza são raros, mas, por outro lado, os últimos anos foram prodigiosos e demonstram, ao menos, especial atenção da doutrina a esse tipo de delito.

É sobre esse interesse nacional e internacional acerca dos modelos de política criminal direcionados ao combate da delinquência econômica que se pretende, brevemente, esboçar uma descrição dos seus aspectos criminológicos, procurando identificar a realidade criminológica e as respostas penais para combatê-la.

De início, antes de fixarmos os pontos principiantes deste debate, é preciso deixar clara a premissa de que o interesse em recorrer ao Direito Penal para combater esse tipo de criminalidade, com reformas legislativas, não é determinado unicamente pelos escândalos econômicos, mas sim por *um necessário e imperativo processo de modernização do Direito Penal, cujo objetivo é restaurar e preencher os espaços de impunidade surgidos com a sociedade de risco.*

Feita a advertência, cumpre estabelecer os pontos-guia desta exposição:

- Breve abordagem do nascimento e difusão da criminologia.
- Apresentação do nascimento da preocupação criminológica com os delitos econômicos.
- Verificação e análise do principal obstáculo à criminologia econômica.
- Contextualização da temática com o atual modelo político-criminal e do tratamento jurídico penal dispensado à criminalidade econômica destacando-se, por isso mesmo, a atualidade do pensamento de Sutherland.

II

A Criminologia é uma ciência empírica e interdisciplinar que nasceu nos fins do século XIX na Europa. Todavia, o berço europeu de nascimento da disciplina foi, aos poucos, perdendo importância e influência para criminólogos do *novo mundo*. O fato é que, desde o início do século XX, enquanto a criminologia europeia ia perdendo espaço, as teorias norte-americanas passaram a dominar a Criminologia.

Pode-se dizer, portanto, que havia duas diferentes raízes de investigação criminológica: se, no *novo mundo*, a sociologia criminal tinha seu prestígio, muito embora ainda fosse perceptível alguma influência de Cesare Lombroso, a Europa encontrava-se dominada pelas explicações *antropobiológicas* do fenômeno do crime.

Em vista disso, parece ser intuitivo afirmar que a Criminologia nem sempre se interessou pelo criminoso de colarinho-branco. Aliás, nessa perspectiva, é possível identificar, como já enunciado, dois grandes blocos criminológicos: o europeu¹ e o norte-americano.

O certo é que, embora exista alguma divergência doutrinária, a maioria da doutrina considera que o marco científico da Criminologia se inicia, justamente, com a criminologia europeia, precisamente com o positivismo criminológico. Positivismo inaugurado por Lombroso e depois incrementado por Ferri e Garófalo.

O paradigma etiológico inaugurado pelo positivismo criminológico, como método e sistema de conhecimento, inicia a busca científica sobre as causas do delito. Com base em um método de observação (dedu-

¹ A nossa herança criminológica é essencialmente europeia, não por outra razão o brasileiro Nina Rodrigues recebeu o apelido de *Lombroso dos trópicos*.

tivo), tentava explicar o comportamento criminoso a partir de anomalias biológicas que determinariam a conduta humana. Portanto, para o criminólogo positivista, criminalidade é, ao menos em sua primeira fase, sinônimo de doença. Quem delinque, por esta razão, deve ser submetido a tratamento médico (*logas blancas*).

Lombroso, principal representante dessa direção criminológica, pensava ter encontrado o *tipo criminoso*, uma variedade morfológica da espécie humana, caracterizado por sinais físicos e psíquicos, essencialmente na forma da calota craniana, face e desenvolvimento do cérebro. Dessa doutrina, o autor tirou importantes consequências político-criminais, especialmente a de que, contra o criminoso, não caberiam punições, mas sim a prisão perpétua.

O objeto de investigação desse modelo de explicação do crime foi constituído, principalmente, pela população carcerária². Percebe-se, de plano, que talvez o grande equívoco dessa Criminologia tenha sido metodológico, ou seja, imaginar que apenas os encarcerados cometem crimes, alheando a investigação do porquê de algumas ações assumirem relevância penal e outras não³. Todavia é preciso não olvidar a importância dessa raiz criminológica, principalmente o mérito de ter dado impulso às investigações criminológicas modernas⁴.

Essa visão positivista do mundo, no entanto, não se ajustava a uma realidade social que emergia das grandes revoluções do século XVIII e XIX. O avanço tecnológico exigiu a fragmentação do processo produtivo e, evidentemente, impulsionou a divisão do trabalho social. A essa situação atentou-se Durkheim, que, em franca oposição ao positivismo criminológico, procurou explicar a criminalidade a partir de outras premissas que não as de cunho *bioantropológico*.

É justamente a partir desse ponto que a Criminologia começa a distanciar-se do enfoque individual e isolado para encarar a análise da criminalidade a partir de uma visão macrosociológica. O delito passa a ser analisado como algo normal e necessário, típico das sociedades desenvolvidas, servindo, principalmente, para estabilizar os valores sociais. Neste ponto, é imprescindível um pequeno esclarecimento.

² É possível encontrar investigações semelhantes antes de Lombroso, assim, na França, Lauvergue, na Inglaterra, Thomson, e na Alemanha, Schwekendik.

³ Esta explicação não poderia ter pretensão de universalidade, pois o delito é definido por lei e a lei é contingente.

⁴ Conforme Göppinger (1975, p. 25), o mérito de Lombroso não reside em suas opiniões sobre os delinquentes, mas sim no fato de que não se limitou a propor teorias sobre o crime da mesa do seu escritório.

Antecipando as modernas concepções funcionalistas, como, por exemplo, a defendida por Jakobs, Durkheim desenvolve importante noção sobre a teoria da pena. O sociólogo francês, pioneiro na vertente sociológica sobre a etiologia do crime, reage contra as conhecidas teorias da prevenção geral e da prevenção especial, bem como se situava, ao lado de Tarde e Lacassagne, entre os que contestavam o positivismo criminológico.

Como é sabido, Durkheim definia crime em função da pena, destacando que o único ponto de semelhança entre os crimes é a pena. O ato é criminoso quando ofende intensamente o estado da consciência coletiva⁵. Aqui vale ressaltar um importante ponto da teoria de Durkheim, qual seja: partir da premissa de que o crime não possui uma realidade ôntica ou operacional, mas sim uma realidade construída e modificável⁶. O autor afirmava o seguinte “[...] não é preciso dizer que um ato fere a consciência comum porque é criminoso, mas que é criminoso porque fere a consciência comum. *Não reprovamos porque é um crime, mas é um crime porque reprovamos*” (DURKHEIM, 1978, p. 41).

A pena, portanto, tem uma função repressiva, pois a sociedade reage por meio dela sobre os membros que violam as regras de conduta. A reação, justamente por isso, tem um caráter social e deriva da natureza dos sentimentos ofendidos.

Assim, se o crime é normal e não tem nada de mórbido, a pena não é um remédio para o mal, mas tem outra função muito mais importante. Defende Durkheim (1978, p. 56):

Acontece o mesmo com a pena. Embora proceda de uma reação completamente mecânica, de movimentos passionais e em grande parte irrefletidos, não deixa de desempenhar um papel útil. *Este papel apenas não está ali onde se o vê ordinariamente. Ela não serve, ou não serve senão secundariamente, para corrigir o culpado ou intimidar seus imitadores possíveis; sob este duplo ponto de vista, sua eficácia é justamente duvidosa e, em qualquer caso, medíocre. Sua verdadeira função é manter intata a coesão social mantendo toda vitalidade da consciência comum [grifo nosso].*

⁵ Anitua (2008, p. 445) adverte que, segundo Durkheim, “há delitos que não são considerados como uma afronta pelas ‘consciências saudáveis’. Ele os explica que são ofensas contra o Estado e, ao ser este o guardião dos sentimentos coletivos, devem ser considerados ofensas contra a consciência coletiva e, por conseguinte, devem ter uma resposta punitiva, ainda que não afetem a ‘alma comum’”.

⁶ À luz desse pressuposto, alguns preferem usar o termo *eventos criminalizáveis*.

Logo, o mal infligido pela pena não é gratuito, mas sim cumpre a nodal função de reforçar a consciência coletiva sobre o valor que foi violado pelo ato criminoso. Manda-se uma mensagem: *o bem atingido possui importância para a sociedade*.

Sendo assim, a leitura precisa da teoria durkheimiana põe assento no fato de que o comportamento criminoso debilita o valor universal das normas que regem o convívio social, por isso, a aplicação do castigo ao infrator é importante, já que desempenha a nodal função de reforçar a consciência coletiva sobre valores dominantes. Feito esse breve esclarecimento, voltemos ao desenvolvimento da Criminologia.

Saindo do velho continente em direção ao novo mundo, aos EUA, outras foram as explicações para a etiologia do crime, bem como para o controle da criminalidade. A mola propulsora para essa nova perspectiva criminológica foi o grande fenômeno migratório, o crescente desenvolvimento industrial e o êxodo rural experimentados pelos Estados Unidos, notadamente na cidade de Chicago.

Esse quadro que, evidentemente, gerou uma desordem social, com o crescimento desordenado das cidades, fez aparecer uma criminalidade até então desconhecida: prostituição, gangsterismo, contrabando de bebidas alcoólicas. Esse novo contexto de criminalidade reclamava outra explicação criminológica para a etiologia do crime, já que a perspectiva positivista não a explicava satisfatoriamente.

Nesse encadeamento fático-científico, vinculado ao departamento de Sociologia daquela universidade, sobressai a figura de Sutherland.

III

À luz desta sintética análise do desenvolvimento das ideias criminológicas, cingir-nos à preocupação e aparição daquilo que convencionou-se chamar de *criminologia econômica*, especialmente no que se refere à teoria da associação diferencial e ao crime de colarinho-branco.

A preocupação com a criminalidade das classes altas, embora possa encontrar algumas referências teóricas antes de Sutherland, as quais serão mencionadas a seguir, só alcança melhor sistematização e preocupação metodológica com as suas investigações. No entanto, em que pese essas afirmações e fundadas nelas mesmas, Sutherland não teve uma formulação absolutamente originária. Aponta-se que ele se inspirou, por exemplo, na teoria da imitação de Tarde⁷.

⁷ Para análise mais detida, conferir NEVES, 2009.

Sem dúvida, Tarde foi o primeiro a desenvolver e estudar a criminalidade em função da origem social, sendo fundamental, nesse processo, o que ele chamou de *leis da imitação*. Ele acreditava, basicamente, na ideia de que os fatores que provocam o crime não são pobreza, anomalia, mas sim sentimento de felicidade ou infelicidade; satisfação ou insatisfação. Para ele, portanto, fatores ligados a raça e clima são menos importantes que os fatores sociais.

Essas constatações do pensamento implicam reconhecer uma similitude entre o seu pensamento e o de Sutherland, contudo há uma nodal diferença nas duas teorizações: para Tarde, o criminoso é mero *receptor passivo de impulsos delitivos ou não delitivos*, não havendo interação ou contribuição para o influenciado. Ao passo que para Sutherland, conforme veremos, há um necessário processo de comunicação pessoal.

Outra diferença evidente são os meios impessoais de comunicação. Para Tarde, em uma sociedade moderna, com o crescimento urbano e a maior comunicabilidade entre os indivíduos, a difusão da criminalidade, por meio da imitação, é muito mais fácil e rápida. Ao passo que para Sutherland o papel das esferas impessoais de comunicação é praticamente nulo⁸.

Para a exata compreensão do porquê de Sutherland ter sua atenção despertada para outros atores delinqüenciais, é preciso, necessariamente, uma pequena contextualização.

Sutherland teve contato com a Universidade de Chicago, onde obteve o título de PhD no departamento de Sociologia daquela universidade, inicialmente em 1904 e depois em 1906. Em 1924, já pela Universidade de Illinois, foi conduzido a escrever e publicar a primeira edição da sua obra *Criminology*. No entanto, a teoria da associação diferencial só iria aparecer na terceira edição do livro, que ocorreu em 1939⁹.

Além dos aportes anteriores à sua concepção, como, por exemplo, as pesquisas de Mead e Morris, o contexto econômico, social e político no qual Sutherland achava-se imerso foi de fundamental importância para a elaboração de sua concepção teórica. Como bem pontua Bergalli (1986, p. 62), a tese de Sutherland não surgiu de uma criação espontânea, mas foi consequência de um processo da estrutura econômica dos Estados Unidos à época, contudo, ao contrário do quanto essa afir-

⁸ Afirma Sutherland: “[...] this means that the impersonal agencies of communication, such as movies and newspapers, play a relatively unimportant part in the genesis of criminal behavior” (SUTHERLAND; CRESSEY, 1978, p. 80-81).

⁹ Para uma síntese, ver ÁLVAREZ-URÍA, 1999, p. 17.

mação parece sugerir, sua contribuição foi de fundamental importância para a Criminologia, sendo, talvez, o autor que mais influenciou a Criminologia do século XX¹⁰.

Sutherland presenciou o grande crescimento demográfico e geográfico ocorrido na cidade de Chicago, quando a população, em virtude da posição estratégica, do crescimento industrial e da (i)migração, multiplicou-se descontroladamente e, via de consequência, trouxe as mazelas de um crescimento desordenado.

A Lei Seca¹¹ estimulou o surgimento do contrabando e a formação do gangsterismo norte-americano. Nesse quadro social, político e econômico, tem particular importância a figura do mafioso italiano Al Capone. Aproveitando-se da proibição do comércio do álcool durante a vigência daquela lei, o gângster dedicou-se ao contrabando de bebidas alcoólicas, incentivo às casas de prostituição e jogos. Transformou o hotel Levinsgton em seu quartel general, conforme relata Álvarez-Uría. Ali, celebravam-se conferências diárias e sua forma parecia muito a de um conselho de administração de uma grande empresa (ÁLVAREZ-URÍA, 1999). Capone, que frequentava a alta sociedade americana, acreditava que seus atos eram um serviço público. Dizia ele: “se violo a lei, os meus clientes são tão culpáveis quanto eu. A única diferença é que eles compram e eu vendo” (tradução do autor). Arrematando: “Cuando yo vendo licores el acto se llama contrabando. Cuando mis clientes se los sirven en bandeja de plata se llama hospitalidad” (BURNS, 1972, p. 42 e 34, apud ÁLVAREZ-URÍA, 1999, p. 27).

Nesse quadro de *miscigenação* entre máfia e classe alta, notadamente políticos, a grande quantidade de presos americanos se limitava às classes sociais baixas, enquanto os delinquentes do mais elevado *status* social passavam despercebidos ao poder punitivo.

Essa *simbiose social* fica mais claramente compreendida se levarmos em consideração o sistema de formação da justiça penal nos Estados Unidos. A composição dos órgãos de justiça penal é feita por eleição direta pelo povo. Assim, há uma dependência e, sem qualquer exagero, uma subordinação dos juízes e promotores ao sistema econômico, pois, não raras vezes, são os grandes empresários que financiavam as campanhas daqueles.

¹⁰ Por isso, afirma Mannheim (1985, p. 722) que, se houvesse um Nobel de Criminologia, Sutherland seria um dos mais credenciados a recebê-lo.

¹¹ A lei foi adotada em 1919, ratificada pela 18ª Emenda à Constituição, e entrou em vigor em 1920.

Aliada à Lei Seca, a crise gerada pelo *crack* da bolsa de Nova York, em 1929, também desencadeou uma série de problemas sociais e econômicos, só iniciando o processo de recuperação em 1933, quando o presidente Roosevelt implementou o programa econômico conhecido por *New Deal*. Entre outras consequências, a nova política econômica acabou com a proibição do comércio do álcool e assumiu postura intervencionista na economia. O objetivo era recuperar a economia e reconduzir os Estados Unidos ao crescimento econômico pós-Primeira Grande Guerra. Esse intervencionismo, com estabelecimento de novas regras às empresas, evidentemente, trouxe uma forte carga de resistência do setor empresarial. Diante da nova realidade econômica, as empresas passaram a burlar, então, algumas regras.

Diante desse quadro de *criminalidade aparente e criminalidade oculta*, Sutherland se viu motivado a estudar o diverso tratamento dado aos criminosos das classes altas e aos da classe baixa. *Nesse foco de visibilidade e diferença de tratamento, ele desenvolveu a teoria da associação diferencial.*

Tipologicamente, a teoria da associação diferencial é uma suborientação das *teorias da aprendizagem social*, também conhecidas por *social learning*¹². As teorias da aprendizagem englobam um grupo de teorias que versam sobre o comportamento, sobre o processo de aprendizagem, sobre a cultura e subcultura. Segundo García-Pablos de Molina, as teorias da aprendizagem partem da hipótese de que a chave da conduta humana não está em marcos inconscientes da personalidade nem no desenvolvimento cognitivo de modelos e comportamentos durante a infância do indivíduo, senão na *aprendizagem*: o comportamento se acha modelado pelas experiências de vida. A aprendizagem inclui, também, as técnicas adequadas para o cometimento do crime, bem como mecanismos psicológicos de neutralização (GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, 2003, p. 841).

No entanto, em que pesem trabalhos pseudocientíficos anteriores aqui já referidos, todos são unânimes em afirmar que se deve a Sutherland o mérito de aprofundar, com rigor científico necessário, a teoria do crime de colarinho-branco. Foi realmente o primeiro a dar uma interpretação e sistematização à criminalidade das classes altas, o que só foi possível graças à teoria da associação diferencial.

¹² Conforme apontam Vold, Bernard e Snipes (1998, p. 179), no passado, essas teorias eram conhecidas como *teorias do desvio cultural*. A justificativa para essa nomenclatura baseava-se no argumento de que as culturas poderiam ser *anormais*, e os indivíduos cometem crimes porque estão em contato com estas culturas *anormais*.

Insatisfeito com as explicações para o crime, notadamente porque as *estatísticas oficiais* apontavam incidência relativamente alta nas classes mais baixas e incidência baixa nas classes superiores, Sutherland, com uma preocupação científica rigorosa, partiu do pressuposto de que as estatísticas oficiais eram, de alguma forma, tendenciosas e supervalorizavam a criminalidade da baixa classe social. Afirmava que os crimes das classes altas, apesar do dano causado à sociedade, não apareciam nas estatísticas oficiais (SERRANO MAÍLLO, 2004, p. 236). As estatísticas estavam contaminadas e, por isso, seriam inválidas.

Havia, segundo Sutherland (1999, p. 64), pelo menos duas razões para tal afirmação: a) as pessoas das classes altas são mais poderosas econômica e financeiramente e, portanto, são presas ou condenadas em quantidade expressivamente inferior que as pessoas que não têm esse poder. “Las personas ricas pueden emplear abogados hábiles y de otras formas influir en la administración de la justicia para su próprio beneficio [...]”; b) muito mais importante, chama atenção o autor, é a parcialidade na administração da justiça penal e as leis que se aplicam aos negócios e que, portanto, compreendem só a classe alta.

Embora Sutherland já enunciasse a teoria da associação diferencial em sua obra *Principles of Criminology*, somente em 1939, na terceira edição daquele livro, ela vem a ser desenvolvida. Sua teoria, conforme já antecipado, rompe com os paradigmas da explicação criminológica até então dominantes. Abala as *teorias biologicistas*, que àquela altura já não contavam com o mesmo prestígio que tinham nos fins do século XIX, bem como as teorias sociológicas que insistiam em relacionar a classe social como fator criminógeno determinante.

A teoria da associação diferencial assenta-se na ideia de que o comportamento criminoso é consequência de um processo de aprendizagem que se desenvolve no meio em que o crime é cometido, ou seja, é um processo que se produz por meio da interação e do contato com os indivíduos que cometem crimes.

Sutherland chega à conclusão de que não é possível uma relação direta entre criminalidade e *disfunção* ou *inadaptação* dos indivíduos das classes baixas e, justamente por isso, seria necessário procurar um fator comum para explicar a criminalidade, algo que justificasse o comportamento criminoso tanto nos indivíduos das classes altas quanto nos das classes mais baixas; este fator seria, segundo ele, a *aprendizagem*.

Para Sutherland (1999, p. 312), as condutas desviadas relacionam-se, pois, com o *processo de aprendizagem*, que pode ocorrer com indivíduo

de qualquer classe social, por isso afirmava que a conduta se aprende como qualquer outra conduta e que, portanto, as patologias sociais e pessoais não têm papel essencial na origem do delito.

Essa formulação, embora possa parecer simplificada, significou uma revolução no paradigma etiológico para o fenômeno da criminalidade: enquanto a *criminologia positivista* colocava assento sobre a patologia do indivíduo, encarando-o como ser anormal e irrecuperável¹³, a teoria da anomia, fundando-se na ideia de consenso¹⁴, desloca o centro de atenção do individual para o social (crime = *patologia social*); a associação diferencial, por sua vez, recusando a noção segundo a qual a sociedade se funda no consenso, defende que ela (a sociedade) se estrutura sobre um pluralismo normativo: “se contrapone a las teorías de la desviación fundadas sobre la patologia individual o social” (PAVARINI, 2002, p. 121).

Em uma síntese de tudo o que foi dito, Sutherland demonstra, por meio de nove proposições¹⁵, o *processo causal* pelo qual um comportamento criminoso pode-se manifestar:

- 1) O comportamento criminoso se aprende (não é hereditário).
- 2) O comportamento criminoso é aprendido em contato com outras pessoas, por meio de um processo de comunicação.
- 3) O comportamento criminoso se aprende, sobretudo, no interior de um grupo, como família, amigos íntimos. Os meios impessoais de comunicação trazem pouca contribuição para a origem da conduta criminosa.
- 4) Quando a conduta criminosa é aprendida, esse aprendizado inclui: a) técnicas de execução do crime, algumas vezes complexas, outras, simples; b) direção específica de motivos, tendências impulsivas, razões, atitudes e desejos.
- 5) A orientação dos motivos e tendências impulsivas se justifica em função da interpretação favorável ou desfavorável das normas jurídicas, ou seja: enquanto, em alguns grupos, o indivíduo se relaciona com pessoas que definem a lei penal como regras que devem ser seguidas, noutros,

¹³ Ferri, no entanto, ponderava ser possível a recuperação do criminoso.

¹⁴ A ideia de consenso parte, segundo os autores, da “existência de uma constelação de valores fundamentais, comuns a todos os membros da sociedade, em que a ordem social se baseia e por cuja promoção se orienta. São tais valores que definem a identidade do ‘sistema’ e asseguram, em última instância, a coesão social. A sociedade é concebida em termos de se excluir a hipótese de conflito estruturalmente gerado. [...] O poder [...] é exercido em nome, no interesse e com o apoio de todos” (FIGUEIREDO DIAS; ANDRADE, 1997, p. 252-253).

¹⁵ Na primeira edição do livro *Principles of Criminology*, em 1939, a associação diferencial contava com sete proposições, mas logo na segunda edição, em 1947, foram agregadas mais duas.

os indivíduos se relacionam com grupos que não atribuem à norma penal o mesmo critério de validade, logo, as desrespeitam.

- 6) *Um indivíduo se faz criminoso quando o contato com as interpretações favoráveis à violação da lei supera as desfavoráveis, ou seja, internaliza mais comportamentos contrários do que conforme o direito.*
- 7) As associações diferenciais variam por conta da frequência, duração, prioridade e intensidade; o nível de aprendizado tem relação diretamente proporcional àqueles fatores.
- 8) O processo de aprendizagem da conduta criminosa por associação com modelos criminais ou anticriminais agrega todos os mecanismos que são incluídos em todo tipo de aprendizagem.
- 9) O comportamento criminoso é a expressão de um conjunto de necessidades e valores, porém não se explica, exclusivamente, por essas necessidades e valores, já que o comportamento não criminoso é a expressão das mesmas necessidades e dos mesmos valores¹⁶.

A associação diferencial inaugura uma revolução no objeto da Criminologia, ampliando-o, pois, pela primeira vez, o *foco* da pesquisa passa a ser os indivíduos pertencentes a classes sociais mais altas. Ao contrário do que sustentam alguns, há uma verdadeira mudança de paradigma, já que se rompe com a velha dicotomia, até então pouco questionada, *criminalidade versus pobreza*.

Evidentemente, o modelo explicativo etiológico de ligar a criminalidade à pobreza tinha seu poder explicativo bastante restrito. Basta mencionar, por exemplo, o baixo índice de mulheres delinquentes nos dados estatísticos. Narra Sutherland que a proporção de jovens homens e mulheres que vivem na pobreza é aproximadamente a mesma, mas os homens, estatisticamente, compreendem 85% dos delinquentes, ao passo que as mulheres apenas 15%. Com isso, a pobreza e suas patologias evidentemente não podem explicar a diferença no índice delitivo dos sexos¹⁷.

De tudo quanto já exposto, como se pode intuir, torna-se praticamente uma exigência metodológica conectar a teoria da associação diferencial à teorização do crime de colarinho-branco.

Em dezembro de 1939, na Sociedade Americana de Sociologia, Sutherland pronunciou sua conferência sobre o crime de colarinho-

¹⁶ Cf. SUTHERLAND; CRESSEY, 1978, p. 80-82; VOLD; BERNARD; SNIPES, 1998, p. 184-185; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, 2003, p. 844-847; DAVID, 1979, p. 139-143.

¹⁷ Para outras justificativas, cf. SUTHERLAND, 1999, p. 63.

branco¹⁸, para alguns, foi a certidão de nascimento do Direito Penal Econômico.

Naquela oportunidade, definiu o *white-collar crime* como “un delito cometido por una persona de respetabilidad y *status* social alto en el curso de su ocupación” (SUTHERLAND, 1999, p. 65). Por outro lado, o delinquente de colarinho-branco seria “una persona con elevado *status* socioeconómico que viola las leyes destinadas a regular sus actividades profesionales” (SUTHERLAND, 1999, p. 330).

A pequena síntese sobre a teoria da associação diferencial aliada aos conceitos trazidos à baila torna visível a importância que ela tem para o crime de colarinho-branco, uma vez que fica excluída da teoria sutherlandiana a relação direta entre a condição do indivíduo – seja ela biológica, física ou econômica – e o crime.

Para a formulação da teoria de colarinho-branco, Sutherland parte da análise dos dados encontrados em decisões judiciais de âmbito federal, estadual e local em relação a 70 grandes corporações. Servindo-se daquelas nove proposições acima citadas, o autor critica as explicações, até então vigentes, sobre a criminalidade, afirmando existir uma sub-representação da criminalidade socioeconômica e, em contrapartida, uma supervalorização da criminalidade da classe baixa.

A teoria do crime de colarinho-branco se transforma na comprovação da teoria da associação diferencial, já que os criminosos de colarinho-branco¹⁹, e ninguém arriscaria dizer o contrário, são pessoas bem socializadas e de alto nível econômico, bem como aptas quer intelectualmente, quer biologicamente²⁰.

Os avanços explicativos proporcionados a partir dessa *nova* etilogia do crime são, sobremaneira, importantes. A teoria do colarinho-branco permitiu superar, por exemplo, a perplexidade projetada pela explicação mertoniana para o fenômeno da criminalidade. Segundo a tradicional tipologia de adaptação de Merton, a *inovação* (equivalente ao comportamento criminoso) se explica devido à discrepância entre as

¹⁸ Para uma síntese histórica das publicações sobre o crime de colarinho-branco, cf. ALLER, 2005, p. 14 e ss.

¹⁹ Uma interessante distinção é feita por Aller (2005, p. 12-13). Segundo ele “[...] delito de cuello blanco no es lo mismo que de guante blanco, a pesar de la semejanza lingüística, dado que el primero es relativo al poder que dispogna el autor de la conducta delictiva, en tanto que el segundo se refiere a la actuación impoluta del agente criminal. *Uno guante blanco es el que se realiza en forma implacable, tal como un hurto con gran destreza, la estafa en un casino, el homicidio preciso e sin derramamiento de sangre*” [grifo nosso].

²⁰ Nesse sentido, SANTOS, 2001, p. 45.

metas culturais e estrutura social; assim, se a sociedade distribui igualmente entre os indivíduos as metas culturais a serem alcançadas e, ao mesmo tempo, não distribui equitativamente os meios legítimos para alcançar aquelas metas, o indivíduo é *compelido* a adaptar-se a essa discrepância (entre metas e meios), fazendo-o por meio da inovação, que é a busca dos meios ilegítimos para alcançar as metas culturais.

À luz da teoria mertoniana, a criminalidade de colarinho-branco é inexplicável, pois o criminoso socioeconômico se encontra em uma posição de respeitar todos os meios legítimos disponíveis para alcançar as metas culturais. Sendo assim, resta sem resposta a indagação: por que o indivíduo que tem à disposição todos os meios legítimos para alcançar as metas culturais impostas resolve partir para o comportamento inovador?

A partir desse vácuo explicativo deixado pela explicação funcionalista de Merton, Sutherland aponta que é possível encontrar fatores que, sendo comuns aos crimes praticados por ricos e pobres, são mais importantes para explicar a conduta delitiva. Esse fator comum, como já antecipado, é a aprendizagem: “mi teoria era que la conducta criminal se aprende exactamente igual se aprende cualquier otra conducta y que las patologias personales y sociales no juegan ningún pael esencial en la cuasación del delito” (SUTHERLAND, 1999, p. 312). E que o crime de colarinho-branco “tiene su génesis en el mismo proceso general que outra conducta delictiva, a saber, la asociación diferencial [...] *la conducta se aprende en asociación con aquellos que definen esa conduta favorablemente y en aislamiento que le definen desfavorablemente*” (SUTHERLAND, 1999, p. 277, grifo do original).

Assim, o comportamento criminoso, como qualquer outro, é reflexo de um processo de comunicação entre indivíduos. Segundo Siegel (p. 204, apud GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, 2003, p. 846), justamente por isso (o *crime se aprende*), há uma diferença em Sutherland e Tarde, pois este falava em *imitação* enquanto aquele fala em processo de comunicação; o processo para ser delinquente é o mesmo para tornar-se escoteiro. A diferença está apenas no modelo cultural a que a criança se associa (COHEN, 1955, p. 14, apud VASCO MARTÍNEZ, 2006 p. 2368).

IV

Constatada a existência dessa criminalidade de classes altas, surgem dois obstáculos no âmbito da Criminologia Econômica: *estatísticas e natureza do crime*.

Como se sabe, a Criminologia é uma ciência empírica, vale dizer, seu objeto de estudo se insere no mundo verificável e não no mundo dos valores. Assim, a Criminologia Econômica vem enfrentando um grande problema de investigação, isso em razão do acesso, ou melhor, da ausência dele, a dados desse tipo de criminalidade.

Sem dúvida, sobre os delitos econômicos pairam as *cifras douradas* da criminalidade, ou seja, a diferença entre a criminalidade que realmente se apresenta no mundo dos fatos e aquela que chega ao conhecimento e persecução das instâncias formais de controle social. Dita cifra, segundo ponderam alguns criminólogos, parece ser consideravelmente alta e, isso, evidentemente, debilita a resposta do legislador, já que, diante de cifras nada significativas, é pouco sustentável a necessidade de modificações no tratamento jurídico dado à matéria. Não por outro motivo, pondera Tiedemann (1983, p. 177) que

esta ausência de dados remete a investigação criminológica a mera especulação e, como tal, fica difícil propor novas disposições penais, sobretudo em matéria econômica, uma vez que não é raro que os poderosos grupos de interesses estão em condições de obstruir a criação de novas normas penais.

Ademais, o problema da criminologia dos crimes de colarinho-branco está diretamente relacionado, ainda, com as características marcantes desse tipo de criminalidade, v.g., imputação da responsabilidade penal ou difusão da vitimização primária. Aliás, esta última é que fomenta e dispersa o ideário popular da inexistência de *danosidade social* do crime de colarinho-branco.

Talvez por inexistir identificação da população com a vítima – já que os crimes econômicos são *crimes sem vítimas* – seja tão difícil despertar e alertar para a gravidade desse tipo de criminalidade, mas nem por isso se justifica uma *desdignificação punitiva*²¹.

V

O objeto da política criminal, ao menos nos países que se intitulam democráticos, gravita em torno das respostas que devem ser dadas aos indivíduos que desrespeitam as regras de convivência. Assim, para saber o grau de violência da sociedade em que se vive, basta olhar para o modelo

²¹ Termo de Anabela Miranda Rodrigues.

de política criminal adotado, haja vista que ela (a política criminal) compreende *o conjunto dos procedimentos pelos quais o corpo social organiza as respostas ao fenômeno criminal.*

Nesse passo, fundamental distinguir *modelo de política criminal de movimentos político-criminais.* O modelo de política criminal é determinado pelas correntes ideológicas, linhas diretivas que orientam a política criminal. Nesse sentido, segundo Delmas-Marty, as grandes influências ideológicas que comandam as escolhas de política criminal situam-se em três eixos principais: liberdade, igualdade e autoridade.

Os movimentos político-criminais não representam a concepção ideológica, mas a concretização, a positivação de uma daquelas ideologias, ou seja, é o modelo de orientação (*punitivista* ou *não intervencionista*) que decorre da reação ao desvio, em razão dos valores definidos pelo Estado como fundamentais. Desse modo, no fundo, os movimentos político-criminais são reflexos dos modelos de política criminal.

Estabelecidas essas noções básicas preliminares, pode-se dizer que retórica penal, não obstante a cristalina certeza de que o Direito Penal falhou na sua missão preventiva e ressocializadora, agrada a população de uma maneira geral. No entanto, a retórica tem efeito e alvo definido, uma vez que apenas a *criminalidade tradicional* tomba sobre as engrenagens do sistema penal. Mas o que a população precisa saber é que os crimes socioeconômicos causam danos tão graves quanto os crimes tradicionais, já que é pelo recolhimento dos impostos, por exemplo, que o Estado realiza as políticas públicas concretizadoras de direitos fundamentais. Apenas para uma referência, em 2003, a sonegação – estimada pelo valor não declarado de faturamento – foi de R\$748,35 bilhões. Para 2008, o Instituto Brasileiro de Planejamento Tributário (IBPT) apontou que a soma dos tributos sonegados corresponde a 9% do PIB brasileiro, traduzindo em números mais claros, a sonegação atingiu a marca de *R\$1,32 trilhão.*

Esse dado confirma, portanto, que sobre os delitos econômicos pairam as *cifras douradas* da criminalidade, repise-se, a diferença entre a criminalidade que realmente se apresenta no mundo dos fatos e aquela que chega ao conhecimento e persecução das instâncias formais de controle social.

Lado outro, deve-se considerar que a economia globalizada tem aberto um sem número de possibilidades e inovação no que concerne à

criminalidade, notadamente à criminalidade transnacional²², econômica e organizada, delitos de informática etc. Em poucos anos, fomos testemunhas de diversos escândalos financeiros espalhados por todo o mundo, inclusive aqui no Brasil. Esses escândalos vêm, por outro lado, acompanhados de novas ameaças à integridade global, não por outra razão nossa sociedade foi denominada de sociedade de risco.

Vê-se, portanto, e isto será mais bem debatido nas análises dogmáticas a serem travadas sobre a temática, a necessidade de incrementar e/ou adotar um novo modelo de política criminal para combater a criminalidade econômica. Um modelo que busque, efetivamente, preencher os espaços de impunidade no âmbito do Direito Penal Econômico.

Para alguns, por certo, essa postura significa contrariar ideais *garantistas negativos*, notadamente violação ao princípio da ofensividade. Mas não se sabe até que ponto esse bom e velho Direito Penal não está inserido, como observa Sanchez, em uma perspectiva *ucrônica*.

Por outro lado, as novas roupagens propostas para a temática, a exemplo do discurso frankfurtiano de Direito Penal nuclear, bem como o modelo de Direito Penal de duas velocidades de Sanchez, representam, em últimos termos, um reforço no modelo político-criminal de desigualdade na administração da Justiça, na medida em que privilegia o tratamento jurídico-penal dispensado à criminalidade econômica, pois abranda a consequência jurídica para essa criminalidade. Considerando que nesse tipo de criminalidade a *multa penal*, evidentemente, já está incluída nos custos do crime, não parece equivocado defender, ao revés do que sustentam outras correntes, a manutenção da pena de prisão, não se retirando, em alternativa, a pena de multa.

Defender esse modelo de tratamento ao crime de colarinho-branco não significa outra coisa senão a concretização dos direitos e *deveres fundamentais*. Parece relevante não olvidar que a ordem de indagações sobre a temática deve(ria) partir do questionamento sobre eficiência do atual sistema de proteção da higidez econômica para assegurar sua eficácia e respeito, mais ainda, o papel do Estado em assegurar e proteger esses interesses por meio daquilo que Baratta (1999, p. 110) cognominou de *política integral de proteção dos direitos*.

Não é novidade que o Direito Penal transporta o fardo de ter seu conteúdo preenchido pelas matérias mais relevantes à preservação do Estado de Direito, tampouco é desconhecido o fato da extremada

²² Cf. SOUZA, 2007; JAPIASSÚ, 2004.

lesividade dos crimes econômicos. Essa simples constatação, de validade bastante crível e pouco questionável, é o que justifica a (re)leitura da (de)limitação da área de tutela penal à luz do Direito Constitucional como fonte negativa à autoridade punitiva do Estado, mas, ao mesmo tempo, autoriza maior proteção do Estado para garantir a preservação do próprio Estado Democrático de Direito; em outros termos, é a preservação dos valores mais caros à comunidade humana que reclama a ampliação do sistema penal como expressão da proteção desses direitos.

Desse modo e por tudo quanto exposto, fica evidente que o valor do trabalho de Sutherland não se limita ao campo específico de certa modalidade de criminalidade não tradicional, mas se projeta para toda a teoria criminológica em geral (*teoria da reação social*).

De um ponto de vista mais amplo e geral, sua teoria significou revelar que a criminalidade não é atributo inerente às classes pobres, mas sim que se distribui entre todas as classes sociais. Essa constatação, em certa medida, revolucionou as explicações de origem biológica sobre a etiologia do delito.

Entretanto, talvez, o mais importante e atual nas pesquisas desenvolvidas por Sutherland foi ter demonstrado cientificamente que a conduta dos criminosos de colarinho-branco não está submetida à punição ou estigmatização na mesma medida da criminalidade tradicional. Conforme salientado, o que o autor chama atenção, com especial atualidade, é para o fato de existirem lacunas de repressão que protegem ofensivas atividades econômicas, não obstante a potencializada danosidade social (desvalor do resultado) e desvalor da ação.

Para a constatação simples da espantosa atualidade dessa afirmação, basta analisar o tratamento jurídico dispensado ao arrependimento posterior e à extinção de punibilidade nos crimes contra a ordem tributária²³, bem como a atual posição da nossa Corte Suprema no tocante à aplicação do princípio da insignificância ao crime de descaminho²⁴ (R\$10.000,00) e ao furto de pequeno valor (R\$100,00).

Justamente por isso, percebe-se hoje, claramente, uma real necessidade de modernização do Direito Penal no âmbito da criminalidade de colarinho-branco, já que, com tal postura, será possível corrigir um

²³ O pagamento do tributo, a qualquer tempo, ainda que após o recebimento da denúncia, extingue a punibilidade do crime tributário. Consultar HC n. 81.929/RJ, rel. min. Sepúlveda Pertence; rel. p/ acórdão: min. Cezar Peluso.

²⁴ HC n. 96.661/PR, rel. min. Cármen Lúcia, 23.6.2009. HC n. 98.152/MG, rel. min. Celso de Mello, j. 19.5.2009. Cf., do mesmo ministro, HC n. 84.412/SP.

histórico equívoco do nosso modelo político-criminal. O endurecimento do tratamento contra a criminalidade econômica é o sintoma e consequência inevitável de um Direito Penal racional. Naturalmente, essa conclusão incomoda tanto interesses dos poderosos como interesses políticos, mas um país que se propõe Democrático de Direito e igualitário não pode furtar-se a superar as históricas barreiras que impedem o Direito Penal de alcançar a criminalidade das classes altas.

REFERÊNCIAS

ALLER, Germán. White collar crime. Edwin H. Sutherland e “El delito de cuello Blanco”. *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, Buenos Aires: LexisNexis Argentina, n. 6, 2005.

ÁLVAREZ-URÍA, Fernando. Prólogo. In: SUTHERLAND, Edwin H. *El delito de cuello blanco*. Tradução de Rosa del Omo. Madrid: La Piqueta, 1999.

ANITUA, Gabriel Ignacio. *História dos pensamentos criminológicos*. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan; Instituto Carioca de Criminologia, 2008.

BARATTA, Alessandro. La política criminal y el derecho penal de la Constitución: nuevas reflexiones sobre el modelo integrado de las ciencias penales. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, n. 2, 1999.

BERGALLI, Roberto. Criminalidad económico-social: una digresión sobre la topología del discurso jurídico-penal. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*: Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1986. t. 39, fascículo 1.

DAVID, Pedro R. *Criminología y sociedad*. Prologo y revision a cargo del Dr. Guillermo Rafael Navarro. Buenos Aires: Buenos Aires, 1979.

DURKHEIM, Émile. *Da divisão do trabalho social*. Tradução de Carlos Alberto Ribeiro de Moura et al. São Paulo: Abril Cultural, 1978.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de; ANDRADE, Manoel da Costa. *Criminologia: homem delinqüente e a sociedade criminógena*. 2. reimpr. Coimbra: Coimbra, 1997.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Tratado de criminología*. 3. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.

GÖPPINGER, Hans. *Criminologia*. Tradução de Maria Luisa Schwarck e Ignacio Luzarraga Castro. Madrid: Reus, 1975.

JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *O tribunal penal internacional*. A internacionalização do direito penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

MANNHEIM, Hermann. *Criminologia comparada*. v. 2. Tradução de Faria Costa e Costa Andrade. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1985.

NEVES, Eduardo Viana P. Crime de colarinho-branco: um enfoque criminológico. *Revista ANPR Online*, n. 9, jul./dez. 2009. ISSN 1980-119X. Disponível em: <<http://www.anpr.org.br>>.

PAVARINI, Massimo. *Control y dominación: teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemônico*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores Argentina, 2002.

SANTOS, Cláudia Maria Cruz. *O crime de colarinho-branco*. Da origem do conceito e sua relevância criminológica à questão da desigualdade na administração da justiça penal. Coimbra: Coimbra, 2001.

SERRANO MAÍLLO, Alfonso. El (sesgado) uso de los delitos de cuello blanco en los paradigmas antiempíricos. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Madrid, UNED, n. 14, 2004.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros. *Presos estrangeiros no Brasil: aspectos jurídicos e criminológicos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SUTHERLAND, Edwin H. *El delito de cuello blanco*. Tradução de Rosa del Omo. Madrid: La Piqueta, 1999.

SUTHERLAND, Edwin H.; CRESSEY, Donald R. *Criminology*. 10. ed. Philadelphia: Lippencott, 1978.

TIEDEMANN, Klaus. La criminalidad economica como objeto de investigación. *Cuadernos de Política Criminal*. Instituto Universitario de Criminología: Edersa, n. 19, 1983.

VASCO MARTÍNEZ, Juan C. Sutherland y la criminalidad de los cuellos blancos. *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, Buenos Aires, n. 12, 2006.

VOLD, George B.; BERNARD, Thomas J.; SNIPES, Jeffery B. *Theoretical criminology*. 4. ed. New York: Oxford, 1998.

BREVE PANORAMA DO PENSAMENTO
DE EDWIN H. SUTHERLAND E A
NOVA ETIOLOGIA DA CRIMINALIDADE

GISELA FRANÇA DA COSTA

1 Introdução

A ideia para a elaboração do presente artigo decorre das aulas proferidas pelo professor doutor Artur de Brito Gueiros Souza, no curso de pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, cuja temática central versou sobre o estudo do Direito Penal Econômico em seus aspectos criminológicos e dogmáticos.

Assim, em uma das aulas ministradas pelo professor, fiquei responsável por apresentar um seminário acerca das considerações criminológicas do pensamento de Edwin H. Sutherland, em especial a teoria da associação diferencial e o surgimento de uma nova etiologia que explicaria a criminalidade econômica.

Logo, passou-se a perceber que a denominada criminalidade dos poderosos desperta a atenção dos estudiosos do Direito Penal e criminólogos, tendo em vista a potencialidade lesiva subjacente às suas condutas, assim como as peculiaridades destes delitos, que, distintamente dos delitos tradicionais, tais como o homicídio, o roubo e as lesões corporais, são causadores de danos de complexa mensuração, por vezes intangíveis, podendo atingir bens jurídicos pertencentes a um número indeterminado de pessoas.

Edwin Sutherland, com sua crítica das teorias gerais sobre a criminalidade, rompeu com o paradigma etiológico da época, que associava pobreza e criminalidade, dissociando o comportamento criminoso de causas exclusivamente econômicas, psicopatológicas ou sociopatológicas. As teorias positivistas criticadas pelo referido autor não conseguiam explicar a criminalidade do colarinho-branco, pois partiam de premissas generalizantes equivocadas, uma vez que associavam os perfis biológicos dos criminosos à prática da conduta delitiva e a definição do crime como uma disfunção das pessoas menos favorecidas economicamente. Nesse diapasão, a amostragem ou estatística da criminalidade era falsa, tendo em vista que, na criminalidade oficial, não figuraria, em regra, a criminalidade do colarinho-branco, que possuía e ainda hoje possui uma cifra oculta altíssima, também denominada cifra dourada.

Pretende-se demonstrar ao longo do artigo que Sutherland, por meio de sua teoria, procurou explicar todos os tipos de criminalidade, o que fez buscando analisar os fatores que se associavam invariavelmente com todos os tipos de delinquência; por conseguinte, buscou construir uma teoria geral sobre a criminalidade que pudesse se subsumir também aos crimes econômicos.

2 Gabriel Tarde e as leis da imitação

Gabriel Tarde, que influenciou o pensamento de Sutherland, considerava a criminalidade fundamentalmente um fenômeno social que, como todos os fenômenos sociais, poderia ser explicada por imitação, denotando assim sua relutância quanto às teorias de matiz antropológico e biológico¹. Criticando a teoria de Lombroso, Tarde aduziu que o pai do positivismo criminológico identificava equivocadamente o criminoso como louco, como portador de patologias, que seriam denotadas por características físicas, comportamentais, fatores biológicos individuais ou pelo seu caráter atávico, tais como o daltonismo, o estrabismo, a epilepsia, a surdez, a protrusão acentuada do queixo, o grande desenvolvimento das maçãs do rosto, as orelhas em forma de asa, o uso frequente de tatuagens, a notável insensibilidade à dor, a instabilidade afetiva, entre outras.

¹ Lombroso (apud TARDE, 1890, p. 13) attribue une importance particulière, et quasi paternelle, à une anomalie qu'il a découverte, à savoir "celle d'une fossette moyenne, qu'on rencontre, au lieu de la crête, sur l'os occipital, dans la proportion de 16 pour cent chez les criminels, et de 5 pour cent chez les non-criminels".

La idea de atavismo aparece estrechamente unida a la figura del delincuente nato. Según Lombroso, criminales y no criminales se distinguen entre sí en virtud de una rica gama de anomalias y estigmas de origen atávico o degenerativo. El delincuente es un ser atávico; producto de la regresión a estadios primitivos de la humanidad; un “subhombre” o especie distinta e inferior al homo sapiens, hipoevolucionada – genus homo delinquens – como consecuencia de un genuino “salto atrás hereditario” (GARCÍA-PABLOS DE MOLINA; GOMES, 2002, p. 410).

Edwin H. Sutherland (1949, p. 69) afirmou que a controvérsia entre as escolas de Tarde e Lombroso propiciou uma aceitação relativamente generalizada da teoria do *fator múltiplo* da criminalidade, segundo a qual todas as espécies de fatores, tanto individuais como sociais, seriam incluídas para a obtenção de uma explicação abrangente da criminalidade.

Para Tarde, todos os atos importantes da vida social são executados sob o império do exemplo. Na obra *As leis da imitação* (1890), o autor asseverou que a imitação é essencial e inerente à vida social, logo, um grupo social é o conjunto de seres humanos no qual uns imitam os outros; mesmo quando não pretendem se imitar, se assemelham e seus traços comuns são cópias antigas de um mesmo modelo, ou seja, a sociedade se constitui em um grupo de pessoas que se imita e, conseqüentemente, a conduta delitiva não fica alheia à moda e à imitação. Desta feita, o criminoso se manifesta como um imitador cuja suposta originalidade se desfaz no confronto com as leis da imitação (GARCÍA-PABLOS DE MOLINA; GOMES, 2002, p. 461).

A imitação, segundo o autor, era regida fundamentalmente por três leis, a saber:

- 1) os homens se imitam em proporção direta ao grau de intimidade e proximidade entre eles;
- 2) a imitação ocorre principalmente nas camadas sociais mais baixas que tentam reproduzir os comportamentos típicos dos estratos sociais mais elevados; assim, por exemplo, os costumes da nobreza eram imitados pelo povo; os costumes dos patrões pelos trabalhadores; os indivíduos da área rural imitam os indivíduos da cidade; os filhos imitam os pais e os alunos imitam os professores. Dita imitação não se limita à reprodução de condutas, mas compreende a reprodução de ideias, necessidades, valores e convicções;
- 3) a terceira lei propugnava a existência de uma contradição entre dois modelos de internalização de comportamento, no qual o *novo* excluiu o comportamento *mais antigo*. Observava-se, assim, a título de exem-

plificação, que o punhuista que se caracterizava notadamente pela sua destreza e habilidade cedeu lugar às formas truculentas de subtração, roubo; e a prática de homicídios com uso de armas brancas sofreu um decréscimo ante os os homicídios perpetrados com armas de fogo.

Ao se examinar as leis da imitação e o componente *profissional* da criminalidade, desenvolvidos por Gabriel Tarde, percebe-se sua influência, como ponto de partida, nas análises realizadas posteriormente por Sutherland.

En Tarde puede encontrarse, también, apuntada una idea que desarrollará posteriormente Sutherland: la del delincuente como profesional que aprende su oficio. Según Tarde, asesinos, carteristas, ladrones y tímadores son individuos que, como los médicos, abogados, etc., han tenido un largo período de aprendizaje, en una adecuada atmósfera criminal, rodeado de los colegas y camaradas idóneos (GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, 2003, p. 463).

Ao observar a ação prolongada das grandes cidades sobre a criminalidade, Gabriel Tarde concluiu que esta parecia estar atrelada à substituição gradual da violência decorrente de cobiça pela violência resultante de vingança e brutalidade (BONGER, 1905, p. 207).

Avançando no estudo das leis de imitação, Tarde sublinhou a influência delas na formação da criminalidade. Disso se depreende que a formação acadêmica, considerada isoladamente, não era uma panaceia contra a criminalidade, porque poderia fornecer novos meios para o cometimento de crimes.

Com o escopo de responder à questão a respeito de se a civilização (designação para instrução, educação, religião, ciência, arte e riqueza) influenciava na diminuição da criminalidade, Gabriel Tarde fez a distinção entre dois estágios civilizatórios. No primeiro, observou a existência de um afluxo de invenções, estágio em que se encontrava a Europa no momento dos seus estudos. No segundo, o afluxo diminuía sobremaneira, e se formava uma percepção de coerência e completude. Uma civilização muito rica e pouco coerente, como a atual, ou muito coerente e pouco rica, como aquela comum na Idade Média, poderia, segundo as formulações de Gabriel Tarde, influenciar na criminalidade (BONGER, 1905, p. 208).

No domínio da criminalidade por imitação, há também, consoante Tarde, um grande registro que se pode destacar e analisar. Logo, as crianças bem-educadas, em um ambiente corrompido, absorviam facilmente por imitação os maus hábitos; assim como, de outro lado, a influência

deletéria da prisão era e ainda o é proverbial. Era também por imitação que Tarde explicava a existência da máfia e da Camorra, por exemplo. O autor reconheceu que os fatores sociais da criminalidade são os mais importantes e há uma tendência manifesta de exagero quanto à influência dos fatores econômicos (BONGER, 1905, p. 212).

Segundo Tarde, cada fase econômica, como a economia doméstica ou a economia urbana, possuía sua forma específica de criminalidade. Contudo, as transformações políticas e religiosas, que não correspondem às transformações do modo de produção, talvez representassem a parcela mais relevante das motivações da criminalidade, sobrepondo-se às transformações exclusivamente econômicas, o que prorroga o fato de a economia doméstica ter propiciado o nascimento de diferentes crimes, nos quais o fator econômico não prepondera, como é o caso do uxoricídio.

Para o autor, nem exclusivamente pobreza nem exclusivamente riqueza são medidas da honestidade de uma pessoa. Elas não conduzem direta e invariavelmente ao crime. Todavia, Tarde considerava que as bruscas passagens da riqueza à pobreza e da pobreza à riqueza eram muito perigosas para a moralidade do indivíduo (BONGER, 1905, p. 213).

Em síntese, Gabriel Tarde considerava que as crises sociais em geral e as crises econômicas em particular não eram as únicas origens, tampouco as origens contínuas da criminalidade².

A profilaxia para o perigo do desejo de ganho sem trabalho, segundo Tarde, seria o aumento da indústria, o progresso da riqueza e a obstaculização do nascimento de necessidades novas. A organização individual das necessidades, sua hierarquização, virtude de certa unanimidade de princípios fundamentais, deveria preceder a organização social do trabalho, que se via como verdadeiramente pacífica e moralizante (BONGER, 1905, p. 214).

² Segundo o professor Bonger, o relatório de Gabriel Tarde se caracterizava por muitas observações estanques, segundo as quais cada fase econômica possuiria sua forma particular de criminalidade e que as transições abruptas da riqueza à pobreza eram mais perigosas para a moralidade do que as mudanças lentas. Segundo Tarde, existiam dois tipos de criminalidade: uma econômica e outra intelectual, o que Bonger não considerava correto. Para ele, cada crime possuía uma causa intelectual, tendo em vista ser um ato conhecido pela inteligência, sendo impossível verificar-se essa causa como uma causa econômica. Por consequência, a questão deveria ser em que medida o meio econômico poderia ser causa do pensamento criminal.

3 Os crimes do colarinho-branco e sua percepção social e criminal

O interesse criminológico acerca da criminalidade econômica ganhou relevo no início do século XX em decorrência das contribuições de Sutherland e Bonger (SANTOS, 2001, p. 41).

Edwin H. Sutherland realizou uma análise das formas de aprendizagem do comportamento criminoso, sendo o responsável pela formulação da teoria das associações diferenciais, a qual aplicou à delinquência do colarinho-branco (BARATTA, 2002, p. 71).

Sutherland o fez com o escopo de demonstrar que a criminalidade não era exclusivamente praticada pelas classes pobres e que tradicionalmente são percebidas como *perigosas*. O autor desafiou, por meio de suas formulações, a tendência eminentemente biologicista da época e procedeu a uma ruptura com os ditames positivistas que norteavam os estudos criminológicos até os anos 30 do século XX e que se baseavam em teorias patológicas da criminalidade. O aprendizado do comportamento criminoso, a partir das formulações de Sutherland, deixou de estar vinculado a um problema de socialização (ANITUA, 2008, p. 494).

Sutherland (2009, p. 63), ao formular sua teoria sobre os crimes do colarinho-branco, observou as 70 principais empresas norte-americanas durante mais de 20 anos, com o escopo de identificar a prática de condutas criminosas. Seu estudo demonstrou que foram proferidas 980 decisões contrárias às mencionadas corporações, com uma média de 14 infrações por empresa, tendo todas elas estabelecido que as empresas atuaram contrariamente à lei. Entretanto, apenas 158 decisões, ou seja, 16%, foram proferidas por tribunais penais que determinaram que as condutas haviam sido delitivas. Posto que nem toda conduta ilegal era criminosa, essas decisões poderiam servir como parâmetro do comportamento delitivo somente na medida em que se pudesse demonstrar que nas 822 sentenças restantes a conduta foi tanto ilegal quanto delitiva.

Sendo assim, o autor identificou um problema para definir delito, que compreende duas indagações fundamentais:

- 1) se seria possível aplicar o termo *delito* às condutas que deram azo às mencionadas decisões contrárias às empresas norte-americanas estudadas;
- 2) qual é a razão pela qual geralmente não se aplica e em decorrência de que motivo os criminólogos não consideram o delito do colarinho-branco de forma semelhante aos demais delitos.

Por meio das duas indagações formuladas por Sutherland, o problema da criminalidade econômica era confrontado incisivamente, na

medida em que o próprio tratamento do sistema penal era questionado em função do não reconhecimento de tais práticas empresariais e industriais como criminosas. Cumpre salientar que, ao apresentar o problema, Sutherland denotou a ausência de identidade e percepção dessas práticas como delinquência, nos âmbitos legal, judicial, social e teórico.

No estudo de Sutherland (2009, p. 64), a definição do delito somente seria considerada importante como meio para determinar se a conduta deveria ser incluída dentro dos limites de uma teoria da conduta delitiva. Deve-se perquirir se, sob o ponto de vista da teoria da conduta delitiva, os atos ilegais das corporações analisadas se assemelhavam aos furtos, roubos e outros delitos incluídos e alinhados nas teorias convencionais.

Para Sutherland, a análise do criminólogo seria distinta, pois, interessado em uma teoria da conduta delitiva, apenas necessitaria saber que determinada classe de condutas era definida como criminosa por meio de uma norma penal incriminadora e que um indivíduo determinado praticou uma conduta dessa natureza descrita na lei. Nesse sentido, o criminólogo necessitaria ter conhecimento sobre esses dois aspectos.

A característica essencial do delito, apontada por Sutherland, baseava-se na existência de uma conduta proibida pelo Estado, que lhe vulnerava, e em decorrência da qual este deveria opor-se, ao menos como derradeiro recurso³, por meio da sanção.

Sutherland (2009, p. 65) apontava que os dois critérios abstratos geralmente considerados pelos juristas como elementos necessários para definição do delito eram a descrição legal de um ato socialmente lesivo e a previsão legal de uma pena para aqueles que praticarem esse ato descrito como criminoso.

O primeiro desses critérios (a definição legal de um dano social) se aplicaria a todas as classes de atos incluídos nas 980 decisões analisadas por aquele autor. As pessoas afetadas podiam ser divididas em dois grupos: inicialmente, um número relativamente reduzido de pessoas que compartilham a mesma atividade que os delinquentes e outras rela-

³ A menção de Sutherland à punição como último recurso se alinha com o princípio da intervenção mínima que tem o escopo de restringir e impedir o arbítrio do legislador, no sentido de proibir a definição desnecessária de crimes e a imposição de penas injustas, a criação de tipos penais deve sujeitar-se à imprescindibilidade, somente devendo intervir o Estado, por intermédio do Direito Penal, quando os demais ramos do Direito não forem capazes de coibir a conduta ilícita. O princípio da intervenção mínima, *ultima ratio*, orienta e limita o *jus puniendi* estatal, preconizando que a criminalização de uma conduta somente se legítima quando constituir meio necessário e imprescindível para a proteção de determinado bem jurídico.

cionadas às atividades praticadas por esses e, em segundo, o público em geral, como consumidores ou integrantes das instituições sociais gerais afetadas pelas violações da lei (SUTHERLAND, 2009, p. 65).

Ao analisar as leis antitrustes norte-americanas, Sutherland mencionou o fato de que elas foram elaboradas para proteger os competidores, para resguardar a instituição da livre empresa como reguladora do sistema econômico, bem como para defender os consumidores dos preços arbitrários e, ainda, a instituição da democracia diante dos perigos da grande concentração de riquezas nas mãos dos monopólios. No que tange às leis contra a falsa publicidade, estas visavam proteger a concorrência desleal das empresas e as fraudes aos consumidores. A Lei Nacional de Relações de Trabalho, a seu turno, encontrava-se estruturada para proteger os empregados das coações patronais e o público em geral das interferências no comércio, causadas por greves e paradas patronais (SUTHERLAND, 2009, p. 65).

O conjunto normativo mencionado por Edwin Sutherland podia ser valorado corretamente como um composto de normas penais em sentido mais fundamental que as próprias leis sobre furto, que decorriam da tentativa do Estado de colocar a vingança privada sob o controle público. Cada uma das leis supramencionadas contemplava uma sanção penal, cumprindo, pois, o segundo critério da definição de delito, que necessitava da definição de uma conduta proibida em lei e do estabelecimento de uma sanção penal ao indivíduo que viesse a cometer tal conduta, descrita no preceito secundário desta mesma lei.

A Lei Sherman Antitruste explicitamente estabelecia que uma violação da lei era uma falta. Existiam três métodos de aplicação dessa lei e cada um previa procedimentos sobre violações:

- a) havia a possibilidade de a lei ser executada por meio da perseguição penal comum, que culminava com a imposição de uma multa ou de encarceramento;
- b) quando o fiscal-geral dos Estados Unidos e os diversos fiscais de distritos teriam o dever de reprimir e prevenir as violações da lei mediante pedidos de condenação, cuja violação era punível como desacato à autoridade. Esse método de cumprimento de uma lei penal foi uma invenção e, como se verá adiante, é a chave para interpretar a implementação diferencial da lei penal aplicada aos delinquentes do colarinho-branco;
- c) as partes ofendidas pelas violações da lei estavam autorizadas a demandar pelos prejuízos com uma norma imperativa segundo a qual a indenização fixada triplicava o montante dos danos sofridos.

Sutherland sublinhou que essa reparação excedente constituía uma sanção por violar a lei e seu pagamento indicava a indução da parte lesionada a tomar a iniciativa de fazer cumprir a lei penal. Nesse aspecto, assemelhava-se aos anteriores métodos de perseguição privada em função da lei penal. Esses três métodos de cumprimento da lei estavam baseados em decisões que declaravam violada uma lei penal e, portanto, que se cometeu um delito. As decisões de um tribunal civil ou de um tribunal de equidade a respeito dessas transgressões eram importante prova da conduta delitativa tanto quanto o é uma sentença de um tribunal penal.

Sutherland (2009, p. 67) exemplificou que o juiz Carpenter, referindo-se às ordens judiciais proferidas em decorrência da Lei Antitruste, sustentou que a Corte Suprema, ao confirmar tais decisões, determinou, necessariamente, que as questões analisadas eram delitos, como definia ao menos as três primeiras seções da própria lei.

Por meio de uma emenda à Lei da Comissão Federal de Comércio na Lei Wheeler-Lea de 1938, uma ordem da Comissão seria definitiva se não fosse impugnada oficialmente dentro de um tempo específico e a partir do transcurso desse período, e sua violação era castigada mediante uma multa civil. Assim, havia a possibilidade de utilização de certos procedimentos intermediários para fazer cumprir as leis complementares à Lei Sherman Antitruste, e as multas ou prisão por desacato estavam permitidas somente em função do fracasso de tais mecanismos. Nesse aspecto, os procedimentos intermediários se assemelhavam a *probation* dos casos penais comuns.

Sutherland chamou atenção para o fato de um ato ilegal não ser definido como delitivo por haver castigo, mas sim pela circunstância de que era punido. O furto, em verdade, era um delito quando o ladrão fosse submetido a *probation* ou quando fosse condenado à prisão. Pode-se argumentar que a pena por desacato à autoridade não era um castigo por violar a lei original e que, portanto, a lei não continha uma sanção penal. Esse raciocínio era considerado falacioso por Sutherland, já que a lei original previa a aplicação de ordens judiciais com a correspondente penalidade como parte do procedimento para seu cumprimento. Em consequência, todas as decisões prolatadas em função das emendas da Lei Antitruste indicavam, consoante as considerações do autor, que as corporações cometeram delitos.

O referido autor afirmou que as leis que regulavam a falsa publicidade, por exemplo, eram de duas categorias. Quando concernentes às etiquetas falsas, a definição estava na Lei de Pureza Alimentícia e Drogas como uma falta punida mediante multa; por sua vez, a falsa publicidade em geral era definida na Lei da Comissão Federal de Comércio,

com sanções semelhantes às capituladas na Lei Antitruste e indicavam que havia ocorrido cometimento de delitos.

As indenizações por danos e prejuízos aos proprietários de marcas e patentes registradas podiam ser arbitradas em patamar superior aos valores dos danos efetivamente sofridos. Essas eram reparações de caráter punitivo e constituíam formas de castigo, uma vez que ultrapassavam o montante da lesão perpetrada. Nos casos federais de marcas registradas, Sutherland (2009, p. 71) verificou que somente se levavam em consideração os ganhos quando a infração incluía a intenção de fraudar o proprietário original ou de enganar o público. Portanto, essas decisões equivaliam a condenações em juízos penais e decorriam da prática de uma conduta necessariamente criminosa.

As infrações cometidas nessas hipóteses poderiam ser punidas como nas violações antitruste, mediante ordens de desistência, multas ou prisão por violação de tais ordens, o que corroborava o caráter punitivo delas e a lesividade das condutas criminosas que as antecediam (SUTHERLAND, 2009, p. 71).

As penas definidoras de delitos, tais como multas, prisões e indenizações, eram de caráter punitivo. Além dessas, o acordo parcial de responsabilidade, a ordem de desistência e o mandamento contra o imputado sem referência a pena por desacato possuíam os atributos do castigo. Isso é evidente, uma vez que ocasionavam certo menoscabo à companhia contra a qual se decretava e porque foram criadas pelos legisladores e administradores para produzirem esse efeito na forma de vingança pública, que é um aspecto importante de todas as penas.

Em sua formulação, Sutherland (2009, p. 72) destacou na história da punição e de seu viés público um exemplo extremo que foi a pena colonial de bordar a letra “T” na roupa do ladrão, com escopo de que este pudesse ser imediatamente identificado. Na Inglaterra, a Lei do Pão de 1836 e a Lei de Adulteração de Sementes de 1869 previam como castigo a publicação no jornal dos detalhes vinculados com os delitos de adulteração dos produtos. A Lei de Saúde Pública de 1891, por sua vez, autorizava ao tribunal ordenar que o condenado reincidente na venda de carne inadequada para o consumo humano colocasse um letreiro em seu estabelecimento, do tamanho que especificasse o tribunal, informando que havia sido condenado duas vezes por violar a lei, dando-se publicidade ao crime que fora praticado (SUTHERLAND, 2009, p. 73).

A ordem de desistência era utilizada na hipótese de descumprimento do acordo parcial de responsabilidade e também caso a violação da lei fosse considerada pela comissão como deliberada.

A ordem de desistência acarretava maior degradação pública que o acordo parcial de responsabilidade. Havia a possibilidade de conciliação na maioria desses casos. Assim, havia uma nítida gradação punitiva ao se analisarem comparativamente as medidas que poderiam ser impostas.

Na conclusão de sua análise acerca da criminalidade econômica das grandes empresas norte-americanas, Sutherland comprovou que 779 das 980 decisões contra as 70 grandes corporações analisadas indicavam que foram cometidos delitos (SUTHERLAND, 2009, p. 74).

Dessa forma, segundo o autor, tal conclusão poderia ser objetada com base nas regras de prova e evidência usadas para chegar a muitas dessas decisões que não eram iguais às regras utilizadas nos tribunais penais. Isso se refere, especialmente, à prova do dolo penal e à presunção de inocência. Não obstante, tais regras não incidiam em todos os processos penais e o número de exceções legalmente autorizadas era cada vez mais expressivo.

Sutherland (2009, p. 71) concluiu que o critério aplicado para definir os delitos do colarinho-branco não era categoricamente distinto daquele utilizado para definir os delitos tradicionais.

Consoante as 779 decisões contrárias às corporações, verificou-se que todas as empresas analisadas cometeram delitos e que a criminalidade de suas condutas não se tornava evidente pelos procedimentos convencionais da lei penal, senão que se ocultavam e dissimulavam por procedimentos especiais. A implementação diferencial da lei aplicada aos delitos das corporações eliminava ou ao menos minimizava o estigma do delito, segundo constatado por Sutherland.

A implementação diferencial começou com a Lei Sherman Antitruste de 1890, que se constituiu explicitamente numa lei penal cuja violação era uma falta, qualquer que fosse o procedimento utilizado.

Nessa altura, cumpre trazermos à colação algumas noções a respeito do significado de estigma: em sua origem grega, o termo *stigma* era empregado para denominar sinais corporais com os quais se procurava demonstrar algo de extraordinário ou negativo acerca das qualidades morais de seu portador. Na era cristã, o termo ganhou mais duas acepções, uma referia-se a sinais corpóreos relacionados à graça divina que se materializam em forma de flores em erupção sobre a pele do agraciado, outra era uma alusão médica a esse fenômeno religioso e dizia respeito a sinais corpóreos relativos a anomalias físicas.

Os sinais poderiam ser feitos com cortes ou fogo no corpo e avisavam que o portador era um escravo, um criminoso ou traidor – uma

pessoa marcada, ritualmente poluída, que devia ser evitada especialmente em lugares públicos (GOFFMAN, 1982, p.11). Logo, o estigma surge em função de uma relação que se dá entre um atributo pessoal e um determinado estereótipo.

Erving Goffman, em seu livro *Estigma: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada*, aludiu a três tipos diferentes de estigmas: as deformidades físicas, as culpas de caráter individual e, ainda, os estigmas tribais de raça, nação e religião. A presença de um estigma situa seu portador fora do campo da normalidade social. Provavelmente, esse sujeito procurará corrigir ou escamotear seu atributo *defeituoso* e poderá obter apoio de alguns setores da sociedade. O primeiro deles é integrado por outros indivíduos portadores de seu estigma, o segundo setor se compõe de *peessoas normais*, entenda-se, não portadoras de estigma, mas que, por circunstâncias pessoais, convivem com indivíduos estigmatizados e desenvolvem níveis de aceitação, compreensão e simpatia com eles – são os chamados indivíduos informados. Nessa categoria, estão incluídos os familiares de um sujeito estigmatizado.

O indivíduo que possui um estigma sofre profundas discriminações, daí sua dificuldade relacional, não sendo jamais considerado um igual pelos demais membros da sociedade. Inúmeras vezes, é considerado uma espécie de *simulacro humano*, inferior e perigoso.

Um sujeito marcado com um estigma tende a difundi-lo para o seu círculo de relações mais próximas. Dessa forma, evita-se o contato com tais indivíduos para que não se propague o estigma.

Assim, a mulher fiel do paciente mental, a filha do ex-presidiário, o pai do aleijado, o amigo do cego, a família do carrasco, todos estão obrigados a compartilhar um pouco o descrédito do estigmatizado com o qual eles se relacionam [...] Dever-se-ia acrescentar que as pessoas que adquirem desse modo um certo grau de estigma podem, por sua vez, relacionar-se com outras que adquirem algo da enfermidade de maneira indireta. Os problemas enfrentados por uma pessoa estigmatizada espalham-se em ondas de intensidade decrescente (GOFFMAN, 1982, p. 13).

Dessa maneira, o estigma proveniente da existência de um atributo diferencial impõe ao seu portador uma espécie de barreira que este se vê impossibilitado de transpor. A sociedade, como um todo, ritualisticamente, estabelece uma série de procedimentos diferenciados na convivência e no trato desses indivíduos, denominados como estigmatizados. A presença de um indivíduo estigmatizado em um grupo relacional causa a assunção pelos demais membros de um comportamento

diferenciado em razão da existência de um ou alguns indivíduos considerados *indivíduos-problema* em função de seus estigmas, o que Goffman denomina *contatos mistos*.

O estigma do preso recai sobre ele durante o período em que permanece dentro da instituição prisional, entretanto, a prisão, além de ser capaz de fabricar o estigma e transformar o seu portador num indivíduo socialmente desacreditado, é capaz de desbordar o período de reclusão e prolongar-se mesmo após a saída do indivíduo da prisão, assim, o preso, ex-recluso, permanecerá estigmatizado durante um longo período após ter sido colocado em liberdade, e a permanência dessa característica desacreditadora faz com que o indivíduo pretenda esconder seu atributo estigmatizante, procurando, na medida do possível, não revelar sua condição de ex-detento, ocorrendo o fenômeno denominado por Goffman de *encobrimento*.

O estigma criado em função da aproximação do sistema penal é de tal ordem que os componentes das camadas empobrecidas da sociedade são obrigados a evitar o convívio com indivíduos que tenham tido algum contato com o sistema penal, pois a carga estigmatizante pode estender-se a eles. Essa carga estigmatizante não é necessariamente em consequência de uma condenação de um indivíduo membro do grupo, mas o simples contato com uma das agências do sistema penal deflagra esse processo. Os meios de comunicação de massa, atualmente, contribuem ativamente para esse processo, ao operarem efetuando diuturnamente uma condenação prévia de suspeitos, sem julgamento, contraditório, ou processo, e incentivando a sociedade a proceder a uma clivagem social entre o homem bom, branco, de classe média ou alta, consumidor, e o marginal, negro, *malfeito*, favelado, alijado do mercado de consumo e perigoso. Percebe-se, assim, no império das concepções maniqueístas, que a ausência de identificação do criminoso econômico como tal está atrelada à ausência de sinais que se coadunem com o estereótipo do criminoso e que possam estigmatizá-lo.

Quando se impõe o estigma do delito como um castigo, coloca-se o acusado dentro do estereótipo popular de *delinquente*. Na sociedade primitiva, o *delinquente* era essencialmente o estranho/diferente, entretanto, na sociedade moderna, o estereótipo está fortemente circunscrito às classes socioeconômicas mais baixas.

Sutherland (2009, p. 77) afirmava que poderia ser uma excelente política criminal eliminar o estigma do delito das violações à lei cometidas tanto pelas classes altas como pelas classes baixas, embora, em seu trabalho, ele não tenha tratado propriamente de política criminal ou se prolongado na análise dessa questão.

Com relação ao estigma, Sutherland concluiu que o delito do colarinho-branco assemelha-se à delinquência juvenil, pois, nas duas hipóteses, os procedimentos da lei penal são modificados para que o estigma do delito não se transmita ao delinquente. O estigma do delito foi eliminado em menor medida para a delinquência juvenil do que para os delitos do colarinho-branco, porque os procedimentos para menores não se diferenciam tanto dos procedimentos penais convencionais, dado que a maioria dos delinquentes juvenis é proveniente da classe baixa e não está preparada para proteger seu bom nome ou imagem social. Como esses delinquentes juvenis não foram liberados exitosamente do estigma do delito, geralmente se encontram compreendidos no âmbito das teorias da conduta delitativa e na realidade subministram grande parte da informação para os estudos criminológicos (SUTHERLAND, 2009, p. 77).

Cumprе ressaltar que, para a análise da criminalidade econômica, é fundamental sublinhar que o sistema penal é influenciado por inúmeras agências, dentre elas podem-se destacar as agências políticas, tais como os parlamentos, legislaturas, poderes executivos e partidos políticos; as agências judiciais, integradas por juízes, membros do Ministério Público, advogados, defensores públicos e demais serventuários da Justiça; as agências policiais, nas quais podemos destacar a polícia de segurança, judiciária ou de investigação, alfandegária e fiscal; as agências penitenciárias, compostas pelos funcionários e pessoal administrativo das prisões, e as agências de comunicação, compostas pela imprensa e pelos meios de comunicação de massa. Todos os integrantes do sistema penal, em regra, percebem a criminalidade econômica e seus sujeitos ativos de forma diferenciada da percepção suscitada pela criminalidade cotidiana tradicional.

Para Zaffaroni e Pierangeli (2001, p. 70), o sistema penal é

o controle social punitivo institucionalizado, que na prática abarca a partir de quando se detecta ou supõe detectar-se uma suspeita de delito até que se impõe e executa uma pena, pressupondo uma atividade normativa que cria a lei que institucionaliza o procedimento, a atuação dos funcionários e define os casos e condições para esta atuação. Esta é a idéia geral de “sistema penal” em sentido limitado, englobando a atividade do legislador, do público, da polícia, dos juízes, promotores e funcionários da execução penal.

Nesse sentido, bastaria uma análise do modo operacional do sistema judicial, que nos é fornecido por Sutherland na década de 1930, para que possamos constatar que, na realidade, o funcionamento do sistema judicial é seletivo, recaindo somente sobre determinados indivíduos pertencentes a estratos sociais específicos. O exame, mesmo su-

perficial, da composição da população carcerária brasileira no século XXI ratifica essa assertiva e as conclusões de Edwin Sutherland.

Nessa perspectiva, pode-se questionar acerca da proporção de criminosos econômicos que povoam o sistema penitenciário nacional atualmente. Sendo certo que o próprio paradigma ressocializador não se coaduna com essa categoria criminosa, uma vez que não há que se aludir sequer à dessocialização.

Assim, consta-se que o Direito Penal pune as ofensas aos bens jurídicos principais com intensidade desigual, que a lei penal não é igual para todos, que a condição de criminoso é distribuída de forma desigual entre os indivíduos, que a reação criminalizante e sua intensidade não variam de acordo com a gravidade das infrações. E os crimes do colarinho-branco não são identificáveis, normalmente, com condutas criminosas e merecedoras de sanção penal.

A qualidade de criminoso atribuída a determinados indivíduos resulta de uma dupla operação. Em um primeiro momento, ocorre a seleção dos bens jurídicos protegidos pelo Direito Penal e das condutas capazes de ofendê-los; num segundo momento, há uma seleção dirigida a indivíduos específicos (que correspondem ao estereótipo do criminoso ou são estigmatizados) dentre toda gama de indivíduos que praticam infrações à norma penal. Tal qualidade é atribuída de forma desigual de acordo com interesses socialmente predominantes e com o *status* social dos indivíduos, assim, o Direito Penal torna-se produtor e reproduzidor das desigualdades sociais. O sistema penal se dirige quase que invariavelmente contra determinadas pessoas que correspondem ao estereótipo do criminoso, que ainda guarda grande relação com a antropologia criminal lombrosiana.

O processo de criminalização se desenvolve em duas etapas denominadas *criminalização primária* e *criminalização secundária*. A primeira consiste na elaboração de normas penais e a segunda é a ação punitiva realizada sobre os indivíduos de forma concreta, trata-se da aplicação das normas.

No que se refere à seleção dos bens protegidos e dos comportamentos lesivos, o “caráter fragmentário” do direito penal perde a ingênua justificação baseada sobre a natureza das coisas ou sobre a idoneidade técnica de certas matérias, e não de outras, para ser objeto de controle penal. Estas justificações são uma ideologia que cobre o fato de que o direito penal tende a privilegiar os interesses das classes dominantes, e a imunizar do processo de criminalização comportamentos socialmente danosos típicos dos indivíduos a elas pertencentes, e ligados funcionalmente à existência da acumulação capitalista, e tende a dirigir o processo

de criminalização, principalmente, para as formas de desvio típicas das classes subalternas. Isso ocorre não somente com a escolha dos tipos de comportamentos descritos na lei, e com a diversa intensidade da ameaça penal, que freqüentemente está em relação inversa com a danosidade social dos comportamentos, mas com a própria formulação técnica dos tipos legais. Quando se dirigem a comportamentos típicos dos indivíduos pertencentes às classes subalternas, e que contradizem as relações de produção e de distribuição capitalistas, eles formam uma rede muito fina, enquanto a rede é freqüentemente muito larga quando os tipos legais têm por objetivo a criminalidade econômica, e outras formas de criminalidade típicas dos indivíduos pertencentes às classes no poder (BARATTA, 2002, p. 165).

A seletividade do sistema penal torna-se ainda mais evidente no que tange à criminalização secundária, uma vez que o *status* social do indivíduo é fator determinante na sua seleção. Os membros das classes subalternas possuem maior probabilidade de serem criminalizados, e o fato de serem na sua maioria desempregados ou subempregados potencializa sua possível seleção.

Tem-se, então, um Direito Penal em que a elaboração normativa é seletiva, assim como sua aplicação, sendo tal seletividade reflexo das desigualdades existentes no seio social.

4 Criminalidade econômica e reação social

Como se pode extrair das formulações de Sutherland, nem todas as leis penais implicam o mesmo grau de ressentimento por parte do público. Sutherland (2009, p. 79) dividiu os delitos em crimes graves, que despertavam maior ressentimento, e faltas, que ocasionavam um ressentimento menor. Analisando as diversas categorias delitivas, percebe-se que há inúmeras leis que podem sancionar segundo o grau de danosidade ou culpabilidade das condutas. Assim, os delitos do colarinho-branco estariam, presumidamente, na parte inferior da lista, mas não totalmente excluídos, na medida em que há reação social diante de tais condutas, entretanto, esta tende a ser mais amena.

Sutherland sublinhou que o temor e o ressentimento se desenvolvem na cidade moderna, principalmente, como resultado da acumulação de delitos e tal como consta nas taxas delitivas. Esse ressentimento desenvolve-se tanto nos delitos do colarinho-branco como nos demais delitos. Ocorre que nem todas as camadas da sociedade reagem da mesma maneira contra violações de determinada lei.

O autor pontuou que um sócio comercial não considera atroz uma violação de regulação comercial e que os habitantes de um bairro empobrecido da cidade não consideram o furto cometido por seus vizinhos como uma atrocidade, tanto é que, em geral, lhes dão assistência quando estes são perseguidos por agentes da justiça penal (SUTHERLAND, 2009, p. 79). Assim, a identidade e a proximidade com os sujeitos ativos que praticam a conduta delitiva fazem com que a reação social seja mais complacente diante de tais condutas.

A teoria da implementação diferencial da lei acerca das grandes corporações é explicada por Sutherland (2009, p. 79) a partir de três fatores: o *status* do homem de negócios, a tendência a evitar o castigo e o ressentimento relativamente desorganizado do público ante os delitos do colarinho-branco.

Preliminarmente, os métodos utilizados para imposição do cumprimento das leis são adaptações das características dos presumidos violadores da lei. As valorações sobre os empresários, que são os presumidos violadores das leis referentes à criminalidade econômica incluem uma combinação de medo e admiração. Os responsáveis pelo sistema de justiça penal norte-americano temiam opor-se aos homens de negócios, entre outras causas, em função da possibilidade de redução das contribuições aos fundos de campanha necessários para ganhar as eleições e que eram financiados pelos recursos provenientes das atividades do empresariado.

Sutherland (2009, p. 80) apontava que, provavelmente, mais importante que o temor seria a homogeneidade cultural dos legisladores, juízes e funcionários com os empresários. Os legisladores percebem os homens de negócios com um misto de admiração e respeito e não podem concebê-los como delinquentes, uma vez que os homens de negócios não correspondem ao estereótipo popular de delinquente. Os legisladores acreditam que estes *cavalheiros respeitáveis* irão respeitar a lei com uma pressão muito leve, já que sua imagem não está atrelada ao estereótipo do criminoso como a do criminoso tradicional, que se coaduna com tal perfil.

Recorrendo ao histórico da criminalização, Sutherland afirmava que o grupo mais poderoso da sociedade medieval teve assegurada imunidade mediante o *benefício do clero* e atualmente o grupo mais poderoso obteve imunidade relativa em decorrência do *benefício do negócio* (SHECAIRA, 2004, p. 200).

Sutherland elencou a existência de três provas incontestes do tratamento diferenciado determinado aos criminosos econômicos perante a lei:

- 1) O Departamento de Justiça norte-americano foi comparativamente mais leniente ao utilizar contra as firmas comerciais um método que acarreta o estigma do delito. Os executivos das empresas foram condenados em tribunais penais, principalmente quando usaram métodos delitivos similares aos das classes socioeconômicas mais baixas (SUTHERLAND, 2009, p. 82).
- 2) O segundo fator que explicava a implementação diferencial da lei quando se aplicava aos delitos do colarinho-branco era a tendência a distanciar-se dos métodos penais. Essa tendência se observava na ausência quase total de penas extremas de morte ou tortura física e na substituição de métodos penais convencionais por métodos não penais, tais como a *probation* e os métodos de trabalho que a acompanhavam.

Essa diminuição dos procedimentos penais se explicava, conforme Edwin Sutherland, mediante uma série de transformações sociais: o crescente poder da classe socialmente mais baixa, sobre a qual se aplicava a maioria das penas, a introdução no campo das leis penais de uma grande parte dos grupos socioeconômicos altos, a crescente interação social entre as classes, o fracasso dos métodos penais para obter reduções substanciais nos índices de criminalidade e o enfraquecimento da vocação legal e da psicologia individualista e hedonista que, para obter o controle da conduta, colocavam grande ênfase na dor (SUTHERLAND, 2009, p. 82).

A tendência a abandonar os métodos penais sugeria que as sanções penais podiam não ser um critério adequado para a definição do delito.

- 3) O terceiro fator na implementação diferencial da lei no campo do delito do colarinho-branco era a recusa relativamente desorganizada do público diante dessa classe de delitos.

Podem-se mencionar três razões da diferente relação entre a lei e os costumes nesse terreno:

- a) as violações da lei por parte dos empresários são complexas e seus efeitos difusos, logo, tais condutas poderão não se abater sobre uma vítima específica ou determinada. Não se constituem em ataques simples e diretos de uma pessoa a outra, como são as ameaças ou lesões. Muitos delitos do colarinho-branco somente podem ser apreciados por profissionais especialistas no tema. Assim, Sutherland exemplificava que determinada corporação podia violar uma lei durante uma década ou mais antes que uma agência administrativa ou o público tomasse conhecimento da infração;
- b) as agências públicas de comunicação não expressavam os sentimentos morais organizados da comunidade a respeito dos crimes do colarinho-branco, em parte em razão de sua complexidade e de não poderem apresentar facilmente como notícia, mas também em grande medida

porque as agências de comunicação pertencem ou são controladas por empresários e porque elas mesmas participam da violação de muitas dessas leis;

- c) as leis editadas para a regulação dos negócios pertencem a uma parte relativamente nova e especializada da legislação.

Em função das três razões expostas na obra de Sutherland, percebe-se que o público não tem o mesmo sentimento de repulsa acerca dos delitos do colarinho-branco em comparação com os crimes normalmente percebidos como mais graves pela sociedade. Finalmente, a relação entre lei e costume tende a ser circular. As leis, até certo ponto, são cristalizadas pelos costumes e cada ato de seu cumprimento tende a reforçá-las. As leis relativas aos delitos do colarinho-branco, que ocultam a criminalidade da conduta, têm sido menos efetivas que outras leis penais no reforço que outorgam aos costumes.

As questões apresentadas por Sutherland podem ser resumidas nas seguintes proposições:

- Os delitos do colarinho-branco possuem como padrão genérico o comportamento delitivo, ou seja, a definição legal de condutas sociais lesivas e sanções penais; por conseguinte, se assemelham a outros delitos.
- Os delitos do colarinho-branco não foram, geralmente, considerados por criminólogos como análogos a outros delitos e não foram incluídos no campo das teorias das condutas delitivas porque os procedimentos administrativos e judiciais têm sido diferentes para essas violações da lei penal.
- A implementação diferencial da lei penal, tal como se aplica aos empresários, se explica por seu *status*, pela tendência de afastar dos métodos punitivos e pela repulsão/reprovação relativamente pouco elaborada do público em face dos delitos do colarinho-branco e sua complexidade.

Como a análise de Sutherland se ocupou das violações da lei praticadas pelas corporações, faz-se necessário descrever a peculiar relação, detectada pelo estudo do autor, de tais empresas com a lei penal.

Analisando as decisões dos tribunais norte-americanos acerca das condutas perpetradas pelas empresas, Sutherland (2009, p. 85) constatou que há aproximadamente quatro gerações os tribunais decidiram por unanimidade que as corporações não poderiam cometer crimes. O autor demonstrou que essas decisões se baseavam nos seguintes princípios: como a corporação é uma construção legislativa, não poderia ter vontade criminosa e cometer delitos; a punição poderia recair sobre a pes-

soa física que representava a corporação; as únicas penas, salvo exceções, que se poderia impor às corporações eram as penas de multa.

Sutherland (2009, p. 86) asseverava que, à época de seus estudos, esses princípios estavam sendo alterados pelos tribunais e as corporações então eram frequentemente condenadas por terem cometido delitos. As empresas passaram a ser condenadas por furto, homicídio atenuado ou negligente, administração irregular, violação do Sabbath, destruição de propriedade e uma grande variedade de delitos. Tais decisões implicaram uma inversão dos três princípios em que se alicerçavam as sentenças anteriores, quais sejam: 1) As corporações são pessoas jurídicas. 2) O requisito do dolo foi suprimido de um grande número de leis penais. 3) há possibilidade de responsabilização das corporações.

5 A teoria da associação diferencial e a nova etiologia da criminalidade

A teoria da associação diferencial surgiu em decorrência do pensamento de Edwin Sutherland, com base nas formulações originárias de Gabriel Tarde. O primeiro contato de Sutherland com a Criminologia ocorreu em 1906, na Universidade de Chicago, o que explica o fato de o autor ter sofrido influência dos autores da Escola de Chicago e de suas formulações acerca da teoria ecológica. No final dos anos 1930, Edwin Sutherland cunhou a expressão *white-collar crime*, que passou a identificar os autores de crimes *diferenciados* que apresentavam pontos acentuados de dessemelhança com os criminosos denominados comuns (SHECAIRA, 2004, p. 187).

Sutherland teria como um de seus principais precursores o jurista e sociólogo francês Gabriel Tarde, consoante o acima afirmado. Gabriel Tarde⁴ considerava que o delinquente era um tipo profissional que necessitava de um aprendizado, da mesma forma que todas as pro-

⁴ Gabriel Tarde propôs as chamadas leis da imitação, que funcionam por meio da repetição de cima para baixo que leva o empregado a imitar o chefe, os filhos a imitarem os pais e os alunos a imitarem os professores, sendo a violência decorrência de uma associação incorreta. Tal concepção é visivelmente retomada por Sutherland na sua assertiva de que o crime resulta de um processo de aprendizagem e não de uma herança biológica ou da existência de um criminoso nato. A teoria da associação diferencial se assenta na consideração de que tanto a motivação para a prática do crime como o conhecimento dos procedimentos para o cometer são apreendidos por meio de processos de comunicação no interior de grupos, o que indica uma nítida aproximação das explicações sociológicas do crime em detrimento da visão do criminoso como alguém com uma constituição biológica anormal ou problemas de natureza psiquiátrica. O crime pode ser cometido por pessoas absolutamente normais, que apenas receberam a influência de padrões favoráveis à infração.

fissões necessitam de um mestre e um aprendiz, logo, de um processo de ensino-aprendizagem específico. Segundo Gabriel Tarde, todos os comportamentos têm sua origem social. Pode ser uma imitação por costume, por obediência ou por educação (SHECAIRA, 2004, p. 193). Para Gabriel Tarde, a sociedade é imitação (BONGER, 1905, p. 206), assim, os dogmas, os sentimentos, os costumes e a moral seriam transmitidos por imitação.

Tarde considerava que as classes sociais exerciam influência sobre as outras, assim como os camponeses imitavam as atitudes dos moradores das zonas urbanas, o empregado imitava seu chefe e os filhos imitavam os pais (SANTOS, 2001, p. 44). A imitação estaria atrelada ao grau de intimidade dos contatos interpessoais. Logo, segundo tal formulação, ninguém nasceria criminoso, mas o delito seria resultante de socialização incorreta em função das leis da imitação (SHECAIRA, 2004, p. 195). A teoria da associação diferencial afasta a existência da *herança biológica* do gene da criminalidade, propugnada pelo positivismo criminológico, e pugna pela existência de um processo de aprendizagem que conduziria o homem à prática dos atos socialmente reprováveis e criminosos. Cumpre salientar que a ideia de aprendizagem refere-se ao processo complexo de desenvolvimento das condutas e concepções humanas (GARCÍA-PABLOS DE MOLINA; GOMES, 2002, p. 375).

As investigações de Sutherland perceberam na delinquência econômica um comportamento aprendido durante o convívio social.

A teoria da associação diferencial alicerça-se na consideração de que o processo de comunicação é determinante para a prática do delito. Os valores dominantes no grupo conduzem à prática do delito (SHECAIRA, 2004, p. 194). Assim, um indivíduo converte-se em delinquente quando as definições favoráveis à violação da lei superam as definições desfavoráveis.

As assertivas alinhadas por Sérgio Salomão Schecaira (2004, p. 194-195) referem-se ao processo causal pelo qual o indivíduo se inclina a praticar o ato criminoso, segundo a teoria da associação diferencial e as nove proposições de Sutherland.

- 1) O comportamento criminoso é um comportamento aprendido. Logo, a conduta criminoso não é decorrência de uma carga genética hereditária.
- 2) O comportamento criminal é aprendido mediante a interação com outras pessoas, resultante de um processo de comunicação. Trata-se de um processo de imitação que tem início no âmbito familiar, incluindo inclusive a aprendizagem gestual e postural.

- 3) A parte decisiva do processo de aprendizagem ocorre no âmbito das relações sociais mais íntimas, portanto, os meios impessoais de comunicação trazem escassa contribuição para a origem da conduta criminosa.
- 4) No momento em que se aprende um comportamento criminoso, o aprendizado inclui as técnicas de cometimento de delito, direção específica de motivos, razões, atitudes e a própria justificação do delito. Desse modo, a pessoa que jamais presenciou menções aos furtos em lojas, como profissão, dificilmente encontrará os códigos de conduta que a conduzam à prática dessa modalidade delituosa.
- 5) A direção específica dos motivos e dos impulsos se aprende com as definições favoráveis ou desfavoráveis aos códigos legais.
- 6) Determinada pessoa se converte em delinquente quando as definições favoráveis à violação da norma superam as definições desfavoráveis, ou seja, há a internalização de mais comportamentos contrários do que consoantes à lei. Este é o princípio da associação diferencial.
- 7) As associações diferenciais podem variar em frequência, duração, prioridade e intensidade.
- 8) O conflito cultural é a causa fundamental da associação diferencial. Nas sociedades não diferenciadas, em que os padrões sociais são homogêneos, como na Idade Média, por exemplo, era possível prever, quase com certeza, como se comportaria uma pessoa crescida em uma pequena vila⁵.
- 9) A desorganização social é a causa básica do comportamento criminoso sistemático. A perda de raízes pessoais e a falta de controle social informal sobre as pessoas é que fazem com que elas se vejam inclinadas à prática do ato delitivo (SHECAIRA, 2004, p. 194-196).

As primeiras investigações de Sutherland consistiam na análise das violações da Lei Antitruste nos Estados Unidos, conforme mencionado nos capítulos anteriores do trabalho, que feriam as normas reguladoras dos monopólios.

Posteriormente à análise das condutas perpetradas por essas corporações, Sutherland concluiu que o crime do colarinho-branco era aquele cometido no âmbito profissional por uma pessoa de respeitabilidade e elevado *status* social, em que, em regra, havia uma violação de confiança; eram crimes que não poderiam ser explicados pela pobreza nem

⁵ Assim, consoante Edwin H. Sutherland, em *Princípios de criminologia*, p. 85, a desorganização social seria determinante para a ocorrência de condutas criminosas. Nas sociedades pré-letradas e camponesas, as influências que cercavam uma pessoa eram constantes, uniformes, harmoniosas e coerentes, logo, o comportamento dos indivíduos seria previsível e a criminalidade reduzida.

por habitação precária, carências de recreação, falta de educação, enfim, aqueles critérios tradicionais da etiologia da criminalidade positiva (SHECAIRA, 2004, p. 199). Logo, a teoria da associação diferencial traz um novo modelo teórico capaz de explicar a criminalidade das classes médias e altas, que, submetidas aos modelos positivistas tradicionais, não se coadunavam com as características descritivas das condutas delituosas e dos criminosos (GARCÍA-PABLOS DE MOLINA; GOMES, 2002, p. 377).

Sutherland demonstrou que os crimes do colarinho-branco eram crimes com uma cifra negra (dourada) alta, logo, havia um vácuo entre a criminalidade efetivamente praticada e aquela que aparecia no claro das estatísticas criminais, o que poderia ser solucionado com a alteração da percepção legal e social acerca dessa criminalidade.

Nesse momento, convém salientar que existem interseções entre a ecologia criminal, a teoria da anomia, a teoria das subculturas e o pensamento de Sutherland. As distinções estão preponderantemente circunscritas aos aspectos terminológicos e não ao conteúdo. Na explicação do comportamento criminoso individual, o teorizador dos crimes do colarinho-branco baseia-se na associação diferencial, que nada mais é senão uma teoria cognitiva alicerçada na tradição criminológica – a similitude com o cerne das teorias subculturais é patente. Por outro lado, na sua explicação do crime ao nível social, recorre ao conceito de desorganização social, que se coaduna com a Escola de Chicago. Posteriormente, quando analisa a conduta desviada, recorre à ideia de anomia para desenvolver sua teoria.

Assim, na teorização dos crimes do colarinho-branco e ao cunhar a expressão *white-collar crime*, que o celebrizou e, segundo Hermann Mannheim (SHECAIRA, 2004, p.188), o transformaria no maior candidato ao Nobel da Criminologia – caso tal prêmio existisse –, Sutherland utilizou-se dos mais importantes contributos da Criminologia Sociológica americana e teve o mérito de conseguir incluir as condutas praticadas por empresários na seara da criminalidade e torná-las compatíveis com a aplicação de sanções penais.

6 Críticas à teoria de Sutherland

A teoria criminológica de Sutherland afastou a concepção do criminoso embasada no determinismo biológico próprio da criminologia positiva e dissociou crime e pobreza, tendo, desta feita, contribuído de forma determinante para ampliar a crítica ao fenômeno criminal fundado exclusivamente em fatores biológicos, buscando uma explicação macrosocial do fenômeno delitivo.

Na teoria da associação diferencial, o delinquente aprende a delinquir de forma assemelhada ao novato na profissão, assim, técnicas, códigos internos, atuação diante da polícia e dos juízes são apreendidas socialmente por meio da imitação.

Contudo, a despeito do mérito de ter rompido o paradigma etiológico da criminalidade tradicional, a teoria da associação diferencial não passou incólume às críticas realizadas por Sh. Glueck, por exemplo, que se fundavam em sua indeterminação, deficiência empírica e excessiva abstração (GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, 2003, p. 849).

Salomão Shecaira (2004, p. 211) sublinha a desconsideração, por parte da teoria da associação diferencial, da incidência de fatores individuais da personalidade, ocultos e até inconscientes na associação e demais processos psicossociais. Prossegue o autor ponderando que o crime nem sempre advém de padrões racionais e utilitários, pois há fatos absurdos, inesperados, ocasionais, espontâneos e impulsivos alheios a qualquer processo de aprendizagem que podem ser determinantes para a prática de uma conduta criminosa. A teoria de Sutherland não explicou, segundo Shecaira, por exemplo, as razões pelas quais, em idênticas condições, uma pessoa cede à influência do modelo desviante e outra não cede ao modelo criminoso.

Glueck questionou, ainda, que Sutherland não precisou alguns elementos de sua formulação teórica e mencionou a ambiguidade da sexta proposição sutherlandiana.

¿Qué significa un exceso de definiciones favorables al comportamiento delictivo? ¿Ha contado alguien realmente – objetan entre otros, Sh. Glueck – el número de los modelos que favorecen una infracción de la ley y el de los que no favorecen la misma? (GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, 2003, p. 849).

Em suma, tais críticas estão jungidas à impossibilidade de a teoria da associação diferencial explicar os delitos que prescindem de um processo de aprendizagem, imitação, tais como os delitos de ímpeto, passionais ou aqueles em que não há uma ponderação racional quanto ao cometimento ou não cometimento do delito e são decorrência dos instintos humanos mais primitivos.

7 Conclusão

Cumpre consignar que Sutherland, ao salientar que para os crimes praticados por pessoas ricas não se poderia mais identificar a delinquência com a anormalidade, esvaziou a concepção consoante a qual apenas

os vulneráveis como estrato social seriam delinquentes, em decorrência da pobreza e da ausência de inserção social.

Sutherland, por meio de seus estudos, demonstrou que os autores dos crimes do colarinho-branco eram pessoas com boa situação econômica e socialmente integradas, além de serem sujeitos perfeitamente aptos e capazes do ponto de vista biológico, intelectual e social.

Conclui-se que a teoria da associação diferencial teve o grande mérito de ampliar a crítica ao fenômeno criminal que era considerado em função do caráter exclusivamente biológico. Essa concepção afastou as aporias dos paradigmas etiológicos e seu encurtamento de percepção ao se concentrarem no delito e no delinquente como categorias dadas. Sutherland, ao identificar as condutas praticadas pelos dirigentes das grandes corporações norte-americanas como condutas criminosas, trouxe à luz as condutas que permaneceram durante anos na cifra oculta da criminalidade e que, além de não figurarem nas estatísticas oficiais, eram tratadas de forma demasiado laxista e complacente, o que denotava a deferência para com o empresariado.

Nesse sentido, a contribuição de Sutherland foi de incomensurável importância para o pensamento criminológico, na medida em que ampliou o objeto de estudo da Criminologia ao situar o criminoso econômico no polo ativo da delinquência e vislumbrar no polo passivo a sociedade, apontando para a existência de bens difusos que careceriam de proteção no âmbito penal.

Do exposto, permanece o questionamento: desde as formulações de Sutherland até a atualidade, quanto de avanço, efetivo, existiu na concepção dogmática pós-moderna, no que tange à efetividade dos mecanismos persecutórios e punitivos estatais quando confrontados com a criminalidade econômica? Tal questão certamente se coloca para a nossa reflexão, caso pretendamos um tratamento equânime da criminalidade que privilegie a legalidade em detrimento da histórica leniência com a delinquência econômica.

Por tudo isso, parece-nos anacrônica a rejeição à ideia dos crimes do colarinho-branco como delitos, relegando-os ao âmbito sancionador meramente administrativo, que os tornaria insuscetíveis de punições compatíveis com a lesividade das condutas praticadas e a importância dos bens jurídicos atingidos. Portanto, é inevitável que o Estado intervenha nesses casos, por meio do seu *jus puniendi*, buscando efetivar os princípios que alicerçam o Estado Democrático de Direito.

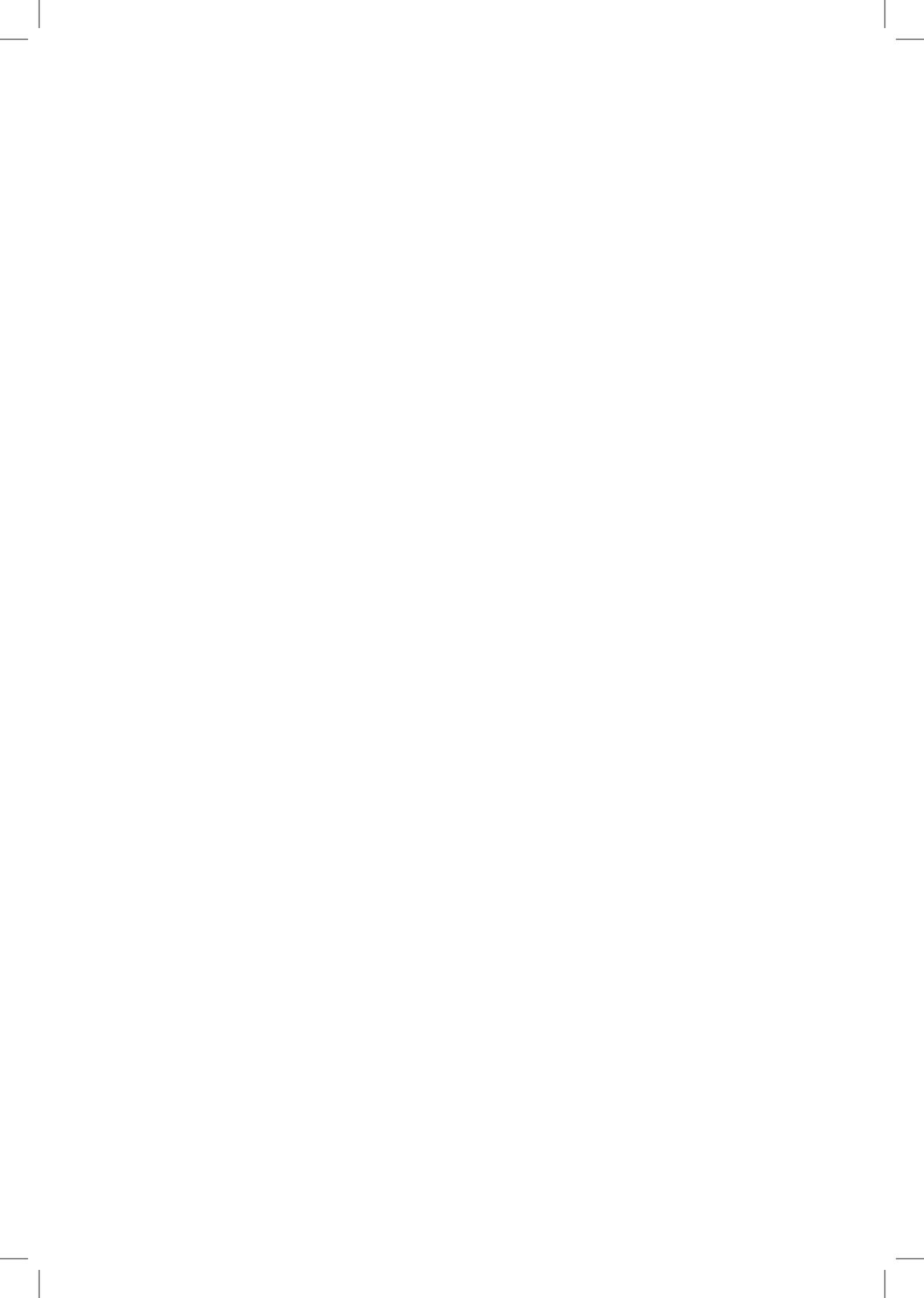
REFERÊNCIAS

- ANITUA, Gabriel Ignácio. *Histórias dos pensamentos criminológicos*. Rio de Janeiro: Revan/Instituto Carioca de Criminologia, 2008.
- BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. 3. ed. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan/Instituto Carioca de Criminologia, 2002.
- BONGER, W. A. Gabriel Tarde. *Criminalité et conditions économiques*. Amsterdam: Maas & Van Suchtelen, 1905.
- GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Tratado de criminologia*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.
- GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- GOFFMAN, Erving. *Estigma: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada*. Rio de Janeiro: Zahar, 1982.
- SANTOS, Cláudia Maria Cruz. *O crime de colarinho-branco (da origem do conceito e da sua relevância criminológica à questão da desigualdade na administração da justiça penal)*. Portugal: Coimbra, 2001.
- SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- SUTHERLAND, Edwin H. El delito de cuello blanco es delito? In: _____. *El delito de cuello blanco*. Montevideo: B de F, 2009.
- _____. *Princípios de criminologia*. São Paulo: Livraria Martins, 1949.
- TARDE, Gabriel. *La Criminalité Comparée*. 2. ed. Paris: Félix Alcan, 1890.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

SEÇÃO II

CONSIDERAÇÕES POLÍTICO-CRIMINAIS





Se quisermos situar no tempo a história do direito penal europeu, poderemos talvez falar – com Daniel Flore – de um *direito penal de primeira geração*, traduzido na “pilarização” operada, em 1992, em Maastricht, com o nascimento da União Europeia. E em que pela primeira vez se institucionaliza, nesta sede, a cooperação policial e judiciária em matéria penal.

Entretanto, é em 1999 que costuma datar-se a emergência de um *direito penal europeu*. Na verdade, o Tratado de Amesterdão concebeu um “projecto penal europeu”, traçando as linhas de formação de um “espaço de liberdade, segurança e justiça”, e dotando o “legislador” europeu dos meios jurídicos para o construir. Este “direito penal europeu de segunda geração” saldou-se por um *corpus jurídico* que, apesar das lacunas, insuficiências e contradições, representou um avanço qualitativo notável em relação ao direito internacional penal. Basta pensar no que representa a alteração implícita na substituição do pedido de extradição pelo mandado de detenção para entrega de uma pessoa no espaço da União Europeia.

Em 2010, com o Tratado de Lisboa, estamos no alvorecer de transformações da maior relevância no domínio da justiça penal europeia.

Elas podem sintetizar-se numa palavra: comunitarização. Com efeito, se não pode falar-se de uma “autêntica” supressão de pilares¹, em Lisboa fez-se transitar a matéria penal do terceiro pilar do Tratado da União Europeia para o Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, “comunitarizando-a”. Desta forma, é a um “direito penal europeu de terceira geração” que se abre caminho: não se trata só de consolidar um projecto, mas de dispor de meios mais adequados e eficazes para a realização desse projecto. Tudo está em saber “como” se constrói este direito penal europeu e “que” direito penal é este.

1

Com implicações na criação do direito penal europeu, a comunitarização traduz uma modificação substancial ao nível das fontes legislativas (alteração ao nível do direito derivado).

Temos agora instrumentos legislativos penais sob a forma de regulamentos e directivas, a preconizar uma verdadeira “revolução” ao nível dos meios – instrumentos legislativos – ao dispor no âmbito penal. Não tanto pela *competência penal* que assim se atribua à Comunidade Europeia – continuamos a não poder falar de um direito penal supranacional, vale por dizer, um direito *europeu penal*, já que é através das directivas, e não dos regulamentos, que se prossegue a via da harmonização legislativa e, portanto, continuaremos a ter direitos penais nacionais, embora tendencialmente aproximados – , mas porque serão normas de cariz “mais europeu” (em primeira linha, as directivas) que vão determinar/conformar/enquadrar as normas penais nacionais. A *influência* de normas europeias sobre as normas nacionais, que já hoje se verifica, vai *intensificar-se* com o novo Tratado. E isto, por várias ordens de razões:

- a) Assim, se as directivas continuam a não ser imediatamente aplicáveis – para valer na ordem jurídica interna têm de ser transpostas –, a verdade é que elas não estão expressamente privadas de efeito directo. Direi que, sem surpresa, caberá ao Tribunal de Justiça determinar as condições ou os termos que em que poderá ocorrer esse efeito directo, ou, se quisermos colocar as coisas de uma forma mais clara: em que termos se poderão *invocar* directivas europeias nos tribunais nacionais.

A este propósito, entretanto, o que se verifica é que o recurso de anulação não foi aberto aos particulares em relação aos actos legislativos em geral. E, assim, as condições de acesso dos particulares ao Tribunal

¹ Sem com isto se colocar em causa, naturalmente, a unidade institucional instituída com o Tratado de Lisboa. Do que ainda não pode falar-se é de “unidade jurídica”.

de Justiça continuam restritas aos regulamentos, desde que estes lhes digam *directamente* respeito e não necessitem de medidas de execução (verifica-se uma *melhoria* na protecção dos direitos dos particulares, já que estes não precisam de invocar que os regulamentos lhe dizem *individualmente* respeito, como até agora era o caso). Mas, o que é facto é que o legislador penal europeu continua a escapar ao controlo judicial dos actos legislativos por invocação directa do particular. E isto verifica-se, hoje, por força do incremento do direito penal ao nível europeu, em relação a uma matéria que, como a penal, é altamente intrusiva e *limitadora* dos direitos fundamentais das pessoas. Sem que nesta afirmação vá implícita a ideia de ela não dever conceber-se essencialmente como *protectiva* dos direitos das pessoas.

O sistema jurisdicional europeu nasceu mais orientado para garantir as competências e funções da Comunidade e da União Europeia do que para proteger as pessoas. O que se foi tornando cada vez menos aceitável à medida que a Europa foi deixando de ser apenas económica e foi desenvolvendo outras políticas, designadamente a penal. Neste contexto, vale então a pena lembrar o celebrado Acórdão *Pupino* (junho de 2005) e a relevância das suas conclusões, não só para a protecção dos direitos das pessoas, mas, no que agora nos interessa, para a aplicação efectiva da legislação penal europeia e, por aqui, também para o desenvolvimento e consolidação do direito penal europeu.

Como salientou o advogado geral *J. Kokott* (conclusões, 11 de novembro de 2004) foi a primeira vez que o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias foi interpelado, na base de um reenvio prejudicial, sobre a interpretação de uma decisão-quadro, adoptada no âmbito do terceiro pilar – a decisão-quadro de 15 de março de 2001, relativa ao estatuto das vítimas no âmbito de processos penais –, tendo, neste contexto, o Tribunal definido os termos das relações entre o direito derivado da União Europeia e o direito nacional no âmbito penal e o alcance jurídico dos instrumentos legislativos adoptados nesse âmbito.

Interessa, para as considerações que se vêm tecendo, este segundo aspecto. Assim, da conjugação do *princípio do primado do direito comunitário* – a que o direito penal, pese embora algumas reticências iniciais, não se pode subtrair – com o *princípio da lealdade da cooperação*, cuja validade o Acórdão também afirmou para o direito penal e que hoje, com o Tratado de Lisboa, vale incontestavelmente no âmbito penal – extraiu a consequência da obrigação de interpretação das normas penais nacionais nos órgãos jurisdicionais nacionais dos Estados-Membros de acordo com o direito da União (*obrigação de interpretação conforme*).

Afirma-se no Acórdão (n. 33 e 34) que os órgãos jurisdicionais nacionais estão obrigados à interpretação conforme das normas nacionais, porque os Estados *estão obrigados* a transpor em tempo devido e correctamente as decisões-quadro (carácter vinculativo das decisões-quadro). Sendo que, acrescenta-se (n. 38), a competência do Tribunal para decidir a título prejudicial sobre a validade e a interpretação das decisões-quadro consagrada no Tratado da União Europeia seria virtual, se os particulares não pudessem invocar as decisões-quadro com vista a obterem uma interpretação conforme do direito nacional nos tribunais nacionais. Desta forma, note-se, apesar de as decisões-quadro não terem efeito directo, foi um *efeito directo indirecto* da decisão-quadro que o Tribunal afirmou. Isto é, a possibilidade de elas serem *invocadas* pelos particulares, ainda que indirectamente: a propósito da sua transposição para o direito nacional, nos tribunais nacionais, a fim de obterem uma interpretação conforme do direito nacional com o direito europeu.

A comunitarização que representa a afirmação, pelo Tribunal, do princípio da lealdade de cooperação e da obrigação de interpretação conforme das decisões-quadro – sem o que estas não teriam realmente efeito vinculativo nem útil (n. 43) – favorece, indiscutivelmente, a realização efectiva do direito penal europeu, objectivo claramente pretendido pelo Tribunal, tendo em conta o seu défice de aplicação e a necessidade sentida de o superar.

Em suma: o Acórdão em causa aponta já para uma mudança muito relevante em sede de direito penal europeu, e que diz respeito, como já assinalámos, à possibilidade de produção indirecta de efeito directo na ordem jurídica penal interna de um instrumento legislativo penal europeu como a directiva. Certo que por caminhos ínvios, digamos assim – é preciso haver um caso que diga respeito à legislação interna, que resulta da transposição daquele instrumento legislativo penal europeu, num tribunal nacional e este tribunal nacional suscitar a questão prejudicial no Tribunal de Justiça –, mas o *efeito* verifica-se na legislação nacional. Veremos, perante a pouca audácia dos *constituíntes* europeus em matéria de controlo dos actos legislativos europeus, que agora também são penais, qual vai ser a contrapartida de audácia do Tribunal de Justiça: quer, mais uma vez (sempre!), na construção/criação do direito penal europeu, quer, na não menos importante (mais!), protecção dos direitos das pessoas.

Assinale-se que está em curso o processo de adesão da União Europeia à Convenção Europeia dos Direitos do Homem, o que permitirá reforçar a protecção dos direitos convencionais dos cidadãos

européus (do espaço da União Europeia), dado que serão ultrapassadas as dificuldades de estes interporem recurso perante o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem por violação daqueles direitos *contra a União Europeia*.

- b) Para além disso, as modificações ao nível do processo de adopção dos actos legislativos em sede penal, por força da comunitarização operada da matéria – regra da maioria qualificada no Conselho e submissão à codecisão do Parlamento Europeu² –, ligadas ao direito de iniciativa da Comissão para apresentar propostas legislativas na área penal – outro fruto da comunitarização³ – podem potenciar a criação de um direito penal “mais” europeu⁴, bem como fomentar a sua coerência e racionalidade.

Este modelo de adopção dos instrumentos legislativos não deixa, entretanto, de tomar em consideração a especificidade da matéria penal sobre a qual está em causa legislar.

A preocupação de sustentar a força de comunitarização num domínio em que o peso dos Estados e das soberanias tem tendência para continuar a afirmar-se fez com que não se retirassem dali todas as consequências.

As soluções preconizadas apresentam-se, do meu ponto de vista, particularmente equilibradas a propósito da tensão integração/inter-governamentalidade. Assim, a regra da unanimidade será salvaguardada como regra de decisão em aspectos decisivos, como o do alargamento, em relação aos que estão inicialmente previstos no Tratado, dos domínios penais susceptíveis de serem harmonizados. Esta decisão de criminalização deverá ser vista como uma decisão de natureza quase-constituente, por isso se justificando que se tornem mais exigentes os requisitos necessários para a sua aprovação. A regra da unanimidade corresponde aos critérios tradicionais do direito internacional, querendo com ela consagrar-se a necessidade de manifestação do consentimento de *todos* os Estados quanto a uma decisão de especial transcendência, como é o caso.

² Hodiernamente, para que haja a adopção de uma directiva, basta que a maioria qualificada dos Estados-Membros esteja de acordo com ela, deixando de se exigir, para tal, a unanimidade. É de acordo com este novo processo, em que o Parlamento Europeu tem agora um *efectivo* direito de veto, que é adoptada uma *lei penal europeia*.

³ A partir da entrada em vigor do Tratado de Lisboa, o direito de iniciativa legislativa deixou de ser partilhado entre os Estados-Membros e a comissão, passando a caber, em princípio (mas, ver infra), à Comissão.

⁴ A *palavra* dos Estados-Membros tem menos peso, sendo, por conseguinte, maior o peso dos órgãos europeus que adopta os instrumentos legislativos (o Conselho da União Europeia em conjunto com o Parlamento Europeu).

Para além disso, também se afigura correcto que a Comissão não detenha em exclusividade o direito de iniciativa em matéria penal⁵, salvaguardando-se a possibilidade de os Estados-Membros – mais precisamente, um quarto dos Estados-Membros – terem, nesse âmbito, iniciativas legislativas. Deste modo, preservar-se-á a possibilidade de os Estados-Membros apresentarem propostas que se inspiram nas melhores realizações dos seus direitos nacionais, do mesmo passo que se evita a prática actual de iniciativas nacionais, obedecendo a políticas e objectivos puramente internos.

2

Nos termos expostos, cabe então perguntar quais os domínios da criminalidade em que é possível falar de um direito penal europeu. Ou, dito de outro modo, em que é possível a harmonização dos direitos penais nacionais.

Esses domínios estão definidos, actualmente, no Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, *aparentemente* de uma forma taxativa⁶, e reportam-se ao “terrorismo, tráfico de seres humanos e exploração sexual de mulheres e crianças, tráfico de drogas e de armas, branqueamento de capitais, corrupção, contrafacção de meios de pagamento, criminalidade informática e criminalidade organizada” (art. 83º, n. 1, segundo parágrafo).

De notar, entretanto, que estes domínios de criminalização podem ampliar-se, sendo certo, embora, que esta decisão (de ampliação) fica sujeita ao princípio da unanimidade (terceiro parágrafo). A verdade é que, relativamente à opção de ampliação referida, os tratadistas acolheram a tese da *competência anexa* (E. Satzger), “sempre que a aproximação de disposições legislativas e regulamentares dos Estados-Membros [...] se afigure indispensável para assegurar a execução eficaz de uma política da União num domínio que tenha sido objecto de medidas de harmonização [...]” (art. 83º, n. 2). Por esta via, abre-se a possibilidade de intervenção penal ao nível da União relativamente a vários domínios que podem configurar-se, designadamente, como um *direito penal do ambiente*, *direito penal do trabalho* ou *direito penal económico*. A dar acolhimento, assim, à guarida de propostas como a dos *Eurodelitos* elaborada por Klaus Tiedemann. O único limite a esta *expansão* do direito penal europeu residirá, então, na *indispensabilidade* da harmonização penal para garantir

⁵ Cf. nota 3.

⁶ Vide o que se segue imediatamente em texto.

a execução eficaz da política em causa da União. Abolida, como já dissemos, a regra da unanimidade na adopção dos instrumentos legislativos com efeito harmonizador, os Estados reticentes à harmonização poderão utilizar esta cláusula para recorrer perante o Tribunal de Justiça, não sendo todavia inteiramente claro se este é o caso de nos encontramos perante uma manifestação *peculiar* do princípio da subsidiariedade.

Sem aprofundarmos aqui a questão, não deve também deixar de se fazer notar que, relativamente à protecção dos interesses financeiros da União Europeia – cujo domínio de protecção penal não encontramos expressamente referido –, o Tratado de Lisboa parece abrir caminho neste campo a um autêntico *direito europeu penal*. Com efeito, é importante mencionar que os tratadistas não incluíram a protecção daqueles interesses no segmento do Tratado que dispõe sobre os domínios enlaçados pelo direito penal europeu, alocando-a em uma outra parte do Tratado em que se disciplina a protecção contra a “fraude” europeia. Assim, nos termos do art. 325º, n. 4, as medidas “necessárias” ao combate das fraudes lesivas daqueles interesses podem ser estabelecidas por *regulamento*. Os regulamentos, é bom que se frise, valem imediatamente, isto é, sem necessidade de transposição, nos ordenamentos jurídicos nacionais. Se é um facto que aquela norma se encontra situada *fora* do *espaço penal europeu*, a verdade é que, correspondendo o artigo ao anterior art. 280º, n. 4, do anterior Tratado da União Europeia, foi deixado cair, certamente não sem intenção, a última parte deste número, em que se referia que as medidas de luta contra a referida fraude financeira “não dirão respeito à aplicação do direito penal nacional, nem à administração da justiça nos Estados-Membros” – o que servia de argumento principal a uma parte da doutrina para entender que a Comunidade Europeia (ao tempo) não tinha competência penal nesta matéria. Para além disso, ao delimitar-se o âmbito de competência da Procuradoria Europeia (art. 86º), é de chamar à atenção para o facto de que se faz referência (n. 2) às “infracções lesivas dos interesses financeiros da União determinadas no regulamento europeu”. Sendo certo que, tornando a questão ainda mais complexa, se sublinha que, nos termos deste artigo (n. 1), o regulamento é adoptado *por unanimidade*, já o regulamento adoptado nos termos do art. 325º, n. 4, segue o processo ordinário de codecisão, com a única especialidade que consiste na necessidade de consulta prévia ao Tribunal de Contas. E, finalmente, convém não esquecer que não estará excluída a possibilidade de harmonização penal, nos termos do art. 83º, n. 2 (*supra*).

Subtraído o *futuro* direito penal europeu, desta forma, às prioridades, impulsos, sensibilidades, estratégias ou necessidade *puramente* nacionais, faz-se sentir ainda com mais veemência a necessidade de as opções político-criminais serem tomadas no respeito por princípios orientadores estabelecidos e assumidos ao nível europeu. Assim se consumará a responsabilidade de o direito penal europeu responder pelos seus fundamentos e sentido, no acto da sua criação, e se logrará conferir-lhe a legitimidade, substancial e democrática, que hoje é, a vários títulos, discutível.

Neste contexto, é oportuno e importante destacar o Manifesto sobre Política Criminal Europeia, subscrito por penalistas procedentes de dez países da União Europeia, e que futuramente será objecto de discussão e apreciação em círculos académicos mais amplos⁷.

Os princípios político-criminais enunciados – que relevam da tradição iluminista europeia – são propostos como *directrizes* a serem tidas em conta na adopção de uma legislação *político-criminalmente* razoável e como referentes idóneos para avaliar a *justificação político-criminal dos actos jurídicos actualmente em vigor ou das propostas legislativas*.

O princípio referido como *necessidade de uma finalidade de tutela legítima* afigura-se particularmente importante, quando o novo Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia consagra a possibilidade de se prosseguir a aproximação das legislações penais nacionais por meio de directivas – podem ser estabelecidas *regras mínimas relativas à definição das infracções penais e das sanções*, sempre que esta *aproximação* “se afigure indispensável para assegurar a execução eficaz de uma política da União num domínio que tenha sido objecto de medidas de harmonização”.

Não se esquece a jurisprudência do Tribunal de Justiça (refere-se, porque aparentado a *leading case*, o Acórdão Comissão c. Conselho, de 13 de setembro de 2005), que, na base de um recurso de anulação interposto pela Comissão de uma decisão-quadro relativa à protecção penal do ambiente, considerou que, embora “em princípio a Comunidade não seja competente em matéria de direito penal”, esta constatação não é óbice para que o legislador comunitário adopte medidas relacionadas

⁷ Uma primeira reunião teve lugar em Madrid, a 9 de abril de 2010, para a discussão de vários temas: *nullum crimen sine lege* y mandato de determinacion en el derecho penal europeo; proporcionalidad y proteccion de bienes jurídicos; culpabilidad (em que intervém a autora deste texto); e subsidiariedad y coherencia.

com o direito penal dos Estados-Membros, quando entenda que elas são necessárias para garantir a plena efectividade das normas que crie em matéria de protecção do ambiente [quando a aplicação pelas autoridades nacionais competentes de sanções efectivas, proporcionais e dissuasoras constitui uma medida indispensável para combater os graves atentados contra o meio ambiente].

Ora, sob pena de uma *expansão* incontrolada do direito penal europeu devedora de uma “teoria da competência anexa”, que encontrou acolhimento no novo Tratado – em que apenas a eficácia do direito comunitário em determinados domínios justifica a harmonização penal –, é para nós claro que a mera prossecução de uma política da União Europeia não legitima a intervenção do direito penal. Partilho da identificação de *interesse jurídico-fundamental* proposta no Manifesto sobre Política Criminal Europeia e da legitimação da sua tutela penal apenas no caso de esse interesse jurídico fundamental derivar do *direito originário da União*, não estar em contradição com as tradições constitucionais dos Estados-Membros e com a Carta Europeia dos Direitos Fundamentais e, finalmente, a sua lesão significar *danosidade social grave*.

Só conjugando este princípio com o de *ultima ratio* – que justifica a intervenção penal quando não existe outro meio menos gravoso para a tutela do interesse protegido – a intervenção penal se pode considerar *necessária* (“no sentido do princípio europeu da proporcionalidade, na medida em que a sanção penal expressa um juízo de desvalor ético-social estigmatizador, que atinge gravemente os direitos do cidadão tal como estão consagrados, designadamente, na Carta Europeia dos Direitos Fundamentais”) e, assim, legítima. Além de que, utilizar o direito penal de forma inflacionada leva a uma perda da sua força e eficácia, dando azo, numa espiral de violência, a soluções cada vez mais repressivas.

Outro princípio político-criminal enunciado e a que deve subordinar-se o direito penal europeu é o da subsidiariedade. Sendo, aliás, um princípio geral do direito da União Europeia (cf. art. 5^o, n. 1 e 5, Tratado de Lisboa), o seu relevo ao nível penal é hoje maior, dada a consistência que assumem as competências penais da União com o Tratado de Lisboa.

A iniciativa legislativa penal nacional tem, assim, o primado, em homenagem, de resto, a uma “concepção do direito penal o mais próximo possível do cidadão” e a “uma ordem de valores jurídico-penal dos Estados-Membros que faz parte da sua identidade nacional”, outro valor a respeitar pela União Europeia (assim, expressamente, art. 4^o, n. 2, do Tratado da União Europeia). É por isso que a afirmação *formal* de

subsidiariedade que encontramos em tantos instrumentos legislativos penais não basta à sua legitimação, exigindo a subsidiariedade uma fundamentação “concreta”, de acordo com o Protocolo n. 2 ao Tratado de Lisboa (art. 5º, Protocolo Relativo à Aplicação dos Princípios da Subsidiariedade e da Proporcionalidade).

Assim, numa tentativa – não inteiramente conseguida, a nosso ver – de densificação do princípio da subsidiariedade, preconiza-se no Manifesto referido que a intervenção penal europeia só deve ter lugar “quando uma medida não seja eficaz no âmbito dos Estados-Membros; e, dada a sua extensão ou a sua eficácia, possa lograr melhor alcance no âmbito da União Europeia”⁸. De acordo com essa perspectiva, defende-se que poderá considerar-se fundamentada a intervenção penal no âmbito europeu quando a União tutela os seus próprios interesses financeiros ou outros interesses supranacionais, como a protecção do euro. No mesmo sentido, aponta-se que poderá considerar-se respeitado o princípio da subsidiariedade quando estão em causa formas de criminalidade que têm um carácter supranacional especial e não podem ser sancionadas de forma eficaz ao nível dos Estados. E indicam-se, como exemplos, o terrorismo internacional (devido à estrutura organizativa a que pertence o autor) e os crimes ambientais (já que os seus efeitos não param nas fronteiras dos Estados).

Uma nota a ter em atenção posta em destaque no Manifesto – e com a qual estamos totalmente de acordo – é a que se refere ao facto de, sob pena de esvaziamento do princípio da subsidiariedade, a facilitação da cooperação não poder em si mesma justificar a intervenção penal europeia: na verdade, é conatural à harmonização penal uma facilitação da cooperação; mas não é automático que, sem harmonização, a cooperação seja prejudicada. Em último termo, o que por vezes se surpreende como subjacente à harmonização é dar um “sinal” da censura

⁸ A este propósito, não queremos deixar de salientar que, em nosso entender, será desejável que se vá mais longe, no Manifesto, quanto à concretização das exigências concretas referidas no Protocolo n. 2 para que se considere satisfeito o princípio da subsidiariedade, a preencher, em nosso entender, designadamente, sob os ângulos do carácter transnacional dos objectivos das medidas a adoptar e dos instrumentos legislativos internacionais já adoptados. Este aspecto, a nosso ver, não deve ser descuidado: para além do mais, teremos, a partir de agora, um maior escrutínio sobre o princípio da subsidiariedade: pelos parlamentos nacionais e pelo Tribunal de Justiça (Cf. Protocolo n. 2, arts. 6º e 8º). Quanto ao “duplo teste” a que se refere o Manifesto, ele corresponde inteiramente, sem nada acrescentar, ao duplo teste referido no art. 5º, n. 3, do Tratado de Lisboa, e que já estava inscrito nos Tratados anteriores: “os objectivos da acção considerada não possam ser suficientemente alcançados pelos Estados-Membros” e, “devido às dimensões ou aos efeitos da acção considerada”, os objectivos possam “ser mais bem alcançados ao nível da União”.

ética que merecem certos comportamentos. Ora, como é sabido e vale a pena relembrar, na sua feição negativa, a função simbólica do direito penal encerra perigos bem conhecidos.

Ainda em sede de legitimação do direito penal europeu, uma última palavra muito breve quanto à sua legitimação democrática, através de uma *maior* participação do Parlamento Europeu no processo legislativo. É de louvar a previsão do Tratado de Lisboa no sentido de aplicar, de maneira geral, o procedimento de codecisão pelo que diz respeito à harmonização do direito penal. Não é o momento oportuno para aprofundar a questão, mas sempre se dirá que, no contexto do Tratado de Lisboa, passando as directivas em matéria penal a ser adoptadas por maioria qualificada, se bem que em codecisão com o Parlamento Europeu, isso significa que o peso dos Estados se enfraquece. É certo que esta é uma nova lógica: a de integração. Mas que necessita do reforço da representatividade popular no Parlamento Europeu, através dos partidos políticos europeus⁹, para compensar a ausência de representatividade total dos Estados, que agora desaparece.

Repare-se que o que está em causa não é a competência das instâncias europeias para adoptar os instrumentos legislativos em questão – Conselho e Parlamento europeu em codecisão – nem o facto de os estados estarem vinculados a transpô-los para o direito interno. A *limitação* da competência penal nacional recobre-se com a legitimidade que advém do facto de o Estado nacional se ter comprometido constitutivamente na adopção do acto legislativo europeu. De alguma forma, o regime legal ao nível interno é ainda o resultado, ao menos num plano formal, da vontade dos cidadãos nacionais, pois foi aceite pelo órgão legitimamente nomeado para exercer essas competências. Esta intervenção dos parlamentos nacionais na actividade legiferante penal a desenvolver no âmbito definido pelo instrumento europeu pode ver-se como um aspecto em que ressalta a preocupação de *reforçar* a legitimidade democrática que *atribuíram* ao acto legislativo europeu.

Neste sentido, importa tornar consistente a intervenção dos parlamentos nacionais no processo legislativo europeu, por forma a que os Estados-Membros tenham uma efectiva influência na redacção final dos instrumentos legislativos que irão adoptar internamente.

⁹ No sentido de partidos políticos que assegurem a representatividade efectiva dos *cidadãos* europeus no Parlamento Europeu. Assim, e em geral no que se segue, Anabela Miranda Rodrigues, *O direito penal europeu emergente*, Coimbra Editora, 2008, p. 239s.

Em nosso entender, é assim de saudar – tendo em vista uma legitimação democrática satisfatória do direito derivado com relevância penal e uma maior aceitação das suas disposições ao nível interno – a preocupação expressa no Manifesto em garantir que “os órgãos que participam no processo legislativo europeu assegurem que os parlamentos nacionais sejam informados com prontidão e de maneira completa quanto aos projectos europeus”. E reforça-se: “A possibilidade de os Estados-Membros cooperarem com as instituições europeias, em igualdade de condições, assim como entre eles, no momento prévio à tomada de decisões, garantirá um nível mínimo de controlo democrático”¹⁰.

A matéria penal é extremamente sensível às forças de integração/intergovernamentalidade. Diria mesmo que a segurança, hoje um valor absolutizado e sacralizado, é *demasiado* integrador ou federalizador.

Apesar de algo complexo, é por isso de saudar o mecanismo de segurança que constitui “o travão de emergência”, introduzido no Tratado de Lisboa, que permite a um Estado invocar “aspectos fundamentais do seu sistema de justiça penal” para impedir a aprovação de um projecto de directiva. A hipótese da adopção, no direito penal português, da pena de prisão perpétua constitui um bom exemplo do estatuto de cidadania que o Estado português consagra ao nível *constitucional* e cuja limitação não deve suportar.

¹⁰ Cf. Protocolo n. 1 relativo ao papel dos parlamentos nacionais na União Europeia.

*Todo mundo diz que o comércio é a única
forma de fazer fortuna, mas ninguém sabe
quantos encontram nele sua ruína.*

Honoré de Balzac

DA CRIMINOLOGIA À POLÍTICA CRIMINAL:

DIREITO PENAL ECONÔMICO E O NOVO DIREITO PENAL

ARTUR DE BRITO GUEIROS SOUZA

1 Introdução

Existem disposições que, desde épocas remotas, procuram reprimir infrações nas atividades econômicas, tais como as fraudes no pagamento de impostos, usura e açambarcamento de matérias-primas essenciais ou gêneros alimentícios. No entanto, pode-se afirmar que o Direito Penal Econômico, como conjunto de normas relativamente homogêneas e destacadas do Direito Penal nuclear, somente surgiu no século XX¹.

As grandes guerras mundiais²; as alterações de um modelo de Estado liberal, característico do século XIX, para um Estado social e interventor no contexto socioeconômico, conforme, é claro, as circunstân-

¹ Conforme João Marcello de Araújo Júnior (1986, p. 242): “É verdade que sempre tivemos em nossa doutrina uma preocupação com a penalização das condutas violadoras da ordem econômica, que ontem consistiam na usura e, hoje, na especulação, mas, como lembra Touffait, foram razões de ordem prática e não a elaboração doutrinária que inspiraram o surgimento do Direito Penal Econômico”. No mesmo sentido: GIUDICELLI-DELAGE, 2006, p. 10; JAPIASSÚ, 1999, p. 6; TIEDEMANN, 2007, p. 4.

² TIEDEMANN, 1986, p. 72. Em sentido inverso, Miguel Bajo e Silvina Bacigalupo (2010, p. 12) sustentam que o papel das guerras e das revoluções limitou-se, tão somente, a provocar uma elevação na *massa* do material jurídico-penal econômico.

cias de cada país³; a ampliação do referencial criminológico, até então focado em tipologias de pobreza ou patologias biológicas, psíquicas ou sociais⁴; uma voz mais ativa na defesa dos interesses de grupos explorados economicamente, tais como pequenos investidores ou consumidores⁵; a incapacidade de outros ramos do Direito para imposição de limites aos abusos *no e do* mercado; a constatação, por parte dos penalistas, da existência de peculiaridades destoantes do paradigma clássico do *homicídio de autoria individual*⁶; o incremento das relações comerciais e financeiras internacionais, que redundaram no fenômeno da globalização⁷ e do Direito Comunitário⁸; a constatação de que a *criminalidade organizada* possui, de fato, estreita conexão com a *criminalidade econômica*⁹, ao lado de tantos outros fenômenos e fatores, expressam e justificam o *Direito Penal Econômico*¹⁰.

Consoante a conhecida lição de Klaus Tiedemann, pode-se situar o início da disciplina no conjunto da normatização havida no primeiro quarto do século XX, quando surgiu um *direito econômico e industrial*, tendo ela se amplificado nas épocas de penúria decorrentes das aludidas guerras mundiais, chegando a existir, em certo momento, na Alemanha, cerca de *quarenta mil disposições penais em matéria econômica* (TIEDEMANN, 1986, p. 71)¹¹. Ressalta, ainda, aquele autor que, após a Segunda Grande Guerra, buscou-se suprimir os excessos estatais das disposições penais da era precedente, simplificando-se e sistematizando-se seus princípios,

³ Conforme Eduardo Novoa Monreal (1982, p. 56): “O fenômeno da intervenção do Estado na fiscalização, regulação e gestão de atividades econômicas ocorreu, modernamente, na maior parte dos Estados, durante o último meio século [...]”.

⁴ Cf. Willen A. Bonger, Edwin H. Sutherland, Thorstein Veblen, Robert K. Merton, entre outros.

⁵ Reconhecidamente, foi o presidente John F. Kennedy que ressaltou, em 1962, a relevância de se assegurarem os direitos dos consumidores, considerando-os um *novo desafio necessário para o mercado*. A partir de então, iniciou-se a *reflexão jurídica mais profunda sobre este tema* (BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2007, p. 24).

⁶ TIEDEMANN, 1993, p. 157.

⁷ Observa José de Faria Costa (2001, p. 14) que a criminalidade econômica “tem cada vez menos um espaço, um território nacional, onde se desenvolva e perpetre. Efectivamente, se até os anos 80 essa mesma criminalidade já tinha plúrimos territórios onde se desenvolvia, hoje, está, cada vez mais, em lugar nenhum”.

⁸ Detalhadamente sobre o Direito Penal comunitário europeu: MIRANDA, Anabela Rodrigues. *O direito penal europeu emergente* (nesta publicação). Sobre o Direito Penal comunitário africano: MIGUEL, Ilídio José. *Harmonização do Direito Penal Econômico em face da integração regional na África Austral* (nesta publicação).

⁹ Salienta Luigi Foffani (2007, p. 56) a existência de uma osmose substancial entre os dois fenômenos, na medida em que “a criminalidade organizada é, por natureza, ‘econômica’, e de que a criminalidade econômica é cada vez mais ‘organizada’”.

¹⁰ Figuram como expressões equivalentes: *direito penal socioeconômico*, *direito penal antieconômico*, *direito penal dos negócios*, *direito penal da empresa*, *delitos corporativos*, *delitos ocupacionais* etc.

¹¹ TIEDEMANN, 1986, p. 71. No mesmo sentido: LOUIS; WASSMER, 2002, p. 165.

o que contribuiu para consolidar o Direito Penal Econômico em um ambiente próprio da *economia social de mercado* (TIEDEMANN, 2007, p. 6).

Ao lado dos conflitos bélicos, os conflitos financeiros, em especial aqueles desencadeados com a depressão econômica gerada pelo *crack* da Bolsa de Valores de Nova York (1929), fizeram-se igualmente relevantes para o Direito Penal Econômico, pois seus efeitos perversos destruíram a cultura de leniência de criminólogos, dogmáticos e práticos para com os abusos, a falta de escrúpulos ou mesmo a autofagia dos detentores do poder e do capital especulativo¹². Isso acarretou inovações legislativas ou agravamento de penas para os responsáveis pelos ilícitos de concorrência desleal, cartelização de produtos e serviços, fraudes financeiras, violações sistemáticas de interesses dos trabalhadores, dos consumidores, dos probos contribuintes, dos acionistas minoritários etc.¹³

Assistiu-se, assim, a uma mudança de preocupações nas chamadas *Ciências Criminais* – ou seja, Direito Penal, Política Criminal e Criminologia –, agregando-se, como objeto de cada qual, não somente os delitos e os delinquentes clássicos da Ilustração, mas também *novos atores e novas figuras delituosas*, bem como necessidades de reformas legislativas e abordagens empíricas anteriormente ignoradas no cenário acadêmico. Na Criminologia, em particular, o ponto de viragem foram os trabalhos de Edwin H. Sutherland, abaixo pormenorizados e elaborados a partir da famosa conferência proferida na Sociedade Americana de Sociologia (1939) e da publicação do livro *White-Collar Crime* (1949) (VIRGOLINI, 1989, p. 353). Para a Dogmática Penal, o marco decisivo foi o *VI Congresso da Associação Internacional de Direito Penal*, em Roma (1953), quando não somente a delinquência econômica, mas também a disciplina Direito Penal Econômico foram reconhecidas – ainda que com certa ambiguidade – com *status* normativo¹⁴. Por sua vez, para a Política Criminal, merece destaque a realização do *Congresso de Juristas Alemães* (1972), cujas conclusões, preparadas e inspiradas por Klaus Tiedemann, foram levadas

¹² Sobre as *cíclicas* crises financeiras importa agregar que a mais recente, desencadeada a partir da insuficiência de liquidez no sistema bancário internacional, mais especificamente em razão do colapso da *bolha* do mercado *subprime*, já teria acarretado imensos prejuízos a instituições financeiras, em valores estimados em *US\$ 1 trilhão*, para bancos norte-americanos, e *US\$ 1,6 trilhão*, para bancos europeus, entre 2007 e 2010. Disponível em: <<http://www.reuters.com/article/marketsNews/idCNL554155620091105>>. Acesso em: 1º mar. 2010.

¹³ José de Faria Costa e Manuel da Costa Andrade (2000, p. 101) aludem, como uma das razões para o maior incremento da disciplina, a uma transformação social, consubstanciada em uma “mudança de *ethos*, axiológico e político, aos comportamentos desviantes em matéria de ordenação econômica, até então valorados, no consciente coletivo, como meros *Kavaliersdelikte*”.

¹⁴ Cf. JAPIASSÚ, Carlos Eduardo A.; PEREIRA, Daniel Queiroz. *Direito penal econômico e tributário: uma análise histórica e comparada* (nesta publicação). Detalhadamente sobre isso: JIMÉNEZ DE ASÚA, 1964, p. 61-63.

adiante pelos trabalhos de comissões de especialistas, materializando-se em leis destinadas a combater a delinquência econômica, tanto na Alemanha como em outros países (SCHÜNEMANN, 2002, p. 186).

Diante de todo esse quadro de transformações, cabe indagar: que papel possui, na atualidade, o Direito Penal Econômico, nas três vertentes assinaladas – Criminologia, Dogmática e Política Criminal? Ou, ainda: nesse mundo de gigantescas corporações transnacionais; de queda ou esfacelamento de barreiras legais, políticas e financeiras; de vertiginoso avanço tecnológico e de telecomunicações; de gravíssimas degradações ambientais; de forçoso deslocamento de populações interna e externamente; e, obviamente, do *incremento ou surgimento de riscos provenientes das atividades empresariais, financeiras e econômicas*, estará o Direito Penal Econômico forjado, como visto, ao longo do século XX, legitimado a reprimir aquele universo de violações socioeconômicas transcendentais das esferas patrimoniais individuais?

É sobre isso que se tenciona, brevemente, discorrer.

2 Abordagem criminológica ao Direito Penal Econômico

Tendo em conta os limites de espaço, não se pode aqui aprofundar a grande contribuição que a Criminologia trouxe – e ainda traz – para o objeto do estudo. Não obstante, é necessário efetuar algumas considerações sobre Edwin H. Sutherland, tendo em vista a importância transcendental de sua produção bibliográfica. Contudo, para o correto entendimento da relevância de Sutherland, faz-se necessário retroceder a outro criminólogo que influenciou esse pensador norte-americano: Gabriel Tarde.

Com efeito, Gabriel Tarde (1843-1904) foi um pioneiro no desenvolvimento de reflexões científicas acerca da criminalidade em função da variável *origem social*¹⁵. Crítico de primeira hora do então incensado Cesare Lombroso, Tarde buscou alternativas para a influente perspectiva antropológica do comportamento criminoso. Segundo ele, por exemplo, as tatuagens – uma das *marcas* do criminoso lombrosiano –, explicar-se-iam não como evidências atávicas ao delito, mas como fruto do convívio em determinados grupos. As incisões figurativas na pele não eram um *privilégio* de *malfaiters*, sendo um hábito também cultivado entre militares e, especialmente, marinheiros que travavam contato cada vez maior com povos africanos e polinésios. Isso também valia para

¹⁵ NEVES, Eduardo Viana Portela. *A atualidade de Edwin H. Sutherland* (nesta publicação).

inúmeros outros traços imitativos em um grupo, como, por exemplo, os jargões (*l'argot*) de soldados, operários, maçons, advogados, comerciantes e ladrões e assassinos (TARDE, 1890, p. 43)¹⁶.

Como ressaltado por Eduardo Viana Neves (2009, p. 5), Tarde afirmou não haver qualquer comprovação científico-causal entre *anomia* e *delinquência*, residindo a explicação para a propagação de ilícitos no *fenômeno humano da imitação*. Dessa maneira, as condicionantes da delinquência não seriam atavismos, causas climáticas, tez da pele, pobreza etc., mas, na verdade, fatores muito mais intensos como, v.g., o sentimento de *satisfação* ou de *insatisfação*, a *busca da felicidade*, de *prazeres* etc. Para ele, os influxos e os valores da sociedade seriam mais determinantes para o desenvolvimento do crime do que o calor ou o frio, a hereditariedade, o tamanho do crânio ou a circunstância de residir em certas regiões do globo terrestre.

Ao escrever *Les lois de l'imitation*, Gabriel Tarde desenvolveu a ideia de que os dogmas, os sentimentos, os costumes e as ações são transmitidos pelo exemplo. Dito de outra maneira, “todos os atos importantes da vida social são executados sob o *império do exemplo*” (BONGER, 1905, p. 206, grifo nosso)¹⁷.

Ao desprezar fatores atávico-biológicos, Gabriel Tarde abriu uma cisão na nascente *Escola*, permitindo que vicejassem correntes criminológicas fundadas em variáveis sociais que operariam – segundo ele – como verdadeiras *etiologias criminais*. Por conta disso, pode-se afirmar que Gabriel Tarde, dentro daquilo que a ciência da sua época permitia, antecipou os fundamentos da *associação diferencial*, desenvolvida, décadas depois, por Sutherland, para quem, entretanto, o comportamento criminoso não proviria simplesmente da ideia de *imitação*, mas de algo mais complexo: o aprendizado.

¹⁶ Detalhadamente sobre isso: NEVES, 2009.

¹⁷ Segundo Tarde (1890, p. 158), haveria três grandes leis da imitação: 1ª) fator proximidade: os indivíduos imitam os outros na relação diretamente proporcional à intensidade dos contatos e na razão inversa da distância; quanto mais próximo, maior a imitação. 2ª) fator hierarquia: a imitação é feita de baixo para cima – os indivíduos das classes mais baixas imitam os das classes superiores; os habitantes de países pobres imitam os dos países ricos; o filho imita o pai; o aluno o professor; as pessoas do interior imitam as da cidade etc.; 3ª) fator cronológico: quando há uma contradição entre dois modelos de comportamento, o novo substitui o antigo – os homicídios por arma de fogo substituíram os homicídios à faca, os crimes na condução de veículos substituíram os crimes dos carros de tração animal etc.

2.1 Edwin H. Sutherland e a teoria da associação diferencial

Apesar dos estudos de Tarde e de outros opositores da *Scuola Positiva* italiana¹⁸, a Criminologia, no início do século XX, ainda se baseava fortemente em paradigmas *biológicos* (patologias, em sua maioria, transmissíveis por herança) ou *sociopatológicos* (pobreza, desemprego, desagregação familiar, moradias em guetos etc.), que predisporiam o homem à delinquência. A rigor, a Criminologia encontrava-se impregnada de preconceitos, imprecisões, ambiguidades, generalizações, sendo a investigação criminológica – para muitos acadêmicos – um desperdício de tempo e de dinheiro, que poderiam ser mais bem empregados em outros setores efetivamente *científicos* nas universidades e nas administrações públicas¹⁹.

Preocupado com esse contexto adverso, Edwin Hardin Sutherland (1883-1950) dedicou-se à construção de um *estatuto epistemológico* que pudesse defender a Criminologia de seus detratores. Para tanto, fez-se necessário o desenvolvimento de uma teoria que servisse para explicar *todas as modalidades de delitos e todas as modalidades de delinquentes*. Segundo Adolfo Ceretti, Sutherland afirmava que, para compreender e controlar a criminalidade, era necessária uma proposição teórica que pudesse lhe fornecer uma explicação *necessária e suficiente*, “identificando as condições que estavam sempre presentes no fenômeno da criminalidade e, ao mesmo tempo, ausentes quando a criminalidade também o estava” (CERETTI, 2008, p. 54).

¹⁸ Conforme José Cid Moliné e Elena Larrauri Pijoan (2001, p. 57-58): “A Escola Positiva se enquadrou no movimento cultural do positivismo filosófico e, por isso, tratou de aplicar os métodos das ciências naturais para explicar a delinquência. Porém, certamente, a originalidade da Escola Positiva não consistiu tanto em aplicar métodos experimentais para conhecer o fenômeno delitivo (pois nisso haviam sido precedidos por Quetelet e Guerry, os chamados estatísticos morais), mas por defender a revolucionária ideia de que a delinquência está determinada biologicamente. Os autores da Escola Positiva não sustentavam que a criminalidade se devia unicamente a fatores biológicos – seriam até mais relevantes fatores de caráter ambiental –, mas, sim, postulavam que quando uma determinada pessoa carecesse de predisposição biológica em nenhum caso ela delinquiria. É por essa razão que uma ideia chave da Escola Positiva é a defesa da anormalidade do delinquente”.

¹⁹ Adolfo Ceretti (2008, p. 42-43) alude ao denso estudo, conhecido como *Michael-Adler Report*, publicado pela School of Law da Columbia University (1939), em que os subscritores negavam categoricamente a possibilidade de a Criminologia ser reconhecida como uma ciência: “Vale a pena deter-se nas passagens mais significativas com as quais o *Report* se despede do leitor: ‘Deve-se ser consciente quando não se está em condições de construir uma ciência criminológica porque, até que não saibamos se estamos ou não à altura de verificar as causas do comportamento criminal, nosso contato com os problemas práticos do crime será confuso e incerto, como ocorre hoje [...] Se soubéssemos que é impossível determinar com exatidão as causas da criminalidade poderíamos, ao menos, poupar o tempo, assim como o dinheiro, que hoje se investe em inúteis tentativas de resolver esse problema. [...] Por isso recomendamos que a investigação criminológica, tal como aquela que tem sido conduzida até hoje, seja interrompida”.

Ainda que não admitido, Sutherland foi buscar nas leis da imitação de Tarde a inspiração para esse novo modelo científico. Sobre essa assertiva, embora partilhada por muitos criminólogos (MANNHEIM, 1985, p. 903), cumpre registrar que há quem não reconheça uma conexão tão intensa entre ambos, como, v.g., Eduardo Viana Neves, que leciona: “Há apenas alguma semelhança entre as explicações. Pode-se dizer que as teorias partem dos mesmos pressupostos, no entanto, por caminhos diferentes chegam a conclusões semelhantes, mas são, por isso mesmo, diferentes” (NEVES, 2009, p. 6)²⁰.

Polêmicas à parte, a teoria desenvolvida por Sutherland como causa explicativo-geral da criminalidade foi por ele denominada de teoria da associação diferencial (*theory of differential association*). Segundo ele, o comportamento criminoso, como qualquer outro, é consequência de um processo que se desenvolve no meio de um grupo social, ou seja, é algo que se produz por intermédio da interação com indivíduos que, no caso, violam determinadas normas. Sendo assim, a causa geral para o delito, em todo o agrupamento social, seria a aprendizagem. Cuidar-se-ia, segundo Sutherland, não de um formal processo pedagógico, mas do resultado do contato com atitudes, valores, pautas de conduta e com definições favoráveis à desobediência da lei. Consoante suas palavras, pode-se afirmar que “uma pessoa se torna delinquente quando as definições favoráveis à transgressão da lei superam sobre as definições favoráveis à obediência da lei – é este o princípio da associação diferencial” (SUTHERLAND; CRESSEY, 1992, p. 87).

Como dito, o preponderante é a frequência, prioridade, duração e intensidade com que a pessoa está em contato com as definições desfavoráveis ou não à obediência da lei. A criminalidade não é o resultado de um déficit de socialização, mas, ao revés, de uma socialização diferencial. Essa formulação significou uma mudança radical no paradigma então imperante de explicação do fenômeno da criminalidade, seja com patologias individuais, seja com patologias sociais.

Concebida a teoria, necessitava ser posta ao respectivo banco de provas, ou seja, à realidade empírica²¹. Ao fazer isso, chamou a atenção de Sutherland o contraste entre sua teoria geral (associação diferencial),

²⁰ Eduardo Viana Neves (nesta publicação) reafirmou: “Estas constatações do pensamento implicam reconhecer uma similitude entre o seu pensamento [de Tarde] e o de Sutherland, contudo há uma nodal diferença nas duas teorizações: para Tarde, o criminoso é mero *receptor passivo de impulsos delitivos ou não delitivos*, não havendo interação ou contribuição para o influenciado. Ao passo que para Sutherland [...] há um necessário processo de comunicação pessoal”.

²¹ Conforme o famoso aforismo de Lewin (apud VOLD; BERNARD; SNIPES, 1998, p. 317): “Não há nada mais prático do que uma boa teoria”.

que se aplicaria à integralidade da população, e os dados estatísticos, que apresentavam uma criminalidade alta nas classes sociais mais baixas e uma incidência baixa nos estratos superiores. Portanto, das duas uma: ou sua teoria etiológico-geral estava errada, visto que apenas uma parte da sociedade, i.e., os mais pobres, delinquiria – necessitando, pois, ser reformulada ou mesmo abandonada – ou eram os dados estatísticos oficiais que estavam errados ou eram tendenciosos ao sobrevalorizar certa categoria de delinquentes em detrimento de outras – demandando, assim, ser investigada a razão para os erros ou falseamentos estatísticos.

Disposto a resolver tal dilema, Sutherland (1983, p. 14) decidiu investigar as infrações cometidas por integrantes da alta classe socioeconômica por meio do levantamento de 980 decisões de cortes judiciais e administrativas contra as 70 maiores companhias comerciais e industriais norte-americanas²². Seu estudo ocupou-se dos seguintes ilícitos: concorrência desleal, publicidade enganosa, violação de patentes, marcas e direitos autorais, violações de leis trabalhistas, fraudes financeiras, abusos de confiança, violações de embargos de guerra, entre outros. Após coletar, tabular e analisar os dados, constatou que, de fato, os empresários e homens de negócios perpetraram tais ações contra consumidores, concorrentes, acionistas, investidores, inventores, trabalhadores e o público em geral, assim como o próprio Estado (fraudes fiscais e corrupção de servidores), conquanto não figurassem nas estatísticas oficiais nem fossem classificados como delinquentes por acadêmicos ou pelos órgãos de repressão penal. Segundo ele, “esses fatos não são discretas violações de regulamentos técnicos. São ações criminais deliberadas e possuem relativa unidade e consistência” (SUTHERLAND, 1983, p. 227).

Dessa maneira, a sua teoria geral não estava errada. No entanto, cumpria que fosse desdobrada em uma outra vertente, especificamente destinada a compreender o porquê do tratamento diferenciado entre infratores de distintos estratos sociais, surgindo, assim, a teoria do criminoso do colarinho-branco. Conforme exposto por Marc Ancel, não há, na verdade, contradição entre a teoria do colarinho-branco e a teoria da associação diferencial: “esta última, por sua generalidade, não se limita aos subgrupos socioeconômicos, pois, justamente, uma das preocupações de Sutherland foi a de aplicar a sua teoria principal (associação diferencial) ao *White-collar crime*” (ANGEL, 1966, p. 5, grifo do original).

²² Detalhadamente sobre isso: COSTA, Gisela França da. *Breve panorama do pensamento de Edwin H. Sutherland e a nova etiologia da criminalidade* (nesta publicação).

Encerra-se esse tópico afirmando que a teoria da associação diferencial reafirmou o caráter científico da Criminologia, salvando-a dos opositores que queriam a sua extinção. Além disso, forneceu uma etiologia verdadeiramente mensurável sobre a criminalidade e seu controle, além de permitir que a reflexão criminológica também abrangesse as infrações perpetradas pelos altos executivos e homens de negócios (*by persons in the upper socioeconomic class*).

2.2 Da associação diferencial à definição do *white-collar criminal*

A breve análise da teoria da associação diferencial deixou patente não existir uma relação empírica direta entre fatores biológicos ou patologias sociais e a delinquência. Na verdade, a criminalidade manifestava-se – como ainda se manifesta – em todas as classes sociais, incluindo aquelas economicamente mais favorecidas, muito embora as estatísticas e as agências formais de controle dissessem o contrário.

Como visto, o passo seguinte foi o de buscar uma definição da delinquência perpetrada pelo alto empresariado. Para tanto, Sutherland elaborou uma teoria compreensiva deste fenômeno específico, convertendo-a numa “explicação do comportamento delinquente econômico” (MANNHEIM, 1985, p. 722).

Cunhou-se, para tanto, a expressão *white-collar crime*²³.

Essas violações da lei por parte de pessoas da alta classe socioeconômica são, por conveniência, chamadas de crimes do colarinho-branco. Esse conceito não pretende ser definitivo, mas visa tão-somente chamar a atenção para os crimes que não são normalmente incluídos dentro do âmbito da criminologia. Crime do colarinho-branco pode ser definido aproximadamente como um crime cometido por uma pessoa de respeitabilidade e *status* so-

²³ A expressão *White-Collar Crime* pode ter sido, na verdade, uma das muitas ironias de Edwin H. Sutherland, no caso inspirada nas palavras usadas por Alfred Sloan Jr. – o então *todo-poderoso* presidente da *General Motors*, uma das 70 empresas por ele investigadas –, no título do livro autobiográfico *Adventures of a White-Collar Man* (SUTHERLAND, 1983, p. 7). Em sentido contrário, Germán Aller (2005, p. 13) afirma que a expressão surgiu em 1932, quando Sutherland publicou um artigo e referiu às *white-collar classes*, certamente influenciado pelo pensamento de Veblen, tendo, numa obra editada em 1936, utilizado a expressão *white-collar worker* referindo-se “aos diferentes tipos de residentes em Chicago que dispunham de certo *status* por suas atividades (professores universitários, homens de negócios, clérigos, vendedores)”. Seja como for, é notório que a expressão tornou-se paradigmática, tendo sido amplamente incorporada na linguagem acadêmica e vulgar, tanto dentro como fora dos Estados Unidos, sendo vertida para inúmeras outras línguas: *crime en col blanc*, *criminalità in colletti bianchi*, *weisse-kragen-kriminalität*, *delito de cuello blanco* e *crime do colarinho-branco*.

cial elevado no curso de sua ocupação profissional. Consequentemente, excluem-se outros crimes da classe social alta, como a maioria dos casos de homicídio, intoxicação ou adultério, na medida em que estes casos não são geralmente parte de suas atividades profissionais. Excluem-se também os abusos de confiança de altos integrantes do submundo, já que não se trata de pessoas de respeitabilidade e *status* social elevado (SUTHERLAND, 1983, p. 7).

Didaticamente, Hermann Mannheim discriminou os elementos daquela nova categoria: a) é um crime; b) cometido por pessoas respeitáveis; c) com elevado *status* social; d) no exercício da sua profissão. Para além, constitui, normalmente, uma violação da confiança (MANNHEIM, 1985, p. 724). Diversos elementos foram, subsequentemente, agregados a tal tipologia, a saber: danosidade social (com vitimização difusa), impunidade da conduta e ausência de notoriedade do fato, entre outros colacionados pela literatura científico-criminológica (NEVES, 2009, p. 22).

Como observado, a teoria do crime do colarinho-branco foi um desdobramento da teoria da associação diferencial, já que os infratores pertencentes àquela categoria são pessoas integrantes dos altos estratos sociais que, como quaisquer outras, violam as leis penais em razão de um processo de aprendizagem no seu respectivo segmento social (atividade econômica). A rigor, a conduta do empresário ideal, apreendida na cultura do mundo dos negócios, em nada diferia do aprendizado existente no âmbito dos ladrões profissionais – aproveitamento inescrupuloso de bens e pessoas para seus próprios interesses, insensibilidade para com os sentimentos e as expectativas de terceiros, indiferença com os efeitos futuros e deletérios das suas ações –, à exceção do fato de aquele ter uma noção mais organizada de suas atividades e uma visão mais a longo prazo de seus empreendimentos (SUTHERLAND, 1983, p. 227).

Sutherland (1983, p. 227-229) pôde, portanto, concluir:

1ª) A delinquência nas grandes corporações, assim como nos negócios dos ladrões profissionais, é persistente: uma grande proporção de ambos reincide. Entre as 70 maiores companhias industriais e comerciais dos Estados Unidos, 97,1% dos seus dirigentes reincidiu, uma vez que cada um deles teve duas ou mais decisões adversas.

2ª) O comportamento ilegal dos empresários é muito mais extenso do que os que constam nos procedimentos, nos registros e nas denúncias formalizadas.

3º) Os empresários que violam as normas editadas para regular seus negócios não costumam perder seu *status* junto aos seus sócios e colegas comerciais.

4º) Os empresários geralmente sentem e expressam desprezo para com a lei, com o governo e com os servidores públicos.

Ademais, segundo ele, outra diferença entre ladrões (ou gângsteres) e os criminosos do colarinho-branco é que estes, diferentemente daqueles, não se consideravam como criminosos, mesmo violando as leis penais. Nem eles, tampouco os criminólogos, as agências formais de controle ou a população em geral viam, nas suas infrações, algo que pudesse ser enquadrado no estereótipo de delinquente.

As conclusões dos estudos de Sutherland comprovaram a pertinência da etiologia geral que concebera. De fato, o resultado da análise das atividades das grandes corporações norte-americanas comprovou a veracidade de sua explicação científica. Conforme suas palavras – e sua fina ironia:

Se as precedentes definições de crime de colarinho-branco e os argumentos utilizados são justificados, o conceito de crime de colarinho-branco tem uma grande relevância do ponto de vista das teorias da conduta delinqüente, uma vez que volta a atenção para uma ampla área da conduta criminal que tem sido descuidada pelos criminólogos. Os criminólogos têm posto ênfase na pobreza e em patologias sociais e pessoais que habitualmente associam com a criminalidade. Os criminólogos têm ressaltado estes fatores porque haviam centralizado seus estudos em criminosos das classes socioeconômicas baixas e basearam, deste modo, suas teorias numa amostra parcial de todos os criminosos. Os respeitáveis homens de negócios que violam as leis raramente são pobres e raramente apresentam patologias sociais e pessoais. Os dirigentes da General Motors não violam a lei devido a um Complexo de Édipo, tampouco os administradores da General Electric o fazem porque são emocionalmente instáveis. Os donos da Anaconda Copper Company não violam as leis porque vivem em más condições, nem os donos da Armour & Company porque vêm de lares desestruturados, nem os donos da Standard Oil porque careceram de atividades recreativas na infância, ou quaisquer deles por uma causa relacionada com a pobreza, tal como ela é entendida habitualmente. Estas etiologias não servem para explicar aquelas violações da lei, na medida em que tais violações se consideram condutas próprias das companhias ou das pessoas que diretamente as administram (SUTHERLAND, 1999, p. 337).

Com efeito, a partir de Sutherland, a Criminologia deixou definitivamente de associar, com exclusividade, delinquentes a fatores biológicos, psicológicos ou sociais de baixos estratos sociais, sendo, portanto, o acontecer criminal, algo inerente ao ser humano (rico ou pobre) que vive em sociedade²⁴.

Acrescente-se que, posteriormente, no ambiente de contestação que eclodiu na sociedade norte-americana a partir dos anos 1960 do século passado, os revolucionários estudos de Edwin H. Sutherland propiciaram suporte científico para o surgimento da teoria do *labeling approach* e, a partir dos anos 1970, da própria Criminologia Crítica.

Com propriedade, Hermann Mannheim (1985, p. 722):

O conceito de crime de colarinhos-brancos andar sempre – e a justo título – associado ao nome e aos escritos de Edwin H. Sutherland, da Universidade de Indiana. Não há por enquanto, e provavelmente nunca haverá, um prêmio Nobel para criminólogos. Se o houvesse, Sutherland teria sido, pelo seu trabalho sobre o crime de colarinhos-brancos, um dos candidatos mais credenciados.

Aliás, o papel acadêmico de Sutherland foi tão marcante que muitos afirmam que o Direito Penal Econômico, sob sua vertente criminológica, é um raro exemplo de disciplina comprovadamente datada: nasceu às 20h do dia 27 de dezembro de 1939, no 34º Encontro Anual da *American Sociological Society*, realizado na Filadélfia, entre o recesso acadêmico de Natal e Ano Novo, quando Jacob Viner, então presidente dos trabalhos, chamou à tribuna Edwin H. Sutherland para que ele proferisse sua impactante conferência: *The White-Collar Criminal* (ALLER, 2005, p. 15)²⁵.

²⁴ Conforme Antonio García-Pablos de Molina (2007, p. 94): “Buscar em alguma misteriosa patologia do delinquente a razão última do comportamento criminal é uma velha estratégia tranquilizadora. [...] Dificilmente cabe afirmar hoje em dia que somente um ser patológico pode atrever-se a infringir as leis, quando a experiência diária constata justamente o contrário: que cada vez mais são os indivíduos ‘normais’ que delinquem. A criminalidade econômico-financeira, a de funcionários públicos e outros profissionais, a juvenil, a do tráfego viário, avalizam esta evidência”.

²⁵ No sentido do texto, Miguel Bajo e Silvina Bacigalupo (2010, p. 21) afirmam que o discurso de Sutherland, diante do público presente àquele encontro anual da Sociedade Americana de Sociologia, significou, para a Criminologia, “uma comoção similar à que foi causada com a publicação de *L’Uomo delinquente*, de Lombroso, em 1876”.

2.3 A teoria do colarinho-branco nos dias de hoje

Indiscutivelmente, os aportes criminológicos, as investigações e as teorias desenvolvidas por Edwin H. Sutherland influenciaram a ideia geral que se formou sobre a criminalidade econômica. No entanto, a própria evolução das sociedades fez com que a tipologia do criminoso do colarinho-branco sofresse transformações.

Na atualidade, o que se observa é que a delinquência econômica, conquanto mais intensa nos estratos superiores, espalha-se por todas as camadas sociais. Infrações penais nas relações de consumo, modalidades de concorrência desleal – i.e., *produtos piratas* – ou mesmo ilícitos tributários – como, v.g., o descaminho – são protagonizados não somente por *pessoas de alta respeitabilidade* ou de *status social elevado*. Não por outra razão, a reflexão científica passou a se preocupar mais com a danosidade social da infração em si – isto é, à *vitimização primária difusa* – do que, aparentemente, com a procedência social do infrator²⁶.

Sendo assim, respeitados a contribuição revolucionária e o legado histórico, cumpre perguntar: qual a importância de se rediscutir um criminólogo cujos estudos têm mais de meio século de existência? Como será visto, a resposta reside na constatação de que, baldados os muitos anos transcorridos desde a publicação dos trabalhos sobre o criminoso do colarinho-branco, subjacente a toda uma multiplicidade de discussões dogmático-penais e político-criminais – particularmente acerca da *legitimidade* do Direito Penal Econômico e do *novo* Direito Penal – faz-se latente o *ranço ideológico* há tempos detectado por Sutherland. Dito de forma exemplificativa, ainda hoje, o *original* criminoso do colarinho-branco não se considera *criminoso*. Igualmente, doutrinadores, cientistas e mesmo práticos da justiça criminal têm dificuldades em identificar suas ações como efetivamente merecedoras de reprovação penal. Ao contrário, vicejam *teses deslegitimadoras* ou *criativas construções normativas* tendentes, mais ou menos explicitamente, a mantê-los fora do alcance punitivo estatal. O resultado, como verificado adiante, seria uma insistente manutenção, no âmbito das agências formais de controle – polícia, justiça e penitenciária –, de uma *opção preferencial* pelos baixos estratos sociais, em um cenário não muito distinto daquele detectado pelo *grande criminólogo* da Universidade de Indiana.

²⁶ Sobre o *perfil* do delinquente econômico, informa Hans-Jörg Albrecht que, na atualidade, se cuida, preferencialmente, *de um homem casado na faixa de 40 anos de idade* (ALBRECHT, 2000, p. 277, grifo nosso).

Enquanto essa realidade empírica de um *delabeling* não se alterar, enquanto uma *lacuna de impunidade* continuar como uma tônica social, enquanto *dogmáticas sem consequências* ou *moral insanity*, nas palavras de Bernd Schünemann ou, mesmo, segundo Julio Maier, uma *descriminalização de fato*, não deixarem de preponderar no contexto político-criminal referente ao Direito Penal Econômico, o pensamento de Edwin H. Sutherland permanecerá atual²⁷.

3 Abordagem dogmática ao Direito Penal Econômico

Passando da teoria criminológica para a teoria da conduta, pode-se afirmar que o Direito Penal Econômico representa muito mais do que uma mera especialização do Direito Penal clássico ou comum. Na verdade, em torno dele aglutinam-se importantes problemas dogmáticos, cuja solução se faz relevante para todo sistema normativo penal²⁸.

Conquanto possua inequívoco relevo, parece que não se deve ir ao extremo de postular para o Direito Penal Econômico uma completa desvinculação com o Direito Penal nuclear, na medida em que, para a maioria dos doutrinadores, ele se encontra atrelado – e é bom que assim continue – aos mesmos princípios dogmáticos fundamentais, a começar pelo princípio da reserva legal, as regras de imputação objetiva e subjetiva e a sistemática de penas²⁹.

²⁷ Sobre *delabeling*: MIRANDA, 1999, p. 484. Sobre *moral insanity*, identificada por Bernd Schünemann, vide item 4.3, adiante. Sobre *descriminalização fática*, Julio Maier leciona que o sistema penal *criminaliza* eficientemente os setores da população socialmente menos favorecidos, em razão de delitos patrimoniais de menor gravidade, ao passo que fomenta a impunidade em outras *franjas sociais* da mesma população, relativamente a delitos de maior conteúdo gravoso, tendo em conta, entre outros fatores, o fato de seus autores agirem geralmente escudados atrás de uma organização social, inclusive transnacional, bem como por não atingirem claramente uma vítima individual, como ocorre com as fraudes fiscais ou de subvenções estatais, abusos do poder econômico e infrações financeiras: “Pode-se concluir, sem medo de errar, que a chamada criminalidade econômica não precisa, em termos gerais e estatísticos, *de um processo de descriminalização concreto e muito menos de um de iure*; a forma em que opera o sistema de administração da justiça penal tradicional lhe garante, *de facto*, um *grau de descriminalização suficientemente grande para os fatos delituosos nela compreendidos, bem como para os partícipes desses delitos*” (MAIER, 1989, p. 516, grifo nosso).

²⁸ Conforme Klaus Tiedemann (2007, p. 23): “O Direito Penal Econômico apresenta particularidades tradicionais que são ao mesmo tempo relevantes para a dogmática da parte geral. [...] Dessa forma, o Direito Penal Econômico não poucas vezes se converte em precursor e motor de novos desenvolvimentos penais e na legislação penal. Basta recordar, por exemplo, que a famosa decisão de 1915 do *Bundesrat* sobre o erro, que permitiu, pela primeira vez, considerar penalmente relevante o erro de proibição, deve sua existência à solicitação efetuada pela Câmara de Comércio de Berlim [...]”.

²⁹ Conforme Anabela Miranda Rodrigues (1999, p. 489): “Parece que o caminho foi de aproximação ao direito penal geral, a justificar que se fale aqui apenas de *autonomia relativa*. Pois que, sendo as mesmas as penas principais e os mesmos os fins que elas servem, as especificidades a existir corresponderão às especificidades da própria ordem legal de valores que se querem

Não obstante, há, de fato, particularidades científicas. Por essa razão, faz-se necessário apresentar, para fins de registro, as peculiaridades que, nas palavras de Carlos Martínez-Buján Pérez (2007, p. 72), “explicam a insistência doutrinária em individualizar esse setor do Direito Penal e, paralelamente, a tendência de lhe configurar como um objeto de estudo que pode ser analisado de forma separada do Direito Penal clássico”.

Em termos gerais, a doutrina especializada aponta: bens jurídicos supraindividuais ou coletivos e correspondente utilização de delitos de perigo abstrato; técnicas especiais de tipificação (leis penais em branco e elementos normativos do tipo) e erro de proibição; critérios de autoria e participação nos crimes empresariais; responsabilidade penal da pessoa jurídica; e, por fim, escolha da sanção adequada ao delinquentes econômico³⁰.

3.1 Conceito normativo de Direito Penal Econômico

O conceito de Direito Penal Econômico é, em si, controvertido. Embora alguns pareçam não se preocupar com tal questão, outros se esmeram em traçar o seu exato contorno científico, a fim de evitar definições “imprecisas, equívocas e, portanto, inúteis” (BAJO FERNÁNDEZ; BAGIGALUPO, 2010, p. 11).

Nesse diapasão, na doutrina francesa, há dificuldades sobre o exato alcance do *Droit pénal des affaires* – literalmente, *Direito Penal dos negócios*. Segundo Michel Verón, de maneira geral, os doutrinadores e professores estão de acordo ao nele incluir as grandes infrações econômicas do Direito comum, bem como o Direito Penal empresarial. De resto, o termo *negócios (affaires)* é bastante vago, a ponto de englobar qualquer infração que se queira porventura incluir³¹.

proteger” [grifo do original]. Criticando a sistemática punitiva brasileira para os delinquentes econômicos: PALHARES, Cinthia R. Menescal. *Aspectos político-criminais das sanções penais econômicas no Direito Brasileiro* (nesta publicação).

³⁰ Detalhadamente sobre isso: TIEDEMANN, 2010, passim.

³¹ Segundo o autor: “Assim, por exemplo, não há ‘negócios’ sem publicidade, pois as empresas de publicidade constituem um dos motores dos negócios; não há ‘negócios’ sem se recorrer à informática, pois as empresas de informática têm um lugar importante na vida dos negócios; não há ‘negócios’ sem crédito na medida em que as empresas de crédito são um instrumento necessário àqueles que se aventuram no mundo dos negócios. Isso justificaria incluir o Direito Penal da publicidade, o Direito Penal da informática e o Direito Penal do crédito dentro do objeto do ‘Direito Penal dos negócios’ [...]. E, se formos tentados pelo gosto pelo paradoxo, pode-se sustentar que, em razão das somas de dinheiro recicladas ou ‘lavadas’, as infrações que sancionam o proxenetismo empresarial ou o tráfico de drogas têm, igualmente, um perfume de ‘Direito Penal dos negócios’” (VERÓN, 2007, p. 15-16).

Noutro quadrante dogmático – ao qual nos filiamos – o Direito Penal Econômico segue a disjuntiva *ampla* e *estrita* (BAJO FERNÁNDEZ, 2008, p. 168). Dessa maneira, *Direito Penal Econômico em sentido estrito* compreenderia a parte do Direito Penal que “reforça com ameaças penais o Direito Administrativo Econômico. É dizer, é o direito da direção estatal e do controle da economia” (TIEDEMANN, 2007, p. 2). Cuida-se – nas palavras de Miguel Bajo e Silvina Bacigalupo (2010, p. 13) – do grau mais intenso do intervencionismo estatal na economia, qual seja, mediante o exercício do *ius puniendi*. Consequentemente, *delito econômico em sentido estrito* é “a infração jurídico-penal que lesiona ou põe em perigo a ordem econômica entendida como regulação jurídica do intervencionismo estatal na economia de um país” (BAJO FERNÁNDEZ; BACIGALUPO, 2010, p. 13).

Por sua vez, o *Direito Penal Econômico em sentido amplo* – que, segundo Tiedemann, foi embalado pelos aportes criminológicos ressaltados acima –, compreende a regulação jurídico-penal de toda a cadeia de produção, fabricação, circulação e consumo de bens e serviços, ou, vale dizer, todo o *acontecer econômico* (TIEDEMANN, 1986, p. 74). Para Carlos Martínez-Buján Pérez (2007, p. 95), cuida-se de um conceito

caracterizado por incluir, de pronto, as infrações violadoras de bens jurídicos supraindividuais de conteúdo econômico que, embora não afetem diretamente a regulação jurídica do intervencionismo estatal na economia, transcendem à dimensão puramente patrimonial individual.

Sendo assim, *delito econômico em sentido amplo* “é aquela infração que, afetando um bem jurídico patrimonial individual, lesiona ou põe em perigo, igualmente, a regulação jurídica da produção, distribuição e consumo de bens e serviços” (BAJO FERNÁNDEZ; BACIGALUPO, 2010, p. 14).

Registre-se, contudo, que há doutrinadores que veem com ceticismo esse viés amplo do Direito Penal Econômico. Eduardo Novoa Moreal, v.g., ao observar a imprecisão do conceito extensivo, afirma restar ofuscada a sua identidade e limites, convertendo-se numa espécie de *traje de arlequim*, no qual “se costumam caprichosamente inúmeros panos cortados de outros ramos tradicionais do Direito” (NOVOA MONREAL, 1982, p. 46)³². Henrique Bacigalupo, a seu turno, considera existir dificuldades, ao menos nos aspectos limítrofes entre as citadas categorias, preferindo seguir o marco axiológico da *violação da confiança*. Esse

³² Demonstrando igual preocupação com o conceito amplo: ARAÚJO JÚNIOR, 1986, p. 240.

autor considera que, de fato, a disciplina regula o *delito econômico* entendido como o comportamento que lesiona a confiança na ordem vigente em termos gerais ou em algumas de suas instituições em particular, e, assim, *põe em perigo a própria existência e as formas de atividade dessa ordem econômica*. Portanto, o “Direito Penal Econômico está dedicado ao estudo destes delitos e das conseqüências jurídicas que as leis prevêm para os seus autores” (BACIGALUPO, 2005, p. 35).

Críticas à parte, o fato é que não se pode prescindir do conceito amplo, na medida em que é exatamente no seu raio de ação que se debruça a modernização do Direito Penal Econômico, cuja legitimidade é analisada no presente texto.

3.2 Princípio da *ultima ratio* e o Direito Penal Econômico

Segundo Luis Arroyo Zapateiro, a primeira condição de legitimidade de uma infração penal é que ela se dirija à tutela de um bem jurídico. Segundo o autor, o mal causado por intermédio da imposição de uma pena somente se conforma com o princípio da proporcionalidade se, como ele, “se protege um interesse essencial para o cidadão ou à vida em comunidade” (ARROYO ZAPATEIRO, 1998, p. 2). Isso se estende, é claro, ao Direito Penal Econômico, razão pela qual, no seu entender, suas incriminações devem assegurar:

- A capacidade de intervenção financeira do Estado frente à diminuição fraudulenta de seus ingressos fiscais e de seguridade social, bem como a obtenção e desfrute, sem fraudes, de suas subvenções e prestações.
- As regras, estabelecidas por disposições legais, de comportamento dos agentes econômicos nos mercados.
- Os bens e direitos específicos da participação dos indivíduos como agentes da vida econômica (ARROYO ZAPATEIRO, 1998, p. 3).

Esse espectro de interesses sociais desemboca na construção normativa de uma *teoria dos bens jurídicos coletivos*, objeto, como se verá adiante, de grande discussão político-criminal, ao lado do recurso à técnica de *delitos de perigo abstrato*, nos quais não interessa a produção – e com isso tampouco a prova – de um prejuízo ou de um perigo concreto (TIEDEMANN, 2007, p. 33).

De todo modo, analisando a vinculação do Direito Penal Econômico para com os interesses acima indicados, Arroyo Zapatero observa que o princípio da proporcionalidade obriga o legislador a fazer a opção, dentre as diversas medidas ao seu dispor para alcançar um determinado

fim, por aquela que venha a ser menos gravosa para o cidadão. Cuidasse, pois, do atendimento ao critério de *ultima ratio* ou subsidiariedade, obviamente incidente nas incriminações socioeconômicas (ARROYO ZAPATEIRO, 1998, p. 5).

No entanto – o que às vezes não parece tão óbvio –, como bem ressaltado por Luis Arroyo Zapatero, quando se propõe que determinada tipificação penal seja substituída por meios preventivos menos gravosos, situados nos âmbitos do Direito Administrativo ou Civil, deve-se previamente enfrentar a seguinte pergunta: para quem há de ser menos gravoso? Para o concreto cidadão que irá ser sancionado ou para a totalidade dos membros da comunidade?

O Estado, com o fim de evitar delitos, poderia arbitrar medidas quase ilimitadas que, do ponto de vista daquele que vai ser castigado, poderiam ser consideradas como menos gravosas. Assim, por exemplo, para evitar a fraude fiscal, poderia incrementar a pressão fiscal formal sobre todos os cidadãos, criando múltiplas obrigações contábeis e abolindo, em absoluto, o sigilo bancário; ou para que não ocorressem condutas de administração desleal de sociedades, poderia estabelecer mecanismos de controle externo, encarregando a administração da fiscalização da legalidade das diversas decisões adotadas pelos órgãos de direção das empresas. Da perspectiva do sujeito que vai ser sancionado, tudo isso pode ser considerado como menos gravoso do que a pena a lhe ser imposta (ARROYO ZAPATEIRO, 1998, p. 5).

Para aquele doutrinador, a avaliação sobre meios *mais ou menos gravosos* do que o Direito Penal deve ser feita, necessariamente a partir de uma perspectiva coletiva. Por esse viés, Arroyo Zapatero afirma que o incremento, até limites insuportáveis, de medidas civis ou administrativas de fiscalização, pressupõe uma restrição mais grave à liberdade dos cidadãos do que a hipotética ameaça de pena, além, evidentemente, do aumento do custo financeiro que, seguramente, seria exigido para o aparelhamento de uma burocracia voltada a tal atividade, como nos exemplos acima ilustrados.

Desse modo, para comprovar se uma incriminação está em consonância com o princípio da *ultima ratio*, o preponderante é definir se a só ameaça de pena consegue evitar condutas lesivas para um bem jurídico, com um custo menor para a liberdade dos cidadãos do que a criação de meios preventivos alternativos ao Direito Penal. Se esse ponto de vista estiver correto, é indubitável que as medidas preventivas não penais – aquilo que Hassemer denomina de “Direito de Intervenção” –, têm também seus limites

derivados do princípio da proporcionalidade penal (ARROYO ZAPATEIRO, 1998, p. 5)³³.

4 Abordagem político-criminal ao Direito Penal Econômico

A expressão Política Criminal (*Kriminalpolitik*) foi concebida, no final do século XVIII, pelos juristas alemães Kleinschrod e Feuerbach, com o sentido filosófico da busca de uma *sabedoria* para o Estado legislante (POLAINO NAVARRETE, 2004, p. 57). No entanto, por intermédio dos estudos de Franz von Liszt, o termo deixou de servir a uma abstrata *arte de legislar* para conformar-se ao sentido racional de uma *disciplina científica* – posto que não autônoma – estribada em dois eixos: a *crítica* e a *reforma* do Direito Penal. Conforme sentenciado por von Liszt (1899, p. 30): “A esta ciência incumbe dar-nos o critério para apreciarmos o valor do direito que vigora e revelar-nos o direito que deve vigorar”.

No mesmo sentido, Alfonso Serrano Gómez (1980, p. 616) assinala que, não obstante existir grande divergência sobre sua natureza científica, há consenso doutrinário no sentido de cumprir à Política Criminal a *tradicional* missão de crítica e reforma das leis penais³⁴. Semelhantemente, Jesús-María Silva Sánchez afirma que à Política Criminal desincumbe a tarefa de orientar a evolução da legislação penal – perspectiva *de lege ferenda* – ou sua própria aplicação no presente – perspectiva *de lege lata* –, conectando-as “às finalidades materiais do Direito Penal” (SILVA SÁNCHEZ, 2010, p. 71).

No caso vertente, a discussão político-criminal refere-se à legitimidade *lata et ferenda* do Direito Penal Econômico, isto é, seu movimento longitudinal de ampliação paulatina do âmbito interventivo, por intermédio da criação ou majoração de figuras delitivas, numa tendência que o distanciaria “do que historicamente constituiu o núcleo do Direito Penal” (MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, 2007, p. 73).

Naquilo que é possível generalizar – tendo em conta os limites de espaço –, há três grandes proposições político-criminais envolvendo o Direito Penal Econômico: uma corrente deslegitimadora da regulação

³³ Bernd Schünemann elabora crítica semelhante ao mencionado Direito de Intervenção (item 4.3.2).

³⁴ Sobre a natureza científica da Política Criminal, observa Miguel Polaino Navarrete (2004, p. 57) que se cuida de questão altamente controversa: “Enquanto alguns autores defendem que se trata de uma *disciplina jurídica*, outros sustentam que é essencialmente uma *matéria política*, e, finalmente, há outros que se posicionam por considerá-la como *ciência sociológica*” [grifo do original].

penal de novas áreas, particularmente econômicas; uma corrente intermediária, que reconhece como inevitável tal regulação, mas, contudo, propõe que seja feita dentro de uma disjuntiva punitiva; e, por fim, uma corrente legitimadora dessa tendência interventivo-penal econômica³⁵.

Segundo Tiedemann (2007, p. 10), o enfrentamento dessa discussão se faz premente na atualidade, ou seja, no momento em que empresários e homens de negócios sentem os efeitos de fortes ventos relacionados com uma persecução penal mais intensa e uma prática judicial que, não poucas vezes, é rigorosa.

4.1 Posição deslegitimadora e a Escola de Frankfurt do Direito Penal

A proposição deslegitimadora ou reducionista provém, basicamente, da produção acadêmica do *Instituto Científico Criminal de Frankfurt* – também conhecido como *Grupo de Professores* ou, simplesmente, *Escola de Frankfurt do Direito Penal*³⁶.

A preocupação central dessa corrente seria a de que, numa tendência marcadamente expansiva, reguladora de atividades que até então não cuidava, a disciplina venha a se tornar algo totalmente diferente do que foi, na medida em que, embora possa conservar o rótulo *Direito Penal*, restará, na prática, completamente distanciada de tudo aquilo que historicamente representou o saber jurídico-penal. Sofreria uma *metamorfose*, convertendo-se, enfim, na sua própria autonegação (SILVA SÁNCHEZ, 2010, p. 9). De maneira curta e breve: tornar-se-á puramente funcionalista (simbólico).

Produção de leis penais e aplicação do Direito Penal como blefe: não é preciso demonstrar em profundidade por que esta saída de salvação do dilema da prevenção do Direito Penal moderno é um caminho equivocado. O Direito Penal simbólico, que tendencialmente abre mão de suas funções manifestas em favor das latentes, trai as tradições liberais do Estado de Direito, em especial o conceito de proteção de bens jurídicos, e fraudada a confiança da população na tutela penal (HASSEMER, 2007, p. 230).

³⁵ Detalhadamente sobre o leque de correntes que vão desde o *abolicionismo penal*, num extremo, até a doutrina da *law and order*, de outro, vide: DEMETRIO CRESPO, 2004.

³⁶ Embora alguns considerem inadequada a denominação genérica *Escola de Frankfurt*, tendo em vista que os penalistas que compõem o *Instituto Científico Criminal de Frankfurt* (v.g. Hassemer, Lüderssen, Naucke, Herzog, Albrecht e Prittwitz) não partilham de uma completa uniformidade ideológica ou metodológica, é certo que tal expressão encontra-se consagrada doutrinariamente. Conforme Bernd Schünemann (2002, p. 49): “Esta Escola [de Frankfurt], apesar de possuir diferenças em alguns detalhes, tem, contudo, uma grande homogeneidade em suas convicções fundamentais e em suas posições principais sobre a discussão político-crime [...]”.

Sendo assim, a utilização do Direito Penal em *novos setores* importaria, segundo a Escola de Frankfurt, no sacrifício de garantias essenciais do Estado de Direito. Repudia-se o que se considera o abandono de uma estrita observância das regras de imputação objetiva e subjetiva e dos princípios penais e processuais penais de garantia elaborados pela Ciência Penal desde a Ilustração, em prol de uma duvidosa função preventiva que possa vir a desempenhar diante dos “riscos derivados das disfunções dos modernos sistemas sociais” (MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, 2007, p. 75).

O Direito Penal deixa sua modesta casinha de paz liberal, onde se contentava com o asseguramento do “mínimo ético”, para se converter num poderoso instrumento de domínio das grandes perturbações, sociais ou estatais. O combate, ou melhor, o tratamento do crime parece muito pequeno como tarefa do Direito Penal. Agora, trata-se de guarnecer as políticas de subsídios, do ambiente, da saúde e das relações internacionais. De repressão pontual a ofensas concretas a bens jurídicos, converte-se em prevenção abrangente de situações problemáticas (HASSEMER, 2007, p. 227).

Porém, o que pretende, objetivamente, a Escola de Frankfurt? Segundo a síntese de Martínez-Buján Pérez (2007, p. 74), a essência político-criminal *lata et ferenda* desta corrente de pensamento centra-se em dois aspectos complementares entre si: de um lado, restringir a seleção de bens jurídico-penais àqueles bens que se qualificam como clássicos, na medida em que se articulam sobre a base da proteção dos direitos básicos do indivíduo; de outro, respeitar ao máximo todas as regras de imputação e todos os princípios político-criminais de garantia característicos do Direito Penal da Ilustração.

Cumprir, porém, que Hassemer e, em regra, os demais integrantes daquela Escola, não propõem uma *absoluta desregulamentação de condutas que vulneram a ordem econômica*. Não se cuida, assim, de uma doutrina *abolicionista*, como alguns, equivocadamente, a adjetivam³⁷. Segundo Hassemer, deveria retroceder-se para onde *funciona bem*, isto é, ao denominado *Direito Penal clássico ou nuclear* – ou seja, ao âmbito das infrações que mais afetam os interesses fundamentais do indivíduo –, ao passo que as infrações concernentes às violações desses novos interesses sociais – v.g., ordem econômica e meio ambiente – deveriam ser prevenidas por aquilo que ele, Herzog e Lüderssen denominam de *Direito de Intervenção*, que seria um direito de cunho sancionador situado a *meio caminho* entre as normas penais e extrapenais.

³⁷ Sustentando tratar-se de uma “corrente abolicionista do direito penal da empresa”, RODRIGUEZ ESTÉVEZ, 2000, p. 38.

Seria altamente recomendável que fossem retirados da esfera do Direito Penal os problemas que lhe foram trazidos nos últimos tempos. O Direito das contravenções, o Direito Civil, o Direito Administrativo e também o mercado e as precauções das próprias vítimas são campos onde muitos dos problemas de que o Direito Penal moderno se apropriou seriam mais bem gerenciados. Poder-se-ia também sugerir que aqueles problemas das sociedades modernas que levaram à modernização do Direito Penal fossem disciplinados por um específico “Direito de Intervenção”, situado entre o Direito Penal e o Direito das Contravenções, entre o Direito Civil e o Direito Administrativo. Decerto, ele poderia contar com garantias e formalidades processuais menos exigentes, mas também seria provido com sanções menos intensas contra o indivíduo. Tal Direito “moderno” seria normativamente menos censurável e, ao mesmo tempo, faticamente melhor equipado para lidar com os problemas específicos da sociedade moderna (HASSEMER, 2007, p. 262).

Conforme se observa, o proposto Direito de Intervenção se caracterizaria por conter garantias *menos rigorosas* do que o Direito Penal e sanções *mais moderadas*, ou seja, menos lesivas para os direitos individuais, destituídas, pois, da etiqueta de *sanções penais*, e que seriam – segundo Hassemer – *mais eficazes*.

Registre-se que alguns consideram esta corrente associada ao chamado *garantismo penal* – formulado, como se sabe, por Luigi Ferrajoli (2002) –, tendo em vista partilharem de premissas restritivas dos excessos punitivistas estatais. Ocorre, contudo, que, enquanto o discurso reducionista da Escola de Frankfurt volta-se à defesa de um modelo ultraliberal do Direito Penal – tutela de bens jurídicos personalíssimos, como vida, integridade física, patrimônio individual etc. –, a proposição garantista de Ferrajoli exige que “sejam observados rigidamente não só os *direitos fundamentais* (individuais e também coletivos), mas inclusive os *deveres fundamentais* (do Estado e dos cidadãos), previstos na Constituição. É a leitura que fizemos da *íntegra dos postulados do garantismo penal*”³⁸.

Curioso observar, por fim, que a corrente deslegitimadora do Direito Penal Econômico parece estar adquirindo cada vez mais fôlego – e adeptos – no Brasil, não raro de maneira irrefletida, sendo até o caso de se perguntar: o que está, de fato, em expansão, ao menos no meio acadêmico brasileiro, é o Direito Penal ou, na verdade, o discurso reducionista personificado por Winfried Hassemer?

³⁸ FISCHER, Douglas. *O custo social da criminalidade econômica* (nesta publicação).

4.2 Proposição intermediária: o modelo penal dual

Uma construção intermediária que merece destaque, em razão do seu rigor científico, encontra-se inserida entre as antípodas político-criminais ora assinaladas. Denomina-se *modelo penal dual* ou *Direito Penal de duas velocidades* e foi desenvolvida por Jesús-María Silva Sánchez. Segundo ele, a expansão do Direito Penal, conquanto *evidente*, não seria, tão somente, o produto de uma perversidade estatal ou da busca demagógica por *solução fácil* para os problemas das sociedades pós-industriais, mas corresponderia, também, ao reflexo de profundas transformações vinculadas às *expectativas que amplas camadas sociais têm em relação ao papel que cabe ao Direito Penal*. Em suma, seriam respostas, de cunho penal, às *demandas sociais por mais proteção* (SILVA SÁNCHEZ, 2002, p. 23).

Diagnosticado o fenômeno, o autor discorre sobre algumas das suas causas:

- O aparecimento de *novos interesses* ou *novas valorações* de interesses pre-existentes, como, v.g., tutela do meio ambiente ou de atividades lesivas à economia, tais como a lavagem de dinheiro sujo.
- O efetivo surgimento de uma *sociedade de riscos*, riscos derivados de atividades impulsionadas por avanços econômicos e tecnológicos, mais ou menos intensos para os cidadãos (consumidores, manipulações genéticas, ciberdelinquência, criminalidade organizada transnacional etc.).
- A institucionalização de uma *sociedade de insegurança objetiva*, em função do incremento de decisões humanas que não só *geram riscos nocivos*, mas, agora, que os *distribuem* indistintamente entre anônimos cidadãos. Em suma, vive-se em uma sociedade de enorme complexidade, na qual a interação social alcançou níveis e perigos jamais vistos.
- O surgimento de uma *sociedade de insegurança subjetiva*, na qual, por múltiplos e diversos fatores (figurando, dentre os principais, a exploração do medo coletivo pelas *mass media*), a *sensação* ou *vivência subjetiva* dos riscos é claramente superior à sua própria *existência objetiva*.
- A configuração de uma sociedade de *classes passivas* (pensionistas, desempregados, destinatários de serviços públicos essenciais, pessoas físicas ou jurídicas subvencionadas etc.), que se convertem em cidadãos-eleitores, cada vez mais intolerantes com o *custo* do progresso econômico-industrial, vale dizer, com os efeitos derivados dos *espaços de risco permitido*, razão pela qual se incrementariam infrações de deveres de cuidado, além do catálogo de crimes de perigo presumido.
- O sentimento de identificação da maioria com a *vítima do delito* mais do que com o delinquente, em especial o *delinquente poderoso*. Não raro,

surtem casos de vítimas ou grupo de vítimas que se tornam, por força da opinião pública, verdadeiras *celebridades* nacionais ou internacionais.

- O descrédito de outras instâncias de proteção (ética social, Direito Civil e Direito Administrativo), fazendo com que a demanda social de punição se dirija precisa e necessariamente para o Direito Penal (tornando-o, desalentadoramente, o principal instrumento de *pedagogia político-social*).
- A influência dos denominados *gestores atípicos da moral* (movimentos feministas, *verdes*, pacifistas ou grupos discriminados), secundados, academicamente, pelas mudanças havidas na criminologia de esquerda (*neorealismos*), fazendo com que aqueles que outrora repudiavam o Direito Penal como *braço armado das classes poderosas* contra as *subalternas*, agora clamam por mais Direito Penal contra as classes poderosas (SILVA SÁNCHEZ, 2002 passim).

Evidentemente, tais fatores não são exaustivos; tampouco são isolados, visto que alguns deles, inclusive, se interpenetram. Seja como for, Silva Sánchez concorda com a corrente reducionista no sentido de que a expansão implica uma suposta *desnaturalização* ou *administrativização* do Direito Penal. No entanto, apesar de considerar louvável a proposta acadêmica de uma *devolução* ao Direito de Intervenção de todo o novo Direito Penal, o autor a considera inviável – dir-se-ia *utópica* –, “na medida em que, de um Direito Penal com vocação racionalizadora, há de acolherem-se as demandas sociais de proteção precisamente ‘penal’” (SILVA SÁNCHEZ, 2002, p. 137).

Resignadamente, Silva Sánchez propõe como solução a bipartição do sistema jurídico-penal de imputação do fato ao autor, assim como do sistema geral de garantias, consoante a natureza das consequências jurídicas cominadas aos tipos penais incriminadores: pena privativa de liberdade ou pena alternativa. Isso, porque o verdadeiro *problema* não é tanto a *expansão do Direito Penal*, mas, especificamente, a *expansão da pena privativa de liberdade*: “É essa última que deve realmente ser contida” (SILVA SÁNCHEZ, 2002, p. 139).

Propõe-se, como já adiantado, a construção de um *modelo dual* ou de *duas velocidades* do sistema normativo-penal. No primeiro *bloco* ou *nível*, se incluiriam os delitos aos quais são cominadas penas privativas de liberdade, para os quais se respeitariam escrupulosas regras de imputação e de garantias penais e processuais penais; e, no segundo, aqueles que conteriam sanções pecuniárias ou restritivas de direitos ou – aquilo que ele prefere – de *reparação* penal no lugar da prisão, e que receberiam regras *mais flexíveis*. De toda sorte, ambas as velocidades *dentro* do

Direito Penal, com sua carga comunicativo-simbólica e processamento judicializado.

O significado exato de tal proposta pode ser apreendido se se leva em conta que os delitos – muito especialmente os socioeconômicos – nos quais se manifesta a expansão do Direito Penal continuam sendo delitos sancionados com penas privativas de liberdade, de considerável duração em alguns casos, nos quais, sem embargo, os princípios político-criminais sofrem uma acelerada perda de rigor. Se nos ativermos ao modelo sugerido, somente há duas opções: a primeira, que tais delitos se integrem no núcleo do Direito Penal, com as máximas garantias (no relativo a legalidade, a proporcionalidade, a lesividade, a prova etc.) e as mais rigorosas regras de imputação (da imputação objetiva, autoria, a comissão por omissão etc.); e a segunda, que se mantenha a linha de relativização de princípios de garantia que hoje já acompanha tais delitos, em cujo caso se deveriam renunciar a cominação das penas de prisão que agora existem (SILVA SÁNCHEZ, 2002, p. 143)³⁹.

Recentemente, Jesús-María Silva Sánchez teve a oportunidade de re-visitá-la sua proposta de Direito Penal de duas velocidades, ratificando-a.

Minha posição, exposta em distintos lugares ao longo dos últimos dez anos, se situa em um ponto médio. Talvez por isso lhe caiba a (duvidosa) honra de ter sido criticada pelos dois pontos de vista extremos. Demonstro ceticismo sobre se a melhor forma de enfrentar o Direito Penal expansivo seja a adoção de construções puristas, insustentáveis no atual estado de desenvolvimento econômico e social. Contudo, por outro lado, rechaço, como alguns pretendem, que se faça “tábula rasa” de boa parte do patrimônio institucional (dogmático e político criminal) do Direito Penal tradicional em nome de não se sabe qual progresso (SILVA SÁNCHEZ, 2010, p. 9-10).

³⁹ E ele prossegue: “Definitivamente, portanto, a proposta [...] parte da constatação de uma *realidade* a respeito da qual se considera impossível voltar atrás. Essa realidade é a expansão do Direito Penal e a coexistência, portanto, de ‘vários Direitos Penais distintos’, com estruturas típicas, regras de imputação, princípios processuais e sanções substancialmente diversas. A partir da referida constatação, postula-se uma opção alternativa. Considerando improvável (talvez impossível) um movimento de despenalização, propõe-se *que as sanções penais que se imponham ali onde têm se flexibilizado as garantias não sejam penas de prisão*. Isso tem duas consequências. Por um lado, naturalmente, admitir as penas não privativas de liberdade, como mal menor, dadas as circunstâncias, para as infrações nas quais têm se flexibilizado os pressupostos de atribuição de responsabilidade. Mas, sobretudo, exigir que ali onde se impõem penas de prisão, e especialmente penas de prisão de larga duração, se mantenha todo o rigor dos pressupostos clássicos de imputação de responsabilidade” (SILVA SÁNCHEZ, 2002, p. 143, grifo do original).

Outrossim, o autor não deixa de reconhecer que a sua tese político-criminal pode deixar o flanco aberto à crítica de servir a um Direito Penal só para as *classes desfavorecidas* (SILVA SÁNCHEZ, 2010, p. 53). Todavia, Silva Sánchez rechaça um possível viés *classista* afirmando que seu modelo teórico não significa distinguir *segundo sujeitos*, senão *segundo fatos e segundo consequências jurídicas* (SILVA SÁNCHEZ, 2002, p. 144).

4.3 A legitimação do Direito Penal Econômico

A terceira corrente sob análise parte da premissa de que aquilo etiquetado por muitos como *perversa expansão* corresponde, na realidade, à necessária *modernização do Direito Penal* ou, como preferem alguns, ao *novo Direito Penal*. Apesar de possuírem fundamentos epistemológicos diversos, aqueles que se filiam a esse entendimento consideram que não se pode prescindir do Direito Penal no enfrentamento das graves questões econômicas que põem em causa a sociedade moderna.

4.3.1 Luis Gracia Martín e a luta contra o discurso de resistência e pela modernização do Direito Penal

Em obra dedicada ao presente tema, Luis Gracia Martín (2005, p. 33) sustenta a ocorrência de uma *ruptura* com um modelo histórico anterior, ou seja, passa-se do *Direito Penal liberal* para o *novo Direito Penal*. Segundo ele, a ruptura – diga-se, ainda em desenvolvimento –, envolve duas ordens de considerações: *formal e material*. De todo modo, já seria plenamente possível afirmar que “o que foi já não é; vive-se *novos tempos*” (GRACIA MARTÍN, 2005, p. 37, grifo nosso).

No que concerne à ruptura sob a *vertente formal*, Gracia Martín identifica, precisamente, o novo Direito Penal como sendo o *Direito Penal Econômico*. Nele estariam, ainda, inseridos, o *Direito Penal do meio ambiente*, o *Direito Penal comunitário*, o *Direito Penal da globalização*, entre outras ramificações formais. Basicamente, aquele autor assinala que, na generalidade das legislações, detecta-se um incremento quantitativo do *catálogo de figuras delitivas*, além de uma amplificação da esfera de *aplicação e/ou de agravação punitiva de alguns tipos tradicionais* (GRACIA MARTÍN, 2005, p. 45).

As razões desse fenômeno coincidem, em larga medida, com aquelas supra identificadas por Silva Sánchez. Agrega, no entanto, Gracia Martín, que a expansão ou modernização, ao contrário do insistentemente apregoado – como uma espécie de *mantra* pelos adeptos das correntes precedentes –, em nada acarreta um rebaixamento ou esfacelamento

de institutos dogmático-penais ou de sistemas penais e processuais de garantias, elaborados a partir do Direito Penal liberal da Ilustração. Ao revés, em certas hipóteses, como, v.g. no *moderno direito penal da empresa*, exige-se uma intensificação de aportes dogmáticos na correta solução para uma adequada imputação jurídico-penal⁴⁰.

Ademais, cumpriria atentar que o modelo penal anterior, a rigor, nada tinha de *clássico*, no sentido de um *ideal inspirador do passado*, uma vez que, naquela época – no Estado liberal burguês –, o Direito Penal servia precipuamente para excluir os estratos sociais mais abastados das suas *garras*, *reprimindo* e *oprimindo* as classes baixas⁴¹.

O estado atual das legislações penais, por um lado e, sobretudo, o fato de que, por outro lado, importantes e qualificados setores da doutrina – e, ademais, escrupulosamente respeitosos das garantias penais do Estado de Direito – desenvolvam argumentações favoráveis à “legitimidade” da assunção pelo Direito Penal de novos conteúdos, ou de sua extensão a novos âmbitos que, segundo o discurso crítico do Direito Penal moderno de Hassemer e de seus seguidores, não poderiam ser assimilados pelo modelo penal da Ilustração, são provas claras de que o que aqui está em jogo e em discussão é precisamente a validade desse modelo de Direito Penal ou de um determinado modo de compreendê-lo, e, por conseguinte, uma razão mais do que suficiente para negar a esse modelo o atributo de “clássico” no sentido definido e pretendido por Hassemer (GRACIA MARTÍN, 2005, p. 41).

Sob a *vertente material*, a ruptura se completaria, segundo Gracia Martín, com a alteração político-criminal de uma histórica *predileção*

⁴⁰ Conforme Gracia Martín (2005, p. 64): “O moderno Direito Penal da empresa propõe, sem dúvida, à Ciência Penal do presente um de seus desafios mais importantes. Além das questões político-criminais que suscita no âmbito da Parte Especial, os problemas que origina no plano da imputação constituem sobretudo um duro teste para a validade de uma teoria geral da responsabilidade penal que, como aquela vigente até agora, foi construída sobre a base de um modelo de criminalidade violenta e individual. Esta última tem muito pouco em comum com o modelo na nova criminalidade econômico-empresarial, pois esta se desenvolve em contextos de uma atividade coletiva realizada por uma pluralidade de sujeitos que atuam de acordo com o princípio da divisão de trabalho e funções e em posições de superioridade e de subordinação hierárquica”. Detalhadamente sobre isso: DUTRA, Bruna Martins Amorim. *A aplicabilidade da teoria do domínio da organização no âmbito da criminalidade empresarial brasileira* (nesta publicação) e DE GRANDIS, Rodrigo. *A responsabilidade penal dos dirigentes nos delitos empresariais* (nesta publicação).

⁴¹ Segundo a edição francesa *La Ruche populaire* (1842), resgatada do anonimato por Michel Foucault (apud GRACIA MARTÍN, 2005, p. 130): “Enquanto a miséria cobre vossos assoalhos de cadáveres, e vossas prisões de ladrões e de assassinos, o que estamos vendo com relação aos estelionatários do mundo? Os exemplos mais corruptos, o cinismo mais indignante, a bandidagem mais desavergonhada... Não temeis que o pobre levado ao banco dos réus por ter subtraído um pedaço de pão de uma padaria chegue a indignar-se o bastante, algum dia, para demolir pedra por pedra a Bolsa, antro selvagem onde são roubados impunemente os tesouros do Estado e a riqueza das famílias?”.

pelos pobres, ou seja, a modernização só pode – dir-se-ia *só deve* – ser apreendida como *a recuperação da totalidade da matéria criminal*, inclusive da multiplicidade de infrações – especialmente no âmbito econômico – que ficaram discursiva e ideologicamente excluídas pelo liberal Direito Penal. Para além do *velho* delito de roubo, devem ser agregadas à disciplina as olvidadas formas de *abuso dos detentores do capital*. Cuida-se, conforme seu raciocínio, de um *embate* pela criminalização das ações reprováveis das camadas sociais mais elevadas. Em outras palavras:

A modernização do Direito Penal é a luta pela integração no discurso penal da criminalidade material das classes sociais poderosas que elas mesmas conseguiram até agora excluir daquele discurso graças à sua posição de poder de disposição absoluto sobre o princípio da legalidade penal desde a sua invenção pelo ideário político ilustrado liberal da burguesia capitalista (GRACIA MARTÍN, 2005, p. 116).

Sendo assim, a existência do *novo* Direito Penal não se concretizaria caso se limitasse à introdução de *catálogos de novos tipos penais* da modernidade, visto que, para se produzir a *ruptura total* com o *antigo*, exige-se, materialmente, que a criminalização de condutas das classes poderosas tenha uma dimensão *abrangente*, isto é, “tem que ser fundado e estruturado um ‘sistema’ que classifique em tipos delitivos ordenados segundo os bens jurídicos, a *totalidade* do *universo* de ações ético-socialmente prejudiciais próprias e características do sistema de ação das classes poderosas” (GRACIA MARTÍN, 2005, p. 135, grifo do original)⁴².

4.3.2 Bernd Schünemann e a crítica aos integrantes da Escola de Frankfurt

Bernd Schünemann trata, igualmente, da mudança de paradigma, consubstanciada em *reformas legislativas* levadas a efeito no escopo de melhor tutelar bens jurídicos supraindividuais, ante as atividades empresariais danosas, bem como de uma *práxis judicial mais intensa* contra membros das elites política e socioeconômica.

Segundo ele, o Direito Penal – que, desde a Ilustração, teve por característica basilar a *sobrerrepresentação* das classes socioeconômicas baixas, tanto em *condutas tipificadas* como em *condenações a múltiplas pe-*

⁴² A exigência de vinculação a *valores ético-sociais* evidencia seus fortes vínculos com a doutrina da ação final. Não sem razão, Luis Gracia Martín observa que Hans Welzel é muito mais citado – e deturpado – do que efetivamente lido. Detalhadamente sobre isso: GRACIA MARTÍN, 2004, passim.

nas privativas de liberdade – sinaliza, presentemente, naqueles dois eixos – transformações legislativas e jurisprudenciais –, uma *mudança de tendência*, aproximando-se mais e mais da *classe média*, da *classe média alta* e, em alguns casos, até mesmo da *classe alta* (SCHÜNEMANN, 2002, p. 50-51).

Se, de fato, há essa inversão nas estruturas profundas da disciplina, Bernd Schünemann questiona se ela seria *legítima*, podendo-se, assim, falar no surgimento de um *Direito Penal da classe alta*. Como se sabe, parte da doutrina – ou melhor, os integrantes da Escola de Frankfurt – põe em causa essa hipotética legitimidade do novo Direito Penal. Embora com algumas variáveis, as oposições de Hassemer, Lüderssen, Herzog, Albrecht e, inclusive, Naucke podem ser, segundo Schünemann, agrupadas em quatro diferentes tópicos:

- É ilegítimo porque o *novo* Direito Penal é, em realidade, uma *perversão* do verdadeiro – e *clássico* – Direito Penal.
- É ilegítimo porque essas transformações afrontam rígidas regras de imputação exigíveis pelo atual Estado de Direito.
- É ilegítimo porque é perfeitamente constatável a existência de medidas menos *intromissivas* e que são, por isso, mais preferíveis e eficientes.
- É ilegítimo porque o legislador se impacienta ao recorrer logo ao Direito Penal, ao passo que outros sistemas normativos não o acompanham na mesma velocidade (SCHÜNEMANN, 2002, p. 52).

Schünemann rebate todos esses argumentos. Sobre o primeiro, o autor denuncia a quimera do propalado Direito Penal clássico, contrário à necessária modernização. Para ele, com os trabalhos da Escola de Frankfurt, tornou-se lugar comum *etiquetar* o Direito Penal de hoje como uma perversa intervenção estatal antagônica de um *Direito Penal liberal clássico localizado na época da Ilustração*. Para Schünemann, sob a perspectiva histórica, essa assertiva é, no mínimo, *extremamente problemática* – inclusive, confrontado com os registros historiográficos por ele apresentados, Winfried Hassemer teria reconhecido, de certo modo, que tal *período clássico* não seria algo *histórico-real*, mas, tão somente, *histórico-ideal*. De toda sorte, Schünemann insiste que a contraposição do moderno com um *inspirador* passado parece olvidar o que, de fato, foi o Direito Penal de antanho:

O Direito Penal estatal se originou como um instrumento específico contra a criminalidade dos aventureiros e dos pobres; e tampouco se alterou na época da Ilustração [...]. A proteção da propriedade privada de coisas móveis contra o roubo foi o ponto central do Direito Penal clássico e continua a ser, até hoje, a razão pela qual os membros da classe baixa, caracterizados, em primeiro

lugar, por sua falta de bens, e, no geral, por seus baixos rendimentos, forneçam à justiça penal prática sua clientela preferente, ou, menos eufemisticamente formulado, encontrem-se consideravelmente representados nas estatísticas criminais e nos estabelecimentos penitenciários (SCHÜNEMANN, 2002, p. 54).

Dessa maneira, o propalado Direito Penal clássico era, na verdade, o Direito Penal liberal, obviamente atrelado ao conceito liberal de Estado e de propriedade privada. Com as transformações sociais intensificadas nas últimas décadas, por razões de igualdade material e de justiça social, detecta-se, na legislação e nos tribunais, o intento de não apenas defender a propriedade privada, mas, agora, de defender a sociedade contra o uso indevido dessa mesma propriedade privada (lesividade social). E essa finalidade significa, de certo modo, um câmbio de tendência de um Direito Penal da classe baixa para um Direito Penal da classe média, media alta e alta (SCHÜNEMANN, 2002, p. 55).

Com relação à violação de escrupulosas garantias penais – por meio do *arbitrário* invento do *bem jurídico* coletivo e da *indevida* antecipação de penalidade por intermédio dos *delitos de perigo abstrato* – supostamente presente nas modernas leis de luta contra a delinquência econômica e de proteção ao meio ambiente, Schünemann denomina essa *insistente* oposição de *Cassandra do Estado de Direito*, por simplesmente ignorar que aquelas leis foram cuidadosa e legitimamente elaboradas por comissões de penalistas – sobrelevando-se, entre todos, o nome de *Klaus Tiedemann* –, além de serem aplicadas pela justiça penal de um Estado democrático. Ademais, a exigência de rígidas regras de imputação sequer encontraria parâmetro na prática do (antigo) Direito Penal clássico (SCHÜNEMANN, 2002, p. 55)⁴³.

Em relação à tese de que, ao invés de *trabalhar* com o Direito Penal e suas sanções que *depreciam o ser humano*, dever-se-ia empregar um *Direito de Intervenção* – o qual, para Hassemer e Lüderssen, entre outros, seria *mais moderado* e ao mesmo tempo *mais eficaz* do que o Direito Penal –, Bernd Schünemann observa que, lamentavelmente, o conceito desse *novo instrumento*, localizado em algum lugar entre os ramos penal e administrativo, *não foi até agora completamente detalhado*. Segundo ele, existem, sim, exemplos de intervencionismos feitos por uma infinidade de funcionários públicos fiscalizadores do cotidiano do cidadão, como a famosa *Stasi (Staatssicherheitsdienst)* – serviço de segurança da antiga

⁴³ A propósito, no Direito Penal Econômico, pode-se afirmar que Klaus Tiedemann representa para a Dogmática o mesmo que Edwin H. Sutherland representou para Criminologia (NIETO MARTÍN, 2010).

República Democrática da Alemanha –, onde, inclusive, havia uma *criminalidade mais baixa*, mas ao preço de um *Estado policial total*. Lüderssen, que insiste, ainda, no emprego mais eficiente do Direito Civil, ignora, segundo Schünemann, que a *crise* da administração da justiça civil é tão ou mais aguda do que a crise da justiça penal.

O criminoso do colarinho-branco está protegido, na maioria das vezes, por uma empresa econômica próspera e lucrativa, de forma que poderá esperar tranqüilo, caso tenha que responder a um processo civil, pois os custos para ele na maioria dos casos serão muito mais baixos do que o benefício total de sua atividade criminosa (SCHÜNEMANN, 2002, p. 64).

Sobre a última das quatro objeções acima alinhavadas, Bernd Schünemann concorda com a preocupação dos representantes da Escola de Frankfurt em relação ao risco de o legislador deixar-se seduzir pela ideia da utilização açodada do Direito Penal como uma espécie de panaceia dos problemas urgentes da modernidade econômica e da tutela ambiental, esquecendo-se, pois, que o Direito Penal deve ser o último recurso normativo para a prevenção dos graves danos sociais (princípio da *ultima ratio*). Mas, apesar de partilhar de tal preocupação, o autor considera quase como uma *moral insanity* a proposta de refutar-se globalmente a modernização da disciplina, ou seja, rejeita-se a tese de enfrentamento da criminalidade do século XXI com os meios de um Direito Penal do século XIX. Em suma, defende que “não será o abandono, mas, sim, o aperfeiçoamento da mudança de tendência do Direito Penal da classe baixa para o Direito Penal da classe alta o único meio apropriado para a defesa efetiva ante as ameaças específicas da sociedade industrial pós-moderna” (SCHÜNEMANN, 2002, p. 69).

4.3.3 Carlos Martínez-Buján Pérez e o moderno Direito Penal Econômico e da empresa

Partindo do marco da concepção significativa da ação⁴⁴, Carlos Martínez-Buján Pérez desenvolve uma admirável *teoria geral dos delitos econômicos* – ou socioeconômicos, como ele prefere –, não sem antes

⁴⁴ A teoria significativa da ação, inspirada na filosofia de Wittgenstein e na teoria da ação comunicativa de Habermas, foi elaborada, na Espanha, por Tomás Salvador Vives Antón (VIVES ANTÓN, 1996). Com efeito, no escopo de efetuar uma reconstrução teórica das categorias da “ação” e da “norma”, sugere-se um novo modelo de análise e solução dos problemas da teoria do delito, partindo da premissa normativa de que *ação* não é algo que os homens fazem, mas, sim, o “significado do que fazem”; não um “substrato”, mas sim um “sentido” (MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, 1999).

deter-se sobre a presente discussão (MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, 2007). Após discorrer sobre as *correntes reducionistas e penal dual*, Martínez-Buján Pérez as rejeita, associando-se, pois, àqueles que propugnam pela legitimidade da modernização do Direito Penal. Ele adverte, porém, que isso *não* importa em *aceitar acriticamente* toda e qualquer novidade, tanto legislativa como interpretativa, que possa porventura aparecer (MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, 2007, p. 85).

Todavia – e isso é importante –, não há que se confundir a *crítica pontual* com a *desqualificação total do Direito Penal Econômico*. Nesse particular, Martínez-Buján Pérez aponta o grave equívoco metodológico dos detratores do *novo* Direito Penal, nomeadamente os integrantes da Escola de Frankfurt e Silva Sánchez, a saber:

Partir da existência de determinadas modificações legais que, indubitavelmente, mereçam ser criticadas e elevá-las, a seguir, a uma categoria geral (com ajuda de argumentos retóricos e petições de princípio), construindo artificialmente um modelo de “Direito Penal moderno”, com o fim de efetuar, ao final, uma censura indiscriminada que, sob a cortina de fumaça da defesa dos princípios penais garantistas, pretende desqualificá-lo globalmente, querendo inviabilizar, desde o início, a possibilidade de uma política criminal que legitime a intervenção do Direito Penal na vida social e – o que aqui especialmente interessa – no âmbito econômico (MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, 2007, p. 85)⁴⁵.

Dessa maneira, Martínez-Buján Pérez concorda com Schünemann e Gracia Martín relativamente à rejeição do cerne das correntes deslegitimadoras da modernização do Direito Penal, conquanto divirja das premissas epistemológicas desse último.

A princípio, não me parece que deva ser acolhida a premissa maior da argumentação político-criminal da Escola de Frankfurt, nem sequer a versão mais matizada de Silva. Regressar nos tempos atuais ao núcleo histórico do Direito Penal [...] é uma decisão que me parece totalmente incompatível – afora injusta – do ponto de vista ideológico, além de contrário ao princípio constitucional de igualdade perante a lei. É evidente que o que se qualifica de núcleo histórico do Direito Penal em matéria patrimonial e econômica se identifica com um Direito Penal classista, que serve somente para castigar os setores da população sociologicamente mais desfavorecidos (MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, 2007, p. 87)⁴⁶.

⁴⁵ Registre-se, *en passant*, que parte da doutrina penal brasileira propende para a mesma (e equivocada) estratégia metodológica de desqualificar *o todo pela parte*.

⁴⁶ Sobre as divergências epistemológicas, Martínez-Buján Pérez (2007, p. 86) não aceita a ideia

Segundo o autor, o Direito Penal não pode estribar-se em um *pensamento individualista* a fim de proteger, exclusivamente, ações que atentem contra *bens jurídicos cuja natureza seja estritamente individual*. Isso porque, da mesma forma que ocorre com outros setores do Direito Penal, no âmbito *econômico*

há bens jurídicos de natureza coletiva, interesses de todos, que indiscutivelmente devem ser tutelados pelo Direito Penal nuclear frente às modalidades de agressão mais intoleráveis; e, inclusive, existem bens jurídicos que, sem ser interesse geral, são bens de caráter supraindividual que afetam a amplos setores da população e que, sob determinadas condições, também podem ser merecedores de tutela penal (MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, 2007, p. 88).

Não se pode, portanto, concordar com uma postura ideológica fundada numa *concepção liberal* que, segundo Martínez-Buján Pérez, não corresponde aos estudos empíricos que denotam *um alto grau de conscientização cidadã ante novos interesses coletivos submetidos à regulação penal*. Ademais, cumpre salientar que as críticas de *lege lata*, baseadas em supostas vulnerações dos princípios básicos e das regras de imputação, simplesmente, *carecem de suficiente fundamento* (MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, 2007, p. 88).

Todavia, não há que se aplaudir uma suposta estratégia de *criminalização indiscriminada*. Ao contrário: resulta imprescindível fundamentar político-criminalmente e, sobretudo, dogmaticamente, a legitimidade de cada intervenção penal no âmbito socioeconômico – como, acresça-se, deve ocorrer em quaisquer outros segmentos da regulação social.

Entabulando um diálogo com as teses antipodais, para Martínez-Buján Pérez, *de lege ferenda*, entre os pretendidos *Direito de Intervenção* e *Direito Penal de duas velocidades*, deve-se considerar mais adequado este ao invés daquele. Isso porque, primeiramente, o *corpo legislativo intermediário*, composto pelo propalado *Direito de Intervenção*, não foi sequer devidamente *aclarado* por Hassemer ou qualquer outro integrante da Escola de Frankfurt, sendo certo, em segundo lugar, que o *cidadão comum* teria grande dificuldade de compreender um *novo setor do ordenamento*

de Gracia Martín no sentido de que, para ser *racional*, a Ciência Penal deve possuir um caráter científico e um conteúdo de verdade. Para Martínez-Buján Pérez, o correto é partir da premissa de que tanto a Ciência Penal (dogmática jurídica) como – com mais razão ainda – a Política Criminal “não podem ser inscritas na *racionalidade teórica* (assinando à norma penal e às propostas político-criminais uma pretensão de verdade, como se se tratassem de um objeto de estudo científico), mas, sim, no âmbito da *racionalidade prática* (que se assenta numa pretensão de justiça), de tal maneira que nem a pretensão de validade na norma penal nem as propostas político-criminais se constituem em proposições sobre fatos e, conseqüentemente, não são suscetíveis de verdade ou falsidade” [grifo do original].

jurídico que não possui raiz alguma em nossa tradição jurídica. Diversamente, ainda que possa vir a discordar do conteúdo de um *corpo normativo acessório*, Martínez-Buján Pérez não vê maiores inconvenientes na adoção de um modelo que, ancorado no Direito Penal, possa vir a tipificar infrações econômicas de *menor gravidade*, com penas não privativas de liberdade e com regras de imputação *mais flexíveis* do que aquelas atualmente existentes. Para tanto, seria crucial a elaboração de uma *lei penal especial em matéria econômica*, dotada de uma parte geral que discriminasse todas as regras de imputação aplicáveis ao respectivo catálogo de delitos (MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, 2007, p. 92-93).

Em conclusão, respeitadas as correntes doutrinárias divergentes, Carlos Martínez-Buján Pérez defende a ideia de que, em termos gerais, as infrações econômicas revestidas de *maior gravidade* devem estar integradas ao Direito Penal – localizadas, sistematicamente, no Código Penal ou numa legislação especial –, e ser castigadas com penas privativas de liberdade, isoladas ou alternativamente, além de submetidas às mesmas regras de imputação e aos mesmos princípios de garantia que informam os demais delitos existentes no Direito Penal nuclear, rejeitando-se, categoricamente, toda e qualquer proposta de flexibilização ou relativização de tais regras ou princípios (MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, 2007, p. 89, 93 e 94).

5 Síntese reflexiva

Merece acolhida a posição político-criminal partilhada por Klaus Tiedemann, Anabela Rodrigues Miranda, Carlos Martínez-Buján Pérez, Bernd Schünemann e Luis Gracia Martín, entre outros, no sentido da legitimidade do Direito Penal Econômico entendido como a *modernização do Direito Penal*. E que isso não importa em rebaixamento, mitigação ou violação de categorias dogmáticas ou de garantias penais e processuais penais. Antes, porém, de justificar o presente posicionamento, deve-se retornar à reflexão criminológica.

Conforme exposto, ainda hoje, o criminoso do colarinho-branco goza de um *cinturão de impunidade* decorrente de múltiplos fatores. De toda sorte, ele não se vê como um infrator – como um *bandido* –, sendo tal percepção partilhada por grande parte de acadêmicos, legisladores e aplicadores do Direito Penal. A atividade investigativa de infrações que se subsumem ao âmbito do Direito Penal Econômico – para aqueles que bem a conhecem –, seja na esfera extrajudicial ou judicial, reveste-se de inúmeras vicissitudes, todas *conspirando a favor* dos autores dessa criminalidade e, por conseguinte, da impunidade.

No Brasil, v.g., criam-se, replicam-se e aplicam-se teses *convenientemente* desenvolvidas para a faixa de delitos onde prepondera o alto empresariado, banqueiros e os homens de negócios. O esgotamento da instância administrativa como elemento do tipo ou pressuposto de punibilidade para os delitos tributários; o pagamento ou parcelamento, a qualquer tempo, com a suspensão ou extinção da punibilidade para os mesmos delitos tributários, olvidando-se, por completo, da extensão de tal *benesse* para os clássicos delitos contra o patrimônio sem violência ou grave ameaça; teses defensivas ou mesmo *declarações de inconstitucionalidades* de delitos capitulados nas leis federais econômicas, como as que tutelam o sistema financeiro, o mercado de capitais ou a lavagem de dinheiro; fixação de cifras de *insignificância* para a criminalidade marcadamente econômica em patamar extremamente superior à arbitrada à criminalidade patrimonial tradicional; importações de teorias descontextualizadas dos respectivos ordenamentos jurídicos, como, v.g., a incidência de um *ne bis in idem* entre a sanção administrativa e a sanção penal, em favor – é claro! – da primeira em detrimento da segunda, teoria essa abraçada, acriticamente, do Direito espanhol⁴⁷, são exemplos dessa problemática, cada vez mais arraigada em nosso sistema jurídico.

A análise empírica dos dados penitenciários brasileiros bem ilustra essa questão.

Modalidade de crime	N. condenados
Crimes contra a pessoa	52.585
Crimes contra o patrimônio	217.762
Crimes contra os costumes	17.785
Crimes contra a paz pública	6.924
Crimes contra a fé pública	3.773
Crimes contra a Administração Pública (crimes próprios)	536
Crimes contra a Administração Pública (praticado por particular)	780
Tráfico de drogas (Leis n. 6.368/1976 e 11.343/2006)	91.037

⁴⁷ Mesmo no Direito espanhol, Antonio García-Pablos de Molina (2006, p. 119) é enfático: “A proibição do *ne bis in idem*, isto é, que se castigue duas vezes, com pena e com sanção administrativa, um mesmo conteúdo de injusto (identidade de ‘sujeito’, ‘fatos’ e ‘fundamentos’), [...] deixa ressalvado, ou deve deixar ressalvado, a *inquestionável prioridade, prevalência ou primazia da jurisdição penal*, se o fato constitui-se delito” [grifos do original].

Modalidade de crime	N. condenados
Estatuto do Desarmamento (Lei n. 10.826/2003)	23.208
Outros	2.944
TOTAL	417.334

Fonte: Ref. 12/2009 – <www.mj.gov.br/depen>.

A tabela expõe, em números absolutos, os condenados que cumprem pena privativa de liberdade, excluindo-se, pois, os presos provisórios e os condenados que cumprem penas alternativas. Mais da metade desse coletivo está encarcerado em razão dos tradicionais delitos contra o patrimônio (52,18%), praticados, evidentemente, por pessoas que não são economicamente privilegiadas. Caso se agreguem os condenados por delitos de drogas, perpetrados, em sua grande maioria, igualmente, por pessoas de baixo estrato social, chega-se ao número de 73,99%. Isso é o que se vê; o que *não se vê* na tabela são pessoas cumprindo pena privativa de liberdade pelos delitos da esfera do Direito Penal Econômico (v.g., Leis n. 6.385/1976, 7.492/1986, 8.078/1990, 8.137/1990, 9.605/1998, 9.613/1998 e 11.101/2005).

Para isso, contribuem até mesmo certos fatores aparentemente sem qualquer relação dogmática direta, tais como *a investigação direta pelo Ministério Público e a decisão policial sobre algemar ou não o preso*⁴⁸, trazidos à baila somente quando banqueiros e homens de negócios passaram a ser alvo de uma persecução mais cerrada pelas instâncias formais de controle.

Retornando, agora, à Política Criminal, é importante observar que as correntes deslegitimadoras do *novo* Direito Penal Econômico surgiram – ou, ao menos, ganharam maior destaque – quando, justamente, os estratos sociais mais elevados passaram a ser *incomodados* por leis penais. Não se cuida, portanto, de um *diletante debate acadêmico*, pois há fatores subjacentes de maior envergadura. Sem que se faça qualquer objeção ou juízo depreciativo da seriedade e das qualidades científicas dos doutrinadores mencionados ao longo do texto, não se pode ignorar que o Direito de Intervenção, bem como a proposição mais moderada do Direito Penal de duas velocidades, presta-se a corroborar uma ideologia à qual devemos nos opor.

⁴⁸ Não se ignora que os excessos ou a violência policial não sejam, *historicamente*, um grave problema de segurança pública e de cidadania no País, muito antes da edição da Súmula Vinculante n. 11.

Nesse sentido, o modelo penal dual, caso adotado no Brasil, perpetuará o tratamento penal discriminatório, eloquentemente ilustrado pela tabela *supra*. Outro efeito negativo do Direito Penal de duas velocidades – este identificado por Anabela Rodrigues Miranda – é o fenômeno da *desdignificação punitiva*, ou seja, ao se retirar a cominação da pena de prisão, isolada ou alternativamente prevista com outras modalidades de sanção, isso irá sinalizar um rebaixamento do *status* de certos tipos de ilícitos, que passarão a não mais ser um modelo de orientação do comportamento das pessoas na interação social (MIRANDA, 1999, p. 482). Além disso, acresça-se, esse rebaixamento afetará igualmente a atuação das agências formais de controle, criando-se, assim, uma espécie de *círculo vicioso*.

Demais disso, o Direito de Intervenção, sem qualquer tradição ou reflexão no nosso ordenamento, como visto, não pode sequer ser comparado às nossas *contravenções penais*, porque estas – com o perdão da redundância – *são penais*. Sem contar que, caso se decida incrementar o intervencionismo da máquina burocrática estatal fiscalizadora da generalidade da nossa população, mercê da busca de *sanções mais brandas para os delinquentes econômicos*, correr-se-á o risco, no mínimo, de haver uma politização partidária, ao sabor dos ventos daqueles que se encontrarem à testa da Administração Pública, isso para não dizer do desvalioso efeito retroalimentador do já mencionado círculo vicioso.

Em síntese, tendo em conta os aportes criminológicos, dogmáticos e político-criminais apresentados ao longo da presente exposição, tem-se pela legitimidade do Direito Penal Econômico entendido como o *novo* Direito Penal. Sendo assim, abdicar da regulação penal das graves violações socioeconômicas da atualidade é, parafraseando Max Ernst Mayer, colocar o Direito Penal ante as expectativas sociais como um general inábil, que não está à altura das tarefas encomendadas à sua tropa: *ubi nihil valet, ibi nihil veli* (MAYER, 2007, p. 29).

REFERÊNCIAS

- ALLER, Germán. Edwin H. Sutherland y el delito de cuello blanco. *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, Lexis, Buenos Aires, n. 6, 2005.
- ANCEL, Marc. Introduction. SUTHERLAND, Edwin H.; CRESSEY, Donald R. *Principes de criminologie*. Tradução de Claude Lambrechts. Paris: Cujas, 1966.
- ARAÚJO JÚNIOR, João Marcello. Reforma do direito penal econômico brasileiro. In: *Estúdios de Derecho Penal en homenaje al Professor Luis Jimenez de Asúa*. Madrid: Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 1986.
- ARROYO ZAPATERO, Luis. Derecho penal económico y Constitución. *Revista Penal, Praxis*, Salamanca, ano 1, n. 1, 1998.
- BACIGALUPO, Enrique. *Derecho penal económico*. Buenos Aires: Hammurabi, 2005.
- BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. Concepto de derecho penal económico. In: BOIX REIG, Javier (Dir.). *Diccionario de Derecho Penal Económico*. Madrid: Iustel, 2008.
- BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; BACIGALUPO, Silvina. *Derecho penal económico*. 2. ed. Madrid: Ramón Areces, 2010.
- BENJAMIN; MARQUES; BESSA. *Manual de direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- BONGER, Willen A. *Criminalité et conditions économiques*. Amsterdam: Maas & Van Suchtelen, 1905.
- CERETTI, Adolfo. *El horizonte artificial*. Problemas epistemológicos de la criminología. Tradução de Alejandra Biuso. Montevideo: B de F, 2008.
- CID MOLINÉ, José; LARRAURI PIJOAN, Elena. *Teorias criminológicas*. Barcelona: Bosch, 2001.
- COSTA, José de Faria. O fenómeno da globalização e o direito penal económico. *RBCCrim*, São Paulo, n. 34, 2001.
- COSTA, José de Faria; ANDRADE, Manuel da Costa. Sobre a concepção e os princípios do direito penal económico. In: PODVAL, Roberto (Org.). *Temas de direito penal económico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- DEMETRIO CRESPO, Eduardo. Del 'derecho penal liberal' al 'derecho penal del enemigo'. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Madrid, n. 14, 2004.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. Tradução de Ana Paula Zomer et al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FOFFANI, Luigi. Criminalidad organizada y criminalidad económica. *Revista Penal*, Salamanca, n. 7, 2007.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Criminologia*. 6. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007.

_____. *Introducción al derecho penal*. 4. ed. Madrid: Ramón Areces, 2006.

GIUDICELLI-DELAGE, Geneviève. *Droit pénal des affaires*. 6. éd. Dalloz: Paris, 2006.

GRACIA MARTÍN, Luis. El finalismo como método sintético real-normativo para la construcción de la teoría del delito. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n. 6, 2004.

_____. *Prolegômenos para a luta pela modernização e para a crítica do discurso de resistência*. Tradução de Érica Carvalho. Porto Alegre: Sergio A. Fabris, 2005.

HASSEMER, Winfried. *Direito penal*. Fundamentos, estrutura e política. In: VASCONCELOS, Carlos Eduardo O. (Org.). Tradução de Adriana Meirelles et al. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2007.

JAPIASSÚ, Carlos Eduardo A. *O contrabando: uma revisão de seus fundamentos teóricos*. Rio: Lumen Juris, 1999.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Tratado de derecho penal*. 5. ed. Buenos Aires: Losada, 1964. t. 1.

LISZT, Franz von. *Tratado de direito penal alemão*. Tradução de José Hygino. Rio de Janeiro: Briguiet, 1899. t. 1.

LOUIS, Jürgen; WASSMER, Martin Paul. Sistemas penales comparados: tratamiento de los delitos sócio-económicos (Alemania). *Revista Penal, La Ley*, Barcelona, n. 9, 2002.

MAIER, Julio B. J. Delincuencia socioeconómica y reforma procesal penal. *Doctrina Penal*. Teoría y Práctica en las Ciencias Penales, n. 45-48, Depalma, Buenos Aires, 1989, p. 516.

MANNHEIM, Hermann. *Criminologia comparada*. Tradução de Faria Costa e Costa Andrade. v. 2. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1985.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho penal económico y de la empresa*. Parte general. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007.

_____. La ‘concepción significativa de la acción’ de T. S. Vives y sus correspondencias sistemáticas con las concepciones teleológico-funcionales del delito. In: *RECPC*, Granada, 1999. Disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_01-13.html>.

MAYER, Max Ernst. *Derecho penal*. Parte General. Tradução da 1ª ed. (1915) de Sergio Politoff. Montevideo: B de F, 2007.

NEVES, Eduardo Viana Portela. Crime de colarinho-branco: um enfoque criminológico. In: *Revista ANPR Online*, n. 9, 2009.

NIETO MARTÍN, Adán. Presentación de la edición española. In: TIEDEMANN, Klaus. *Manual de derecho penal económico*. Parte General y Especial. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.

NOVOA MOREAL, Eduardo. Reflexiones para la determinação y delimitación del delito económico. In: *Anuario Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1982. t. 35, fascículo 1.

POLAINO NAVARRETE, Miguel. *Derecho Penal*. Parte General. 5. ed. Barcelona: Bosch, 2004. t. 1.

RODRIGUES, Anabela Miranda. *Contributo para a fundamentação de um discurso punitivo em matéria fiscal*. In: *Direito Penal Económico e Europeu*. v. 2. Coimbra: Coimbra, 1999.

RODRIGUEZ ESTÉVEZ, Juan Maria. *El derecho penal en la actividad económica*. Buenos Aires: Ábaco, 2000.

SCHÜNEMANN, Bernd. ¿Ofrece la reforma del Derecho penal económico alemán un modelo o un escarmiento? In: *Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio*. Madrid: Tecnos, 2002.

_____. 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*. Tradução de Lourdes Baza. Madrid: Tecnos, 2002.

SERRANO GÓMEZ, Alfonso. Dogmática jurídica, política criminal y criminología. In: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, 1980. t. 33, fascículo 3.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal. Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Tradução de Luiz Otavio O. Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. 2. ed. Montevideo: B de F, 2010.

SUTHERLAND, Edwin H. *El delito de cuello blanco*. Tradução de Julia Varela. Madri: La Piqueta, 1999.

SUTHERLAND, Edwin H. *White-collar crime (the uncut version)*. N. Haven: Yale University Press, 1983.

SUTHERLAND, Edwin H.; CRESSEY, Donald R. *Principles of criminology*. 11th ed. New York: General Hall, 1992.

TARDE, Gabriel. *La criminalité comparée*. 2. ed. Paris: Félix Alcan, 1890.

_____. *Les lois de l'imitation*. Paris: Félix Alcan, 1890.

TIEDEMANN, Klaus. *Derecho penal y nuevas formas de criminalidad*. 2. ed. Lima: Grijley, 2007.

_____. El concepto de derecho económico, de derecho penal económico y de delito económico. *Cuadernos de Política Criminal*, n. 28, Edersa, Madrid, 1986.

_____. *Lecciones de derecho penal económico (comunitario, español, alemán)*. Barcelona: PPU, 1993.

_____. *Manual de derecho penal econômico*. Parte General y Especial. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.

VERÓN, Michel. *Droit pénal des affaires*. 7. ed. Paris: Dalloz, 2007.

VIRGOLINI, Julio E. S. Delito de cuello blanco: punto de inflexión en la teoría criminológica. *Doctrina Penal*. Teoría y práctica en las Ciencias Penales, n. 45, Depalma, Buenos Aires, 1989.

VOLD, Georg; BERNARD, Thomas; SNIPES, Jeffrey. *Theoretical criminology*. 4th ed. New York: Oxford University Press, 1998.



ASPECTOS POLÍTICO-CRIMINAIS DAS SANÇÕES PENAIAS ECONÔMICAS NO DIREITO BRASILEIRO

CINTHIA RODRIGUES MENESCAL PALHARES

1 Introdução

Há cerca de duas décadas, as inovações tecnológicas permitiram uma expansão do fenômeno da globalização, que teve como um de seus muitos desdobramentos o incremento da criminalidade econômica, em escala transnacional. A esse fenômeno não ficaram alheias as instâncias de controle estatal, que se fez sentir principalmente pela edição de uma série de leis de conteúdo penal econômico, desde a década de 1980.

No contexto dessa modalidade de delinquência, que suscita uma gama de questões controvertidas, seu sancionamento vem mantendo nosso interesse, desde os estudos de mestrado¹ e que agora prosseguem no de doutorado em Direito Penal do Programa de Pós-Graduação em Direito da UERJ, sobretudo em razão da orientação político-criminal e de seus aspectos criminológicos.

Dessa forma, a abrangência do Direito Econômico e o consequente desenvolvimento do Direito Penal Econômico refletem a evolução política e econômica de um país. Sua importância releva-se durante os

¹ MENESCAL PALHARES, 2004.

conflitos e nos regimes políticos totalitários, apresentando-se de forma diretamente proporcional, seja no conteúdo, seja na intensidade, ao grau de intervencionismo.

Na primeira metade do século XX, por força de concepções ideológicas ou mesmo em decorrência do conflito mundial vivenciado pelos países europeus, surgiu um novo modelo de Estado – *Welfare State* ou Estado do Bem-Estar Social – caracterizado por uma larga intervenção na vida econômica.

Na maioria dos países ocidentais, o intervencionismo estatal ocorreu em graus variados por meio da própria Administração, pouco atenta às garantias individuais, assumindo um caráter subsidiário e corretivo à atuação privada quando esta não estivesse desempenhando suas funções de maneira conveniente e adequada aos objetivos de política econômica. Na Alemanha nazista, o grau de intervencionismo chegou a tal ponto que toda a vida econômica esteve sob o seu domínio.

Essa política econômica manifestou-se igualmente na produção legislativa, desde a adoção de medidas gerais e regulação do sistema fiscal, direitos aduaneiros, importação, obras públicas, política monetária, política cambial e política social, passando pelo socorro financeiro a empresas ameaçadas de quebra, pela legislação protecionista de determinadas atividades econômicas e, chegando ao grau máximo, quando o Estado passou a monopolizar determinadas atividades, como ocorreu no Brasil, até passado relativamente recente, em relação aos setores petrolíferos e das telecomunicações.

Logo em seguida a algumas constituições estrangeiras, como a mexicana (1917), de Weimar (1919), francesa (1947), italiana (1948), portuguesa (1976) e espanhola (1978), o Brasil, na Carta de 1934, editou normas sobre a *ordem econômica e financeira*.

Com a Constituição da República de 1988, o Brasil acompanhou a tendência mundial adotando normas reguladoras da ordem econômica e financeira (Título VII, arts. 170 a 192) dirigidas à regulamentação desta atividade.

Segundo Klaus Tiedemann, as normas penais econômicas em sentido estrito tutelariam a lesão ou o perigo a ordem econômica, como regulamentação jurídica do intervencionismo econômico estatal. Em sentido amplo, incidiriam sobre a regulamentação jurídica da produção, distribuição e consumo de bens e serviços (TIEDEMANN, 1985, p. 18-19).

Poderiam, ainda, alcançar as condutas praticadas no contexto e na prática de uma atividade econômica, pelo que estariam incluídos, no escopo desses crimes, tipos penais que tutelam outros bens jurídicos (vida, honra etc.), desde que praticados em contexto econômico².

Com o fim da Segunda Guerra Mundial, concluiu-se que, para que garantias como legalidade, culpabilidade e devido processo legal fossem respeitadas, em detrimento do recurso à analogia, só restava a criminalização dessas condutas.

Esse modelo de Estado, aliado ao desenvolvimento da atividade financeira e da intervenção estatal, deu origem ao fenômeno da criminalidade econômica e aos criminosos do *colarinho-branco*^{3 4}, cujas condutas tradicionalmente fogem aos modelos previstos pelo Direito Penal clássico ou da Ilustração⁵.

2 Breve histórico do Direito Penal Econômico brasileiro

Há muito, o potencial criminógeno das relações econômicas já era objeto da percepção de juristas, como Roberto Lyra, que, em sua tese de 1933, intitulada *Economia e Crime*, demonstrava a relação intrínseca entre os desajustes da economia e a criminalidade.

O sentido fragmentário do Direito Penal, característico de regimes de orientação liberal, foi sendo abandonado em prol de uma criminalização progressiva. Com isso, logo em seguida, surgiria o primeiro diploma legal de natureza verdadeiramente penal econômica: Lei de

² “En ese sentido, por ejemplo, la criminalidad económica abarca ámbitos de los denominados ‘delitos contra las personas’ y de delitos de peligro (infracciones relativas al Derecho alimentario o de medicamentos, medio ambiente, riesgos de los trabajadores) que, de forma indirecta, estabilizan expectativas normativas sobre estos mismos intereses (vida, salud, integridad corporal, condiciones de vida) cuando su realización está vinculada con comportamientos propios de la actividad económica y de la empresa” (PÉREZ DEL VALLE, 1998, p. 21).

³ *Weisse-Kragen Kriminalität* (Alemanha); *Criminalità in Colletti Bianchi* (Itália); *Criminalité en Col Blanc* (França).

⁴ A urbanização e industrialização, que caracterizaram a sociedade norte-americana das primeiras décadas do século XX, sobretudo nas décadas de 1920 e 1930, época da Lei Seca, deram origem ao crime organizado, corrupção administrativa, prostituição e atividades ilícitas, tornando-se objeto de investigações da *Escola de Chicago*, na qual Edward Sutherland elaborou seus estudos sobre *White-Collar Crime* (1939).

⁵ “O Derecho penal de la Ilustración mereció, sin duda, la calificación de ‘moderno’ en la medida en que el mismo supuso una ruptura con el Derecho penal del Ancien Régime, de la Monarquía Absoluta, en todos los aspectos substanciales, es decir, en la legitimación y limitación tanto del contenido del ius poenale como del ejercicio del ius puniendi, así como también de los dispositivos institucionales e instrumentales para la realización de aquellos” (GRACIA MARTÍN, 2004, p. 718).

Economia Popular de 1938 (Decreto-Lei n. 869 de 18.11.1938⁶, regulamentando o art. 141 da Constituição da República de 1937⁷).

Algumas décadas depois, iniciaram-se nossas investigações científicas regulares sobre o ramo do Direito Penal Econômico: em 1973, com a obra de Manoel Pedro Pimentel (*Direito Penal Econômico*), seguida, em 1981, pela obra de mesmo título, de autoria de Gerson Pereira dos Santos.

Buscando a autonomia formal e material do Direito Penal Econômico, o esboço do Projeto de Nova Parte Especial do Código Penal Brasileiro, encaminhado ao Congresso em 1994, unificou em um Título toda a matéria relativa aos *Crimes contra a Ordem Econômica*, incluindo nesta categoria os crimes contra a dignidade, liberdade, segurança e higiene do trabalho; crimes de abuso do poder econômico, contra a livre concorrência, a economia popular e as relações de consumo; crimes falimentares; crimes contra o ordenamento urbano; crimes contra os sistemas de processamento e comunicação de dados; crimes contra o sistema financeiro; crimes fiscais e crimes cambiais.

Contudo, os trabalhos de reforma da Parte Especial do Código Penal foram interrompidos quando o presidente da República instituiu uma Comissão, por meio do Decreto n. 91.159/1985, elaboradora de um Anteprojeto de Lei, que dispunha sobre as instituições financeiras e definia os delitos financeiros, terminando por transformar-se *provisoriamente* na Lei n. 7.492/1986, a ser aperfeiçoada logo em seguida.

Retomando seu conceito, em sentido estrito, o Direito Penal Econômico seria a vertente repressiva pela qual haverão de ser sancionadas determinadas condutas relativas a fatos econômicos ou que atentem contra a atividade interventora e reguladora do Estado na economia.

Assinale-se que o exame das legislações estrangeiras demonstra que a existência do Direito Penal Econômico não está condicionada a nenhum modelo econômico-social, podendo surgir tanto em países capitalistas de mercado como em outros, de economia mista, ou, até mesmo, em países socialistas, sendo certo que, em todos eles, presta-se a prevenir e reprimir condutas ilícitas, cujo objeto seja o sistema econômico vigente (RIGUI, 2000, p. 37).

⁶ “Art. 1º Serão punidos na forma desta lei os crimes contra a economia popular, sua guarda e seu emprego” [grifo nosso].

⁷ “Art 141. A lei fomentará a economia popular, assegurando-lhe garantias especiais. Os crimes contra a economia popular são equiparados aos crimes contra o Estado, devendo a lei cominar-lhes penas graves e prescrever-lhes processos e julgamentos adequados à sua pronta e segura punição” [grifo nosso].

Adotando-se os critérios do esboço de Anteprojeto de 1994, estariam incluídos em nosso Direito Penal Econômico os diplomas legais:

Código Penal; Lei n. 1.079/1950 (Crimes de Responsabilidade); Lei n. 1.521/1951 (Lei de Economia Popular); Lei n. 4.591/1964 (Condomínios em Edificações e as Incorporações Imobiliárias); Lei n. 4.595/1964 (Política e as Instituições Monetárias, Bancárias e Creditícias); Lei n. 4.729/1965 (Sonegação Fiscal); Decretos-Lei n. 16/1966 e n. 47/1966 (Produção, Comércio e Transporte Ilegal de Açúcar e Álcool); Decreto-Lei n. 201/1967 (Responsabilidade de Prefeitos e Vereadores); Lei n. 5.741/1971 (Esbulho Possessório no Sistema Financeiro de Habitação); Lei n. 6.385/1976 (Mercado de Capitais); Lei n. 6.453/1977 (Energia Nuclear); Lei n. 6.766/1976 (Parcelamento do Solo Urbano); Lei n. 6.895/1980 (Direitos Autorais); Lei n. 7.492/1986 (Sistema Financeiro Nacional); Lei n. 7.646/1987 e 9.609/1998 (Propriedade Intelectual sobre Programas de Computador); Lei n. 8.078/1990 (Consumidor); Lei n. 8.137/1990 (Ordem Tributária, Econômica e Relações de Consumo); Lei n. 8.176/1991 (Ordem Econômica e Combustíveis); Lei n. 8.245/1991 (Locações de Imóveis Urbanos); Lei n. 8.666/1993 (Licitações); Lei n. 9.029/1995 (Práticas Discriminatórias no Trabalho); Lei n. 9.279/1996 (Propriedade Industrial); Lei n. 9.605/1998 (Meio Ambiente); Lei n. 9.609/1998 (Propriedade Intelectual de Programa de Computador); Lei n. 9.613/1998 (Lavagem de Dinheiro); Lei n. 10.303/2001 (Sociedades Anônimas); Lei Complementar n. 105/2001 (Sigilo das Operações Financeiras); Lei n. 11.101/2005 (Recuperação Judicial, Extrajudicial e Falência) e Lei n. 11.105/2005 (Organismos Geneticamente Modificados e Biossegurança)⁸.

⁸ Os Estados Unidos da América, por meio do National Incident-Based Reporting System (NIBRS), consideram como crimes de colarinho-branco (*white-collar crime*) as seguintes infrações: *academic crime; adulterated food, drugs, or cosmetics; anti-trust violations; ATM fraud; bad checks; bribery; check kiting; combinations in restraint in trade; computer crime; confidence game; contract fraud; corrupt conduct by juror; counterfeiting; defense contract fraud; ecology law violations; election law violations; embezzlement; employment agency and education-related scams; environmental law violations; false advertising and misrepresentation of products; false and fraudulent actions on loans, debts, and credits; false pretenses; false report/statement; forgery counterfeiting; fraudulent checks; health and safety laws; health care providers fraud; home improvement frauds; impersonation; influence peddling; insider trading; insufficient funds checks; insurance fraud; investment scams; jury tampering; kickback; land sale frauds; mail fraud; managerial fraud; misappropriation; monopoly in restraint in trade; ponzi schemes; procurement fraud; racketeering influenced and corrupt organizations (rico); religious fraud; sports bribery; strategic bankruptcy; subornation of perjury; swindle; tax law violations; telemarketing or boiler room scams; telephone fraud; travel scams; unauthorized use of a motor vehicle [lawful access but the entrusted vehicle is misappropriated]; uttering counterfeiting; uttering bad checks; welfare fraud; wire fraud* (BARNETT, 2000).

3 A criminalidade econômica: os crimes de *colarinho-branco*

O intenso crescimento econômico, marcado por uma forte industrialização, característico da sociedade norte-americana das primeiras décadas do século XX, após o fim da Primeira Guerra Mundial, pode ser apontado como vetor do incremento da corrupção administrativa e especulação financeira, que terminaram com o *crack* da Bolsa de Valores (1929). No cenário da Grande Depressão, a criminalidade – prostituição, contrabando, entre outras atividades ilícitas – potencializada pela Lei Seca, deu origem à figura do gângster, mitificada por Al Capone⁹.

O equilíbrio da economia não poderia ser recuperado apenas pelas forças do mercado, mas principalmente pelo intervencionismo estatal materializado pelo *New Deal* (1933), política econômica adotada pelo presidente norte-americano Franklin D. Roosevelt, com o objetivo de atenuar as inevitáveis tensões sociais de um ambiente extremamente recessivo, a exemplo dos sindicatos. No lugar de um liberalismo econômico, a adoção do modelo de Estado intervencionista, com sua inerente regulamentação jurídica voltada, principalmente, para a atividade econômica e financeira, provocou a má absorção das novas regras pelos homens de negócios, normalmente habituados a um código de conduta próprio e impermeáveis ao controle estatal.

Em Chicago¹⁰, onde se formou uma escola que deslocaria o pensamento criminológico dominante do continente europeu para os Esta-

⁹ Alphonse Gabriel *Capone* (1899-1947), filho de imigrantes italianos do sul, nasceu no Brooklyn (NY), liderou um grupo criminoso dedicado ao contrabando a venda de bebidas, entre outras atividades ilegais, durante a Lei Seca, entre as décadas de 1920 e 1930. Considerado por muitos como o maior gângster dos Estados Unidos, Al – como era chamado pelo seu círculo íntimo – tinha o apelido de *Scarface*. Al cresceu em uma vizinhança muito pobre e pertenceu a pelo menos duas quadrilhas de delinquentes juvenis – *Five Points Gang* e *Frank Yale* – sendo expulso da escola, no ensino médio, por agressão a um professor. Em 1919, foi enviado por Frank Yale para Chicago, onde se tornou braço direito do mentor de Yale, John Torrio. Quando seu chefe foi alvejado por rivais de outras gangues, Capone passou a liderar os negócios e rapidamente demonstrou que era melhor para comandar a organização do que Torrio, expandindo o sindicato criminoso para outras cidades entre 1925 e 1930, mostrando-se um homem sem escrúpulos. Em 1929, foi nomeado o homem mais importante do ano, ao lado do físico Albert Einstein e do líder pacifista Mahatma Gandhi. Mantinha o controle de informantes, pontos de apostas, casas de jogos, prostíbulos, bancas de apostas em corridas de cavalos, clubes noturnos, destilarias e cervejarias. Chegou a faturar 100 milhões de dólares norte-americanos por ano, durante a Lei Seca. Em 1931, foi condenado pela justiça americana por sonegação de impostos a pena de 11 anos de reclusão, que acabou sendo revista em 1939, em decorrência de sífilis e traços de distúrbios mentais.

¹⁰ Metrópole norte-americana submetida a alto grau de desenvolvimento industrial e dinâmico processo urbanístico, com milhares de imigrantes e negros, descendentes de escravos, todos vindos de regiões mais pobres, estabelecendo-se a partir do centro em direção à periferia, em bairros carentes de toda infraestrutura, provocando uma reação de inadaptação aos valores das classes social e economicamente hegemônicas, sobretudo da população mais jovem, exposta a uma socialização *deficiente*. Nesse sentido: MUÑOZ CONDE; HASSEMER, 2008, p. 49 e ss.; e BOTTOMS; WILES, 2002, p. 111.

dos Unidos da América, Edwin H. Sutherland, considerado o *pai* da moderna Criminologia, desenvolveu a teoria da associação diferencial ou dos contatos diferenciais. Seu fundamento teórico foi a concepção original do francês Gabriel Tarde, para quem a carreira criminosa, assim como qualquer outra, demanda um aprendizado, a partir de um comportamento social, que, com sua reiteração, é assimilado e reproduzido por costume, obediência ou educação; em outras palavras, não passaria da *imitação* de um *mau exemplo*.

A delinquência variaria muito mais em função do modo do que na medida da frequência e duração dos contatos dos indivíduos com terceiros. Assim, o processo de comunicação entre relações pessoais íntimas (família, escola, igreja) seria determinante da prática delitiva, transmitindo valores favoráveis ao crime em determinado grupo, entre os vários que compõem o mosaico social.

Nas investigações da *Escola de Chicago*, que deram início a uma perspectiva sociológica do crime (*Ecologia Criminal e Desorganização Social*), Edward Sutherland (1983, p. 7) concluiu que os cidadãos das classes econômica e socialmente superiores adotam muito mais comportamentos criminosos, diferentes daqueles das classes menos favorecidas. Essas violações da lei, cometidas pelos indivíduos das classes econômica e socialmente superiores, foram sugestivamente denominadas de crimes de *colarinho-branco*¹¹, jogando luz sobre o fenômeno da criminalidade econômica das classes mais altas, cujas condutas tradicionalmente fogem aos modelos previstos pelo Direito Penal clássico ou da Ilustração¹², voltados para a delinquência das classes menos favorecidas.

4 O processo de criminalização do ilícito econômico

É certo que, no fenômeno da delinquência econômica, lidam-se com interesses jurídicos supraindividuais, ou difusos, entre os quais encontramos a ordem econômica, com a substituição da vítima individual pela coletiva ou, ainda, pela sociedade, pelo mercado, imprescindíveis para o funcionamento do próprio sistema, o que dá a dimensão de sua

¹¹ *Weisse-Kragen Kriminalität* (Alemanha); *Criminalità in Colletti Bianchi* (Itália); *Criminalité en Col Blanc* (França).

¹² “O Derecho penal de la Ilustración mereció, sin duda, la calificación de ‘moderno’ en la medida em que el mismo supuso una ruptura con el Derecho penal del Ancien Régime, de la Monarquía Absoluta, em todos los aspectos substanciales, es decir, em la legitimación y limitación tanto del contenido del *ius poenale* como del ejercicio del *ius puniendi*, así como también de los dispositivos institucionales e instrumentales para la realización de aquellos” (GRACIA MARTÍN, 2004, p. 718).

importância e gravidade, justificando a atenção do Estado, da sociedade e, em última instância, do legislador.

A transcendência e a dimensão de suas consequências podem traduzir-se em danos materiais: sejam físicos, como, por exemplo, nos delitos previstos na Lei n. 11.105/2005 (Organismos Geneticamente Modificados e Biossegurança), ou econômicos, cuja repercussão é supra-individual e, muitas vezes, transnacional, cujo exemplo recente foi a crise das hipotecas (*subprimes*) norte-americanas, que terminaram por provocar um abalo econômico de espectro global e dimensões imensuráveis.

Essa delinquência apresenta, ainda, efeitos criminológicos, imateriais, igualmente deletérios e potencialmente mais lesivos, ainda que não praticados com a violência conhecida pelo Direito Penal clássico, que, ainda assim, sustenta um sistema punitivo incompatível, em termos de eficácia repressora e preventiva, com esta nova criminalidade.

Em uma economia extremamente competitiva, as práticas desleais surgem ao esgotarem-se as possibilidades legais de concorrência. Nesse cenário, o primeiro a delinquir, seja sonegando tributos, desrespeitando direitos trabalhistas ou comprometendo a qualidade dos produtos, entre outras possibilidades, obtém menores custos de produção, maximizando seu lucro por meio de preços artificiais, o que obriga seus concorrentes a utilizarem as mesmas práticas, sob pena de não conseguirem manter-se no mercado (efeito *ressaca*). Desse modo, cada concorrente, individualmente, tem o poder de criar uma nova *ressaca* (efeito *espiral*) (VICENTE MARTINEZ, 1997, p. 108).

A criminalização dos ilícitos econômicos suscita questões peculiares, com referência aos princípios constitucionais penais na própria estruturação dos tipos penais incriminadores, não apenas sob o aspecto da tipicidade (autoria, relação de causalidade, erro de tipo), mas também da ilicitude e culpabilidade (erro de proibição, responsabilidade penal das pessoas jurídicas). A estrutura da dogmática jurídico-penal de 1941, assentada sobre os postulados de uma tutela de bens individuais, por si só, já impõe uma série de limitações naturais à resolução de questões inerentes aos atuais riscos.

Esse conflito exige uma reformulação ou, quanto mais não seja, um reexame da própria dogmática jurídico-penal (SILVA SÁNCHEZ, 1998,

p. 66)¹³, estruturada sobre uma responsabilidade subjetiva ou pessoal, inapta a resolver uma série de questões sobre os pontos dissidentes entre o Direito Penal clássico e o Direito Penal Econômico. Nesse passo, as sanções e seus substitutos, objeto deste breve estudo, também devem ser revistas, por mostrarem-se ineficazes aos fins a que se propõem, analisadas sob a perspectiva do perfil dos novos delinquentes.

5 Das penas adotadas no Direito Penal Econômico brasileiro

Embora o Direito Penal não seja o meio de controle social mais eficaz, indiscutivelmente é o mais restritivo e, por que não dizer, violento, pois apresenta, como sanção, a pena, pelo que deveria ser utilizado apenas quando não houvesse outros mecanismos preventivos e quando o comportamento antissocial apresentasse especial gravidade.

Mesmo sob a perspectiva de controle e diante do conflito de desvios, ressalte-se que o critério de criminalização de uma ou outra conduta, antes de ser uma questão atinente à Política Criminal, deve pautar-se pela relevância dos bens e valores protegidos, em conformidade com as limitações éticas e ditadas pelos princípios e dogmas inerentes ao Estado de Direito: legalidade; subsidiariedade ou intervenção mínima; fragmentariedade; taxatividade; *non bis in idem* e proporcionalidade das penas, acolhidos, implícita ou explicitamente, no texto constitucional (art. 5º, XIII, XL, XLV a L, LIII a LVII, LXI a LXVIII) (HASSEMER, 1986, p. 30-31).

As dificuldades encontradas pela Política Criminal, em relação à prevenção da delinquência econômica, manifestam-se, igualmente, no que tange às sanções.

Já no século XVIII, no surgimento do Direito Penal da Ilustração, percebeu-se que um de seus valores essenciais era a fundamentação racional da pena, traduzida não só na necessidade de sua proporcionalidade ao fato cometido, mas, igualmente, sob o aspecto utilitário, na sua aptidão para a repressão da conduta ilícita, de forma a legitimá-la para seus aplicadores e destinatários¹⁴.

¹³ Nesse sentido: “[...] para que o Direito penal do presente mereça adquirir a condição de moderno será preciso que o meso se distinga daquele liberal da Ilustração não só por se estender a novos e distintos âmbitos ou formas ademais dos já tradicionais, mas também por importar uma ruptura substancial com aquele, isto é, um desvio de pelo menos algum de seus princípios ou aspectos fundamentais” (GRACIA MARTÍN, 2005, p. 43).

¹⁴ “É que, para não ser um ato de violência contra o cidadão, a pena deve ser essencialmente pública, pronta, necessária, a menor das penas aplicáveis nas circunstâncias dadas, proporcional ao delito e determinada pela lei” (BECCARIA, 2000, p. 104).

Ao estabelecer a natureza de uma pena a ser aplicável na criminalização de uma conduta, o Estado deve buscar tanto quanto possível adequá-las às suas finalidades preventivas (geral/especial e positiva/negativa), reeducativas e retributivas. Afinal, para que a norma penal obtenha sua eficácia máxima, atendendo aos fins aos quais se propõe, é imprescindível que se insira no contexto social, econômico e cultural para o qual foi dirigida, pelo que deve ser objeto de constante revisão quanto à sua legitimidade e efetividade.

É certo que a pena apresenta efeitos simbólicos e instrumentais, aqueles reafirmando à sociedade o valor da norma penal e, deste modo, modificando a consciência social; estes ligados à função de tutela de bens jurídicos e que assumem diferentes funções nos sucessivos momentos de concretização do Direito Penal: na cominação, a prevenção geral; em sua imposição, a retribuição, e, na execução, prevenção especial, traduzida em reeducação e socialização (ROXIN, 2007, p. 82-84).

Sendo a pena a consequência do descumprimento do preceito contido na lei penal, cujo fim precípua é a proteção dos bens fundamentais à vida em sociedade, não pode ser ela utilizada para garantir o cumprimento de leis que o Estado não logra fazer de outra forma, já que a função da norma penal não é coibir o descumprimento de outra norma, já descumprida¹⁵; nem tampouco a perda da liberdade pode salvaguardar bens menos importantes que ela própria.

Tradicionalmente, a culpabilidade serve como único pressuposto e limite de aplicação da sanção penal¹⁶. Sob o aspecto normativo, é vista como reflexo da reprovabilidade da conduta incriminada e como medida de sua punibilidade (WELZEL, 2001, p. 143). No entanto, como restrição a um direito fundamental – liberdade – a pena não se legitima apenas em função da culpabilidade; mas, igualmente, em decorrência da prevenção, sua necessidade^{17 18}.

¹⁵ Nesse sentido: TERRADILLOS BASOCO, 2010, p. 54.

¹⁶ Código Penal. “Art. 29. Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade”.

¹⁷ Constituição portuguesa de 2009 (Sétima Revisão). “Artigo 18º (Força jurídica) [...] 2. A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos [grifo nosso].

¹⁸ “E é que, se a pena tem uma finalidade preventiva, para impô-la não pode ser suficiente a culpabilidade do autor por si só. Uma pena também tem que ser preventivamente necessária. Por certo que a necessidade preventiva de punição, que, segundo o juízo do legislador, deve ser admitida, deriva, por regra geral e de uma forma vinculante para o intérprete, da localização dos tipos, ainda que aqui também a interpretação teleológica deva considerar sempre o ponto de vista da necessidade de pena. [...] Quando não existir uma necessidade de pena, seja sob pontos de vista de prevenção especial, seja sob pontos de vista de prevenção geral, a pena

Em outras palavras, o fundamento da pena é a proteção dos bens jurídicos e a defesa social, mas o limite dessa prevenção é a retribuição diretamente proporcional à culpabilidade do agente, impedindo que a finalidade preventiva ultrapasse aquele limite¹⁹.

5.1 Pena privativa de liberdade

Dentre todas as modalidades de sanção, a que mais suscita polêmica, na criminalidade econômica, é a pena privativa de liberdade. De fato, apesar da constatada preferência do legislador pelas penas privativas de liberdade, em *quantum* variável entre 1 (um) mês e 10 (dez) anos, esta modalidade de sanção tem-se revelado medida praticamente inócua, a começar porque, de fato, tanto no Brasil²⁰ quanto em outros países²¹ não se tem notícia de um número expressivo de condenações por delitos desta natureza²².

Além do desconto que deve ser atribuído à cifra negra (*dark number*)²³, a primariedade e condições judiciais favoráveis (Código Penal, art. 59) tornam os delinquentes econômicos passíveis de se beneficiarem pelos diversos mecanismos despenalizadores criados pelo próprio legislador.

carecerá de uma justificação penal. Neste caso, não teria uma legitimação social e não deverá ser imposta” (ROXIN, 2007, p. 44) (tradução livre).

¹⁹ “Ainda aqui de acordo com a ideia de que a este direito [penal] não compete só uma função de proteção de bens jurídicos, mas também de promoção de valores econômico-sociais no seio da comunidade. Só o que, de todo o modo, não será possível é que a proibição vá tão longe que impeça a proporcionalidade entre a pena e a infração, quando esta seja de pequena gravidade. Aí estaria a ultrapassar-se o limite máximo permitido pela culpa, em homenagem a razões de pura prevenção geral negativa ou de intimidação; o que seria, além do mais, duplamente inconstitucional: inconstitucional por irremissível violação do princípio da culpa, imposto pelos arts. 1º, 13º, 25º-1 da Constituição; e inconstitucional por violação do princípio da proporcionalidade das sanções no direito penal econômico, reconhecido sem quaisquer limitações pelo artigo 88º da nossa Lei Fundamental” (FIGUEIREDO DIAS, 1998, p. 385).

²⁰ Neste sentido, estudo elaborado pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal. *A atuação da Justiça Federal na esfera penal*. Brasília: CJF, [s.d.].

²¹ “O número e a duração das penas privativas de liberdade têm crescido no Reino Unido desde 1993, como é o caso de todos os delitos, embora Levi (1999a) tenha indicado que, em 1989, só cinco pessoas receberam sentenças de mais de cinco anos de prisão e 59 receberam sentenças superiores a três anos por fraude; em 1995, os números foram cinco e 48, respectivamente, apesar de crescentes sentenças pesadas para criminosos violentos” (CROALL, 2007, p. 123-124) (tradução livre).

²² “A crença prevalecente parece ser que muito poucos criminosos de colarinho-branco são processados e condenados e, quando o são, os tribunais frequentemente lidam com eles de forma inaceitavelmente leniente” (FREIBERG, 2000) (tradução livre).

²³ É a diferença entre as condutas criminosas efetivamente praticadas e aquelas que, embora sejam legalmente puníveis, o sistema ignora ou negligencia, deixando de ser registradas e, por conseguinte, de compor as estatísticas de criminalidade. A consequência é que o sistema deixa de sancionar muitas condutas puníveis, vulnerando os valores da igualdade, segurança e justiça.

O primeiro deles é a *transação penal* (Lei n. 9.099/1995, art. 76), nas infrações de menor potencial ofensivo, cuja pena máxima não ultrapasse 2 (dois) anos, cumulada ou não com pena de multa; ou a *suspensão condicional do processo* (*sursis* processual), no oferecimento da denúncia, para os crimes cuja pena mínima não ultrapasse um ano (Lei n. 9.099/1995, art. 89).

Se assim não for possível, os processados e condenados por estes crimes, por via de regra, não sofrem penas superiores a 4 (quatro) anos, fazendo jus, por conseguinte, à substituição da privação de liberdade por multa (art. 60, § 2º), quando não superiores a 6 (seis) meses; por pena de multa ou pena restritiva de direitos, quando não superiores a 1 (um) ano e por uma pena restritiva de direitos e multa ou duas penas restritivas de direitos, quando a condenação não for superior a 4 (quatro) anos (art. 44, § 2º); e, não sendo estas cabíveis, à suspensão condicional da pena (*sursis* penal) (art. 77), quando esta for igual ou inferior a 2 (dois) anos.

Na remota hipótese em que o condenado tenha efetivamente de cumprir pena de reclusão, o regime inicial de cumprimento será o semiaberto (Código Penal, art. 33, § 2º, *b*), já que a possibilidade de a condenação ser superior a 8 (oito) anos ou de que ele seja reincidente, quando a execução inicia-se em regime fechado (Código Penal, art. 33, § 2º, *c*), afigura-se ainda mais improvável. Apenas nos crimes contra a Administração Pública (Código Penal, arts. 334, *caput* e §§ 1º e 3º; 337 e 359) a progressão de regime está condicionada à reparação do dano (Código Penal, art. 33, § 4º).

Uma situação emblemática pode ser encontrada nos crimes previstos na Lei n. 8.137/1990 (Crimes contra a Ordem Tributária), nos quais a pena de reclusão ou detenção é passível de substituição por pena pecuniária (Lei n. 8.137/1990, arts. 9º e 10). Além dessas hipóteses, o legislador acena com a suspensão, na hipótese de parcelamento, ou extinção da punibilidade, por meio do pagamento integral (Lei n. 11.941/2009, arts. 68 e 69), a qualquer tempo, afastando, neste caso, a possibilidade de o réu dotado de capacidade econômica ser condenado.

Se, em algum momento da história, o cárcere representou uma evolução em tempos de barbárie, caracterizados por penas cruéis, hoje há uma tendência no sentido de sua progressiva redução aos casos de extrema gravidade, quer traduzida pela violência do agente, quer pela dimensão dos danos, diante da impossibilidade de sua total abolição.

A pena privativa de liberdade, ainda que orientada para a reintegração do condenado (Lei n. 7.210/1984, art. 1º), apresenta graves inconvenientes em sua adoção, evidenciados, sobretudo, pelas altas taxas de reincidência, notório efeito não só dessocializador, mas criminógeno, dessa modalidade de sanção.

A inidoneidade da pena privativa de liberdade tem sido afirmada como mais acentuada em relação aos delinquentes econômicos, que, no mais das vezes, pertencem ao mais alto estrato social, o que, aprioristicamente, prejudicaria a sua mais importante função legitimadora – a ressocialização – já que esses criminosos apresentam alto grau de integração social.

No entanto, é possível entender a ressocialização como a assimilação e aceitação dos valores da vida em sociedade, contendo o impulso de infringi-los. Sob essa visão, o criminoso econômico pode ser submetido a um processo de ressocialização, ainda que se revele remota a possibilidade de essa finalidade ser alcançada por meio de uma pena privativa de liberdade.

Partindo-se da premissa que a pena privativa de liberdade não presente, de fato, qualquer possibilidade de ressocialização ou que, nesse particular, ela não almeje esse objetivo, prejudicando a prevenção especial, as finalidades da sanção penal econômica concentrar-se-iam meramente na prevenção geral e na retribuição.

Sob essa perspectiva, é necessário examinar a validade de aplicação de uma pena de prisão de curta duração, sem possibilidade de suspensão condicional, progressão de regime, nem tampouco de livramento condicional (*short-sharp-shock*) (TIEDEMANN, 1985, p. 158), com base em seu poder de intimidação.

Estudos criminológicos realizados pelo alemão Klaus Tiedemann e pelo norte-americano Mark Green (VICENTE MARTINEZ, 1997, p. 106), a partir de questionários aplicados a cerca de 100 empresários, concluem que esta é a única sanção efetivamente temida pelos criminosos de *colarinho-branco*, exatamente por pertencerem às classes mais altas e, por conseguinte, não desejarem sua estigmatização e perda de posição social.

No entanto, penas de curta duração representam uma iniquidade com os criminosos tradicionais, que, muitas vezes, sofrem sanções bem mais severas. Além disso, a relação entre o montante dos danos acarretados pela criminalidade econômica e a falta de severidade da pena pode representar, para a sociedade, uma leniência por parte do sistema.

Ademais, as penas privativas de liberdade de curta duração, ainda que tenham indiscutível caráter dissuasivo entre os delinquentes do estrato social mais elevado, apresentam todas as desvantagens da carcerização, sem nenhuma vantagem, já que não permitem trabalho algum de reeducação ou ressocialização. Ao contrário, permitem apenas que o condenado seja introduzido na cultura da prisão, com suas normas e controles próprios.

O próprio legislador brasileiro tem rejeitado esta modalidade de pena tanto quanto possível, não só por meio da adoção dos institutos despenalizadores dos quais acabamos de falar, mas excepcionando sua conversão, a exemplo do art. 51 do Código Penal.

5.2 Pena pecuniária

Evitando os inconvenientes do encarceramento e proporcionando uma receita em lugar de uma despesa para o Estado, as penas de multa têm larga utilização no sancionamento dos delitos econômicos, tradicionalmente considerados de média ou menor gravidade²⁴, com o *quantum* de pena privativa de liberdade abstratamente cominada.

A pena pecuniária tem caráter de sanção penal, embora não se confunda com a sanção pecuniária, com a pena restritiva de direitos (Código Penal, arts. 43, I, e 45, § 1º) e tampouco com as multas de caráter administrativo²⁵, motivo pelo qual pode ser cominada sem prejuízo destas, ou seja, sem que, com isso, incorra-se em *bis in idem*, já que existe independência entre as instâncias.

Na legislação mexicana, por exemplo, o conceito de pena pecuniária engloba a multa e a reparação do dano, que, entre nós, é efeito automático e geral da condenação (Código Penal, art. 91, I), embora ambos os casos revistam-se basicamente das mesmas finalidades e características²⁶.

Acrescente-se que, por ser sanção penal, reveste-se das garantias proporcionadas pelo princípio da pessoalidade da pena (Constituição da República, art. 5º, XLV), não sendo transmitida aos sucessores do condenado; além disso, só poderá ser aplicada pelo órgão judicial.

²⁴ Nesse sentido: Ley Orgánica n. 10/1995 (Código Penal Espanhol), artículo 33, n. 3, *i*, e n. 4, *f*. Disponível em: <http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/legislacion/l_20100407_01.pdf>. Acesso em: 11 out. 2010.

²⁵ Lei n. 4.595, art. 44.

²⁶ Código Penal Federal Mexicano. "CAPITULO V. Sanción pecuniaria. Artículo 29. La sanción pecuniaria comprende la multa y la reparación del daño".

Na maior parte dos casos, a pena de multa é prevista *cumulativamente* à pena privativa de liberdade (Lei n. 1.521/1951, arts. 2º, I a XI, 3º, I a IX, 4º, *caput* e § 1º; Lei n. 4.591/1964, art. 65; Lei n. 4.729/1965, art. 1º; Lei n. 5.741/1971, art. 9º; Lei n. 6.385/1976, arts. 27-C, 27-D e 27-E; Lei n. 6.766/1979, arts. 50, parágrafo único, e 52; Lei n. 7.492/1986, arts. 2º a 23; Lei n. 7.646/1987, arts. 35 e 37; Lei n. 8.078/1990, arts. 63 a 72; Lei n. 8.137/1990, arts. 1º a 3º; Lei n. 8.176/1991, art. 1º; Lei n. 8.666/1993, arts. 89 a 98; Lei n. 9.029/1995, art. 2º; Lei n. 9.279/1996, art. 183; Lei n. 9.605/1998, arts. 29 a 34, 38, 39, 41 a 54, *caput*, 55, 56, 60 a 69; Lei n. 9.609/1998, art. 12; Lei n. 9.613/1998, art. 1º; Lei Complementar n. 105/2001, art. 10; Lei n. 11.101/2005, arts. 168 a 178; e Lei n. 11.105/2005, arts. 24 a 29).

No entanto, há outros crimes nos quais pode ser cominada *alternativamente* (Código Penal, arts. 184 e 337-A, § 3º; Lei n. 4.595/1964, art. 44; Lei n. 8.078/1990, arts. 73 e 74; Lei n. 8.137/1990, arts. 4º, I a VII, e 5º a 7º, I a IX; Lei n. 8.245/1991, arts. 43 e 44; Lei n. 8.429/1992, arts. 9º a 11; Lei n. 9.279/1996, arts. 183 a 195, I a XIV, e Lei n. 9.609/1998, art. 12, *caput*).

Excluída a hipótese do art. 78 da Lei n. 8.078/1990, em que a pena pecuniária é cominada como sanção principal, raramente é prevista *isoladamente*, a exemplo do que ocorre na Lei n. 4.591/1964, art. 66, e na Lei n. 8.078/1990, art. 77.

Ademais, ressalte-se a possibilidade de ser aplicada como sanção substitutiva à pena privativa de liberdade sempre que esta não for superior a 6 (seis) meses (Código Penal, art. 60, § 2º) ou nas hipóteses previstas na Lei n. 8.137/1990, arts. 4º a 7º.

Nas diversas legislações, encontram-se basicamente três critérios para a fixação da pena de multa. O primeiro é o do valor ou montante total, sua forma mais tradicional, adotada em muitos países latino-americanos, que parte da gravidade do crime calculada sobre o prejuízo causado ou do produto auferido fixando um valor, a exemplo da legislação brasileira, com a Lei n. 1.521/1951; Lei n. 4.591/1964; Lei n. 4.595/1964; Lei n. 4.729/1965; Lei n. 5.741/1971; Lei n. 6.385/1976, arts. 27-C e 27-D; Lei n. 6.766/1979; Lei n. 8.137/1990, art. 4º, I a VII, 5º, 6º, 7º, I a IX; Lei n. 8.245/1991; Lei n. 8.666/1993 e Lei n. 9.029/1995.

O segundo, no regime de prazo ou tempo de multa, a cada caso concreto é fixado o valor de cada parcela, considerando a situação econômica do condenado, de forma que, de seus rendimentos, reste

um mínimo existencial. As parcelas são pagas durante um prazo fixo, segundo seus rendimentos, dos quais lhe restará apenas uma parte, enquanto a pena durar²⁷.

Por fim, em outros casos, a multa é fixada proporcionalmente ao prejuízo causado pela conduta do agente (Lei n. 6.385/1976, art. 27-C e 27-D; Lei n. 8.245/1991, art. 43; Lei n. 8.666/1993, arts. 89 a 98), a exemplo do Direito Penal espanhol, no qual o valor do dia-multa também é baseado nas condições pessoais e financeiras do condenado, mas seu valor é proporcional ao dano causado, ao objeto do crime e ao benefício auferido com ele, e poderá ser reduzido se houver mudança na situação financeira do condenado²⁸.

O critério preferencial adotado pelo legislador brasileiro, desde o Código Criminal do Império²⁹, por herança portuguesa, tem sido o do

²⁷ Código Penal Chileno. “Art. 70. En la aplicación de las multas el tribunal podrá recorrer toda la extensión en que la ley le permite imponerlas, consultando para determinar en cada caso su cuantía, no sólo las circunstancias atenuantes y agravantes del hecho, sino principalmente el caudal o facultades del culpable. Asimismo, en casos calificados, de no concurrir agravantes y considerando las circunstancias anteriores, el juez podrá imponer una multa inferior al monto señalado en la ley, lo que deberá fundamentar en la sentencia. Tanto en la sentencia como en su ejecución el tribunal podrá, atendidas las circunstancias, autorizar al afectado para pagar las multas por parcialidades, dentro de un límite que no exceda del plazo de un año. El no pago de una sola de las parcialidades, hará exigible el total de la multa adeudada”.

²⁸ Código Penal Español. “SECCIÓN 4.ª De la pena de multa. Artículo 50. 1. La pena de multa consistirá en la imposición al condenado de una sanción pecuniaria. 2. La pena de multa se impondrá, salvo que la Ley disponga otra cosa, por el sistema de días-multa. 3. Su extensión mínima será de cinco días, y la máxima, de dos años. Este límite máximo no será de aplicación cuando la multa se imponga como sustitutiva de otra pena; en este caso su duración será la que resulte de la aplicación de las reglas previstas en el artículo 88. 4. La cuota diaria tendrá un mínimo de doscientas pesetas y un máximo de cincuenta mil. A efectos de cómputo, cuando se fije la duración por meses o por años, se entenderá que los meses son de treinta días y los años de trescientos sesenta. 5. Los Jueces o Tribunales determinarán motivadamente la extensión de la pena dentro de los límites establecidos para cada delito y según las reglas del capítulo II de este Título. Igualmente, fijarán en la sentencia, el importe de estas cuotas, teniendo en cuenta para ello exclusivamente la situación económica del reo, deducida de su patrimonio, ingresos, obligaciones y cargas familiares y demás circunstancias personales del mismo. 6. El Tribunal determinará en la sentencia el tiempo y forma del pago de las cuotas. Artículo 51. Si, después de la sentencia, el penado empeorare su fortuna, el Juez o Tribunal, excepcionalmente y tras la debida indagación de la capacidad económica de aquél, podrá reducir el importe de las cuotas.

Artículo 52. 1. No obstante lo dispuesto en los artículos anteriores y cuando el Código así lo determine, la multa se establecerá en proporción al daño causado, el valor del objeto del delito o el beneficio reportado por el mismo. 2. En estos casos, en la aplicación de las multas, los Jueces y Tribunales podrán recorrer toda la extensión en que la Ley permita imponerlas, considerando para determinar en cada caso su cuantía, no sólo las circunstancias atenuantes y agravantes del hecho, sino principalmente la situación económica del culpable”.

²⁹ Código Criminal de 1830. “Art. 55. A pena de multa obrigará os réos ao pagamento de uma quantia pecuniaria, que será sempre regulada pelo que os condemnados poderem haver em cada um dia pelos seus bens, empregos, ou industria, quando a Lei especificadamente a não designar de outro modo”. No mesmo sentido: Código Penal de 1890, art. 58.

dia-multa³⁰, não só nos crimes previstos no Código Penal, mas, principalmente, na legislação posterior, explícita ou implicitamente (Lei n. 6.385/1976; Lei n. 7.492/1986; Lei n. 7.646/1987; Lei n. 8.078/1990; Lei n. 8.137/1990, arts. 1^o a 7^o; Lei n. 8.176/1991; Lei n. 9.029/1995; Lei n. 9.279/1996; Lei n. 9.605/1998; Lei n. 9.609/1998; Lei n. 9.613/1998; Lei Complementar n. 105/2001; Lei n. 11.101/2005 e Lei n. 11.105/2005).

Entre nós, o valor unitário do dia-multa – em *quantum* variável entre 10 (dez) e 360 (trezentos e sessenta) – é fixado com base na situação econômica do réu (Código Penal, art. 60), cujo parâmetro de avaliação não é esclarecido, podendo ser aumentado até o triplo se se mostrar incipiente (Código Penal, art. 60, § 1^o), por meio do que são ressaltados seu caráter retributivo e preventivo especial, sempre em busca de igualdade e proporcionalidade, pois não seria razoável a infligência da mesma pena a indivíduos com diferentes capacidades econômicas.

Contudo, há legislações que calculam o valor do dia-multa³¹ por meio da conjugação de fatores: a gravidade da infração e a culpabilidade do condenado, de um lado, e sua situação financeira, de outro. Resumindo, a multa é fixada em número de dias, em relação ao rendimento diário do réu. O caráter justo dessa modalidade de sanção explica sua longevidade e aplicação em muitos países (PRADEL, 2008, p. 503).

No Direito Penal alemão, se houver enriquecimento com o crime ou pelo menos tentativa, a multa, que seria alternativa, pode ser aplicada cumulativamente a uma pena privativa de liberdade por tempo superior a dois anos ou até mesmo na prisão perpétua, com base no patrimônio estimado, excluído o ganho ilícito, se houver indicação pelas condições pessoais e financeiras do condenado³².

No Direito Penal federal mexicano, por exemplo, o valor do dia-multa é equivalente aos rendimentos líquidos diários do condenado, no

³⁰ *Jour-amende* (França), *unit-fines* (Inglaterra), *dabsbot* (Suécia).

³¹ Este critério é adotado em Alemanha, Áustria, Bolívia, Cuba, Dinamarca, Espanha, Hungria, Finlândia, México, Peru, Portugal, Suécia.

³² Strafgesetzbuch, StGB, Property Fine. “Section 41 Fine Collateral to Imprisonment. If by the act the perpetrator enriched, or tried to enrich himself, then a fine, which otherwise would have been inapplicable or only optional, may be imposed collateral to imprisonment, if it is appropriate, taking into consideration the personal and financial circumstances of the perpetrator. This shall not apply if the court imposes a property fine pursuant to Section 43a. [...] Section 43a. Imposition of Property Fine. (1) If the law refers to this provision, then the court may, collateral to imprisonment for life or for a fixed term of more than two years, impose payment of a sum of money, the amount of which is limited by the value of the perpetrator’s assets (property fine). Material benefits which have been ordered forfeited shall be excluded in assessing the value of the assets. The value of the assets may be estimated”.

momento da consumação do crime, com base em todas as suas receitas³³. O mesmo critério é seguido pelo Direito Penal alemão, que leva em conta as condições pessoais e financeiras do condenado, cuja base de cálculo inicial é sua receita líquida diária média, real ou presumida, com base em seu patrimônio e outros valores³⁴.

Na hipótese do art. 77 da Lei n. 8.078/1990, a pena pecuniária é fixada em dias-multa, correspondente ao mínimo e máximo de dias de duração da pena privativa de liberdade.

Há hipóteses em que a multa tem seus valores mínimo e máximo fixados no preceito secundário do tipo incriminador (Lei n. 1.521/1951, arts. 2º a 4º; Lei n. 4.591/1964, arts. 65 e 66; Lei n. 4.595/1964, art. 44; Lei n. 4.729/1965, art. 1º; Lei n. 5.741/1971, art. 9º; Lei n. 6.766/1979, arts. 50 e 52; Lei n. 8.137/1990, arts. 4º a 7º).

Aplicam-se causas especiais de diminuição (Lei n. 8.137/1990, art. 10), nas hipóteses em que se revelar excessivamente onerosa, e aumento de pena, quando for inexpressiva (Código Penal, art. 60, § 1º, e Lei n. 8.137/1990, art. 10, *in fine*).

No entanto, a pena de multa não está imune a críticas, principalmente quanto à sua idoneidade intimidativa, uma vez que, na maioria dos casos, sobretudo em relação às pessoas jurídicas, a quantia a ser paga pode revelar-se irrisória, mesmo se aplicadas causas de aumento, ressaltando sua desigualdade a despeito da aparente igualdade formal (FERRAJOLI, 2010, p. 382).

Além disso, o delinquente econômico pode tentar provisionar a despesa com o pagamento de multas, repassando-a para o custo da mercadoria ou serviço e, em última instância, para o consumidor³⁵, ainda

³³ Código Penal Federal Mexicano. “CAPITULO V. Sanción pecuniaria. Artículo 29. – La sanción pecuniaria comprende la multa y la reparación del daño. La multa consiste en el pago de una cantidad de dinero al Estado, que se fijará por días multa, los cuales no podrán exceder de mil, salvo los casos que la propia ley señale. El día multa equivale a la percepción neta diaria del sentenciado en el momento de consumir el delito, tomando en cuenta todos sus ingresos”.

³⁴ Strafgesetzbuch, StGB. “Section 40. Imposition in Daily Rates. (1) A fine shall be imposed in daily rates. It shall amount to at least five and, if the law does not provide otherwise, at most three hundred and sixty full daily rates. (2) The court determines the amount of the daily rate, taking into consideration the personal and financial circumstances of the perpetrator. In doing so, it takes as a rule the average net income which the perpetrator has, or could have, in one day as its starting point. A daily rate shall be fixed at a minimum of two and a maximum of ten thousand German marks. (3) In determining the daily rate the income of the perpetrator, his assets and other bases may be estimated. (4) The number and amount of the daily rates shall be indicated in the decision”.

³⁵ “Até porque se conhece a facilidade com que a multa é integrada no cálculo dos potenciais delinquentes, de modo a que os ganhos com o crime excedam os custos da pena ou os efeitos

que isso seja cada vez mais difícil em uma economia de mercado, com forte competitividade. De outro lado, a pena pecuniária não pode ser excessivamente alta, sob pena de caracterizar confisco e, por isso, inviabilizar a atividade do agente, o que acarretaria outros custos sociais, como desemprego e alta de preços³⁶.

Acrescente-se, ainda, que a pena pecuniária não paga transformasse em dívida exequível pela Fazenda Pública, impossibilitando sua conversão em pena privativa de liberdade, como no regime anterior à Lei n. 9.268/1996 (Código Penal, art. 51), excluindo o condenado da pena privativa de liberdade.

Em que pesem as dificuldades práticas, além da situação econômica financeira do condenado, a conjugação dos três outros critérios poderia ser adotada para aperfeiçoar o valor do dia-multa: a gravidade da infração cometida, diretamente proporcional à extensão do prejuízo; a extensão do prejuízo e o lucro auferido com o crime, parâmetro lógico, ainda que de difícil apuração; e a gravidade da culpa, cuja apuração é ainda mais complexa na delinquência econômica do que na tradicional (VICENTE MARTINEZ, 1997, p. 118).

A pena pecuniária preserva características positivas da pena privativa de liberdade, uma vez que, no cálculo do número de dias-multa, são consideradas, entre as circunstâncias judiciais, a gravidade do fato e a culpabilidade do condenado, além de efeitos prolongados por determinado período, visto que seu pagamento pode efetuar-se em parcelas (Código Penal, art. 50, *caput, in fine*).

A multa pode apresentar-se como uma pena bastante adequada ao sancionamento da criminalidade econômica em face da sua divisibilidade e compatibilidade com a manutenção da liberdade, sobretudo em razão da tentativa de igualdade perseguida pelo sistema de dias-multa, que visa atenuar os efeitos discriminatórios de uma multa tradicional, de valores fixos e preestabelecidos. Ressalve-se que, na criminalidade econômica, caracterizada por delinquentes de maior poder aquisitivo, o valor da multa deve ser fixado em valor suficientemente alto para preservar sua finalidade preventiva e retributiva.

desta se repercutam sobre os operadores econômicos situados a juzante e, em definitivo, sobre os consumidores" (FIGUEIREDO DIAS, 1998, p. 384).

³⁶ "No entanto, existem limites para a intimidação e o principal problema das penas severas, como multas de alto valor ou interdição de estabelecimento, é frequentemente descrito como 'armadilha da intimidação', na qual os efeitos das sentenças pesadas 'espirra' em terceiros inocentes. Acionistas podem perder receita, consumidores podem ter de enfrentar preços mais altos e o emprego de trabalhadores é ameaçado" (CROALL, 2007, p. 133) (tradução da autora).

A inconveniência dessa modalidade de sanção reside na sua seletividade, decorrente da inaplicabilidade nas condenações de réus econômica e financeiramente hipossuficientes, como é o paradigma da população carcerária em países subdesenvolvidos ou em vias de desenvolvimento, ou em sociedades afetadas por recessões econômicas.

5.3 Penas restritivas de direitos

Alternativas à pena privativa de liberdade têm sido o centro do debate criminológico, dado o número crescente de pessoas encarceradas e todos os seus inconvenientes já vistos. Como a pena privativa de liberdade tem-se confirmado como inapta para a finalidade de ressocialização, a tendência político-criminal é buscar penas mais eficazes para o alcance de seu objetivo preventivo.

Embora, lamentavelmente, o legislador brasileiro não tenha feito o melhor uso delas, não seria incorreto afirmar que as penas restritivas de direitos, seja como sanção principal, seja como sanção cumulativa, porém autônoma, são as que apresentam maior prognóstico de eficácia na delinquência econômica.

No Direito Penal Econômico brasileiro, além das hipóteses em que se apresentam como substitutivas das penas privativas de liberdade (Código Penal, arts. 43 e 44) ou como efeitos genéricos ou específicos da condenação (Código Penal, arts. 91 e 92), encontramos as seguintes restrições de direitos, às quais acrescentamos algumas propostas:

- I. Perda do cargo, com inabilitação, até 8 (oito) anos, para o exercício de qualquer função pública, imposta pelo Senado Federal, nos processos contra o Presidente da República ou Ministros de Estado, contra os Ministros do Supremo Tribunal Federal ou contra o Procurador-Geral da República (Lei n. 1.079/1950, artigos 5º a 12), que, nos crimes comuns, funciona como efeito específico da condenação (Código Penal, artigo 92, I);
- II. Advertência (Lei n. 4.595/1964, artigo 44), admoestação ou repreensão (em audiência de caráter admonitório);
- III. Suspensão e inabilitação temporária ou permanente para o exercício de cargos (Lei n. 4.595/1964, artigo 44 e Código Penal, artigos 43, V e 47, I), inclusive de prestar concurso público;
- IV. Cassação de autorização de funcionamento (Lei n. 4.595/1964, artigo 44);
- V. Interdição temporária de direitos (Lei n. 8.078/1990, artigo 78 e Código Penal, artigos 43, V e 47), como aquisição de passaporte e utilização

de cheques e cartões de crédito³⁷; proibição de contratar com pessoas jurídicas de direito público; e de exercer atividade comercial ou industrial; de direção, administração, gestão ou controle a qualquer título, direta ou indiretamente, em nome próprio ou de terceiro, de empresa comercial ou industrial³⁸.

- VI. Publicação em órgãos de comunicação de grande circulação ou audiência, às expensas do condenado, de notícia sobre os fatos e da condenação (Lei n. 8.078/1990, artigo 78), às custas do condenado em periódico de circulação local, a critério do juiz sentenciante³⁹;
- VII. Prestação de serviços à comunidade (Lei n. 8.078/1990, artigo 78 e Código Penal, artigos 43, V e 46), sobretudo naqueles em que a falta de recursos públicos se faça sentir de forma mais contundente, como hospitais, escolas, abrigos de crianças e idosos;
- VIII. Perda de bens ou valores (Lei n. 8.429/1992, artigo 9º e 10 e Código Penal, artigos 43, II e 45, § 3º);
- IX. Ressarcimento integral do dano, quando houver (Lei n. 8.429/1992, artigo 9º a 11), que, nos crimes comuns, funciona como efeito genérico da condenação (Código Penal, artigo 91, I), ao qual acrescentamos o dano moral e das despesas do Estado com a persecução penal;
- X. Perda da função pública (Lei n. 8.429/1992, artigo 9º a 11), que, nos crimes comuns, funciona como efeito específico da condenação (Código Penal, artigo 92, I);
- XI. Suspensão dos direitos políticos por prazo determinado (Lei n. 8.429/1992, artigo 9º a 11);
- XII. Pagamento de multa civil ou administrativa (Lei n. 8.429/1992, artigo 9º a 11);
- XIII. Proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, por prazo determinado (Lei n. 8.429/1992, artigo 9º a 11);
- XIV. Proibição de obter empréstimo ou financiamento junto a instituições financeiras oficiais (Lei n. 9.029/1995, artigo 2º);
- XV. Confisco de bens ou produto do crime (Código Penal, artigo 91, II);
- XVI. Proibição do exercício de profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação especial, de licença ou autorização do poder público

³⁷ Code Pénal Français, article 136-6, 9º.

³⁸ Code Pénal Français, article 136-6, 15º.

³⁹ Código Penal Mexicano, artículo 47.

(Código Penal, artigo 47, II) ou que proporcionem facilidades para a prática do crime⁴⁰;

XVII. Prestação alimentícia em favor de entidades de utilidade pública, governamentais ou não, carentes de recursos;

XVIII. Expulsão do território nacional, para estrangeiros;

XIX. Estágio de cidadania⁴¹;

XX. Proibição de residir em determinados lugares ou de sair deles, conciliando o interesse público (tranquilidade, segurança e saúde) e as necessidades do condenado; proibição de frequentar determinados lugares ou conviver com determinadas pessoas relacionados à prática do crime, sejam coautores, partícipes, testemunhas ou vítima, e com determinados condenados, designados pelo juiz sentenciante⁴².

Evidentemente, este rol não tem a pretensão de esgotar as inúmeras possibilidades que ainda estão por vir ou já existentes nas legislações estrangeiras, muitas das quais adotam essas medidas como penas acessórias ou complementares, para as diversas espécies de delito (crimes, contravenções, infrações etc.).

Há que se ressaltar apenas que, sejam quais forem as penas, hão de respeitar as espécies previstas pela Constituição da República (art. 5º, XLVI), bem como os direitos do condenado (art. 5º, XLVII a XLIX), entre os quais o respeito à sua integridade moral. Por essa razão, qualquer restrição de direito que implique o aviltamento da dignidade do condenado, em limite superior à normalidade da própria pena, não poderá ser adotada.

6 Adequação e proporcionalidade das sanções no Direito Penal Econômico

Após o levantamento das penas empregadas no sancionamento da criminalidade econômica no Direito Penal brasileiro e de seus comentários, seria razoável apontarmos alguns caminhos.

A busca de alternativas para a pena privativa de liberdade tem ocupado o centro do debate não somente no Direito Penal comum, por conta de suas inúmeras e variadas críticas, entre as quais destacamos: a falta de intimidação em relação à maior parte dos criminosos, já habitu-

⁴⁰ Code Pénal Français, article 136-6, 11º.

⁴¹ Code Pénal Français, article 131-3, 4º.

⁴² Código Penal Español, artículo 28.

ados a esse tipo de pena, e, por conseguinte, o fracasso na reeducação, ressocialização e readaptação para a vida em sociedade, a estigmatização, dificultando a reinserção social desses criminosos, quando não há sua dessocialização.

O inexpressivo percentual de crimes econômicos investigados, processados e dos quais resultem condenação de seus agentes, e a forma pela qual a sociedade lida com a delinquência financeira, econômica, empresarial e comercial têm como uma de suas causas o critério seletivo estabelecido pelo próprio Estado, por meio de suas instâncias de controle.

Acrescente-se a isso o fato de que essas condutas são de difícilíssima apuração, muitas vezes dependente de instrumentos de cooperação internacional, diante da possibilidade de o produto do crime ser introduzido no sistema financeiro pelo mecanismo da *lavagem de capitais*, transformando o lucro ilícito em lícito, por meio de práticas fraudulentas, em dimensões transnacionais.

Contudo, a condenação dos criminosos econômicos é dotada de vital importância para sua repressão e prevenção, até mesmo em países de mais alto grau de desenvolvimento e democracias mais amadurecidas. Isso porque se constata que, quando um delinquente econômico é condenado a uma pena privativa de curta duração ou quando esta é convertida em pena pecuniária, a opinião pública, desconhecedora dos mecanismos descriminalizadores oferecidos pelo próprio sistema, presume a falta de severidade, associada à utilização de ardis ou subterfúgios para escapar à ação da lei, pelo fato de os agentes usufruírem de poder ou disporem de recursos financeiros.

Trata-se, como se sabe, de fatores que são ou de natureza social (o prestígio dos autores das infrações, o escasso efeito estigmatizante das sanções aplicadas, a ausência de um estereótipo que oriente as agências oficiais na perseguição das infrações, como existe, ao contrário, para as infrações típicas dos estratos mais desfavorecidos), ou de natureza jurídico-formal (a competência de comissões especiais, ao lado da competência de órgãos ordinários, para certas formas de infrações, em certas sociedades), ou, ainda, de natureza econômica (a possibilidade de recorrer a advogados de renomado prestígio, ou de exercer pressões sobre os denunciantes etc.) (BARATTA, 1999, p. 102).

O sistema punitivo tradicional encontra-se defasado das configurações da criminalidade econômica, pelas razões já examinadas, e desse debate surgem diversas questões: as infrações econômicas deveriam ser reguladas pelo Direito Penal? Em caso afirmativo, pelo Código Penal ou

por uma legislação codificada própria? Prejudicadas ambas as hipóteses, seriam elas merecedoras de um tratamento diferenciado – a exemplo dos Direito de ordenação social português (CORREIA, 1998, p. 16); Direito de intervenção⁴³; Direito Penal de duas velocidades⁴⁴?

Os postulados da dogmática jurídico-penal tradicional, cunhados pela concepção liberal individualista do Direito Penal clássico, ressentiram-se dos efeitos colaterais da atual expansão do Direito Penal Econômico, identificados, sobretudo, na flexibilização da incriminação e das garantias processuais.

Nesse sentido, nota-se a tendência do legislador à incriminação e ao sancionamento de condutas na esfera econômica, por vezes contrariando o princípio da intervenção mínima e o caráter subsidiário do Direito Penal; a vulneração do princípio da legalidade e da taxatividade, na elaboração das normas incriminadoras, que se refletem na própria tipicidade, com a proliferação de tipos abertos, normas penais em branco e crimes de perigo abstrato; adoção do conceito de delito de acumulação (*Kumulationsdelikte*)⁴⁵, para antecipação de punibilidade e ampliação dos espaços de risco penalmente relevantes, a pretexto de tutelar os bens jurídicos coletivos; além do reconhecimento da responsabilidade penal da pessoa jurídica a mitigação do princípio da culpabilidade.

Nesse particular, é necessário examinar o efetivo cumprimento das funções retributivas e preventivas da pena, a partir da verificação

⁴³ Seria um ramo situado na interseção do Direito Penal com o Direito Administrativo, que não aplicaria as sanções penais típicas (v.g., pena privativa de liberdade) e, por conseguinte, com nível inferior de garantias penais e processuais. Seu objeto seriam as condutas de perigo, já que a criminalidade à qual se destinaria seria uma criminalidade de riscos, praticada principalmente por pessoas jurídicas. Este direito, a par de ser muito menos atacável, sob o aspecto normativo, estaria mais adequado para resolver os problemas das sociedades modernas (HASSEMER, 1999, p. 34-35).

⁴⁴ O Direito Penal comportaria três velocidades: a primeira corresponderia ao Direito Penal da *prisão*, que cuidaria dos delitos mais graves e, por isso, apenados com a mais severa das sanções, no qual seriam mantidas as máximas garantias processuais e de imputação; a segunda ocupar-se-ia dos delitos de menor gravidade, sancionados com penas restritivas de direitos e pecuniárias, no qual as garantias poderiam ser flexibilizadas; e, decorrente das teorias do Direito Penal do Inimigo, desenvolvidas por Günther Jakobs, uma terceira velocidade, cuja existência é constatada no Direito Penal socioeconômico, apresentaria a mitigação das regras de imputação e das garantias processuais, excepcionalmente e por tempo limitado, como instrumento de abordagem emergencial. (SILVA SÁNCHEZ, 2002, p. 148-151).

⁴⁵ Conceito cunhado por Lothar Kuhlen, a partir da análise do delito de contaminação de águas (§ 324 StGB do Código Penal alemão), para quem é possível sancionar penalmente uma conduta isolada, ainda que por si só não lesione tampouco coloque em perigo, o bem jurídico, mas desde que a *acumulação* destas condutas sejam potencialmente lesivas, o que tem especial importância não só no Direito Penal Ambiental, mas também no Direito Penal Econômico (ex. fraudes no comércio).

empírica do efetivo cumprimento das sanções impostas, a eficácia na intimidação da sociedade e as eventuais alterações na conduta do infrator, mensuráveis, por exemplo, a partir da redução dos índices de reincidência.

Ademais, o próprio perfil típico de seus delinquentes, geralmente associados aos mais altos estratos sociais, tem evidenciado a atual inaptidão de suas sanções, concebidas para uma criminalidade diversa, seja do ponto de vista dogmático, seja do ponto de vista criminológico, já que, apesar do postulado de igualdade, o Direito Penal clássico tem-se dirigido, ao longo dos tempos, aos cidadãos que se encontram às margens – ideológica, política e econômica – do *establishment*, e, exatamente por isso, marginais.

Isso só enfatiza um dos aspectos mais controvertidos do Direito Penal Econômico, que é o seu caráter simbólico⁴⁶, aqui representado por seu viés negativo, ou seja, meramente retórico, já que não resolve a questão jurídico-penal tampouco protege o bem jurídico tutelado, limitando-se a transmitir à população a impressão de que o Estado atua a favor dos interesses da sociedade, por meio do recurso legislativo, apenas criando novos tipos penais, incrementando as sanções já existentes ou, ainda, tornando mais rigorosas as condições de execução das penas.

Em que pese o fato de os comportamentos desviantes, na atividade econômica, serem extremamente nocivos à sociedade, em algumas hipóteses verificamos uma irracionalidade em seu sancionamento, denotando uma instrumentalização do Direito Penal, que vem, afinal, a confirmar esse caráter simbólico.

A maioria dos efeitos de prevenção da pena, especialmente os correspondentes à denominada prevenção geral positiva, teriam em alguma medida um caráter simbólico. e, em qualquer caso, são efeitos que vão unidos de modo necessário à ameaça e à imposição de toda pena. A opinião dominante considera, porém, que os efeitos simbólicos do Direito Penal teriam uma valoração negativa quando comprovado que sua produção constitui a única finalidade real da lei penal, ou quando predominem de modo relevante sobre os efeitos instrumentais, que será o mais frequente (GRACIA MARTÍN, 2005, p. 104-105).

⁴⁶ “[...] não geram, primariamente, efeitos protetivos concretos, mas que devem servir à manifestação de grupos políticos ou ideológicos através da declaração de determinados valores ou o repúdio a atitudes consideradas lesivas. Comumente, não se almeja mais do que acalmar os eleitores, dando-se, através de leis previsivelmente ineficazes, a impressão de que está fazendo algo para combater ações e situações indesejadas” (ROXIN, 2008, p. 47).

Contudo, ainda que possa haver um aspecto positivo no simbolismo do Direito Penal – prevenção geral positiva – ele não tenderá a perdurar, diante de sua falta de aplicação ou ineficácia, transformando-se, afinal, em um aspecto negativo, na medida em que desprestigiar a lei e as instituições estatais (Poder Judiciário e Polícia).

7 Conclusão

No escopo deste estudo, procuramos focar a (in)conveniência e (in)eficácia da utilização das penas privativas de liberdade, pecuniárias e restritivas de direitos, à luz de seus fundamentos e objetivos, pelo que nossas conclusões apontam para a adoção das penas restritivas de direitos e pecuniárias como sanções autônomas e não apenas como alternativa à pena privativa de liberdade, tudo em prol dos princípios e objetivos perseguidos pelo Direito Penal moderno: seu caráter subsidiário ou de *ultima ratio*, utilizado apenas e tão somente quando o Estado tiver esgotado todos os demais instrumentos de execução e controle.

REFERÊNCIAS

BARNETT, Cynthia. *The Measurement of White-Collar Crime Using Uniform Crime Reporting (UCR) Data*. NIBRS Publication System. Criminal Justice Information Services (CJIS) Division, Federal Bureau of Investigation, U.S. Department of Justice, 2000, Disponível em: <<http://www.ncjrs.gov/App/Publications/abstract.aspx?ID=202866>>. Acesso em: 20 jul. 2010.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*. Introdução à sociologia do direito penal. v. 1. 3. ed. Coleção Pensamento Criminológico, Instituto Carioca de Criminologia. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Edipro, 2000.

BOTTOMS, Anthony; WILES, Paul. Explanations of crime and place. In: Mc LAUGHLIN, Eugene; MUNCIE, John; HUGHES, Gordon. *Criminological perspectives*. Essential readings. 2nd ed. London: Sage Publications Ltd., 2002.

CORREIA, Eduardo. Direito penal e direito de mera ordenação social. In: CORREIA, Eduardo; PINTO, Frederico de Lacerda da Costa; FIGUEIREDO DIAS, Jorge de et alii. *Direito penal econômico e europeu*. v. 1. Instituto de Direito Penal Económico e Europeu da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra: Coimbra, 1998.

CROALL, Hazel. *Understanding white-collar crime*. In: MAGUIRE, Mike (Coord.). *Crime and justice*. Berkshire: Open University Press, 2007.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Breves considerações sobre o fundamento, o sentido e a aplicação das penas em direito penal econômico. In: CORREIA, Eduardo; PINTO, Frederico de Lacerda da Costa; FIGUEIREDO DIAS, Jorge de et alii. *Direito penal econômico e europeu*. v. 1. Instituto de Direito Penal Económico e Europeu da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra: Coimbra, 1998.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*. Teoria do garantismo penal. 3. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FREIBERG, Arie. *Sentencing white-collar criminals*. In: FRAUD PREVENTION AND CONTROL CONFERENCE. Surfers Paradise, 24-25 August 2000. Australian Institute of Criminology and Commonwealth Attorney-General's Department. Disponível em: <[http://www.aic.gov.au/events/.../2000/~media/.../fraud/freiberg.ashx](http://www.aic.gov.au/events/.../2000/~/media/.../fraud/freiberg.ashx)>. Acesso em: 12 jul. 2010.

GRACIA MARTÍN, Luis. *Estudios de derecho penal*. Lima: IDEMSA, 2004.

_____. *Prólogo para a luta pela modernização e expansão do direito penal e para a crítica do discurso de resistência*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005.

HASSEMER, Winfried. A que metas pode a pena estatal visar? *Justitia*. São Paulo: Ministério Público do Estado de São Paulo, ano 48, v. 13, p. 26-31, abr./jun. 1986, p. 30-31.

_____. *Persona, mundo y responsabilidad*. Bases para una teoría de la imputación en derecho penal. Tradução de Francisco Muñoz Conde y María del Mar Díaz Pita. Bogotá: Temis, 1999.

Ley Orgánica 10/1995. Código Penal Espanhol. Disponível em: <http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/legislacion/1_20100407_01.pdf>. Acesso em: 11 out. 2010.

LYRA, Roberto. *Economia e crime*. Rio de Janeiro: Tipografia do Jornal do Comercio, 1933.

MENESCAL PALHARES, Cinthia Rodrigues. *Crimes tributários: uma visão prospectiva de sua despenalização*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

MUÑOZ CONDE, Francisco; HASSEMER, Winfried. *Introdução à criminologia*. Tradução, apresentação e notas de Cíntia Toledo Chaves. Colaboração de Iara Vieira Fraga et alii. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

PÉREZ DEL VALLE, Carlos. Introducción al derecho penal económico. In: BACIGALUPO, Enrique. *Curso de Derecho Penal Económico* Madrid: Marcial Pons, 1998.

PIMENTEL, Manoel Pedro. *Direito penal econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

PRADEL, Jean. *Droit pénal comparé*. Paris: Dalloz, 2008.

RIGHI, Esteban. *Los delitos económicos*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2000.

ROXIN, Claus. *La teoría del delito en la discusión actual*. Tradução de Manuel Abanto Vásquez. Lima: Jurídica Grijley, 2007.

_____. *Estudos de direito penal*. Tradução de Luís Greco. 2. ed. rev. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SANTOS, Gerson Pereira dos. *Direito penal econômico*. São Paulo: Saraiva, 1981.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. El derecho penal ante la globalización y la integración supranacional, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 5, n. 24, São Paulo, Revista dos Tribunais, out./dez., 1998.

_____. *A expansão do direito penal*. Aspectos da política-crime nas sociedades pós-industriais. Série As Ciências Criminais no Século XXI. v. 11. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

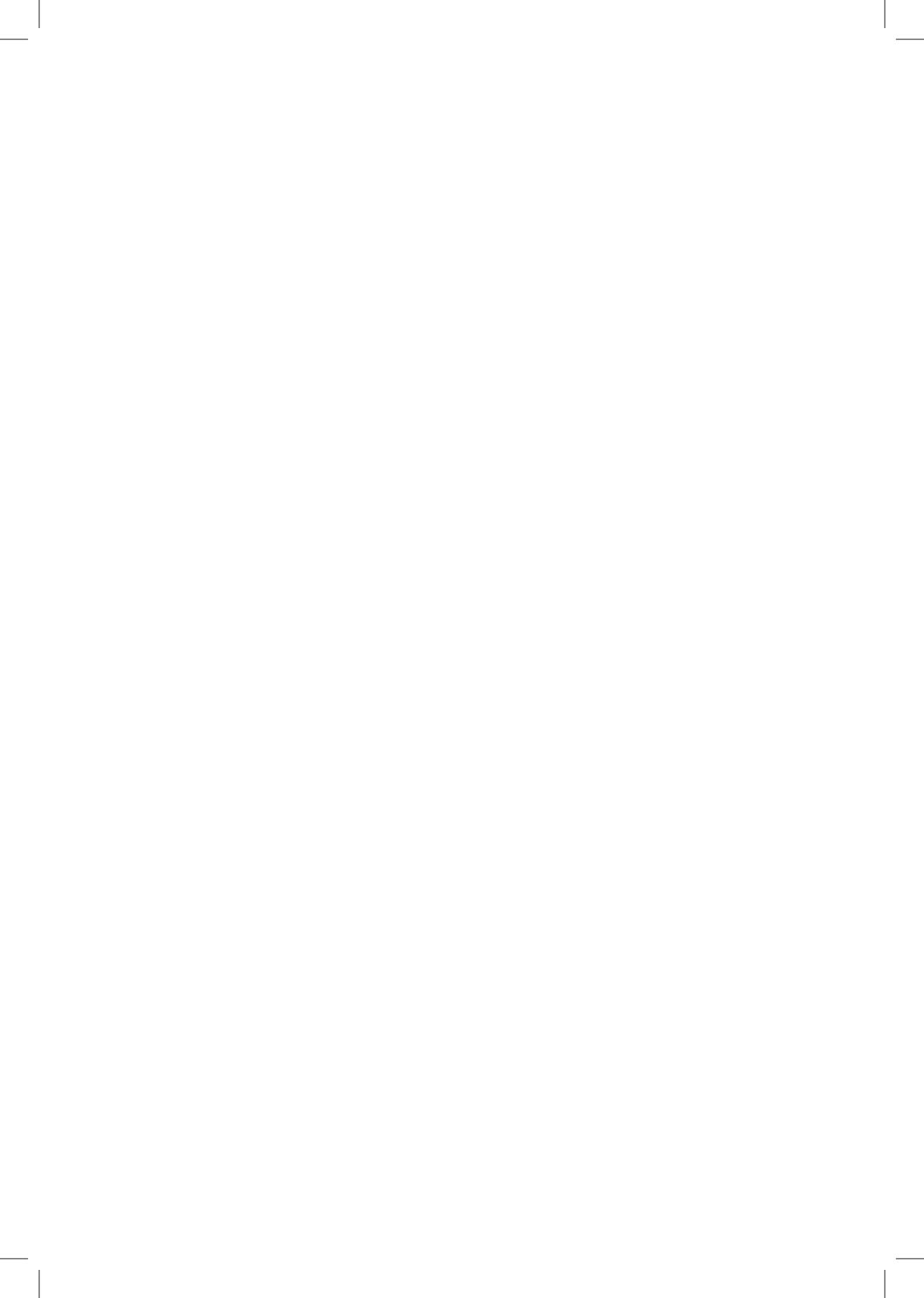
SUTHERLAND, Edwin. *Whit-collar crime*. The Uncut Version. Introduction by Gilbert Geis and Colin Goff. Yale University, 1983.

TERRADILLOS BASOCO, Juan. *Sistema penal y Estado de Derecho. Ensayos de derecho penal*. Peru: ARA, 2010.

TIEDEMANN, Klaus. *Poder económico y delito*. Introducción al derecho penal económico y de la empresa. Barcelona: Ariel, 1985.

VICENTE MARTINEZ, Rosario de. Las consecuencias jurídicas en el ámbito de la delincuencia económica. *Actualidad Penal*, n. 1, 1997.

WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal*. Uma introdução à doutrina da ação finalista. Tradução de Luiz Régis do Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.



HARMONIZAÇÃO DO DIREITO PENAL ECONÓMICO EM FACE DA INTEGRAÇÃO REGIONAL NA ÁFRICA AUSTRAL

ILÍDIO JOSÉ MIGUEL

1 Introdução

O presente trabalho se propõe a analisar os reflexos e as influências da integração regional no Direito Penal Económico, bem como as possibilidades dogmáticas e os aspectos criminológicos de harmonização das normas desta disciplina jurídica, como forma de melhor fazer face à criminalidade económico-financeira e transnacional.

Trata-se duma questão actual, de interesse prático incontornável, na medida em que o processo de integração regional decorre em quase todos os continentes. Entretanto, este trabalho se limitara à África Austral, onde o processo vem ganhando maior dinamismo, com repercussões em quase todos os parâmetros dos ordenamentos jurídicos nacionais.

Razões pragmáticas justificam o tema, dentre elas destaca-se a urgência das ciências criminais em encontrar resposta adequada à criminalidade económica transnacional, intrínseca ao processo de globalização e à integração regional. De facto, a integração regional é caracterizada pela crescente eliminação de fronteiras internas, pela relativização da soberania dos Estados e pelo incremento da livre cir-

culação de pessoas, bens e capitais. Estes factores também influenciam a criminalidade da época.

É precisamente neste novo paradigma que se justifica a pertinência da reflexão sobre as perspectivas de resposta à referida delinquência, tendo como âmbito o Direito Penal Económico, com ênfase aos aspectos dogmáticos e atendendo às peculiaridades criminológicas e de Política Criminal que orientam qualquer medida legislativa penal, como bem afirma Serrano Gomez (1980, p. 634), “uma adequada reforma legislativa necessita da indispensável articulação entre a Dogmática Penal, a Criminologia e a Política Criminal”.

Embora a integração regional seja um fenómeno ainda emergente na África, ele não é novo noutros quadrantes, por isso, será analisado o paradigma europeu, na perspectiva de direito comparado. Neste âmbito, a reflexão cingir-se-á aos aspectos de dogmática jurídico-criminal vertidos em dois projectos: o *Corpus Juris* e o *Eurodelitos*, propostas de normas com vista à protecção de interesses financeiros da União Europeia. Importa advertir, desde já, que não se objectiva alongar no estudo detalhado do fenómeno da integração regional, matéria que cabe em sede do Direito Comunitário. Neste trabalho, a integração regional é abordada na perspectiva etiológica do tipo de criminalidade que é objecto de análise.

Com efeito, nos pontos a seguir, além da definição de alguns conceitos, da referência à importância do Direito Penal Económico, se analisará a caracterização criminológica dos delitos económico-financeiros em face do processo de integração regional, os aspectos dogmáticos daí decorrentes e questões de Política Criminal, tendo como objectivo a formulação de proposta para sua prevenção e uma adequada reacção, mormente, através da harmonização das normas penais relativas a esta tipologia de delitos.

1.1 Importância do Direito Penal Económico

Na definição do que seja Direito Penal Económico é frequente a doutrina¹ aliar esta disciplina à necessidade de o Estado realizar a sua Política Económica. Conforme João Marcello Araújo Júnior (1995, p. 36), “no Direito Penal Económico, o bem jurídico que se pretende proteger é a ordem económica com carácter supraindividual, ele se destina a garantir um justo equilíbrio da produção, circulação e distri-

¹ COMPARATO, 1965, p. 14-26.

buição da riqueza entre os grupos sociais”, e tal como explica Luiz Régis Prado (1997, p. 33-35), “o bem jurídico é uma criação da experiência e como tal é um interesse vital do indivíduo ou da comunidade”, “a ordem económica tão somente em sentido estrito pode ser tida como bem jurídico directamente tutelado, ainda que manifestado em determinado interesse da administração”.

Porém, apesar de a ordem económica constituir bem jurídico genericamente supraindividual e de acordo com Tiedemann (1993, p. 32) ela “não exclui a protecção de interesses individuais”, por isso, em última análise, também protege valores ligados à dignidade humana. Neste sentido, considerando a insuficiência da protecção eficaz da ordem económica por via de outros meios menos lesivos, se justifica a intervenção penal no campo socioeconómico. De facto, o Direito Penal Económico, com a sua função de protecção da ordem económica, enquanto bem jurídico supraindividual, é um instrumento alternativo que contribui para o reforço de condições mínimas que deem ao cidadão a possibilidade de desfrutar dos seus direitos económicos, sociais e culturais².

Ademais, tendo em conta o pressuposto de que a intervenção penal também depende da danosidade social da conduta em causa, aliada à importância social do bem jurídico a tutelar, não se pode negar a relevância da tutela penal sancionatória das condutas que sejam atentatórias à salvaguarda da ordem económica, pois, numa economia de mercado, é indispensável a regulação jurídica dos abusos violadores da ordem económica, de molde a que fique garantida a protecção social não só do próprio mercado, mas de todos os que participam dele e especialmente os mais débeis.

É preciso ter em conta que o Direito Penal, como um todo, está inserido no sistema de controle social, como instrumento do Estado para actuar na protecção de bens jurídicos ligados aos direitos fundamentais, realizando o controle normativo por meio de normas destinadas a promover a dignidade humana, o Direito Penal Económico exerce papel fundamental na defesa dos direitos económicos e sociais, por isso, mais do que qualquer outro ramo do ordenamento jurídico e ainda que seja indesejável por muitos, hoje, ele é necessário.

² Para Tiedemann, o Direito Penal Económico é o ramo do Direito a que compete tutelar primordialmente o bem constituído pela ordem económica estatal no seu conjunto e, em consequência, o curso normal da economia nacional. A esse propósito, confira-se TIEDEMANN, 1993, p. 32.

É através desta disciplina que o Estado exerce seu *jus puniendi* a fim de garantir a ordem económica e social da comunidade, e, mediante esta abordagem prática ou se se entender funcionalista, em última análise, ele está vinculado à realização da liberdade e dignidade humana.

Não obstante a posição abolicionista ensinada pelo professor Juarez Tavares (2004, p. 128)³, segundo o qual, neste campo de Direito Penal avultam normas com carácter meramente simbólico, ressaltando apenas a necessidade de manifestação e afirmação do poder estatal, parece ser precisamente exactamente esse *simbolismo* das normas penais que no campo do *Direito Penal de Empresa* desempenha papel dissuasor útil. Como bem afirmou Heleno Cláudio Fragoso (1982, p. 122-129), “Os homens de negócios temem particularmente a pena criminal e, em relação a esse tipo de delinquentes a intimidação da pena seria muito mais eficiente, porque afecta a reputação e, conseqüentemente, o crédito e a prosperidade dos negócios”⁴.

Na mesma perspectiva, destaca-se o professor Nilo Batista (2007, p. 116) que, ao ensinar sobre a missão do Direito Penal (de proteger bens jurídicos), assevera o seguinte: “numa sociedade dividida em classes, o Direito Penal estará protegendo relações de classes”.

Na verdade, tendo em conta a necessidade de garantir à protecção dos direitos económicos, sociais e culturais, como forma de mitigar as desigualdades sociais, parece afigurar-se acertada a posição defendida pelos seguidores da Criminologia Radical, que “tem insistido na necessidade de dirigir o potencial repressivo do Estado precisamente contra os que integram a classe dominante, sendo beneficiários de uma ordem sócio-económica desigual, estabelecida exactamente para protegê-los” (FRAGOSO, 1982).

2 Caracterização criminológica da delinquência económico-financeira

A criminalidade económica sempre existiu⁵, pois sempre foram praticadas acções que causaram danos aos interesses económicos, com

³ Vale dizer que, em relação ao carácter simbólico de certas normas penais, este ilustre professor refere o seguinte: “o simbólico constitui, sob qualquer aspecto, um meio de integração entre dois pólos, o discurso jurídico, desde há muito, apresenta o mesmo conteúdo e os mesmos objetivos, justamente o de possibilitar, por meio de sua forma, que jamais o poder real seja posto em discussão, e que o Estado nunca lhe escape das mãos”.

⁴ Trata-se de comunicação que o autor apresentou no Colóquio realizado em 1992, no Rio de Janeiro, preparatório do XII Congresso Internacional de Direito Penal, que veio a ter lugar na Cidade do Cairo, no Egipto, em 1984.

⁵ Confira-se HASSEMER, 1994, p. 43. No mesmo sentido, VICENTE MARTÍNEZ, 1997, p. 107.

destaque para a fraude e a infidelidade económica. Porém, a preocupação com a delinquência económica, ganhou nova dinâmica com o artigo publicado por Edwin Sutherland, em 27 de dezembro de 1939, nos Estados Unidos, que destacou a criminalidade dos poderosos, ou seja, *white-collar crime* e apresentou os elementos que o caracterizam. Conforme Sutherland, esta criminalidade distingue-se da tradicional por ser praticada por indivíduos de elevada respeitabilidade social, no exercício de actividade profissional de cariz económica.

Para além dos aspectos intencionalidade, profissionalidade e respeitabilidade social do autor, Hassemer (1994, p. 49) destaca que, na criminalidade económico-financeira, os bens jurídicos são supraindividuais, vagos e genéricos, tendo como consequência a ausência de vítimas individuais, pois, geralmente, as vítimas são o Estado ou a colectividade; porém, em alguns casos, é possível individualizar a vítima, como sucede, por exemplo, em certos delitos, no âmbito das relações de consumo.

Por outro lado, neste tipo de criminalidade, se regista pouca visibilidade de danos⁶. De facto, destaca-se que os delitos económicos não apresentam de forma directa e imediata um dano cientificamente estimado, mensurável. O dano com frequência se exprime como uma lesão à confiança no sistema económico, que não se faz acompanhar de um real prejuízo individual, mas, por vezes, de simples periclitção de direitos, como sucede nos crimes ambientais: o delito perde a tangibilidade, diferentemente dos crimes clássicos.

É por isso que Tiedemann refere que a *criminalidade moderna não é um caso de danos, mas de riscos*. Esta criminalidade moderna se apresenta de forma difusa. Araújo Júnior (1995) destaca o *carácter instável da criminalidade económica*, que evolui na mesma velocidade do giro dos negócios, auxiliado pela evolução tecnológica e das comunicações em geral.

2.1 Especificidades da África Austral (SADC)

A região da Comunidade de Desenvolvimento da África Austral, abreviadamente designada SADC⁷, congrega catorze países. Trata-se de

⁶ Cf. a esse propósito ARAÚJO JÚNIOR, 1995, p. 239. João Marcello de Araújo Júnior, citando Mireille Delmas-Marty e Klaus Tiedemann, refere que “os delitos económicos não apresentam de forma directa e imediata um dano cientificamente estimado, mensuráveis, o dano com frequência se exprime como uma lesão à confiança no sistema económico, que não se faz acompanhar de um real prejuízo individual mas por vezes de simples periclitção de direitos alheios”.

⁷ Os países da África Austral são Moçambique, Angola, África do Sul, Botswana, República Democrática do Congo, Lesotho, Seycheles, Malawi, Madagascar, Namíbia, Swazilândia, Tanzânia, Zâmbia e Zimbabwe, Trata-se, pois, dum mercado com mais de 250 milhões consumidores.

organização supranacional criada em 1992, por tratado, cuja natureza jurídico-política é a de integração regional.

A região da SADC ocupa 1/4 do espaço territorial do continente africano e a sua população representa 1/5 de toda população africana. Ademais, ela é a região com o maior parque industrial do continente e, com efeito, onde a actividade comercial é mais extensa e dinâmica, naturalmente, tendo como epicentro a África do Sul.

Relativamente à criminalidade nessa região, ela se apresenta com feições transnacionais, e avultam as fraudes fiscais e aduaneiras; contrabando e descaminho, especialmente de viaturas luxuosas, de bens alimentícios; a violação de propriedade industrial, por meio da contrafacção de bens, tráfico de seres humanos para prática de prostituição; tráfico de drogas e lavagem de dinheiro. O desenvolvimento dessas infrações é largamente propiciado pelo fenómeno da integração regional, marcado pela livre circulação de pessoas bens e capitais na região, impulsionado pelo acordo que veio estabelecer a supressão de *vistos* nos países da região.

De facto, na integração regional, a dimensão económica é, sem dúvida, a mais relevante; com ela se modifica a criminalidade económica, dando lugar ao domínio da economia mundial pelas corporações transnacionais, atendendo ao que afirma Luis Gracia Martín (2009, p. 135), segundo o qual “tanto no processo de globalização mundial como no das integrações supranacionais de âmbito regional realizam-se actividades criminosas que precisam de uma resposta jurídica mediante um Direito Penal global ou supranacional, respectivamente”; propõe-se que os Estados realizem acções tendentes à harmonização legislativa, tal como entende a maioria dos publicistas⁸, *a opção pela harmonização da legislação penal dos Estados é uma questão de necessidade prática actual*. É sobre este aspecto específico que se ocupa o ponto seguinte.

3 Possibilidades de harmonização do Direito Penal Económico na África Austral

Atendendo à estrutura, à dinâmica e ao funcionamento da organização de integração regional na SADC, pode-se afirmar que existem possibilidades de harmonização das normas, em especial do Direito Penal Económico, bem como o desenvolvimento de eventual Direito Penal supranacional, que vise proteger interesses económicos da região.

⁸ CERVINI; TAVARES, 2000, p. 25.

De facto, a existência e o pleno funcionamento de estruturas: legislativa, administrativa e judicial, de índole supranacionais é uma forma inequívoca de manifestação de vontade dos Estados, nesse sentido.

Igualmente, pode-se apontar como condição que favorece estas possibilidades o facto de a SADC ser uma estrutura supranacional de integração nacional e não apenas intergovernamental, ela é dotada de uma entidade (o Secretariado) que o representa, orienta e harmoniza as políticas da região. Ademais, destaca-se o facto de os 14 Estados terem abdicado de parte da sua soberania em favor dos órgãos regionais supranacionais, especialmente o Fórum Parlamentar da SADC, criado aos 15 de julho de 1996 e, sobretudo, o Tribunal da SADC, cujo protocolo foi firmado pelos chefes de Estados, em 7 de agosto de 2000. Estes dois factores jurídico-políticos viabilizam a perspectiva duma possível harmonização legislativa, em quase todas esferas, incluindo a mais complexa: a penal. Entretanto, importa apresentar as formas de configuração da harmonização proposta, bem como as condicionantes de Política Criminal existentes.

3.1 Questões dogmáticas

Entendida a dogmática criminal⁹, como a actividade vinculada à análise, interpretação e sistematização de institutos jurídicos do Direito Penal positivo, desde o ponto de vista puramente de técnica jurídica, a seguir se apresentam alguns aspectos que podem nortear a proposta harmonização, destacando-se os aspectos atinentes à tipificação dos delitos económicos, à imputação, ao tipo de responsabilidade e à modalidade de sanção.

Na verdade, como lembra João Marcello Araújo Júnior (1986, p. 242) citando Adolphe Touffait, “foram razões de ordem prática e não a elaboração doutrinária que inspiraram o surgimento do direito penal económico”, por isso, a conformação do direito aos ditames actuais impostos pela integração regional é resultado de uma ordem pragmática; de facto, com este processo, a criminalidade económica mudou de feição, tornando obsoleta a dogmática tradicional do Direito Penal Económico, tal como destaca Nieto Martín (1995, p. 631), *a eficácia de algumas soluções na luta contra a criminalidade económica, depende da adoção de soluções uniformes ou ao menos equiparáveis, por parte dos Estados-Membros, no quadro da comunidade regional integrada*. De facto, deve haver um grau de homogeneidade

⁹ BLANCO LOZANO, 2005, p. 8.

mínimo, em determinadas parcelas do Direito Penal Económico sancionador interno.

3.1.1 A configuração do delito: perigo abstracto e a antecipação da tutela

A nova estrutura do Direito Penal deve necessariamente comportar a utilização de *delitos de perigo abstracto*; esta é uma técnica de *antecipação de tutela* que o Direito Penal Económico está necessariamente vinculado, pois, como entende a doutrina dominante¹⁰, *a actual criminalidade não é de dano, mas de risco*, por isso o Direito Penal precisa se antecipar, evitando que efectivamente venham a ocorrer danos ainda maiores.

No mesmo sentido também defende Paredes Castañón (2003, p. 96), que considera a utilização da técnica legislativa de delitos de perigo um meio de antecipação da intervenção penal que o Direito Penal Económico moderno não pode abdicar, como forma de proteger os direitos individuais, mas, sobretudo, interesses de carácter supraindividual, mais ou menos difusos que, devido a sua aparente intangibilidade, dificultam a definição e selecção de condutas que revistam de requisitos de suficiente ofensividade, para serem incriminadas. Castañón chama atenção para a necessidade de se ter em conta a realidade social em que o Direito Penal Económico opera e, por outro lado, atender-se os valores em que a realidade económico-empresarial assenta, designadamente: a elevada competitividade desleal, aliada à ganância de lucros fácieis. Não obstante isso, Paredes Castañón (2003, p. 161) também alerta para o facto de o Direito Penal só poder intervir onde se afigura estritamente indispensável, destacando o seguinte: “Allí donde resulta dudosa la justificación de la protección, el principio in dubio pro libertate debe llevarnos a la conclusión de la ilegitimidad de la utilización de técnica de delitos de peligro, como anticipación de tutela penal”.

Já Hassemer (1994, p. 49) e o seu discípulo Felix Hezog defendem posição contrária relativamente à proliferação da técnica de tipificação através de delitos de perigo abstracto. Estes correligionários da *Escola de Frankfurt* defendem que o Direito Penal não deve abrir fronteiras da sua concepção tradicional minimalista, devendo remeter essas infrações para a esfera administrativa e do Direito Civil. Em alternativa, propõem um *Direito de Intervenção*, para cobrir os grandes riscos que reconhecem caracterizar a sociedade actual.

¹⁰ COSTA; ANDRADE, 1982, p. 363.

No mesmo sentido crítico, porém, moderado, Zapatero (1996, p. 1) reconhece a utilidade da tipificação por via de delitos de perigo, mas considera necessário adaptar os institutos tradicionais de imputação penal, tanto objectiva como subjectiva, para fazer face à criminalidade actual, sem prejudicar as questões constitucionais atinentes aos princípios de legalidade, culpabilidade, da presunção de inocência e o princípio da pessoalidade da pena.

3.1.2 Problemática da tipificação: legislação especial ou inclusão nos códigos penais?

Relativamente à necessidade ou não de incorporar as normas de Direito Penal Económico nos códigos penais ou, então, em realçar a necessidade de tipificação em legislação especial, a doutrina majoritária tem entendido ser mais consentânea a adopção de legislação especial, não só pela *crescente instabilidade dos delitos económicos*, como refere João Marcello Araújo Júnior (1995, p. 239), mas, sobretudo, por *razões de ordem prática*, como destacam José de Faria Costa e Manuel da Costa Andrade (1982, p. 355), aliás, neste sentido, sempre que se afigurar necessário, deve-se empregar a técnica de reenvio.

Por outro lado, razões de lógica sistemática também fundamentam a adoção de legislação extravagante, pois muitos países da África Austral acolhem o sistema de *Common Law*, marcado pela quase ausência dum código penal semelhante aos nossos, em que se encontram sistematizados os delitos.

Na verdade, a confluência de países de tradição jurídica *anglo-saxónica* na região da SADC, mais do que constituir motivo de cepticismo, deve ser vista como uma vantagem comparativa no que concerne à harmonização legislativa, pois o sistema de *Common Law* é mais flexível e menos rígido. Assim, por razões de maioria, os dois países desta região com o sistema romano-germânico, designadamente Angola e Moçambique, devem aceitar, pelo menos neste aspecto, acolher a perspectiva de harmonização por via da *Common Law*, a maioritária. Trata-se duma experiência que se mostra possível e com precedente; como exemplo pode-se citar o sucesso na harmonização das normas relativas ao combate à lavagem de dinheiro, que seguiu a sistemática da *Common Law* tendo resultado na padronização da legislação sobre esta matéria, ao nível internacional.

Não obstante se propor a adopção da técnica de delitos de perigo abstracto, chama-se atenção para a utilidade de certos tipos penais tradicionais já previstos nos ordenamentos jurídicos nacionais, que con-

tinuam sendo instrumentos efectivamente válidos para o combate à delinquência económico-financeira. Neste sentido, pode-se citar, a título meramente exemplificativo os seguintes tipos penais: o abuso de confiança, burla, fraude, estelionato.

3.1.3 Natureza das sanções: penas privativas de liberdade ou penas de multa?

No que tange ao tipo de sanção, a verdade é que a tendência actual se orienta no sentido de realçar a importância das penas privativas de liberdade, com preferência para as penas curtas, o que usualmente se designa por *sharp-short-schock* (COSTA; ANDRADE, 1982, p. 360). A doutrina entende que, sendo a delinquência económica motivada pelo lucro fácil, dificilmente a pena de multa produziria efeito dissuasor pretendido, pois os delinquentes económicos mais dotados tenderiam a indexar o valor da multa como custo de produção e vindo a se repercutir no preço, o que seria um factor de injustiça, uma vez que esse peso seria suportado pelo consumidor final. O mesmo já não se diz das penas curtas de prisão.

Por outro lado, também se aceita que, devido ao cumprimento de uma pena privativa de liberdade, a estigmatização do delinquentes poderoso não o levava a cometer outras infrações secundárias. Neste sentido, é salutar o que ensina Vicente Martínez (1997, p. 115), citando Tiedemann, segundo o qual “as penas curtas, privativas de liberdade, produzem um efeito intimidatório e na verdade, os delinquentes económicos não necessitam de ressocialização, mas sim de intimidação”.

Entretanto, no processo de fixação da pena concreta, impõe-se que se valorize o *princípio de proporcionalidade* (PAREDES CASTAÑÓN, 2003, p. 163), tal como expõe Andrew von Hirsch (1998, p. 45) e propõe Juarez Tavares (1992, p. 84). De facto, a sanção penal pela prática de delitos de perigo não pode ser mais gravosa que a dos delitos de dano, em que efectivamente ocorre a lesão ao bem jurídico.

Numa outra perspectiva, é preciso ter em conta que muitos delitos económicos são cometidos num modelo paradigmático de comparticipação criminosa, o que torna impossível individualizar a pena. Note-se que, sendo a criminalidade económica uma delinquência essencialmente de empresa e, considerando a estrutura actual das corporações, fácil se nota que os crimes actuais são praticados mediante decisões tomadas por maioria, ou pelo menos em grupo. Sobre este aspecto, a tendência, entre outras orientações, é no sentido de se adoptar a teoria

do domínio de organização, tal qual é apresentada por Schünemann (2009, p. 166).

Finalmente, há também a tendência de se *ampliar o leque das medidas sancionatórias penais*¹¹, abarcando o confisco especial de bens, o encarceramento definitivo ou temporário do estabelecimento comercial, a cassação das licenças ou concessões, exclusão de participar em concursos, a publicidade de sentenças, interdições profissionais até a indenização das vítimas, só pra citar alguns exemplos.

3.2 Política Criminal

Sendo a Política Criminal, conforme definição de Delmas-Marty (1992, p. 5), o conjunto de procedimentos através dos quais o corpo social organiza as respostas ao fenómeno criminal, procura-se neste ponto apresentar a perspectiva que deve seguir o modelo harmonizado de Direito Penal Económico: se ele deve estar preocupado com o delinquente ou com a vítima, já que, na criminalidade económica transnacional, o agente passivo tende a apresentar certo poder.

Usando mais uma vez as palavras de João Marcello Araújo Júnior (1995, p. 149), citando Klaus Tiedemann, “a criminalidade económica é um problema político”, com efeito, a protecção penal da ordem económica é indispensável numa sociedade moderna, caracterizada pela fragilidade de seus subsistemas de produção e distribuição, por suas enormes necessidades de força de trabalho e capital e pela multiplicidade de suas interdependências e conflitos de interesses sociais. É por isso que a tendência actual é no sentido de transformar o paradigma do Direito Penal Económico: hoje, ele se identifica mais socialmente com a vítima (sujeito passivo) do crime do que com o autor (sujeito activo).

De facto, o Direito Penal deixa de ser a espada do Estado contra o delinquente e passa a ser a espada da sociedade contra a delinquência poderosa. Sobre o assunto, Silva Sánchez (2002, p. 51-52), citando Hillenkamp, refere mesmo que a lei penal passa a ser mais a “magna carta da vítima”, em detrimento da “magna carta do autor” como defendeu von Liszt.

É neste quadro de Política Criminal preocupado com a vítima que, *de lege ferenda*, se deve nortear a Dogmática Penal na formulação legislativa no âmbito da tutela da ordem económica. Na verdade, como refere Damásio de Jesus (2004, p. 129), citando Raúl Cervini,

¹¹ Confira-se, a esse propósito, VICENTE MARTÍNEZ, 1997, p. 118-125.

a realidade social, determinada pela técnica, a economia de mercado impuseram ao Estado o dever de planificar e dirigir a economia, de reprimir aqui e fomentar ali, de unir em ordens duradoiras os elementos poderosos e débeis e de criar e manter possibilidades mínimas de existência para milhões de seres humanos.

3.2.1 Implicações do modelo constitucional de Estado

As modificações que ocorrem no âmbito da configuração do modelo de Estado, do social para o neoliberal, trazem repercussões na elaboração da Política Criminal, visando combater a criminalidade económico-financeira. É que a tendência de se primar pela reduzida intervenção estatal na economia pode dificultar a implementação de medidas que visem evitar determinadas acções delituosas. Nota-se que a perspectiva actual neoliberal é no sentido de a economia se conduzir por si.

Este contexto clama por uma remodelação e aperfeiçoamento de novas formas de imputação e, enfim, de toda responsabilidade criminal, devido a crescente flexibilização do investimento e da livre iniciativa privada, factores que, além da sua elevada utilidade para o desenvolvimento socioeconómico dos Estados, também propiciam o que Ulrich Beck qualifica de *sociedade de risco e insegurança*.

É de facto um dilema. Actualmente, o uso da técnica de tipificação por via de delitos de perigo abstracto, apesar de ser mais comum, é alvo de críticas por parte de alguma doutrina¹² fundada nos princípios constitucionais do modelo de Estado “Social” Democrático, os quais referem que tal tecnicismo afronta o princípio da legalidade e o princípio da culpa. Porém, em sentido contrário, entende-se que a técnica legislativa de consagração de delitos de perigo abstracto é perfeitamente compatível com um e com outro princípio.

Na verdade, o princípio da legalidade não é de forma alguma afectado pela incapacidade de fazer referência a qualquer resultado típico que naturalmente ocorra, tão somente pode ser afrontado por uma acção que é considerada prejudicial para os interesses a serem protegidos. Relativamente ao princípio da culpa, destaca-se que o mais importante é respeitar o princípio da proporcionalidade da pena, pois, em regra, parece ser razoável que crimes de perigo abstracto devam ser punidos com penas relativamente brandas que os crimes de dano.

¹² Confira-se a este propósito a perspectiva garantista defendida por FERRAJOLI, 2006, p. 308.

Ainda sobre a relativização das garantias, Silva Sánchez (2002, p. 144) propõe uma Política Criminal e Dogmática Jurídico-Penal *híbridas*, com o seu *Direito Penal de duas velocidades*, o que parece ser mais consentânea com a proposta de uniformização do Direito Penal Económico. De facto, Sánchez equaciona um direito penal com um epicentro onde deverão permanecer válidas as garantias propostas pela Dogmática Penal clássica e uma área marginal destinada a precaver a sociedade contra os riscos quotidianos, sendo que neste último são relativizadas, ou melhor, flexibilizadas as garantias clássicas, tendo em vista proteger os bens jurídicos supraindividuais ou difusos, contra uma criminalidade instável e dinâmica.

Por outro lado, o facto de o Direito Penal tradicional fundamentar-se na culpa impede que se possa combater de forma eficaz e eficiente a moderna criminalidade económico-financeira. É por isso que Roxin sugere um Direito Penal assente na responsabilidade objectiva, numa perspectiva funcionalista.

Por fim, importa referir que há na doutrina actual autores que defendem uma remodelação do Direito Penal Económico. Neste âmbito, podemos destacar:

- Na opinião de João Marcello de Araújo Júnior (1986, p.237-238), “é necessário que o direito penal deixe de ser instrumento de identidade, protector das camadas sociais elevadas, das quais saem os que possuem aquela especial destreza para os negócios”. Este autor refere, como dado empírico comprovado, que “os tipos penais tradicionais são insuficientes e imprestáveis para proteger a ordem económica”.
- Em sentido semelhante, Schünemann (1992, p. 220), segundo o qual “tradicionalmente el control penal de una economía de mercado basada en la oferta ya la demanda se ha concentrado de lado de la demanda y las formas de adquisición ilegales que aquí se hallan, particularmente la criminalidad contra la propiedad, de ahora en adelante debe controlarse penalmente el comportamiento socialmente lesivo del lado de la oferta con una intensidad adecuada a su importancia”.
- De igual forma, Crespo (2004, p. 112) sugere uma mudança no paradigma do Direito Penal clássico ou tradicional, referindo o seguinte: “La modernización es necesario e imparable, los problemas de nuestro tiempos son muy diferentes del siglo XVIII, [...] debe poder alcanzar también la criminalidad de los poderosos [...] es claro que el derecho penal moderno conlleva la tipificación de delitos del peligro y protege bienes jurídicos colectivos, y que no tiene sentido negar legitimidad estos últimos pues solo en un unfundado escepticismo sobre la capacidad de rendimiento de una dogmática penal político-criminalmente funda-

mentada [...] la modernización debe llevarse a cabo con escrupuloso respeto a las garantías des Estado de Derecho”.

4 Perspectivas de direito comparado: *Corpus Juris* e *Eurodelitos* na Europa

No âmbito do direito comparado e, especificamente, na União Europeia foram realizadas duas iniciativas no sentido de harmonizar o Direito Penal Económico ao nível dos Estados-Membros. Trata-se do *Corpus Juris* e do *Eurodelitos*. Note-se que estes dois projectos não chegaram a ser positivados, não por debilidade dogmática, mas por razões de políticas.

A exposição que se efectua a seguir resulta da *súmula* de artigos de Enrique Bacigalupo (2005, p. 753-765) sobre o *Corpus Juris* e de Klaus Tiedemann (2003, p. 11-27.) sobre o *Eurodelitos*.

4.1 O *Corpus Juris*

Ao expor o projecto do *Corpus Juris*, Bacigalupo recorda que Tratado da Comunidade Económica Europeia, de 1957, assentava na concepção de que o mercado europeu poderia funcionar sem necessidade dum sistema sancionatório comunitário, salvo no que concerne à protecção da livre concorrência, liberal, e não se via a possibilidade de criação dum Direito Penal harmonizado, pelo contrário se considerava que o Direito Penal era a manifestação indissociável da soberania estatal. Porém, este paradigma se modificou partindo do pressuposto de que a moeda é uma manifestação da soberania. Com a entrada em vigor do Tratado da União Europeia e o surgimento da moeda única criou-se um novo conceito de soberania: comunitária, tendo ficado ofuscada a soberania nacional que hoje tende a ser meramente simbólica.

Por outro lado, o interesse económico e financeiro deixou de ser meramente nacional e passou a ser comunitário, daí que surgiu a preocupação de estabelecer normas que tutelem este interesse. A solução foi estabelecer um corpo ou conjunto de normas comuns que servissem de base para os parlamentos nacionais se guiarem na elaboração da legislação nacional. Nesse sentido, nasce o *Corpus Juris*, uma verdadeira ementa para harmonização do Direito Penal Económico. Com efeito, durante sete anos de trabalho (1989–1996), um grupo de *experts* dirigido pelo Director-Geral do Controlo Financeiro da UE, Francisco de Angelis, redigiu o *Corpus Juris*, baseado na recolha do que de melhor existia no Direito Comparado europeu.

O *Corpus Juris* é inspirado na ideia que já havia sido lançada por Franz von Liszt em 1914, de criação duma confederação centro-europeia, o que implicava a unificação de alguns aspectos dos ordenamentos jurídicos nacionais. Liszt *considerava indispensável para a concretização duma política económica unificada e, partiu do pressuposto de que a unificação do direito europeu é consequência necessária da manifestação duma comunidade cultural europeia única, pois o direito dum povo é a manifestação da sua cultura* (BACIGALUPO, 2005, p. 754).

Desta forma, o *Corpus Juris* é uma síntese do Direito Penal dos países membros da UE, um documento expressivo da comunidade cultural jurídico-penal europeu, uma base de normas para a unificação de medidas de proteção de interesses financeiros da UE. Ela trata de matérias que os códigos penais continentais regulam na parte geral. Porém, o *Corpus Juris* foi uma iniciativa incompleta, razão por que foi, portanto, elaborada a proposta de *Eurodelitos*, uma versão melhorada, completa e detalhada do *Corpus Juris*.

4.2 O projecto *Eurodelitos*

O *Eurodelitos*, conforme Tiedemann, resulta duma iniciativa científica que produziu a proposta dum modelo melhorado de normas para harmonização do Direito Penal Económico europeu, com objectivo de proteger os meios financeiros da União. Também, trata-se duma proposta cuja estrutura é similar a de um código, segue uma perspectiva romano-germânica, contém uma parte geral e outra especial, ou seja, prevê *regras gerais e específicas*, neste aspecto, resulta do consenso de que a parte geral do Direito Penal é facilmente susceptível de ser harmonização do que a especial.

A consagração geral de *Eurodelitos* parte do princípio da legalidade, bem como das clássicas manifestações deste princípio, designadamente: a proibição da retroactividade e da analogia, admissibilidade da retroactividade da lei mais favorável e prevê uma inovação “as leis temporais”. Por sua vez, à luz do princípio da territorialidade se estabelece a validade dos *Eurodelitos* em todos os países da União Europeia (UE) e consagra a possibilidade de relevância jurídica dos efeitos produzidos por delitos praticados fora do território da UE, tendo como base a Convenção Europeia de 1972, sobre a transmissão de processos. Nele, consagra-se também o princípio da proibição da dupla incriminação do mesmo facto, ou seja, *ne bis in idem*.

Nos *Eurodelitos* é tratada também a questão da imputação objectiva, a diferenciação entre a autoria e a participação (uma solução de

origem italiana e difundida em toda Europa); a autoria mediata (como figura auxiliar) distingue também a *inducion* / instigação da cumplicidade. Relativamente à empresa, acolhe-se a proposta de Schünemann da responsabilização da pessoa jurídica, assente na ideia de “posição de garante do titular da empresa, por condutas antijurídicas de seus dependentes”, neste caso, a culpabilidade do *garante* resulta da omissão do dever de vigilância ligado ao princípio da culpa.

Relativamente à exclusão da imputação objectiva (justificação do facto) assenta na presença de causas de justificação e exculpação, contrariamente ao Estatuto de Roma, a que se estabelece a idade mínima para imputabilidade, a relevância do estado de embriaguez plena, a legítima defesa e o estado de necessidade (excludente/subjectivo e justificante/objectivo), e a exclusão da imputação subjectiva (exclusão da culpa) deriva do erro sobre os elementos do facto, falta da consciência da ilicitude e erro de proibição invencível.

Quanto à tentativa, segue-se a ideia tradicional, ela é caracterizada como início da execução (segundo a clássica formulação francesa), entretanto, não há consenso sobre a consagração da perspectiva objectiva ou subjectiva da tentativa. Sobre o concurso de leis, consagra-se o critério da especialidade e, sobre o concurso de delitos, parece seguir a dogmática clássica dos conceitos de unidade e pluralidade de infrações e consoante os casos se orientam para a teoria da absorção, consunção ou acumulação.

A parte especial se subdivide em sete secções, sendo: a tutela dos trabalhadores e o mercado do trabalho; tutela dos consumidores; tutela do meio ambiente; Direito Penal societário; tutela do crédito; da bolsa e mercados financeiros; tutela das marcas comunitárias e a tutela da medida sancionatória europeia e internacional (o embargo). A ordenação dessas secções parte do princípio do valor prioritário da tutela da dignidade humana, da saúde e da força do trabalho.

Quanto à técnica de tipificação, está marcada, em boa parte, por uma dependência de regulação extrapenal, especialmente de índole do Direito Administrativo, como, por exemplo, as normas do Direito do Meio Ambiente. A questão de sanções não reúne consensos, mas são previstas penas mínimas para os tipos qualificados, com o fim de superar as diferenças de práticas sancionatórias nacionais que obstaculizam a integração regional europeia. São também previstas algumas consequências jurídicas especiais, como seja a exclusão de actuar em algum mercado nacional ou determinada actividade comercial.

Quanto à responsabilidade da pessoa colectiva/jurídica, carece de regulação, não há previsão, pois os autores reservaram-se ao modelo do *Corpus Juris*, da legislação finlandesa, do Código Penal francês, que, nesta matéria, são mais adequados, por isso Tiedemann considerou supérfluo elaborar outro modelo; todavia, este debate impulsionou a introdução da responsabilidade da pessoa colectiva em países que eram muitos céticos em adoptar esta perspectiva, como a Itália.

Mas quais são as particularidades, dificuldades e compromissos dos *Eurodelitos*? Em termos de particularidades buscou o que de melhor existe regulado sobre certas matérias em certos países, como:

- A matéria do Direito Penal do trabalho é inspirada nos direitos belga, italiano, espanhol e francês. Ela trata da tutela penal do mercado de trabalho europeu e da dignidade da saúde dos sujeitos implicados, sanciona infracções contra a segurança do trabalho, a imposição de condições abusivas de trabalho e a discriminação laboral.
- O Direito Penal alimentício se orienta, essencialmente, nas legislações alemã e austríaca e em alguns Tratados da UE. Trata da tutela da saúde dos consumidores.
- Quanto ao Direito Penal de Meio Ambiente, a harmonização se remete para a observância da decisão marco da UE, de 1998, relativa aos padrões mínimos do Direito Penal de Meio Ambiente.
- Sobre o Direito Penal societário, os aspectos substanciais resultam do direito societário alemão, que tutela a administração fraudulenta em prejuízo da sociedade, pelos *titulares dos poderes de decisão*, a lesão do capital social e da reserva obrigatória, a falência fraudulenta conforme a clássica tríade de comportamentos da bancarrota: “dissimulação antieconómica da situação patrimonial, favorecimento de credores e violação de obrigações de escrituração mercantil”.
- A disciplina da actividade credora dos mercados bolsistas e financeiro é inspirada no Direito alemão, que consagra o tipo de administração fraudulenta, específica do sector bancário.
- Os delitos de bolsa comportam essencialmente três figuras: a clássica manipulação da bolsa, mediante a divulgação de falsas informações que podem influenciar a cotização de certos títulos, valores; consagra também a administração fraudulenta da intermediação financeira.
- Quanto à marca comunitária, o *Eurodelitos* se preocupa não somente com a tutela do autor ou produtor, que já está civilmente tutelada, mas presta atenção a protecção do consumidor.

Por fim, o *Eurodelitos* trata de matérias relativas ao embargo e, neste âmbito, é tutelado através de *normas penais em branco*. Visa essencialmente

implementar as decisões da UE e do Conselho de Segurança da ONU. Através desta técnica legislativa, *normas penais em branco* são punidas a tentativa e a conduta culposa e, há uma diminuição da pena, nos casos em que a exportação não seguiu os trâmites para obter autorização, quando ela pudesse ser autorizada, se tivesse sido requerida.

Conforme refere Tiedemann, este projecto apresenta boas perspectivas de execução política, de implementação, pois a harmonização da legislação é um processo que se enquadra na ideia de *cooperação inter-governamental*, estabelecido no artigo 29 do Tratado da União Europeia, como seu *terceiro pilar*; na verdade, esta iniciativa pode ser qualificada como proposta de adopção duma decisão marco/decisão modelo.

Por outro lado, a doutrina dominante, na Europa, considera que a necessidade de harmonização resulta, também, do *primeiro pilar* do TUE, pois o artigo 94 do Tratado da Comunidade Europeia estabelece o seguinte: “sempre que as diferenças de uma regulação jurídica entre os estados tenham uma incidência directa sobre o funcionamento do mercado comum, ela deve ser harmonizada”.

Tiedemann também destaca que os crimes económicos afectam o bom funcionamento do mercado, por isso, fica justificada a importância e necessidade de harmonização das normas do Direito Penal Económico, quando no âmbito da integração de mercados.

Em síntese, ambos projectos resultam do reconhecimento da necessidade de unificação do Direito Penal no quadro dum sistema jurídico-político de integração regional. Muitos destes crimes são caracterizados como delitos de perigo abstracto, daí a intervenção do Direito Penal, para melhor segurança e protecção dos interesses colectivos.

Ambas representam importantes fontes de inspiração para qualquer iniciativa do género. Trata-se, sem sombra de dúvidas, de documentos de referência obrigatória porque são repositórios da mais sábia doutrina do Direito Penal Económico, sobre esta matéria. Por isso, a harmonização das normas de atinentes à luta contra a criminalidade económico-financeira na África Austral deve se espelhar ou no mínimo espelhar as propostas coligidas nos referidos documentos.

Porém, como se depreende destas iniciativas, qualquer perspectiva de harmonização do Direito Penal Económico deve respeitar os princípios de legalidade, da culpabilidade e de proporcionalidade. Não obstante opiniões no sentido de relativização das garantias, tal como propõe Silva Sanches, no seu Direito Penal de duas velocidades. Neste sentido, é elucidativa a exposição Arroyo Zapatero (1996, p. 1), para quem:

Las tareas mais importantes por realizar por la actual Dogmática penal es adaptar las instituciones tradicionales de imputación objetiva y subjetiva sin afectar el marco de garantías que se desprenden de principios constitucionales de legalidad, culpabilidad, presunción de inocencia, o principio de pessoalidad de la pena.

5 Conclusões

É facto evidente que o processo de integração regional, como resposta à globalização neoliberal, conduz ao surgimento de condições específicas em que se desenvolve uma nova criminalidade de carácter económico-empresarial, com destaque para o protagonismo das corporações, com poderes além-fronteiras, o que exige novas medidas para lhe fazer face. Assim, do que se expôs, pode-se, sinteticamente resumir as seguintes conclusões:

- A harmonização do Direito Penal Económico é possível, necessária e irreversível.
- O processo de harmonização deve orientar-se pela preocupação crescente com a vítima, sem deixar de observar garantias constitucionais clássicas, relativizadas.
- A técnica de tipificação de delitos de perigo abstracto, com efectiva antecipação da tutela penal, parece ser a mecânica mais consentânea aos ditames da instabilidade de criminalidade económica que só obedece à dinâmica comercial movida pelo o lucro.
- Não parece ser recomendável abdicar da aplicação de penas privativas de liberdade, especialmente as mais curtas, que podem exercer um efeito intimidatório eficaz.
- Entre a unificação do Direito Penal e a harmonização, não obstante a primeira parecer mais adequada, a segunda é a que se afigura mais possível e fácil de se efectivar, bastando haver vontade política para o efeito, como ficou demonstrada da análise aos projectos *Eurodelitos* e *Corpus Juris*, valiosas referências doutrinária.
- A sistemática jurídica anglo-saxônica parece ser a mais adequada para a concretização duma fácil e efectiva harmonização legislativa, por ser mais flexível.
- No processo de harmonização legislativa deve-se proceder à mobilização para alcançar a vontade política, sem a qual, mesmo que haja perfeita concepção dogmática, não seria possível a sua concretização, uma vez que os países tendem a ser mais reservados quando se trata de matérias de direito público, quanto mais não seja o de Direito Penal, que representa a manifestação do ego estatal e da soberania.

- Entretanto, não se crê que deva haver receios por parte dos Estados em aderir a um empreendimento com vistas na harmonização legislativa, pois, mesmo que este processo se efective, fica sempre uma reserva mínima de matérias para a iniciativa do legislador nacional, especificamente em matérias inderrogáveis e relativas às especificidades culturais e étnicas de cada Estado.
- Há que considerar que a harmonização do sistema sancionatório, no quadro do espaço territorial de países unidos por uma efectiva integração regional é uma forma de garantir aos cidadãos à realização duma justiça digna porque uniformizada.
- Por outro lado, a harmonização legislativa penal ilustra o compromisso dos Estados de não se constituir em paraíso onde possa acolher delinquentes económicos, só porque aspira ver sua economia a prosperar de forma insustentável.

Em síntese: a nova dinâmica do relacionamento entre nações no quadro dum mercado único deve ser acompanhada de normas penais consentâneas ao tipo de delitos que se espera ocorrer. Não há aspectos dogmáticos que possam inviabilizar a harmonização legislativa, ademais: abundam fundamentos criminológicos e razões de Política Criminal.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO JÚNIOR, João Marcello. A reforma do direito penal econômico brasileiro. *Revista de la Facultad de Derecho Universidad Complutense*. Estudos de derecho penal en homenaje al professor Luis Jimenez de Asua. Madrid: Universidad Complutense, 1986.

_____. *Dos crimes contra a ordem econômica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

BACIGALUPO, Enrique. *El “Corpus Juris” y la tradición de la cultura jurídico-penal de los Estados Miembros de la Unión Europea*. In: _____. Curso de Derecho Penal Económico. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 2005.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

BLANCO LOZANO, Carlos. Dogmática, política criminal y criminología en el sistema de derecho penal. *Cuadernos de Política Criminal*. n. 86, Madrid: CESEJ, 2005.

CERVINI, Raúl; TAVARES, Juarez. *Princípios de cooperação judicial penal internacional no Mercosul*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

COMPARATO, Fabio Konder. O indispensável direito econômico. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, a. 54, v. 353, mar. 1965.

COSTA, José de Faria; ANDRADE, Manuel da Costa. Sobre a concepção e o princípio do direito penal econômico. *Revista de Direito e Economia*, n. 8, 1982.

CRESPO, Eduardo Demetrio. Del derecho penal liberal al derecho penal del enemigo. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Toledo: Universidad de Castilla La Mancha, n. 14, 2004.

DELMAS-MARTY, Mireille. *Modelos e movimentos de politician criminal*. Tradução de Edmundo Oliveira. Rio de Janeiro: Revan, 1992.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*. Teoria do garantismo. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FRAGOSO, Helenio Cláudio. Direito penal econômico e direito dos negócios. *Revista de Direito Penal e Criminologia*, Rio de Janeiro: Forense, n. 33, jan./jun. 1982.

HASSEMER, Wilfried. Perspectivas de uma moderna política criminal. Tradução de Cezar Roberto Bitencourt. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, Revista dos Tribunais, a. 2, n. 8, out./dez. 1994.

HIRISCH, Andrew von. Censura e proporcionalidad. *Censurar y Castigar*, Madrid: Trotta, 1998.

JESUS, Damásio E. de. *Temas de direito criminal*. 3ª Série. São Paulo: Saraiva, 2004.

MARTÍN, Luis Gracia. Globalização econômica e direito penal. – *Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais*. São Paulo, a. 6 n. 10, 2009.

NIETO MARTIN, Adán. *Ordenamiento comunitário y derecho penal económico español. Relaciones en el presente y futuro. Actualidad Penal* n. 34, Madrid: La ley-actualidade, 1995.

PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel. Los delitos de peligro como técnica de incriminación en el derecho penal económico: bases político-criminales. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Espanha: Marcial Pons, n. 11 2003.

PRADO, Luiz Régis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

SCHÜNEMANN, Bernd. Los fundamentos de la responsabilidad penal de los órganos de dirección de las empresas. Obras. Tomo II. Santa Fe: Rubinzal, 2009.

_____. *Ofrece la reforma del derecho penal económico alemán un modelo o un escarmiento?* In: Obras. Tomo II. Colección de autores de derecho penal. Madrid: Ed. Rubinzal-Culzoni, 1992.

SERRANO GOMEZ, Afonso. *Dogmática jurídica, política criminal y criminología*. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Madrid: Estudios Jurídicos, 1980.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Tradução de Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

TAVARES, Juarez. Critérios de seleção de crimes e cominação de penas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: IBCCRIM, 1992. Número especial de lançamento.

_____. *A globalização e os problemas de segurança pública*. *Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais*. São Paulo, 2004.

TIEDEMANN, Klaus. *Lecciones de derecho penal económico: comunitário, español, alemán*. Barcelona: Ed PPU, 1993.

_____. _____. (Dir.). *Introducción. Euvodelitos: el derecho penal económico en la Unión Europea*. Cuenca: Castilla-La Mancha, 2003.

VICENTE MARTÍNEZ, Rosário. *Las consecuencias jurídicas en el ámbito de la delincuencia económica*. Actualidad Penal, n.6, Madrid: La ley-actualidad, 1997.

ZAPATERO, Luis Arroyo. Derecho penal económico y constitución. *Revista Penal*, Huelva, Práxis, a. 1, n. 1, 1996.



*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.*

Luigi Ferrajoli

O GARANTISMO PENAL INTEGRAL:

ENFIM UMA PROPOSTA DE REVISÃO DO FETICHE INDIVIDUALISTA

VLAMIR COSTA MAGALHÃES

Ao referir-se ao movimento iluminista e seus efeitos no campo penal, Schünemann (2005, p. 13) o denominou como o *Big Bang intelectual* que permitiu ao homem sair de sua culpável imaturidade. O fundamento de tal afirmação foi a então almejada busca de legitimação do sistema punitivo por meio da limitação do Estado em prol da máxima liberdade individual. Contextualmente, desde o fim da era feudal e durante os primórdios do liberalismo, a organização do Estado assentou-se na tese rousseuniana (ROUSSEAU, 1996) acerca da existência de uma espécie de contrato social pressuposto, mediante o qual cada indivíduo cederia parcela de sua autonomia em prol da viabilidade da convivência em sociedade, que seria garantida pela autoridade estatal, detentora, em caráter monopolístico, de potencial punitivo para controle de atividades nocivas aos interesses comunitários.

Destarte, segundo a doutrina do pacto ou contrato social, os indivíduos deixariam seu estado de natureza e passariam a viver, vantajosamente, em estado de sociedade. Isso se daria tão somente com o fim de viabilizar a manutenção da liberdade inerente ao estado de natureza mediante limitação da vontade individual pelas regras ditadas pela von-

tade majoritária (*pactum societatis*)¹. Fulcrado nessas premissas, Beccaria construiu os argumentos que, mais tarde, viriam a constituir a base de diversos valores arraigados no discurso criminal da atualidade. Refiro-me, especialmente, à proteção de bens jurídicos individuais como finalidade única do Direito Penal e à preservação do princípio da intervenção penal mínima e seus consectários (fragmentariedade e subsidiariedade do Direito Penal).

Na visão de Beccaria, somente a necessidade de um suporte coletivo para alcançar felicidade e vida digna levou os indivíduos a abrirem mão de parcela de sua liberdade. Ainda assim, isso se daria apenas na medida mínima imprescindível à preservação dos valores sociais mais relevantes, conjuntamente denominados por ele de *depósito de salvação pública*. Este seria, portanto, o fundamento legitimador do poder punitivo estatal².

Costuma-se atribuir a denominação de Direito Penal liberal a este modelo de estruturação do ordenamento penal vislumbrado a partir do período iluminista, sendo inafastável sua vinculação à concepção política, econômica e social vigente à época (MARTIN, 2005, p. 43, 44 e 57). Ocorre que o Direito Penal hodierno tem, sob sua indelegável responsabilidade, a tutela de novos valores e interesses jurídicos decorrentes do mundo contemporâneo, em especial os titulados pela coletividade, sendo destacáveis, entre estes, os ligados à ordem constitucional econômico-social.

¹ Sobre o tema, confira-se o dizer de Baratta (2002, p. 33), *in 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 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”.

² A então nascente classe burguesa tratou de deturpar esta idéia e fazer valer seu poder econômico com vistas na 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 aos montes em meio às camadas mais pobres da população. Sobre as raízes e atualidades da utilização do Direito Penal como mecanismo de controle da classe economicamente miserável, confira-se por todos: DE GIORGI, 2006.

O núcleo do Direito Penal Econômico (protetor da ordem econômico-social constitucionalmente estabelecida)³ está repleto de tipos delitivos voltados à proteção de valores chamados de difusos, coletivos, meta-individuais ou universais (i.e.: titulados por um número indeterminado e indivisível de pessoas), sendo estes consagrados recentemente, isto em se considerando os peculiares padrões temporais do mundo jurídico. Tais interesses guardam essência completamente distinta em relação aos bens jurídicos individuais resguardados pelo Direito Penal clássico.

Como já visto, os direitos fundamentais ascenderam politicamente no final do século XVIII com o advento das revoluções liberais nos EUA e na França, daí porque apareceram no cenário jurídico como esferas impenetráveis de autonomia individual. Modernamente, as liberdades individuais não podem mais ser vistas com tom absoluto ou contraditório para com os demais direitos fundamentais. Portanto, correta é a visão oriunda da doutrina portuguesa segundo a qual a liberdade contida nos direitos fundamentais não corresponde a uma emancipação anárquica, mas sim à autorresponsabilidade na atuação econômica e social. Por isso, também nesses campos, os indivíduos não podem se considerar desligados dos valores comunitários, tendo, ao revés, o dever de respeitá-los (ANDRADE, 2009, p. 156)⁴.

Em que pese não se tratar de tema pacificamente resolvido, há razoabilidade na defesa do acolhimento, ainda que implícito⁵, do princípio da intervenção mínima do Direito Penal pelo ordenamento jurídico brasileiro. Contudo, mesmo os mais ferrenhos críticos do sistema punitivo do Estado têm-se rendido à legitimidade do emprego da tutela penal quanto a valores universais inerentes à ordem econômico-social (BATISTA, 2007, p. 37)⁶. É nesse contexto que se afirma, com ra-

³ A ordem econômica consiste no conjunto de metas estatais constitucionalmente estabelecidas e legalmente detalhadas em relação à economia. O Direito Econômico abrange o conjunto de normas jurídicas que regula a intervenção do Estado na economia. Por sua vez, o Direito Penal Econômico é composto pelo conjunto de normas jurídicas que protege a ordem socioeconômica mediante previsão de delitos e sanções penais. Os delitos econômicos são, portanto, condutas penalmente típicas que têm o fim de prover, preventiva e repressivamente, a segurança e a regularidade da política econômica do Estado.

⁴ O autor aludido utiliza o verbo *respirar*.

⁵ 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, 2007, p. 85).

⁶ 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

zoabilidade, que o modelo liberal de um Direito Penal genuinamente mínimo somente poderia existir no âmbito de um Estado igualmente mínimo que não existe mais (SILVA SÁNCHEZ, 2002, p. 54).

É em meio a tais circunstâncias que o movimento de cunho filosófico-jurídico conhecido como garantismo penal vem ganhando espaço, sendo, não raras vezes, invocado com ares de panaceia defensiva. Pode-se afirmar, inclusive, que se vivencia no Direito Penal contemporâneo do Brasil um autêntico fetichismo⁷ sobre os direitos individuais e, mais especificamente, sobre o direito à liberdade⁸. Por outro lado, a banalização e a promiscuidade com que vem sendo tratada a teoria garantista no Brasil têm contribuído para a deturpação de seu autêntico sentido. Em verdade, o extremismo na visualização dos preceitos garantistas vem sendo concebido com o notório propósito de servir de escudo para a delinquência econômico-empresarial, expressão moderna da criminalidade do colarinho-branco vislumbrada a partir da terceira década do século passado.

Originalmente, aponta-se que o garantismo penal teria surgido na Europa continental como uma corrente da Criminologia crítica. No entanto, a teoria garantista só veio mesmo a ganhar força na Itália, onde constituiu instrumento acadêmico-doutrinário de reação em face do uso flexível do Direito Penal pelo Poder Público. Deve-se esclarecer que, na década de 1970, o governo italiano travou intenso combate a grupos políticos que se valeram de práticas tidas como terroristas para tentar emplacar suas ideias e intenções, dentre eles, as Brigate Rose (Brigadas

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” (BATISTA, 2007, p. 90).

⁷ A palavra fetiche remete à ideia de objeto ao qual se atribui poder sobrenatural e se presta ao culto. Nesse sentido: FERREIRA, 2006, p. 403.

⁸ Nesse sentido, confira-se o dizer de Barreto (2010, p. 8-9), *verbis*: “Os direitos humanos nascem e desenvolvem-se nesse contexto com uma dupla dimensão. Primeiro, tornou-se um processo de recuperar os fundamentos do sistema jurídico na argumentação moral, contrapondo o direito ao paradigma mitológico da lei moderna. Para tanto, tornava-se necessário a substituição da totalidade normativa pretendida pela vontade do soberano por um conjunto de direitos originais, expressão da liberdade e igualdade naturais entre os homens. Mas a passagem do mito para o fetiche irá consumir-se quando a primeira dimensão, que permitiria a legitimação dos processos legislativos, ganha características nitidamente fetichistas, que eleva ao mais alto grau de simbolismo social os direitos originais, quando escorrega para uma totalização dogmática e normativa que repete o paradigma positivista e formalista. Os direitos humanos ganharam assim características que ameaçam desnaturá-los [...] A reavaliação dessa face fetichista dos direitos humanos torna-se assim etapa necessária no processo de situar essa categoria de direitos como constituindo o núcleo moral do estado de direito democrático”.

Vermelhas) (SWAANINGEN, 2002, p. 272-273)⁹. Na atualidade, o retorno às luzes do pensamento penal proposto na formulação garantista tem por adversários correntes tachadas como hipercriminalizadoras, tais como o movimento da Lei e da Ordem e a política de Tolerância Zero, francamente potencializados pelos ingredientes ideológicos da chamada doutrina da Defesa Social (CARVALHO, 2008, p. 78).

Portanto, toda a teorização consubstanciada pelo garantismo penal surgiu como esboço de resposta à emergência da legislação antiterrorista editada na Itália e na Espanha. Como bem sintetizou Araújo Júnior (1999, p. 155), 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. A exemplo dos iluministas que outrora tentaram limitar os abusos punitivos de governos absolutistas, o movimento garantista tentou, mais recentemente, impor limites às manifestações penais de regimes governamentais com resquícios fascistas.

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 de dez princípios básicos – os quais denominou de *axiomas* – para que um determinado sistema normativo-penal venha a ser considerado garantista. Tais axiomas têm a função específica de deslegitimar o exercício absoluto do poder punitivo estatal. Seguindo esse diapasão, os três significados básicos do modelo penal garantista foram sintetizados por Ferrajoli¹⁰ como sendo, simultaneamente, um parâmetro de racionalidade, de justiça e de legitimidade da intervenção punitiva.

Vistas essas premissas, nota-se que, no cotidiano da jurisdição criminal brasileira, tem ocorrido frequentemente uma cega e mecanizada importação da tese garantista. Pode-se afirmar até mesmo que as ideias embutidas no garantismo penal têm sido muito mais citadas do que

⁹ A primeira menção às Brigadas Vermelhas se deu em Milão, em 17.9.1970, 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, 2001, p. 251-253. Tais números alarmantes levaram ao abuso dos instrumentos penais pelo Estado e, em contrapartida, à exacerbação da defesa dos direitos e garantias individuais pela comunidade científica. Como se verá, ambos os focos de radicalização são desprovidos de razoabilidade e legitimidade.

¹⁰ 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, 2006, p. 785.

efetivamente estudadas e conhecidas a fundo, inclusive pela parcela da jurisprudência dos Tribunais Superiores brasileiros¹¹ que tem aplaudido e fomentado o denominado *garantismo à brasileira*¹². No formato em que vem sendo concebido e aplicado por parte da doutrina e jurisprudência brasileiras, esse *garantismo à brasileira* vem a confirmar a assertiva de Massimo Brutti¹³, direcionando-se predominantemente aos crimes do

¹¹ Ainda que não caiba aprofundar a questão devido aos estreitos limites materiais deste estudo, pode-se afirmar que algumas das recentes nomeações para o cargo de ministro do Supremo Tribunal Federal têm sido baseadas, de forma exclusiva e notória, em vexatório apadrinhamento político, o que se dá com fulcro na lamentável – mas politicamente conveniente – redação do art. 101 da Constituição de 1988. Em adendo, cabe enfatizar 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 do principal órgão do Poder Judiciário brasileiro, há apenas um magistrado de carreira e que também jamais atuou na judicatura criminal. Por tais razões, não assusta que apenas em raríssimas oportunidades tenha o Supremo Tribunal Federal logrado levar a cabo ações penais de sua competência originária. Curiosamente, são fatos os acórdãos proferidos pelo aludido órgão jurisdicional, em sede recursal, tratando de matéria penal e processual penal, ou seja, argumenta-se sobre uma realidade que, se conhecida na teoria, ao menos não é posta em prática. Estes fatores inegavelmente comprometem a qualidade e a confiabilidade técnicas da contribuição do Supremo Tribunal Federal para o aprimoramento da Justiça Criminal brasileira. Essa triste realidade foi, recentemente, realçada pela ministra do Superior Tribunal de Justiça, Eliana Calmon, na reportagem intitulada “A Corte dos Padrinhos”, onde disparou: “Certa vez me perguntaram se eu tinha padrinhos políticos. Eu disse: ‘Claro, se não tivesse, não estaria aqui’. Eu sou fruto de um sistema. Para entrar num tribunal como o STJ, seu nome tem de primeiro passar pelo crivo dos ministros, depois do presidente da República e ainda do Senado. O ministro escolhido sai devendo a todo mundo.” Reportagem publicada na *Revista Veja*, ano 43, edição n. 2184, número 39, em 29.9.2010, p. 112.

¹² Há quem afirme que essa equivocada visão tem encontrado amparo em parte da jurisprudência dos tribunais superiores no contexto do que se pode chamar de *garantismo à brasileira*, que nada mais é senão um *discurso legitimador da impunidade por meio da desmedida exaltação da liberdade individual e do abuso do direito de defesa*. Sobre o tema, precisa e integralmente correta é a conclusão de Lenart, segundo o qual, diante de tantos empecilhos que têm sido criados neste campo minado que é o combate à delinquência dourada, seria mais sincero e coerente que os tribunais renunciassem, de uma vez por todas, aos recentes contorcionismos retóricos que têm causado tanta perplexidade. Assim agindo, poderiam, por exemplo, simplesmente rechaçar genericamente a possibilidade de decretação da prisão preventiva em casos de crimes do colarinho-branco por *ausência de risco socialmente relevante*. Lenart afirma ainda que tal medida iria de encontro à ardente reivindicação de parcela dos estudiosos pátrios que não veem na livre e desenvolta atuação de empreendedores desonestos, corruptos empedernidos e roedores de recursos públicos uma ameaça significativa à ordem pública. Assim, em prevalecendo o tal *garantismo à brasileira*, seria finalmente consagrado o lema segundo o qual: *onde não há sangue, não há realmente crime, mas apenas deslizos e contratempos fiscais ou mercadológicos*. Segundo Lenart, a origem do *garantismo à brasileira* se prende a alguns grandes escritórios, mas vem recebendo entusiasmada acolhida por parte de setores do Judiciário e do público especializado, o que talvez se deva mais à ignorância do que à coincidência ideológica já que muitos dos que defendem essas teses exóticas acham que estão seguindo a prática de países mais desenvolvidos, o que não é condizente com a verdade. Cf. LENART, André. *Garantismo à brasileira*. Disponível em: <<http://reservadejustica.wordpress.com/tag/garantismo-a-brasileira>>. Acesso em 30 mar. 2010.

¹³ Massimo Bruti é professor de Direito na Universidade de Roma e, ao comentar as intenções pseudo-garantistas do governo de Silvio Berlusconi quanto à reforma da legislação penal e processual penal da Itália, assim disse: “El garantismo se limita a los delitos de cuello blanco.

colarinho-branco ao passo que, para os delitos comuns, resta o incremento do rigor penal. A falta do devido aprofundamento teórico se faz sensível, a começar, pela ausência de análise ou mesmo menção sobre o comentado contexto histórico-político de formação da teoria garantista.

Na introdução à aludida obra de Ferrajoli (2006, p. 12), Norberto Bobbio já chamava 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 entre o governo italiano e grupos políticos opositores. A batalha de Ferrajoli, citada por Bobbio, acabou por dar origem à sua festejada tese. Portanto, o garantismo penal foi construído no contexto de uma legislação de emergência elaborada em um Estado que buscava reprimir atos terroristas. Mesmo considerando esse quadro de exceção, é imprescindível alertar que Ferrajoli jamais defendeu absurdos, tais como o engessamento interpretativo do Poder Judiciário em prol de uma legalidade pétrea¹⁴. Genuinamente, o garantismo penal não tem qualquer relação com o mero legalismo, formalismo ou processualismo. Percebe-se apenas que o modelo normativo garantista preconiza um programa limitativo da intervenção penal a ser centralizado na tutela de direitos individuais (CARVALHO, 2008, p. 41).

Chama a atenção, por exemplo, a pouca divulgação sobre o fato de Ferrajoli ter reconhecido que, ao lado de uma massiva deflação das proibições legais, um programa de Direito Penal mínimo ou garantista tem também de voltar seus holofotes para a tutela de bens fundamentais, o que implica, necessariamente, uma “maior penalização de condutas, hoje não adequadamente proibidas nem castigadas” (FERRAJOLI, 2006, p. 438)¹⁵. Portanto, até mesmo o grande artífice da teoria garantista-

Para los delitos comunes aumentan las penas. La estrategia es obstruir la investigación de los delitos económicos, despenalizando algunos, reduciendo su plazo de prescripción y alargando la duración de los procesos”. Cf. entrevista concedida ao jornal *El País*, em 9.10.2009, cuja versão integral encontra-se disponível no sítio: <www.elpais.com>. Acesso em: 30 mar. 2010.

¹⁴ Ao discorrer sobre o garantismo penal, o próprio Ferrajoli admitia a existência de espaços de poder interpretativo insuprimíveis, como se vê no trecho 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, 2006, p. 42 e 43).

¹⁵ 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, 2004, p. 89).

ta admite que há campos socialmente relevantes nos quais o legislador penal foi omissivo ou extremamente brando, o que se faz mais marcante no específico setor dos interesses titulados pela coletividade. Trata-se de realidade inaceitável, haja vista que esses valores não guardam relação de antagonismo ou de subsidiariedade para com os direitos e garantias individuais. Ao contrário, há – ou, ao menos, deveria haver – uma salutar relação de simbiose e complementariedade entre eles¹⁶.

O tradicional garantismo negativo sustenta-se na função clássica do Direito Penal, denominada de função liberal-iluminista, ao passo que a visão mais atual preconiza a existência de um duplo viés (negativo e positivo) na teoria garantista. Este último aspecto é sustentado no neoconstitucionalismo¹⁷ – *locus* da própria construção da moderna teoria do bem jurídico-penal (STRECK, 2009, p. 51) – e numa nova visão sobre o princípio da proporcionalidade. Nesse diapasão, o princípio da proporcionalidade, que orienta a avaliação da compatibilidade constitucional dos atos do Poder Público (sobretudo, os normativos), possui duas interfaces: de um lado, a vedação do excesso e, de outro, a proibição de proteção deficiente. É exatamente o mandamento proibitivo de pro-

¹⁶ Sobre o tema, confira-se o 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, 2006, p. 795).

¹⁷ Trata-se de conceito formulado na Espanha e na Itália e quem tem tido ampla reverberação na doutrina brasileira. O aplauso ou crítica às premissas do neoconstitucionalismo configuram uma questão de opção pessoal, sendo, no entanto, indiscutivelmente sensíveis as alterações que vêm ocorrendo na forma de se enxergar o ordenamento jurídico, assim sintetizadas por Sarmiento, *verbis*: “(a) reconhecimento da força normativa dos princípios jurídicos e valorização da sua importância no processo de aplicação do Direito; (b) rejeição ao formalismo e recurso mais freqüente a métodos ou ‘estilos’ mais abertos de raciocínio jurídico: ponderação, tópica, teorias da argumentação etc.; (c) constitucionalização do direito, com a irradiação das normas e valores constitucionais, sobretudo os relacionados aos direitos fundamentais, para todos os ramos do ordenamento; (d) reaproximação entre o Direito e a Moral, com a penetração cada vez maior da Filosofia nos debates jurídicos; e (e) judicialização da política e das relações sociais, com um significativo deslocamento de poder da esfera do Legislativo e do Executivo para o Poder Judiciário” (SARMIENTO, 2010, p. 233-234).

teção deficiente¹⁸ que impede que o legislador penal renuncie arbitrariamente ao emprego do Direito Penal e aos efeitos protetores que dele derivam quando diante de bens jurídicos de inquestionável magnitude (FELDENS, 2005, p. 119)¹⁹.

Muitos dos problemas atuais do Direito Penal decorrem da transformação pela qual vem passando a própria criminalidade vivenciada na sociedade contemporânea. Sensatas são as palavras de Carvalho (2008, p. 81) quanto 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, cabendo concluir que a aludida 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.

É importante salientar que se trata de tema que vulnera interesses de grupos poderosos, sendo esta uma circunstância cuja influência não pode ser desconsiderada no âmbito da discussão acadêmica²⁰. Ademais, é interessante notar que todo esse esforço contrário ao estabelecimento da tutela penal em face dos abusos cometidos no âmbito econômico-empresarial surge, com fachada falsamente garantista, exatamente no momento histórico em que o Direito Penal começa a abordar não só os microinfratores de outrora (em regra, negros, miseráveis e analfabetos), mas também a macrodelinquência no seio da qual avultam criminosos dotados de grande potencial econômico-político e infrações de larga nocividade social.

Nesse aspecto, há que se manifestar concordância com a percepção de Moraes Filho²¹ que, textualmente, asseverou ser curiosa a coincidência

¹⁸ No Brasil, o mais completo estudo sobre o princípio da vedação de insuficiência e suas implicações no Direito Penal é exposto na obra de Baltazar Junior (2010, p. 49-74).

¹⁹ No mesmo sentido, segue a preleção de Sarlet (2004, p. 89): “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 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”.

²⁰ 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, 1981, p. 18).

²¹ Conforme citação proferida na Conferência sobre Crimes contra a Economia Popular, em *Di-*

cia temporal entre a exaltação do unidirecional do garantismo penal (e dos chavões corolários: descriminalização, despenalização e desjudicialização) e a fase contemporânea na qual a ciência penal passa por louvável processo de reequilíbrio.

Se o amor extremado a ideologias jamais constituiu fundamento confiável para qualquer teoria, não é menos real o fato de que a recente emergência de um pseudogarantismo tem o evidente propósito de proteger da incidência da lei penal toda uma classe de agentes que sempre gozou – e, de certa forma, ainda goza – das benesses do aparato punitivo estatal. A teoria garantista parte de uma visão pessimista das relações de poder, em que o Estado figura como entidade intrinsecamente má, o que leva a uma ingênua concepção do homem como *bom selvagem* (CARVALHO, 2008, p. 259). Pois é a essa equivocada premissa que se contrapõe a escorreita 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” (BOBBIO, 2004, p. 87).

Sob todos os aspectos, é lapidar o alerta feito por Schünemann (2002, p. 53) de que o Direito Penal foi historicamente concebido com dois objetivos fundamentais: proteger interesses privados individuais e ter por clientela as camadas mais pobres da população. Portanto, há premente necessidade de revisão desse padrão odioso como decorrência das novas demandas da sociedade. No mesmo sentido, é robusta a fundamentação de Sarlet²², segundo o 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. Seja ele advindo do Poder Legislativo, Executivo ou Judiciário, não há dúvida de que este caminho hermenêutico é inconstitucional à luz da teoria do dever estatal de proteção (eficiente e efetiva) a todos os interesses fundamentais, inclusive os titulados pela coletividade.

Experimenta-se na atualidade a era do Direito Penal constitucional, sendo certo, portanto, que o sistema punitivo deve ser enxergado sob os ditames da Carta Magna. Nesse contexto, não se pode olvidar o acolhimento constitucional de direitos fundamentais de todas as espécies, gerações ou dimensões, e não somente de direitos individuais liga-

reito Penal dos Negócios, coletânea publicada pela Associação dos Advogados de São Paulo, 1990, p. 110, apud CARVALHO, 1992, p. 103-104.

²² Trata-se de tendência de duvidosa constitucionalidade por afronta ao princípio da proporcionalidade, na submodalidade proibição de proteção deficiente a direitos fundamentais. Nesse sentido, confira-se: SARLET, 2005, p. 12.

dos ao binômio liberdade–propriedade. Não há liberdades ou direitos absolutos e assim ocorre para o bem da subsistência harmoniosa em sociedade²³.

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. O cogente aperfeiçoamento da noção garantista passa pela compatibilização da proteção a todas as gerações de direitos humanos como condição para seu reconhecimento pelo Estado, sob pena de indevida institucionalização de um *garantismo autista* (SARLET, 2004). A conjugação das duas vertentes de proteção aos direitos fundamentais conduzirá à formação de um saudável *garantismo penal integral*²⁴, o que não só otimizará a proteção do indivíduo contra eventuais irrationalidades punitivas por parte do Estado, mas, com igual vigor, também permitirá o resguardo eficaz dos anseios da sociedade.

A própria validade da tese garantista está em boa parte ligada à reconstrução da referida tese sob as luzes da proporcionalidade em seu duplo viés, de modo que se possa garantir, na esfera jurídico-penal, respostas adequadas aos avanços da criminalidade atual (SARLET, 2005, p. 121-122). A abolição do Direito Penal e tendências assemelhadas jamais integraram a pauta autenticamente 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. Nesse aspecto, é flagrante a atualidade dos ensinamentos de Hungria (1976, p. 67) que, em caráter visionário, assim renunciou: “[...] 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 delinquência”.

Outrossim, deve-se chamar a atenção para o fato de que a teoria do garantismo penal não é majoritária na doutrina estrangeira, rejeição esta que é especialmente sensível nos países da Europa Continental. Ao revés, o garantismo encontrou perfeito ambiente de difusão numa América Latina assolada por governos autoritários que, a partir da década

²³ 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, 2002, p. 24).

²⁴ Cf. ÁVILA, 2007, p. 61.

da de 1960, geraram, em especial no Brasil e na Argentina, vigorosa restrição penal a direitos individuais²⁵. Parece razoável defender que o erro anterior não deve justificar outro atual, de mesmas proporções ou, quiçá, até maiores. Na correta ilustração de Mendonça (2010, p. 179), o pêndulo que, na época da ditadura, estava voltado para a suposta proteção do Estado em prejuízo das garantias individuais, não pode oscilar totalmente para o outro lado, descurando do interesse comunitário.

Ao discorrer sobre a necessidade de levar a sério os direitos econômico-sociais fundamentais, Canotilho (2006, p. 330) também já advertiu sobre os riscos contidos no *hipergarantismo* que, ao erigir-se como cultura dominante, tem-se convertido em ideologia jurídica de suporte de organizações criminosas. No plano do Direito Penal, as refrações do hipergarantismo explicam também a superlativização da cultura iluminista-liberal centrada na proteção do indivíduo (criminoso) com quase completo desprezo pela vítima que, no caso específico do Direito Penal Econômico, é a própria sociedade²⁶.

Embora as circunstâncias históricas e político-sociais de sua origem expliquem em parte o paradigma garantista, a exacerbação absoluta das chamadas liberdades burguesas não está imune de severas críticas que, em última análise, colocam em xeque as próprias bases do garantismo penal unidimensional. Faz-se necessária, portanto, a adaptação e atualização desta teoria às demandas da sociedade contemporânea, mais especificamente, em atenção ao caráter intrinsecamente complementar das diversas gerações de direitos humanos²⁷. 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, com isso, cogitar sobre um ilusório prejuízo ao núcleo essencial representado pelas conquistas liberais (FREITAS, 2002, p. 7 e 24).

Aliás, resta quase esquecido que a necessidade de convivência harmônica entre os direitos fundamentais de cunho individual e coletivo é

²⁵ Nesse sentido: DE GRANDIS, 2010, p. 368.

²⁶ Segundo Sarmento, o ultragarantismo penal aplicado aos crimes do colarinho-branco seria exemplo da tentativa das elites econômicas e culturais, que perderam espaço na política majoritária, de manterem o seu poder, reforçando no arranjo institucional do Estado o peso do Judiciário, no qual elas ainda têm hegemonia. Cf. SARMENTO, 2010, p. 259.

²⁷ A doutrina constitucionalista costuma traçar distinção entre o gênero *direitos fundamentais lato sensu* (prerrogativas da pessoa decorrentes de sua própria condição humana) e suas espécies: direitos humanos (previstos em tratados internacionais), direitos do homem (sem previsão expressa) e direitos fundamentais em sentido estrito (previstos na Constituição). Neste estudo, tais expressões são tratadas como sinônimas do gênero retrocitado.

expressamente prevista no art. 32 do Pacto de São José da Costa Rica²⁸, que deixa patente a existência de deveres de solidariedade, isto é, de obrigações do indivíduo para com a comunidade na qual se encontra inserido. Logicamente, isso induz à legitimidade da limitação dos direitos de cada pessoa pelas exigências do bem comum no seio de uma sociedade verdadeiramente democrática.

No fundo, o modelo garantista nada mais expressa senão a firme intenção de levar a sério os direitos fundamentais como um todo e foi esta a razão pela qual Luigi Ferrajoli foi chamado de “fundamentalista dos direitos fundamentais” (MARTÍ MARMOL, 2009, p. 365). No entanto, como visto, a tese deste autor italiano é construída no seio de um contexto peculiar e, por conseguinte, retrata uma concepção específica sobre a teoria dos direitos fundamentais, uma visão unidirecional²⁹ onde os direitos fundamentais são concebidos apenas com eficácia negativa em relação às funções estatais³⁰.

²⁸ 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”.

²⁹ Confira-se o comentário de Feldens (2008, p. 69-70) 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, assinando-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”.

³⁰ Em que pese a referência prioritária ao ordenamento processual penal, é aplicável ao tema abordado a apreciação de Bedê Júnior e Senna (2009, p. 25), *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”. No mesmo sentido, segue a impressão de Afrânio Silva Jardim (2002, p. 309-310): “Por tudo isto, é preciso

O Direito Penal precisa galgar maior efetividade no enfrentamento da criminalidade econômico-empresarial e o caminho para tanto, ao contrário do que prega parcela da doutrina e da jurisprudência, não passa por discursos autoritários, arbitrários, usualmente confundidos com o Direito Penal do inimigo ou coisa que o valha. Tem-se aqui um ranço deixado pela época em que o Direito Penal era visto como a Magna Carta do criminoso (HASSEMER, 2003, p. 34), ou seja, um ordenamento regrador dos limites do combate à delinquência. Sob todos os aspectos, confundir o estabelecimento da tutela penal sobre os valores mais relevantes da ordem socioeconômica com tais movimentos configura postura equivocada e constitucionalmente desatualizada³¹. Na contramão da evolução do ordenamento penal-constitucional ao redor do mundo, as recorrentes notícias acerca da resistência jurisprudencial dos tribunais superiores quanto à efetividade da jurisdição criminal no âmbito da delinquência econômico-empresarial permitem vislumbrar a vigência de uma espécie de Era Lochner³² do Direito Penal Econômico brasileiro.

Como acentuam Bedê Júnior e Senna (2009, p. 27-28), a preconceituosa oposição à modernização dos ideais garantistas acaba por gerar uma espécie de *síndrome de Alice*, como se, assim como a citada persona-

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”.

³¹ O diferenciado grau de repercussão do neoconstitucionalismo nas diversas instâncias do Poder Judiciário brasileiro foi assim explicado por Sarmento (2010, p. 254), *verbis*: “[...] boa parte dos juízes de 1ª grau teve a sua formação num ambiente acadêmico que já valorizava o Direito Constitucional e reconhecia a força normativa dos direitos fundamentais e dos princípios constitucionais. Assim, eles tendem a levar para a sua prática profissional esta visão do Direito. Porém, sobretudo na 2ª instância, composta majoritariamente por magistrados que se formaram e foram socializados no seu meio institucional sob a égide do paradigma jurídico anterior, muito mais voltado para os códigos e para a letra da lei do que para a Constituição e seus princípios, há maior resistência à incorporação dos novos vetores constitucionais. Contudo, este fenômeno tende a diminuir com o tempo, seja pela consolidação do paradigma constitucional emergente, seja pela promoção de magistrados mais antenados com o novo constitucionalismo, seja até pela influência do pensamento e das orientações da cúpula do Poder Judiciário sobre todas as suas instâncias”.

³² Nos Estados Unidos, até meados da terceira década do século passado, houve um período que ficou conhecido como Era de Lochner, quando, a partir do caso *Lochner vs. New York*, a Suprema Corte impediu sistematicamente a edição de legislação trabalhista e de outras medidas que implicavam interferência na esfera econômica com base na interpretação da cláusula do devido processo legal. 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. Sobre o tema, confira-se: BARROSO, 1993, p. 90; WOODIWISS, 2007, p. 64, e SARMENTO, 2010, p. 259.

gem, estivéssemos no país das maravilhas, onde não existem indivíduos movidos por cabal descaso para com os valores sociais nem organizações empresariais criminosas com poder suficiente para comprometer a estrutura do Estado e o bem-estar da coletividade³³.

Ao criticar o radicalismo individualista de alguns quanto à compreensão da teoria garantista, Fischer (2006, p. 97) asseverou que a tarefa do moderno Direito Penal consiste em que sejam adotados todos os mecanismos para garantir que as funções sociais se mostrem eficazes na garantia do bom convívio comunitário. Este mesmo autor (FISCHER, 2006, p. 118 e 121) proferiu certa afirmação no sentido de que, à luz de uma ordem constitucional com feições democráticas e sociais, fator este exponenciado pelo princípio da solidariedade, é fundamental superar-se a análise do Direito Penal pelo ângulo puramente individual, estando em voga delitos econômicos que atingem frontal e intensamente interesses da coletividade. O novo paradigma normativo que aqui se defende decorre da assunção definitiva de que os direitos fundamentais não mais se resumem a escudos diante do poder estatal, mas estendem-se à demanda pela proteção do Estado em face de ataques a bens jurídicos socialmente fundamentais oriundos de quaisquer pessoas.

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. No contexto da vigente Constituição de 1988 e do Estado Democrático de Direito por ela sustentado, a função do Direito Penal ultrapassa esses limites para o fim de abranger, sempre que se fizer necessário, o resguardo de todas as categorias de direitos fundamentais, qualquer que seja sua geração ou dimensão. Na perspectiva da moderna hermenêutica dos direitos fundamentais e dos textos normativos a eles concernentes (constitucionais, legais e convencionais), não cabe afastar

³³ 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 combinar os bens jurídicos em conflito, evitando o sacrifício total de uns em relação aos outros, realizando uma 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 precípuas” (MORAES, 2003, p. 46-47).

as tradições em bloco, mas também não se deve aceitá-las acriticamente, referendando seus vícios e distorções (SARMENTO, 2010, p. 224).

Por todo o exposto, não se está aqui a atacar pura e simplesmente o modelo garantista de Direito Penal, mas tão somente defendendo-se a necessidade de que se promova, nos âmbitos científico e pragmático, um *processo de desfetichização* (BARRETO, 2010, p. 9) a fim de que a proposta garantista seja finalmente enxergada e aplicada em sua integralidade, num contexto constitucionalmente atualizado no qual é legítima a tutela penal de interesses metaindividuais. Faz-se impositiva uma releitura ampliada do sistema garantista de modo que se atinja o citado garantismo integral. Filio-me ao entendimento³⁴ que inclui, no campo dos bens jurídicos dignos de tutela penal, valores ligados à ordem constitucional econômico-social não vinculados diretamente a pessoas determinadas, mas sim a toda a coletividade (v.g.: a higidez da ordem tributária e previdenciária, a preservação do meio ambiente e do equilíbrio do mercado de capitais). Em essência, tais interesses jurídicos guardam liame estreito com os princípios mais importantes da vigente Constituição da República e o menosprezo destes pelo Estado, a pretexto de atender aos reclamos de um *garantismo hiperbólico monocular*³⁵, descumpra o princípio da proporcionalidade em seu aspecto de vedação à proteção deficiente dos direitos fundamentais.

³⁴ Nesse sentido: DE GRANDIS, 2010, p. 368.

³⁵ Expressão cunhada por Douglas Fischer (2010, p. 48) para designar a desproporcionalidade da corrente garantista que defende que apenas direitos fundamentais individuais são dignos de receber proteção por norma penal.

REFERÊNCIAS

- ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*. 4. ed. Almedina: Coimbra, 2009.
- ARAÚJO JÚNIOR, João Marcello de. O direito penal econômico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, Revista dos Tribunais, a. 7, n. 25, jan./mar. 1999.
- ÁVILA, Thiago André Pierobom de. *Provas ilícitas e proporcionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Crime organizado e proteção de insuficiência*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*. Introdução à sociologia do direito penal. 3. ed. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, 2002.
- _____. Criminologia e dogmática penal. Passado e futuro do modelo integral da ciência penal. *Revista de Direito Penal*, Rio de Janeiro, Forense, n. 31, jan./jun. 1981.
- BARRETO, Vicente de Paulo. *O fetiche dos direitos humanos e outros temas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- BARROSO, Luís Roberto. A crise econômica e o Direito Constitucional. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, Forense, v. 323, jul./set. 1993.
- BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.
- BEDÊ JÚNIOR, Américo; SENNA, Gustavo. *Princípios do processo penal: entre o garantismo e a efetividade da sanção*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Justiça constitucional e justiça penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 14, n. 58, jan./fev. 2006.
- CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. *Fundamentação constitucional do direito penal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1992.

CARVALHO, Salo de. *Pena e garantias*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

DE GIORGI, Alessandro. *A miséria governada através do sistema penal*. Rio de Janeiro: Revan, ICC, 2006.

DE GRANDIS, Rodrigo. Prisões processuais: uma releitura à luz do garantismo penal integral. In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo (Orgs.). *Garantismo penal integral: questões penais e processuais penais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil*. Salvador/Brasília: Juspodivm/ESMPU, 2010.

FELDENS, Luciano. *A constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle das 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.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 2. ed. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Mini-aurélio: o dicionário da língua portuguesa*. 6. ed. Curitiba: Positivo, 2006.

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

_____. *O que é garantismo penal (integral)?* In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo (Orgs.). *Garantismo penal integral: questões penais e processuais penais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil*. Salvador/Brasília: Juspodivm/ESMPU, 2010.

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

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

HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Cláudio Heleno. *Comentários ao Código Penal*. Arts. 1º ao 10. v. 1. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976. t. 1.

JARDIM, Afrânio Silva. *Bases constitucionais para um processo penal democrático*. In: _____. *Direito processual penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MARTÍ MARMOL, José Luis. *El fundamentalismo de Luigi Ferrajoli: un análisis crítico de su teoría de los derechos fundamentales*. In: CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro. *Garantismo: estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. Madrid: Trotta, 2009.

MARTIN, Luis Gracia. *Prolegômenos para a luta pela modernização e expansão do direito penal e para a crítica do discurso de resistência*. Tradução de Érika Mendes de Carvalho. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005.

MENDONÇA, Andrey Borges de. A reforma do Código de Processo Penal, sob a ótica do garantismo integral. In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo (Orgs.). *Garantismo penal integral: questões penais e processuais penais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil*. Salvador: Juspodivm, 2010.

MONET, Jean-Claude. *Polícias e sociedades na Europa*. Tradução de Mary Amazonas Leite de Barros. São Paulo: Edusp, 2001.

MORAES, Alexandre. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social*. 3. ed. Tradução de Antonio de Pádua Danesi. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

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, ano 12, n. 47, mar./abr. 2004.

_____. *Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência*. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. 12.7.2005. Acesso em: 25 ago. 2008.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: _____. *Por um constitucionalismo inclusivo: história constitucional brasileira, teoria da constituição e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2010.

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*. São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 13, n. 53, mar./abr. 2005.

_____. *Temas actuales y permanentes del Derecho Penal después del milênio*. Madrid: Tecnos, 2002.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

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

SWAANINGEN, René van. Justicia social en la criminología crítica del nuevo milenio. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Madrid, n. 10, 2. ep., 2002.

WOODIWISS, Michael. *Capitalismo gângster: quem são os verdadeiros agentes do crime organizado*. Tradução de C. E. de Andrade. Rio de Janeiro: Ediouro, 2007.

SEÇÃO III

CONSIDERAÇÕES DOGMÁTICAS





À APLICABILIDADE DA
TEORIA DO DOMÍNIO DA ORGANIZAÇÃO
NO ÂMBITO DA CRIMINALIDADE
EMPRESARIAL BRASILEIRA

BRUNA MARTINS AMORIM DUTRA

1 Introdução

A teoria do domínio do fato em virtude de aparatos organizados de poder foi apresentada, de modo inédito, por Claus Roxin, em sua conferência de posse na Universidade de Hamburgo no ano de 1963, e publicada em artigo intitulado “Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate”, na revista alemã de Direito *Goldammer’s Archiv für Strafrecht*. Pouco depois, a pioneira construção dogmática foi publicada no bojo de sua monografia *Täterschaft und Tatherrschaft*¹, que trata da teoria do domínio do fato.

A teoria do domínio da organização (*organisationsherrschaft*), também denominada autoria de escritório, concerne a uma modalidade de autoria mediata, cuja peculiaridade reside em que o autor imediato, em razão de não se encontrar sob o domínio da coação ou do erro, ou seja, agindo livremente e com fiel representação da realidade, é penalmente punível com o autor mediato. Ela foi elaborada pelo citado penalista ante a insuficiência da aplicabilidade das tradicionais figuras de autoria e participação, elaboradas em função da estrutura dos delitos

¹ Ver versão espanhola: ROXIN, 2000, p. 269 e ss.

individuais, aos crimes perpetrados por meio de estruturas de poder organizadas.

Com efeito, a teoria ora em apreço foi concebida tendo em vista os aparatos organizados de poder à margem do Direito, comumente estatais (organizações estatais arbitrárias), que funcionariam de modo automático, ou seja, independentemente da identidade de seus membros. Nessas estruturas, o êxito do plano global dos dirigentes – aqui denominados *homens de trás* – estaria assegurado em função de os executores das suas ordens – os *homens da frente* – serem intercambiáveis e anônimos.

É certo que tanto a viabilidade dogmática da autoria de escritório quanto os seus requisitos configuradores são muito debatidos em sede doutrinária. Para fins do presente artigo, todavia, ganha destaque a intensa discussão existente a respeito do requisito de que a estrutura organizativa atue à margem do ordenamento jurídico, porquanto tal pressuposto constitui o principal óbice à aplicabilidade da teoria do domínio da organização no âmbito da criminalidade empresarial. Assinale-se que tais dissonâncias doutrinárias possuem reflexo na seara jurisprudencial, não sendo possível identificar um posicionamento pacífico acerca da temática nos tribunais.

Na contramão do desenvolvimento da questão em âmbito internacional, salienta-se que, no Brasil, a teoria roxiniana ainda é pouco discutida pelos doutrinadores. Por outro lado, conforme restará evidenciado, identifica-se uma progressiva consagração da figura da autoria mediata em virtude de aparatos organizados de poder pelos tribunais brasileiros, notadamente em casos de criminalidade empresarial. Portanto, verifica-se que a crescente importância que vem sendo adquirida pela teoria não é acompanhada do devido desenvolvimento nacional científico.

Haja vista o exposto, o presente artigo objetiva abordar a tormentosa questão acerca da viabilidade ou não da aplicação da teoria do domínio da organização à criminalidade empresarial. Para tanto, será realizada breve análise do posicionamento da doutrina e da jurisprudência, tanto estrangeira quanto nacional, sobre a temática. Além disso, verificar-se-á a compatibilidade dessa nova modalidade de autoria mediata com o ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que inexiste previsão normativa da figura na legislação pátria.

2 Posicionamento da doutrina estrangeira

É sabido que, na obra *Täterschaft und Tatherrschaft*, Claus Roxin (2000, p. 269-280) apresentou, originalmente, como condições para a caracterização do domínio da organização, a estruturação rigidamente hierarquizada do aparato de poder, sua dissociação em relação ao Direito e a fungibilidade dos executores diretos do delito. Com relação ao segundo requisito mencionado, o penalista explicou que a emanação de instrução ilícita no seio de um Estado de Direito ou de uma estrutura legal intraestatal não possuiria o condão de movimentar a organização, elidindo o domínio do fato por parte do homem de trás.

Consoante Roxin, as normas jurídicas afastariam o domínio da organização do dirigente do aparato em razão da devida expectativa de que as ordens ilícitas não fossem cumpridas. Logo, os executores diretos do delito precisariam ser recrutados individualmente para o plano criminoso, não se satisfazendo o requisito da fungibilidade. Diante disso, a figura da autoria de escritório não poderia ser estendida às hipóteses de criminalidade empresarial, posicionamento este perfilhado pela maioria da doutrina alemã e portuguesa, por exemplo.

Na esteira do pensamento de Roxin, registre-se que a autora Faraldo Cabana (2004, p. 97-100) aduz que, para a configuração dessa nova modalidade de autoria mediata, a organização deveria ter como escopo a prática delitativa em seu próprio benefício ou de seus integrantes, não o fazendo apenas ocasionalmente. No mesmo sentido, Figueiredo Dias (1999, p. 370-371), que, todavia, não exclui que, futuramente, possa assumir posicionamento diverso, em razão de semelhanças funcionais entre as empresas e os aparatos organizados de poder.

Posteriormente, Claus Roxin realizou uma revisão de sua teoria em uma conferência que pronunciou no encerramento de curso de doutorado da Universidade Pablo de Olavide, Sevilla. Naquela oportunidade, o autor matizou o requisito da dissociação da estrutura de poder em relação ao ordenamento jurídico, afirmando ser suficiente para a caracterização do domínio da organização que o aparato estatal se distanciasse do Direito apenas no tocante aos tipos penais realizados (ROXIN, 2000, p. 278). Verifica-se, porém, que a flexibilização encetada cingiu-se à seara da criminalidade estatal, permanecendo o óbice à aplicabilidade da autoria de escritório à delinquência de empresa.

Por seu turno, Kai Ambos (1999, p. 133-165), em artigo dedicado ao tema, defendeu que a detenção do domínio da vontade em função do domínio da organização por parte do homem de trás dependeria

apenas da estruturação rigidamente hierárquica do aparato e da intercambialidade dos executores diretos do delito. Assim, seria irrelevante o fato de o aparato de poder atuar à margem do ordenamento jurídico.

Não obstante, o autor também não admite a extensão da teoria do domínio da organização à esfera da criminalidade econômica, visto que as empresas não constituiriam aparatos rigidamente organizados de poder e que inexistiria em seu âmbito a fungibilidade mecânica dos subordinados. Sem embargo, ressalva Ambos (1999, p. 157) que, se a prática delitiva se tornar predominante, a organização empresarial poderá ser equiparada à máfia, sendo aplicável a teoria do domínio da organização.

Outrossim, segundo Muñoz Conde e Pérez Cepeda, independentemente da pertinência do requisito da desvinculação ao Direito, o principal óbice à incidência da tese roxiniana sobre os crimes praticados no seio de uma organização empresarial consistiria na carência de fungibilidade dos executores. Assim, apontam que, além de a empresa não possuir uma estruturação rígida, a relação existente entre superior e subordinado não seria anônima, inexistindo a necessária intercambialidade (MUÑOZ CONDE, 2002, p. 80; PÉREZ CEPEDA, 2002, p. 115). Consoante a autora espanhola, “en la estructura de una empresa la relación con el subordinado se basa en la distribución o división del trabajo, no en la sumisión ni en la obediencia”².

Nessa esteira, Gómez-Jara Díez (2007, p. 170-175) alude ao fato de que o atual fenômeno da descentralização e funcionalização das empresas enseja o estabelecimento de vínculos transversais em detrimento de uma hierarquia rigidamente linear. Ademais, o autor indica que o desenvolvimento do Direito do Trabalho e do Consumidor, além da demanda por mão de obra especializada, impede a fungibilidade dos empregados.

Considerando o exposto, constata-se que a doutrina estrangeira amplamente majoritária tem-se posicionado contrariamente à incidência da figura da autoria mediata em virtude de aparatos organizados de poder à seara da criminalidade empresarial. Portanto, vêm sendo formuladas diversas alternativas à imputação penal nesses casos.

Claus Roxin (2008, p. 341) propõe que a responsabilização criminal dos dirigentes da organização ocorra em conformidade com as regras dos delitos de infração de dever. Então, o empresário que, sem o

² Loc. cit.

domínio da coação ou do erro, determinar a seu empregado o cometimento de um delito por meio do aparato econômico ou que não obstar a realização do fato deveria ser imputado penalmente como autor em decorrência da sua posição de garante em relação às ações da empresa. Tratar-se-ia, desta feita, de uma modalidade de autoria mediata em virtude da posse de deveres, e não do domínio da organização. Tal entendimento foi acolhido pelo art. 13 do *Corpus Juris* para a defesa dos interesses financeiros da União Europeia³.

Muñoz Conde (2002, p. 59-98; 2000, p. 111-114), por sua vez, defende que os dirigentes da organização empresarial sejam imputados criminalmente a título de coautores com os executores diretos. Tal entendimento é possibilitado, porquanto, para o penalista espanhol, a regra de que a contribuição do coautor precisa ocorrer na fase executória do fato criminoso ainda seria corolário da teoria objetivo-formal, devendo assumir significação diversa ao menos em alguns campos da delinquência, como na empresarial, em que os atos decisórios ostentam maior importância que os executórios propriamente ditos.

Desse modo, na criminalidade de empresa, o autor afirma que haverá domínio funcional do fato quando, a despeito de a deliberação delitiva do órgão colegiado diretor acontecer ainda na fase preparatória, houver estreita vinculação entre ela e a execução do crime, de modo que os dirigentes dominem o fato conjuntamente com os subordinados. Consoante Muñoz Conde (2002, p. 67),

si el fundamento de la coautoría es el llamado *dominio funcional del hecho*, lo importante no es ya solamente la intervención en la ejecución del delito, sino el control o dominio del hecho que un individuo tenga de la realización del mismo, aunque no intervenga en su ejecución estrictamente considerada [grifo do original].

A autora Pérez Cepeda concorda com Muñoz Conde apenas nas hipóteses em que a execução do plano criminoso deliberado é perpetrada por algum dos membros do órgão diretor. Por sua vez, nos casos em que o delito é praticado diretamente por um subordinado que não participara da decisão criminosa, não há coautoria, visto que, na ótica da doutrinadora, inexistente resolução delitiva conjunta nem estruturação

³ Art. 13: “Si un hecho delictivo se comete por cuenta de una empresa por una persona que está sometida a la autoridad del director de la empresa o de otra persona dotada de poder de decisión o control en la empresa, responderá jurídico-penalmente también el director de la empresa o la persona dotada de poder de decisión o de control si tenía conocimiento de la comisión del hecho delictivo, dio instrucciones para su comisión, permitió que el hecho delictivo se cometiera u omitió las medidas de control necesarias”.

horizontal. Os superiores, então, deveriam ser imputados a título de indutores. Tal solução, todavia, conforme reconhece a própria autora, enseja uma lacuna de punibilidade no caso de crimes próprios (PÉREZ CEPEDA, 2002, p. 119-120).

Na direção oposta à doutrina dominante, Silva Sánchez (2001, p. 24-27) alude à possível viabilidade de aplicação da teoria do domínio da organização aos casos em que o delito, não obstante praticado diretamente pelo subordinado, seja determinado pelo empresário. Conforme leciona, “el dominio de las estructuras, de los medios, del modo de configurarse el hecho típico, la estructura jerárquica, pueden permitir la atribución al superior de una autoría mediata *kraft Organisationsherrschaft*”

Entretanto, nas hipóteses em que o empresário atue de forma omissiva, não impedindo a prática delitiva em sua esfera de competência de controle de determinados fatores de risco, Silva Sánchez sustenta a configuração de crime comissivo por omissão. O autor salienta, porém, que esse entendimento não remete a uma posição genérica de garante do empresário, mas sim a um específico compromisso de contenção de risco.

De todo modo, consoante Pérez Cepeda (2002, p. 107), as particularidades que permeiam a criminalidade empresarial demandam uma análise pormenorizada dessa atividade, motivo pelo qual resta comprometida qualquer abordagem genérica sobre o assunto. Então, tendo em vista a temática proposta no presente artigo, as alternativas formuladas à imputação penal dos dirigentes das empresas não serão aprofundadas⁴.

Ante todo o exposto, conclui-se que, a par das insurgências existentes contra a própria viabilidade dogmática da teoria do domínio da organização, os seus requisitos configuradores também são objeto de inúmeras divergências. É certo que o principal óbice à aplicabilidade da construção roxiniana aos casos de criminalidade econômica consiste na exigência da desvinculação do aparato de poder em relação ao Direito. Todavia, diversos autores também erigem como empecilho para tanto os demais pressupostos da autoria de escritório, sustentando ora que as empresas não constituem aparatos organizados de poder, ora que inexistem a fungibilidade dos executores nessas estruturas. A seguir será apreciada a questão da viabilidade da incidência da teoria do domínio da organização à delinquência empresarial na esfera jurisprudencial, notadamente nos tribunais alemães.

⁴ Remete-se às seguintes obras específicas: PÉREZ CEPEDA, 2002, p. 106-121; GÓMEZ-JARA Díez, 2007, p. 141-181.

3 Posicionamento da jurisprudência estrangeira

A teoria da autoria mediata em virtude do domínio da organização foi adotada jurisprudencialmente, de forma pioneira, pela Câmara Nacional de Apelações da Argentina por ocasião do julgamento dos delitos cometidos pela antiga Junta Militar, que foi responsável pelo golpe de Estado de 24 de março de 1976. Já no ano de 1988, o Superior Tribunal Federal alemão (BGH) invocou a construção roxiniana como argumento periférico no caso do rei dos gatos e, finalmente, em 1994, a consagrou como *ratio decidendi* na condenação de três membros do Conselho Nacional de Defesa da extinta República Democrática da Alemanha como autores mediatos pelo homicídio de sete alemães orientais que tentavam atravessar o Muro de Berlim. A partir de então, a figura da autoria de escritório encontrou ampla aceitação na jurisprudência alemã e de diversos países.

Para os fins aqui propostos, é importante destacar o acórdão prolatado em 26.7.1994 pela 5ª Turma do BGH. À vista do conjunto probatório coligido, o tribunal constatou que os três membros do Conselho Nacional de Defesa do RDA, Heinz Kessler, Fritz Streletz e Hans Albrecht, eram dirigentes da estrutura organizada de poder de funcionamento automático e, por meio desta, ordenaram que os atiradores situados sobre o Muro de Berlim matassem os fugitivos. Portanto, foram condenados como autores de escritório dos homicídios perpetrados, com fundamento nos §§ 212 e 25 do StGB⁵, sem prejuízo da responsabilidade penal dos guardas da fronteira⁶. Registre-se que tal condenação foi confirmada pelo Tribunal Constitucional Federal (BVerfG – *Bundesverfassungsgericht*) no ano de 1997.

Insta ressaltar que o Superior Tribunal Federal alemão acrescentou dois requisitos à configuração da nova modalidade de autoria mediata.

⁵ “§ 212: Totschlag (1) Wer einen Menschen tötet, ohne Mörder zu sein, wird als Totschläger mit Freiheitsstrafe nicht unter fünf Jahren bestraft. (2) In besonders schweren Fällen ist auf lebenslange Freiheitsstrafe zu erkennen”. Tradução livre: § 212: Homicídio (1) Qualquer que matar uma pessoa sem ser um homicida de acordo com a seção 211 deve ser condenado por homicídio e se sujeitar à prisão por não menos que cinco anos. (2) Em casos especialmente sérios, a pena deve ser a prisão perpétua.

“§ 25: Täterschaft. (1) Als Täter wird bestraft, wer die Straftat selbst oder durch einen anderen begeht. (2) Begehen mehrere die Straftat gemeinschaftlich, so wird jeder als Täter bestraft (Mittäter)”. Tradução livre: § 25: Autoria. (1) Qualquer pessoa que cometer crime por si mesma ou por meio de terceiro deve ser responsável como autor. (2) Se mais de uma pessoa cometer o crime conjuntamente, cada uma deve ser imputada como autor (coautores).

Cabe registrar que o Superior Tribunal Federal Alemão, assim como o Tribunal de primeira instância, utilizou o StGB ao invés do DDR-StGB (Código Penal da RDA) por disciplinar o caso de modo mais favorável aos réus.

⁶ Ainda antes do julgamento do caso em tela, o BGH já havia condenado soldados de fronteira pelos homicídios por eles diretamente cometidos.

Assim, ao fundamentar o domínio da organização também no fato de o homem de trás desejar o resultado como corolário do seu próprio agir e na disposição incondicionada do executor direto em relação ao fato, assentou a possibilidade de extensão da aplicabilidade da teoria roxiniana a organizações não desvinculadas ao Direito, como as empresas. Nas palavras do tribunal:

[...] hay casos en los que, pese a un intermediario que actúa con completa responsabilidad, la intervención del hombre de atrás conduce casi de forma automática a la realización del tipo perseguido por el mismo. [...] Si en tales supuestos el hombre de atrás actúa conociendo estas circunstancias, y en especial aprovecha la disposición incondicionada del executor inmediato para realizar el tipo, y el hombre de atrás quiere el resultado como consecuencia de su propia actuación, entonces es autor en la forma de autoría mediata. Él posee el dominio del hecho. [...] También el problema de la responsabilidad en las empresas económicas puede solucionarse de esta forma (BGHSt, 40, p. 2706, apud CABANA, 2004, p. 71).

Sem embargo, conforme exposto acima, Claus Roxin (2006, p. 247-248; 2000, p. 655-656; 2008, p. 336-340), na esteira da doutrina alemã majoritária, discorda dessa construção, explicando que, nas organizações que atuam no âmbito do Direito, há a devida expectativa de que os comandos ilícitos emanados pelo superior não sejam cumpridos. Destarte, inexistiria a substitutibilidade dos executores e a disponibilidade consideravelmente elevada do homem da frente ao fato, condições estas imprescindíveis ao funcionamento automático do aparato e, portanto, ao domínio do fato por parte do homem de trás.

A despeito das aludidas críticas à extensão da aplicabilidade da teoria do domínio da organização às estruturas que operem no âmbito da licitude, o Superior Tribunal Federal manteve o posicionamento por ele esposado no caso das mortes no Muro de Berlim em diversos julgamentos posteriores.

Assim, a 2ª Turma do BGH, em 1997, condenou os diretores de uma sociedade a título de autores mediatos por uma remoção de lixo perigosa para o meio ambiente, uma vez que transferiram os resíduos para empresas que não poderiam eliminá-los dequadamente. Essa decisão é criticada por Roxin (2008, p. 338; 2000, p. 661), que sustenta que os dirigentes da organização não detinham o domínio do fato criminoso, mas teriam atuado simplesmente como indutores, já que a decisão final acerca da eliminação perigosa do lixo cabia às empresas que o receberam.

No mesmo ano, a 4ª Turma do BGH condenou os administradores de uma sociedade como autores mediatos dos delitos de estelionato, visto que, a despeito do estado de insolvência da empresa, seus empregados prosseguiram na realização de pedidos de mercadorias. A sentença condenatória, porém, foi proferida mesmo sem a comprovação de “ninguna intervención concreta de los acusados o ni siquiera conocimiento actual de éstos en relación con los pedidos de mercaderías” (WISTRA, 1998, p. 150, apud ROXIN, 2000, p. 662). À vista disso, Roxin (2000, p. 662 e 677; 2008, p. 338-339) combate a inclinação da jurisprudência alemã em aplicar a teoria do domínio da organização para a responsabilização dos dirigentes das empresas por qualquer delito cometido em seu âmbito, independentemente da verificação particular da presença do domínio do fato, considerando a simplificação operada no processo instrutório.

Percebe-se, dessarte, que Roxin, além de rechaçar, desde logo, a incidência de sua teoria sobre os casos de crimes cometidos por uma organização vinculada ao ordenamento jurídico, como são as empresas, critica o emprego automático da autoria de escritório para imputar os empresários, de modo simplificado, como autores mediatos de qualquer atividade criminosa realizada pela organização. É possível afirmar, em última análise, que a demonstrada práxis jurisprudencial alemã conduz a uma inaceitável responsabilização penal objetiva.

Mais recentemente, contudo, nas datas de 26.8.2003⁷ e 2.11.2007⁸, o BGH proferiu decisões em que, não obstante tenha reiterado a aplicabilidade da teoria do domínio da organização à criminalidade empresarial, reconheceu que os empresários acusados de praticar fraude por meio da organização econômica atuaram em coautoria, e não em autoria mediata. Logo, parece que o Superior Tribunal tem-se voltado a analisar a responsabilidade penal dos empresários à luz dos caracteres específicos do caso concreto.

Conclui-se, dessa forma, que, malgrado o entendimento prevalecente na doutrina, a jurisprudência do Superior Tribunal Federal alemão se pacificou no sentido de admitir a aplicabilidade da construção roxiniana aos casos de delinquência empresarial, conquanto que satisfeitos os requisitos para a configuração do domínio da organização pelo dirigente da empresa.

⁷ BGH 5 STR 145/03, em BGHSt 48, 331. Disponível em: <<http://www.hrr-strafrecht.de/hrr/db/abfrage.php?sortieren=relevanz&volltext=bghst&sz=6>>. Acesso em: 30 set. 2010.

⁸ BGH 2 STR 384/07, em NSTz 2008, 89. Disponível em: <<http://www.hrr-strafrecht.de/hrr/2/07/2-384-07.php>>. Acesso em: 30 set. 2010.

4 Tomada de posição

Na esteira do posicionamento delineado pela jurisprudência alemã, entendemos que a teoria da autoria mediata em virtude do domínio da organização é passível de aplicação aos casos de criminalidade econômica. Tal incidência, todavia, não pode ocorrer de forma automática, mas se faz imprescindível à análise concreta dos pressupostos caracterizadores do controle do fato criminoso por parte do dirigente da empresa.

Destarte, mostra-se necessário avaliar se a empresa em questão constitui uma estrutura organizada de funcionamento automático, de modo que o êxito da determinação delitiva originária do seu dirigente reste assegurado pela substitutibilidade dos executores diretos. Parece-nos que o requisito de que a organização esteja desvinculada do ordenamento jurídico não é essencial para a configuração da autoria de escritório, visto que seria possível a detenção do controle do fato por parte do homem de trás com a satisfação dos dois requisitos anteriores.

Conforme é sabido, a teoria do domínio do fato ou teoria objetivo-subjetiva, pioneiramente apresentada por Hans Welzel na obra *Studien zum system des strafrechts*⁹ e desenvolvida por Roxin em sua monografia *Täterschaft und Tatherrschaft*¹⁰, propugna que é autor aquele que realiza um aporte relevante para o cometimento do crime e possui o ânimo de dirigir a realização do fato. Trata-se de um conceito ontológico, uma vez que deriva da realidade fática. Em síntese, o autor delitivo seria aquele que detivesse o efetivo controle do fato criminoso, sendo “señor y dueño de su decisión y su ejecución, y con esto, dueño y señor de ‘su’ hecho, al cual le da forma conscientemente en su existencia y en su forma” (WELZEL, 2007, p. 82-83).

Por conseguinte, os requisitos caracterizadores do domínio do fato em virtude do domínio da organização devem ser estabelecidos de modo a viabilizar a identificação do controle da empreitada criminosa por parte do dirigente da estrutura de poder, sob os pontos de vista objetivo e subjetivo. Nesse contexto, conforme defende Kai Ambos (1999, p. 133-165), a desvinculação do aparato em relação ao ordenamento jurídico não parece ser um pressuposto indispensável para a configuração do domínio da organização.

Argumenta Claus Roxin (2000, p. 276-278) que, nas organizações associadas ao Direito, existiria a devida expectativa de que as ordens

⁹ Tradução: *Estudos acerca do sistema do Direito Penal*.

¹⁰ Ver versão espanhola: ROXIN, 2000.

ilícitas não fossem cumpridas, motivo pela qual não haveria substitutibilidade dos executores, uma vez que estes deveriam ser recrutados individualmente para o plano delitivo. Todavia, tal sustentação recai no próprio requisito da fungibilidade, demonstrando ser este o verdadeiro fator imprescindível para a caracterização do domínio da organização.

Com efeito, é a fungibilidade dos executores que permite identificar o funcionamento automático da organização, de modo que “o atuante imediato é apenas uma roldana substituível dentro das engrenagens do aparato de poder” (ROXIN, 2008, p. 324). Assim, malgrado o destinatário da ordem ilícita seja livre – ao contrário do que ocorre no domínio do erro, da coação e da inimputabilidade –, sua negativa em cumpri-la não frustra o projeto do dirigente, visto que pode ser imediatamente substituído por alguém que, com domínio da ação, aceitará sua execução. Portanto, satisfeito esse requisito, é possível afirmar que o homem de trás possui o domínio do fato em virtude do domínio da organização, independentemente de estar ou não a estrutura de poder dissociada do Direito, sendo autor mediato por deter o controle da empreitada criminosa sob os pontos de vista objetivo e subjetivo.

Assentadas tais premissas, concluímos, em oposição à doutrina estrangeira predominante, que a teoria do domínio da organização pode ser aplicada aos casos de criminalidade empresarial, conquanto se comprove o domínio concreto do fato delituoso por parte do empresário, nos moldes expostos acima, ou seja, considerando que o conceito de autor é ontológico, uma vez demonstrado que a empresa é dotada de organização e que o êxito do plano delitivo do seu dirigente restava assegurado pela fungibilidade dos executores, forçoso reconhecer a configuração da autoria de escritório.

Cumprido ressaltar que o fato de, episodicamente, o projeto criminoso do dirigente da organização não alcançar a *meta optata* não tem o condão de invalidar a construção roxiniana. Ao revés, isso tão somente demonstra a viabilidade da tentativa nos casos de crimes cometidos por estruturas organizadas, assim como ocorre nas hipóteses de domínio da vontade em virtude do erro, da coação ou da inimputabilidade.

Ademais, a aceitação da aplicabilidade da teoria do domínio da organização ao âmbito da delinquência empresarial não afasta por completo a possibilidade de configuração das demais modalidades de autoria delitiva. Consoante leciona Roxin (2006, p. 246), “no todos los delitos provocados por una organización delictiva fundamentan *eo ipso* una autoría mediata de los que ordenan”. Desta feita, à vista dos caracteres específicos do caso concreto, é possível concluir pela ocorrência

da coautoria ou da participação nos casos de criminalidade econômica, caso esteja presente o domínio funcional do fato ou seja a contribuição conferida acessória, respectivamente.

Saliente-se que a construção roxiniana não pode ser vista como uma panaceia para a totalidade dos casos de delinquência empresarial, não cabendo sua invocação para justificar a imputação de todo e qualquer ilícito que ocorra no seio da organização ao seu dirigente, sem que se perquirira acerca da contribuição conferida ao delito e da consciência e vontade no sentido do seu cometimento. Mostra-se indubitável que a utilização da teoria do domínio da organização como critério de imputação delitiva a título de autoria mediata deve respeitar o processo de imputação objetiva e subjetiva inerente a um Direito Penal garantista, respeitando-se, portanto, os direitos fundamentais da pessoa humana.

Por fim, é importante destacar que o entendimento aqui perflhado cinge-se aos casos em que o dirigente da empresa atue de forma comissiva no sentido de proferir um comando delitivo, cujo sucesso se encontre garantido pela automatização da organização. Por seu turno, quando sua conduta for omissiva, não impedindo a produção do resultado criminoso quando devia e podia fazê-lo, não será necessário invocar a teoria da autoria mediata em virtude do domínio da organização, uma vez que se trata de um típico caso de delito comissivo por omissão. O presente posicionamento, por conseguinte, se aproxima do esposado por Silva Sánchez (2001, p. 25), já exposto.

5 A aplicabilidade da teoria do domínio da organização no ordenamento jurídico brasileiro

5.1 Doutrina nacional

É certo que, na doutrina brasileira, a questão sobre a aplicabilidade da autoria de escritório no ordenamento jurídico pátrio, notadamente nos casos de criminalidade econômica, ainda é pouco debatida. No ponto, faremos menção a alguns doutrinadores nacionais que tratam da temática.

O professor Pablo Alflen da Silva, em artigo publicado no ano de 2006 (p. 11-13), constatou que os juristas brasileiros, em geral, somente reconhecem como configuradores da autoria mediata o domínio do erro e o domínio da coação, encontrando-se considerável parcela da doutrina ainda cingida às clássicas modalidades de domínio da vontade,

em que o instrumento não é punível. Diante desse dado fático e dos complexos casos de crimes cometidos por organizações criminosas, o professor propõe um estudo mais aprofundado da teoria roxiniana pelos autores nacionais.

O autor Lemos Júnior (2004, p. 35-69), em artigo específico, abordou a incidência da teoria roxiniana na particular esfera das *organizações criminosas não estatais em sentido estrito*, por ele definidas no bojo da própria obra¹¹. Consoante o doutrinador, uma vez verificados, no caso concreto, os pressupostos do domínio da organização, essa nova modalidade de autoria mediata seria a mais adequada para a responsabilização criminal do dirigente do aparato de poder de funcionamento automático.

Outrossim, os doutrinadores Zaffaroni e Pierangeli, em seu *Manual de direito penal brasileiro* (2006, p. 582-584), expressaram adesão à figura da autoria mediata em razão de aparatos organizados de poder, admitindo que tanto o dirigente da organização quanto o executor delitivo direto que atua livremente possuem o domínio do fato, sendo autores delitivos. Para tanto, eles se reportaram, genericamente, aos requisitos originalmente propostos por Roxin ao formular sua inovadora tese. Seguindo suas lições, o doutrinador brasileiro Rogério Greco (2009, p. 450) reconhece essa forma de autoria atrás do autor, indicando como exemplo de organização não estatal brasileira o conhecido grupo criminoso *Comando Vermelho*.

Saliente-se que o professor Nilo Batista (2005, p. 138-139), reconhecendo a novel figura, ensina, na esteira do asseverado por Roxin, que o executor do comando ilícito emanado pelo dirigente da organização é autor direto porque detém o domínio do fato por meio do domínio da ação, e não o funcional. Ele esclarece que:

Enquanto a autoria (mediata) do autor ou retransmissor da ordem se fundamenta no domínio sobre o decurso do acontecimento de que dispõem, em razão do domínio da vontade de um executor sem fisionomia (fungível), existe autoria direta do executor fundada no domínio da ação; todavia, não estão presentes os requisitos de uma co-autoria.

Ante o panorama exposto neste tópico, constata-se que existem poucas obras nacionais que tratam da teoria do domínio da organiza-

¹¹ De acordo com o autor, as organizações criminosas demandariam a formação de uma unidade com objetivos autônomos, a estrutura mínima de organização, a mistura de atividades lícitas e ilícitas, a perpetuação no tempo, o uso da violência e da intimidação e o objetivo lucrativo ou sócio-político (LEMOS JÚNIOR, 2004, p. 47-50).

ção de modo particularizado. Ademais, nas obras referidas, não se encontra qualquer menção à tormentosa questão sobre a aplicabilidade da nova figura de autoria atrás do autor especificamente aos casos de delinquência econômica. Em síntese, nota-se que a crescente relevância que a teoria do domínio da organização vem adquirindo não produziu semelhante reflexo na doutrina pátria até o momento.

5.2 Jurisprudência nacional

Por outro lado, identifica-se uma progressiva consagração da teoria da autoria mediata em virtude de aparatos organizados de poder pelos tribunais brasileiros, notadamente em casos de criminalidade empresarial. A jurisprudência nacional, portanto, não obstante o entendimento doutrinário predominante em contrário, tem seguido a orientação do Superior Tribunal Federal alemão ao admitir a extensão da construção roxiniana a organizações que atuem no âmbito da licitude, como as empresas.

O Tribunal Regional Federal da 4ª Região, em especial por meio de sua 8ª Turma, possui jurisprudência pacífica no sentido de imputar aos sócios administradores a qualidade de autores de fatos criminosos cometidos pela empresa com base na teoria do domínio da organização. Para tanto, adota, reiteradamente, a seguinte fundamentação jurídica:

A criminalidade contemporânea, sobretudo nos delitos ditos empresariais, é caracterizada, quase sempre, por um verdadeiro e intrincado sistema de divisão do trabalho delituoso no qual são repartidas, entre os agentes executores da ação criminosa, uma multiplicidade de tarefas, cada qual fundamental à consecução do fim comum. As categorias tradicionais de co-autor e partícipe, assim, em vista do modelo organizacional que passou, na época moderna, a caracterizar a prática delitiva societária, não se mostram mais suficientes para a atribuição da responsabilidade penal individual. Foi assim que, a partir de uma formulação idealizada por Claus Roxin em sua monografia *Täterschaft und Tatherrschaft* (“Autoria e Domínio do Fato”) para estabelecer a responsabilidade oriunda dos crimes cometidos pelo Estado nacional-socialista alemão, construiu-se o conceito de autor mediato, ou seja, aquele que, atuando na cúpula da associação criminosa, dirige a intenção do agente responsável pela prática direta do ato delituoso. O autor mediato não tem, propriamente, o domínio do fato, mas sim o domínio da organização, que, segundo o vaticínio de Jorge de Figueiredo Dias, “constituye una forma de dominio-de-la-voluntad que, indiferente a la actitud subjetivo-psicológica del específico ejecutor, no se confunde con el dominio-del error o con el

dominio-de-la-coacción, integrando un fundamento autónomo de la autoría mediata” (Autoría y Participación en el Dominio de la Criminalidad Organizada: el “Dominio de la Organización”. In: OLIVÉ, Juan Carlos Ferré e BORRALLO, Enrique Anarte. *Delincuencia organizada* – aspectos penales, procesales y criminológicos. Huelva: Universidad de Huelva, 1999).

“En la discusión que ha sucedido a la construcción científica de la autoría mediata”, pondera Carlos Gómez-Jara Diez, “[...] puede observarse cómo la piedra angular radica en el criterio que fundamenta el dominio de la organización”, consignando o referido doutrinador, a respeito, que “la responsabilidad del superior jerárquico viene dada por su ‘dominio de la configuración relevante superior’”. Salienta, sobretudo, que “esta posibilidad entra en consideración cuando el superior jerárquico sabe más sobre la peligrosidad para los bienes jurídicos que su propio subordinado” (¿Responsabilidade penal de los directivos de empresa en virtud de su dominio de la organización? Algunas consideraciones críticas. *Revista Ibero-Americana de Ciências Penais*. Porto Alegre: ESMP, 2005, n. 11, p. 13)¹².

Cumprе destacar que tal solução é utilizada por aquele órgão julgador não apenas nos casos em que o administrador determina a prática delitiva ao empregado, mas também quando, estando ciente da ocorrência criminosa e possuindo capacidade de impedi-la, mantém conduta omissiva. Isto é, considera-se que o dirigente da organização empresarial é autor mediato do delito ainda que atue de forma omissiva. No desiderato de ilustrar a referida assertiva, é oportuno transcrever parcela de algumas decisões judiciais proferidas pela 8ª Turma do TRF da 4ª Região:

Independentemente de a pessoa responsável pelo recolhimento da receita fiscal (autor) ter ou não determinado a prática de qualquer das condutas arroladas nos incisos do *caput* do art. 1º da Lei n. 8.137/1990 para iludir a fiscalização tributária, caso tome conhecimento da ocorrência de alguma hipótese entre as tipificadas nos incisos do *caput*, e, conscientemente, utilize-se da situação fática proporcionada para praticar a supressão ou redução da carga tributária, é autor do delito pelo domínio do fato. [...] No caso em tela, Venitor João Bruschi, na qualidade de administra-

¹² TRF4, ACR 2005.71.00.003278-7, 8ª Turma, relator Paulo Afonso Brum Vaz, DE de 24 set. 2008; TRF4, ACR 2005.71.11.003847-4, 8ª Turma, relator Paulo Afonso Brum Vaz, DE de 26 mar. 2008; TRF4, ACR 2000.72.04.001208-1, 8ª Turma, relator Paulo Afonso Brum Vaz, DE de 16 abr. 2008; TRF4, ACR 2001.70.09.001504-1, 8ª Turma, relator para Acórdão Paulo Afonso Brum Vaz, DE de 9 maio 2007.

dor do empreendimento, estava ciente da ocorrência do delito e tinha condições para impedir sua concretização. É, nos termos da teoria do domínio da organização retrocitada, autor do crime de sonegação fiscal¹³.

Aplicação da teoria do domínio da organização, onde se considera autor quem tem o controle final do fato e decide sobre a prática, circunstância e interrupção do crime¹⁴.

Não é crível que, possuindo qualificação técnica exigida para laborar em empresa de vulto, um profissional acostumado às lides contábeis desconhecesse as sérias irregularidades tributárias que estavam sendo cometidas senão diretamente por ele, ao menos sob sua supervisão (por quaisquer que fossem os executores diretos das fraudes constatadas), detendo, pois, o *domínio da organização*¹⁵.

[...] o gestor da empresa – ainda que não tenha atuado diretamente na falsificação da CND – tinha ciência da existência de obstáculo à obtenção do documento imprescindível à liberação do financiamento, bem como acabou concordando com os termos do documento ansiosamente aguardado¹⁶.

Contudo, de acordo com as lições revisadas de Claus Roxin, a autoria mediata em razão do domínio da organização se dá quando o dirigente do aparato organizado de poder dissociado do ordenamento jurídico comanda um plano criminoso, cujo êxito esteja assegurado pela fungibilidade e disposição consideravelmente elevada dos executores do fato. Percebe-se, assim, que o TRF da 4ª Região se distanciou da concepção roxiniana não apenas no tocante ao requisito da desvinculação ao Direito, mas também em relação ao caso-padrão comissivo indicado pelo penalista alemão.

Conforme evidenciado acima, entendemos que é possível a configuração da autoria de escritório mesmo nos casos em que a organização não esteja dissociada do Direito, desde que demonstrado o domínio do fato do dirigente por meio do funcionamento automático da estrutura. Todavia, tal construção só seria cabível nas hipóteses em que a conduta do empresário é comissiva.

¹³ TRF4, ACR 2005.71.00.003278-7, 8ª Turma, relator Paulo Afonso Brum Vaz, DE de 24 set. 2008.

¹⁴ TRF4, ACR 2005.71.11.003847-4, 8ª Turma, relator Paulo Afonso Brum Vaz, DE de 26 mar. 2008.

¹⁵ TRF4, ACR 2004.04.01.025529-6, 8ª Turma, relator Eloy Bernst Justo, DE de 27 jun. 2007.

¹⁶ TRF4, ACR 2001.70.09.001504-1, 8ª Turma, relator para Acórdão Paulo Afonso Brum Vaz, DE de 9 maio 2007.

Parece-nos que a exigência da fungibilidade dos executores, requisito este nuclear do domínio da organização, não se coaduna com uma conduta omissiva por parte do dirigente do aparato. Inexistindo a determinação de uma ordem ilícita, não há que se falar que seu cumprimento está assegurado pela substitutibilidade do indivíduo que, eventualmente, se recuse a fazê-lo. Ao revés, na medida em que sejam suficientes a ciência da prática criminosa pelo gestor da sociedade empresarial e o poder de obstá-la, parece irrelevante aferir a possibilidade de substituição do executor direto, mostrando-se mais adequada a figura dos crimes comissivos por omissão. Talvez por esse motivo o tribunal, nos julgados supracitados, não aprecie a ocorrência desse dado fático para ca-racterizar o domínio da organização.

É importante, outrossim, salientar que o TRF da 4ª Região, em alguns momentos, trata do domínio da organização como se fosse hipótese distinta do domínio do fato. Desse modo, afirma que o autor mediato “não tem, propriamente, o domínio do fato, mas sim o domínio da organização”¹⁷. Contudo, a doutrina predominante, inclusive Roxin, assevera que o domínio da organização, como forma do domínio da vontade – assim como são o domínio do erro, da coação e da inimpunibilidade –, corresponde a modalidade específica do domínio do fato, o qual, desta feita, constitui gênero.

Paralelamente, constata-se que o TRF da 3ª Região também já manifestou concordância com relação à aplicabilidade da autoria mediata em virtude de aparatos organizados de poder a hipóteses de criminalidade empresarial. Nesse sentido, é válido destacar parte da seguinte decisão:

Embora provada a participação do agente no delito, não resulta evidente, pelo registro de 4 (quatro) ocorrências policiais, que a acusada, posto que cônjuge do co-réu, tivesse domínio da organização criminosa (“escritório” para obtenção de benefícios previdenciários mediante fraude), considerado que o último apresenta 156 (cento e cinquenta e seis) registros dessa natureza¹⁸.

No caso aludido, portanto, aquele tribunal fez remissão à construção roxiniana, ainda que tenha entendido, à vista dos dados fáticos disponíveis, não ser a acusada, esposa do falecido corréu, autora de escritório.

¹⁷ TRF4, EIACR 2001.70.09.001504-1, 4ª Seção, relator Tadaaqui Hirose, *DE* de 23 jul. 2007; TRF4, ACR 2005.71.00.003278-7, 8ª Turma, relator Paulo Afonso Brum Vaz, *DE* de 24 set. 2008; TRF4, ACR 2005.71.11.003847-4, 8ª Turma, relator Paulo Afonso Brum Vaz, *DE* de 26 mar. 2008; TRF4, ACR 2000.72.04.001208-1, 8ª Turma, relator Paulo Afonso Brum Vaz, *DE* de 16 abr. 2008; TRF4, ACR 2001.70.09.001504-1, 8ª Turma, relator para Acórdão Paulo Afonso Brum Vaz, *DE* de 9 maio 2007.

¹⁸ TRF3, ACR 2000.03.99.018297-4, 5ª Turma, relator André Nekatschalow, *DJU* de 25 nov. 2003.

Impende destacar que o TRF da 2ª Região, em recente *decisum*, mencionou expressamente a teoria do domínio da organização como fundamento jurídico para condenar dois sócios que exerciam a gerência da empresa na qualidade de autores mediatos por delito contra a ordem tributária. Destarte, a partir da constatação de que os réus detinham poder decisório na sociedade empresarial, por meio do qual autorizaram a utilização de notas fiscais falsas para reduzir ou suprimir tributo devido, o tribunal entendeu caracterizado o domínio do fato em virtude do domínio da organização. Nos termos do acórdão prolatado:

Tem-se, assim, que os acusados não falsificaram diretamente as notas fiscais indevidamente contabilizadas pela Ribeiro Engenharia, mas autorizaram a sua utilização para fins de redução ou supressão de tributos devidos pela empresa à União, sendo tal fato bastante para configurar o crime previsto no inciso III do art. 1º da Lei n. 8.137/1990.

[...]

É de se ressaltar, neste ponto, que não se está aqui atribuindo responsabilidade penal objetiva aos acusados, mas, apenas, aferindo a autoria do delito com base na teoria do domínio do fato, isto é, verificando dentre todos os sócios e administradores da Ribeiro Engenharia qual deles possuía poderes decisórios suficientes para definir os rumos da sociedade.

Sobre o tema, assim leciona José Paulo Baltazar Júnior, na sua obra *Crimes Federais*, Porto Alegre, 2009, Livraria Editora do Advogado, 4ª edição, p. 421; *verbis*: “A peculiaridade dos crimes contra a ordem tributária é a seguinte: a conduta em si é suprimir ou reduzir tributo mediante fraude, que pode ser o lançamento de uma nota fiscal com valor menor do que o real, por exemplo. Em muitos casos, quem faz o lançamento, ou seja, quem produz materialmente a nota fiscal e quem produz a declaração que vai ser encaminhada à repartição fazendária não é o sócio-gerente nem o diretor, mas sim um empregado. Em tais casos, quem será considerado autor? Para essa pergunta, tem-se dado a seguinte resposta: nesses delitos, autor é quem detém o domínio da conduta, ou seja, o domínio final da ação, de acordo com a *teoria do domínio do fato* (Jesus: 17) ou *domínio da organização* (TRF4, AC 2004.04.01.025529-6/RS, Eloy Justo, 8ª T., m., 13.6.2007), porque é este quem decide se o fato vai acontecer ou não, independentemente dessa pessoa ter ou não realizado a conduta material de falsificar a nota fiscal. Isso é muito importante, porque geralmente não é o administrador quem pratica a conduta, embora tenha o domínio final sobre a decisão de praticar ou não a conduta delituosa. Assim, autor será sempre o administrador, que pode ser o sócio-gerente, diretor, administrador por procuração de sócio;

administrador de fato que se valha de um *laranja* figurado formalmente como administrador, mas que não tem nenhuma relação com a empresa, a que apenas emprestou o nome [...]”¹⁹.

Registre-se, por fim, que a figura da autoria de escritório também vem sendo reconhecida em sentenças judiciais prolatadas por juízos de 1ª instância de diversas localidades²⁰. Ante todo o exposto, conclui-se que a nova modalidade de autoria mediata elaborada por Roxin vem adquirindo crescente relevância na seara jurisprudencial brasileira, em especial no campo da criminalidade econômica.

5.3 Compatibilidade com a legislação pátria

Em diversos ordenamentos jurídicos estrangeiros, a legislação penal vigente é indubitavelmente receptiva à figura do autor atrás do autor, e, conseqüentemente, da autoria mediata em virtude de aparatos organizados de poder. Tal constatação advém da célebre e genérica disposição que considera ser autor delitivo todo aquele que comete o fato típico por intermédio de outrem, sem especificar se este precisa carecer de responsabilidade criminal.

A título exemplificativo, inserem-se nesse quadro normativo os seguintes preceitos, uma vez que consagram um tipo genérico de autoria mediata: arts. 25 do StGH²¹, 28 do Código Penal espanhol²², 26 do português²³, 20, § 2º, do boliviano²⁴, 45 do argentino²⁵, 13, IV, do Código Penal Federal do México²⁶ e, em âmbito internacional, art. 25, III, *a*, do

¹⁹ TRF2, ACR 1996.50.01.002232-8, 1ª Turma, relator Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, *DJ* de 13 nov. 2009.

²⁰ Como exemplo: 3ª Vara Criminal da Seção Judiciária do Pará, 2004.39.00.003810-0, juiz Leonardo Augusto de Almeida Aguiar, julgamento em 20.8.2008; 2ª Vara de Araraquara, 20ª Subseção, 2005.61.20.004991-3, juiz Vera Cecília de Arantes Fernandes Costa, *DO* 14 jan. 2008.

²¹ Ver nota de rodapé n. 17.

²² Art. 28: “Son autores quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento. También serán considerados autores: a) Los que inducen directamente a otro u otros a ejecutarlo. b) Los que cooperan a su ejecución con un acto sin el cual no se habría efectuado”.

²³ Art. 26: Autoria. “É punível como autor quem executar o facto, por si mesmo ou por intermédio de outrem, ou tomar parte directa na sua execução, por acordo ou juntamente com outro ou outros, e ainda quem, dolosamente, determinar outra pessoa à prática do facto, desde que haja execução ou começo de execução”.

²⁴ Art. 20, § 2º: “Es autor mediato el que dolosamente se sirve de otro como instrumento para la realización del delito”.

²⁵ Art. 45: “Los que tomasen parte en la ejecución del hecho o prestasen al autor o autores un auxilio o cooperación sin los cuales no habría podido cometerse, tendrán la pena establecida para el delito. En la misma pena incurrirán los que hubiesen determinado directamente a otro a cometerlo”.

²⁶ Art. 13: “Son autores o partícipes del delito: IV. Los que lo lleven a cabo sirviéndose de otro”.

Estatuto de Roma²⁷. Cabe assinalar que, malgrado exista uma corrente doutrinária no sentido de que o emprego do termo *instrumento* pela norma penal se refira necessariamente a pessoa impunível, remetendo às hipóteses clássicas de autoria mediata, Ibáñez (2006, p. 46) leciona que, atualmente, “se usa mayoritariamente de manera indistinta los términos de *instrumento*, *persona intermedia* u *hombre de delante*”.

O ordenamento jurídico-penal brasileiro, sem embargo, não comporta semelhante preceito, dado que o art. 29 do Código Penal nacional se limita a dispor que “quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade”. Assim, percebe-se que a legislação penal pátria não consagrou a autoria mediata como gênero, mas apenas previu formas específicas dessa figura, como a coação moral irresistível e a obediência hierárquica, em que a pessoa interposta é impunível.

Entendemos, no entanto, que tal situação normativa não impede a aplicabilidade da autoria de escritório no ordenamento brasileiro. Assumindo o pressuposto de que o conceito de autor delitivo é ontológico, razão pela qual deriva da realidade fática, e não da norma, concluímos que o reconhecimento da autoria mediata em virtude de aparatos organizados de poder não constitui afronta ao princípio da legalidade, ainda que inexista previsão normativa específica.

No afã de corroborar a referida assertiva, destaquem-se as lições de Zaffaroni e Pierangeli (2006, p. 570), no sentido de que “os conceitos de autor, cúmplice e instigador não são conceitos criados pelo direito penal, e sim tomados da vida cotidiana, da realidade, do ôntico”. Do mesmo modo, Rogério Greco (2009, p. 431) sustenta que “antes de serem conceitos jurídicos, autoria e participação são conceitos imanentes ao homem, isto é, já existem dentro de nós antes de qualquer definição jurídica”.

Assentada essa noção, é cabível afirmar que a imputação penal do sujeito a título de autor delitivo exige a verificação do domínio do fato no caso concreto, aferindo-se se ele, efetivamente, detinha o controle da prática delitiva sob os pontos de vista subjetivo e objetivo. Portanto, demonstrado o domínio do fato a partir da realidade fática, ainda que por meio do domínio da organização, reputamos caracterizada a autoria criminosa, independentemente de particular previsão legal.

²⁷ Art. 25, III, a: “Comete ese crimen por sí solo, con otro o por conducto de otro, sea éste o no penalmente responsable”.

Nesse sentido, segundo Claus Roxin (2000, p. 279-280), sua teoria não é uma construção *ad hoc*, uma vez que o domínio do fato, o qual consiste no critério distintivo entre autoria e participação majoritariamente aceito, corresponde a um conceito aberto. Nos termos empregados pelo penalista alemão:

El concepto de dominio del hecho no es, pues, algo listo desde el principio, cerrado en sí mismo, a lo que quepa someter cualquier supuesto de hecho por la vía de la mera subsunción, sino que sólo obtiene su forma concreta discurriendo por los distintos ámbitos de la materia de regulación, cada uno de los cuales añade al concepto no cerrado de autor nuevos rasgos concretos.

Convém ressaltar, contudo, que o dado de compreendermos o domínio do fato como conceito ontológico não desautoriza uma consagração normativa expressa da autoria de escritório. Ao revés, a previsão legal da figura se mostra aconselhável porquanto contribui para a segurança jurídica, findando-se as eventuais discussões doutrinárias acerca de sua compatibilidade com o arcabouço legislativo brasileiro.

Por oportuno, é válido salientar que já existem dispositivos na legislação penal extravagante abertos à autoria mediata em razão do domínio da organização, em que pese ser discutível a aplicabilidade da novel construção teórica a tais casos. Nesse sentido, apontem-se os arts. 11, *caput*, da Lei n. 8.137/1990²⁸, e 75 do Código de Defesa do Consumidor²⁹, cuja aparente inutilidade vislumbrada por Guilherme Nucci (2007, p. 76 e 924), portanto, restaria superada por aquele entendimento.

O art. 2º da Lei n. 9.605/1998³⁰, entretanto, apesar da semelhança redacional que ostenta em relação àqueles preceitos, não deve ser invocado como exemplo da mencionada inclinação direcionada à consagração legislativa da autoria de escritório. Tendo em vista que ele prevê uma conduta omissiva por parte do dirigente da pessoa jurídica, não

²⁸ “Art. 11: Quem, de qualquer modo, inclusive por meio de pessoa jurídica, concorre para os crimes definidos nesta Lei, incide nas penas a estes cominadas, na medida de sua culpabilidade”.

²⁹ “Art. 75: Quem, de qualquer forma, concorrer para os crimes referidos neste Código incide nas penas a esses cominadas na medida de sua culpabilidade, bem como o diretor, administrador ou gerente da pessoa jurídica que promover, permitir ou por qualquer modo aprovar o fornecimento, oferta, exposição à venda ou manutenção em depósito de produtos ou a oferta e prestação de serviços nas condições por ele proibidas”.

³⁰ “Art. 2º: Quem, de qualquer forma, concorre para a prática dos crimes previstos nesta Lei, incide nas penas a estes cominadas, na medida da sua culpabilidade, bem como o diretor, o administrador, o membro de conselho e de órgão técnico, o auditor, o gerente, o preposto ou mandatário de pessoa jurídica, que, sabendo da conduta criminosa de outrem, deixar de impedir a sua prática, quando podia agir para evitá-la”.

se coaduna com o caso padrão comissivo de domínio da organização tratado pela doutrina. Conforme reconhece Nucci (2007, p. 761-762), a parte final do art. 2º da Lei Ambiental constitui um adendo ao art. 13, § 2º, *a*, do Código Penal brasileiro, prevendo hipótese de crime comissivo por omissão em função da posição de garante dos sujeitos indicados. Nesse caso, por conseguinte, o doutrinador não vislumbra inutilidade, mostrando-se, de fato, descabido invocar o domínio da organização.

Por fim, a teor do art. 62, I, do CP³¹, é cabível aduzir que o controlador do aparato de poder, responsável penalmente pelo delito promovido na qualidade de autor mediato em virtude do domínio da organização, está sujeito à mencionada agravante genérica. Destarte, embora o ilustre professor Nilo Batista (2005, p. 106-107), em obra específica sobre concurso de agentes, assevere que tal circunstância agravante só é aplicável aos casos de coautoria delitiva, aparenta ser viável sua incidência também nas hipóteses de autoria de escritório, uma vez que o homem de trás detém o controle do fato criminoso perpetrado diretamente por seus subordinados, dirigindo a atuação delitiva.

No sentido da aplicabilidade da causa de aumento de pena prevista no art. 62, I, do CP ao autor de escritório, destaque-se o autorizado magistério de Rogério Greco (2009, p. 580). O doutrinador, assim, ilustra o cabimento da agravante nos casos de delitos determinados pelos dirigentes das conhecidas organizações *Comando Vermelho, Primeiro Comando da Capital e Esquadrões da Morte*.

Em síntese, é possível assentar que, com base em um conceito ontológico de autoria delitiva, a teoria do domínio da organização, a despeito da ausência de previsão legislativa genérica, é compatível com o ordenamento jurídico brasileiro, não afrontando o princípio da legalidade. Ainda assim, afigura-se adequada uma consagração normativa expressa da figura a fim de se resguardar a segurança jurídica. Ademais, o autor mediato, ao organizar e direcionar a prática criminosa por meio do aparato de poder, estaria sujeito à causa de agravação de pena enunciada no art. 62, I, do CP.

6 Conclusão

O presente artigo buscou abordar as principais implicações da questão acerca da viabilidade da aplicação da teoria da autoria mediata

³¹ “Art. 62: A pena será ainda agravada em relação ao agente que: I – promove, ou organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais agentes”.

em virtude do domínio da organização à esfera da criminalidade empresarial. Consoante exposto, a maioria da doutrina estrangeira é contrária a essa extensão e a literatura jurídico-penal nacional mostra-se silente quanto ao tema. Por seu turno, a jurisprudência do Superior Tribunal Federal alemão se pacificou no sentido de admitir a autoria de escritório quando presente o domínio da organização nos casos de delinquência de empresa e os tribunais nacionais vêm se inclinando, progressivamente, nessa direção. Verifica-se, destarte, que se trata de questão assaz debatida.

Conforme assinalado, o maior óbice à incidência da autoria de escritório sobre os casos de criminalidade empresarial consiste no requisito, originalmente formulado por Claus Roxin, da dissociação da estrutura organizada de poder em relação ao ordenamento jurídico. Sem embargo, sustentamos que tal exigência não é indispensável para a configuração do domínio da organização, uma vez que o fator central para o funcionamento automático do aparato, o qual confere ao seu dirigente o controle do fato criminoso, seria a fungibilidade dos executores diretos. Portanto, uma vez evidenciado ser a empresa em questão dotada de organização e estar presente a substitutibilidade dos executores, entendemos ser possível afirmar que o autor mediato detém o domínio da vontade do intermediário – o qual atua com liberdade – em virtude do domínio da organização.

Considerando, porém, que a definição de autor delitivo é ontológica, no sentido de corresponder à “figura central del suceso concreto de la acción” (ROXIN, 2000, p. 569), é imprescindível que se depreenda dos dados fáticos do caso concreto o domínio efetivo do fato criminoso por parte do homem de trás. A teoria roxiniana do domínio da organização não pode ser compreendida como uma panaceia em todo e qualquer caso de criminalidade econômica, além do que lhe é defeso funcionar como arcabouço para uma velada responsabilização penal objetiva. Ao revés, o processo de imputação nos delitos empresariais também deve respeitar os direitos fundamentais da pessoa humana, notadamente o princípio da culpabilidade.

É importante ressaltar que o campo de incidência da referida construção teórica corresponde, a nosso sentir, somente às condutas criminosas comissivas, praticadas por estruturas organizadas de poder. Os casos de omissão do dirigente do aparato, quando podia e devia agir a fim de evitar o resultado delituoso, então, parecem ser mais adequadamente regulados pelas regras atinentes aos crimes comissivos por omissão.

Malgrado essa nova modalidade de autoria mediata não esteja disciplinada expressamente pela legislação brasileira, entendemos admis-

sível sua aplicabilidade no ordenamento jurídico pátrio, haja vista derivar o conceito de autor delitivo da realidade fática, e não da norma. Portanto, afigura-se necessário que o efetivo domínio do fato do dirigente da organização seja comprovado no caso concreto.

Ante todo o exposto, conclui-se que, efetuada a devida reformulação da concepção roxiniana sobre o tema, notadamente em relação ao requisito da dissociação do aparato em relação ao Direito, a teoria do domínio da organização pode ser estendida aos casos de criminalidade empresarial.

REFERÊNCIAS

AMBOS, Kai. Dominio del hecho por dominio de voluntad en virtud de aparatos organizados de poder. Una valoración crítica y ulteriores aportaciones. Tradução de Manuel Cancio Meliá. *Revista de derecho penal y criminología*, n. 3, 1999.

BATISTA, Nilo. *Concurso de agentes: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CABANA, Patricia Faraldo. *Responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas: la autoría mediata con aparatos organizados de poder*. Valencia: Librería Tirant lo Blanch, 2004.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

GÓMEZ-JARA Díez, Carlos. ¿Responsabilidad penal de los directivos de empresa en virtud de su dominio de la organización? Algunas consideraciones críticas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 15, n. 68, 2007.

GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte geral*. 11. ed. rev., ampl. e atual. v. 1. Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

IBÁÑEZ, Eva Fernández. *La autoría mediata en aparatos organizados de poder*. Granada: Comares, 2006.

LEMOs JÚNIOR, Arthur Pinto. A responsabilidade criminal do “homem de trás” das organizações criminosas. *Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo*, ano 3, n. 1, 2004, p. 35-69.

MUÑOZ CONDE, Francisco. Problemas de autoría y participación en el derecho penal económico, o ¿cómo imputar a título de autores a las personas que sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia económica empresarial? *Revista Penal*, n. 9, 2002.

_____. ¿Dominio de la voluntad en virtud de aparatos de poder organizados en organizaciones “no desvinculadas al derecho”? *Revista Penal*, n. 6, 2000.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. Criminalidad de empresa: problemas de autoría y participación. *Revista Penal*, n. 9, 2002.

ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*. Tradução da 7. ed. alemã, 1999, de Joaquín Cuello Contreras e José Luis González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2000.

_____. Autoria mediata por meio do domínio da organização. Tradução de José Danilo Tavares Lobato. In: GRECO, Luís; LOBATO, Danilo (Coord.). *Temas de direito penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata. Tradução de Justa Gómez Navajas. *Revista Penal*, n. 18, 2006.

SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. O domínio por organização na dogmática penal brasileira do concurso de pessoas. *Direito em Revista*, v. 3, n. 1, 2006.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Responsabilidad penal de las empresas y de sus organos en derecho español. In: PRADO, Luiz Regis (Coord.). *Responsabilidade penal da pessoa jurídica: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

WELZEL, Hans. *Estudios de derecho penal: estudios sobre el sistema de derecho penal. Causalidad y acción. Derecho penal y filosofía*. Tradução de Gustavo Eduardo Aboso e Tea Löw. Ed. reimp. Montevideo, Buenos Aires: B de F/Julio César Faira, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. v. 1. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

**DIREITO PENAL ECONÔMICO E TRIBUTÁRIO:
UMA ANÁLISE HISTÓRICA
E COMPARADA**

CARLOS EDUARDO ADRIANO JAPIASSÚ E DANIEL QUEIROZ PEREIRA

1 Introdução

Uma das características do Direito Penal contemporâneo tem sido a ênfase que se tem dado à delinquência econômica ou organizada e a modalidades delitivas conexas. Em realidade, chega-se a afirmar que o delito econômico praticado por uma empresa teria se tornado o paradigma para a construção dogmática em Direito Penal, substituindo o homicídio cometido por autor individual (SILVA SÁNCHEZ, 2002, p. 84).

Dessa forma, adquiriu especial relevo o estudo do Direito Penal Econômico e, mais especificamente, do Direito Penal Tributário ou Fiscal, uma vez que, ao se encarar o tributo, notadamente o imposto, como um instrumento de que se vale o Estado para controlar e organizar a economia, torna-se possível considerá-lo não apenas um instituto jurídico de Direito Econômico, mas também de Direito Tributário ou Fiscal.

Contudo, para que se possa compreender a tipicidade do crime de fraude fiscal e delimitar o bem jurídico a ser protegido, faz-se necessária a adoção de uma abordagem histórico-comparativa. Assim sendo, inicialmente, proceder-se-á a um detalhamento das origens e dos conceitos de Direito Penal Econômico para, em seguida, delimitar sua relação

com o denominado Direito Penal Tributário ou Fiscal e analisar comparativamente os ordenamentos jurídico-penais que reflitam diferentes opções legislativas no que concerne à delimitação da matéria e criminalização de condutas.

2 Origem do Direito Penal Econômico

Em que pese ser possível encontrar dispositivos em matéria penal que regulamentem atividades econômicas desde a Antiguidade, o que se convencionou chamar de Direito Penal Econômico teria surgido ao longo do século XX, mais especificamente a partir das mudanças sociais decorrentes do período Pós-Primeira Guerra Mundial, crise de 1929, e, sobretudo, após a Segunda Guerra Mundial (JAPIASSÚ, 1999, p. 6).

Nesse sentido, afirma Klaus Tiedemann (CORREIA, 1998, p. 5) que, na Alemanha, assim como em outros países europeus, o desenvolvimento do moderno Direito Penal em matéria econômica remonta, de forma mediata, à década dos anos 1920, quando surgiu um Direito Econômico e Industrial, e, de modo imediato, às épocas de penúria durante a Primeira e a Segunda Guerras Mundiais, bem como ao período posterior a elas. Especificamente no período Pós-Segunda Guerra Mundial, buscou-se suprimir a hipertrofia das competências penais da Administração, produto da etapa nacional-socialista, e estabelecer no âmbito do Direito Penal Econômico as condições próprias de um Estado de Direito (TIEDEMANN, 1985, p. 24). Uma vez caracterizadas como criminais as reações em causa, elas passaram a sujeitar-se à aplicação dos princípios da legalidade, da culpa e da jurisdicionalização.

A crise econômica de 1929 teve também particular importância, pois, em virtude das mudanças de ordem que se verificaram naquele período, surgiram as grandes preocupações de ordem criminológica, desde a existência de *criminals of the upperworld*, constatada por Morris, em 1935, até a teoria do *white-collar crime*, idealizada por Edwin H. Sutherland, em 1939 (SILVEIRA, 2003, p. 142).

Contudo, o Direito Penal Econômico adquiriu verdadeiramente relevo científico a partir do VI Congresso da Associação Internacional de Direito Penal, ocorrido em Roma, em 1953. A esse ramo do Direito foi então atribuída a tutela das atividades econômicas regulamentadas não apenas pelo Estado, mas também por associações profissionais cujo escopo consistisse no aumento e justa distribuição de bens na sociedade. A partir desse momento foi aceito o ilícito administrativo contravencional, o que levou à separação de competência entre Executivo e Judiciário.

No início da década de 1970, surgiu na Alemanha um movimento a favor da criminalização no âmbito econômico. Oficiosamente, teve seu início em 1972, durante o 49^o Congresso de Juristas Alemães, e oficialmente com a criação de uma Comissão de Expertos para a Luta contra a Delinquência Econômica. Favoreceram o desenvolvimento do aludido movimento as crescentes críticas ao sistema econômico anterior; o repúdio à conduta de certas empresas, especialmente em matéria de meio ambiente; os escândalos econômicos, de grande transcendência na opinião pública, na práxis forense penal e também, ainda que timidamente, na ciência jurídica; e a exigência de uma reforma do Direito Penal Econômico, acompanhada de medidas complementares no âmbito das legislações mercantil e econômica (TIEDEMANN, 1985, p. 26-27).

Nesse contexto, o Direito Penal Econômico passa a configurar uma nova forma de criminalização. Mais que isso, a presença crescente do chamado *white-collar crime*, do *corporate crime* e da criminalidade dos negócios e das empresas na sociedade moderna fez com que se repensasse a própria funcionalidade do Direito Penal (SILVEIRA, 2003, p. 143).

3 Conceito de Direito Penal Econômico

Segundo Sutherland (MANNHEIM, 1985, p. 738), o conceito de crime de colarinho-branco deve ter cinco elementos: ser um crime, ser praticado por uma pessoa respeitável, pertencer esta pessoa a uma camada social alta¹, estar ela no exercício de seu trabalho e, por fim, constituir uma violação de confiança.

Tal conceito e a própria constatação de novas formas de criminalidade decorrem da existência de novos interesses a serem protegidos. O Estado passa, cada vez mais, a preocupar-se com novos ramos de atuação como a saúde, a previdência social e a economia.

¹ Comentando as características da criminalidade, especialmente aquela de colarinho-branco, afirma Sutherland que “the generalization that criminality is closely associated with poverty obviously does not apply to the white-collar criminals. With a small number of exceptions, they are not in poverty, were not reared in slums or badly deteriorated families, and are not feeble-minded or psychopathic. They were seldom problem children in their earlier years and did not appear in juvenile courts or child-guidance clinics. The proposition, derived from the data used by the conventional criminologists, that ‘the criminal of today was the problem child of yesterday’ is seldom true of white-collar criminals. The idea that the causes of criminality are to be found almost exclusively in childhood is similarly fallacious. Even in poverty were extended to include the economic stresses which afflict business in a period of depression, it is not closely correlated with white-collar criminality. Probably at no time within the last fifty years have white-collar crimes in the field of investments and of corporate management been so extensive as during the boom period of the twenties” (SUTHERLAND, 1995, p. 36).

Todavia, para uma melhor caracterização do delito econômico, deve-se, ao revés do que fez Sutherland, enfatizar mais a peculiaridade do ato praticado (*modus operandi*) e o objetivo do referido comportamento do que propriamente a respeitabilidade do autor e sua pertinência a uma camada social mais alta. A violação de confiança, ao seu turno, remete-se hoje ao próprio fluxo da atividade econômica, exigindo que o delito econômico seja capaz, por seus efeitos, de turbar ou pôr em perigo a vida econômica e a ordem a que esta corresponde, além de prejudicar interesses individuais (TIEDEMANN, 1985, p. 10-11).

Nesse contexto, pode-se dizer que o Direito Penal Econômico “é uma parte do direito penal que protege a ordem econômica, é dizer, seu objeto de proteção é a ordem econômica” (CALLEGARI, 2003, p. 21). Normalmente, os autores distinguem dois conceitos de Direito Penal Econômico: um estrito e outro amplo.

Em sentido estrito, o Direito Penal Econômico é o conjunto de normas jurídico-penais que protegem a ordem socioeconômica, entendido como regulação do intervencionismo estatal na economia. A esse conceito – nascido na Alemanha a partir de disposições legais surgidas durante a Primeira Guerra Mundial, como decorrência da direção e planificação estatal da economia –, adaptou-se uma verdadeira gama de medidas econômicas, jurídicas e administrativas, nas quais as sanções penais não se limitavam aos casos mais graves.

Assevera Tiedemann (1985, p. 16) que a necessidade de organização de um adequado abastecimento coletivo durante o conflito levou à aprovação de cerca de 40 mil disposições penais, cujo núcleo era constituído por várias leis concernentes à usura em períodos de guerra. Tais diplomas legais teriam sido responsáveis por assegurar a satisfação das necessidades vitais do povo e, mediante a luta contra a elevação de preços, acabaram por frear os abusos próprios de uma situação de necessidade.

Callegari (2003, p. 21), partindo de uma acepção estrita, afirma que a finalidade e a função do Direito Penal Econômico residiriam na:

sublimação da finalidade e a função do intervencionismo: cumprir as exigências de uma valoração diferente do imperativo de justiça na ordem das relações sociais e econômicas. Estas novas exigências se plasmam na necessidade hoje assumida de proteger a economia e seu conjunto, a ordem econômica, a economia nacional colocada ao amparo do novo intervencionismo estatal, como interesses distintos aos particulares de propriedade patrimônio e fé contratual.

No mesmo sentido, Bajo Fernández (1987, p. 394) sustenta que o Direito Econômico consiste na intervenção do Estado e do Direito em zonas antes abandonadas à livre iniciativa. Dessa forma, o que caracteriza o Direito Penal Econômico é ser um grau de intervenção estatal na economia, precisamente o mais intenso do intervencionismo mediante o exercício do *jus puniendi*.

Já em uma acepção mais ampla, considera-se o Direito Penal Econômico como o direito das atividades econômicas ou da empresa. Abarca, deste modo, um conjunto de normas jurídicas promulgadas para a regulação da produção, fabricação e distribuição de bens econômicos e distingue-se dos delitos que correspondem ao Direito Penal patrimonial por objetivar a proteção de bens jurídicos coletivos ou supraindividuais, ainda que, concorrentemente, vise à proteção do indivíduo, consumidor ou competidor (TIEDEMANN, 1985, p. 16).

Deve-se salientar que a adoção de um sentido amplo em matéria de Direito Penal Econômico obedece a uma tendência internacional. Dessa forma, admitem-se como delitos econômicos não apenas os fatos puníveis dirigidos contra a planificação estatal da economia, mas também todo o conjunto de delitos relacionados com a atividade econômica e dirigidos contra as normas estatais que organizam e protegem a vida econômica. Esse critério foi amplamente aceito no *XIII Congresso da Associação Internacional de Direito Penal*.

4 Delimitação do Direito Penal Tributário ou Fiscal e sua relação com o Direito Penal Econômico

O Direito Penal Tributário ou Fiscal deve também ser entendido como um direito sancionador das violações da ordem econômica. Tal assertiva se encontra fundada no fato de que o tributo, notadamente o imposto, consiste em um instrumento jurídico a ser utilizado pelo Estado na regulação, intervenção ou mesmo direção do sistema econômico.

Assim, tanto o Direito Penal Tributário quanto o Direito Penal Econômico atuam na tutela dos bens jurídicos prosseguidos pelo Direito Econômico. É interessante notar que se diferenciam, em parte, a doutrina portuguesa e a brasileira no que concerne ao bem jurídico considerado objeto da tutela do Direito Penal Tributário.

Enquanto para a doutrina nacional o objeto de tutela é a ordem tributária, justificada por seu caráter supraindividual², para a doutrina portuguesa o simples interesse do Estado na arrecadação de receitas necessárias ao seu funcionamento ou em seu interesse para intervir na regulação da ordem econômica não é suficiente.

Ainda segundo esta última concepção, haveria a eticização do Direito Penal Tributário, uma vez que este não visa apenas assegurar a arrecadação de receitas, mas também a realização de objetivos de justiça distributiva, levando em consideração as necessidades de financiamento das atividades sociais do Estado (RODRIGUES, 1999, p. 481).

Considera-se, portanto, que, sobre o contribuinte ou terceiro ligado à obrigação tributária, recaem deveres gerais de colaboração com a Administração para o alcance dos objetivos por esta colimados³. A ruptura dessa relação de confiança fundada na lei torna-se, por este raciocínio, passível de censura ético-jurídica. Além disso, considera-se a existência de deveres específicos, que também são incumbidos ao contribuinte ou ao terceiro e que são dotados de relevância ética e jurídica. São eles os deveres de verdade, de boa fé, de confiança e de obediência a ordens legais emanadas dos agentes da Administração Fiscal⁴.

Deve-se ressaltar, entretanto, que os tipos penais formulados pelo legislador pátrio não são dotados de juízo de reprovabilidade ética que se faz presente nos ilícitos penais em Portugal. Tal tema será mais bem tratado no tópico seguinte, em que se perquire a relação e os limites existentes entre o Direito Penal Econômico (estando aqui compreendido o Direito Penal Tributário) e o Direito de Mera Ordenação Social ou simplesmente Administrativo.

² O caráter supraindividual, de cariz institucional, que se atribui à ordem tributária decorre do fato de que são os recursos auferidos das receitas tributárias que darão o respaldo econômico necessário para a realização das atividades destinadas a atender às necessidades sociais e aos encargos públicos do orçamento. Caso não sejam suficientes os recursos auferidos pelo Estado de sua receita patrimonial, será a sua atividade tributária que proporcionará o ingresso de recursos para atender a seus gastos (PRADO, 2009, p. 399).

³ Não se pode ignorar, contudo, que cabe principalmente à Administração Fiscal determinar a concreta situação tributária do contribuinte, pelos meios de que dispõe para realizar tal controle e eventuais investigações. Além disso, com o uso cada vez mais disseminado da informática para fins de fiscalização e cruzamento de informações, tende-se a reduzir, mesmo no bojo da doutrina portuguesa, a importância da colaboração do próprio contribuinte.

⁴ Segundo Jorge de Figueiredo Dias e Manuel da Costa Andrade (1999, p. 415), “as exigências do étimo *Estado-de-direito* fizeram penetrar a racionalidade fiscal das categorias e dos valores da *legalidade* e da *igualdade*. E também por estas vias as obrigações fiscais ganharam a cogência dos imperativos éticos: a partir de então não tem sentido acreditar que a honestidade fiscal é, na expressão de Veit, o *equivalente da estupidéz*”.

Por fim, deve-se salientar que, em geral, as infrações praticadas contra a ordem tributária têm como substrato a fraude ou a falsidade. Trata-se da chamada burla tributária ou fiscal. A falsidade é, pois, essencial à noção de fraude, “bem por isso que o Direito Romano reconheceu o *falsum* como denominador comum ou meio qualificativo das mais variadas condutas” (PRADO, 2009, p. 411).

5 Direito Penal Econômico e Direito de Mera Ordenação Social

A hipertrofia do Direito Penal, decorrente do uso indiscriminado de penas criminais como meio de proteger toda e qualquer espécie de fins e interesses do Estado, é tema recorrente na doutrina. Sublinhase, deste modo, “os desvios aos princípios da culpa e da responsabilidade individual, a indeterminação dos tipos legais e do conceito de bem jurídico, bem como a distorção dos restantes elementos da teoria da infração criminal e até o desrespeito das garantias processuais [...]” (CORREIA, 1998, p. 3).

Contudo, ao lado dele, figura um movimento de descriminalização, que se relaciona intimamente com o chamado ilícito de mera ordenação social e, por consequência, acaba suscitando questionamentos no âmbito do Direito Penal Econômico.

Logo após a Segunda Guerra Mundial, foram promulgadas, na Alemanha, leis (notadamente a *Wirtschaftsstrafgesetz*, em 1949, e a *Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*, em 1952) que acabaram por dar expressão legislativa aos estudos e recomendações de Eberhard Schmidt, retirando dos quadros do Direito Penal um grande número de delitos e distinguindo as infrações que deveriam ser ameaçadas com penas criminais daquelas a que deveriam ser aplicadas meras advertências sociais ou sanções ordenativas (*Geldbüsse*, na expressão alemã). Tendo como pano de fundo esse movimento de descriminalização, ganhou autonomia o direito das contraordenações e do correspondente ilícito, em face do direito e ilícito penais.

Dessa forma, o ilícito de mera ordenação social é definido a partir da previsão contida na legislação portuguesa (Decreto-Lei n. 433/1982, art. 1º – 1), que preceitua: “constitui contra-ordenação todo o facto ilícito e censurável que preencha um tipo legal no qual se comine uma coima”. Dessa forma, o ilícito referido caracterizar-se-ia pela ausência de uma dimensão de censura ética da respectiva sanção (a coima), pela neutralidade ética do ilícito de mera ordenação e por sua especificidade processual, que consiste na possibilidade da aplicação da respectiva san-

ção pela própria autoridade administrativa (FIGUEIREDO DIAS, 1998, p. 3). Aproxima-se, portanto, do ilícito administrativo.

Deve-se salientar que a doutrina portuguesa filia-se ao pressuposto de que os tipos penais de crime são dotados de relevo ético, conforme mencionado anteriormente, e, por isso, funda o conceito de ilícito de mera ordenação nos critérios acima apontados, como forma de traçar uma distinção em face do ilícito penal. Jorge de Figueiredo Dias, entretanto, questiona a existência de um ilícito eticamente indiferente⁵, isto é, considera que a autonomia do direito de contraordenações não assentaria em razões relacionadas com a neutralidade ética do ilícito de mera ordenação.

Afirma, pois, que a indiferença ética deve ser direcionada não diretamente aos ilícitos, mas às condutas que os integram⁶ e que a

proposição político-criminal correspondente à introdução, no tema da definição do comportamento criminal, de um ponto de vista puramente racional: à luz, função do Direito Penal só pode ser a protecção de “bens jurídicos”, não a decisão de controvérsias morais ou a tutela de qualquer moral (FIGUEIREDO DIAS, 1998, p. 23).

Dessa forma, traçar a diferença entre o ilícito penal e o ilícito de mera ordenação social com base em seu conteúdo, ou seja, pela existência ou não de uma censura ética no bojo dos respectivos ilícitos, afigura-se como uma concepção equivocada. Não propriamente porque ambos encerrariam uma dimensão de censura ética da respectiva sanção ou mesmo da conduta – e aqui se delineia mais uma diferença entre as concepções esposadas pelos autores portugueses e pátrios –, mas sim pela necessidade de se obedecer à máxima de que o Direito Penal só deve intervir como *ultima ratio* da política criminal. Por esse raciocínio, devem ser excluídas do ordenamento jurídico as infrações que não atentem contra bens jurídicos.

⁵ Para o autor, “todo o direito é ‘obra’ ou realização do ser-livre e todas as exigências jurídicas são por isso um momento infungível do corpo do dever-ser ético-social; por outro lado, todo o direito possui natureza eminentemente histórica, como históricas se apresentam todas as exigências jurídicas; por outro lado, ainda, a valoração jurídica goza de autonomia axiológica, como manifestação de um valor autônomo e transcendente expresso através da consciência jurídica da comunidade, em que se funda toda a possibilidade de realização do direito. Destes pontos de vista, pois, não fica qualquer espaço para a existência de um ilícito ‘eticamente indiferente’” (FIGUEIREDO DIAS, 1998, p. 49).

⁶ Postula o aludido autor que a conduta, no caso do ilícito penal, é relevante, independentemente da sua proibição legal, e que, no que se refere ao ilícito de ordenação, a conduta é axiologicamente neutra. Prossegue afirmando que, no direito de ordenação, o que “é axiologicamente neutro não é o ilícito, mas a conduta em si mesma, divorciada da proibição legal – sem prejuízo de, uma vez conexiada com esta, ela passar a constituir substrato idóneo do desvalor ético-social” (FIGUEIREDO DIAS, 1998, p. 49).

Intimamente ligadas ao princípio da intervenção mínima são a fragmentariedade e a subsidiariedade. O princípio da fragmentariedade estabelece que o Direito Penal tutela apenas algumas das condutas em que existe violação de um bem jurídico e não de todas, fazendo da intervenção penal fragmentar.

Por sua vez, deve haver subsidiariedade, pois se exige que o Direito Penal somente venha a ser utilizado para proteção de bens jurídicos quando os demais ramos do Direito não tenham se mostrado suficientes para protegê-los de forma eficaz.

Como leciona Maurach (1962, p. 31), não se justifica “aplicar um recurso mais grave quando se obtém o mesmo resultado através de um mais suave: seria tão absurdo e reprovável criminalizar infrações contratuais civis quanto cominar ao homicídio tão-só o pagamento das despesas funerárias”.

Tais considerações tornam-se importantes para o Direito Penal Econômico a partir do momento em que se passa a questionar sua legitimidade de criminalização. A utilização de tipos penais que não são os clássicos, segundo muitos autores, acarretaria uma forte criminalização e afrontaria as ideias de uma moderna política criminal da intervenção mínima do Direito Penal⁷. Estar-se-ia estabelecendo regras que contrariam o princípio do exercício das atividades econômicas, essenciais ao sentido da economia de mercado.

Contudo, essa argumentação encontra-se hoje superada, pois o papel do Direito Penal Econômico reside em coibir os abusos. Segundo Bajo Fernández (1995, p. 64), a partir da constatação da impossibilidade de uma concorrência perfeita, as restrições penais mercantis tratam de criar o marco idôneo em que a concorrência deve-se desenvolver.

Assim sendo, as restrições introduzidas pelo Direito Penal Econômico não violam a moderna política criminal da intervenção mínima, mas tão somente buscam preservar a liberdade no mundo econômico⁸.

⁷ Entre tais autores figuram Hassemer (1995, p. 98); Roxin, Artz e Tiedemann (1989, p. 23); Mir Puig (1994, p. 151 e ss); Silva Sánchez (2010, p. 42 e ss); Callegari (1988, p. 12 e ss).

⁸ Sintetizando este último posicionamento, ponderou Eduardo Correia (1998, p. 3) que – em contraposição a uma concepção profundamente individualista, liberal ou de mercado livre – passou-se a cogitar de “uma intervenção legislativa mesmo de natureza criminal, dado o número de fraudes e a grandeza dos prejuízos que a chamada criminalidade econômica causa em sociedades altamente industrializadas: seria mister restabelecer a estabilidade e a moral econômicas, bem como a confiança do público nas práticas comerciais e no funcionamento das instâncias político-sociais de ‘intervenção’. Essa confiança na vida e nas relações econômicas seria essencial à própria conservação e desenvolvimento de qualquer sistema econômico

Tais ponderações aplicam-se também ao Direito Penal Tributário, principalmente no que concerne à distinção entre a sanção administrativa e a sanção penal aplicáveis quando da violação de alguma norma de caráter fiscal. A referida diferença seria de ordem valorativa. A sanção penal seria reservada aos que praticam ilícitos mais graves, que mais seriamente ofendem os interesses sociais. Nesse sentido, a diferença residiria na gravidade da violação da ordem jurídica⁹.

6 Tutela da ordem tributária e delimitação da fraude tributária ou fiscal no Direito Comparado

Após apresentar a origem e os atuais limites do Direito Penal Econômico e Tributário, cumpre mencionar os principais diplomas nacionais e estrangeiros¹⁰ relacionados à matéria, bem como delinear os diferentes modelos existentes e eleitos para delimitação da fraude tributária ou fiscal.

No Brasil, a matéria atualmente é prevista na Constituição Federal, em seus arts. 145 a 169, e, sobretudo, na Lei n. 8.137/1990¹¹. O art. 170 da Constituição Federal, ao tratar dos princípios gerais da ativi-

e daí que a tutela penal se impusesse quer do ponto de vista do público em geral, quer dos consumidores, quer dos valores supra-individuais que aspiram ou promovem a realização de uma determinada (a do mercado social) ordem de economia”.

⁹ Complementa o autor: “a sanção penal seria mais severa, e talvez por isto, em face do Direito Brasileiro, prevalece a idéia de que a especificidade do ilícito penal resulta de ser exclusiva do Poder Judiciário a competência para aplicar a sanção correspondente” (MACHADO, 2005, p. 484).

¹⁰ Embora haja previsão da “fraude fiscal” em diversos diplomas estrangeiros (prova disso são: o Código Geral dos Impostos francês – Code Général des Impôts, que criminaliza nos arts. 1.741 a 1.743 a fraude fiscal e condutas equivalentes; o Código Penal espanhol, que prevê um delito fiscal compreendendo a fraude tributária ou fraude de evasão dos impostos no art. 350^º; e a Lei italiana n. 516, de 7 de agosto de 1982, que tipifica algumas das infrações fiscais mais graves, entre as quais se encontra a fraude fiscal, prevista em seu art. 4^º), enfocar-se-á na presente análise os modelos adotados por Brasil, Portugal e Alemanha, uma vez que o objetivo da investigação é tratar os diferentes modos de delimitação do crime de “fraude fiscal” e do correspondente bem jurídico violado.

¹¹ A preocupação em reprimir as condutas desviantes daqueles que buscam eximir-se do pagamento de tributos com base em meios fraudulentos sempre foi uma constante. Dessa forma, já no Código Criminal do Império de 1830 se operou a criminalização do contrabando e do descaminho (Segunda Parte, Título VI, Capítulo III, art. 177). Em seguida, o Código Penal Republicano de 1890 repetiu a aludida disciplina em seu art. 265 e o Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), em virtude do momento histórico em que foi elaborado e do prestígio que gozava o individualismo, previu apenas a figura do contrabando ou descaminho em seu art. 334. Em razão de uma crescente preocupação com a evasão, surgiram a Lei n. 4.357, de 14 de julho de 1965, que previu a figura da apropriação indébita pelo não recolhimento, e a Lei n. 4.729, de 14 de julho de 1965, que criou o crime de sonegação fiscal e dispôs sobre as condutas que o caracterizariam. Mais recentemente, a Lei n. 8.137, de 27 de dezembro de 1990, definiu os crimes contra a ordem tributária e fixou as penas a estes aplicáveis, revogando a Lei n. 4.729/1965.

dade econômica, estabelece que “a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social [...]”.

Ao lado de tal dispositivo, encontra-se uma série de princípios relativos à economia nacional, que têm por fim garantir a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social. Entre eles adquire especial relevo o princípio da livre iniciativa, “que constitui livre manifestação da liberdade de iniciativa, devendo, inclusive, a lei reprimir o abuso de poder econômico que visar à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros (art. 173, § 4º, da Carta Magna)” (MORAES, 2003, p. 656), bem como a valorização do trabalho humano.

Esses princípios e regras informam também a atividade tributária do Estado e, conforme já se teve oportunidade de mencionar, “proporcionam o ingresso dos recursos necessários para atender seus gastos, no caso de não serem suficientes os auferidos de sua receita patrimonial, ou seja, aquela oriunda da exploração do patrimônio estatal” (PRADO, 2009, p. 400). A legitimidade constitucional para a tutela da ordem tributária radica, portanto, no fato de que os recursos arrecadados se destinam a assegurar finalidade inerente ao Estado Democrático e Social de Direito, de forma a propiciar melhores condições de vida a todos (PRADO, 2009, p. 400).

No que concerne especificamente ao Sistema Financeiro Nacional (SFN), deve-se mencionar que a Constituição Federal de 1988 foi também a primeira a disciplinar o tema. Além de inúmeros outros dispositivos pertinentes (v.g. arts. 21, VIII e IX; 22, VI e VII; 43, § 2º, I e II; 48, II, XIII e XIV; 52, VI, VII e VIII; 163, 164, 165, 172 e 173), dedica o Capítulo IV (“Do Sistema Financeiro Nacional”) do Título VII (“Da Ordem Econômica e Financeira”) ao SFN. É digno de nota que, antes da Emenda Constitucional n. 40, de 29 de maio de 2003, que alterou significativamente o art. 192, a Carta Magna também definia o conjunto de entes que necessariamente participavam do SFN: a) as instituições financeiras, nas quais se incluem as instituições bancárias oficiais e privadas (inciso I); b) os estabelecimentos de seguro, previdência e capitalização, e seus órgãos fiscalizadores (inciso II); o Banco Central (BACEN) (inciso IV); e d) as cooperativas de crédito (inciso VII).

Já no que se refere à legislação penal extravagante, é de se mencionar, em termos penais, a Lei n. 8.137/1990, em que estão previstos crimes contra a Ordem Econômica, Tributária e contra as Relações de Consumo. O referido diploma legal tutela, no que se refere à Ordem

Tributária, o Erário, isto é, tem por objetivo proteger a política socioeconômica do Estado, como receita estatal, para a obtenção dos recursos necessários à realização de suas atividades.

Em Portugal, a tutela da ordem tributária se dá de maneira semelhante. A Constituição da República portuguesa assegura em seu art. 103 que “o sistema fiscal visa a satisfação das necessidades financeiras do Estado e outras entidades públicas e uma repartição justa dos rendimentos e da riqueza”. Além disso, o Direito português, que até então não possuía uma lei ou código que sistematicamente descrevesse os vários elementos das infrações fiscais¹², com a publicação do Regime Jurídico das Infrações Fiscais Não Aduaneiras (RJIFNA), passou a dispor de uma disciplina normativa tendencialmente global dos atentados mais significativos contra os valores ou interesses encabeçados pelo Fisco. Surgiu com ele, portanto, a primeira codificação do Direito Penal Tributário português¹³.

No que concerne especificamente à *fraude fiscal*, faz-se imperioso uma delimitação de seu modelo nos diferentes ordenamentos jurídicos, uma vez que apenas deste modo será possível compreender o correspondente bem jurídico.

Sobre este ponto, a Alemanha tem como fundamento a figura da *Steuerhinterziehung*, prevista no § 370 da *Abgabenordnung*¹⁴, que considera a infração como crime de dano. Dessa forma, para sua consumação, exige-se a efetiva produção de um prejuízo patrimonial, que recairá sobre o Estado-Fisco, seja sob a forma de não pagamento ou pagamento

¹² A criminalização das infrações fiscais teve tradicionalmente lugar no direito aduaneiro, particularmente em matéria de contrabando e de descaminho. Dessa forma, apesar da ausência de sistematização em relação à matéria, destacaram-se alguns diplomas legislativos: os Códigos Penais de 1886 e de 1982, o Decreto-Lei n. 27.153, de 31.10.1936, o Decreto-Lei n. 28.221, de 24.11.1937, o Código de Processo das Contribuições e Impostos, o Código do IVA, o Decreto-Lei n. 619/1976, de 27 de julho, e a Lei n. 89/1989, de 11 de setembro.

¹³ O Decreto-Lei n. 20-A/1990, de 15 de janeiro, aprovou o atual Regime Jurídico das Infrações Não Aduaneiras, tendo sido alterado pelo Decreto-Lei n. 394/1993, de 24 de novembro, e pelo art. 49º da Lei n. 127-B/1997, de 20 de dezembro. “Nele se contém, com efeito, a par de uma ‘Parte especial’ voltada à descrição, proibição e punição abstrata das singulares condutas típicas, uma ‘Parte geral’ que dá consagração positivada aos princípios e soluções em que o direito penal tributário se afasta das regras e cânones consignados para o direito penal clássico ou de justiça. E isto tanto no plano material-substantivo como no plano adjectivo-processual em que avulta sobremaneira a consagração do Arquivamento do processo e isenção da pena (artigo 26º), um regime de oportunidade preordenado à actualização das soluções de diversa bem conhecidas do moderno discurso político-criminal” (FIGUEIREDO DIAS; ANDRADE, 1999, p. 411-412).

¹⁴ O referido dispositivo incrimina e pune, a título de *Steuerhinterziehung*, quem “prestar às autoridades fiscais ou outras autoridades declarações falsas ou incompletas sobre fatos com relevância fiscal” ou “omitir às autoridades fiscais informações que esteja obrigado a prestar sobre fatos com relevância fiscal, e, por essa via, obtiver a redução de impostos ou obtiver para si ou para terceiro, um benefício fiscal indevido”.

indevidamente reduzido de um imposto, seja sob a forma de um reembolso sem suporte legal, seja sob a forma de obtenção indevida de um benefício fiscal (FIGUEIREDO DIAS; ANDRADE, 1999, p. 419).

A previsão contida no § 370 da *Abgabenordnung* influenciou decisivamente o legislador português que, quando da elaboração do RJIFNA (art. 23^o), adotou fórmula homóloga. Contudo, privilegiou o legislador português uma solução compromissória ou mista, uma vez que considerou ser objeto de proteção não apenas os interesses patrimoniais e fiscais, como se fizera na Alemanha ao considerar-se a fraude fiscal como um crime de dano¹⁵, mas também os valores da verdade-transparência. Segundo este modelo, o dano patrimonial, estranho ao tipo, está a ele associado pela mediação de um específico elemento subjetivo, isto é, figura como referente expresso da intenção do agente¹⁶.

Tem-se aqui o que a doutrina e jurisprudência alemãs convencionaram denominar crimes de resultado cortado ou crimes de tendência interna transcendente. Na caracterização de Jescheck (1996, p. 342), “o agente almeja um resultado, que há de ter presente para a realização do tipo, mas que não é preciso alcançar”.

No já aludido art. 23^o do RJIFNA, o tipo subjetivo é composto pelo dolo, que consiste no conhecimento e vontade de praticar o fato típico descrito no tipo objetivo, e por um elemento subjetivo específico da ilicitude, consistente no especial fim de agir, isto é, a conduta praticada deve visar “a não liquidação, entrega ou pagamento do imposto ou a obtenção indevida de benefícios fiscais, reembolsos ou outras vantagens patrimoniais”.

O legislador pátrio, ao seu turno, seguiu também a tendência apontada pelo RJIFNA português. Isso é facilmente perceptível a partir da análise dos tipos previstos no art. 2^o da Lei n. 8.137/1990 que são

¹⁵ Segundo Kohlmann, “se quisesse definir-se o bem jurídico como a protecção do Estado a uma correta informação sobre os fatos (fiscalmente relevante) [...] então seria pura e simplesmente supérflua a exigência normativa de um resultado para além da acção” (FIGUEIREDO DIAS; ANDRADE, 1999, p. 419).

¹⁶ “A *Fraude fiscal* surge a esta luz com um estatuto dogmático ambivalente: ela é *tipicamente* um crime de *falsidade*, mas é também e ao mesmo tempo, *materialmente*, um crime contra o património fiscal. E é esta ambivalência que define a compreensão da infracção segundo a solução compromissória e a separa dos modelos extremados anteriormente assinalados. Assim, e diferentemente do que vimos suceder com o primeiro modelo, o resultado lesivo não integra aqui a factualidade típica da infracção, não constituindo, um pressuposto da sua consumação. Diferentemente, porém, do que se passa com o segundo modelo, a falsidade não esgota só por si o ilícito típico: à falsidade tem de acrescer a intenção de produzir o resultado lesivo sobre o património fiscal” (FIGUEIREDO DIAS; ANDRADE, 1999, p. 423).

formais ou de mera conduta, vale dizer, restam consumados independentemente do resultado. “Isto, porém, não quer dizer que o elemento subjetivo seja irrelevante. Os crimes de que se cuida somente se configuram com a presença do dolo específico. Em outras palavras, o dolo específico é elementar do tipo” (MACHADO, 2005, p. 478)¹⁷.

7 Conclusão

A primeira constatação a que se chega é a de que tanto o legislador brasileiro quanto o português optaram, em matéria de fraude fiscal, pela criação de um crime de perigo concreto, que integra no tipo objetivo um evento separado da conduta. Esse evento não corresponde a um dano efetivo no bem jurídico protegido, como já se salientou, mas tão somente pressupõe a criação de um perigo, permitindo criar um momento de consumação antecipada do crime¹⁸.

Assim sendo, o grande desafio que ainda resta a alguns países, entre eles, o Brasil, em matéria de Direito Penal Econômico e Tributário consiste em vencer as máculas da técnica legislativa casuística e fundada em uma política repressiva¹⁹. Apesar dos problemas daí decorrentes, a escolha por definir a fraude fiscal como um crime de perigo concreto parece atender ao requisito mínimo para a criação desta modalidade de delito: o respeito aos princípios do bem jurídico e da legalidade.

Outra conclusão é que, independentemente dos motivos a serem apontados como justificativa para a criminalização de condutas pelo Direito Penal Econômico e pelo Direito Penal Tributário, são claros

¹⁷ No mesmo sentido, afirma Luis Regis Prado que “o tipo subjetivo das figuras previstas no artigo 2º é o dolo, ou seja, para sua configuração exigem-se a consciência e a vontade de realizar o tipo objetivo de delito. No inciso I exige-se ainda o elemento subjetivo do injusto, consistente no *especial fim de agir* – evasão total ou parcial de tributos, contribuições sociais e acessórios. A *consumação* dos crimes previstos nesse artigo ocorre mediante a prática das condutas descritas, independentemente do resultado – supressão ou redução do tributo devido” (PRADO, 2009, p. 447).

¹⁸ Jakobs (1997, p. 55 e ss) formula veemente crítica ao afirmar que este é o efeito da impaciência do legislador, que o leva a renunciar a alguns elementos objetivos atinentes à efetiva lesão do bem jurídico.

¹⁹ João Marcello de Araújo Júnior (1995, p. 50 e ss), ao tratar da construção legal da proteção penal atinente aos delitos econômicos, afirma que “sempre que possível, o legislador há de usar a técnica do delito obstáculo, uma vez que, em matéria econômica, quem faz a lei deve estar preocupado em impedir que os resultados violadores do bem jurídico ocorram. O recurso à definição de crimes de perigo deve, portanto, ser empregado. Destaque-se, porém, que não é prudente o uso de crimes de perigo abstrato. Os crimes de perigo selecionados na Proposta exigem, sempre, para a caracterização, o perigo concreto. É recomendável agir assim, por questão de segurança jurídica, pois a presunção do perigo representa, quase sempre, nas palavras do Des. Silva Franco, uma violação a preceitos nucleares do Direito Penal, tais como os princípios do bem jurídico e da legalidade”.

exemplos da proteção penal difusa. O Direito Penal Tributário, em particular, cumpre uma função preventiva evidente, “sobretudo quanto aos grandes defraudadores, os quais podem quantificar as sanções administrativas para pagamento, caso sejam objeto de uma inspeção fiscal” (SILVEIRA, 2003, p. 146).

REFERÊNCIAS

ARAÚJO JÚNIOR, João Marcello de. *Dos crimes contra a ordem econômica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. *Manual de derecho penal – Parte Especial*. Madrid: Ceura, 1987.

_____. Derecho penal económico: desarrollo económico, protección penal y cuestiones político/criminales. In: *Hacia un derecho penal económico europeo*, jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemann. Madrid: BOE, 1995.

CALLEGARI, André Luís. O princípio da intervenção mínima no direito penal. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo: IBCCrim, ano 6, n. 70, set. 1988.

_____. *Direito penal econômico e lavagem de dinheiro – aspectos criminológicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

CORREIA, Eduardo. Introdução ao Direito Penal Económico. In: INSTITUTO DE DIREITO PENAL ECONÓMICO E EUROPEU (Coord.). *Direito penal económico e europeu: textos doutrinários*. v. 1. Coimbra: Coimbra, 1998.

_____. Direito penal e direito de mera ordenação social. In: INSTITUTO DE DIREITO PENAL ECONÓMICO E EUROPEU. (Coord.). *Direito penal económico e europeu: textos doutrinários*. v. 1. Coimbra: Coimbra, 1998.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. O movimento de descriminalização e o ilícito de mera ordenação social. In: INSTITUTO DE DIREITO PENAL ECONÓMICO E EUROPEU (Coord.). *Direito penal económico e europeu: textos doutrinários*. v. 1. Coimbra: Coimbra, 1998.

_____. *Para uma dogmática do direito penal secundário*. In: INSTITUTO DE DIREITO PENAL ECONÓMICO E EUROPEU. (Coord.). *Direito penal económico e europeu: textos doutrinários*. v. 1. Coimbra: Coimbra, 1998.

_____; ANDRADE, Manuel da Costa. O crime de fraude no novo Direito Penal Tributário Português. In: INSTITUTO DE DIREITO PENAL ECONÓMICO E EUROPEU (Coord.). *Direito penal económico e europeu: textos doutrinários*. v. 2. Coimbra: Coimbra, 1999.

HASSEMER, Winfried. *Crítica al derecho penal de hoy*. Traducción de Patricia S. Ziffer. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1995.

JAKOBS, Günther. *Derecho penal: parte general – Fundamentos y teoría de la imputación*. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 1997.

JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *O contrabando: uma revisão de seus fundamentos teóricos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de derecho penal – Parte General*. 5. ed. Granada: Comares, 1996.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MAURACH, Reinhart. *Tratado de derecho penal*. Barcelona: Ariel, 1962.

MIR PUIG, Santiago. *El derecho penal en el estado social e democrático de derecho*. Barcelona: Ariel Derecho, 1994.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. São Paulo: Atlas, 2003.

PRADO, Luis Regis. *Direito penal econômico*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

RODRIGUES, Anabela Miranda. Contributo para a fundamentação de um discurso punitivo em matéria fiscal. In: INSTITUTO DE DIREITO PENAL ECONÓMICO E EUROPEU. (Coord.). *Direito penal econômico e europeu: textos doutrinários*. v. 2. Coimbra: Coimbra, 1999.

ROXIN, Claus; ARTZ, Gunther; TIEDEMANN, Klaus. *Introducción al derecho penal y al derecho processal penal*. Traducción de Luis Arroyo Zapatero y Juan-Luis Gómez Colomer. Barcelona: Ariel, 1989.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal – Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. 2. ed. Buenos Aires: Bdef, 2010.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supra-individual – Interesses difusos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. White-collar criminality. In: GEIS, Gilbert; MEIER, Robert F.; SALINGER, Lawrence M. (Editores). *White-collar crime: classic and contemporary views*. New York: The Free Press, 1995.

SUTHERLAND, Edwin H. White-collar crime. In: MANNHEIM, Hermann. *Criminologia comparada*. v. 2. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1985.

TIEDEMANN, Klaus. *Poder econômico y delito – Introducción al derecho penal económico y de la empresa*. Barcelona: Ariel, 1985.



BEM JURÍDICO TUTELADO E DIREITO PENAL ECONÔMICO

GUILHERME GUEDES RAPOSO

1 Introdução

O último século foi marcado por profundas transformações nas relações sociais e econômicas travadas pelos indivíduos. A sensação de segurança e a confiança no contínuo progresso da humanidade baseada no avanço científico até então experimentado pela sociedade moderna cedeu espaço a um ambiente de incertezas no qual foi constatada a total incapacidade do homem para controlar os riscos por ele criados com a evolução tecnológica. A revolução científica, ao invés de produzir apenas efeitos benéficos para os seres humanos e de permitir o controle do homem sobre os fenômenos naturais, como se esperava, conduziu a humanidade a diversos episódios de desastre provocados por guerras e conflitos armados, todos com enorme potencial lesivo em razão da proliferação das armas de destruição em massa, além de provocar novas doenças biológicas e psíquicas e o surgimento de outros riscos graves à vida e à saúde humana causados pela crescente intervenção humana na natureza. Todo esse quadro de incertezas foi ainda mais agravado pelo fenômeno da globalização e a conseqüente diminuição de espaços provocada pela evolução dos sistemas de transportes e de telecomunicações, que provocou uma verdadeira revolução no modo de vida das pessoas.

No âmbito das relações econômicas, esse conjunto de transformações foi marcado pelo grande aumento populacional e pela utilização crescente de máquinas e métodos modernos de produção em larga escala, o que intensificou consideravelmente a produção e o fornecimento de mercadorias e riquezas, fazendo com que fabricantes, fornecedores e consumidores se perdessem no anonimato das sociedades de massa. Se antes os cidadãos obtinham seus alimentos de um mesmo produtor ou de um único fornecedor, que tinha um círculo de clientes constante e limitado, atualmente as relações econômicas travadas entre os indivíduos tornaram-se impessoais e complexas, fruto de uma interconexão crescente entre as ações praticadas pelos agentes econômicos e de uma cadeia produtiva composta de fases cada vez mais entrelaçadas, o que tem dificultado enormemente a identificação do responsável pelo fornecimento de alimentos estragados ou de outros produtos defeituosos ou nocivos à saúde.

Paralelamente, a globalização também provocou uma considerável interligação entre todos os mercados mundiais, tornando o patrimônio de grande parte da população mundial, especialmente em razão da ampliação de investimentos no mercado de capitais e da crescente captação de recursos pelas instituições financeiras, mais exposto a fraudes cometidas em todos os principais bancos espalhados pelo mundo. A atual crise econômica mundial – que, de acordo com os economistas, foi a maior desde a crise de 1929 –, apesar de ter sido provocada essencialmente pela ganância e pela irresponsabilidade de alguns operadores do mercado financeiro em atuação nos Estados Unidos e na Europa, provocou consideráveis perdas econômicas e desemprego na maioria dos países do mundo.

Essa nova realidade diante da qual o mundo se depara tem gerado certa perplexidade entre juristas e filósofos e proporcionado uma busca incessante por respostas a todos esses novos desafios do mundo pós-moderno. Muitas pessoas, por exemplo, têm-se mobilizado por meio de diversas organizações não governamentais e exercido um papel importante no controle de certos riscos que afetam a vida na atualidade, buscando prevenir danos ambientais ou minimizar desigualdades socioeconômicas.

Diante desse contexto de profundas transformações socioeconômicas, os Estados têm sido chamados a atuar positivamente para, em cumprimento ao seu dever de regulação da vida em sociedade, garantir condições mínimas para convívio livre e pacífico dos seus cidadãos. Todavia, de que forma o Poder Público deve agir para assegurar um mínimo de estabilidade social e um sistema de produção de riquezas que

não ponha em risco a existência futura da humanidade? De que maneira o Direito em geral e, em especial, o Direito Penal, como conjunto de normas de que o Estado se vale para organizar a vida em sociedade com o objetivo de atender aos anseios de seus integrantes, deve reagir a essas transformações sociais ocorridas nas últimas décadas?

Na prática, tem sido possível perceber uma tendência de adaptação do Direito Penal a essa nova realidade social mediante a incorporação de novos objetos de proteção, que antes não detinham relevância penal, e a previsão de novas técnicas de tipificação caracterizadas pela antecipação da tutela a um momento prévio ao da lesão ou do perigo concreto a bens jurídicos. De fato, se antes o núcleo do Direito Penal era marcado preponderantemente por comportamentos lesivos a bens individuais e concretos, como a vida e o patrimônio, nas últimas décadas houve um considerável aumento da tipificação de condutas lesivas a interesses transindividuais e abstratos, tais como a ordem econômica e o meio ambiente. Essa tendência tem sido acompanhada pelo uso cada vez mais comum de tipos penais de perigo abstrato, nos quais o legislador opta por proibir, sob a ameaça de uma pena, a prática de condutas prévias à lesão ou à causação de um perigo concreto ao bem jurídico.

Essa mudança de perspectiva, entretanto, tem sido severamente criticada por alguns autores e operadores do Direito que veem o crescimento do sistema penal sobre áreas antes não alcançadas como uma forma de expansão ilegítima do Direito Penal. Não raro, em diversos processos penais envolvendo a prática de crimes contra o meio ambiente, a ordem econômica e o Sistema Financeiro Nacional, tem sido possível perceber a veiculação de diversos argumentos contrários aos crimes de perigo abstrato. Entre as várias argumentações apresentadas estão, por exemplo, a de que eles violariam os princípios da ofensividade, da proporcionalidade e da subsidiariedade do Direito Penal.

Essa postura crítica acerca da possibilidade de proteção penal de certos interesses difusos e também da legitimidade da antecipação da tutela penal por meio dos delitos de perigo abstrato tem adquirido vários adeptos no Brasil. Trata-se, provavelmente, de um reflexo do grande descontentamento com a atuação do legislador penal que, em alguns situações, tem-se valido da sanção penal de maneira abusiva, criminalizando comportamentos despidos de danosidade social e estabelecendo penas flagrantemente desproporcionais à gravidade do comportamento tipificado na norma penal.

A grande questão que deve ser respondida, contudo, é se essa característica da produção legislativa atual pode, por si só, servir de argu-

mento favorável à tese da impossibilidade de proteção penal de todo e qualquer bem difuso ou abstrato e à defesa da inconstitucionalidade de toda criminalização de comportamentos de perigo abstrato ou se, ao contrário, a questão da legitimidade dessas formas de tutela penal deve ser analisada a partir de uma abordagem mais ampla que reflita toda a complexidade que a problemática da proteção de bens jurídicos abarca na atualidade¹.

2 Os fins do Direito Penal no Estado contemporâneo

Desde os primórdios da humanidade, juristas e filósofos travam intensos debates sobre a questão acerca do fundamento que permite que um grupo de homens, associados ao Estado, prive de liberdade alguns de seus membros ou intervenha de outro modo, conformando sua vida (ROXIN, 1986, p. 15).

Atualmente, diante da criação de novos tipos penais, sobretudo no campo do Direito Penal Econômico e do meio ambiente, parte da doutrina, em reação a esse movimento, passou a defender um modelo ultraliberal de intervenção jurídico-penal estatal, propondo sua incidência apenas ao chamado *Direito Penal básico*, que seria composto exclusivamente por condutas que atentassem contra determinados interesses individuais, tais como a vida, a saúde, a liberdade e a propriedade, e que manteria os princípios político-criminais de garantia. Para esses autores que integram a chamada Escola de Frankfurt – liderada e alimentada sobretudo por Winfried Hassemer –, a expansão do Direito Penal para a proteção de interesses diversos daqueles acima mencionados seria ilegítima, já que nesses casos o Direito Penal seria utilizado para resolver problemas sociais de forma simbólica, com o objetivo de tranquilizar a opinião pública, e não de maneira efetiva.

Diante dessa posição da Escola de Frankfurt, os defensores da modernização e expansão do Direito Penal sustentam que este, assim como ocorre com os demais ramos do Direito, deveria adaptar-se às modificações sociais e às características da sociedade moderna e, por isso, sua forma e conteúdo não poderiam ser idênticos ao do Direito Penal construído na época do período Iluminista. Segundo argumentam os adeptos dessa corrente de pensamento, da mesma forma que a socie-

¹ Em crítica às teses que condenam genericamente todo e qualquer crime de perigo abstrato, Luís Greco (2004, p. 91-92) afirma: “o que me pergunto é se este tipo de postura não é quase tão descuidada e apressada quanto as normas que a motivam, porque tal juízo global de condenação dos crimes de perigo abstrato repousa sobre uma série de premissas que não são de maneira alguma tão seguras como parecem supor os defensores deste posicionamento”.

dade moderna rompeu com o passado, também o Direito Penal deveria desvincular-se do chamado Direito Penal clássico – que, por não possuir validade atemporal, não seria capaz de proteger as atuais condições de subsistência da vida em sociedade – e adequar-se às necessidades reais dos integrantes de uma determinada comunidade². Logo, o aparecimento de novos conflitos sociais e de danos substancialmente diversos daqueles que até então existiam – tais como, por exemplo, os danos ao meio ambiente e à ordem econômica – exigiria uma readaptação do Direito Penal para permitir uma regulamentação adequada das condutas lesivas a estes novos interesses, o que poderia provocar legitimamente a expansão do Direito Penal em áreas antes não alcançadas.

Na realidade, a atual configuração do Direito Penal é fruto de uma relação dialética entre dois interesses que marcam a vida do homem em sociedade: o interesse na diminuição da violência do sistema penal e o interesse na redução de delitos (*violência social extrapenal*). Em outros termos, o Estado de Direito, ao instituir uma sanção penal, depara-se com duas pretensões legítimas marcadas pela necessidade de proteger os indivíduos dos mais variados abusos cometidos por outros indivíduos (*abusos privados*) e também pelo dever de intervir na liberdade dos indivíduos sem violar direitos fundamentais (*abusos estatais*) (SILVA SÁNCHEZ, 1992, p. 185-186).

A tensão entre esses dois interesses tem permeado o debate, travado entre os integrantes da Escola de Frankfurt e os partidários da modernização e expansão do Direito Penal, acerca da legitimidade ou não do aumento do poder punitivo em determinados campos sociais. Esse debate, entretanto, reflete, em última análise, uma discussão mais ampla sobre a própria legitimidade do Direito Penal e as razões de sua existência. Na verdade, quando se analisa a necessidade de ampliação ou diminuição do poder punitivo exercido pelo Estado por meio do Direito Penal deve-se, preliminarmente, verificar se esse ramo do Direito cumpre alguma função positiva para o indivíduo e para a coletividade e, em caso positivo, analisar de que forma ele deve operar para o alcance dessa finalidade. Em outros termos, deve-se perguntar qual a finalidade do Direito Penal e se, de fato, as normas penais produzidas estão de acordo com o motivo de sua existência.

Para alguns doutrinadores, como Eugênio Raul Zaffaroni e Nilo Batista (2003, p. 96), não se poderia incluir, entre os fins do Direito Penal, a ideia de prevenção, pois toda e qualquer tese preventiva, ao justificar o

² Por todos, GRACIA MARTÍN, 2005, p. 42.

exercício do poder punitivo estatal, legitimaria “um capítulo do modelo de estado de polícia que sobrevive dentro do estado de direito”. As restrições impostas pelo sistema penal, segundo eles, configuram apenas o exercício de um poder punitivo de explicação política que se manifesta por diversos meios de coerção, tais como o poder de vigiar e de controlar movimentos e ideias, de obter dados da vida privada dos cidadãos, de impor restrições à liberdade sem controle judicial, além de outros. Ao Direito Penal, portanto, não se poderia atribuir qualquer função positiva, nem mesmo a prevenção de crimes, mas somente o papel de neutralizar a constante ameaça dos elementos do Estado de Polícia que se encontram presentes no Estado de Direito. A contenção do poder punitivo seria, para ambos, a única finalidade do Direito Penal³.

Essa postura crítica defendida por Zaffaroni e Batista, no entanto, não pode ser aceita, pois acaba por conduzir, inevitavelmente, à defesa da própria abolição do Direito Penal, já que, se não é possível atribuir qualquer função positiva que legitime a imposição de sanções penais pelo Estado e se o sistema penal configura apenas uma forma de poder punitivo seletivo e discriminatório que é exercido pela classe social dominante sobre outras classes menos favorecidas, não haveria razão para a sua manutenção no seio do Estado de Direito Democrático⁴. O ideal abolicionista, apesar do mérito de ter contribuído para o esforço em favor de uma maior humanização do sistema penal, jamais conseguiu apresentar qualquer proposta apta a substituir eficazmente o sistema penal como meio de resolução dos conflitos sociais mais graves. As alternativas que em geral se apresentam – tal como, por exemplo, a solução de conflitos baseada no princípio da reparação civil do dano levada a efeito por meio da tentativa de conciliação pessoal entre o ofensor e o ofendido por intermédio de procedimentos de arbitragem privada ou mesmo por tribunais estatais cíveis (HULSMAN; CELIS, 1997, p. 126 e ss) –, além de serem incompatíveis com o grau de complexidade das sociedades modernas, cujas relações sociais são cada vez mais anônimas e difusas, também são de difícil aplicação para crimes mais violentos ou que afetem um número indeterminado de indivíduos. Aliás, não foi por outra razão que as teses abolicionistas se desenvolveram principalmente em países como a Holanda e a Noruega, que são Estados pequenos nos quais o problema da criminalidade é relativamente re-

³ Esta teoria é denominada de teoria negativa ou agnóstica da pena: negativa porque não atribui qualquer função positiva para a pena; agnóstica porque, quanto à sua função, reconhece desconhecê-la. Nesse sentido, ver BATISTA; ZAFFARONI; ALAGIA; SLOKAR, 2003, p. 98 e ss.

⁴ Conforme ressalta Silva Sánchez (1992, p. 180), “[...] minoritariamente se ha rechazado toda posible legitimación de la imposición de una pena, lo cual habría de conducir inevitablemente a proponer la abolición del propio Derecho Penal”.

duzido e a probabilidade de eficácia de uma resolução descentralizada de conflitos é mais alta. Além disso, também não é mera coincidência o fato de a maioria dos casos exemplificativos mencionados pelos abolicionistas envolverem situações conflituosas mais simples, de bagatela, que não representam a atual realidade do sistema penal⁵. Na realidade, a substituição integral do Direito Penal por outras formas de controle do desvio exercidas diretamente pela sociedade representaria apenas a abolição de uma série de limitações formais e materiais que restringem o poder punitivo exercido pelo Estado e protegem direitos mínimos dos atingidos pelo sistema penal, sem qualquer garantia do indivíduo em face dos *novos detentores do poder*. Conforme bem salienta Hassemer, se, por um lado, é verdade que existem Estados repressivos, por outro, é inegável que “existem também experiências com homens, que lesionam e enganam uns aos outros, que se consideram melhores, mais fortes e mais inteligentes que os outros e também extraem disso conseqüências hierarquizadoras, que são consideradas temerárias e deficientes em seu proveito” (HASSEMER, 2005, p. 430). Dessa maneira, a extinção do Direito Penal significaria não o fim da perseguição e da punição – pois o controle social sempre existirá em toda e qualquer sociedade –, mas sim o fim da formalização, com o retorno da espontaneidade, da surpresa e da subjetividade, em flagrante prejuízo à segurança nas relações sociais e, conseqüentemente, ao desenvolvimento da personalidade de cada indivíduo⁶.

Como se não bastasse, essa visão exclusivamente negativa do sistema penal, sustentada por Zaffaroni e Nilo Batista, também peca por enfocar apenas um dos objetivos do Direito Penal, que é a redução da violência estatal. Todavia, o papel do sistema penal não pode esgotar-se na contenção do poder punitivo do Estado e na tentativa de evitar seu exercício arbitrário, mas deve também abranger a diminuição da violência privada, pois, para qualquer indivíduo, tão relevante quanto evitar que o Poder Público viole seus direitos fundamentais é impedir também que sua liberdade seja afrontada por seus pares. Para o cidadão, é irrelevante quem seja o responsável pela lesão a seus interesses, pois o importante é a existência de um ambiente social que lhe proporcione o pleno desenvolvimento de sua personalidade. Não foi por outra razão, aliás, que tanto a ideia de diminuição da violência estatal como também a de redução da violência privada mediante a prevenção de crimes foram incorporadas por diversas Constituições modernas – inclusive a

⁵ Nesse sentido, SILVA SÁNCHEZ, 1992, p. 21.

⁶ Nesse sentido, Hassemer (2005, p. 432) afirma que o abolicionismo nada mais é do que uma tentativa de “exorcizar o diabo com o belzebu”.

Constituição brasileira de 1988 – que, ao adotarem o modelo de Estado de Direito Social e Democrático, impuseram ao Estado exatamente este duplo papel que se atribui ao Direito Penal: de um lado, elas mantêm os princípios fundamentais de defesa do indivíduo em face do poder do Estado como forma de garantir a diminuição da violência estatal; de outro, estabelecem ao Poder Público obrigações positivas de proteção dos valores constitucionais consagrados com o fim de reduzir lesões privadas a direitos essenciais (FERREIRA DA CUNHA, 1995, p. 273). Por isso, toda e qualquer atuação do Estado no âmbito do Direito Penal deve ser pautada necessariamente pela análise desses dois interesses constitucionais e não apenas daquele relacionado com a contenção do poder punitivo, de forma que a tipificação e a descriminalização de condutas satisfaçam a pretensão de redução dos danos produzidos pelo sistema penal sem diminuir sua eficácia preventiva.

Aliás, esse duplo papel que deve ser atribuído ao Direito Penal, além de estar relacionado com a adoção, pelas principais constituições modernas, do modelo de Estado de Direito Social e Democrático, decorre também de seu enquadramento como um dos meios de controle social existentes para regular a vida em sociedade.

O controle social é, sem dúvida, uma condição irrenunciável da vida em sociedade e está presente em toda comunidade. Ele é composto de três elementos fundamentais, que são a norma, a sanção e o processo, sendo por meio dele que cada grupo social cria regras de convivência por intermédio das quais se busca evitar comportamentos sociais indesejados, utilizando-se, para tanto, da ameaça de imposição de sanções (reações sociais) acaso aqueles comportamentos desviantes se realizem (MIR PUIG, 2005, p. 49). A sociedade atual é marcada pela presença de diversos meios de controle social. A família, a escola, a profissão, os grupos sociais e religiosos, todos exercem um controle social sobre os indivíduos de uma maneira informal, já que estabelecem normas de conduta, sanções e processos de controle, que são os três elementos que juntos formam o controle social.

No entanto, além desses mecanismos informais de controle social, a sociedade moderna, organizada estruturalmente por meio dos Estados, também está submetida a meios de controle social formais composto por normas, sanções e processos (de aplicação das normas e sanções) previstos em normas jurídicas cogentes, editadas pelo Estado, que disciplinam não só a conduta dos indivíduos, mas também a atuação da própria Administração Pública. Essas normas, que são editadas pelo Estado para regular o comportamento em sociedade, estão inseridas em um contexto mais amplo de controle social, já que são dotadas de

sanção e aplicadas por meio de um processo, além de visar assegurar expectativas de conduta e determinar os limites da liberdade de ação humana com o fim de permitir o desenvolvimento das habilidades pessoais e a socialização (HASSEMER, 2005, p. 415).

O Direito Penal, por ser um conjunto de normas de conduta editadas pelo Estado para disciplinar a vida em sociedade, também se enquadra como um dos meios de controle social existentes nas sociedades atuais, já que ele possui os mesmos elementos estruturais que os outros âmbitos de controle social, que são a norma, a sanção e o processo. Existe uma norma (tipo penal) que define a conduta desviante considerada criminosa e que também estabelece, em seu preceito secundário, a sanção a ser aplicada em caso de desvio (reação ao comportamento desviante). Além disso, há a previsão legal de um processo para apuração da responsabilidade pela prática do comportamento criminoso, processo este que deve observar regras previamente estabelecidas para a imposição das sanções penais. Por fim, tal como ocorre com as demais formas de controle social, o Direito Penal, ao disciplinar condutas mediante a proibição de ações ou omissões, também assegura expectativas de comportamento e estabelece os limites da liberdade de ação individual, possibilitando a redução da violência privada e funcionando como uma forma de transformação social dos conflitos desviantes (HASSEMER, 2005, p. 415).

O sistema jurídico-penal, contudo, apesar de ser parte integrante do controle social – e, por essa razão, possuir o principal objetivo de todos os demais meios de controle social, que é a regulação da vida em sociedade com a redução da violência privada –, detém algumas peculiaridades importantes que o diferenciam dos demais meios de controle. Em primeiro lugar, nele não são disciplinados quaisquer comportamentos desviantes, mas apenas aqueles considerados mais graves e de maior relevância no âmbito de uma sociedade determinada. Além disso, o sistema penal se vale de instrumentos de controle do desvio (sanções) mais intensos, que afetam diretamente – e de forma significativa – o *status libertatis* e a autonomia não só daqueles que, por terem violado a norma penal, sofrem a sanção penal, mas também de todos os demais membros da comunidade que, sob a ameaça da pena, são obrigados a observar as regras comportamentais previstas na lei penal (SILVA SÁNCHEZ, 1992, p. 182). Ademais, o Direito Penal é uma forma de controle social que só pode ser exercida pelo Estado – que detém o monopólio da aplicação das sanções penais – e que, por ser equipado com instrumentos vigorosos, está submetido ao cumprimento de inúmeros requisitos formais e a limitações materiais disciplinados em regras e princípios estabelecidos previamente.

Trata-se, portanto, de um meio de controle social que, em geral, é altamente formalizado, no qual os comportamentos considerados criminosos (condutas puníveis), as reações a esses comportamentos (pena) e a forma pela qual se verifica a prática desses comportamentos e se aplica a sanção penal (processo) devem estar previamente definidos em lei a fim de evitar, na medida do possível, a surpresa e o subjetivismo próprios das outras formas de controle social.

Assim, ao mesmo tempo em que o Direito Penal, por ser uma forma de controle social, tem a finalidade de regular a vida em sociedade, assegurando expectativas e disciplinando os limites da liberdade individual – e nisso ele se identifica com os demais meios de controle, que atuam sobre os fatos menos lesivos aos interesses sociais dominantes –, ele também possui características próprias que devem ser levadas em consideração para a delimitação de seus fins e dos fatores que justificam sua existência.

Logo, seja em razão da adoção, pelas principais constituições modernas, do modelo de Estado de Direito Social e Democrático, seja por se tratar de uma forma especial de controle social, o Direito Penal e as restrições à autonomia individual por ele impostas só se justificam porque, além de prevenir a prática futura de crimes, o mal causado pelo sistema penal é, em razão das garantias formais e materiais existentes, inferior àquele produzido pela vingança privada, ou seja, a ausência do Direito Penal, por representar o abandono do controle estatal sobre o comportamento desviante ao livre jogo das forças sociais, proporcionaria uma dinâmica de *agressão-vingança-agressão* por parte dos particulares sem qualquer controle formal ou substancial sobre as reações contra o autor da conduta indesejada (SILVA SÁNCHEZ, 1992, p. 181). Dessa maneira, ao mesmo tempo em que o Estado passa a deter o monopólio da força para reagir de forma mais severa contra o comportamento desviante, ele assume, paralelamente, o compromisso de fazê-lo da maneira menos arbitrária (e menos danosa socialmente) do que o faria o particular. Por isso, a legitimidade do Direito Penal pressupõe não só uma atuação eficaz no combate ao comportamento criminoso, mas também a contenção do arbítrio estatal mediante a imposição de regras formais para a aplicação da pena e a existência de um critério material mínimo que justifique a tipificação ou descriminalização de certos comportamentos sociais. A necessidade de que sejam estabelecidos parâmetros materiais na escolha das condutas puníveis penalmente, aliás, aproxima os integrantes da Escola de Frankfurt e os partidários da modernização e expansão do Direito Penal, pois ambos concordam que o legislador penal, por ocasião da elaboração de normas penais, não tem observado critérios materiais rígidos para a definição da conduta punível, o que

tem gerado certo arbítrio ao legislador em matéria penal, possibilitando não só a criminalização equivocada de certas condutas, mas também a não tipificação (ou a tipificação incorreta) de ações que, a rigor, deveriam ser punidas mais severamente.

Essa preocupação com o arbítrio estatal, contudo, não surgiu apenas nos dias atuais. No curso da história, e especialmente a partir do pensamento iluminista, diversas teorias foram desenvolvidas com o objetivo precípuo de limitar o poder punitivo estatal. Mais recentemente – nos dois últimos séculos para ser mais preciso –, com o advento da teoria do bem jurídico, parte significativa da doutrina passou a buscar na noção de lesão a bens jurídicos a construção de um conceito material de crime, ou seja, de um conceito que delimitasse as hipóteses em que o Estado poderia aplicar, legitimamente, uma pena aos autores de certas condutas. Desde então, tem preponderado o entendimento de que “o objetivo direto e primordial do direito penal reside na proteção de bens jurídicos essenciais ao indivíduo e à comunidade” (princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos⁷) e também de que “não há crime sem lesão ou perigo concreto de lesão ao bem jurídico” (princípio da ofensividade ou da lesividade (GOMES, 2002, p. 11 e ss; BATISTA, 1999, p. 91 e ss).

Atualmente, esses dois princípios gozam de amplo prestígio na doutrina, especialmente na doutrina nacional, conferindo à noção de bem jurídico um papel fundamental para a delimitação e para a legitimação do poder punitivo estatal, já que sua lesão (ou perigo de lesão) deve necessariamente ser tomada como referência para que o Estado possa, legitimamente, tipificar condutas e restringir a liberdade de seus cidadãos.

No entanto, até o presente momento, a teoria do bem jurídico (e a adoção de seus princípios correlatos, quais sejam, o princípio da ofensividade e o princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos) não conseguiu estabelecer critérios precisos para solucionar o problema da contenção do arbítrio estatal⁸. Na verdade, sua utilização como forma eficaz de limitação material da atuação do legislador penal depende de inúmeras variáveis.

⁷ Este entendimento, amplamente majoritário na doutrina brasileira, vem sendo objeto de contestação na doutrina estrangeira. Por todos: PRADO, 1997, p. 28. Sobre o tema, HEFENDEHL, 2007a.

⁸ Conforme ressaltam von Hirsch e Wohlers, “[...] hasta ahora la teoría del bien jurídico crítica al sistema no ha podido cumplir el objetivo que se había fijado a sí misma de ‘poner en manos del legislador penal un criterio plausible y utilizable para sus decisiones y desarrollar, al mismo tiempo, un baremo para el exámen externo de la justicia de dichas decisiones’” (HIRSCH; WOHLERS, 2007, p. 11).

Assim, em primeiro lugar, a eficácia dessa limitação dependerá diretamente da concepção de bem jurídico que se adote e da análise de suas principais características. Ademais, será necessário analisar os critérios que deverão permear a escolha pelo legislador dos bens que serão protegidos penalmente, o que será relevante para determinar se a tutela penal irá se restringir apenas a bens jurídicos individuais ou se será possível a tipificação de condutas sem a individualização de vítimas. Por fim, a construção de parâmetros materiais para a atuação do legislador penal também exigirá a análise do grau de concretude que se poderá impor, no âmbito da sociedade atual, à noção de bem jurídico-penal, já que a natureza das relações sociais existentes em uma sociedade de risco tem provocado o surgimento de bens jurídicos cada vez mais abstratos – tais como o meio ambiente e a ordem econômica – cuja relevância para a sobrevivência da humanidade e a manutenção de suas condições básicas é indiscutível.

Na realidade, a necessidade de tutela penal desses novos interesses tem provocado uma verdadeira revolução na estrutura de certos delitos, pois a ausência de concretude desses bens, somada a um considerável aumento de interconexões causais e à crescente substituição de contextos de ações individuais por outros de caráter coletivo, tem dificultado a identificação da causa material direta de determinados danos e com isso impedido – pelo menos em algumas situações – a utilização de figuras típicas tradicionais baseadas em uma causalidade material direta, provocando, assim, a antecipação da tutela penal com o objetivo de alcançar condutas de mero perigo abstrato⁹.

Diante desse quadro, torna-se necessário abordar a questão relativa à proteção de bens jurídicos (seja para justificar ou para limitar a aplicação do Direito Penal) à luz das principais características dos bens que poderão (ou, em alguns casos, deverão) ser objeto de proteção por meio da norma penal, de forma a estabelecer parâmetros para que o legislador, observados os princípios da *ultima ratio* e da fragmentariedade, possa escolher, por ocasião da elaboração da norma penal, os bens que serão tutelados e também as técnicas de proibição ou ordenação de condutas que serão utilizadas para se alcançar – de maneira mais adequada e efetiva, e não apenas superficial ou simbólica – a tutela dos bens jurídico-penais, tendo em vista sua natureza, classe ou qualidade¹⁰.

⁹ Sobre o tema, vide BUERGO, 2001, p. 28 e ss.

¹⁰ Isso porque, conforme ressalta Tatiana Vargas Pinto (2007, p. 101), “la perturbación de bienes no puede desvincularse de la naturaleza, clase o calidad del bien jurídico-penal afectado, de modo que el tipo de tutela sea adecuado al objeto protegido”.

3 O caráter relativo e valorado do conceito de bem jurídico

Existe certo consenso entre os doutrinadores de que somente os bens mais importantes para a convivência dos indivíduos em sociedade podem ser tomados como referência para a elaboração de uma norma penal incriminadora. Quase todos os autores concordam, em maior ou menor medida, que não é suficiente, para a configuração de um bem jurídicopenal, a simples existência de um interesse individual ou coletivo, mas é preciso que esse interesse seja essencial para o desenvolvimento da personalidade do ser humano e para seu convívio pacífico em sociedade.

Dessa maneira, como apenas os bens imprescindíveis para assegurar as condições de vida em sociedade podem ser tutelados pelo Direito Penal, será necessário, então, definir, a partir de uma realidade social determinada, quais, entre os *interesses* ou *valores* ali existentes, podem ser considerados efetivamente essenciais. Dito de outra forma, na medida em que o bem jurídico-penal é diferenciado dos demais em razão de sua relevância para o desenvolvimento pessoal e para a paz social, a sua identificação em uma determinada sociedade envolve necessariamente uma decisão de escolha daqueles bens concebidos como mais importantes, ou seja, uma valoração positiva¹¹ de alguns bens da vida, que passarão a ter dignidade penal, em detrimento de outros¹².

Além disso, como as necessidades individuais e sociais variam no tempo e no espaço, a determinação dos interesses fundamentais para o convívio pacífico não pode basear-se em juízos de valor genéricos, exercidos *a priori* e válidos para toda e qualquer sociedade. Cada comunidade, dependendo de sua localização ou época, é composta por pessoas com interesses e valores próprios que são condicionados por circunstâncias naturais e sociais mutáveis. Assim, a definição material do bem jurídico penalmente relevante não pode ignorar a realidade social na qual o bem está inserido, mas deve levar em consideração as peculiaridades de um

¹¹ Aliás, a própria noção genérica de *bem* já traz em si a ideia de valoração positiva de um objeto. Neste sentido, Tatiana Vargas Pinto (2007, p. 69) ressalta que “el bien suele conectarse con la idea de interés y de valor. De hecho, se mantendrá aquí la concepción de bien como situación valorada positivamente, que será penal si tal valoración se contiene en una norma penal, en cuanto constituye una situación fundamental para la ordenada y tranquila convivencia entre los hombres”.

¹² A ideia, aqui adotada, de que a existência dos bens origina-se da própria realidade social, foi trabalhada por muitos autores, dentre os quais se destaca Franz von Liszt. Para Liszt (2003, p. 139), “é a vida, e não o Direito, que produz o interesse; mas só a proteção jurídica converte o interesse em bem jurídico. A liberdade individual, a inviolabilidade do domicílio, o segredo epistolar eram interesses muito antes que as cartas constitucionais os garantissem contra a intervenção arbitrária do Poder Público”.

determinado sistema social, bem como seu momento histórico-cultural, ou seja, deve ser uma concepção aberta para que possa se adaptar às modificações sociais e aos progressos científicos e, com isso, garantir que a escolha dos bens reflita as reais necessidades sociais¹³.

Portanto, a concepção material de bem jurídico é uma concepção valorada – já que sua definição substancial é realizada a partir de um juízo de valor – e também relativa – pois a valoração incide sobre as circunstâncias reais presentes em uma comunidade, sendo válida apenas para um contexto social específico, geográfico, cultural e temporalmente delimitado. Essa valoração, por envolver uma decisão fundamental que afeta indistintamente todos os integrantes de uma sociedade, deve caber ao legislador penal, que é quem detém legitimidade democrática para – por meio de um processo que permita, ao menos potencialmente, a participação de todos os integrantes da sociedade (processo legislativo) – dizer quais interesses, entre todos os que existem em um contexto social determinado, são imprescindíveis para a convivência pacífica dos indivíduos (AMELUNG, 2007, p. 239).

Nessa tarefa, é inegável que o legislador detém certa liberdade de conformação para selecionar, a partir das necessidades existentes em uma comunidade, aqueles bens que repute mais relevantes para o convívio social de seus integrantes. No entanto, embora possua amplo espaço de atuação, sua liberdade de escolha não é absoluta. O legislador não pode, por exemplo, valer-se de sua legitimidade democrática para criminalizar comportamentos socialmente adequados¹⁴, pois a necessidade de vinculação do direito com a realidade fática não permite que sejam adotadas decisões que contrariem o modo de ser de um grupo social¹⁵. Todas as opções do legislador devem estar baseadas em dados empíricos que reflitam as necessidades reais dos indivíduos, sendo certo que, quanto mais abundantes forem estes dados, menor será a margem de discricionariedade ao se elaborar uma lei penal¹⁶.

¹³ Nesse sentido, PINTO, 2007, p. 68; PRADO, 1997, p. 82; ROXIN, 1997, p. 57-58.

¹⁴ Conforme salienta Luciano Feldens (2006, p. 379), “embora detentor de um amplo espaço de atuação, não lhe é lícito editar uma lei qualquer em nome de sua legitimidade democrática”.

¹⁵ Entretanto, segundo bem observa Silva Sánchez (1992, p. 319), não se pode descartar, ao menos excepcionalmente, a possibilidade de que o Direito Penal atue sem que haja previamente uma norma social ou mesmo que regule uma determinada matéria de modo parcialmente distinto ou mesmo completamente contrário à disciplina dada por norma social já existente. Por exemplo, em uma sociedade extremamente racista em que a prática de discriminação está pulverizada por toda comunidade e é amplamente aceita pela maioria, ninguém em sã consciência ousaria defender a ilegitimidade de uma regulação estatal contrária a este *costume social*.

¹⁶ Segundo bem ressalta Anabela Miranda Rodrigues (1995, p. 244), “quanto mais dados empíricos se têm ao dispor, tanto mais se reduz o espaço da livre decisão sobre os valores”.

É preciso salientar, contudo, que a mera exigência de vinculação direta entre o conteúdo da norma penal e o contexto social concreto, apesar de possibilitar certa redução do arbítrio do legislador e de configurar um passo importante para a efetividade do Direito Penal como instrumento de regulação social, não é capaz, por si só, dada sua amplitude, de estabelecer um padrão substancial que norteie o legislador ordinário no processo de seleção dos bens merecedores de proteção penal. Por isso, será preciso trabalhar com outro instrumento que seja capaz de fornecer parâmetros mais concretos para coibir o subjetivismo do legislador penal e que tenha tanta ou mais legitimidade para, com força vinculante, limitar o poder punitivo estatal e possibilitar que ele seja controlado pelo Judiciário. Esse instrumento só pode ser a Constituição, pois é a partir dela que se projeta o modelo de Estado sob cujos parâmetros deve a sociedade se orientar e que são estabelecidos os campos de atuação de todos os Poderes de Estado por ela constituídos, com a fixação dos limites, formais e materiais, dentro dos quais eles poderão ser exercidos. Além disso, a Constituição contém as decisões de fundo mais relevantes que regem toda ordem jurídica. As valorações realizadas no processo de elaboração das normas constitucionais refletem as opções consensuais mais amplas em uma comunidade e por isso se impõem a todos os seus integrantes, sejam eles particulares ou entes públicos (FELDENS, 2006, p. 375; FERREIRA DA CUNHA, 1995, p. 115-116).

Assim, é a partir da realidade social e das necessidades reais apresentadas pelos seus integrantes, bem como da Constituição e dos valores nela consagrados, que se deve buscar construir um conceito crítico de crime capaz de orientar o legislador em sua tarefa de selecionar os bens jurídicos dignos de tutela penal.

4 Pode o Direito Penal proteger interesses abstratos ou que não guardem referência direta a um indivíduo concreto?

Conforme já salientado anteriormente, há uma corrente doutrinária – liderada sobretudo por Winfried Hassemer e denominada de Escola de Frankfurt – que se opõe à possibilidade de proteção penal dos novos bens jurídicos universais e abstratos sob o argumento de que, por serem tais bens definidos de modo vago, sua tutela por meio de uma sanção penal poderia conduzir a uma excessiva antecipação de proteção mediante a utilização constante de crimes de perigo abstrato, o que provocaria a flexibilização de certas garantias penais clássicas e dificultaria a contenção do arbítrio estatal (HASSEMER, 1989, p. 279). De acordo com essa linha de pensamento, ao Direito Penal caberia somente a tutela dos interesses individuais clássicos, ou seja, a proteção de bens jurídicos

concretos ligados diretamente ao homem considerado em sua individualidade, não podendo o sistema penal ser utilizado como instrumento de tutela dos novos e grandes riscos das sociedades atual e futura. Esses grandes riscos deveriam ser controlados por outros ramos do Direito ou mesmo por meios não jurídicos de controle social, sob pena de não mais se aceitar o Direito Penal como *ultima ratio*, mas como o primeiro ou mesmo o único meio de proteção de bens jurídicos¹⁷.

No âmbito da doutrina brasileira, alguns doutrinadores, influenciados pelo pensamento da Escola de Frankfurt, têm sustentado não ser possível criminalizar comportamentos que afetem interesses exclusivamente coletivos, sem qualquer relação, direta ou indireta, com a pessoa humana¹⁸. Luiz Regis Prado (1997, p. 91), por exemplo, sustenta que “o juízo de valor sobre a relevância de um determinado interesse coletivo exige a comprovação do dano causado no indivíduo para sua vulneração”. No mesmo sentido, Juarez Tavares afirma que

só poderá ser reconhecido como bem jurídico o que possa ser reduzido a um ente próprio da pessoa humana, quer dizer, para ser tomado como bem jurídico será preciso que determinado valor possa implicar, direta ou indiretamente, um interesse individual, independentemente de se esse interesse individual corresponder a uma pessoa determinada ou a um grupo de pessoas indistinguíveis (TAVARES, 2003, p. 217).

Além disso, há entre nós uma tendência restritiva acerca da admissibilidade de bens jurídico-penais de caráter abstrato, especialmente porque estes bens, ao serem tomados como referência para a tipificação de comportamentos criminosos, poderiam outorgar, dada a dificuldade de comprovação empírica de sua lesão, excessiva discricionariedade ao legislador penal na descrição da conduta punível¹⁹.

Essas duas posturas críticas em relação à admissibilidade dos bens jurídicos abstratos e coletivos refletem, sem dúvida, uma legítima pre-

¹⁷ Sobre o tema, Hassemer (2005, p. 284) afirma que “quien acepta con generosidad los bienes jurídicos universales corre el riesgo de aceptar al derecho penal no ya como ultima ratio sino como prima o incluso como sola ratio de la protección de bienes jurídicos”.

¹⁸ Essa concepção tem sido denominada pela doutrina de concepção monista-pessoal de bem jurídico – ou simplesmente teoria pessoal do bem jurídico – e se contrapõe à concepção dualista de bem jurídico, que admite tanto a existência de bens individuais quanto coletivos, sem que estes sejam reduzidos à dimensão individual, ou vice-versa (GRECO, 2004, p. 102-103).

¹⁹ Nesse sentido, Luís Greco (2004, p. 106) afirma que “[...] definições de bem jurídico que o transformem em uma entidade ideal, em um valor, em algo espiritual, desmaterializado, são indesejáveis, porque elas aumentam as possibilidades de que se postulem bens jurídicos à *la volenté*, para legitimar qualquer norma que se deseje”.

ocupação com a contenção do arbítrio estatal em matéria penal. No entanto, conforme já exposto no início desta exposição, a redução da violência estatal não deve ser concebida como a única pretensão a ser alcançada pelo Direito Penal. Este deve também, em igual medida, preocupar-se em reduzir a prática de atos privados que afetem o convívio pacífico entre os indivíduos.

Assim, para alcançar seus dois escopos principais, o Direito Penal deve adaptar-se às necessidades reais existentes em uma comunidade, sempre tendo em mira os valores previamente delineados pelo constituinte. Em outros termos, a legitimidade da escolha, pelo legislador ordinário, dos bens jurídicos merecedores de proteção penal deve necessariamente ser analisada a partir do caráter relativo e valorado desses bens, já que é somente com base na realidade social concreta e nos valores consagrados nas respectivas constituições federais que se poderá aferir quando um interesse é essencial para a convivência humana. Por isso, não se pode descartar genericamente, como fazem os adeptos da Escola de Frankfurt, a possibilidade de criminalização de condutas que atentem contra certos bens coletivos e abstratos que não guardem referibilidade a um indivíduo concreto, pois o que é fundamental para a legitimidade destes bens não é sua ligação direta e imediata com um interesse individual determinado, mas sim sua essencialidade para a manutenção de uma vida livre e pacífica em sociedade e sua vinculação com o texto constitucional²⁰.

²⁰ É claro que, em última análise, toda a atuação estatal – o que inclui, evidentemente, a intervenção penal – dirige-se à pessoa humana, pois ela sempre visa garantir o livre convívio dos homens em sociedade. Isso não quer dizer, contudo, que os bens coletivos possam sempre ser reduzidos a um interesse individual ou mesmo que se possa exigir, ainda que de forma indireta, que sua lesão afete necessariamente algum indivíduo concreto. Consoante bem salienta Figueiredo Dias (2007, p. 150), “[...] se, por exemplo, uma descarga de petróleo no mar provoca a morte de milhares de aves marinhas e leva, inclusivamente, à extinção de alguma espécie rara, também aí se verifica a lesão de um bem jurídico colectivo merecedor e carente de tutela penal, ainda que tais aves sejam absolutamente insusceptíveis de utilização – por exemplo, para fins alimentares – por parte do homem. Não é possível descortinar aqui, ao menos em via de princípio, ofensa, sequer mediata, de um qualquer bem jurídico individual, possibilidade de referência a ele ou cadeia dedutiva que a ele conduza”. Da mesma forma, Martínez-Buján Pérez (2007, p. 173) afirma que “[...] cuando en la doctrina se alude a los delitos contra el orden económico en sentido estricto como delitos orientados a la tutela de un bien colectivo general institucionalizado no individualizable, no divisible en intereses individuales o sin referente individual, no se está negando que en esta clase de delitos el bien jurídico se halle al servicio del individuo, dado que [...] en estos delitos siempre cabe hablar de un interés individual de cada uno de los miembros de la sociedad en su conservación y aprovechamiento. Por consiguiente, la utilización de la extendida expresión ‘sin referente individual’ obedece al dato que estos bienes jurídicos se caracterizan por su indivisibilidad, esto es, por no resultar conceptualmente (ni fáctica ni jurídicamente) posible su división en partes, de tal manera que pueda atribuirse de forma individual en porciones [...]”.

Aliás, é bom lembrar que a proteção penal de bens jurídicos coletivos não é uma novidade do Direito Penal atual. Diversos interesses coletivos clássicos, tais como a administração da justiça e a fé pública, que não surgiram a partir da sociedade de risco, jamais tiveram sua relevância penal seriamente contestada, nem mesmo nos casos em que sua lesão não repercutia na esfera concreta de qualquer indivíduo²¹. Da mesma maneira, bens jurídico-penais nitidamente pessoais, como a honra e a intimidade, apesar de notoriamente imateriais, também nunca foram objeto de maiores críticas pela doutrina.

Na verdade, a legitimidade da tipificação de comportamentos que afetam determinados bens coletivos e intangíveis de notória essencialidade nos dias atuais – tais como, por exemplo, o meio ambiente e a ordem econômica – é fruto, em primeiro lugar, de uma realidade social marcada pela presença de comportamentos que produzem riscos consideráveis a estes bens, riscos estes que se difundem pelo mundo e que, se concretizados, podem afetar gravemente o convívio social, além de atingir outros bens fundamentais pertencentes a um número incalculável de pessoas.

Além disso, a dignidade penal de alguns bens coletivos materialmente intangíveis também encontra respaldo na ordem axiológica dos principais textos constitucionais modernos, que passaram a prever como direitos fundamentais os direitos sociais, econômicos, culturais e ecológicos²². No Brasil, por exemplo, o tratamento que a Constituição Federal conferiu a alguns bens coletivos, como o meio ambiente (CF, art. 225) e a ordem econômico-financeira (CF, art. 170 e ss), atribuindo-lhes um papel essencial na manutenção da convivência pacífica e digna de todas as pessoas, não deixa qualquer dúvida quanto à sua relevância na atual conjuntura social. Aliás, em matéria ambiental, a Constituição brasileira de 1988 impôs expressamente ao Estado o dever de “defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”, havendo, inclusive, menção clara quanto à necessidade de aplicação de sanções penais para a punição das condutas lesivas mais graves ao meio ambiente (CF, art. 225, § 3º).

Em realidade, ao criticarem a utilização do Direito Penal para a proteção de novos interesses surgidos nas últimas décadas, os intgran-

²¹ Conforme bem ressalta Luís Greco (2004, p. 105), “[...] pouco importa que nenhum interesse individual seja afetado pela conduta do particular que em segredo gratifica o funcionário público para que este realize, já depois do expediente, um ato vinculado a que o particular tinha de qualquer forma direito, mas que só seria praticado bem depois”.

²² Nesse sentido, FIGUEIREDO DIAS, 2007, p. 149.

tes da Escola de Frankfurt, além de ignorarem, de modo inaceitável, a importância que muitas constituições conferem a certos interesses difusos e abstratos, também minimizam o potencial lesivo de certos comportamentos diante do atual desenvolvimento tecnológico mundial e o papel do Direito Penal no corpo social (FIGUEIREDO DIAS, 2007, p. 146). Exemplo emblemático sobre tal tema é o que sucede em matéria de Direito Ambiental.

Com efeito, ninguém questiona que, no último século, houve, nessa área, uma modificação profunda na sociedade pós-moderna. Se, antes da Revolução Industrial e da superpopulação que hoje vive no mundo, existiam reservas de recursos naturais abundantes e a probabilidade de lesões graves ao meio ambiente era pequena, agora, com o consumo abusivo de recursos e o enorme aumento populacional, a proteção do meio ambiente tornou-se essencial para a humanidade (SCHÜNEMANN, 1996, p. 21). Essa nova conjuntura social gerou, como consequência lógica, a necessidade de uma intervenção mais enérgica do Estado mediante a aplicação de sanções mais severas aos danos ambientais mais relevantes, independentemente de estarem eles vinculados ou não a algum interesse individual específico. Essa mudança de perspectiva tem-se refletido no âmbito do Direito Penal, já que estes novos interesses têm sido tomados como referência para a criminalização de certos comportamentos sociais, sem que seja possível alegar aqui qualquer violação ao caráter subsidiário do Direito Penal, pois estas novas tipificações se destinam (ou pelo menos deveriam se destinar) a proibir justamente aquelas condutas dotadas de maior potencial lesivo para os bens mais importantes da humanidade. Na verdade, é a postura – defendida pelos adeptos da teoria pessoal do bem jurídico – de rechaçar a criminalização de algumas explorações irracionais do meio ambiente capazes de causar a extinção da espécie humana, transformando-as em meras contravenções administrativas em razão de sua não referibilidade a um indivíduo concreto, que representa uma violação aos princípios da fragmentariedade e da subsidiariedade, pois ela acaba por impossibilitar a aplicação da sanção penal exatamente àquelas ações mais danosas socialmente²³.

²³ Nesse sentido, Figueiredo Dias (2007, p. 148) afirma que “uma tal solução significaria pôr o princípio jurídico-penal de subsidiariedade e de última ratio de pernas para o ar, ao subtrair à tutela e às sanções penais precisamente as condutas tão gravosas que põem do mesmo passo em causa a vida planetária, a dignidade das pessoas e a solidariedade com as outras pessoas, com as que existem e com as que hão-de nascer” (grifo do original). Em sentido semelhante, Bernd Schünemann (2002, p. 61) salienta que, “[...] dado que finalmente la destrucción que se produce hoy a nivel global de los recursos naturales acabará en asesinato y robo para las futuras generaciones, la explotación ecológica abusiva constituye directamente la roca primitiva del delito, cuya transformación en una mera contravención administrativa representaría, a mi manera de ver, casi una moral insanity”.

Além disso, a postura crítica defendida pela Escola de Frankfurt ignora também que a ideia fictícia do contrato social – da qual deriva a tese segundo a qual o Estado só poderia intervir na liberdade humana para garantir um bem maior para os integrantes da sociedade – não pode ser pensada apenas a partir dos indivíduos que vivem em um determinado momento, mas deve também levar em consideração, como parte do contrato, toda a humanidade, incluindo as gerações futuras²⁴. Por esse motivo é que a necessidade de manutenção do meio ambiente e de seus principais recursos naturais não pode esgotar-se apenas nos interesses de uma geração de homens, mas deve ser concebida essencialmente como uma questão de justiça distributiva entre as sucessivas gerações, que deve manifestar-se da seguinte maneira: de um lado, existem recursos naturais que são renováveis e por isso estão à livre disposição da atual geração, que pode utilizá-los de acordo com seus próprios interesses sem maiores restrições; de outro, há recursos esgotáveis que devem ser explorados de forma racional, ou seja, devem ser minimamente preservados, não sendo possível qualquer tipo de utilização que, a pretexto de garantir maior bem estar aos homens presentes, inviabilize a vida humana no futuro (SCHÜNEMANN, 2002, p. 60 e ss).

Na realidade, ao exigir que somente bens concretos ligados a pessoas individualizáveis sejam objeto de proteção pelo Direito Penal, a teoria pessoal do bem jurídico acaba por conferir, de modo inadmissível, uma importância maior à defesa de certos bens individuais, como a propriedade – que, segundo Schünemann (1996, p. 22), figura no centro do conceito pessoal de bem jurídico –, do que à manutenção das condições elementares para a vida das gerações atuais e futuras. Porém, se em época anterior à Revolução Industrial essa posição se justificava, pois os bens materiais eram escassos e os recursos naturais abundantes, atualmente, diante de uma conjuntura social marcada pela abundância de riquezas produzidas justamente a partir da exploração irracional dos recursos naturais, soa absurdo tentar colocar os delitos patrimoniais no centro do Direito Penal e deslocar a maior parte dos crimes de lesividade difusa, tais como os que afetam o meio ambiente ou a ordem econômica, para o âmbito das infrações administrativas (SCHÜNEMANN, 1996, p. 22-23). E, mais ainda, ao outorgar demasiada importância às lesões individuais, como aquelas que afetam o patrimônio particular

²⁴ Do contrário, como bem salienta Bernd Shünemann (1996, p. 20), “[...] con cada muerte y con cada nacimiento, habría de concluirse un nuevo contrato social. Además, podría legitimarse el genocidio o la reducción a la esclavitud de una población que viva fuera de las fronteras del Estado, o incluso de la siguiente generación – es decir, una especie de matanza de Belén permanente –, precisamente a través del contrato social”.

de cada pessoa, os adeptos da Escola de Frankfurt parecem esquecer-se que os maiores prejuízos patrimoniais suportados pelos seres humanos na atualidade decorrem de comportamentos que afetam exatamente certos bens difusos e abstratos, como a higidez do sistema financeiro de um país²⁵.

Assim, diante das grandes transformações sociais ocorridas nas últimas décadas e da relevância que as constituições modernas conferem, de forma expressa ou implícita, a alguns interesses coletivos e abstratos, como o meio ambiente e a ordem econômica, não há como afastar a possibilidade de utilização do Direito Penal para a regulação e prevenção das situações potencialmente lesivas mais sensíveis que atualmente afligem a humanidade. A grande questão que deve ser enfrentada, no entanto, está relacionada com a forma como a recepção destes novos bens influenciará a estrutura do delito de modo a possibilitar a adoção de técnicas de tipificação que sejam mais eficazes para a tutela dos interesses sociais mais relevantes sem, contudo, representar uma atuação arbitrária do Estado.

5 O bem jurídico-penal e a estrutura do delito: pode o Estado antecipar a tutela penal de certos bens jurídicos mediante a tipificação de situações de perigo abstrato?

A expansão do Direito Penal sobre novas áreas de intervenção, além de provocar enorme discussão em torno da dignidade penal de certos bens difusos e abstratos, também tem gerado questionamentos sobre a forma de delimitação e adequação da atuação estatal para a proteção desses novos interesses (D'AVILA, 2005, p. 39). Ao criminalizar um determinado comportamento, o legislador penal não pode, a pretexto de proteger certo bem jurídico, tipificar qualquer conduta a ele relacionada, sendo imprescindível a adoção de uma técnica que seja capaz de tutelar o interesse tomado como referência para a tipificação. Em outras palavras, a legitimidade de um tipo penal não pode estar baseada apenas na remissão a um bem jurídico que seja fática e constitucionalmente merecedor de proteção penal, mas depende também da relação que guardam as condutas descritas na lei penal com cada bem que se deseja tutelar por meio do sistema penal (HIRSCH; WOHLERS, 2007, p. 287)²⁶.

²⁵ A gestão fraudulenta de uma instituição financeira, por exemplo, detém enorme potencialidade lesiva ao patrimônio de um número considerável de pessoas, diferentemente do crime de estelionato, que afeta, como regra geral, apenas patrimônio de poucos indivíduos.

²⁶ Nesse mesmo sentido, ao analisar a política criminal mais adequada no âmbito da delinquência econômica e empresarial, Paredes Castañón (2003, p. 99-100) afirma que “la reflexión político-

Assim, além de delimitar os fins do Direito Penal no Estado contemporâneo e de definir as principais características do bem jurídico penalmente protegido, faz-se necessário também analisar a forma concreta como se deve adotar a intervenção penal, ou seja, como deverão ser selecionadas as condutas atentatórias aos bens jurídicos que estarão sujeitas a uma sanção penal (PAREDES CASTAÑÓN, 2003, p. 142).

De maneira geral, a doutrina tem concebido três formas distintas de estrutura do delito²⁷, que são caracterizadas pela tipificação de comportamentos de lesão, de perigo concreto ou de mero perigo abstrato para os bens tutelados. Tradicionalmente, todas essas três espécies de delitos têm sido utilizadas pelo legislador para a proteção de bens jurídicos com relevância penal, incluindo aqueles bens individuais clássicos, como a vida, por exemplo, que, na ordem jurídica brasileira, é protegida penalmente por meio de normas que descrevem delitos de lesão (art. 121, Código Penal), de perigo concreto (art. 132, Código Penal) e também de perigo abstrato (art. 137, Código Penal) (GRECO, 2004, p. 118).

No entanto, conforme já adiantado anteriormente, nas últimas décadas, com a incorporação, pelo Direito Penal, de certos bens jurídicos difusos e menos concretos do que a maior parte dos tradicionais, originários da nova conjuntura social, tem sido possível perceber um considerável aumento da utilização dos crimes de perigo abstrato²⁸, com a edição cada vez maior de normas penais proibitivas que, apesar de descrever situações potencialmente perigosas para bens relevantes ao convívio social, não exigem, para a caracterização do delito, a efetiva comprovação de um perigo concreto para o interesse por ela tutelado²⁹.

criminal requerida debe realizarse en dos pasos sucesivos: uno primero referido a los objetos de la protección otorgada a través de los delitos de peligro, esto es, a los bienes jurídicos del Derecho Penal económico; y otro segundo que atienda a las técnicas de protección (especialmente, de tipificación) más idóneas”.

²⁷ A expressão *estrutura do delito* tem sido utilizada pela doutrina para designar a forma pela qual o bem jurídico será protegido pela norma penal. Nesse sentido, GRECO (2004, p. 117-118) e FRISCH (2007, p. 326 e ss).

²⁸ A categoria dos crimes de perigo abstrato não constitui uma tipologia delitiva homogênea, mas sim um conjunto heterogêneo de tipos penais que agrupam todos aqueles tipos que não podem ser enquadrados como delitos de resultado ou de perigo concreto, já que dispensam, para sua caracterização, a ocorrência de um dano ou de um perigo efetivo ao bem jurídico tutelado. Nesse sentido, HIRSCH; WOHLERS, 2007, p. 288, e ROXIN, 1997, p. 407 e ss.

²⁹ Segundo afirma Blanca Mendonza Buergo (2001, p. 78), “resulta manifiesto que uno de los rasgos que más claramente caracteriza este Derecho penal moderno es la creciente utilización en la mayoría de las reformas penales de la técnica de los tipos de peligro abstracto, así como de delitos de empredimiento o de consumación anticipada y la punición específica de actos preparatorios, con la finalidad confesada de ampliar la capacidad de respuesta y la eficacia en el control de conductas [...]”.

Inúmeras são as razões que motivam essa tendência: a dificuldade de identificação do momento exato das lesões a estes bens (PAREDES CASTAÑÓN, 2003, p. 96-97); a dificuldade de comprovação de um nexo causal entre um único comportamento e a afetação do bem jurídico; a irreversibilidade das lesões causadas a estes interesses etc.³⁰

Diante dessa nova realidade legislativa, parte considerável da doutrina tem sustentado a ilegitimidade dos delitos de perigo abstrato sob o argumento de que eles, ao proibirem penalmente comportamentos que não lesionam ou não geram uma situação de perigo concreto para os bens jurídicos, violariam o princípio da ofensividade. Para essa corrente doutrinária, esse princípio teria assento constitucional³¹ e exigiria, para que um comportamento pudesse ser objeto de criminalização, que o fato fosse lesivo ou concretamente perigoso a um bem jurídico³². Por isso, os interesses que demandassem a antecipação da tutela penal mediante a utilização dos crimes de perigo abstrato deveriam ser protegidos, de acordo com esta posição, por outros ramos do Direito, devendo o Direito Penal ser utilizado apenas nos casos em que houvesse a possibilidade de comprovação empírica de lesão ou de perigo real ao interesse tutelado³³.

No entanto, a questão da legitimidade ou não da antecipação da tutela penal para a proteção de certos bens jurídicos – mediante a utilização de delitos de perigo abstrato como técnica de tutela válida – não pode ser analisada a partir de uma abordagem demasiadamente simplista que não reflita todas as dificuldades que a necessidade de efetiva proteção de bens jurídicos abarca.

Na realidade, a utilização dos crimes de perigo abstrato somente poderia ser rechaçada por completo se, em primeiro lugar, todos os

³⁰ Conforme ressalta Ângelo Roberto Ilha da Silva (2003, p. 101), bens jurídicos como o meio ambiente e a ordem econômica, além da fé pública e da saúde pública, por exemplo, “só podem ser, em certos casos, eficazmente tutelados de forma antecipada mediante tipos de perigo abstrato, seja em razão dos resultados catastróficos que um dano efetivo traria, seja pela irreversibilidade do bem ao estado anterior, seja pelo fato de não se poder mensurar o perigo imposto em certas circunstâncias, ou a inviabilidade de estabelecer o entrelaçamento entre múltiplas ações e um determinado resultado danoso nos moldes rigorosos do processo penal”.

³¹ Luiz Flávio Gomes, por exemplo, menciona que “a construção de todo o sistema penal constitucionalmente orientado, em consequência, deve partir da premissa de que não há crime sem ofensa – lesão ou perigo concreto de lesão – a um bem jurídico” (GOMES, 2002, p. 22).

³² Segundo Gomes (2002, p. 14), não há crime sem lesão ou perigo concreto de lesão ao bem jurídico (*nullum crimen sine iniuria*), não sendo legítimo que o Estado possa sacrificar a liberdade individual “senão quando incrimina fatos significativamente ofensivos a bens jurídicos de relevância (pessoal) indiscutível”.

³³ Para Juarez Tavares (2003, p. 221), “só será caracterizado como bem jurídico aquilo que possa ser concretamente lesado ou posto em perigo, mas de tal modo que a afirmação dessa lesão ou desse perigo seja suscetível de um procedimento de contestação”.

interesses cuja dignidade penal já tenha sido previamente assentada pudessem ser efetivamente tutelados apenas por meio da proibição de atos de lesão ou de perigo concreto. Entretanto, há diversas situações em que a simples criminalização do dano ou do perigo real não é suficiente para o resguardo de certos bens.

Por exemplo, uma das características marcantes da sociedade atual é o gasto excessivo de recursos naturais essenciais utilizados de maneira irracional em prol de um estilo de vida esbanjador e egoísta de seus integrantes. Esse estilo, que foi fomentado pelas revoluções industrial e tecnológica e pela cultura consumista que hoje vigora na maior parte do mundo³⁴, tem demandado cada vez mais a exploração de recursos não renováveis, colocando em risco bens fundamentais à vida do homem e, em algumas situações excepcionais, a própria existência futura da humanidade. Ora, diante desta nova conjuntura na qual os danos são, muitas vezes, irreversíveis, torna-se exigível que o Estado se antecipe às situações lesivas mais graves mediante a proibição da utilização irracional de tais recursos a fim de evitar a ocorrência de lesões irreparáveis, não sendo razoável ter que aguardar a destruição de um bem relevante para que seu responsável possa ser sancionado (SILVA, 2003, p. 97-98)³⁵.

Da mesma forma, nos dias atuais, diante de uma realidade social na qual a maior parte do patrimônio das pessoas encontra-se custodiada em instituições financeiras, e não mais investido em bens móveis, e também da constatação empírica de que certos atos de gestão temerária ou fraudulenta podem efetivamente provocar a quebra dessas instituições e, com isso, causar sérios prejuízos ao patrimônio de um contingente populacional gigantesco, não há como negar ao legislador a possibilidade de traçar uma estratégia político-criminal de defesa do patrimônio que priorize a evitação de atos de gestão irregular grave de uma instituição financeira, punindo-os mais severamente do que o furto, por exemplo. Na realidade, o fato de se tratar de um comportamento prévio a

³⁴ Nas palavras de Prado (2001, p. 16), “o desenvolvimento industrial, o progresso tecnológico, a urbanização desenfreada, a explosão demográfica e a sociedade de consumo, entre outros fatores, têm tornado atual e dramático o problema da limitação dos recursos do nosso planeta e da degradação do ambiente natural – fonte primária de vida. Assim, por exemplo, a contaminação, sem precedentes, causada pela ação dos dejetos de tipo industrial, urbano, agrícola e por contínuos ataques à qualidade de vida – talvez o fator limitativo mais importante para o homem – constitui mais um produto da civilização industrial do século XX”.

³⁵ Aliás, o caráter irreversível e irreparável dos danos ambientais não se esgota apenas no uso indiscriminado dos recursos naturais que compõem o *habitat* dos seres humanos, mas engloba também a destruição, ainda que parcial, do patrimônio artístico, histórico, paisagístico, arqueológico, além de outros que compõem o chamado meio ambiente cultural, o que tem levado a maior parte da doutrina a elevar a ideia de prevenção a um dos princípios fundamentais do Direito Ambiental. Nesse sentido, FIORILLO, 2006, p. 39.

uma situação de lesão ou de perigo concreto não torna ilegítima essa opção legislativa, pois a real probabilidade – baseada em dados fáticos ou em conhecimentos científicos já consagrados³⁶ – de afetação grave do patrimônio de milhares (ou mesmo de milhões) de pessoas, justifica plenamente a imposição de uma sanção tão ou mais grave do que aquela aplicável a alguns atos de lesão³⁷.

O mesmo se pode dizer também de condutas como o tráfico ilícito de armas de fogo ou de munições que, em geral, favorecem diretamente a um tipo de criminalidade violenta que as utiliza para a prática de delitos graves que desestabilizam o convívio livre e pacífico entre os cidadãos. Nesses casos, como se trata de comportamentos prévios diretamente vinculados a atos lesivos de enorme gravidade a bens jurídicos essenciais, comportamentos estes que são praticados, em regra, sem que o agente tenha qualquer interesse legítimo em sua realização e cuja evitação dificilmente poderá ser alcançada por meio de sanções não penais³⁸, parece incontestável a legitimidade da imposição de uma pena aos autores desses comportamentos desviantes.

Também no âmbito dos delitos de falsificação de moedas, a maioria das falsificações, apesar de serem consideradas ações de mero perigo potencial à fé pública – já que são incapazes de, isoladamente, provocar um abalo na crença de toda a sociedade na autenticidade das moedas (FRISCH, 2007, p. 335-336) –, também autoriza o uso legítimo da sanção penal, não só em razão da inequívoca importância social do bem jurídico que se pretende proteger³⁹ e da dificuldade de se precisar o mo-

³⁶ A teoria econômica, por exemplo, pode perfeitamente identificar condutas que contribuem efetivamente para a quebra de uma instituição financeira e com isso estabelecer *standards* que deverão ser observados pelos agentes econômicos para a manutenção do equilíbrio financeiro da instituição. A imposição de limites de investimentos em renda variável, por exemplo, justifica-se em razão do enorme risco que representaria a aplicação de todos ou de grande parte dos recursos administrados por um banco em ações na bolsa de valores.

³⁷ Conforme bem salienta Wolfgang Frisch (2007, p. 334-335), “en los delitos de peligro abstracto, ciertamente, está ausente todo desvalor del resultado en cuanto lesión del bien jurídico o en cuanto puesta en peligro del mismo. Sin embargo, el injusto de la acción puede, también aquí, ser tan significativo que permita legitimar la imposición de pena en vista de su importancia en comparación con las acciones que comportan la producción de la lesión del bien jurídico o su amenaza. Ello es así, en todo caso, para aquellas conductas en cuya ejecución (*ex ante*) es una cuestión de mera casualidad el que se lleguen a producir lesiones relevantes de bienes jurídicos importantes (en particular, bienes individuales) que puedan implicar su destrucción”.

³⁸ Basta imaginar, por exemplo, que a previsão de uma sanção administrativa ou civil, como a multa, ainda que aplicada em montante elevado, pouca ou nenhuma influência teria sobre grande parte das pessoas que são cooptadas por organizações criminosas para o transporte ilegal de armas e munições.

³⁹ Como todas as relações econômicas em um país são viabilizadas graças à existência de um padrão monetário único, a confiabilidade na autenticidade das moedas e a necessidade de

mento de sua real lesão ou colocação em perigo concreto, mas também, e principalmente, porque a mera imposição de uma multa nestes casos, dada a natureza da ação ilícita, é incapaz de prevenir sua prática⁴⁰.

Assim, não há dúvidas de que, diante da atual realidade social e da complexa dinâmica das relações que hoje são travadas, existem diversas situações que demandam uma intervenção estatal antecipada por meio da imposição de uma sanção penal, a fim de que sejam efetivamente resguardados determinados interesses sociais relevantes mediante a prevenção de certos comportamentos prévios que não podem ser evitados por outras formas de controle social com o mesmo grau de eficácia (ou, ao menos, com um grau minimamente aceitável) do Direito Penal.

Entretanto, para que a intervenção penal antecipada seja legítima, é preciso enfrentar uma última questão que envolve a análise da compatibilidade dos delitos de perigo abstrato com certos princípios constitucionais previstos com o objetivo de evitar o exercício arbitrário do *jus puniendi* estatal. Conforme já salientado, há diversos argumentos contrários à antecipação da tutela penal por meio da criminalização dos crimes de perigo abstrato, dentre os quais é possível destacar o de que a tipificação de comportamentos incapazes de gerar lesão ou perigo concreto a bens jurídicos equivaleria a uma forma de criminalização de meras desobediências a normas jurídicas e violaria alguns dos princípios penais de garantia conquistados a duras penas, tais como o da ofensividade, da intervenção mínima (ou da subsidiariedade) e da proporcionalidade, representando uma forma arbitrária de intervenção estatal na liberdade individual, incompatível com a necessidade de redução da violência institucionalizada (GOMES, 2002, p. 21 e ss). No entanto, apesar da contundência com que parte da doutrina nacional defende a tese da inconstitucionalidade dos crimes de perigo abstrato, o fato é que grande parte dos argumentos apresentados não resiste a uma análise mais detida sobre a questão.

Em primeiro lugar, inexistente a alegada violação ao princípio da lesividade. Ao contrário do que sustentam seus críticos, a criminalização de situações de perigo abstrato não representa uma forma de punição

segurança em sua circulação se tornaram essenciais para a convivência social em qualquer Estado moderno, sendo, portanto, indiscutível a relevância penal destes interesses nos dias atuais. Além disso, conforme ressalta Ângelo Roberto Ilha da Silva (2003, p. 88), ao tratar da tipificação dos crimes de moeda falsa, “a emissão de moeda é monopólio da União, e isso diz respeito à soberania nacional, de modo que está conforme à Constituição tal incriminação, ajustando-se aos objetivos de concretização dos valores constitucionais”.

⁴⁰ Segundo ressalta Frisch (2007, p. 337), “sería ajeno a la realidad admitir que los potenciales falsificadores dejarían de falsificar por meras multas”.

a meras desobediências a normas jurídicas despidas de consequências práticas, mas sim a proibição de atos que, segundo regras de experiência ou dados científicos específicos, proporcionam uma situação futura mais propícia à ocorrência de graves lesões a bens jurídicos essenciais. Quer dizer, a tipificação penal desses comportamentos se justifica a partir de uma estratégia político-criminal elaborada pelo Estado justamente para uma maior proteção desses bens, na medida em que se busca obstaculizar, já em seu nascedouro, um processo que resultará em danos futuros⁴¹. Trata-se, na verdade, de uma decisão política de *como*⁴² proteger um bem jurídico, sendo um dos requisitos indeclináveis para a legitimidade da proibição penal de condutas prévias a sua referibilidade a um interesse social relevante e sua importância para seu resguardo. Assim, desde que observados estes parâmetros, não se poderá atribuir ao legislador qualquer afronta ao princípio da lesividade neste campo de atuação.

Demais disso, os delitos de perigo abstrato, pelo simples fato de não exigirem, para sua consumação, a ocorrência de lesão ou de perigo real para o bem tutelado, também não representam necessariamente uma afronta insuperável aos princípios da proporcionalidade e da intervenção mínima (ou da subsidiariedade). De fato, a regra geral segundo a qual as ações diretamente lesivas aos bens jurídicos tutelados são consideradas mais graves em termos de afetação ao bem do que as condutas de perigo concreto e estas, por sua vez, mais graves do que os comportamentos de mero perigo abstrato – que indicaria, em princípio, a necessidade de imposição de sanções mais severas aos atos de lesão do que aos atos de perigo concreto, e assim sucessivamente – comporta diversas exceções. Conforme ressaltado acima, não são raras as hipóteses – que podem facilmente ser demonstradas a partir de certos dados empíricos e de algumas regras de experiência extraídas da realidade social – de comportamentos prévios que estão de tal forma interligados a lesões gravíssimas a bens jurídicos de extrema relevância social que a necessidade de sua evitação será mais importante para a tutela desses bens do que a prevenção de certos atos de lesão ou de perigo concreto. Aliás, há, inclusive, inúmeras situações fáticas em que os demais meios de controle social sequer poderão ser utilizados de forma eficaz para evitar a prática do comportamento indesejado, tal como acontece com

⁴¹ Ao elaborar esta estratégia político-criminal de proteção de bens jurídicos, o legislador pode perfeitamente identificar comportamentos prévios cuja evitação se torna, pelas mais variadas razões já expostas, mais importante para que o bem que se pretende tutelar se mantenha incólume.

⁴² Nesse sentido, GRECO, 2004, p. 117-119; SILVA, 2003, p. 101.

os casos já citados de tráfico de armas e munições ou de falsificações de moedas. Assim, em todas essas hipóteses, desde que não imposta de maneira excessiva e que se restrinja apenas às situações prévias que contribuam efetivamente para uma provável lesão grave a um bem de fundamental relevância social, a sanção penal obedecerá tanto o postulado da subsidiariedade como também não representará qualquer violação à proporcionalidade⁴³.

Dessa forma, seja por ser necessária para a efetiva proteção de certos interesses de inegável dignidade penal, seja por não possuir qualquer incompatibilidade intrínseca e insuperável com quaisquer dos princípios constitucionais de garantia acima mencionados, não se pode recusar genericamente a utilização de toda e qualquer forma de antecipação de tutela penal por meio dos crimes de perigo abstrato⁴⁴, devendo ela ser usada pelo legislador sempre que for indispensável para o resguardo de bens jurídicos essenciais ao indivíduo e à coletividade⁴⁵.

6 Conclusão

As ideias trabalhadas ao longo da presente exposição podem ser sintetizadas nas seguintes conclusões objetivas:

- O Direito Penal no Estado contemporâneo possui duas finalidades essenciais que devem pautar toda a atuação do sistema penal, que são a redução da violência privada (que deve ser alcançada mediante a proi-

⁴³ Nesse sentido, Ângelo Roberto Ilha da Silva (2003, p. 116-117) afirma acertadamente que “o que revela salientar é que o princípio da proporcionalidade não será desprezado, de antemão, *a priori*, pelo simples fato de o legislador optar pelo modelo de incriminação de perigo abstrato. Verificamos, a partir da análise de um mesmo bem jurídico, dois tipos penais: um atendendo ao princípio, outro não. De modo que, para atender ao princípio da proporcionalidade, o crime de perigo abstrato deverá, antes de tudo, apresentar uma precisa descrição na qual a conduta vulnera, ao menos potencialmente, um bem jurídico, ou seja, o perigo deve ser ínsito à conduta, de acordo com as regras de experiência e do bom senso. Deve-se, então, averiguar a idoneidade e a necessidade da resposta penal ante a conduta e, num terceiro passo, fazer uma ponderação em torno da razoabilidade na relação entre meio (incriminação) e fim (tutela do bem jurídico). O legislador deverá avaliar a conveniência, valendo-se da prudência para não incorrer em excesso, mas o exame se dá caso a caso. De modo que o crime de perigo abstrato ora poderá ser proporcional ao fato, ora não”.

⁴⁴ Nesse sentido, ao tratar da possibilidade de antecipação da tutela penal em matéria de distribuição de alimentos, Roland Hefendehl (2007b, p. 193-194) afirma, acertadamente, que “[...] resulta inadecuada a crítica que considera que el delito de perigo abstrato no respeta los principios fundamentales del Estado de Derecho liberal y que atiende a inseguridades sociales de orientación a través de puros efectos simbólicos. El ejemplo de la protección penal en materia de alimentos ilustra lo contrario: aquí se emplea el Derecho penal en el ámbito de peligros masivos en el momento preciso para impedir un Derecho penal simbólico por ineficiente y aleatorio”.

⁴⁵ Evidentemente, isso não quer dizer que se deva inflacionar a ordem jurídica com esse tipo de incriminação, mas apenas que, conforme ressalta Ângelo Roberto Ilha da Silva (2003, p. 124), “o só fato de o crime ser de perigo abstrato não irá pôr em crise os princípios conquistados pelo avanço de nossa disciplina”.

bição, sob a ameaça de uma pena, dos comportamentos sociais mais danosos) e a diminuição da violência estatal (que deve ser obtida por meio da contenção do arbítrio estatal na escolha do que e de como punir). Essas duas finalidades foram definidas a partir de duas premissas essenciais, quais sejam, a de que o Direito Penal é o instrumento de controle social mais rígido de que o Poder Público dispõe para a regulação da vida em sociedade e a de que seu objetivo não pode divergir daquele que é atribuído constitucionalmente ao Estado de Direito Democrático e Social, que é o de possibilitar o desenvolvimento mais amplo possível da personalidade de cada cidadão. A conjugação dessas duas pretensões constitui um fator primordial para a legitimidade da intervenção penal na liberdade do ser humano, diferenciando-a da resolução privada dos conflitos sociais, que é marcada pela informalidade e imprevisibilidade próprias da reação de todo homem.

- Desde as últimas décadas do século XX, tem preponderado o entendimento de que o crime é um ato de lesão ou perigo de lesão a bens jurídicos essenciais à convivência pacífica, livre e igualitária entre os homens, sendo a função primordial do Direito Penal a proteção desses bens de forma a assegurar a coexistência harmônica entre os cidadãos. Contudo, a efetividade da noção de bem jurídico para a definição material de crime e para a construção de um Direito Penal capaz de garantir – juntamente com os demais meios de controle social – uma convivência pacífica entre os indivíduos, reduzindo tanto a violência privada como a estatal, pressupõe a análise das principais características do bem jurídico, especialmente dos critérios que permearão a escolha, pelo legislador penal, dos bens que poderão ser protegidos penalmente e das técnicas de proibição ou ordenação de condutas que serão utilizadas para que o Direito Penal possa exercer de maneira adequada e efetiva suas funções de prevenção de crimes e de redução do arbítrio estatal.
- O conceito material de bem jurídico é necessariamente um conceito valorado e relativo: valorado porque sua definição é realizada a partir de um juízo de valor e relativo pois a valoração deve incidir sobre as circunstâncias reais presentes em uma comunidade, sendo válida apenas para um contexto social específico. Assim, existem duas fontes essenciais de onde devem ser extraídos parâmetros que possam orientar o legislador penal na escolha dos bens jurídicos mais relevantes para o convívio pacífico em uma comunidade e que, paralelamente, também permitam um controle posterior, pelo Poder Judiciário, das opções por ele realizadas. A primeira fonte é a Constituição Federal. Todas as opções do legislador penal devem observar as diretrizes traçadas na Lei Fundamental. Além da Constituição, a escolha dos interesses imprescindíveis para a convivência pacífica em comunidade também deve estar fundada em dados empíricos que reflitam as necessidades reais de seus integrantes. Dessa forma, o legislador, no âmbito da margem de discricionariedade que o texto constitucional lhe confere, deve selecio-

nar os bens que, de acordo com as peculiaridades de um determinado sistema social, bem como de seu momento histórico-cultural, sejam os mais relevantes para o desenvolvimento da personalidade humana.

- A legitimidade de um tipo penal não se esgota apenas na remissão a um bem jurídico que seja fática e constitucionalmente merecedor de tutela penal, mas pressupõe também que a técnica de proteção escolhida seja necessária e adequada para seu efetivo resguardo. Assim, ao criminalizar uma conduta, o legislador deverá avaliar a relevância do bem jurídico e também suas principais características para, com base em regras de experiência, em dados empíricos e criminológicos e também em eventuais conhecimentos científicos setoriais, identificar os comportamentos que deverão ser evitados ou realizados para que um determinado interesse permaneça incólume ou para que sua afetação seja a mínima possível. Nesse processo de escolha das condutas merecedoras de pena, o legislador deverá estabelecer uma ordem de prioridade entre as ações que deverão ser prevenidas ou praticadas para a preservação dos bens mais relevantes e definir o tipo de sanção aplicável, reservando, à luz do que dispõem os princípios da subsidiariedade e da fragmentariedade, a aplicação das sanções mais drásticas para as ações que mais contribuem para a afetação do bem jurídico protegido. Essas ações mais graves não são apenas aquelas diretamente lesivas ou criadoras de uma situação de perigo concreto aos bens tutelados, mas englobam também diversos comportamentos prévios de mero perigo potencial que, por estarem de tal forma vinculados a lesões gravíssimas a bens fundamentais, poderão ser igualmente evitados ou impostos sob a ameaça de uma pena.

À guisa de conclusão, registra-se que a breve exposição que ora se encerra não teve qualquer pretensão de exaurir a discussão em torno de um tema extraordinariamente complicado e controvertido como é o da legitimidade da antecipação da tutela penal, mas sim o de fomentar o debate de matéria tão relevante nos dias atuais, debate este que, infelizmente, tem sido permeado por posições ideológicas preconcebidas de parte da doutrina nacional. Essa postura adotada por alguns autores tem dificultado a busca por soluções dogmáticas aos novos desafios que conjuguem direitos e garantias fundamentais dos indivíduos e a proteção da sociedade e o alcance do bem comum. Se, por um lado, a necessidade de adaptação do Direito Penal à nova realidade social não deve significar uma funcionalização intensificada da tutela penal às exigências da sociedade de risco – até porque não se pode atribuir ao Direito Penal a responsabilidade *exclusiva* pela prevenção destes novos riscos –, por outro, também não se pode, a pretexto de garantir que o bem jurídico cumpra sua função legitimadora e crítica da incriminação, impedir que o Estado cumpra sua missão constitucional e se utilize, *quando estritamente necessário*, dos meios mais rigorosos de que

dispõe para a tutela dos interesses que se afigurem mais importantes na atualidade. Enfim, qualquer que seja o caminho a ser percorrido para a busca de respostas, ele deve ser trilhado com temperança e bom senso, pois somente com a adoção de medidas que conciliem a necessidade de paz social com o respeito à dignidade, privacidade e autonomia dos indivíduos é que estes, como seres sociais que vivem e interagem constantemente com terceiros em sociedade, poderão alcançar o pleno desenvolvimento de suas habilidades pessoais.

REFERÊNCIAS

AMELUNG, Knut. El concepto “bien jurídico” en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos. In: HEFENDEHL, Roland (Ed.). *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Edición española a cargo de Rafael Alcácer, María Martín y Íñigo Ortiz de Urbina. Madrid: Marcial Pons, 2007.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

_____. ZAFFARONI, Eugênio Raul; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro*. Primeiro volume. Teoria Geral do Direito Penal. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

BUERGO, Blanca Mendonza. *El derecho penal en la sociedad del riesgo*. Madrid: Civitas, 2001.

D’AVILA, Fábio Roberto. *Ofensividade e crimes omissivos próprios* (contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico). Coimbra: Coimbra, 2005.

FELDENS, Luciano. Constituição e direito penal: o legislador entre a proibição, a legitimidade e a obrigação de penalizar. In: SCHMIDT, Andrei Zenkner (Coord.). *Novos rumos do direito penal contemporâneo*. Livro em homenagem ao prof. dr. Cezar Roberto Bitencourt. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

FERREIRA DA CUNHA, Maira da Conceição. *Constituição e crime*. Uma perspectiva da criminalização e da descriminalização. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge. *Direito penal*. Parte Geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. t. 1.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2006.

FRISCH, Wolfgang. Bien jurídico, derecho, estructura del delito e imputación en el contexto de la legitimación de la pena estatal. In: HEFENDEHL, Roland (Ed.). *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Edición española a cargo de Rafael Alcácer, María Martín y Íñigo Ortiz de Urbina. Madrid: Marcial Pons, 2007.

GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da ofensividade no direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GRACIA MARTÍN, Luis. *Prolegômenos para a luta pela modernização e expansão do direito penal e para a crítica do discurso de resistência*. Tradução de Érika Mendes de Carvalho. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2005.

GRECO, Luís. “Princípio da ofensividade” e crimes de perigo abstrato – Uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 49, jul./ago. 2004.

HASSEMER, Winfried. Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico. *Doctrina Penal – Teoría y Práctica en las Ciencias Penales*, Buenos Aires, Depalma, año 12, n. 45 a 48, 1989.

_____. *Introdução aos fundamentos do direito penal*. Tradução da 2ª edição alemã, rev. e ampl., de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2005.

HEFENDEHL, Roland (Ed.). *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Edición española a cargo de Rafael Alcácer, María Martín y Íñigo Ortiz de Urina. Madrid: Marcial Pons, 2007a.

_____. El bien jurídico como eje material de la norma penal. In: HEFENDEHL, Roland (Ed.). *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Edición española a cargo de Rafael Alcácer, María Martín y Íñigo Ortiz de Urbina. Madrid: Marcial Pons, 2007b.

HIRSCH, Andrew von; WOHLERS, Wolfgang. Teoría del bien jurídico y estructura del delito. Sobre los criterios de una imputación justa. In: HEFENDEHL, Roland (Ed.). *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Edición española a cargo de Rafael Alcácer, María Martín y Íñigo Ortiz de Urina. Madrid: Marcial Pons, 2007.

HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat. *Penas perdidas*. O sistema penal em questão. Tradução de Maria Lúcia Karam. 2. ed. Niterói: Luam, 1997.

LISZT, Franz von. *Tratado de direito penal alemão*. Tradução e comentários de José Higino Duarte Pereira. Atualização e notas de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russel, 2003. t. 1.

MARTÍNEZ-BUJAN PÉREZ, Carlos. *Derecho penal económico y de la empresa*. Parte general. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007.

MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal*. Parte General. 7. ed. Editorial Bdef, Julio César Faira, 2005.

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

PINTO, Tatiana Vargas. *Delitos de peligro abstracto y resultado*. Determinación de la incertidumbre penalmente relevante. Editorial Aranzadi, SA, 2007.

PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 2. ed., rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. *Crimes contra o ambiente*. anotações à Lei 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Doutrina, jurisprudência, legislação. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

RODRIGUES, Anabela Miranda. *A determinação da medida da pena privativa de liberdade* (os critérios da culpa e da prevenção). Coimbra: Coimbra, 1995.

ROXIN, Claus. Sentido e limites da pena estatal. In: _____. *Problemas fundamentais do direito penal*. Lisboa: Vega, 1986.

_____. *Derecho Penal*. Parte General. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito, Traducción de la 2ª edición alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. 1. ed. Madrid: Civitas, 1997. t.1.

SCHÜNEMANN, Bernd. *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana*. Traducción de Manuel Cancio Meliá, Universidad Externado de Colombia – Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Colección de Estudios n. 7, Colombia, 1996.

_____. *Temas actuales y permanentes del derecho penal después del milenio*. Madrid: Tecnos, 2002.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. Barcelona: Bosch, 1992.

SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. *Dos crimes de perigo abstracto em face da Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 3. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

O maior jugo de um reino, a mais pesada carga de uma república, são os imoderados tributos. Se queremos que sejam leves, se queremos que sejam suaves, repartam-se por todos. Não há tributo mais pesado que o da morte e, contudo, todos o pagam e ninguém se queixa porque é tributo de todos.

Padre Antônio Vieira

AS CONTROVÉRSIAS DA LEI N. 8.137/1990 (SONEGAÇÃO FISCAL) E SUAS REPERCUSSÕES ECONÔMICO-CRIMINAIS

JOSÉ MARIA DE CASTRO PANOIRO

1 Considerações iniciais: Estado Democrático. Estado Social Fiscal. Ordem econômica. Mercado

Tecer considerações sobre os crimes tributários, em especial sobre as controvérsias geradas no plano econômico e criminal pela existência de tais delitos, exige o estabelecimento de certas linhas de princípios para que se chegue ao ponto correto de uma interpretação que atenda ao interesse coletivo, sem macular direitos e garantias tão caras ao homem.

Extreme de dúvidas é o fato de vivermos num Estado Democrático de Direito e nele são valores supremos, segundo Sérgio Luiz de Souza Araújo (1993, p. 293), “[...] o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça [...]”. Destacamos entre tais valores, por sua correlação com o tema a ser abordado, os direitos sociais, a segurança e o desenvolvimento.

Com base na ideia de que se entende por criminalidade econômica aquelas infrações lesivas da ordem econômica cometidas por pessoas de alto nível socioeconômico no desenvolvimento de sua atividade profes-

sional, resta desde logo inexorável o enquadramento dos crimes tributários nesse rol de atividades delituosas.

Como bem assenta André Luis Callegari (2003, p. 15-16), a evolução da sociedade no plano econômico e social leva à constatação de um progresso de ressonância política e jurídica dos imperativos éticos e de solidariedade, sob a mediação de *Estado Social*. Em síntese, o Estado Social é justamente aquele no qual os interesses coletivos são de certo modo geridos pelo Estado que, para viabilizá-los, intervém no espaço econômico. Colacionamos aqui as lições de Germano Marques da Silva (2009, p. 48), professor de Direito Penal Econômico e de Direito Penal Tributário da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, que afirma tratar-se a República portuguesa de um *Estado Fiscal Social*.

Tal afirmação deriva da constatação de que o Estado se sustenta financeiramente por meio dos impostos e cujo nível de tributação corresponde justamente ao nível de intervenção na ordem econômica e social estabelecido na Constituição. Essas lições aplicam-se aqui sem maiores ressalvas; não é possível ao Estado cumprir o sem número de obrigações que lhe são impostas sem que existam recursos para tanto.

Nas palavras de José Casalta Nabais, apud Germano Marques da Silva (2009, p. 48),

os impostos são um preço: o preço que pagamos por termos a sociedade que temos, por dispormos de uma sociedade assente na idéia de liberdade ou, o que é o mesmo, assente no prévio reconhecimento dos direitos, liberdades e garantias fundamentais dos indivíduos e de suas organizações.

Ao Estado cumpre garantir, ao lado de uma série de prestações de cunho social, a igualdade entre cidadãos, até mesmo no plano econômico, é dizer, entre agentes econômicos. Destaca-se, então, que o Estado deve criar um ambiente de segurança jurídica e econômica que propicie desenvolvimento, contudo, o traço fundamental de sua intervenção no espaço econômico há de ser justamente a preservação daquela igualdade.

Ora, para o cumprimento desse extenso rol de atribuições, torna-se imprescindível a obtenção de recursos. E é a atividade tributária a fonte principal, quando não única, pela qual o Estado obtém esses recursos. Não por outra razão se reconhece no dever fundamental de pagar tributos a legitimidade constitucional dos crimes tributários (FELDENS, 2005, p. 206).

Diante disso, soa intuitivo que necessitamos de tributos para a manutenção do modelo de sociedade em que vivemos, mas, ainda que evidente essa necessidade, poucos são os que se conformam com o pagamento dos tributos. Nem mesmo os mais pobres escapam da tributação, uma vez que, pelo fenômeno da repercussão tributária, de inexorável lógica econômica, em todo produto ou serviço estará embutido o peso de algum tributo.

A recusa à contribuição voluntária para o custeio do Estado, embora tal financiamento seja uma necessidade coletiva, deriva de nosso individualismo utilitarista. Somos, por natureza, individualistas, contudo, aceitamos limitações em nossa individualidade em prol de resultados que nos sejam tão ou mais favoráveis do que uma postura puramente individualista.

É sob essa perspectiva que devemos observar a adoção, no plano constitucional, de um modelo (ou sistema) econômico capitalista. Em síntese, quando pensamos num sistema econômico, estamos a identificar o modo pelo qual uma determinada sociedade equaciona o problema da escassez: como são atendidas as mais variadas demandas do homem; como são resolvidas as relações entre os agentes dispostos a atender tais demandas; como se evita que recursos escassos se esgotem de maneira rápida dificultando ou mesmo inviabilizando a vida numa determinada sociedade.

Esse modelo citado apresenta dois pilares fundamentais: a propriedade privada e a liberdade de contratar. E como esses pilares operam dentro de tal sistema? De uma maneira extremamente simples, porém, eficaz. Reconhecidos o direito à propriedade e a possibilidade de o homem dispor livremente de seus bens por meio do contrato, todos são deixados livres para realizarem as mais variadas atividades econômicas. É esse o postulado da livre iniciativa expresso na Constituição Federal – as limitações ficam restritas às hipóteses legais (art. 170, parágrafo único). Se qualquer um pode realizar qualquer atividade econômica, a escolha do produto ou serviço passa a ser definida pelo consumidor, peça fundamental e destinatário final das mais variadas atividades econômicas.

Novamente sobressai o individualismo. Interessa ao consumidor o produto mais barato e com maior qualidade, numa nítida equação custo-benefício em cada relação econômica na qual ele se envolve.

Pois bem, nesse sistema de economia de mercado, o homem, seja ele produtor, seja consumidor, atua movido pelo princípio hedonista, pela busca da maximização de resultados. Assim, se, por um lado, consumidores buscarão produtos mais baratos, produtores buscarão o

maior lucro possível. É desse jogo de individualidades que surgirá uma economia na qual haverá uma busca de matérias-primas mais baratas, ou seja, mais abundantes, evitando ou minimizando o consumo de recursos escassos, economicamente mais caros.

Feitas essas considerações sobre o sistema econômico da Constituição Federal, que é capitalista e fundado na livre iniciativa, deve o Estado reduzir o nível de intervenção na economia de modo que o jogo (do mercado) possa ocorrer. Porém, ainda que se reconheça que o Estado deve permitir o livre funcionamento do mercado, há para esse mesmo Estado um papel fundamental, o de guardião das regras do jogo, em especial da livre concorrência¹.

Princípio constitucional da ordem econômica, a livre concorrência é fundamental para que o sistema capitalista funcione adequadamente, pois, sem concorrência, prevalece a vontade de um dos polos da relação econômica, o economicamente mais forte, o capitalista (produtor). Não por outra razão existem normas que tutelam o consumidor, tido por hipossuficiente nessa relação, visando colocar num mesmo patamar produtor e consumidor.

É aqui que retornamos ao nosso tema, os tributos. Nesse processo econômico e sob um ponto de vista puramente econômico, para o produtor, o tributo é um custo, como outro qualquer, ao passo que, para o consumidor, diante do fenômeno da repercussão tributária, é um ônus.

Se ambos tivessem a possibilidade de simplesmente deliberar o não pagamento do tributo, dúvidas não há de que o tributo não seria pago. Incidem aqui as clarividentes lições de Anabela Miranda Rodrigues (2000, p. 181-191), quando afirma que o sistema fiscal não visa apenas arrecadar receita – daí por que devemos nos afastar de uma lógica pura e simplesmente patrimonialista nesses delitos –, mas também realizar os objetivos de justiça distributiva por meio do financiamento das atividades sociais do Estado.

¹ Em decisão recente, ainda pendente de conclusão, o ministro Eros Grau tocou justamente no problema do controle de preços pelo Estado em relação à livre concorrência. E o fez no exato sentido de que a intervenção estatal na economia deve propiciar um jogo de igualdade entre concorrentes, não um desequilíbrio entre os agentes. RMS n. 26.575/DF: “O relator concluiu que teriam sido adotados critérios distintos para a fixação dos preços, atribuídos ao mesmo medicamento, a serem praticados pela recorrente e por sua concorrente direta. Salientando a necessária neutralidade do Estado diante do fenômeno concorrencial, aduziu que a ação estatal sobre o mercado deve alcançar de maneira uniforme os produtos que disputem entre si a preferência do consumidor. [...]”.

Superada está a ideia de que o delito fiscal era um delito de luvas brancas que despertava mais do que censura, admiração social. Essa neocriminalização presta apenas para indicar que o Direito Penal tem o papel de promover novos valores. Promover a ética fiscal.

É esse o ponto a que chegamos. Tributos não são um custo ou um ônus, são o preço necessário a ser pago para que possa o Estado garantir o modelo de sociedade em que todos tenham liberdade, econômicas ou não, e possam atingir a plenitude de suas capacidades, quaisquer que sejam.

2 O bem jurídico protegido. A legitimidade da incriminação.

Prisão por dívida

Tem prevalecido na doutrina moderna a concepção de que o Direito Penal desempenha o papel fundamental de proteção a bens jurídicos relevantes (ROXIN, 2006, p. 14) e que estes derivam da própria Constituição que os reconhece de forma implícita ou explícita. Tal concepção é compatível com as ideias de um direito penal liberal, fundado em garantias constitucionais, de molde que se possa estatuir um limite ao poder punitivo estatal. Se essa premissa é verdadeira, o que alguns vislumbram como um direito penal progressista, libertário, não menos certo é que o vetor dos bens jurídicos elencados constitucionalmente é o homem. Disso resulta sério questionamento de outra parte da doutrina, que, diante da impossibilidade de uma completa definição material do bem jurídico, justifica a existência de um tipo penal no fato de ser uma conduta indesejável para uma determinada sociedade (nesse sentido, JAKOBS, STRATENWERTH, BAPTISTA MACHADO apud ROXIN, 2006, p. 14; SILVA, 2009, p. 57).

Pela própria autoridade dos partidários de cada uma das teses, a adequada concepção de bem jurídico, salvo melhor juízo, parece estar entre ambas. É de se reconhecer que, como regra, bem jurídico é expressão que se refere àqueles interesses sociais mais relevantes para o homem.

Contudo, essa concepção não pode jamais restringir-se ao aspecto pessoal, como fazem alguns autores para defender uma limitação do Direito Penal à tutela imediata do homem em seus bens individuais.

Existem outros bens, ditos transindividuais ou coletivos, cuja lógica não está encarcerada naquela visão individualista de bem jurídico que se propõe. Bens esses igualmente relevantes e necessários ao pleno desenvolvimento de todas as potencialidades do homem.

Se não há claramente um conceito de bem jurídico, certo é que a Constituição já nos dá um ponto de partida, sem que se esgote a possibilidade de serem extraídos da lei outros bens, igualmente relevantes no contexto em que se insiram, que não estejam expressos na Carta Política e cuja tutela deva ser feita por meio do Direito Penal. Para tanto, bastaria uma manifestação do Parlamento nos estreitos limites da Lei Maior.

Tal conclusão deriva do fato de que nem sempre a Constituição terá a capacidade de adaptar-se à realidade social, por mais que seus enunciados sejam dotados de certa plasticidade². O progresso social e econômico por certo trará uma série de novas situações merecedoras de proteção, em alguns casos também por meio do Direito Penal. Basta que o bem jurídico seja compatível com a Constituição.

Pois bem, independentemente da tese agasalhada, diz Germano Marques da Silva (2009, p. 50) que, da própria Constituição portuguesa, extraímos o bem jurídico tutelado nos crimes tributários, na medida em que a Carta traduz o consenso identificador de um sistema tributário, bem assim a própria legitimidade da incriminação. Numa leitura rápida da Constituição brasileira de 1988, é possível identificar um modelo de Estado Social como encontramos no art. 3º, I (criação de uma sociedade justa e solidária) e III (erradicação da pobreza e redução das desigualdades regionais), e para o qual todos estão, em tese, obrigados a contribuir, como se vê no princípio da capacidade contributiva (art. 145, § 1º).

Nesse sentido a precisa lição de Luciano Feldens (2005, p. 207) quando afirma:

acolhe-se constitucionalmente, portanto, a concepção de um Estado senão propriamente promovedor, no mínimo comprometido com a efetivação de direitos de segunda dimensão. [...] Daí por que o tributo, por exemplo, não pode ser concebido, como refere preciosamente Nabais, como um mero poder para o Estado nem como um mero sacrifício para os cidadãos. Antes disso, reflete um contributo indispensável a uma vida comum e próspera de todos os membros da comunidade organizada em Estado.

O autor conclui a justificar a criminalização afirmando que

no Brasil, ante a constatação acerca da ineficácia de outros instrumentos menos invasivos no combate a tais ilícitos (sanções

² Apenas para que se demarque, em 1988, o constituinte não tinha como prever que o *e-mail* seria a forma de comunicação do século XXI, ainda assim a correspondência eletrônica merece a mesma tutela que aquela outra a que se reportou o legislador.

tributárias, administrativas etc.), o recurso à sanção por meio de normas penais (Lei n. 8.137/1990) parece afigurar-se como um meio necessário à preservação do bem jurídico imediato e, por conseguinte, das finalidades constitucionais mediatamente alcançáveis pela tributação.

Pois bem, admitida a existência de um bem jurídico relacionado ao dever geral de contribuir para o gasto público, devemos indagar o que, de fato, é protegido pelos crimes contra a ordem tributária. Há no Brasil uma orientação prevalente no sentido de considerar como bem jurídico protegido, nos crimes tributários, o *erário ou a arrecadação tributária* (por todos, DELMANTO, 2006, p. 41), dando assim um nítido caráter patrimonial aos crimes citados.

Essa perspectiva, que reputamos equivocada, conduz a uma lógica meramente patrimonialista em torno dos crimes tributários e repercute na construção de uma doutrina e jurisprudência fundadas na lógica da *submissão do interesse penal ao interesse fiscal*.

A utilização do termo submissão é proposital. Basta perceber as inúmeras disposições legais que tentam de alguma forma subordinar a persecução penal a uma atuação prévia do Fisco³. Sendo o interesse fiscal meramente arrecadatório⁴, motivado por questões de eficiência, o interesse penal não diz respeito a esse caráter patrimonial. Se, ao governante, interessa o quanto será arrecadado com uma atividade, não se justificando maiores esforços para a recuperação de pequenos créditos, o interesse penal tem olhos para a violação de uma norma de conduta, independentemente do montante do prejuízo patrimonial. Essa afirmação condiz com a ideia primeira de uma tipicidade formal, legal para alguns, de que a realização da conduta proibida satisfaz esse primeiro momento de tipicidade, mas não é suficiente diante do reconhecimento de um segundo momento, relacionado à tipicidade material, em que é ponderada a bagatela.

³ A última das disposições nesse sentido pode ser encontrada no art. 11 da Medida Provisória n. 497, de 27 de julho de 2010, que inseriu o crime de Apropriação Indébita Previdenciária no art. 83 da Lei n. 9.430/1996, lei esta que impede que os agentes do Fisco façam a representação fiscal para fins penais antes de encerrada a instância administrativa (“Art. 83. A representação fiscal para fins penais relativa aos crimes contra a ordem tributária previstos nos arts. 1º e 2º da Lei n. 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e aos crimes contra a Previdência Social, previstos nos arts. 168-A e 337-A do Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, será encaminhada ao Ministério Público depois de proferida a decisão final, na esfera administrativa, sobre a exigência fiscal do crédito tributário correspondente”).

⁴ Não desnatara tal característica a existência de obrigações tributárias acessórias, mesmo estas visam tutelar indiretamente a arrecadação.

Por essas razões, pequena parcela da doutrina vislumbra como objeto jurídico a *ordem tributária*, com o argumento de que o bem jurídico não se esgota na arrecadação (LOVATTO, 2003, p. 88)⁵. Está focado na integridade da ordem tributária, tanto assim que existem crimes contra a ordem tributária em que, em tese, não há necessidade de haver tributo lançado para que se cogite crime. É o que se dá nos crimes funcionais, bem como no art. 2º, V (uso ou divulgação de programa para permitir o *caixa dois*).

Germano Marques da Silva (2009, p. 51), numa linha próxima à citada, afirma que “é a sociedade organizada em um Estado fiscal social” ou simplesmente “o sistema tributário” o bem jurídico protegido, em síntese, um bem jurídico coletivo. Em reforço a essa tese, afirma o autor, negando o caráter estritamente patrimonial dos delitos tributários, que a obrigação tributária existe independentemente do crime. Se o traço fundamental dos delitos patrimoniais é justamente o surgimento da lesão pelo crime, embora se reconheça uma conexão entre a obrigação e o crime, não é este que faz aquela nascer.

Ocorre apenas que, no crime tributário, ensina o autor luso, há um dano à Administração e este dano corresponde justamente ao montante do tributo devido. Porém, o fundamento das responsabilidades é distinto, tanto que não se confunde inadimplência com crime.

Vencida essa questão em torno da legitimidade do bem jurídico, outro ponto nodal diz respeito à *não caracterização de prisão por dívida nos crimes tributários*. Embora pequeno setor da doutrina nacional se incline nesse sentido, prevalece a orientação de que não se trata de prisão por dívida, visto que a fraude presente no crime tributário já seria punida no Direito Penal comum.

Contudo, quando se tratar de crimes em que não é necessária a fraude, poder-se-ia chegar à conclusão de que, nesse caso, o delito configuraria modalidade de prisão por dívida. Ledo engano. Em tipos penais como o art. 2º, II ou IV, da Lei n. 8.137/1990 e ainda o art. 168-A do Código Penal, o que sobressai é a infidelidade do substituto tributário ou do contribuinte que descumpre o ajuste que motivou a liberação de parcelas de tributos.

⁵ De acordo com Lovatto, “mais que a arrecadação, pelo texto legal, protege-se a regularidade punindo-se toda ação ou omissão que, nos termos da antiga definição legal de sonegação, impedia ou retardava o conhecimento por parte da autoridade fazendária da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, sua natureza ou circunstâncias materiais, bem como condições pessoais do contribuinte, suscetíveis de afetar a obrigação tributária principal ou o crédito tributário correspondente”.

Também este aspecto não escapou da análise de Germano Marques da Silva que afirma:

Pode-se questionar se nos crimes de abuso de confiança fiscal e de abuso contra a Segurança Social não se tratará efectivamente de um caso de prisão por dívidas. A questão tem sido muito discutida, mas não nos parece que o seja [...] não há nesses crimes prisão por incumprimento de obrigação contratual ou extracontratual, mas mera utilização ou não entrega de valores que são pertença do Estado e de que o verdadeiro substituto é mero depositário [...] é a infidelidade a razão da punição.

Essa é a posição da nossa jurisprudência, sem descer à minúcia da fundamentação do autor português⁶.

3 A natureza dos crimes tributários. Insignificância

A primeira grande dificuldade em torno dos crimes tributários está no fato de que, embora exista disposição tributária definindo em que consiste a fraude tributária (art. 72 da Lei n. 4.502/1964)⁷, o legislador não aproveitou essa definição na Lei n. 4.729/1965 nem mesmo na atual Lei n. 8.137/1990. Apenas em parte desta, podemos reconhecer no art. 2º, I, uma proximidade com o dispositivo citado, na medida em que traz uma cláusula aberta relativa a fraude (“empregar qualquer outra fraude”).

Com isso, embora seja possível reconhecer em certos casos uma fraude tributária, até mesmo por meio de expedientes pelos quais se retarde o pagamento do tributo, não será possível reconhecer a ocorrência do crime tributário na modalidade do art. 1º da Lei n. 8.137/1990, uma vez que o rol de condutas ali é taxativo, conforme a doutrina (Stoco, 2000, p. 370-376).

Ora, tomemos, por exemplo, apenas a conduta de não apresentar declaração de imposto de renda, gerando com isso supressão ou

⁶ HC n. 78.234/PA (STF, 1ª Turma, DJ de 21 maio 1999): omissão do recolhimento de contribuições previdenciárias descontadas dos empregados. Figura de caráter criminal inconfundível com a da prisão por dívida. Alegação de indisponibilidade de recursos, cuja comprovação está a depender do regular processamento da ação penal, sendo insusceptível de exame em *habeas corpus* impetrado contra o recebimento da denúncia. Súmula n. 66 (TRF 4ª Região): “A pena decorrente do crime de omissão no recolhimento de contribuições previdenciárias não constitui prisão por dívida”.

⁷ Lei n. 4.502/1964: “Art. 72. Fraude é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, ou a excluir ou modificar as suas características essenciais, de modo a reduzir o montante do imposto devido a evitar ou diferir o seu pagamento”.

redução de tributos⁸. A conduta não caracteriza a fraude necessária à caracterização do delito. Nem mesmo no inciso I do art. 1º da referida lei é possível enquadrar o fato.

Em que pese essa deficiência na definição do fato típico, a própria legislação tributária já traz no art. 116, parágrafo único, do CTN uma norma por meio da qual se busca afastar os fatos aparentes para alcançar a essência do ato praticado⁹.

Pois bem, vencida essa questão, restaria indagar se os crimes tributários do art. 1º da Lei n. 8.137/1990 são, de fato, crimes materiais, como se refere a doutrina (DELMANTO, 2006, p. 242). Ora, tal classificação ignora o fato de que a classificação dos crimes em materiais ou formais atenta muito mais para o resultado material, isto é, modificação no plano dos fatos. Se o *resultado* no crime tributário é justamente o não recolhimento do tributo e este, ou melhor, os valores correspondentes ao tributo se encontram com o contribuinte, não há propriamente, em termos naturalísticos, um resultado.

Por essa razão, temos que os crimes do art. 1º devam ser classificados como crimes de lesão, assim como os dos incisos II e IV do art. 2º. Por outro lado, o crime do art. 2º, I, seria um crime de perigo, por não pedir uma lesão, sendo suficiente a colocação em risco da arrecadação tributária.

Admitida a natureza de crimes de lesão, não seria possível negar, em se tratando de lesões ínfimas, o reconhecimento do princípio da insignificância.

Em primeiro lugar, cabe assentar que a aplicação desse princípio não pode, de modo algum, esvaziar o conteúdo de proteção do bem jurídico operado pela criminalização. Essa advertência é necessária porque o delito de apropriação indébita previdenciária traz regras ex-

⁸ “Classe: ACR. Apelação Criminal 10695. Processo: 1999.61.81.001830-2 UF: SP Doc.: TRF300159893. Relator juiz Luiz Stefanini. Órgão julgador Primeira Seção. Data do Julgamento 17.4.2008. Data da Publicação DJF3 de 27 maio 2008, penal. Embargos infringentes. Art. 1º, inc. I, da Lei n. 8.137/1990. Falta de entrega de formulário de imposto de renda. Lavratura de auto de infração pela Receita Federal. Ausência de materialidade documental. Tipo penal de ocultação com fraude. Não caracterização. Atipicidade. Provenimento do recurso. 1. A conduta de falta de entrega de declaração de imposto de renda à Receita Federal não configura delito, porquanto não há materialidade documental passível de ocorrer a fraude, elemento característico do crime contra a ordem tributária e necessário ao perfazimento da figura típica. 2. Embargos providos”.

⁹ Art. 116 CTN [...] Parágrafo único. A autoridade administrativa poderá desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, observados os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária.

pressas quando o tributo que foi objeto do não repasse é inferior ao valor da execução fiscal (CP, art. 168-A, § 3º). Ora, se o legislador assim optou, não caberia ao intérprete esvaziar esse comando normativo aplicando a insignificância. Ainda assim, na doutrina e na jurisprudência encontramos posicionamentos pela aceitação do princípio do delito do art. 168-A do Código Penal¹⁰.

Esse aspecto sobressai em especial nas apropriações previdenciárias ocorridas em pequenas empresas ou mesmo em relação a empregados domésticos cujos valores sempre ou quase sempre estarão abaixo do patamar da execução. Nesse tipo de crime, há de prevalecer o caráter de infidelidade, afastando a visão exclusivamente patrimonial do delito, ainda que se reconheça que o delito, na linha que expusemos, também seja um crime de lesão.

Contudo, em precedente recente, o Supremo Tribunal Federal se filiou ao entendimento, que aqui expusemos, da não incidência da bagatela no delito do art. 168-A do Código Penal, tendo por forte o caráter supraindividual do bem jurídico, o que, podemos dizer, se faz presente em todos os crimes tributários¹¹.

Vencida essa questão, passamos àqueles delitos que comportam, de fato, a aplicação do princípio, o art. 1º e 2º, II e IV, da Lei n. 8.137/1990, bem como o art. 337-A do Código Penal. Poder-se-ia objetar o fato de que acima afastamos a aplicação do princípio a um delito de infidelidade (CP, art. 168-A) que seria idêntico ao art. 2º, II, da Lei n. 8.137/1990. Ocorre que, para este, não há uma norma específica, como a do delito de apropriação indébita previdenciária, razão suficiente para admitir a aplicação.

¹⁰ AgRg no REsp n. 770.207/RS (STJ, 6ª Turma, DJe de 25 maio 2009) Ementa: “Agravamento. Penal. Apropriação Indébita Previdenciária. Art. 168-A do Código Penal. Princípio da Insignificância. Inaplicabilidade. Lei n. 9.441/1997. Portaria n. 4.910/1999 do Ministério da Previdência e Assistência Social. 1. *Consoante entendimento firmado por esta Corte, o parâmetro para a aplicação do princípio da insignificância, no crime de apropriação indébita de contribuições previdenciárias, é de R\$ 1.000,00, a teor do disposto no art. 1º, I, da Lei n. 9.441/1997.* 2. De acordo com o art. 4º da Portaria n. 4.910/1999 do Ministério da Previdência e Assistência Social – MPAS, não há a extinção do crédito previdenciário quando o valor ultrapassar o limite de R\$ 1.000,00, ficando apenas adiada a cobrança da dívida, via execução fiscal, até o montante alcançar a quantia de R\$ 5.000,00, não havendo, assim, baixa na distribuição, permanecendo o interesse da Fazenda Pública em cobrar o débito tributário. 3. Agravamento regimental desprovido”.

¹¹ HC n. 98.021/SC (rel. min. Ricardo Lewandowski, 22.6.2010; HC n. 100.938/SC, rel. min. Ricardo Lewandowski, 22.6.2010) Princípio da Insignificância e art. 168-A do CP. “A Turma, tendo em conta o valor supraindividual do bem jurídico tutelado, indeferiu *habeas corpus* em que condenados pelo delito de apropriação indébita previdenciária (CP, art. 168-A) pleiteavam a aplicação do princípio da insignificância. Consignou-se que, não obstante o pequeno valor das contribuições sonegadas à Previdência Social, seria incabível a incidência do almejado princípio”.

Contudo, é conhecida a controvérsia sobre qual patamar serviria para definir a insignificância: a) o valor da execução fiscal; b) o valor previsto para a extinção de créditos tributários.

Defensores do primeiro critério afirmam que, se não há interesse fiscal, não há crime, condicionando a persecução penal ao interesse fazendário. A fundamentação aqui é no caráter de *ultima ratio* do Direito Penal. Por esse critério, o patamar a ser considerado é o de 10 mil reais (Lei n. 10.522/2002, art. 20). Esse critério padecia de um equívoco, os créditos nesse caso não eram extintos, mas apenas era postergada sua execução. Diante disso, o Superior Tribunal de Justiça tinha por entendimento que a lógica conduzia ao valor previsto para a extinção de créditos, em suma, 100 reais (Lei n. 10.522/2002, art. 18, § 1º)¹².

No entanto, está prevalecendo no STF o primeiro critério em julgamentos de *delito de descaminho* (RHC n. 96.545/SC, HC n. 92.438/PR, HC n. 96.661/PR)¹³.

¹² AgRg no AgRg no REsp 981.393/RS (STJ, 6ª Turma, *DJe* 9 jun. 2008): “[...] 2. A lesividade da conduta, no delito de descaminho, deve ser tomada em relação ao valor do tributo incidente sobre as mercadorias apreendidas. O art. 20, *caput*, da Lei n. 10.522/2002 se refere ao ajuizamento da ação de execução ou arquivamento sem baixa na distribuição, não ocorrendo, pois, a extinção do crédito, daí não se poder invocar tal dispositivo normativo para regular o valor do débito caracterizador de matéria penalmente irrelevante. *In casu*, o valor do tributo incidente sobre as mercadorias apreendidas é superior ao patamar estabelecido no dispositivo legal que determina a extinção dos créditos fiscais (art. 18, § 1º, da Lei n. 10.522/2002), logo, não se trata de hipótese de desinteresse penal específico. 3. O valor referência utilizado pela fazenda pública, quanto aos débitos inscritos em Dívida Ativa da União, é, pois, cem reais, conforme o art. 18, § 1º, da Lei n. 10.522/2002, e corresponde ao valor máximo que o erário está disposto a abrir mão, por meio do cancelamento. O mencionado arquivamento não implica renúncia fiscal, mas, tão-somente, denota a política quanto à prioridade para efeito de cobrança imediata, conferida aos montantes mais elevados. 4. Agravo regimental a que se nega provimento”.

¹³ HC n. 92.438/PR (rel. min. Joaquim Barbosa, 19.8.2008) Descaminho e Princípio da Insignificância. “Por ausência de justa causa, a Turma deferiu *habeas corpus* para determinar o trancamento de ação penal instaurada contra acusado pela suposta prática do crime de descaminho (CP, art. 334), em decorrência do fato de haver iludido impostos devidos pela importação de mercadorias, os quais totalizariam o montante de R\$5.118,60 (cinco mil cento e dezoito reais e sessenta centavos). No caso, o TRF da 4ª Região, por reputar a conduta do paciente materialmente típica, negara aplicação ao princípio da insignificância ao fundamento de que deveria ser mantido o parâmetro de R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais) para ajuizamento de execuções fiscais (Lei n. 10.522/2002) e não o novo limite de R\$10.000,00 (dez mil reais) instituído pela Lei n. 11.033/2004. Inicialmente, salientou-se o caráter vinculado do requerimento do Procurador da Fazenda para fins de arquivamento de execuções fiscais e a inexistência, no acórdão impugnado, de qualquer menção a possível continuidade delitiva ou acúmulo de débitos que conduzissem à superação do valor mínimo previsto na Lei n. 10.522/2002, com a redação dada pela Lei n. 11.033/2004 [...] Entendeu-se não ser admissível que uma conduta fosse irrelevante no âmbito administrativo e não o fosse para o Direito Penal, que só deve atuar quando extremamente necessário para a tutela do bem jurídico protegido, quando falharem os outros meios de proteção e não forem suficientes as tutelas estabelecidas nos demais ramos do Direito”.

Embora não concordemos com tal critério, a forma de sua aplicação é ainda mais equivocada. A jurisprudência considera, em diversas hipóteses, o total do débito ignorando que nos crimes tributários cada delito corresponde a um fato imponible (EISELE, 1998, p. 11).

Como então agrupar diversos fatos para afastar a aplicação do princípio? Simples, como o critério utilizado é equivocado, pois ignora o que é conduta penalmente relevante para considerar o montante da sonegação, torna-se necessário subverter a própria lógica da aplicação do princípio da insignificância, que deve ser analisado em relação a cada conduta penal, para que continue a persecução penal a ser pautada pelo interesse fiscal.

Tomemos como exemplo o caso de um empresário que tenha 10 funcionários e que retenha na fonte o imposto deles num valor total de 5 mil reais. Se a conduta penalmente relevante se define pelo fato imponible, é em relação a cada conduta que se deve cotejar a aplicação do princípio da insignificância. Assim, havendo subsunção ao art. 2º, II, da Lei n. 8.137/1990, crime de lesão, como afirmamos, resta intuitivo que haverá um crime para cada mês, *todos insignificantes*.

Mais que isso, ainda que apenas no ano seguinte, pelo cotejo das declarações dos empregados, seja possível o lançamento, a análise em torno da tipicidade deve-se dar em relação a cada fato. Não é necessário muito esforço para concluir que será admissível o princípio da insignificância. Embora ainda não encontremos precedentes na linha exposta para sonegação fiscal, trata-se de uma questão de tempo. Curiosamente, quando o Supremo Tribunal Federal analisa isoladamente casos de descaminho em que o agente já foi beneficiado pela bagatela, acaba por entender que a reiteração criminosa não pode ser obstáculo à incidência da bagatela¹⁴.

¹⁴ Descaminho e Princípio da Insignificância. “Por ausência de justa causa, a Turma, em votação majoritária, proveu recurso ordinário em *habeas corpus* para trancar ação penal instaurada contra acusado pela suposta prática do crime de descaminho (CP, art. 334, § 1º, *d*), em decorrência do fato de ter ingressado em território nacional trazendo mercadorias de origem estrangeira, sem a documentação comprobatória de regularidade fiscal, alcançando os impostos devidos o montante de R\$ 2.528,24 (dois mil quinhentos e vinte e oito reais e vinte e quatro centavos). No caso, o STJ, enfatizando a reiteração da conduta típica, rejeitara a aplicação do princípio da insignificância por considerar que já teria sido instaurado, anteriormente, procedimento contra o mesmo paciente por fato semelhante, porém arquivado. Asseverou-se que o art. 20 da Lei n. 10.522/2002 determina o arquivamento das execuções fiscais, sem cancelamento da distribuição, quando os débitos inscritos como dívida ativa da União forem iguais ou inferiores a R\$ 10.000,00 (dez mil reais) – valor este resultante da modificação pela Lei n. 11.033/2004. Salientou-se que a jurisprudência do STF é firme no sentido da incidência do princípio da insignificância quando a quantia sonegada não ultrapassar o valor estabelecido no mencionado dispositivo, o que implicaria falta de justa causa para ação penal pelo crime de descaminho.

Em suma, no caso de repetidas inúmeras condutas, cada uma delas insignificantes, não pode haver prosseguimento do processo, ainda que o fato globalmente considerado possa assumir uma relevância maior.

4 A necessidade do lançamento para a persecução.

Mitigação (CF, art. 114)

Outro ponto há muito mal resolvido nos crimes tributários diz respeito à autonomia das instâncias e à necessidade do lançamento para a caracterização do crime tributário.

Desde a Lei n. 9.430/1996, vem-se urdindo algum tipo de controle político em torno dos crimes tributários. Se, antes dessa lei, o agente fiscal, ao tomar ciência por meio de fiscalização da ocorrência de crimes, podia fazer a comunicação direta ao Ministério Público, a partir da edição da lei, o malfadado art. 83 passou a restringir esse tipo de procedimento¹⁵.

Questionado por meio da ADI n. 1.571 sob a alegação de condicionar a persecução e o juízo sobre a ocorrência do delito a um pronunciamento administrativo, em flagrante afronta ao art. 129, I, da Constituição Federal, o STF entendeu que a norma se dirigia apenas ao agente fiscal, não ao Ministério Público, razão pela qual não haveria qualquer vício de inconstitucionalidade.

Em que pese ter feito valer a norma do art. 15 da Lei n. 8.137/1990, bem como a própria Súmula n. 609 do Tribunal, a ementa já sinalizava que a persecução penal estaria, em breve, de modo mais claro, condicionada a um pronunciamento administrativo^{16 17}.

Nela constava expressamente que o Ministério Público poderia encetar atos de persecução desde que do lançamento definitivo tivesse

Ademais, aduziu-se que a existência de procedimento criminal – arquivado – por fatos similares não se mostraria suficiente para afastar o aludido princípio, tendo em vista o caráter objetivo da regra estabelecida por esta Corte para o efeito de se reconhecer o delito de bagatela. Vencidos os ministros Marco Aurélio e Carlos Britto que desproviavam o recurso por considerar a repetição da prática delituosa, ressaltando que o paciente já fora beneficiado antes pelo instituto da insignificância pelo mesmo crime. Alguns precedentes citados: HC n. 96.374/PR (*DJE* de 23 abr. 2009); HC n. 96.309/RS (*DJE* de 24 abr. 2009); RE n. 514.531/RS (*DJE* de 6 mar. 2009). RHC n. 96.545/SC, rel. min. Ricardo Lewandowski, 16.6.2009.

¹⁵ “Art. 83. A representação fiscal relativa aos crimes contra a ordem tributária definidos nos arts. 1º e 2º da Lei n. 8.137, de 27 de dezembro de 1990, será encaminhada ao Ministério Público após proferida a decisão final, na esfera administrativa, sobre a exigência fiscal do crédito tributário correspondente”.

¹⁶ “Art. 15. Os crimes previstos nesta lei são de ação penal pública, aplicando-se-lhes o disposto no art. 100 do Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal”.

¹⁷ Súmula n. 609: “É pública incondicionada a ação penal por crime de sonegação fiscal”.

notícia¹⁸. Não por acaso *nesse mesmo dia* veio a lume o malfadado HC n. 81.611/DF no qual surgiu para o mundo a tese que até agora produz os efeitos mais nefastos não apenas em termos penais, mas econômicos: *sem lançamento não há justa causa para a persecução penal por crime tributário*¹⁹. Essa tese condiciona de modo absoluto o interesse penal ao interesse fiscal, o que se revela equivocado.

É necessário notar que o precedente citado é um rosário de equívocos, a começar pelo primeiro argumento que motivou a decisão. O tribunal se valeu do argumento de que a Lei n. 9.249/1995 admitia o pagamento antes da denúncia e de seu oferecimento, sem o esgotamento da instância administrativa, o que acabaria por solapar este direito do contribuinte.

Nas palavras do Pretório, estaria o contribuinte entre duas cruzes, cabendo apenas escolher em qual delas seria crucificado. Se optasse pelo pagamento do tributo para extinguir a punibilidade, teria de se conformar com o valor até então consolidado, livrando-se da persecução penal, mas abrindo mão de sua ampla defesa na instância administra-

¹⁸ ADI n. 1571/UF (STF, Pleno, rel. min. Gilmar Mendes, julgamento: 10.12.2003, *DJ* de 30 abr. 2004 PP-00027) Ementa: “Ação direta de inconstitucionalidade. 2. Art. 83 da Lei n. 9.430, de 27.12.1996. 3. Arguição de violação ao art. 129, I, da Constituição. *Notitia criminis* condicionada ‘à decisão final, na esfera administrativa, sobre a exigência fiscal do crédito tributário’. 4. A norma impugnada tem como destinatários os agentes fiscais, em nada afetando a atuação do Ministério Público. É obrigatória, para a autoridade fiscal, a remessa da *notitia criminis* ao Ministério Público. 5. Decisão que não afeta orientação fixada no HC n. 81.611. Crime de resultado. Antes de constituído definitivamente o crédito tributário não há justa causa para a ação penal. O Ministério Público pode, entretanto, oferecer denúncia independentemente da comunicação, dita “representação tributária”, se, por outros meios, tem conhecimento do lançamento definitivo. 6. Não configurada qualquer limitação à atuação do Ministério Público para propositura da ação penal pública pela prática de crimes contra a ordem tributária. 7. Improcedência da ação.

¹⁹ HC n. 81.611/DF (rel. min. Sepúlveda Pertence, julgamento: 10.12.2003, órgão julgador: Tribunal Pleno, publicação *DJ* de 13 maio 2005 PP-00006, Ement. Vol-02191-1 PP-00084) Ementa: “I. Crime material contra a ordem tributária (Lei n. 8.137/1990, art. 1º): lançamento do tributo pendente de decisão definitiva do processo administrativo: falta de justa causa para a ação penal, suspenso, porém, o curso da prescrição enquanto obstada a sua propositura pela falta do lançamento definitivo. 1. Embora não condicionada a denúncia à representação da autoridade fiscal (ADInMC 1571), falta justa causa para a ação penal pela prática do crime tipificado no art. 1º da Lei n. 8.137/1990 – que é material ou de resultado –, enquanto não haja decisão definitiva do processo administrativo de lançamento, quer se considere o lançamento definitivo uma condição objetiva de punibilidade ou um elemento normativo de tipo. 2. Por outro lado, admitida por lei a extinção da punibilidade do crime pela satisfação do tributo devido, antes do recebimento da denúncia (Lei n. 9.249/1995, art. 34), princípios e garantias constitucionais eminentes não permitem que, pela antecipada propositura da ação penal, se subtraia do cidadão os meios que a lei mesma lhe propicia para questionar, perante o Fisco, a exatidão do lançamento provisório, ao qual se devesse submeter para fugir ao estigma e às agruras de toda sorte do processo criminal. 3. No entanto, enquanto dure, por iniciativa do contribuinte, o processo administrativo suspende o curso da prescrição da ação penal por crime contra a ordem tributária que dependa do lançamento definitivo”.

tiva. Por outro lado, se optasse por exercer a defesa mais ampla possível, acabaria sofrendo os *percalços da ação penal*, como a jurisprudência tem nominado.

Contudo, o que o Supremo Tribunal Federal ignorou foi o fato de que, no momento da decisão, estava em vigor a Lei n. 10.684/2003, que permitia o pagamento a qualquer tempo. Assim, a premissa apresentada naquele precedente, de que o pagamento deveria ser até o recebimento da denúncia era, no mínimo, equivocada.

Outro ponto a registrar é a confusão levada a cabo pelo Supremo Tribunal Federal entre *ultima ratio* do Direito Penal, obrigação tributária, crédito tributário e exigibilidade do crédito. Registra-se na doutrina de Alécio Adão Lovatto, em livro de 2003, portanto, anterior à decisão no HC n. 81.611/DF, a observação de que

existe, na área penal tributária, um equívoco consistente em considerar que o crime se consuma quando se consolida o crédito tributário. Desloca-se, desta forma, para a exigibilidade do crédito tributário a questão. Improcede a argumentação. A exigibilidade é relevante para o exaurimento do crime tributário, não para a consumação. Para esta importa: a) que o tributo devido e, sendo devido, o agente tenha usado uma das condutas de falsidade para que o tributo fosse reduzido ou suprimido, nos casos do art. 1º; b) que tenha havido falsidade com o fim de reduzir ou suprimir, independentemente do resultado [...] (casos do art. 2º) (LOVATTO, 2003, p. 142-143).

Foi justamente esse equívoco que prevaleceu no STF ao concluir pela impossibilidade de persecução penal sem lançamento. No entanto, os problemas não pararam por aí, o Pretório não definiu no citado precedente a natureza do lançamento em relação ao crime tributário:

quer se considere o lançamento definitivo uma condição objetiva de punibilidade ou um elemento normativo de tipo. 2. Por outro lado, admitida por lei a extinção da punibilidade do crime pela satisfação do tributo devido, antes do recebimento da denúncia (Lei n. 9.249/1995, art. 34), princípios e garantias constitucionais eminentes não permitem que, pela antecipada propositura da ação penal, se subtraia do cidadão os meios que a lei mesma lhe propicia para questionar, perante o Fisco, a exatidão do lançamento provisório, ao qual se devesse submeter para fugir ao estigma e às agruras de toda sorte do processo criminal (STF: HC n. 81.611/DF).

Embora vacilante a jurisprudência em se referir à condição objetiva de punibilidade²⁰, ora a reportar a elemento normativo do tipo²¹, fato é que não é possível a persecução penal sem lançamento.

Estranha modalidade de elemento normativo essa que subtrai do juiz criminal o exame de sua existência, mas não subtrai do juiz cível a apreciação integral de sua legalidade e correção.

Não menos estranha é a conclusão de que se trata de uma condição objetiva de punibilidade, visto que tal condição é uma opção de política criminal do legislador, não do Judiciário. Assim, a raiz do impedimento ao processo por crime falimentar antes de uma sentença de falência ou de recuperação judicial está na vontade do legislador de impedir que o processo penal seja causa da quebra da empresa. Por isso, aguarda-se um pronunciamento judicial para só então permitir a persecução.

A indefinição quanto à natureza do lançamento em relação ao crime tributário ficou bem evidente nos debates que conduziram à edição da Súmula Vinculante n. 24, em especial quando esse tema tocou outro, o da prescrição. É preciso compreender a natureza do lançamento e suas

²⁰ HC n. 102.596/SP (STJ, 5ª Turma, rel. min. Napoleão Nunes Maia Filho, *DJe* de 12 abr. 2010): “1. O crime de apropriação indébita previdenciária é espécie de delito omissivo material, exigindo, portanto, para sua consumação, efetivo dano, já que o objeto jurídico tutelado é o patrimônio da previdência social, razão porque a constituição definitiva do crédito tributário é condição objetiva de punibilidade, tal como previsto no art. 83 da Lei n. 9.430/1996, aplicável à espécie. Precedentes do STF e do STJ. 2. Parecer do MPF pela denegação do *writ*. 3. Ordem concedida, no entanto, para trancar a Ação Penal 2005.61.81.005020-0, em curso perante a 4ª Vara Criminal da Subseção Judiciária de São Paulo, sem prejuízo de sua ulterior renovação, em sendo cabível”.

HC n. 118.736/BA (STJ, 5ª Turma, rel. min. Jorge Mussi, *DJe* de 19 abr. 2010): “1. Consolidou-se nesta Corte Superior de Justiça o entendimento no sentido de que o termo *a quo* para a contagem do prazo prescricional no crime previsto no art. 1º da Lei n. 8.137/1990 é o momento da constituição do crédito tributário, ocasião em que há de fato a configuração do delito, preenchendo, assim, a condição objetiva de punibilidade necessária à pretensão punitiva (Precedentes). [...]”.

²¹ HC n. 128.672/SP (STJ, 6ª Turma, rel. min. Maria Thereza de Assis Moura, *DJe* de 18 maio 2009): “1. Enquanto houver processo administrativo questionando a existência, o valor ou a exigibilidade de contribuição social, atípica é a conduta prevista no art. 168-A do Código Penal que tem, como elemento normativo do tipo a existência da contribuição devida a ser repassada. 2. Não importa violação à independência das esferas administrativa e judiciária o aguardo da decisão administrativa, a quem cabe efetuar o lançamento definitivo. 3. Ordem concedida para suspender o inquérito policial até o julgamento definitivo do processo administrativo. HC n. 59.449/SP (STJ, 6ª Turma, rel. min. Maria Thereza de Assis Moura, *DJe* de 4 maio 2009): “1. Constitui constrangimento ilegal a instauração de inquérito policial visando a apuração de crime contra a ordem tributária (songação de ISS) enquanto ainda pendente processo administrativo no qual é questionada a existência do tributo, já que inexistente, assim, elemento normativo do próprio tipo penal, tornando atípica, por ora, a conduta. 2. Confirmado o pagamento integral do débito tributário em questão, de rigor o trancamento do inquérito policial. 3. Ordem concedida para trancar o inquérito policial, em razão do pagamento integral do débito tributário”.

repercussões penais para evitar outras situações, no mínimo, esdrúxulas, como a de correr prescrição penal sem que possa ser ajuizada uma ação penal que é pública e incondicionada.

A incerteza sobre o que de fato é o lançamento em relação ao crime tributário era tamanha que certo ministro chegou a afirmar que não estava em discussão a fundamentação, mas a conclusão. E o que era objeto da súmula era a conclusão, ou seja, a impossibilidade da persecução penal sem lançamento.

Nas palavras do ministro Cezar Peluso, se o “estado não pode cobrar administrativa ou processualmente como é que pode exigí-lo, na via criminal, mediante pretensão punitiva”. Ante os insistentes apelos da ministra Ellen Gracie de que a magistratura ficaria com dúvidas em relação à prescrição, um determinado ministro respondeu: “A magistratura não tem dúvida só sobre isso, tem dúvida permanente sobre tudo, questiona tudo”.

As discussões prosseguiram passando pelos argumentos de que o tema da prescrição não poderia constar da súmula por ser matéria infraconstitucional, por ainda não estar pacificado, entre outras abordagens menos relevantes.

Porém, ao final dos debates, o próprio ministro Peluso chegou ao menos a uma conclusão lógica: “se não há crime ainda, não começa a prescrição”. Isso consta do inteiro teor da decisão e não pode ser ignorado.

Assim, não é adequada a alegação com a qual já nos deparamos de que a prescrição penal correria do fato, mas a denúncia só poderia ser oferecida após o lançamento. Se o Estado não foi competente para lançar o tributo no tempo adequado, não pode perseguir o crime na instância penal, pois, se não está tipificado, e o sentido que o Pretório deu foi de aperfeiçoado, não há crime ainda, logo, não corre a prescrição. Dessa forma, ainda que a súmula impeça a persecução penal e silencie sobre a prescrição, matéria de Direito Penal, dúvidas não há de que a prescrição penal não se iniciou, ao menos nos termos em que foi deliberado.

Concordemos ou não, lá está posto: “Não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei n. 8.137/1990, antes do lançamento definitivo do tributo” (Súmula Vinculante n. 24).

Não é o crime que faz nascer o débito tributário, este existe em razão do fato gerador e isso seria suficiente para apartar a responsabilidade tributária da penal. Ora, todos os que militam na esfera penal sabem bem que os crimes tributários sempre funcionaram como uma válvula de escape para a punição de determinados tipos de criminosos. Em que pese não se lograr condenar pelos delitos principais que eram perpetrados, seja pela dificuldade do acesso às provas, por envolver organizações criminosas, seja por se tratar de criminosos do colarinho-branco, cujos delitos ostentam uma aparente legalidade, restava sempre a persecução penal por sonegação a partir do enriquecimento do criminoso.

Imaginemos um político ou servidor público corrupto. Extremamente difícil será obter a prova da corrupção, contudo, seria plenamente viável, a partir da evolução patrimonial do agente, constatada por meio de sindicância, apurar a eventual sonegação de imposto de renda. Hoje, nem isso.

Ainda que vencido esse aspecto residual dos crimes tributários, a jurisprudência sinaliza para o sonegador, que não é pessoa de poucas letras, pelo contrário, no mais das vezes é alguém que tem plena noção de seus deveres para com o Fisco, uma possibilidade. Aquela de que o Fisco pode deixar de lançar o tributo e, com isso, jamais haverá persecução penal pela fraude perpetrada. Ora, se para um sonegador pessoa física esse estímulo possa não parecer suficiente, para o empresário não. Tributo é custo e custo tem de ser eliminado. Direitos trabalhistas representam custos e têm de ser eliminados.

Não custa afirmar que o não recolhimento dos tributos gera um diferencial econômico relevante, interferindo assim nas relações de concorrência. Para o processo democrático, o controle político do crime fica evidente, o mandatário de plantão pode entabular negociações em torno do lançamento tributário. Que tipo de prerrogativa tem um agente fiscal de se contrapor ao poder político estabelecido para levar adiante o lançamento?

Contudo, esse fato já está consumado. A súmula está posta e, sem se posicionar, afirma que não se tipifica o crime tributário do art. 1º da Lei n. 8.137/1990. O que se pretende com isso?

Ao dizer que o crime se consuma com o lançamento, se foi isso o que pretendeu o verbete, a prescrição corre do lançamento, como pareceu ter ficado evidente nas últimas palavras do ministro Peluso acima citadas. Porém, se, de outro modo, se entender que o lançamento é uma condição objetiva de punibilidade, a consumação se dá quando

vencido o prazo para o recolhimento do tributo e o Procedimento Administrativo Fiscal (PAF) seria um obstáculo à persecução.

Logo, a prescrição teria início com o vencimento do prazo do tributo, ficando suspensão enquanto durar o PAF.

Contudo, interessante é notar que o lançamento só condiciona no aspecto negativo a discussão na instância penal, pois na instância cível, ainda que presente o lançamento, pode o contribuinte buscar judicialmente desconstituir o crédito. É de se ver que o problema não está na mera contradição que isso provoca, mas na situação em que o contribuinte busca numa ação cível anular o lançamento e com isso impedir não apenas a cobrança, mas a própria ação penal.

Embora inicialmente a jurisprudência se posicionasse pela autonomia dos juízos cível e criminal²², hoje se inclina pela prevalência da decisão do cível que desconstitua o lançamento²³.

Há falta de coerência da tese do STF que passa ao largo do fato de que inúmeros tributos são pagos sem que haja lançamento. E não estamos a cogitar apenas os tributos cujo lançamento se dá por homologação e o contribuinte voluntariamente paga o débito sem qualquer lançamento por parte do Fisco. Estamos a ponderar a execução promovida perante a Justiça do Trabalho de contribuições sociais apuradas no bojo dos processos de sua competência, tudo com base em previsão constitucional²⁴.

²² RHC n. 16.704/GO (5ª Turma, DJ de 7 mar. 2005, p. 282): “I. Hipótese em que se pretende a suspensão do processo-crime instaurado para apuração de eventual delito de sonegação fiscal, diante do ingresso, na esfera cível, com Ação Anulatória de Crédito Tributário. II. A suspensão do curso da ação penal, nesses casos, é uma faculdade do Magistrado, que poderá sustar o curso do procedimento criminal, quando entender que a questão é de difícil solução e dependa, somente, do deslinde cível para a sua conclusão. III. Caso em que a discussão cível só alcança parte da imputação penal. IV. A Ação Anulatória de Crédito Tributário não pode ser considerada condição de procedibilidade para o processo-crime. V. Recurso desprovido”.

²³ HC n. 78.428/RS (STJ, 6ª Turma, DJ de 23 mar. 2009): “1. Havendo lançamento definitivo do tributo, a propositura de ação anulatória de débito fiscal não impede o prosseguimento do processo-crime referente aos delitos contra a ordem tributária, independentes que são as instâncias administrativa e penal. 2. Julgado procedente o pedido para anular o auto de infração que serviu de base à deflagração da ação penal, decisão que transitou em julgado, não há que falar em crédito tributário definitivamente constituído, impondo-se, de rigor, o trancamento da ação penal. 3. Habeas corpus concedido”.

²⁴ “Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar: (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 45, de 2004)

[...]

VIII – a execução, de ofício, das contribuições sociais previstas no art. 195, I, a, e II, e seus acréscimos legais, decorrentes das sentenças que proferir; (Incluído pela Emenda Constitucional n. 45, de 2004)”.

Não por outra razão, enfrentando o tema, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região entendeu que nessa hipótese não há necessidade de procedimento administrativo fiscal²⁵.

De igual modo, a própria súmula já foi atenuada, admitindo a persecução penal antes do lançamento, quando o contribuinte impede até mesmo a atuação fiscalizadora da Receita Federal²⁶.

Evidente que não divergimos do fato de que a autonomia das instâncias pode ensejar uma aparente contradição, a condenação na ação penal e a ausência de lançamento. Contudo, se é possível ao contribuinte utilizar a decisão administrativa no bojo da ação penal, não menos correto é dizer que caberá ao juiz criminal investigar se a hipótese era ou não de incidência tributária afastando, inclusive, os equívocos por parte do Fisco e examinando a conduta do contribuinte de molde a identificar a ocorrência de uma fraude.

²⁵ Recurso Criminal em Sentido Estrito n. 0000751-64.2008.404.7208/SC (rel. des. federal Paulo Afonso Brum Vaz, 8ª Turma, unânime, julgado em 16.6.2010, publicado no *DE* em 22 jun. 2010) “Penal. Salário extrafolha. Omissão de registro em CTPS. Art. 337-A do CP. Competência. Justiça Federal. Sentença trabalhista. EC n. 20/1998. Prova da materialidade. 1. O pagamento extrafolha e a omissão do vínculo laboral na CTPS do empregado implicam, respectivamente, a redução e a supressão de contribuições previdenciárias, caracterizando, ambas as condutas, infração ao previsto no art. 337-A do Código Penal. 2. A sonegação de contribuições previdenciárias ocasionam lesão aos cofres da Previdência Social, atraindo a competência do foro federal. 3. *Revendo posicionamento anterior, a sentença trabalhista na qual se apurou o pagamento de salário extrafolha é hábil a alicerçar denúncia de crime de sonegação de contribuição previdenciária*”.

²⁶ *Habeas corpus* n. 95.443/SC (rel. min. Ellen Gracie, 2ª Turma, unânime, julg. em 2.2.2010, publicado no *DE* em 19 fev. 2010) “*Habeas corpus*. Crime contra a ordem tributária. Instauração de inquérito policial antes do encerramento do procedimento administrativo-fiscal. Possibilidade quando se mostrar imprescindível para viabilizar a fiscalização. Ordem denegada. 1. A questão posta no presente *writ* diz respeito à possibilidade de instauração de inquérito policial para apuração de crime contra a ordem tributária, antes do encerramento do procedimento administrativo-fiscal. 2. O tema relacionado à necessidade do prévio encerramento do procedimento administrativo-fiscal para configuração dos crimes contra a ordem tributária, previstos no art. 1º, da Lei n. 8.137/1990, já foi objeto de aceso debate perante esta Corte, sendo o precedente mais conhecido o HC n. 81.611 (min. Sepúlveda Pertence, Pleno, julg. 10.12.2003). 3. *A orientação que prevaleceu foi exatamente a de considerar a necessidade do exaurimento do processo administrativo-fiscal para a caracterização do crime contra a ordem tributária (Lei n. 8.137/1990, art. 1º)*. No mesmo sentido do precedente referido: HC n. 85.051/MG, rel. min. Carlos Velloso, *DJ* de 1º jul. 2005, HC n. 90.957/RJ, rel. min. Celso de Mello, *DJ* de 19 out. 2007 e HC n. 84.423/RJ, rel. min. Carlos Britto, *DJ* de 24 set. 2004. 4. *Entretanto, o caso concreto apresenta uma particularidade que afasta a aplicação dos precedentes mencionados*. 5. *Diante da recusa da empresa em fornecer documentos indispensáveis à fiscalização da Fazenda estadual, tornou-se necessária a instauração de inquérito policial para formalizar e instrumentalizar o pedido de quebra do sigilo bancário, diligência imprescindível para a conclusão da fiscalização e, conseqüentemente, para a apuração de eventual débito tributário*. 6. Deste modo, entendo possível a instauração de inquérito policial para apuração de crime contra a ordem tributária, antes do encerramento do processo administrativo-fiscal, quando for imprescindível para viabilizar a fiscalização. 7. Ante o exposto, denego a ordem de *habeas corpus*”.

Assim, eventuais equívocos interpretativos da autoridade fiscal podem ser revistos tanto pelo juiz cível, numa eventual ação anulatória do lançamento, como pelo juiz criminal na ação penal. É o juiz o intérprete último da lei e, sendo assim, não se pode negar que é o juiz criminal quem dispõe de mecanismos para investigar, em especial, a fraude caracterizadora do delito tributário²⁷.

5 Regime legal do pagamento. Caráter temporal da norma.

Repercussão na punibilidade da tentativa

Como destacado anteriormente, a submissão do interesse penal ao interesse fiscal tem conduzido o legislador, de tempos em tempos, a reeditar normas de extinção de punibilidade pelo pagamento do tributo.

Esse tema não é recente na legislação pátria e demonstra apenas o pouco apreço do legislador pelo cumprimento de certos deveres. A Lei n. 4.729/1965, que fixou a nomenclatura de sonegação fiscal para tais crimes, ao mesmo tempo em que retirou tais condutas da falsidade ideológica (CP, art. 299), abrandou a resposta penal que agora não ultrapassava os dois anos de detenção²⁸. Além disso, como que a estimular práticas desse jaez, no art. 1º, § 1º, o legislador permitiu a *aplicação exclusiva da pena de multa caso o condenado fosse primário* e, no art. 2º, a *extinção da punibilidade quando o pagamento do tributo se verificasse antes do início da ação fiscal (rectius: fiscalização)*.

A benevolência com o sonegador prosseguiu no art. 1º da Lei n. 5.498/1968, que previu a extinção da punibilidade pelo mero parce-

²⁷ HC n. 50.933/RJ (5ª Turma, DJ de 2 out. 2006, p. 294): “Apurar a existência desses crimes contra a ordem tributária, cometidos mediante fraudes, é tarefa que incumbe ao Juízo Criminal; saber o montante exato de tributos que deixaram de ser pagos em decorrência de tais subterfúgios para viabilizar futura cobrança é tarefa precípua da autoridade administrativo-fiscal. Dizer que os delitos tributários, perpetrados nessas circunstâncias, não estão constituídos e que dependem de a Administração buscar saber como, onde, quando e quanto foi usurpado dos cofres públicos para, só então, estar o Poder Judiciário autorizado a instaurar a persecução penal equivale, na prática, a erigir obstáculos para desbaratar esquemas engendrados com alta complexidade e requintes de malícia, permitindo a seus agentes, inclusive, agirem livremente no sentido de esvaziar todo tipo de elemento indiciário que possa compromê-los, mormente porque a autoridade administrativa não possui os mesmos instrumentos coercitivos de que dispõe o Juiz Criminal. [...] 8. Ordem denegada”.

²⁸ “Art. 1º Constitui crime de sonegação fiscal:

I – prestar declaração falsa ou omitir, total ou parcialmente, informação que deva ser produzida a agentes das pessoas jurídicas de direito público interno, com a intenção de eximir-se, total ou parcialmente, do pagamento de tributos, taxas e quaisquer adicionais devidos por lei;

[...] Pena: Detenção, de seis meses a dois anos, e multa de duas a cinco vezes o valor do tributo”.

lamento do débito²⁹. Curiosa a disposição legal que prevê “satisfizerem o pagamento de seus débitos na totalidade, ou efetuarem o pagamento de 1ª (primeira) quota do parcelamento que lhes tenha sido concedido”. No contexto de um empresário devedor de imposto de renda, qual será a opção economicamente mais favorável, o pagamento integral ou parcial do débito? Não é necessário responder.

Pois bem, veio então a lume a Lei n. 8.137/1990 que teria o objetivo de reestruturar os crimes contra a ordem tributária e econômica. No que diz respeito aos primeiros, a lei já trouxe em seu art. 14 a previsão de uma causa de extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo³⁰, tamanho o descuido com o texto que a extinção da punibilidade alcançava, até mesmo, os delitos funcionais análogos à concussão e à corrupção passiva do Código Penal. Somente pela Lei n. 8.383/1991 o dispositivo foi revogado.

Assim, entre 1991 e 1995, encontramos um período em que os crimes tributários não possuíam regime diverso dos crimes comuns. Daí que o pagamento do tributo teria o mero condão de representar uma causa de diminuição de pena, desde que efetuado antes do recebimento da denúncia.

Contudo, com a edição da Lei n. 9.249/1995, o art. 34 trouxe novamente uma regra geral para pagamento do débito tributário com efeito de extinção da punibilidade, repetindo a sistemática do art. 14 da Lei n. 8.137/1990³¹.

Nítida aqui a proximidade dessa causa de extinção com o arrependimento posterior, tamanha a semelhança, mas não identidade, uma vez que o art. 16 do Código Penal exige apenas a restituição da coisa ou a reparação do dano, o que induz uma contraprestação idêntica ao desfalque patrimonial decorrente do delito.

²⁹ “Art 1º Extingue-se a punibilidade dos crimes previstos na Lei n. 4.729, de 14 de julho de 1965, para os contribuintes do imposto de renda que, dentro de 30 (trinta) dias da publicação desta Lei, satisfizerem o pagamento de seus débitos na totalidade, ou efetuarem o pagamento de 1ª (primeira) quota do parcelamento que lhes tenha sido concedido. § 1º Fica igualmente extinta a punibilidade dos contribuintes, mencionados neste artigo, que tenham pago seus débitos ou que os estejam pagando na forma da legislação vigente”.

³⁰ “Art. 14. Extingue-se a punibilidade dos crimes definidos nos arts. 1º a 3º quando o agente promover o pagamento de tributo ou contribuição social, inclusive acessórios, antes do recebimento da denúncia”.

³¹ “Art. 34. Extingue-se a punibilidade dos crimes definidos na Lei n. 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e na Lei n. 4.729, de 14 de julho de 1965, quando o agente promover o pagamento do tributo ou contribuição social, inclusive acessórios, antes do recebimento da denúncia”.

Aqui, pelo contrário, num delito que vimos, não é puramente patrimonial. A contraprestação exige o pagamento do débito principal e os acessórios antes da denúncia, porém, a benesse é maior, a extinção da punibilidade.

O citado art. 34 tem sido hoje ignorado pela doutrina e jurisprudência pátrias que a ele se reportam apenas como referência histórica sobre normas dessa natureza. Ocorre que, a nosso viso, sujeito às críticas, o dispositivo permanece em vigor e tem aplicabilidade para todos os casos de débitos tributários não alcançados por normas de parcelamento e pagamento de cunho temporário, leia-se, programas de *Recuperação Fiscal* (REFIS), posto que não foi expressamente revogado por nenhuma das leis posteriores que regularam parcelamento e pagamento. E ainda, pelo fato de que tais leis têm cunho temporário e não permanente.

A Lei n. 9.964/2000 estabeleceu que os débitos que poderiam ser objeto do parcelamento de que tratava a lei eram aqueles vencidos até 29.2.2000, o que afastaria daquela disciplina os débitos posteriores³².

Essa interpretação pode ser extraída do art. 15 da lei, que identifica os débitos passíveis de parcelamento como sendo aqueles de que trata o REFIS, em síntese, os previstos na lei³³.

De igual modo, a Lei n. 10.684/2003, que novamente regula parcelamento e pagamento com efeitos processuais e penais, restringe sua

³² “Art. 1º É instituído o Programa de Recuperação Fiscal – REFIS, destinado a promover a regularização de créditos da União, decorrentes de débitos de pessoas jurídicas, relativos a tributos e contribuições, administrados pela Secretaria da Receita Federal e pelo Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, com vencimento até 29 de fevereiro de 2000, constituídos ou não, inscritos ou não em dívida ativa, ajuizados ou a ajuizar, com exigibilidade suspensa ou não, inclusive os decorrentes de falta de recolhimento de valores retidos” (*vide Lei n. 10.189, de 2001*).

³³ “Art. 15. É suspensa a pretensão punitiva do Estado, referente aos crimes previstos nos arts. 1º e 2º da Lei n. 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e no art. 95 da Lei n. 8.212, de 24 de julho de 1991, durante o período em que a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no REFIS, desde que a inclusão no referido Programa tenha ocorrido antes do recebimento da denúncia criminal.

§ 1º A prescrição criminal não corre durante o período de suspensão da pretensão punitiva.

§ 2º O disposto neste artigo aplica-se, também:

I – a programas de recuperação fiscal instituídos pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios, que adotem, no que couber, normas estabelecidas nesta Lei;

II – aos parcelamentos referidos nos arts. 12 e 13.

§ 3º Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos neste artigo quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios, que tiverem sido objeto de concessão de parcelamento antes do recebimento da denúncia criminal”.

incidência agora a débitos vencidos até 28.2.2003³⁴. No que diz respeito à norma específica que suspende a pretensão punitiva pelo parcelamento e extingue a punibilidade, a lei é clara ao se referir ao parcelamento, mas indaga-se, qual parcelamento? A resposta novamente parece ser evidente: o parcelamento que a lei prevê³⁵.

Por fim, a Lei n. 11.941/2009, acertadamente denominada de SUPEREFIS, pois permite a todos aqueles que aderiram a parcelamentos anteriores e não honraram o estabelecido, bem como àqueles que não haviam aderido, parcelar seus débitos em 180 meses, beneficiando-se com isso da suspensão da pretensão punitiva e da extinção da punibilidade³⁶.

Esse é o teor do art. 1º, contudo, no § 2º desse mesmo artigo, encontramos a limitação temporal dos débitos que são alcançados, e, por assim dizer, dos fatos penais para os quais se pode cogitar das benesses penais³⁷. Somente estão inseridos no SUPEREFIS os débitos vencidos até 28.11.2008.

Pois bem, temos que o art. 34 da Lei n. 9.249/1995 não foi revogado, porém, encontramos na jurisprudência acórdãos que claramente falam na sua revogação. Esses acórdãos são fruto de uma interpretação

³⁴ “Art. 1º Os débitos junto à Secretaria da Receita Federal ou à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, com vencimento até 28 de fevereiro de 2003, poderão ser parcelados em até cento e oitenta prestações mensais e sucessivas”.

³⁵ “Art. 9º É suspensa a pretensão punitiva do Estado, referente aos crimes previstos nos arts. 1º e 2º da Lei n. 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos arts. 168A e 337A do Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, durante o período em que a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no regime de parcelamento. § 1º A prescrição criminal não corre durante o período de suspensão da pretensão punitiva. § 2º Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos neste artigo quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios”.

³⁶ “Art. 1º Poderão ser pagos ou parcelados, em até 180 (cento e oitenta) meses, nas condições desta Lei, os débitos administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil e os débitos para com a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, inclusive o saldo remanescente dos débitos consolidados no Programa de Recuperação Fiscal – REFIS, de que trata a Lei n. 9.964, de 10 de abril de 2000, no Parcelamento Especial – PAES, de que trata a Lei n. 10.684, de 30 de maio de 2003, no Parcelamento Excepcional – PAEX, de que trata a Medida Provisória n. 303, de 29 de junho de 2006, no parcelamento previsto no art. 38 da Lei n. 8.212, de 24 de julho de 1991, e no parcelamento previsto no art. 10 da Lei n. 10.522, de 19 de julho de 2002, mesmo que tenham sido excluídos dos respectivos programas e parcelamentos, bem como os débitos decorrentes do aproveitamento indevido de créditos do Imposto sobre Produtos Industrializados – IPI oriundos da aquisição de matérias-primas, material de embalagem e produtos intermediários relacionados na Tabela de Incidência do Imposto sobre Produtos Industrializados – TIPI, aprovada pelo Decreto n. 6.006, de 28 de dezembro de 2006, com incidência de alíquota 0 (zero) ou como não-tributados”.

³⁷ “§ 2º Para os fins do disposto no *caput* deste artigo, poderão ser pagas ou parceladas as dívidas vencidas até 30 de novembro de 2008, de pessoas físicas ou jurídicas, consolidadas pelo sujeito passivo, com exigibilidade suspensa ou não, inscritas ou não em dívida ativa, consideradas isoladamente, mesmo em fase de execução fiscal já ajuizada, ou que tenham sido objeto de parcelamento anterior, não integralmente quitado, ainda que cancelado por falta de pagamento, assim considerados”.

errônea levada a cabo pelo Superior Tribunal de Justiça e encampada por alguns juízes.

Como o dispositivo citado prevê a extinção da punibilidade quando o agente “promover o pagamento”, o STJ entendeu, em evidente engano, que bastaria aderir ao parcelamento para que fosse extinta a punibilidade (RHC n. 11.598/SC)³⁸. Esse posicionamento contrasta com a interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal, para quem somente a quitação do débito teria o condão de extinguir a punibilidade (HC n. 77.010/RS)³⁹.

Evidente que a mera novação do débito não pode ter o condão de extinguir a punibilidade, dada a proximidade desse instituto com o arrendimento posterior. Contudo, alguns juízes, acolhendo a primeira tese, passaram a declarar a extinção da punibilidade pela adesão ao parcelamento, em que pese a clareza das normas das Leis n. 9.964/2000, n. 10.684/2003 e n. 11.941/2009 no sentido de que somente o pagamento extinguiria a punibilidade.

Diante desse tipo de decisão, a *solução* encontrada pelos tribunais foi afirmar a revogação do art. 34 da Lei n. 9.249/1995, entendimento que não comungamos⁴⁰.

Em nosso entendimento, há uma afronta direta ao princípio da isonomia. O delito que lesa a coletividade, o crime tributário, conta com

³⁸ RHC n. 11.598/SC (STJ, 3ª Seção, DJ de 2 set. 2002, p. 145): “Criminal. Recurso em *habeas corpus*. Omissão de recolhimento de contribuições previdenciárias. Parcelamento anterior à denúncia. Desnecessidade do pagamento integral. Recurso provido. I. *Uma vez deferido o parcelamento, em momento anterior ao recebimento da denúncia, verifica-se a extinção da punibilidade prevista no art. 34 da Lei n. 9.249/1995, sendo desnecessário o pagamento integral do débito para tanto*. II. Recurso provido para conceder a ordem, determinando o trancamento da ação penal movida contra os pacientes”.

³⁹ HC n. 77.010/RS (STF, 2ª Turma, rel. min. Néri da Silveira, DJ de 3 mar. 2000) Ementa: *Habeas corpus*. 2. Alegada impossibilidade de o paciente cumprir a pena no regime determinado na sentença, por não existir, na comarca, casa do albergado. 3. Questão que deve ser submetida, primeiramente, ao juiz da execução. 4. *Habeas corpus* não conhecido, nesse ponto. 5. *A simples obtenção de parcelamento administrativo não é causa de extinção da punibilidade. Benefício que só se assegura quando a dívida for integralmente satisfeita, antes do recebimento da denúncia. Lei n. 9.249/1995, art. 34*. 6. Na hipótese, o débito só foi quitado após a confirmação da sentença pelo Tribunal de Justiça. 7. *Habeas corpus* indeferido e cassada a liminar”.

⁴⁰ RSE 2004.70.01.006167-4/PR (TRF 4ª Região, 7ª Turma, rel. des. federal Maria de Fátima Freitas Labarrère) “A expressão *promover o pagamento*, constante no art. 34 da Lei n. 9.249/1995, foi interpretada de modo a abranger as hipóteses de parcelamento do débito tributário, entendendo os tribunais pátrios suficiente ao devedor quitar a primeira parcela para que tivesse extinta a punibilidade. Com o advento das Leis n. 9.964/2000 e 10.684/2003 suprimiu-se tal prerrogativa, pois a extinção da punibilidade passou a se dar apenas com o pagamento integral do débito, e não com o simples parcelamento, o qual enseja tão-só a suspensão do processo e da prescrição”.

um benefício maior do que aqueles cuja lesão se restringe à esfera individual, os delitos contra o patrimônio.

Ainda assim, superada nossa posição, se não houve revogação expressa, o caminho mais razoável é o de concluir pela vigência da norma nos termos da interpretação dada pelo STF e acolhida em alguns acórdãos do Tribunal Regional Federal da 2ª Região⁴¹.

Corroborar a ideia aqui apresentada o fato de que, se normas previstas nos programas de parcelamento (Leis n. 9.964/2000, n. 10.684/2003 e n. 11.941/2009) têm como objeto débitos específicos, estas não configuram normas de aplicação geral e irrestrita. E não poderia ser de outro modo. Imaginemos que o legislador outorgasse o parcelamento como regra geral. Em síntese, todo contribuinte já saberia ter a sua disposição duas opções diante da realização de um fato gerador, o pagamento no vencimento do tributo ou o parcelamento.

Há ainda um aspecto jurídico que reforça o caráter temporal desses parcelamentos – a existência de normas específicas de extinção de punibilidade para os delitos dos arts. 168-A (apropriação indébita previdenciária) e 337-A (sonegação de contribuição previdenciária), que perderiam totalmente a aplicação se normas de parcelamento e pagamento dos programas de recuperação fossem consideradas permanente.

Por fim, temos que a lógica econômica dá o verdadeiro sentido na interpretação apresentada. Se o empresário tem diante de si duas opções, pagar ou não pagar o tributo, e, neste segundo caso, se eventualmente o tributo vier a ser apurado e lançado, puder pagar o débito de modo parcelado, por certo que o risco, consistente nos acréscimos legais, em muitos dos casos, compensará o não pagamento do tributo.

Não é necessário aqui reforçar uma evidente quebra no princípio da isonomia fiscal. Aqueles sujeitos a uma fiscalização mais rigorosa e

⁴¹ (TRF/2, ACR 200351050013475, DJ de 13 dez. 2007) “Penal. Processo Penal. Recurso de apelação do MPF. Não recolhimento de contribuições previdenciárias. Autoria de co-réu não demonstrada. Absolvição. Adesão ao REFIS antes do recebimento da denúncia. Extinção da punibilidade. Art. 34 da Lei n. 9.249/1995. Impossibilidade. Dificuldades financeiras não comprovadas. Ônus da defesa. Inexigibilidade de conduta diversa. Inexistência. Ausência de dolo específico de se apropriar. Crime omissivo próprio. Dolo genérico. Desnecessidade do *animus rem sibi habendi*. Confissão perante autoridade previdenciária. Impossibilidade. Recurso parcialmente provido. [...] O parcelamento de débito previdenciário, para fins penais, não é equiparado ao pagamento, tampouco faz nascer uma nova obrigação, extinguindo a anterior. Não há que se falar em extinção da punibilidade quando o débito apurado ainda for objeto de parcelamento, mas sim quando houver o seu pagamento integral. Inaplicabilidade do art. 34 da Lei n. 9.249/1995. Precedentes. [...]”.

eficaz cumpririam a obrigação tributária, ao passo que outros, concorrentes no mesmo mercado, teriam a seu favor uma atuação mais negligente por parte dos agentes estatais, com nítida afetação da ordem econômica no que diz respeito à igualdade entre os concorrentes.

Ponto que está se tornando controvertido no foro é a questão sobre aquilo que se deva considerar como pagamento. A obtenção, por exemplo, pela Fazenda Pública, de uma garantia do débito configuraria pagamento? A penhora ou indicação de um bem para tanto?

A interpretação aqui, segundo entendemos, há de ser restritiva, pagamento é ato voluntário do devedor que solve a dívida.

Dúvidas não há de que pagamento deve ser integral, aqui incluídos os acessórios por expressa disposição da lei, não produzindo efeitos o pagamento parcial, ainda que por impossibilidade do agente⁴². Além disso, havendo ônus para o Fisco na tentativa de liquidar o débito em lugar de ato voluntário do devedor, a hipótese não é de pagamento, mas de execução forçada, não se beneficiando o devedor da quitação.

A lei não faz menção à extinção do crédito, mas ao pagamento.

É importante assentar este caráter de arrependimento, similar ao art. 16 do Código Penal, que toca a causa de extinção de punibilidade, posicionamento este que já restou consignado em arestos do Tribunal Regional Federal da 2ª Região⁴³.

O último ponto a ser examinado em relação ao pagamento e seus efeitos no crime tributário diz respeito a uma interpretação equivocada que tem sido levada a cabo por um setor da doutrina. Inspirado nas ideias de isonomia e proporcionalidade, um setor da doutrina tem de-

⁴² (TRF 4ª Região, 8ª Turma, rel. des. federal Luiz Fernando Wovk Penteado, Apelação criminal n. 2003.72.01.002498-7/SC) “[...] Assim, o cumprimento parcial da dívida não atrai a incidência das regras autorizadoras da extinção da punibilidade do agente ou da suspensão da pena punitiva do Estado (art. 34 da Lei n. 9.249/1995, art. 15 da Lei n. 9.964/2000 e art. 9º da Lei n. 10.684/2003), pois que ausente, entre outros requisitos, o suporte fático exigido para tanto, qual seja, pagamento integral do débito (principal e consectários) ou ingresso regular em programa de parcelamento. [...]”.

⁴³ (TRF2, 1ª Turma Especializada, HC n. 2004.02.01.012398-3/ES, rel. des. federal Abel Gomes, un., DJU de 25 ago. 2005) “[...] São requisitos da causa extintiva da punibilidade, contida no art. 34 da Lei n. 9.249/1995: a admissão, pelo agente, de que praticou um crime de cunho patrimonial e o arrependimento objetivo traduzido na restituição do status quo ante pelo pagamento. Por essa razão, não há fundamento para dotar o pronunciamento definitivo da Administração sobre o conteúdo da obrigação tributária de pressuposto para que o agente se valha, a contento, da referida causa extintiva da punibilidade, a qual pressupõe sua resignação com o fato de ter cometido um crime nos patamares do prejuízo que lhe é exigido. [...] 9. Ordem denegada”.

fendido a aplicação da causa de extinção da punibilidade dos crimes tributários a todos os delitos patrimoniais cometidos sem violência ou grave ameaça a pessoa (SCHMIDT, 2003, p. 123-125).

Essa tese possui duas vertentes na jurisprudência. Uma admite a aplicação, todavia, restringe o alcance aos chamados preços públicos, dada a proximidade desses com os tributos⁴⁴. A outra simplesmente aplica sem ressalvas a tese⁴⁵.

Contudo, em sede de extinção de punibilidade, a interpretação deve ser restritiva, sob pena de modificar-se o próprio conteúdo daquilo que foi definido pelo legislador. Não por outra razão a jurisprudência majoritária nega a aplicação da causa de extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo ao crime de descaminho, crime este muito mais próximo dos delitos tributários do que um furto, um estelionato ou uma receptação^{46 47}.

⁴⁴ 2006.059.06676. *Habeas corpus*. 1ª Ementa des. Marcus Basílio. Julgamento: 28.11.2006. Primeira Câmara Criminal. Ementa. “*Habeas corpus*. Furto de Água Tratada. Pagamento da dívida antes do recebimento da denúncia. Falta de justa causa. Inépcia da denúncia. Sendo os denunciados os responsáveis pelo estabelecimento beneficiado e pela obra lá realizada, deve a eles ser imputada a conduta ilícita de subtração de água tratada, destacando-se que o *writ* não é a via própria para se promover confronto e valoração da prova produzida no curso do inquérito policial instaurado. Certa a ocorrência da subtração e havendo indícios da autoria, a princípio, mostra-se correta a denúncia ofertada, eis que presentes os requisitos legais, inclusive a indispensável justa causa. Todavia, havendo prova de que o alegado prejuízo foi prontamente ressarcido, *impõe-se o trancamento da ação penal respectiva sob o fundamento de que a legislação penal vigente, em diversas ocasiões, dispõe que o pagamento do tributo antes do recebimento da denúncia acarreta a extinção da punibilidade, podendo tal benefício, por força do princípio constitucional da isonomia, ser estendido aos casos parecidos*. Apesar de não se tratar de tributo, tendo a natureza jurídica de preço público, o valor cobrado pela CEDAE se assemelha àquele instituto, permitindo tal interpretação extensiva em benefício dos agentes”.

⁴⁵ RHC n. 21.489/RS (STJ, 6ª Turma, DJ de 24 mar. 2008, p. 1): “Estelionato (Cód. Penal, art. 171). Denúncia (defeito/impropriedade formal). Prejuízo (pagamento). Punibilidade (extinção). 1. É defeituosa a denúncia em que se não expõem, às claras, as diversas participações no fato – estelionato. 2. Caso em que, quanto à formalidade, decidiu a Turma unanimemente. 3. *O pagamento da denominada vantagem ilícita antes do recebimento da denúncia é causa de extinção da punibilidade. Inteligência e aplicação analógica de textos como os dos arts. 34 da Lei n. 9.249/1995 e 9ª da Lei n. 10.684/2003, bem como o da Súmula n. 554/STF*. 4. Caso em que, quanto à extinção da punibilidade, o Relator ficou vencido. 5. Recurso ordinário provido em parte – imperfeição formal da denúncia –, com extensão da ordem”.

⁴⁶ HC n. 46.643/PR (STJ, 6ª Turma, DJ de 26 jun. 2006, p. 207): “[...] 3. Inaplicável crime de descaminho, o tratamento dados aos crimes contra a ordem tributária, consoante a letra do art. 34 da Lei n. 9.249/1995 que restringe expressamente sua incidência aos crimes previstos nas Leis n. 8.137/1990 e n. 4.729/1964. 4. Ordem parcialmente conhecida e, no ponto, denegada”.

⁴⁷ HC n. 94.777/RS (STF, 1ª Turma, DJe-177 divulg. em 18.9.2008, public. em 19 set. 2008) “Ementa: *Habeas corpus*. Penal e processual penal. Crime de estelionato. *Impossibilidade de aplicação analógica do art. 34 da Lei n. 9.249/1995 e da Súmula n. 554 do STF*. 1. *Inviável a pretendida aplicação analógica do art. 34 da Lei n. 9.249/1995, obstada pelos princípios da legalidade e da especialidade, sendo certo que a analogia pressupõe uma lacuna involuntária*. 2. A Súmula n. 554 do Supremo Tribunal Federal não se aplica ao crime de estelionato na sua forma fundamental: ‘Tratando-se de crime de estelionato, previsto no art. 171, *caput*, não tem aplicação a Súmula

Fica aqui uma última reflexão em torno desta tese. Se, nos crimes tributários, a punibilidade fica a depender de um resultado, será possível punir uma tentativa de furto ou de estelionato quando o delito consumado contaria com a benesse da extinção da punibilidade pela reparação do dano?

Longe de dar efetividade a determinados princípios constitucionais, a tese apresentada nega o direito como sistema. Fomenta a prática de delitos que, restando na esfera da tentativa, ficarão impunes. Como por ora sabido, se o homem é motivado por relações de custo-benefício, não há dúvidas de que o crime patrimonial, pela busca do lucro fácil, será algo que contará sempre com uma motivação natural por parte do agente, não é necessário que o sistema proporcione facilidades ainda maiores para que o delito ocorra.

Um aspecto final a ser considerado é relativo à tentativa nos crimes tributários. Como crime material, de lesão em nossa concepção, o crime tributário admitiria, doutrinariamente, a tentativa, contudo, a necessidade do lançamento (Súmula Vinculante n. 24) faz surgir um óbice intransponível. Se a tentativa é justamente o não alcance do resultado por circunstâncias alheias à vontade do agente, sendo necessário o lançamento (resultado), não há como cogitar a tentativa, pois, presente o resultado supressão ou redução de tributos, ficará consumado o delito do art. 1º.

Em suma, a jurisprudência tornou o crime tributário um delito que só é punido na presença de um resultado, como já ocorre com a participação em suicídio (CP, art. 122). Porém, é de se notar que a Súmula Vinculante n. 24 diz o seguinte: “*Não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei n. 8.137/1990, antes do lançamento definitivo do tributo*”. Indagamos: e o inciso V?

Imaginemos que um caminhão de entregas circula sem as notas fiscais da mercadoria que será entregue, porque não foram emitidas.

n. 554-STF' (HC n. 72.944/SP, relator o ministro Carlos Velloso, DJ de 8 mar. 1996). A orientação contida na Súmula n. 554 é restrita ao estelionato na modalidade de emissão de cheques sem suficiente provisão de fundo, prevista no art. 171, § 2º, VI, do Código Penal (Informativo n. 53 do STF). 3. A reparação do dano antes da denúncia é tão-somente uma causa de redução da pena, nos termos do art. 16 do Código Penal, e não uma causa de excludente de culpabilidade. 4. Não cabe acolher a prescrição da pena de multa considerando que mesmo no estelionato privilegiado (art. 171, § 1º, do CP) possível é a aplicação de pena de detenção em substituição à de reclusão ou a diminuição de um a dois terços (art. 155, § 2º, do CP). Entendendo o Juiz de aplicar a pena de multa, então, poderá no mesmo ato conhecer a prescrição. 5. *Habeas corpus* denegado. Ordem concedida de ofício para que o Juízo aprecie a impetração com base no art. 171, § 1º, do Código Penal”.

Parados por algum agente do Estado, não apresentam as notas. É possível instaurar inquérito policial tomando por base que não foi emitida a nota fiscal?

A princípio sim, o empresário incidiria na conduta de “deixar de fornecer nota fiscal”, contudo, o delito ainda não estaria consumado uma vez que não ocorreu a supressão ou redução de tributos que o tipo penal exige. Ora, qual é a diferença ontológica entre as demais condutas do art. 1º e aquela prevista no inciso V?

A princípio não há diferença, todas as condutas consubstanciam fraudes para suprimir ou reduzir tributo, daí que se o lançamento é exigido nos incisos I a IV, não há razão para não sê-lo no inciso V.

Há outros problemas que decorrem da deficiência da própria legislação e que são agravados pela orientação da Súmula Vinculante n. 14. Basta examinarmos o delito do art. 2º, I, da Lei n. 8.137/1990.

A diferença fundamental desse delito para o art. 1º é justamente a ausência do resultado. Sendo assim, a doutrina majoritária sustenta que o art. 2º, I, configura a tentativa (DELMANTO, 2006, p. 273; BALTAZAR JÚNIOR, 2009, p. 435).

Divergimos da consideração automática do art. 2º, I, como forma tentada do art. 1º. Como naquele dispositivo há menção a *eximir-se do pagamento* e neste há menção a *suprimir ou reduzir*, o objeto daquele pode alcançar algo além do que é a conduta testada do art. 1º, mesmo que se reconheça uma grande proximidade.

É dizer que, se a fraude é empregada antes do resultado supressão, fica evidente que a conduta é etapa da realização do art. 1º, sendo a própria tentativa. Porém, realizada depois, não se confunde com um delito que já se encontra consumado.

Imaginemos um empresário que preste declaração falsa à Receita Federal, após a consumação do crime do art. 1º, de que outra pessoa é a responsável pela empresa havendo, inclusive, modificação no quadro societário. A declaração é falsa e o objetivo da falsidade aqui não é suprimir ou reduzir tributos, esses já foram suprimidos ou reduzidos quando não recolhidos no tempo e modo adequados. O objetivo aqui é outro, evitar uma futura execução fiscal, isto é, frustrar o pagamento. Devemos notar que a hipótese aqui descrita pode ocorrer até mesmo nos casos onde não há crime num primeiro momento, assim, o empresário simplesmente não recolhe o tributo, mas não comete qualquer das condutas descritas no art. 1º. Trata-se, como visto, de mero inadimplemento. Porém, prestar declaração falsa ao Fisco incide no art. 2º, I.

Feitas essas considerações, há outros problemas em torno da punibilidade da tentativa.

Sendo o art. 2º, I, a forma tentada, em tese, enquanto não houvesse lançamento, não haveria o resultado, logo, o crime estaria na esfera da tentativa permitindo, até mesmo, a persecução penal por esse tipo penal⁴⁸. Destaque-se que o próprio STF deixou clara a desnecessidade do lançamento no crime do art. 2º, I⁴⁹.

Então, é possível denunciar todo sonegador cujo lançamento ainda não se efetivou pelo crime do art. 2º, I, e se tratando de hipótese de tentativa do art. 1º? A resposta é negativa, diante da presença de sucessivas normas que permitem o pagamento a qualquer tempo com efeito de extinguir a punibilidade e mesmo pela presença em nosso ordenamento do art. 34 da Lei n. 9.249/1995, que permite o pagamento antes da denúncia, soaria desproporcional que a tentativa contasse com um regime jurídico pior do que o do crime consumado.

Se não houve resultado, não há o que pagar. Há crime, mas não é possível sua punição.

⁴⁸ Apenas para que seja traçado um paralelo em crimes de tentativa de homicídio se a vítima não vem a óbito, a persecução penal se faz pela tentativa e, caso faleça no curso do processo, pode o Ministério Público, dependendo do momento processual, aditar a denúncia para incluir esse fato. A partir dali a persecução seguirá pelo homicídio consumado.

⁴⁹ (RHC n. 90.532 ED/CE, rel. min. Joaquim Barbosa, 23 set. 2009) Sonegação Fiscal e Esgotamento de Instância Administrativa. “2. O Tribunal conheceu de embargos de declaração para, emprestando-lhes efeitos modificativos, negar provimento a recurso ordinário em *habeas corpus*, de forma a permitir o prosseguimento de inquérito policial instaurado contra a paciente, acusada pela suposta prática dos crimes previstos no art. 2º, I, da Lei n. 8.137/1990 (sonegação fiscal) e no art. 203 do CP (“Frustrar, mediante fraude ou violência, direito assegurado pela legislação do trabalho”) — v. Informativo 513. Na espécie, o acórdão embargado dera parcial provimento ao recurso ordinário para trancar o inquérito policial relativamente ao crime de sonegação fiscal, aplicando o entendimento firmado pela Corte no sentido de que o prévio exaurimento da via administrativa é condição objetiva de punibilidade, não havendo se falar, antes dele, em consumação do crime material contra a Ordem Tributária, haja vista que, somente após a decisão final do procedimento administrativo fiscal é que será considerado lançado, definitivamente, o referido crédito. *Asseverou-se que tal orientação jurisprudencial seria inerente ao tipo penal descrito no art. 1º, I, da Lei n. 8.137/1990, classificado como crime material, que se consuma quando as condutas nele descritas produzem como resultado a efetiva supressão ou redução do tributo.* Observou-se que o crime de sonegação fiscal, por sua vez, é crime formal que independe da obtenção de vantagem ilícita em desfavor do Fisco, bastando a omissão de informações ou a prestação de declaração falsa, isto é, não demanda a efetiva percepção material do artil aplicado. *Daí que, no caso, em razão de o procedimento investigatório ter por objetivo a apuração do possível crime do art. 2º, I, da Lei n. 8.137/1990, a decisão definitiva no processo administrativo seria desnecessária para a configuração da justa causa imprescindível à persecução penal.*”

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Sérgio Luiz de Souza. Aspectos do discurso jurídico-penal (material e formal) e sua ilegitimidade. In: *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, Senado Federal, ano 29, n. 118, abr./jun. 1993, p. 293.

_____. *Direito penal econômico e lavagem de dinheiro*. Aspectos criminológicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Crimes federais*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

CALLEGARI, André Luis. *Direito penal econômico e lavagem de dinheiro*. Aspectos Criminológicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

DELMANTO, Roberto et. al. *Leis penais especiais comentadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

EISELE, Andreas. *Crimes contra a ordem tributária*. São Paulo: Dialética, 1998.

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

LOVATTO, Alécio Adão. *Crimes tributários*. 2. ed. Aspectos criminais e processuais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

RODRIGUES, ANABELA MIRANDA. Contributo para a fundamentação de um discurso punitivo em matéria penal fiscal. In: PODVAL, Roberto. (Org.). *Temas de direito penal econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do direito penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SCHMIDT, Andrei Zenker. *Exclusão da punibilidade em crimes de sonegação fiscal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

SILVA, Germano Marques da. *Direito penal tributário*. Sobre as responsabilidades das sociedades e dos seus administradores conexas com o crime tributário. Lisboa: Universidade Católica, 2009.

STOCO, Rui. Crimes contra a ordem tributária: supressão ou redução de mais de um tributo mediante conduta única. In: PODVAL, Roberto. (Org.). *Temas de direito penal econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.



A RESPONSABILIDADE PENAL DOS DIRIGENTES NOS DELITOS EMPRESARIAIS

RODRIGO DE GRANDIS

Alguns dizem que o Direito Penal Econômico corresponde à criminalidade moderna. Diante disso, a análise da presente exposição girará em torno da responsabilidade penal dos delitos dos dirigentes empresariais. É importante estabelecer uma nota preliminar: não se pretende aprofundar o tema em todas as suas possíveis vertentes, mas tão somente estabelecer alguns pontos de discussão que podem ensejar controvérsias.

Esclarece-se, ainda, que a presente reflexão destina-se à análise, mesmo breve, dos critérios dogmáticos, por intermédio dos quais será possível estabelecer a imputação penal no âmbito das sociedades empresárias, em especial daquelas sociedades empresariais consideradas complexas. Isso porque, no âmbito de sociedades mais rudimentares, particularmente naquelas de caráter familiar, o problema de imputação penal não se impõe.

Há exemplos de crimes que são praticados por intermédio de pessoas jurídicas que possuem um ou dois administradores e em que fica mais fácil ao Ministério Público imputar a responsabilidade a essas pessoas. É o que ocorre no crime do art. 168-A do Código Penal (*apropriação de contribuição previdenciária*). O membro do MPF, de posse do contrato social, percebe que a empresa, por intermédio da qual aquele

crime foi praticado, possui dois sócios: um homem com 99% das cotas e sua esposa com 1%. Essa informação já indica que o homem é o gestor da empresa. A responsabilidade deve recair sobre aquele que de fato administra a pessoa jurídica.

Aqui reside a grande questão: quais são os critérios dogmáticos que o Direito Penal apresenta para que, de forma responsável, seja possível estabelecer a responsabilidade dentro das sociedades empresárias qualificadas como complexas?

Como visto acima, nas sociedades mais simples (familiares), essa questão não existe ou existe muito pouco, uma vez que não há o que se denomina *pulverização das atividades*, isto é, o poder de estabelecer o que deverá ser feito pela sociedade, o poder de executar as atividades da sociedade, bem como o poder de decisão se concentram na mão de uma ou de pouquíssimas pessoas.

A questão que deve ser enfrentada diz respeito às atividades de natureza delituosa que são praticadas no âmbito das *sociedades complexas*. O problema encontra-se na imputação penal, tanto no aspecto objetivo quanto no subjetivo, nas estruturas empresariais altamente complexas, como sucede com as instituições financeiras e as grandes companhias, como aquelas de capital aberto. São pessoas jurídicas cujo poder de decisão está altamente pulverizado no âmbito dos seus vários órgãos. Essas empresas caracterizam-se pela divisão do trabalho e pela dinâmica delegação e coordenação de funções.

O problema dogmático que se impõe é estabelecer de quem é a responsabilidade penal; sobre quem deve recair a responsabilidade por um ilícito praticado por meio dessa pessoa jurídica.

A propósito, é imperioso observar que o ordenamento jurídico brasileiro e o estrangeiro não contemplam, pelo menos de forma expressa, ferramentas jurídicas hábeis para resolver os problemas de imputação penal dos fatos de responsabilidade penal praticados pela sociedade empresária complexa.

Os instrumentos existentes são dispositivos que dizem respeito às hipóteses de concurso de pessoas, como, por exemplo, aqueles contidos nos arts. 29 (autoria, coautoria e participação) e 13, § 2º (relevância da omissão), ambos do Código Penal. Ressalte-se que pouco se tem observado quanto a denúncias embasadas neste último dispositivo, ou seja, a imputação da responsabilidade penal do empresário pela omissão – por ter assumido a posição de *garante*. Embora tenha existido dever jurídico de agir, o empresário não agiu quando poderia, recaindo, pois, sobre ele a carga da reprovabilidade penal.

Vê-se, assim, que o ordenamento jurídico brasileiro apresenta de forma carente essas ferramentas jurídicas, e cumpre ressaltar, de acordo com a orientação da doutrina, que são instrumentos insuficientes para resolver todos os problemas jurídicos pertinentes à imputação objetiva e subjetiva.

A questão adquire ainda maior importância quando se tem a ideia clara de serem aquelas sociedades empresárias criadas e organizadas para servir a propósitos, muitas vezes, ilícitos. Evidentemente, não raro se constata, empiricamente, que pessoas jurídicas têm servido como instrumento na prática delituosa. Isso ocorre muito nos casos de lavagem de dinheiro: uma instituição financeira, que não fora criada originariamente para a prática do delito, vem a ser utilizada no curso da consecução do fato criminoso para estabelecer a ocultação ou dissimulação dos fatos praticados. Agora, não se pode esquecer que algumas pessoas jurídicas são criadas única e exclusivamente com a finalidade de praticar delitos ou de proporcionar, por suas atividades, às pessoas físicas por detrás dessa pessoa jurídica a realização de condutas criminosas. É preciso, portanto, estabelecer a adequada imputação penal.

A doutrina tem proclamado uma dicotomia de tratamento entre o crime praticado pelas organizações criminosas e o praticado no âmbito das empresas de natureza complexa.

Assim, organização criminosa não se confunde com crime praticado por intermédio de empresas, embora, em alguns casos, isso ocorra, como aconteceu com o PCC em São Paulo, em que as pessoas jurídicas se confundiam com as organizações criminosas. Estas contemplavam na sua atividade as pessoas jurídicas destinadas à prática de delito.

Um movimento que ultrapassa as fronteiras do Direito Penal quis desenvolver novos critérios de imputação penal das condutas perpetradas no contexto das estruturas organizacionais complexas. Está-se diante de uma criminalidade moderna de uma *sociedade de risco*, ou seja, de uma sociedade que evoluiu no que tange aos seus avanços tecnológicos, os quais proporcionaram riscos que não eram contemplados no passado, isto é, que não existiam no Direito Penal clássico. Têm-se agora bens jurídicos de natureza coletiva, transindividual, que não pertencem a pessoas determinadas. Isso torna mais difícil não só a imputação penal, mas a própria punição desses fatos.

Para exemplificar, basta citar os crimes no âmbito do meio ambiente ou os crimes no âmbito do Direito do Consumidor. Como se pode imputar responsabilidade penal a alguém que, na qualidade de condutor de um veículo de uma grande empresa petrolífera, despeja produ-

tos tóxicos num rio? Quem é o responsável por esse fato? O motorista do caminhão? E o presidente daquela empresa? E os membros do seu conselho de administração? De que maneira dever-se-á atuar? Não pareceria injusto que somente aquele que realizou o despejo venha a responder pela prática do crime? Como responsabilizar aquele que está no ápice da pirâmide empresarial? Como o Direito Penal – e esse é o objeto da presente discussão – pode responsabilizar aqueles que comandam a hipotética empresa petrolífera?

Sobre essas indagações, Bernardo Feijoo afirma que não se tem dado tratamento adequado à característica central das sociedades modernas, como ocorre com a organização empresarial, que é a repartição de funções e a distribuição de tarefas dentro da própria empresa. Nesse âmbito, não mais se encontra um autor que toma de forma exclusiva a decisão de realizar um crime com conhecimento do alcance de sua decisão e que executa a dita decisão¹. Isso significa que, no âmbito empresarial, as decisões são tomadas de forma pulverizada: uma pessoa ou um grupo de pessoas decide o que fazer; um intermediário repassa a informação; no final dessa cadeia, uma pessoa física executa a conduta criminosa propriamente dita. Esse é o aspecto que Feijoo Sánchez resalta. Prossegue ele:

ao contrário, dentro das empresas de pessoas jurídicas que são potencialmente perigosas para os bens jurídicos existe uma atomização ou uma fragmentação dos movimentos corporais, ou seja, decisões sobre políticas gerais, decisões sobre fatos concretos, conhecimentos sobre os riscos e a transmissão das informações por parte das empresas sobre os efeitos prejudiciais².

Não se pode dizer – e esse é o grande obstáculo no âmbito da imputação penal – que foi tal pessoa que decidiu efetivamente praticar o crime, quis praticá-lo e o fez. No âmbito das *sociedades empresariais complexas*, não é possível estabelecer com precisão esse tipo de afirmação. Então, alcançando um grau de complexidade, já não dá para encontrar uma pessoa ou um grupo de pessoas em que possam incidir, em primeiro lugar, a criação do risco, o incremento de um risco existente ou a participação desse risco, com a consciência dos perigos envolvidos nessa conduta, nem que alguém disponha de informação generalizada sobre a natureza da atividade empresarial. Existe, portanto, um inegável desmembramento entre as atividades de direção da empresa, de detenção da informação sobre

¹ FEJOO SÁNCHEZ, Bernardo. *Derecho penal de la empresa e imputación objetiva*. Madrid: Reus, 2007, p. 123.

² Idem, p. 129.

os riscos das atividades desempenhadas pela empresa e, finalmente, da execução do fato que vem a se constituir no delito.

Essa questão torna-se mais tormentosa quando se detecta que um fato criminoso, uma vez dividido na sua estrutura, revela ter sido resultado de uma série de ações praticadas por várias pessoas sem que cada conduta individualmente tomada possa ser considerada delituosa. Imagine-se, assim, um crime contra o Sistema Financeiro Nacional, desmembrado na sua estrutura ontológica (nas suas atividades individualmente consideradas), em que se conclua que cada atividade desempenhada ajudou na sua consumação, mas que, observadas de maneira isolada, tais atividades não se encontram descritas em qualquer tipo penal. A rigor, o resultado criminoso nada mais é que a soma desse conjunto de atividades. Isso é de extrema complexidade no âmbito da imputação penal.

A propósito, Bernd Schünemann diz que, no âmbito dessas sociedades empresariais complexas, existiria uma descentralização do conhecimento para tratar dos fluxos de informação e comunicação da segmentação de informação dentro dessas grandes empresas.

Atente-se que não se está a tratar da responsabilidade penal da pessoa jurídica. Está-se tratando dos fatos praticados no âmbito das pessoas jurídicas. Entre nós, a pessoa jurídica responde, de acordo com o ordenamento jurídico brasileiro, tão somente pela prática de crimes ambientais. A jurisprudência tem discutido de que maneira pode ocorrer a responsabilização da pessoa jurídica. Ora se decide que a pessoa jurídica pode ser responsabilizada isoladamente, ora se decide que uma pessoa física necessariamente deve compor a ação penal em conjunto com a pessoa jurídica. Como se pode responsabilizar penalmente a pessoa jurídica sob o ponto de vista processual penal? Quem será interrogado? São problemas que surgiram recentemente. O fato é que não é esse o tema a ser tratado no momento, mas sim os delitos praticados por intermédio das pessoas jurídicas.

Nesse contexto, não se deve confundir, de acordo com os ensinamentos de Schünemann, aquilo que se denomina criminalidade de empresa e criminalidade na empresa. A primeira diz respeito aos fatos criminosos praticados no interesse da empresa como sujeito que participa do sistema econômico; a segunda significa tão somente os crimes que são praticados no interior da empresa por alguns de seus órgãos, uns contra os outros ou deles contra a própria pessoa jurídica. O que interessa aqui é estabelecer a *criminalidade na empresa*.

A doutrina penal, em especial a alemã, contempla alguns métodos de imputação penal. O primeiro critério é o da responsabilização penal

dos sujeitos que atuam em último lugar. A ideia é que a responsabilização penal deve recair sobre aquela pessoa física que executa o fato material, ou seja, que dá origem ao crime. Recairia, no exemplo acima, no funcionário da empresa de petróleo que despejou material tóxico no leito do rio. De acordo com esse primeiro critério, a imputação incide sobre a pessoa que executa o fato material. Não se discute mais a responsabilidade penal de qualquer outro.

Evidentemente, esse critério merece crítica porque, em primeiro lugar, é injusto, pois, por via de regra, os mais importantes se safam da ação penal e aqueles que se encontram na parte mais baixa da cadeia de funções serão os únicos responsabilizados. Ademais, cuida-se de critério imperfeito, isto é, além de ser injusto, é imoral. No âmbito das atividades empresariais, o amplo domínio está nas mãos das pessoas que comandam a pessoa jurídica, vale dizer, daquelas que efetivamente possuem em suas mãos o poder de gestão da instituição financeira, nos casos dos crimes econômicos, ou nas pessoas jurídicas consideradas genericamente.

Sob o aspecto axiológico, a responsabilização penal deve recair sobre as pessoas que estão no topo das sociedades empresariais complexas. A Lei n. 7.492/1986 esteve atenta a esta realidade, ainda que de forma involuntária. O art. 25 da referida lei estabelece a responsabilização penal dos administradores e controladores das instituições financeiras, assim considerados os diretores e dirigentes. Isso não significa que todo e qualquer crime da Lei n. 7.492 só possa ser praticado pelas pessoas nominadas no seu art. 25, mas significa que em todos os casos em que se exigir um poder de comando, um poder de gestão, de um fato praticado no âmbito de uma instituição financeira (como acontece no crime gestão fraudulenta de instituição financeira ou no crime de operar instituição financeira sem autorização legal), a responsabilização penal deve recair sobre o topo, vale dizer sobre o administrador e o controlador das instituições financeiras, assim considerados, como dito, os diretores e gerentes.

Além da crítica que se faz costumeiramente àquele primeiro critério, doutrinadores têm assinalado que, nesses casos de imputação penal, mais do que um problema que tange à ausência de dolo – o que poderia, eventualmente, ser acrescentado naquele exemplo do sujeito que despeja substância tóxica no rio –, é indagar se ele tem consciência de que aquilo pode gerar dano ao meio ambiente. Muitas vezes não. Então, por ele não ter conhecimento, é absolvido por ausência de dolo.

A preocupação é com as situações de imputação de natureza subjetiva. A grande complexidade é estabelecer o dolo. Como encontrá-lo no

caso concreto? O réu dificilmente chegará e confessará sua intenção. Do ponto de vista penal, a imputação subjetiva é de extrema complexidade, mormente nos delitos praticados no âmbito das sociedades empresárias. É por isso que vem em nosso auxílio a teoria da imputação objetiva. Ela resolve de maneira constitucional alguns dos problemas, não todos, a respeito dos crimes praticados no âmbito das sociedades empresárias. O problema não é ausência de dolo ou de causa de justificação, ou de inexistência de conduta diversa. O problema é de falta de tipicidade de conduta subjetiva. A contribuição do agente para a realização do fato no âmbito das organizações empresariais é irrelevante, isto é, ela funciona como mera engrenagem que pode abarcar a substituição de uma pessoa por outra. Não se pode responsabilizar penalmente aquele que se encontra no ponto mais baixo da cadeia empresarial, porque ele pode ser substituído por outro. Se o motorista que dirige o caminhão se recusar a despejar o produto tóxico, será trocado por outro que aceite fazê-lo. O problema não é o elemento subjetivo. Isso não deve ser discutido. Em primeiro lugar, deve-se estabelecer a imputação de caráter objetivo, aplicando-se as regras da imputação objetiva: criação de um risco ou seu incremento e desaprovação desse risco pelo ordenamento jurídico. Para sintetizar, hoje se tem a concepção de que a responsabilidade deve recair sobre aqueles que estão no topo.

Outro critério que pode ser estabelecido em relação à imputação penal é aquilo que se denomina hoje *autoria mediata por meio dos aparatos organizados de poder*. Roxin, um dos maiores penalistas do mundo, possui uma obra sobre autoria mediata. Ele diz que a autoria mediata, isto é, a autoria em que o sujeito responde como autor, mas sem ter, na verdade, praticado o fato material, sem ter executado o núcleo verbal do tipo, pode ocorrer de três formas: I) por meio da coação do executor, isto é, aquele que coage outro a realizar a conduta (aquele que executou a conduta é o autor imediato, aquele que coagiu para a realização da conduta é o autor mediato); II) o autor mediato engana por meio de uma simulação, de uma fraude, o autor imediato; III) ordens por meio de um aparato organizado de poder, de uma estrutura organizada de poder que garanta a execução do comando, ainda que não exista coação ou engano com relação ao autor imediato da conduta, isso porque existe um aparato organizado de poder que proporciona por si só a execução do delito.

A criação teórica de Roxin tem as seguintes características: o denominado aparato de poder funciona de forma autônoma, como se fosse uma verdadeira máquina; o homem por detrás (*autor de escrivania*) – o sujeito não comete o crime sob o ponto de vista material, mas determina a prática do crime estabelecendo uma estrutura que propor-

ciona a prática delituosa e comete o crime dentro do escritório dele), frequentemente, nem conhece a pessoa que executa o fato material. Veja como isso é importante no que diz respeito ao concurso de pessoas. Assim, conforme Roxin, é considerado como autor mediato todo aquele que tem em suas mãos a alavanca do controle do aparato de poder, independentemente do grau hierárquico, e que, por uma instrução, pode dar origem a fatos penais para os quais não importa a individualidade do executante, ou seja, quem praticou o fato material que venha a se constituir um delito ao final é desimportante. O importante é que lá, no início da cadeia empresarial, há alguém que detém o comando desse aparato organizado de poder. A última característica do aparato organizado de poder é a fungibilidade ou substitutibilidade ilimitada do autor imediato. Como foi mencionado no exemplo do funcionário que despeja substância tóxica no rio, existe uma fungibilidade tal que esse sujeito não pode ser considerado autor, visto que, se ele se recusar a cumprir uma ordem, qualquer outra pessoa no lugar dele faria a mesma coisa. Por que “qualquer pessoa”? Porque o aparato organizado de poder funciona dessa forma.

Quando Roxin estabeleceu a teoria dos aparatos organizados de poder, o fez tendo em vista duas realidades diferentes. A primeira concerne aos crimes praticados pelo Estado na vigência dos regimes de exceção, como, por exemplo, aqueles praticados na vigência do regime militar, em que a responsabilidade penal dos homicídios recairia sobre os chefes militares e não exclusivamente sobre os autores que executaram o fato. Claus Roxin sustenta que, no âmbito estatal, aquele que está acima na cadeia de comando detém um aparato de poder em suas mãos, ou seja, determina a morte dos subversivos. Ele não sabe quem são nem quem vai matar. Se o soldado, no final da cadeia, disser que não vai matar ninguém, não importa, sai ele e entra outra pessoa que vai executar a ordem. Essa fungibilidade caracteriza o aparato organizado de poder. A segunda realidade compreende os crimes praticados no âmbito das organizações criminosas, tendo em vista que, de acordo com o pensamento de Roxin, elas funcionariam também como um aparato organizado de poder. A propósito, temos em São Paulo uma organização criminosa notória, vale dizer, o *Primeiro Comando da Capital*, que possui até estatuto, o que nos dá a ideia muito clara de que é uma organização criminosa. A teoria dos aparatos organizados de poder aplica-se também a essas organizações. Os crimes praticados no âmbito de tais organizações são imputados aos seus chefes, independentemente do fato de esses chefes conhecerem ou não quem está executando o delito. Marcola, chefe do PCC, foi responsabilizado recentemente no tribunal do júri por crime de homicídio, porque, naquilo que se denominou *salve*

geral, ele disse: “Eu quero que vocês aterrorizem a cidade de São Paulo”. A cidade efetivamente parou.

Na ocasião, alguém jogou uma bomba no Ministério Público do Estado de São Paulo; outro matou um bombeiro; outro, um policial militar etc. O chefe do PCC não determinou de forma específica o que fazer. Ele só disse para seus subordinados: “aterrorizarem São Paulo”. E por conta de uma das mortes praticadas, um dos homicídios praticados, Marcola foi submetido a júri e condenado. Embora o promotor responsável não tenha falado da teoria do aparato organizado de poder, houve, nesse caso, uma aplicação concreta da teoria do Roxin. Isso porque o Marcola, sob o ponto de vista subjetivo, não tinha a intenção de matar pessoa determinada. Se fossem aplicados os critérios tradicionais de imputação penal, ele não poderia ser responsabilizado. Pelo critério da *conditio sine qua non*, ele realizou o ato material para a prática do resultado? Não, ele não atirou em ninguém. Assim, não poderia ser responsabilizado. Ele também não teve dolo de realizar determinada conduta criminosa. Então, pelos critérios tradicionais de imputação penal, ele não poderia ser responsabilizado, mas, pela teoria dos aparatos organizados de poder, ele o foi efetivamente.

Qual é o problema da teoria dos aparatos organizados de poder? O tribunal alemão, que equivaleria ao Superior Tribunal de Justiça, aplicou essa teoria aos crimes praticados no âmbito das empresas, vale dizer, aos delitos empresariais. A teoria daquele tribunal foi a seguinte: assim como acontece nas organizações criminosas, bem como nos crimes praticados pelo Estado no regime de exceção, a sociedade empresária também pode funcionar como um aparato organizado de poder, e, portanto, o seu dirigente pode responder penalmente pelo fato praticado no âmbito de sua atividade empresária. Isso foi decidido pelo Judiciário alemão. Em face daquela decisão, a doutrina teceu críticas, a começar pelo próprio Roxin. Esse autor sustentou, de forma muito clara, que seria impossível aplicar, na perspectiva dele e de outros autores, a teoria dos aparatos organizados de poder em relação aos crimes praticados no âmbito das sociedades empresárias. Isso porque Roxin parte do seguinte princípio: o que deve ser considerado no aparato organizado de poder é o fato de que o Estado, assim como as organizações criminosas, quando pratica a conduta na vigência de um quadro político de exceção, age à margem do *sistema jurídico legal*, isto é, age ilegalmente. Para Roxin, o problema dos crimes praticados no âmbito das empresas é que as verdadeiras empresas atuam nos limites da lei, não havendo, para elas, uma dissociação do Direito. E a ausência dessa dissociação para com o ordenamento jurídico implicaria a impossibilidade de se aplicar a teoria dos aparatos organizados de poder. Reitere-se, pois, que a tese adotada por

aquele tribunal alemão foi rechaçada não só por Roxin, como também por outros autores, sendo certo que, dogmaticamente, esse é ainda o entendimento majoritário.

O Projeto de um *Corpus Juris* para a Comunidade Europeia, isto é, aquilo que se projeta como uma espécie de *Código Penal* da Comunidade Europeia, prevê, no seu art. 13, um critério de responsabilização penal que poderia servir de aplicação para o Brasil, no futuro, em ordem a estabelecer a responsabilidade penal dos diretores das empresas. O art. 13 daquele projeto determina que:

O crime que uma pessoa comete por conta da empresa, submetendo-se essa pessoa à autoridade do administrador ou de outro com poder de decisão ou controle, faz com que esse indivíduo hierarquicamente superior seja também penalmente responsável quando possui conhecimento do cometimento do crime, tendo instrução para a sua realização ou ainda deixou acontecer o crime ou omitiu as medidas necessárias de controle.

Na verdade, o *Corpus Juris*, no citado dispositivo, projeta, de forma bem clara, a responsabilização penal do empresário em razão de uma conduta omissiva, ou seja, quando ele deveria agir e não agiu, quando ele, conhecendo os riscos da atividade empresarial (conhecendo a sua potencialidade), não executou as atividades necessárias para obstar a prática concreta do dano. Ele responderia por omissão.

O Direito Penal brasileiro poderia estabelecer uma responsabilidade penal por omissão? Na minha perspectiva, sim, com base no art. 13, § 2º, do Código Penal. Nós, como operadores do Direito, devemos observar um pouco melhor o referido dispositivo para estabelecer a responsabilização penal dos dirigentes no âmbito dos delitos empresariais, seja por um critério de comando da instituição financeira como um todo (mas seria necessário o elemento subjetivo, pois a nossa responsabilização penal é subjetiva), seja, principalmente, pela quebra de deveres jurídicos ou pela ausência de atividades em relação ao empresário quando, em determinados casos concretos, seria necessária a sua realização para impedir o resultado.

O BEM JURÍDICO-PENAL TRIBUTÁRIO

E A LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO SISTEMA PUNITIVO EM MATÉRIA FISCAL

SAVIO GUIMARÃES RODRIGUES

1 Introdução

O presente artigo pretende questionar o atual sistema punitivo brasileiro em matéria fiscal e contribuir para a necessária revisão da política criminal que vem sendo implantada, repleta que está de confusões e incoerências. De um lado, a doutrina passa ao largo de um consenso sobre o que, afinal, se pretende proteger com os tipos penais tributários [patrimônio público (ANDRADE FILHO, 2009); ingressos fiscais (SOUSA, 2006); ordem tributária; arrecadação (SALOMÃO, 2001); processo de arrecadação e distribuição de receitas (DIAS, 2006, p. 113); confiança fiscal (ANDRADE, 2009, p. 255) a função do tributo (MONTE, 2007) etc.], de outro, a legislação vigente estabelece uma rede de institutos que parecem utilizar o Direito Penal como mais um meio arrecadatório para o Estado, o que, a nosso ver, não encontra respaldo constitucional.

Pensamos que parte da solução dessa contenda pode estar numa consideração um pouco mais técnica da teoria do bem jurídico. Isso porque, muito embora seja amplamente aceita na doutrina nacional a ideia de que a um Direito Penal, inserido num moderno Estado de Di-

reito, que se pretende democrático e social, só caiba a tutela subsidiária de bens jurídicos imprescindíveis ao pleno desenvolvimento da personalidade dos homens, fato é que a legislação penal em matéria tributária permanece buscando objetivos não claramente expostos, e a doutrina interpretando os bens tutelados a partir do trabalho do legislador.

Como se vê, a desvirtuação dos parâmetros básicos da referida teoria importa na desconsideração das maiores vantagens que esta nos pode proporcionar: um verdadeiro controle constitucional sobre as leis penais (ROXIN, 2009, p. 20).

Assim, se torna necessário esclarecer o bem jurídico efetivamente tutelado nos crimes contra a ordem tributária, não com base nas leis vigentes, mas com base na apreciação constitucional de uma realidade social anterior, externa ao ordenamento, para só então utilizá-lo como elemento crítico capaz de avaliar as opções assumidas pelo legislador nacional em termos de necessidade, subsidiariedade e proporcionalidade. Somente a partir da delimitação do que é e do que não é legítimo em matéria penal tributária é que se poderá construir um sistema punitivo orientado, identificando-se principalmente as condutas puníveis que atinjam de fato o bem tutelado, a estrutura típica mais adequada e a ofensa penalmente relevante.

2 Bem jurídico-penal e bem jurídico-penal tributário

Antes de tentar estabelecer a compreensão acerca do bem jurídico tributário, é imprescindível tornar claro qual o conceito de bem jurídico, entre os inúmeros existentes, reputa-se mais adequado a um Estado Social e Democrático de Direito.

Sob a rubrica constitucionalista, reúnem-se as teorias mais modernas acerca do bem jurídico-penal que, sejam atreladas a um escopo político-criminal, sejam comprometidas com uma visão estritamente liberal de limitação do *jus puniendi* do Estado, respaldam o seu conceito no conjunto de princípios e valores constitucionais com o intuito de impor parâmetros restritivos ao legislador ordinário.

Para Roxin (2008, p. 35), os bens jurídicos seriam “todos os dados que são pressupostos de um convívio pacífico entre os homens, fundado na liberdade e na igualdade”. Entende o autor que os bens jurídicos seriam dados da realidade, não perdendo, portanto, seu fundamento empírico, sendo os aludidos dados úteis não apenas ao ser humano ou ao seu livre desenvolvimento, como pode parecer em princípio, mas

também ao funcionamento do próprio sistema normativo, desde que orientado aos objetivos constitucionais e desprovido de outros meios eficientes de proteção.

Seja como for, e isso é o que mais importa, os bens penalmente relevantes deveriam ser extraídos do texto constitucional, como representante da escolha democrática (SCHÜNEMANN, 2007, p. 197) de dados reais fundamentais ou, ainda, da própria construção dos sistemas inerentes aos objetivos estatais referidos aos direitos fundamentais (inclusive sociais, acrescentamos) dos cidadãos (ROXIN, 2009, p. 17-20).

Em Portugal, destaca-se o magistério de Figueiredo Dias (2007, p. 114, e 1999, p. 63), ao qual aderimos, que prevê ser possível definir o bem jurídico como “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”.

Por certo, os bens jurídicos dignos de tutela penal, embora contidos no sistema social, exigem um reflexo no conjunto de valores e princípios constitucionais expressa ou implicitamente ligados aos direitos e deveres fundamentais e à ordenação econômica, social e política (por isso se dizer, como o faz Roxin, que preexistem à lei penal, mas não à Constituição).

Estamos, portanto, com Roxin e Figueiredo Dias quando acreditam na teoria do bem jurídico como servil a uma real e fundamentada limitação do poder punitivo do Estado, ao mesmo tempo em que permite a configuração de um conteúdo material do ilícito.

O Direito Penal como instrumento estatal deve comungar dos mesmos objetivos impostos ao Estado pela Constituição, entre eles o de permitir a convivência pacífica entre os homens. Para isso, e tendo em vista a gravidade das sanções que impõe, só pode agir como *ultima ratio* na proteção de bens jurídicos fundamentais em face de ataques graves a eles infligidos pelos indivíduos.

Nem mesmo após a recepção de tais bens na Carta Política do Estado, não há que se falar em imposição criminalizante. Em última instância, a tipificação carecerá sempre da decisão ponderada e fundamentada dos legisladores ordinários, tendo em vista as circunstâncias históricas e sociais do momento que demonstrarão a necessidade de pena.

As etapas descritas acima compõem, sucintamente, o que entendemos ser o processo adequado de seleção de bens jurídico-penais¹ capaz de prestar legitimidade a uma tipificação. Assim, o tipo incriminador ao qual falte a referência a um bem jurídico, ou se faltar a este a necessária relevância penal, não se coaduna com a ordem constitucional e não pode ter aplicabilidade.

No âmbito específico das incriminações fiscais, por sua vez, a definição do conteúdo material das normas penais é ainda mais difícil, principalmente quando se leva em conta o dissenso generalizado entre os juristas especializados acerca do tema e a carência (ou mesmo ausência) de sistematização das legislações vigentes, havendo mesmo quem fale em absoluta ausência de bem jurídico defendido².

Em todo o caso, porém, é possível identificar duas tendências principais na doutrina, quais sejam, uma de índole predominantemente patrimonialista, que indica a ofensa ao patrimônio público, e outra que recorre a critérios funcionalistas, buscando argumentos sistêmicos mais abrangentes que a receita fiscal.

2.1 As correntes patrimonialistas

Inicialmente, remontando-se ao surgimento da disciplina penal das questões tributárias, prevalecia na doutrina uma noção patrimonialista pura do bem jurídico tutelado. De fato, era comum se aceitar o mero interesse do Fisco na obtenção de receitas como a verdadeira função a ser protegida.

Entre os pensadores pátrios, essa era a visão de Pimentel (1973, p. 17-18). O professor paulista caracterizava o Direito Penal Tributário, primordialmente, pela sua finalidade de defesa dos interesses do Estado, ligados à arrecadação dos tributos, quando afetados gravemente³. Em última análise, tratar-se-ia de uma disciplina inserida na realidade financeira, haja vista que competiria a esta a proteção da política financeira do Estado, relativamente às receitas e despesas públicas e também ao orçamento.

¹ Sobre o tema, TAVARES, 1992, p. 76.

² Goldschmidt, Wolf e Eduardo Correia, como observado por Manuel da Costa Andrade (2009, p. 399), já concebiam os delitos econômicos em geral como *delicta mere prohibita*, carentes de reprovação ética e de um bem jurídico específico, tratando-se de matéria afeta ao Direito Administrativo.

³ Note-se que o autor distingue expressamente o Direito Penal Econômico do Direito Penal Financeiro, inserindo as infrações tributárias neste último.

Muito embora tal entendimento esteja hoje, em linhas gerais, ultrapassado, ainda é possível identificar defensores. Por essa linha de pensamento parece trilhar, por exemplo, Andrade Filho (2009, p. 75) ao identificar a ordem tributária lesada com o direito do Estado de instituir e cobrar tributos e até mesmo com o próprio crédito tributário.

Todavia, pertinente é a ressalva de Aires de Sousa (2006, p. 278) de que uma posição puramente patrimonialista da relação tributária implica atribuir a ela uma natureza privada, quase contratualista, pela qual o Estado seria o credor e como tal deveria ser protegido. Note-se, inclusive, o despropósito em se proteger este credor por meio da ameaça de pena, além de todos os institutos e privilégios de natureza tributária e processual civil que possui.

Atualmente, os doutrinadores que valorizam o caráter patrimonial das infrações fiscais atentam para os princípios gerais que regem o sistema tributário de uma nação, notadamente o da justiça fiscal (estruturado com base em imperativos de isonomia, capacidade contributiva e de redistribuição de renda). Não se trataria, portanto, de lesão a um mero patrimônio individualmente considerado, mas de interesses patrimoniais transindividuais estritamente relacionados com as funções econômicas e sociais do Estado.

Assim advoga, por exemplo, Hefendehl (2007, p. 195-196), quando considera o bem jurídico protegido nos delitos fiscais o interesse público no recebimento completo e tempestivo de cada imposto, de modo a viabilizar o cumprimento das tarefas estatais⁴.

Mais recentemente, após a apresentação das principais opiniões sobre o assunto, Aires de Sousa (2006, p. 288-301) acompanha a noção de tutela do patrimônio fiscal estatal em sua vertente positiva, ou seja, o conjunto das receitas fiscais a que o Estado faz jus. Seguindo esse raciocínio, o bem jurídico tutelado seria indubitavelmente coletivo, na medida em que pertenceria a toda população que, por meio do Estado, se compromete a realizar os objetivos sociais e econômicos reconhecidos como fundamentais.

⁴ Salienta ainda o autor que não se trataria dos famigerados delitos de acumulação, mas sim dos tradicionais delitos de lesão. Cada conduta típica em si considerada seria capaz de reduzir de imediato a arrecadação correta, não se exigindo para os efeitos de uma mínima lesividade a absoluta aniquilação do bem jurídico.

2.2 As correntes funcionalistas

As correntes funcionalistas que pretendem definir o objeto lesado nos crimes tributários, embora bastante heterogêneas entre si, apresentam um argumento em comum que as vincula, autorizando sua reunião para fins analíticos. Todas as teorias reunidas sob a rubrica de funcionalistas se assentam no repúdio à noção de lesão ao patrimônio, recorrendo à intensa conexão entre a tutela penal e os escopos reconhecidos aos tributos num Estado de Direito.

Uma primeira teoria entende ser o bem jurídico tutelado, nos delitos sob exame, a função tributária, concebida como a gestão de receitas fiscais. O interesse público, no caso, não seria apenas o de obter receitas e sim o de garantir essa finalidade de acordo com as regras e os princípios vetores do sistema tributário. É dizer: garantir a aplicação esmerada das normas tributárias (SOUSA, 2006, p. 268-270).

Fácil perceber, entretanto, que tal noção se aproxima de um Direito Penal voltado à garantia da vigência das normas, o que fatalmente prejudicaria a necessária concretização do bem jurídico penal.

Outro grupo de teóricos procura no poder tributário do Estado o verdadeiro interesse público de relevância penal. Bastaria, para uma criminalização, a justificativa (não muito convincente, é verdade) de violação ao poder tributário, vertente econômica do poder político conferido ao Estado pela Constituição. Confrontar-se-ia com a conduta delituosa a faculdade pública de instituir e regulamentar prestações compulsórias a serem adquiridas na economia privada.

Numa visão próxima, alguns penalistas chegam a encampar as ideias de lesão a deveres de colaboração e transparência perante o Fisco. Para estes, as ditas condutas ilícitas representariam uma quebra no dever de lealdade perante as autoridades administrativas (ou na frustração das expectativas públicas no cumprimento de tais deveres), tendo em vista a configuração da tributação moderna, pautada em deveres de informação por parte do contribuinte e de direitos de investigação por parte da Administração Fiscal⁵. O crime tributário, por esta vertente, se adequaria ao modelo de delito de resultado cortado, consumando-se mesmo que nenhum prejuízo patrimonial advenha da conduta.

Outros autores, inserindo os delitos tributários no âmbito dos delitos econômicos, defendem a concepção do sistema econômico como

⁵ Esta é a posição, por exemplo, de Eliana Gersão (1999, p. 61).

o legítimo bem jurídico tutelado. Aqui, confundem-se os argumentos relativos à legitimidade do Direito Penal Tributário com a do Direito Penal Econômico. Com isso, pressupondo que o tributo é instrumento jurídico de intervenção e conformação da realidade econômica comunitária, é possível vislumbrar dois pensamentos divergentes dentro desta mesma teoria.

Para os autores que entendem a ordem econômica em sua acepção ampla, o crime fiscal atentaria contra o próprio sistema estruturado pelo Estado⁶. Os Poderes Executivo e Legislativo levariam a cabo, de acordo com as necessidades apuradas na realidade comunitária, políticas econômicas que incluiriam instrumentos tributários, todos imprescindíveis à efetivação daquelas diretrizes, atuantes na regulação jurídica da produção, na distribuição e no consumo de bens e serviços, tais como: impostos extrafiscais, desincentivadores de comportamentos e produções; de incentivos e subvenções, estimulando a produção e o desenvolvimento; da política fiscal de redistribuição de renda; bem como do oferecimento de prestações estatais inerentes à política social governamental.

Na verdade, esse entendimento não deixa de revelar um bem lesado imediato (patrimonial) e outro mediato (sistema econômico), atribuindo clara prevalência para este último, fim para o qual se voltaria todo o sistema protetivo (TIEDEMANN, 1993, p. 32).

No entanto, outros doutrinadores defendem, ainda valorizando a ofensa ao sistema econômico, uma visão mais restritiva deste, entendido como verdadeiro somatório de bens jurídicos supraindividuais de repercussão econômica cuja lesão enfraquece a confiança geral nas instituições do mercado. A proteção penal oferecida pelo ordenamento viria a assegurar a ordem econômica circunscrita à atividade interventora e reguladora do Estado na economia⁷.

Por último, encontram-se aqueles adeptos das teorias do crime tributário como ofensa não ao sistema econômico, genericamente considerado, mas à ordem tributária nacional. As evasões fiscais atingiriam o conjunto de tributos e as normas que os regulam, imbricados numa unidade racional e coerente que representaria mais do que os elementos individuais que a compõe (SOUSA, 2006, p. 275-276).

As normas criminais envolvidas proporcionariam o exato funcionamento do sistema (atente-se, não unicamente da aplicação das leis

⁶ Com esta mesma convicção, ANDRADE, 2009, p. 402.

⁷ Assim, Schmidt, Werget e Otto, conforme descreve ANDRADE, 2009, p. 400.

pertinentes), inclusive dos seus objetivos econômicos, sociais e políticos inerentes, em direção a um resultado único: a obtenção do máximo de receitas com o mínimo de sacrifício dos contribuintes.

Em meio a todas as complexas construções citadas, tendemos a identificar na estabilidade do sistema tributário nacional o bem jurídico coletivo a que se referem os tipos penais tributários. Não se trata, portanto, da proteção dos interesses arrecadatários do Estado nem do patrimônio público em si considerado nem mesmo o cumprimento da lei tributária pura e simplesmente.

Estamos com Martínez-Bujan Pérez (2007, p. 173-191) quando salienta que, em que pese ser possível identificar um bem jurídico mediato imaterial (o sistema tributário nacional), fato é que este não passa de verdadeiro argumento justificador de uma razão legislativa, de modo que o bem imediato, no caso a arrecadação tributária funcionalmente considerada, é o seu elemento concretizável que pode ser efetivamente afetado⁸.

Assim, consideramos que o bem jurídico em questão, a ordem tributária nacional (ou estabilidade do sistema), deve ser entendido em dupla vertente: por um lado, um bem mediato, imaterial e abstrato, entendido como as funções econômicas e sociais dos tributos (o sistema em si), e, por outro, um bem imediato, representativo daquele primeiro, concretizado no correto processo de arrecadação tributária (a estabilidade do sistema).

Veja-se que a conduta criminosa deve atingir imediatamente o bem jurídico intermédio, interferindo gravemente no processo de arrecadação fiscal, sendo certo que, reflexamente, desestabiliza aquilo que este processo representa e que lhe serviu de fundamento (o patrimônio público, a distribuição de renda, o custeio geral do Estado, a intervenção econômica etc.).

O conceito proposto traz a lume, portanto, um bem jurídico coletivo e autônomo (composto por dois bens coletivos, um mediato e outro imediato), na medida em que não distributivo e não redutível a bem individual algum. Mais do que o conjunto de receitas, o processo de arrecadação estatal, concatenado com as funções, os limites e os pressupostos constitucionais dos tributos, pertence a toda coletividade, sem distinção, com fruição universal e impossibilidade de exclusão de quem quer que seja.

⁸ No Brasil, também Rios, 1998, p. 50.

Note-se que o interesse tutelado não é apenas patrimonial, uma vez que envolve, além do patrimônio público e sua reversão para a sociedade, também a intervenção econômica estatal, por meio da extrafiscalidade, e a própria existência do Estado. O correto processo de arrecadação é o bem concreto que pode ser afetado, representando a estabilidade daquele bem mediato, o sistema tributário. A violação daquele afeta necessariamente este.

Enfim, o sistema tributário nacional, como se sabe, é instituído pela Constituição Federal (Capítulo I do Título VI da CRFB), sendo integralizado pelas normas infraconstitucionais ordinárias e complementares que devem respeito aos valores e aos princípios constitucionais, máxime com os da capacidade contributiva, do custo-benefício, do desenvolvimento econômico e da economicidade (TORRES, 2007, p. 357-358).

Vale dizer que o cariz supraindividual do bem jurídico em questão, como bem aponta Martínez-Bujan Pérez, não retira dele a referência pessoal mínima. Afinal, o fluxo tributário escorreito e lícito, em última análise, é um fator imprescindível ao desenvolvimento da sociedade e de cada indivíduo. São as receitas tributárias que garantem o funcionamento da máquina estatal e, com ela, a garantia e a promoção dos direitos fundamentais individuais e também sociais.

A ordem tributária merece a tutela penal ainda que nenhuma pessoa seja individualmente atingida pela conduta criminosa. O referente ao qual aludimos é o fim último de garantia da dignidade e promoção do livre desenvolvimento da personalidade de cada um dos membros da sociedade⁹.

Não se deve confundir, porém, o bem jurídico tutelado com o interesse arrecadatário do Fisco ou o próprio patrimônio público. É de se ver em certos tipos penais, como aqueles funcionais descritos pelo art. 3º da Lei n. 8.137/1990, que a ordem tributária é afetada ainda que o patrimônio da Fazenda Pública nada tenha sofrido.

A ordem tributária, portanto, contempla a correta arrecadação para que se evite tanto o prejuízo ao Fisco quanto a lesão aos contribuintes em geral, em ofensa a justa distribuição dos ônus sociais. E não apenas a justa formação da receita pública. O bem jurídico tributário

⁹ Como bem ressaltam Holmes e Sunstein (1999), a atuação do Estado hodiernamente é indispensável ao reconhecimento e à efetivação de direitos fundamentais, mas essa ingerência é condicionada às contingências de recursos econômico-financeiros captados com a população civil. Tanto o escopo de proteção aos direitos individuais como o de promoção dos direitos fundamentais em geral demandam dispêndio de recursos.

não pode descurar, como bem aponta Salomão (2001, p. 184), da função do tributo como meio moderno de intervenção estatal na economia, de conformação do mercado a certos parâmetros constitucionais, ou seja, do possível elemento de extrafiscalidade da tributação¹⁰.

Dias (2006, p. 138-143), procurando evitar a visão limitada que a ideia de patrimônio público encerra, chega a introduzir todo o processo de arrecadação e distribuição de renda como conteúdo material das normas penais tributárias.

Na doutrina brasileira, Salomão (2001, p. 188) parece seguir uma linha bem próxima da proposta neste artigo, para quem a arrecadação tributária, entendida como instrumento de formação de receita pública e de implemento das metas socioeconômicas definidas na Constituição, representa um valor transindividual, com relevância constitucional e indiretamente reconduzível à pessoa humana, apto a ser tutelado penalmente.

Isto é, a tipificação da evasão tributária só adquire legitimidade constitucional enquanto protetiva da ordem tributária como um todo, bem jurídico coletivo imprescindível à garantia de direitos fundamentais dos cidadãos por parte do Estado¹¹.

Considerando-se, ainda, que a inadimplência fiscal em si não é criminalizada e que o expediente fraudulento é inerente aos tipos penais de sonegação (arts. 1º e 2º da Lei n. 8.137/1990, art. 337-A do CP)¹², temos a reconhecer que o fator nocivo do expediente fraudulento (alteração ou omissão de informações, adulteração de documentos etc.), capaz de tornar um comportamento punível, é a privação da Fazenda Pública não do montante que deveria ter sido recolhido, mas da possibilidade de

¹⁰ Por exemplo, será que uma fraude perpetrada por uma sociedade com o intuito de reduzir o Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) incidente sobre a venda de bebidas alcoólicas ou cigarros afetaria, predominantemente, o patrimônio público? Será que a razão de ser da incriminação, no caso, se resumiria à tutela da receita pública, ou não, afinal, a subversão da ordem tributária na qual se encaixa o instrumento econômico também mereceria relevância?

¹¹ Com extrema propriedade, destaca Anabela Miranda (1999, p. 481-482), “É sabido que ao Estado hoje cabe assegurar *ao cidadão* não só a liberdade *de ser* como a liberdade *para o ser*. E a satisfação de *prestações* necessárias à existência do indivíduo em sociedade deve ser garantida pelo Estado ao *mesmo nível* que a proteção dos seus direitos fundamentais, quando estiver em causa a lesão ou perigo de lesão dos interesses ou valores aí contidos – o que vale por dizer, ao nível *penal*”.

¹² O caso da apropriação indébita previdenciária (art. 168-A do CP) é ligeiramente distinto. Nesse crime, a inadimplência tributária torna-se criminalmente relevante quando o empregador desconta de seus empregados os valores relativos a contribuições previdenciárias devidas, deixando, posteriormente, de repassá-los ao Erário. Pensamos que tal crime só se legitima se, além de não haver recolhimento, o responsável tributário não declara o desconto ou o faz de maneira fraudulenta, com o intuito de reduzir os repasses devidos.

utilização dos meios legais e judiciais para executar e reivindicar o seu crédito, afetando a normalidade do sistema de arrecadação.

É bom lembrar que o dever fundamental que alcança o contribuinte é aquele estruturado constitucionalmente, e não a mera sujeição a qualquer vontade livre dos governantes e maiorias parlamentares eventuais. Havendo, a qualquer tempo, discordância por parte do sujeito passivo tributário quanto à determinada cobrança, livres estão as vias de discussão, tanto na esfera administrativa (com o procedimento administrativo fiscal, contencioso e consultivo, que conta, inclusive, com órgãos paritários, compostos por particulares indicados pelas entidades representativas dos setores econômicos e auditores fiscais que, em regra, não possuem funções de lançamento) quanto na judicial (por meio das ações tributárias, como a anulatória, a repetitória, a declaratória, os embargos à execução e também o remédio constitucional do mandado de segurança).

Também se deve afastar a crítica de que haveria no bem jurídico aqui considerado excessiva abstração, a ponto de retirar-lhe a substancialidade que permitisse a verificação de sua efetiva lesão (ou colocação em perigo). A função crítica e limitadora do bem jurídico permanece inalterada. Não é de se exigir a destruição definitiva do bem jurídico para que se confirme uma ofensa, do mesmo modo que a pujança financeira de uma dada pessoa não retira o caráter ilícito do furto contra ela cometido.

Nos crimes contra a ordem tributária, comprovada a fuga dolosa e fraudulenta à obrigação *ex lege* originada a partir do fato gerador em si já é ofensiva, a lesão existe e é real, não cabendo discutir a inexistência de abalo ao processo de arrecadação.

Em todo o caso, a refutação não é impossível, já que para que haja real ofensa à ordem são necessários: a ocorrência fática da hipótese de incidência; a validade e eficácia da norma tributária e da obrigação surgida; o conseqüente surgimento do especial dever de recolher o tributo; em alguns casos, o não recolhimento do tributo; o dolo flagrante; a fraude ou qualquer outro meio capaz de ludibriar a fiscalização e a inexistência de contestação ao próprio dever de recolher o tributo reputado devido pelo Fisco (em razão de prescrição, decadência, extinção, exclusão ou suspensão do crédito tributário). Vindo a faltar quaisquer desses requisitos, não se poderá sustentar a vulneração do bem jurídico.

3 A ordem tributária e a legitimidade do sistema punitivo fiscal à luz da ideia de bem jurídico

Como assentado mais acima, o bem jurídico penal é composto por uma série de valores imprescindíveis ao homem e/ou à sociedade que devem ter sede na Carta Maior, oferecendo esta critérios para um controle judicial das escolhas legislativas. Com isso, importa agora indagar se a ordem tributária nacional goza, afinal, de especial legitimidade constitucional a ponto de ser erigida a merecedora da tutela penal.

A afirmação da validade das normas sob análise merece maiores considerações por parte da doutrina, não se podendo admitir, acriticamente, uma realidade legislativa posta. Ainda que possua uma esfera de conformação, é sabido e aceito que o legislador ordinário deixou de ser absolutamente livre para estar vinculado, em muitos sentidos, aos preceitos impositivos de uma constituição dita dirigente (CANOTILHO, 2006, p. 440): suas escolhas hão de ser, sempre, justificadas.

Muitos autores contemporâneos chegam a questionar a legitimidade democrática do Direito Penal Tributário sob o argumento de que os tributos em geral seriam criados por normas de rejeição social, sem conteúdo moral algum que lhes prestasse suporte, de modo que o seu descumprimento se assemelharia a uma desobediência civil ou a uma objeção de consciência.

Pensamos, todavia, que os vícios constatados na Administração Pública ou o valor elevado das exações não são suficientes a uma demonização dos tributos, revelando-se, ao contrário, uma tentativa de encobrimento da real motivação (aparentemente generalizada) de cariz individualista que gera o comportamento proibido (TORON, 1999, p. 82-83). Frequentemente se diz que faltaria legitimidade à cobrança do cidadão de sua cota-parte no sustento do Estado, haja vista a recalcitrância deste em descumprir suas funções sociais.

Ocorre que, como sustenta Rawls (2008, p. 453), a desobediência civil, como meio legítimo de resistência a certas injustiças, caracteriza-se por um ato público, não violento, consciente e de viés político, em geral praticado com o objetivo de provocar mudanças na lei e nas políticas governamentais, porém inescapavelmente apoiado num ideal maior de Justiça, de correção das eventuais arbitrariedades levadas a efeito pela maioria em detrimento de uma minoria.

O caminho natural daquele inconformado com as políticas públicas não é a abstenção individual, mas o encaminhamento político de sua insatisfação. A evasão fiscal, como em regra se verifica, não se subsume

a uma desobediência civil, pois não é pautada em questões de justiça ou de moral, mas sim em razões pessoais (TORON, 1999, p. 78) (diríamos egoístas). Não se trata de um apelo ao senso comum de justiça da maioria governante, mas de mero meio de obter uma vantagem para si, em detrimento do todo social¹³.

E não é só. Atualmente, uma forte corrente de tributaristas nacionais e estrangeiros, alinhada ao pensamento acima exposto, busca o resgate do fundamento do tributo, de sua natureza e finalidade, ressaltando que de modo algum pode ser visto como um mal indesejável. Com precisão, salienta Anabela Rodrigues (1999, p. 481) que já é hoje um dado adquirido a chamada “eticização do Direito Penal Fiscal, uma vez que o sistema fiscal não visa apenas à arrecadação receitas, mas também à realização de objectivos de justiça distributiva, tendo em conta as necessidades de financiamento das actividades sociais do Estado”.

Assim, é alcançada aqui uma premissa importante: o tributo traz consigo uma carga ética indeclinável, competindo ao Direito Penal também, e não somente, a difusão desse ideal pela consciência popular a ele resistente, reforçando a mensagem proibitiva (RODRIGUES, 1999, p. 450-452). Entretanto, mesmo sendo certo o conteúdo moral que permeia o crime fiscal, não há dúvidas de que a sua validade não está, tão somente por isso, garantida. Conforme já reiteradamente exposto, a legitimidade da incriminação fiscal há de ser constitucional.

E nesse sentido é possível extrair do texto da Carta Política brasileira, analítica como se sabe, uma série infundável de normas estruturantes do sistema tributário nacional. A ele é dedicado todo o Capítulo I do Título VI da CRFB, no qual se explicita muito mais que seus princípios gerais. Como parte integrante da ordem econômica nacional, o sistema tributário ainda encontra profunda ligação com o Título VII da Constituição, que alude à ordem econômica e financeira.

Esses dispositivos – é bom que não se esqueça – compõem, de maneira geral, o sistema tributário, econômico e financeiro do Estado brasileiro, não sendo este em si bem jurídico penalmente relevante, mas antes sua estabilidade, que se depreende ainda de outras normas integrantes da Lei Maior. A dignidade penal do bem jurídico se funda

¹³ A propósito, novamente, Rawls (2008, p. 463-464): “Assim, a não ser que as leis tributárias, por exemplo, sejam claramente elaboradas para atacar ou reduzir a liberdade igual fundamental, elas não devem, normalmente, ser contestadas por meio da desobediência civil. O recurso à concepção pública de justiça não é suficientemente claro. É melhor deixar a resolução dessas questões para o processo político, contanto que as liberdades iguais exigidas estejam asseguradas. Nesse caso, pode-se chegar a um compromisso razoável”.

em alguns princípios expressos e implícitos que conferem ao sistema tributário nacional um aspecto de imprescindibilidade, uma relevância capaz de torná-lo essencial à garantia dos direitos fundamentais de cada um dos cidadãos brasileiros.

Isso só virá a ocorrer quando se vincular este sistema a três postulados maiores da Constituição Federal: a dignidade da pessoa humana, pedra de toque de todo o Estado Democrático de Direito (art. 1º, III, da CRFB); a solidariedade social (art. 3º, I, da CRFB) e a isonomia (art. 5º, *caput*, e art. 150, II, ambos da CRFB), sendo certo que todos se desdobram em princípios específicos da ordem tributária e econômica.

A proteção da dignidade humana no campo econômico se dá, em princípio, com a imposição de políticas destinadas à erradicação da pobreza e das desigualdades sociais e regionais (art. 3º, III, e art. 170, VII, ambos da CRFB), bem como daquelas voltadas ao desenvolvimento equilibrado da nação (art. 3º, II, e art. 192, ambos da CRFB).

Isso porque o desenvolvimento econômico em geral procura, ao fim e ao cabo, a evolução das condições de vida de todos os membros da comunidade (FISCHER, 2006, p. 124-128), não havendo dúvidas de que o instrumento econômico do tributo assume função essencial nesse desiderato, seja permitindo os investimentos públicos diretos, seja incentivando a produção e comercialização de bens e serviços relevantes por meio de incentivos e subsídios fiscais.

Por outro lado, e talvez ainda mais importante, o princípio da dignidade humana tem escopo na garantia de liberdades e promoção de direitos fundamentais ligados ao princípio da solidariedade social. Numa estrutura de Estado Fiscal, como ocorre no Brasil, o principal aporte financeiro advém da captação coativa de recursos na economia privada.

Ora, o sustento da máquina estatal está intimamente ligado ao cumprimento das funções desta, notadamente a garantia das liberdades e dos direitos individuais (como a segurança, a propriedade e a livre iniciativa), assim como a promoção de direitos sociais fundamentais (como a saúde, a educação e a previdência social – arts. 6º, 194 e 195 da CRFB)¹⁴. Note-se que a assunção destes compromissos importa, inevitavelmente, em gastos públicos, cabendo a toda sociedade arcar com tais ônus, contribuindo proporcionalmente com seu próprio patrimônio.

¹⁴ Assim também em MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 1367. Quanto à Previdência Social, essa relação é ainda mais evidente, haja vista a previsão constitucional do sistema contributivo e solidário (arts. 167, XI, 194 e 195, todos da CRFB).

Para Regis Prado (2007, p. 79), o Estado Social e Democrático de Direito se caracteriza justamente por integrar os direitos e garantias, que visam à proteção da autonomia individual, com os direitos sociais, que têm por fim alterar as condições materiais de vida das pessoas. Seriam articuladas a igualdade jurídica com a igualdade social e, da mesma forma, a segurança jurídica com a segurança social, estabelecendo-se a recíproca implicação entre liberalismo político e democracia.

Como é cediço, os direitos fundamentais, dentro de suas múltiplas e complexas dimensões, apresentam três vertentes amplamente reconhecidas: direitos de defesa, direitos de prestação e direitos de participação (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, 255-268). A garantia de tais direitos, inerentes à realização da pessoa humana em sociedade, depende da atuação do Estado, o que só é possível nos limites das dotações orçamentárias disponíveis, no sentido da discutida teoria da reserva do possível. Isso é peculiarmente perceptível no âmbito dos direitos prestacionais.

Isso porque, com efeito, o atual Estado Social e Democrático de Direito é também um Estado Fiscal, no qual o suporte econômico da máquina administrativa fica a cargo dos tributos, captados direta e compulsoriamente dos integrantes da comunidade, repudiando a Constituição um *status* governamental patrimonial. Conforme dispõem expressamente os arts. 170 e 173, ambos da CRFB, a atuação direta do Estado na economia, em caráter empresarial e excepcional, se justifica apenas por imperativos de segurança nacional ou relevante interesse coletivo nos termos da lei.

Além disso, os impostos e as contribuições sociais quando informados pelos princípios da universalidade, da capacidade contributiva e da progressividade (como sói acontecer com o principal imposto federal, o Imposto sobre a Renda e os Proventos de Qualquer Natureza – art. 145, § 1º, c/c art. 153, III e § 2º, todos da CRFB) são os principais meios para a efetivação da melhor redistribuição de renda entre os indivíduos da sociedade, uma vez que os mais abastados, que tiveram acesso às melhores oportunidades oferecidas pela comunidade, tendem a ser os que mais contribuem para o patrimônio coletivo, enquanto os mais vulneráveis são, naturalmente, aqueles que mais dependem dos serviços e ações públicas¹⁵.

¹⁵ Com propriedade sintetiza Regis Prado (2007, p. 303-306): “A tutela penal da ordem tributária se encontra justificada pela natureza supra-individual, de cariz institucional, do bem jurídico, em razão de que são os recursos auferidos das receitas tributárias que darão o respaldo econômico necessário para a realização das atividades destinadas a atender as necessidades sociais. [...] A legitimidade constitucional para a tutela da ordem tributária radica no fato de que todos os recursos arrecadados se destinam a assegurar a finalidade inerente ao Estado Democrático e Social de Direito, de modo a propiciar melhores condições de vida a todos”.

Por fim, numa terceira vertente, a ordem tributária nacional também deve ser tutelada em razão de um imperativo de isonomia. É inquestionável que a evasão implica um agravamento da carga fiscal, com sacrifícios significativamente acrescidos para os contribuintes que acabam por suportar não só seus próprios impostos como os dos outros também. Faz bem lembrar que o mundo dos tributos está ancorado num jogo de resultado ou soma zero, de alocação de receitas e distribuição de ônus, pelo que o que não é pago por uns acaba inevitavelmente sendo pago pelos outros (NABAIS, 2006, p. 450-452)¹⁶.

Para além da sobrecarga fiscal inerente à redução ilegal da arrecadação, aos infratores, quando empresários, é possível o aproveitamento indireto da evasão por meio da prática de preços fictícios, sensivelmente abaixo dos disponíveis no mercado, por vezes menores que o próprio custo real de produção do bem ou de prestação do serviço, auferindo vantagem ilícita sobre as demais empresas e ferindo diretamente o princípio da livre concorrência expresso no art. 170, IV, da CRFB, como pilar fundamental de nossa ordem econômica. Nesse ponto, a ação criminosa é nociva a todo o mercado envolvido, particularmente às empresas concorrentes, que são “penalizadas” por cumprirem com seus deveres fiscais.

Os três postulados indicados acima (dignidade humana, solidariedade social e isonomia), quando relacionados à seara tributária, participam de uma ideia única: a existência de um verdadeiro dever fundamental de pagar tributos (NABAIS, 2004).

Os deveres fundamentais decorrem da exigência estrutural da Constituição, transparecendo de suas normas comandos voltados ao legislador ordinário e aos próprios indivíduos (NABAIS, 2004, p. 19; CANOTILHO, 2006, p. 534-535). Para Nabais (2004, p. 31 e 59), os deveres fundamentais, apesar de constituírem uma categoria constitucional autônoma, integram a disciplina dos direitos fundamentais, compondo com esta a (sub)constituição do indivíduo. De fato, a noção de homem, destinatário e fim de todo o ordenamento jurídico, deve considerar, ao mesmo tempo, sua liberdade e sua responsabilidade, havendo que se fugir dos extremismos que ou só lhe reconhecem direitos, ou mesmo lhe dissolve a liberdade numa teia de deveres.

¹⁶ Montesquieu (2000, p. 232) chegou a afirmar que, para se aliviar uma aldeia que paga mal, sobrecarrega-se uma outra que paga melhor, destruindo-se a segunda sem que seja possível restabelecer a primeira.

Em suma, tratando-se o pagamento do tributo como dever fundamental inerente aos indivíduos membros de uma sociedade organizada sob um Estado Social e Democrático de Direito (e em um Estado Fiscal), não é de causar surpresa que o seu descumprimento, quando capaz de desestabilizar a ordem tributária nacional em que se estrutura, possa levar à sanção penal, instrumento último e mais invasivo de proteção aos bens jurídicos mais caros às pessoas.

Todavia, o Direito Penal Tributário não deixa de ser um ramo do Direito Penal, devendo respeito aos pressupostos clássicos de sua dogmática, notadamente o princípio da subsidiariedade. Se ficou consignado o respaldo jurídico-constitucional do bem jurídico tutelado, verificando-se, assim, uma autorização de criminalização por parte do legislador constituinte originário, é certo que a efetivação desse objetivo há de ser sopesada pelo legislador ordinário segundo as necessidades concretas e atuais da sociedade.

Assim, quanto à preservação do caráter de *ultima ratio* do Direito Penal, exige-se que a sanção penal seja necessária à proteção do bem jurídico, tendo em vista que todas as outras formas de controle social (em especial as intervenções de caráter civil e administrativo) se mostram faticamente ineficazes.

Ora, fácil perceber que o Direito Civil e o Direito Administrativo muito pouco podem fazer. As sanções administrativas em geral carecem de poder dissuasório e preventivo (negativo ou integrativo), próprio das penas criminais, e, quando pecuniárias, acabam por integrar os ajustes contábeis das empresas, tornando-se riscos calculáveis (FIGUEIREDO DIAS, 1998, p. 381-393) e podendo ser superadas sem grandes dificuldades, seja pela própria pujança financeira do infrator, ou pior, sejam integradas aos próprios preços praticados na comercialização de seus serviços ou produtos numa avaliação de custo-benefício capaz até de incentivar a prática dos delitos que se quer coibir, transpondo a penalidade, enfim, ao próprio consumidor.

Nesse sentido, razões de política criminal parecem apontar para a indispensabilidade das sanções próprias do Direito Penal. Para Fischer, sem dúvida, a intervenção reclamaria penas privativas de liberdade, até mesmo em função de um imperativo de justiça, já que aos delitos patrimoniais tradicionais, que atingem as classes mais vulneráveis da sociedade, seriam impostos tais tipos de sanções.

Segundo Figueiredo Dias, talvez bastasse às funções preventivas penais a aplicação de penas curtas e efetivas de prisão. Outros já aludem às

penas restritivas de direitos, inclusive no que tange à responsabilidade penal das pessoas jurídicas (PALHARES, 2004, p. 167-181).

Seja como for, caberá ao legislador encontrar a melhor fórmula de aplicação, consoante as funções das penas criminais e a necessária proporcionalidade entre a conduta incriminada, seus efeitos nocivos e a pena enfim cominada (TAVARES, 1992, p. 79-85).

Por fim, importante perceber que a opção legislativa criminalizante encerra (ou deveria encerrar) um duplo juízo de proporcionalidade. O primeiro a incidir sobre a criminalização em si, numa ponderação prévia entre o direito fundamental à liberdade e o bem jurídico coletivo tutelado, de modo a justificar racionalmente a tão grave restrição imposta ao indivíduo infrator. O segundo a ser observado na cominação da pena adequada, seja quanto à espécie, seja quanto à quantidade.

4 Conclusão

Vistos os pontos essenciais expostos até aqui, é chegada a hora de responder, conclusivamente, a uma questão: é legítima a criminalização fiscal? Pensamos que sim. Contudo, tal resposta não é imediata e abrangente, dependerá da concepção adotada pelo legislador do bem jurídico tutelado.

A opção pela via do bem referencial de proteção não foi aleatória, mas antes uma imposição porquanto se alinha à corrente que reconhece no Direito Penal a função precípua de proteção subsidiária dos bens jurídicos mais relevantes da sociedade, atribuindo-se à noção destes uma carga crítica que permita a avaliação e o controle das decisões legislativas minimamente coerentes com os princípios penais da ofensividade, subsidiariedade e fragmentariedade. Inegavelmente, a estruturação deste elemento imprescindível do injusto só é possível a partir da autorização extraída do conjunto normativo constitucional, que reúne, expressa ou implicitamente, os valores mais significantes da comunidade política, necessários ao livre desenvolvimento dos homens.

Dessa forma, aplicando-se o referido raciocínio à seara penal tributária, chega-se à conclusão de que o bem jurídico tutelado pelos tipos penais fiscais não poderia ser o patrimônio público em si, mas sim a estabilidade do sistema tributário nacional, referente à correta arrecadação fiscal. Observe-se: correta no sentido de aplicação das normas tributárias, segundo os precisos parâmetros e as finalidades erigidas pela Lei Maior, sendo de se repudiar tanto a evasão dolosa e fraudulenta, que retira do Fisco a possibilidade de cobrança judicial da dívida, quanto

a atuação abusiva dos auditores fiscais no que toca à cobrança sabidamente indevida ou por meios não contemplados em lei.

Voltada a tutela penal, portanto, à ordem tributária nacional, fácil fica a identificação de seu inafastável respaldo constitucional. Além da estruturação do sistema tributário nacional, bem como dos princípios diretores da ordem econômica do país, todos expressos na Carta Política, entende-se decorrer dos pressupostos estruturais do Estado Social e Democrático de Direito, principalmente dos imperativos maiores de solidariedade social e isonomia, um verdadeiro dever fundamental de pagar tributos.

Em qualquer caso, seja na garantia dos direitos fundamentais liberais (ou de abstenção), seja na obrigação constitucional de promoção dos direitos fundamentais sociais e econômicos (ou de prestação), não se escapa da atuação do Estado, que, organizado na forma de Estado Fiscal, depende da contribuição financeira dos indivíduos para dar efetividade aos seus objetivos legais e à política governamental de alocação de recursos.

Por fim, pela visão aqui defendida, trazem-se a lume critérios de controle da elaboração e aplicação das leis penais fiscais em vigor a partir do bem jurídico-penal tributário. Por um lado, não podem atingir condutas que, em concreto, não abalem a estabilidade do sistema, como sói acontecer com as evasões em montante insuficiente ao ajuizamento da execução fiscal, mas, por outro, não podem apresentar uma motivação meramente arrecadatória, numa função escusa de cobrança de créditos (PALHARES, 2004, p. 149-151), o que nos leva a repudiar a exclusão legal da punibilidade dos delitos fiscais em função da restituição do montante sonegado aos cofres públicos¹⁷ e o anômalo aguardo do esgotamento das vias administrativas de discussão do débito, temas estes que esperamos enfrentar mais detidamente em outra oportunidade.

¹⁷ Como bem salienta Tavares (2007, p. 147): “Si pangándose el tributo se extingue la punibilidad, el objetivo oculto de la ley no es la protección de las formas de recaudación, que podría fundar también la protección a la veracidad o a la autenticidad de los documentos recaudatorios, sino la cobranza de tributos por medio del Derecho penal. [...] Si el Derecho penal es empleado como instrumento de cobranza, nada más correcto que subordinar la tipicidad penal a la previa decisión administrativa, que declare el fraude, por lo cual se quiere cobrar el tributo, antes del proceso criminal”.

REFERÊNCIAS

ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. *Direito penal tributário: crimes contra a ordem tributária e contra a previdência social*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

ANDRADE, Manuel da Costa. A fraude fiscal: dez anos depois ainda um “crime de resultado cortado”? In: RODRIGUES, Anabela Miranda et al. *Direito penal económico e europeu: textos doutrinários*. Coimbra: Coimbra, 2009. v. 3.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. 4. reimpr. Coimbra: Almedina, 2006.

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: D’AVILA, Fabio Roberto; SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de (Coord.). *Direito penal secundário: estudos sobre crimes económicos, ambientais, informáticos e outras questões*. Escritos em homenagem à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra: Coimbra; São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Breves considerações sobre o fundamento, o sentido e a aplicação das penas em direito penal económico. In: SOUSA, Alfredo José de et al. *Direito penal económico e europeu: textos doutrinários*. Coimbra: Coimbra, 1998. v. 1.

_____. *Direito penal: parte geral*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2007.

_____. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FISCHER, Douglas. *Delinquência económica e estado social e democrático de direito: uma teoria à luz da Constituição*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006.

GERSÃO, Eliana. Revisão do sistema jurídico relativo à infracção fiscal. In: SOUSA, Alfredo José de et al. *Direito penal económico e europeu: textos doutrinários – Problemas especiais*. Coimbra: Coimbra, 1999. v. 2.

HEFENDEHL, Roland (Org.). *La teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Tradução de Rafael Alcácer, Maria Martín e Íñigo Ortiz de Urbina. Madrid-Barcelona: Marcial Pons, 2007.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. New York and London: W.W. Norton & Company, 1999.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho penal económico y de la empresa: parte general*. 2. ed. Valência: Tirant lo Blanch, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MONTE, Mário Ferreira. *Da legitimação do direito penal tributário: em particular, os paradigmáticos casos de facturas falsas*. Coimbra: Coimbra, 2007.

MONTESQUIEU. *O Espírito das Leis*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2004.

_____. *Direito fiscal*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2006.

PALHARES, Cinthia Rodrigues Menescal. *Crimes tributários: uma visão prospectiva de sua despenalização*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

PIMENTEL, Manoel Pedro. *Direito penal econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

PRADO, Luiz Regis. *Direito penal econômico*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução de Jussara Simões. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

RIOS, Rodrigo Sánchez. *O crime fiscal*. Porto Alegre: safE, 1998.

RODRIGUES, Anabela Miranda. Contributo para a fundamentação de um discurso punitivo em matéria penal fiscal. In: SOUSA, Alfredo José de et al. *Direito penal econômico e europeu: textos doutrinários – Problemas especiais*. Coimbra: Coimbra, 1999. v. 2.

ROXIN, Claus. Que comportamentos pode o estado proibir sob a ameaça de pena? Sobre a legitimação das proibições penais. In: _____. *Estudos de direito penal*. Tradução de Luís Greco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. *A proteção de bens jurídicos como função do direito penal*. Tradução de André Luís Callegari; Nereu José Giacomoli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SALOMÃO, Heloisa Estellita. *A tutela penal e as obrigações tributárias na Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

SCHÜNEMANN, Bernd. El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y de su interpretación. In: HEFENDEHL, Roland (Org.). *La teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Tradução de

Rafael Alcácer, Maria Martín e Íñigo Ortiz de Urbina. Madrid-Barcelona: Marcial Pons, 2007.

SOUSA, Susana Aires de. *Os crimes fiscais: análise dogmática e reflexão sobre a legitimidade do discurso criminalizador*. Coimbra: Coimbra, 2006.

TAVARES, Juarez E. X. Critérios de seleção de crimes e cominação de penas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, 1992. (Edição especial de lançamento).

_____. La persecución de los delitos económicos en Brasil. In: BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; BACIGALUPO, Silvina; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Coord.). *Política fiscal y delitos contra la Hacienda Pública: mesas redondas derecho y economía*. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, 2007.

TIEDEMANN, Klaus. *Lecciones de derecho penal económico: (comunitario, español, alemán)*. Barcelona: PPU, 1993.

TORON, Alberto Zacharias. Crimes do colarinho-branco: os novos perseguidos? *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 28, p. 82-83, out./dez. 1999.

TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de direito financeiro e tributário*. 14. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

AS CONTROVÉRSIAS DA LEI N. 9.613/1998 (LAVAGEM DE DINHEIRO)

VLADIMIR ARAS

1 Introdução

No presente texto, abordaremos alguns aspectos polêmicos da Lei n. 9.613/1998 (Lei de Lavagem), além de analisarmos quais são as inovações do Projeto de Lei n. 3.443/2008, que está na iminência de ser votado na Câmara dos Deputados, após ter sido aprovado no Senado com alterações – algumas bastante infelizes, outras nem tanto.

Em primeiro lugar, merece destaque a questão da *competência*, que tem causado alguma perplexidade em relação à atividade persecutória, especialmente a do Ministério Público Federal, na medida em que há uma série de conflitos, senão já instalados, pelo menos potenciais, em torno da *lavagem transnacional*. Aquela antiga questão das *varas especializadas* já foi ultrapassada, uma vez que a especialização tem demonstrado, senão todos, pelo menos alguns dos efeitos esperados. Na atualidade, a quantidade de ações penais que tramitam nas varas especializadas é consideravelmente maior do que antes da especialização.

Em segundo lugar, é necessário destacar alguns problemas relacionados ao *tipo*. A esse respeito, ressalte-se, por oportuno, que, no último Congresso das Nações Unidas sobre a Prevenção ao Crime e Justiça

Criminal, realizado em Salvador-BA, em abril de 2010, o professor Gamil Föeppel defendeu a necessidade de se fazer uma separação entre a jurisprudência da receptação e a da lavagem de dinheiro, pois, segundo ele, a utilização desse modelo pretérito, consubstanciado no art. 180 do Código Penal, para persecução criminal de lavagem, acabaria gerando, de algum modo, violações ao princípio da presunção de inocência.

Ainda no que diz respeito às questões relacionadas ao tipo penal, revela-se tema bem atual (hoje em processo de decisão por parte do STF) saber se há ou não um *conceito de organização criminosa*, o que possibilitaria a utilização do inciso VII do art. 1º da Lei de Lavagem para abarcar hipóteses delitivas ali não listadas expressamente.

Por fim, devem ser feitas algumas digressões acerca de *compliance*, a importância da devida engrenagem do sistema preventivo de lavagem de dinheiro com o sistema repressivo. Veremos, então, o quão necessária é a interação entre os sujeitos que estão, por lei, obrigados a detectar operações suspeitas, registrá-las e, finalmente, comunicá-las aos órgãos de supervisão do sistema. Esse aspecto da prevenção é de vital importância, sobretudo, no que tange ao registro de tais operações para a funcionalidade do sistema de repressão.

Quanto ao tema da *compliance*, é preciso mencionar, ainda que rapidamente, a responsabilidade dos seus agentes no que diz respeito à *responsabilidade por omissão*. Efetivamente, temos um campo vasto a desbravar quando estamos diante de sujeitos obrigados que violam os deveres de registro e comunicação de operações suspeitas. Nesse campo, registre-se, não existe denúncia alguma do Ministério Público Federal (MPF) embasada no art. 13, § 2º, do Código Penal, isto é, para imputar a relevância causal da omissão no campo da *compliance*.

Ressalte-se, ainda, a necessidade de haver uma maior cooperação do Ministério Público Federal com outros órgãos, como a Receita Federal e o Banco Central, bem como uma coordenação interna do Ministério Público para que a atividade persecutória criminal possa servir, também, de prova da improbidade e vice-versa, o que, infelizmente, não é a realidade hoje no Órgão Ministerial.

2 Questões relativas à competência. As varas federais especializadas

Embora as questões relativas às varas federais especializadas tenham sido, em geral, resolvidas pelo STF, há queixa por parte de juízes e, principalmente, de membros do Ministério Público Federal, que se sentem privados de suas atribuições e competências em detrimento da competência das varas das capitais.

Efetivamente, há uma crítica que, em parte, é bastante razoável e que consiste na dificuldade de instrução dessas causas. Sem dúvida, esta é a crítica mais forte porque está no sentido contrário ao movimento de interiorização da justiça federal e do próprio Ministério Público, que acompanha a capilarização judicial. Com a centralização da persecução criminal nas capitais, há instruções realizadas por carta precatória, que está longe do ideal, visto ser difícil conseguir, no processo penal, o objetivo de imediatidade, da identidade física do juiz e da oralidade, o que, de fato, não acontece no dia a dia, mas que é a situação mais desejável a ser alcançada. Nesse aspecto, as varas especializadas tornam quase impossível atingir uma solução para os problemas decorrentes da instrução por precatória.

Isso dificulta sobremaneira o resultado útil e até a eficiência da persecução criminal, bem como a aproximação do juiz em relação à prova – como não poderia deixar de ser. No entanto, no que tange ao Ministério Público Federal, é possível, de algum modo, minorar as consequências dessa dificuldade, na medida em que o MP não é obrigado a acompanhar o modo de organização do Judiciário.

Como dito, o ideal é que a persecução ocorra o mais próximo possível da localidade onde o delito foi perpetrado. No Estado da Bahia, o MPF já adotou semelhante conduta em alguns casos.

Na Procuradoria de Feira de Santana, a atribuição para persecução de lavagem de dinheiro estava na capital, Salvador. Naqueles casos específicos, a solução encontrada, em comum acordo com os colegas, foi a de que, durante a fase de investigação, a atribuição permaneceria com o procurador do interior. Não seria necessário transferir a investigação como um todo para a capital, o que, de certo modo, acabou favorecendo a localização de provas, porque quem vive a realidade local sabe muito melhor “onde dormem as cobras”. Para quem está na capital, distante, muitas vezes centenas de quilômetros da cidade de origem, do local do fato, isso é muito mais complicado. Essa é uma solução que depende, simplesmente, da organização da instituição, e, sem dúvida, tal problema acabará sendo reproduzido na esfera estadual, porque há uma tendência de se adotar esse mesmo modelo na justiça dos estados.

3 A competência federal em lavagem de dinheiro transnacional

Outro problema relacionado ao tema da competência gira em torno da *competência transnacional em lavagem de dinheiro*.

Nos últimos anos, tivemos a oportunidade de presenciar algumas ações do Ministério Público estadual muito bem feitas, mas que, em

nosso ver, desconsiderou o art. 109, inciso V, da Constituição Federal de 1988, uma vez que, no que tange aos crimes de lavagem de dinheiro que tenham alguma interação com o exterior (sejam os iniciados lá e consumados aqui ou vice-versa), há a necessidade de se firmar a competência federal.

A defesa desse ponto de vista é a única saída para a adequada persecução, com respeito às normas constitucionais da competência. Exemplificando, tramita hoje uma ação penal proposta pelo Ministério Público do Estado de São Paulo contra dirigentes de uma dessas igrejas pentecostais, em que a acusação centra-se em dissimulação e ocultação patrimoniais ocorridas no exterior. Os crimes antecedentes, *in casu*, não são de competência federal. Se fossem, não teríamos problema algum em afirmar, de pronto, a competência federal sem mesmo invocar o art. 109, inciso V, da CF/88. Sendo o crime antecedente de competência federal, o crime de lavagem, isto é, do produto desse crime originariamente federal, também o será – quanto a isso não há a menor dúvida.

O problema se estabelece quando temos um crime antecedente que não é de competência federal, mas o procedimento de lavagem – para ficarmos naquele modelo clássico tripartido de *captação, dissimulação e integração* – tem uma de suas etapas, ou mesmo duas ou três, acontecendo no exterior. Não importam quantas. Se pelo menos uma delas acontece no exterior ou vice-versa, defendemos a ideia de que o crime é da competência federal, porque as Convenções de Palermo, de Mérida e de Viena¹ são instrumentos que contêm mandatos de criminalização do delito de lavagem de dinheiro. Tanto na Convenção de Viena, de 1988, quanto na Convenção de Palermo, de 2000, e, por fim, na Convenção de Mérida, em 2003, há mandatos expressos para que os Estados signatários criminalizem a conduta de lavagem de dinheiro. O Brasil é signatário dos três textos, ratificando-os. Assim, as normas passaram a vigorar no Brasil com força de lei ordinária desde há muito (o último dos textos, a partir de 2006).

Com essa premissa, chegamos ao seguinte ponto: como o inciso V do art. 109 da CF/88 prevê que, se o crime está considerado em algum tratado internacional e se essa conduta, em algum momento, toca o território de dois ou mais Estados – os chamados *crimes a distância* –, ter-se-á, então, uma das causas da competência federal, ainda que não seja o crime antecedente da competência federal, porque, estando a lavagem prevista

¹ As referidas convenções são três importantes documentos da cooperação penal internacional para o combate ao crime organizado transnacional, no caso de Palermo; para o combate à corrupção, no caso de Mérida, e para o combate ao narcotráfico, no caso de Viena.

naqueles tratados, basta que ela, em si mesma, tenha tocado o território de dois ou mais países para que se configure a competência federal.

Acrescente-se que talvez não seja sequer necessário que o crime de lavagem, em uma das suas três etapas do modelo padrão, tenha ocorrido no território de uma ou de outra nação. Basta, somente, que o crime antecedente tenha sido praticado no território nacional, e a lavagem, inteiramente no território de outro país, para que se dê à justiça federal a competência para essa causa. Essa solução que alvitramos estaria baseada no inciso V do art. 109 da CF/88 e naqueles três tratados internacionais, com aplicação da competência federal, conforme quis o constituinte.

É claro que não há consenso quanto a isso. A Convenção de Palermo, em seu próprio texto, também prevê a necessidade de criminalização de outros tipos, como, por exemplo, a corrupção e a obstrução da Justiça. Então, para a competência federal surgir, seria necessário que a lavagem fosse relacionada a um desses outros três ou quatro tipos que estão, também, previstos na citada convenção.

São duas visões do mesmo problema. E há uma preocupação, evidente, de que isso se resolva, na medida em que ações penais importantes, como a já citada contra os dirigentes daquela igreja pentecostal em São Paulo, podem estar tramitando na justiça incompetente. Então, é importante que alguém provoque esse conflito para que os nossos tribunais superiores possam delimitar o âmbito de cada órgão do Ministério Público e de cada órgão do Poder Judiciário.

4 Questões relativas ao tipo penal

Quanto ao *tipo penal* de lavagem, gostaríamos de mencionar apenas dois temas que parecem ser relevantes, e um deles tem a ver com uma tese que vem surgindo, pouco a pouco, no Brasil, à medida que assistimos a um “garantismo exacerbado”. Não somos críticos do garantismo em si, até mesmo porque temos uma visão mais equilibrada do que se chama de garantismo, na perspectiva de que a Constituição, que garante o direito do acusado, também garante o direito dos demais cidadãos e da sociedade.

Ao revés, o “garantismo desequilibrado” seria aquele que viceja em certos estabelecimentos, que acaba vendo só um aspecto do problema – como o professor e procurador regional da República Douglas Fischer costuma dizer: “garantismo monocular”. Infelizmente, isso tem provocado situações esdrúxulas no nosso Direito, a ponto de a Sexta Turma

do STJ admitir que alguém, foragido da justiça – pode ser um homicida, um esturador, um indivíduo já condenado ou em vias de sê-lo –, identifique-se falsamente à polícia, porque isso seria “direito de autodefesa”. A sociedade não tem o direito de autodefesa, mas os criminosos – condenados ou não – o têm; podem, inclusive, identificar-se falsamente para viver a vida que bem entenderem, como se a falsa identidade se esgotasse na falsa identificação à polícia. Entretanto, quem anda com falsa identidade não vai simplesmente utilizá-la para enganar a polícia, mas também para tirar um CPF em outro nome, abrir uma conta em outro nome, se casar, se livrar da pensão alimentícia do filho etc. Há uma série de repercussões na sociedade quanto à conduta daquele que tem duas ou três identidades.

Constata-se, nesta linha hipergarantista, certa tendência na defesa da tese de que não é possível equiparar a lavagem de dinheiro à receptação, como delito parasitário de um crime anterior que gere algum ativo. Alega-se, para tanto, que não é possível usar a receptação como modelo para a lavagem de dinheiro porque haveria uma série de diferenças entre os dois crimes. Diz-se, ademais, que é necessária a prova cabal do crime antecedente para haver a condenação pelo crime de lavagem de dinheiro, sem o que haveria flagrante violação à presunção de inocência ou ao devido processo legal quando o juiz condenasse o réu por lavagem sem essa certeza.

Observe-se que isso sempre ocorre em relação à receptação, sendo os modelos exatamente iguais – os tipos são tão parecidos que é possível estudá-los sob a denominação de *delitos de encobrimento*, estrutura típica que englobaria, além da lavagem e da receptação, o crime de favorecimento real do art. 349 do Código Penal brasileiro. Compreendem, pois, modalidades distintas de encobrimento, desde a mais singela, que é o favorecimento real, até a mais complexa, que é a lavagem de dinheiro.

Dessa maneira, seguindo sempre o modelo de um crime anterior autônomo em relação ao crime derivado, também autônomo, não é necessária a comprovação *cabal* da culpabilidade em relação ao delito antecedente para se conseguir a comprovação do delito consequente, que é a lavagem de dinheiro. Cabe ao juiz, que julgará a causa de lavagem de dinheiro, analisar as provas do crime antecedente, que podem ser meros indícios ou provas cabais. Não há previsão de prova mais ou menos importante no CPP, pois não adotamos um sistema de valoração taxativa da prova.

Não há, portanto, por que impedir o uso dos indícios – como preconiza aquela corrente doutrinária –, quando suficientes, da existência do crime anterior para a condenação de alguém por lavagem de dinheiro.

De fato, o “melhor dos mundos” seria se pudéssemos julgar os dois crimes conjuntamente ou – melhor ainda – julgar a lavagem depois que já houvesse a condenação definitiva pelo crime anterior. No entanto, vivemos *neste mundo*, longe do ideal, e precisamos fazer valer a opção do legislador, que foi a da *acessoriedade relativa ou limitada*, e não a da *acessoriedade máxima*, pois, do contrário, teríamos o efeito de tornar praticamente impossível punir alguém por lavagem de dinheiro quando não houvesse, simultaneamente, a imputação pelo crime antecedente ou, por exemplo, uma condenação pelo narcotráfico ou pela corrupção como crime anterior.

Esse é outro ponto igualmente preocupante, porque, caso prevaleça nos tribunais a tese supramencionada, porá por terra todas as ações penais que têm sido propostas com base nesse modelo de separação ou de relativa independência entre os delitos anterior e subsequente, como sempre foi para a receptação, crime, em regra, estranho aos réus de colarinhos alvos.

5 Crime organizado e lavagem de dinheiro

Outro tema polêmico, cuja solução equivocada também pode gerar efeito bastante deletério para o nosso modelo de persecução criminal, é a tese defendida pelo ministro Marco Aurélio, do STF, que já conseguiu um voto de apoio na bancada, vindo do ministro Dias Toffoli, no sentido de que não se pode utilizar a Lei de Lavagem de Dinheiro associada ao conceito de organização criminosa.

Independentemente de se concordar, e nós concordamos, com a opinião de que é preciso legislar sobre o conceito de organização criminosa, fato é que já existe um conceito sobre o fenômeno. A Convenção de Palermo, em vigor no Brasil desde 2004, estabelece no seu art. 2º o conceito de organização criminosa: “grupo criminoso organizado é uma associação de três ou mais pessoas que se reúnam para a prática de crimes graves”. Segundo a Convenção de Palermo, crimes graves são aqueles cuja pena máxima não seja inferior a quatro anos.

Haverá, portanto, uma organização criminosa, segundo o comando da Convenção de Palermo, sempre que três, quatro, cinco ou duzentas pessoas se reunirem para a prática de um ou mais crimes graves ou quando presentes aqueles outros elementos que a doutrina reconhece como componentes do conceito de organização criminosa: influência econômica; influência por meio da violência e infiltração nos aparatos de Estado, sempre em busca do lucro ou de alguma outra espécie de vantagem patrimonial.

Em suma: o conceito nós temos. Está bastante claro no tratado internacional. O conceito ali inscrito é de algum modo amplo e não poderia deixar de sê-lo, já que estamos falando de uma convenção internacional das Nações Unidas que foi formalizada perante mais de cem nações. Assim, se é difícil produzir um texto normativo, num cenário de uma única realidade jurídica, de um único sistema jurídico como o nosso, imagine-se produzir uma norma que reflita os cenários nacionais de todos os países preocupados com o fenômeno da transnacionalidade do crime organizado.

Cuida-se, pois, de um conceito flexível, mas plenamente admissível. Aquela norma convencional vale, no Brasil, com a mesma hierarquia de lei federal ordinária – não tem nível equivalente ao das emendas constitucionais porque não se trata de norma de direitos humanos. É norma não de cunho propriamente penal, mas de reflexos penais, porque é preciso que haja, para a criminalização da associação criminosa, a interposição legislativa. E aí é preciso fazer a distinção basilar.

Uma coisa é o *conceito* de organização criminosa, outra, bem distinta, é o *tipo penal* de associação em organização criminosa. E é exatamente nesse instante que a confusão se instala no Supremo Tribunal Federal. A linha de entendimento do ministro Marco Aurélio tem sido a de que o Ministério Público tem-se valido, com arrimo no inciso VII do art. 1º da Lei de Lavagem, do tipo penal de organização criminosa, e isso não existe porque não é um crime de quadrilha, como alguns autores chegaram, em certo momento, a sustentar. O crime de quadrilha não se confunde com o de associação em organização criminosa. Ainda assim, mesmo neste passo, haveria espaço argumentativo, pois o art. 1º da Lei n. 9.034/1995 equipara quadrilha à organização criminosa. Então, bastaria usar o art. 288 do CP em conjunto com o art. 1º, VII, da Lei n. 9.613/1998 para a obtenção do resultado.

Tramita no Congresso Nacional projeto de lei iniciado no Senado (PL n. 150/2006) e que, uma vez aprovado, introduzirá no Brasil o tipo penal de associação em organização criminosa. Entretanto, isso não infirma o conceito previsto no art. 2º da Convenção de Palermo nem impede persecuções criminais com base no inciso VII, iniciadas a partir de 2004, quando entrou em vigor o tratado no Brasil.

Esse conceito tem aplicações concretas no nosso Direito: I) a competência das varas criminais federais especializadas em lavagem de dinheiro e crime organizado encontra-se estabelecida a partir desse conceito. Uma resolução do Conselho de Justiça Federal estabelece que o

conceito a ser observado é, justamente, o da Convenção de Palermo; II) há uma possibilidade muito grande de utilização do conceito para beneficiar o acusado. Temos uma série de normas que fazem referência a organizações criminosas. O exemplo de uma que é ferrenhamente criticada por quase toda a doutrina é a que diz respeito ao Regime Disciplinar Diferenciado (RDD).

Sabe-se que uma das hipóteses em que o preso, provisório ou já condenado, se candidata a ir ao RDD é fazer parte de uma organização criminosa. Logo, se houver um conceito mais restrito do que aquele que sai da cabeça do juiz, será muito melhor para o acusado. Participa de organização criminosa, utilizando-se o conceito da Convenção de Palermo, tão somente aquele indivíduo que seja partícipe de um ente mafioso qualquer, que pratique crimes graves (aqueles cuja pena máxima não seja inferior a 4 anos), bem como que se subsuma aos demais requisitos listados na Convenção de Palermo. Isso traz, senão a melhor das garantias, alguma limitação ao arbítrio judicial, que, por vezes, é ruim. Se fosse o juiz a construir o conceito de organização criminosa, partindo apenas das lições da doutrina, seguramente, e dependendo do doutrinador ao qual se filiar, isso poderia gerar resultados completamente díspares. Repita-se, temos um modelo que pode ser utilizado para favorecer o indivíduo, acaso este não se encaixe naquele padrão palermitano.

Uma hipótese semelhante – inclusive corriqueira na área federal – é a situação do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas (Lei n. 11.343/2006), relacionada com a causa de diminuição de pena do narcotraficante. Um dos requisitos para a incidência da referida causa de diminuição de pena é o indivíduo não participar de organização criminosa. Os elementos do conceito do art. 2º da Convenção de Palermo são, portanto, igualmente aplicáveis na hipótese do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006. Não se pode “inventar” uma organização criminosa com critérios pessoais. O conceito já existe e está delimitado. Se o réu não se encaixar ali, poderá ser beneficiado com a redução de pena.

No tocante à questão do inciso VII do art. 1º da Lei de Lavagem, em relação ao qual, como dito acima, estaria havendo alguma confusão no STF, e isso ocorre justamente porque não estamos diante de um preceito que *criminaliza* a conduta de integrar uma organização criminosa. Criminaliza-se, apenas, a lavagem de dinheiro quando praticada por um ente que se categoriza como organização criminosa, ou seja, que pratica “crimes produtores”; os crimes antecedentes que produzem algum ativo a ser reciclado. São duas coisas distintas e plenamente compatíveis.

Organização criminosa, como visto, é um grupo de três ou mais pessoas que pratiquem crimes graves, e se tais crimes produzirem atos ilícitos, poder-se-á encaixar a hipótese no inciso VII do art. 1º da Lei n. 9.613/1998. Não há, portanto, violação alguma ao princípio da legalidade penal estrita, bem como não há novidade na introdução do referido inciso VII. O professor Luiz Flávio Gomes e outros autores criticam veementemente esse dispositivo, dizendo tratar-se de uma “norma aberta”, não havendo como aplicá-la. Se pensássemos assim, teríamos que deixar imediatamente de denunciar qualquer cidadão por narcotráfico, porque a composição do tipo do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 é complementado por uma norma infralegal. No caso vertente, o inciso VII do art. 1º da Lei de Lavagem é completado por um *tratado internacional*, e não por um mero ato normativo infralegal. O tipo é complementado por uma norma homóloga, e não por um ato inferior – como dito, o tratado é recebido no nosso ordenamento com hierarquia de lei federal ordinária. Acresça-se que não é um “tratado internacional qualquer”, mas, na verdade, um documento elaborado sob os auspícios das Nações Unidas.

Entendemos que não há violação a qualquer princípio jurídico ao se utilizar essa construção. Quem a invocou concretamente, pela primeira vez, com total sucesso, foi a procuradora da República Ana Luisa Chiodelli von Mengden. Nosso posicionamento é o de que podemos utilizar esse conceito de organização criminosa não só para lavagem de dinheiro, como também para outros aspectos da nossa legislação, enquanto não houver tipo penal específico que traduza um conceito mais restrito de associação em organização criminosa, como veiculado no Projeto de Lei n. 150/2006.

6 Outro ponto polêmico: questões relativas à *compliance*

Com relação à *compliance*, gostaria de remarcar a importância de que voltemos nossos olhos para esse sistema. Cuida-se de algo semelhante a uma “torre de vigia”.

Imagine-se que estamos numa sociedade que quer ser saudável e manter-se saudável. As defesas do nosso organismo, da nossa sociedade, são, justamente, os agentes da *compliance*. Eles protegem o sistema financeiro, todos os sistemas orgânicos da nossa sociedade, de invasões de vírus – que são as práticas delituosas, especialmente, da criminalidade organizada e que acabam viciando o sistema. O objetivo do crime organizado é a infiltração, e são as barreiras orgânicas, isto é, o sistema de prevenção à lavagem de dinheiro, que a impedem.

Esse sistema é extremamente inteligente e se coordena com o sistema repressivo tradicional – Ministério Público, Polícia e Poder Judiciário –, composto não só pelos sujeitos obrigados, que são listados na Lei n. 9.613/1998, como também pelos órgãos supervisores do sistema nacional anti-LD – Banco Central, Receita Federal, COAF, SUSEP, CVM –, todos os órgãos públicos, normalmente federais, encarregados do controle de certos nichos de mercado e da atividade econômico-financeira dos agentes privados e públicos que atuam na economia.

Na *compliance*, para que a adaptação às regras de prevenção à lavagem funcione, é preciso que haja adequada interação entre os agentes supervisores, como, por exemplo, SUSEP, Banco Central, e os sujeitos obrigados. Em segundo lugar, deve haver, também, uma interoperabilidade entre o modelo de prevenção e o de repressão, para que, quando for necessário – e somente quando for necessário –, seja acionado o sistema de repressão, permitindo que os órgãos de persecução criminal tenham acesso imediato aos dados registrados no sistema de prevenção.

Ao revés, se o sistema de prevenção não funcionar, o “organismo” sofrerá invasões. Imaginem-se os dois setores: o de prevenção e o de repressão. O primeiro quer que o crime não aconteça, e para tanto os sujeitos obrigados – bancos, corretores de valores imobiliários, corretores de imóveis, sociedades mercantis –, todos os agentes econômicos que estão delimitados no art. 9º da Lei de Lavagem, têm que cumprir o seu papel – identificação dos seus clientes e dos seus empregados (*know your customer e know your employee*) –, procedendo ao registro de todas as operações e à comunicação das operações suspeitas. Essa comunicação deve ser sigilosa para o cliente, por óbvio, porque o objetivo é o de interromper um crime em andamento ou obstar uma futura conduta criminosa. A maior parte dessas informações acaba sendo centralizada no COAF, que, por meio dos seus sistemas de informática, seleciona os casos que serão repassados ao sistema de repressão e, ainda, aos sistemas internacionais, que seguem o mesmo modelo de troca de informações entre si, como ocorre com o GAFL, isto é, o Grupo de Ação Financeira Internacional, que não é uma organização internacional, mas sim um organismo ligado à OCDE.

Essa informação de inteligência, após a sua análise, poderá ser utilizada nas ações penais, medidas cautelares, medidas persecutórias especiais, como interceptação, nas ações de improbidade e nos processos disciplinares. Obviamente, não bastam por si. É sempre necessária a obtenção de mais informações entre os demais órgãos que operam o sistema nos modos preventivo e repressivo.

Imaginemos, contudo, a hipótese de o modelo de *compliance* não funcionar. Se isso ocorrer, não teremos como trabalhar com eficiência na fase da persecução criminal. Se com os relatórios de inteligência financeira já é difícil propor demandas penais, o que dizer se aqueles modelos não funcionarem a contento? Surge, portanto, a seguinte questão: podemos responsabilizar os agentes de *compliance* diretamente pelo crime de lavagem? Diríamos que sim! Eles responderiam por lavagem, tanto na condição de coautores como na de partícipes, caso descumpram o dever de *compliance*.

Observe-se, a propósito, a norma do art. 13, § 2º, do Código Penal que trata da responsabilidade penal por omissão. Esta é penalmente relevante quando o agente tem por lei o dever de impedir o resultado. É a questão dos crimes omissivos impróprios. Se o agente, aqui na qualidade de garantidor, que tem, por lei, a obrigação de conhecer, registrar e reportar a operação suspeita e calar em relação ao cliente, assim não o faz, poderá ser responsabilizado por omissão na *compliance*. O dolo dessa conduta pode ser extraído a partir do texto das Convenções de Mérida e de Palermo, que permitem identificar uma série de circunstâncias factuais objetivas e, daí, inferir o dolo, ao menos na linha do nosso dolo eventual. Um critério importante é o das bandeiras vermelhas (*red flags*), que são condutas concretas que apontam o risco de *compliance*, além de paradigmas de suspeição.

O descumprimento do dever de *cumplimiento* pode redundar na deflagração de uma ação penal contra os agentes, como pessoas físicas, bem como repercutir na responsabilização civil dos bancos ou das pessoas jurídicas em geral que se encaixam nesse modelo de sujeitos obrigados. Essa responsabilidade civil dos sujeitos obrigados, por violação do dever de *compliance*, não é novidade alguma, porque se encontra em conformidade com a teoria de responsabilidade civil. Nos EUA, não é incomum ver bancos firmarem termos de ajustamento de conduta, com reparações pecuniárias, após a identificação de falhas de *compliance*.

Certa feita, pudemos presenciar um acordo sendo gestado entre a Promotoria de Nova York e um determinado banco dos Estados Unidos que havia violado o seu dever de *compliance*. O promotor encarregado da causa em Manhattan propôs uma série de compensações econômicas para que os agentes do banco não fossem processados criminalmente pela prática de lavagem de dinheiro por clientes que se valeram da estrutura bancária para suas fraudes. Sem dúvida alguma, podemos fazer algo semelhante no Brasil, não propriamente para impedir a responsabilização criminal, mas sim para conseguir uma adequação da ativi-

dade dos sujeitos obrigados, no plano cível, com repercussões positivas para a sociedade, por meio de inquéritos civis.

Outro enfoque é a questão do *tratamento dos relatores de inteligência financeira*, os RIFs. Cuida-se de um problema bastante grave porque, em geral, o Ministério Público, a Polícia e o Poder Judiciário não sabem trabalhar com os relatórios que vão ao COAF a partir dos dados repassados pelos sujeitos obrigados. Isso ocorre porque, em primeiro lugar, tais documentos de inteligência financeira não devem ser utilizados como indícios de prova. Todavia, se os RIFs não puderem ser utilizados como elementos de prova para, por exemplo, pedir uma interceptação telefônica ou uma busca e apreensão, o que o Ministério Público terá para sustentar suas alegações diante do juiz?

Em oportunidade recente, alguns membros de um certo Ministério Público fizeram pedido de busca e apreensão em juízo. Não tinham prova alguma a juntar para embasar a petição, porque obedeceram à restrição de uso do RIF, oriundo do COAF. Era necessário preservar aquela fonte de prova como documento de inteligência financeira, e não usá-la como documento processual penal. A rigor, essa restrição existe para proteger o sistema de *compliance* e, mais especificamente, para proteger a forma de seu funcionamento e os agentes que são dela encarregados, ou seja, os funcionários dos sujeitos obrigados (os oficiais de *compliance*). Suponha que você seja o gerente de um banco em uma cidade do interior e que tenha um cliente narcotraficante. Você vai “entregá-lo” ao BACEN e ao COAF, porque é um “bom funcionário”; então, você registrará aquela operação e a remeterá com a devida comunicação de suspeição à unidade de inteligência financeira. Aí, um dia, o promotor ou procurador encarregado do caso, uma pessoa que você nunca viu, vai “entregar” você – isto é, vai informar que foi você quem anunciou para o sistema de prevenção que aquela operação seria realizada. Seu nome estará no rol de testemunhas. Se isso ocorrer, certamente você estará logo em seguida na “fila dos defuntos”, pois não será nada bom quando o referido narcotraficante descobrir quem o delatou.

Então, quais são as soluções para esse problema? Uma das melhores soluções aventadas, com a qual o Ministério Público Federal já está lidando, sob a coordenação da procuradora da República Anamara Osório, é a elaboração de um sistema de sincronização dos relatórios de inteligência financeira na Assessoria de Pesquisa e Análise da Procuradoria-Geral da República (ASSPA), em Brasília. Esse sistema da ASSPA reunirá todos esses informes e eles serão, então, “redifundidos”, com a preservação dos dados iniciais. Esse projeto estará em funcionamento

em breve, sendo resultado de esforços do GT-Lavagem de Dinheiro da 2ª Câmara de Coordenação e Revisão, e será, em seguida, utilizado em todas as unidades do Ministério Público no Brasil.

A grande lição a ser aprendida em relação à lavagem de dinheiro é que esse crime necessita do engajamento de toda a sociedade, e não só dos órgãos repressivos ou de controle, para ser combatido. Somente com o engajamento de todos a repressão a esse tipo de delito poderá, efetivamente, almejar a sua erradicação, senão total, ao menos a patamares irrisórios.







Esta obra foi impressa em papel pólen
90/m³ pela Gráfica e Editora Ideal, em
Brasília, para a ESMPU.
A tipologia de texto utilizada é a Baskerville
e a tipologia auxiliar é a The Sans