



Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Ana Luiza Barbosa de Sá

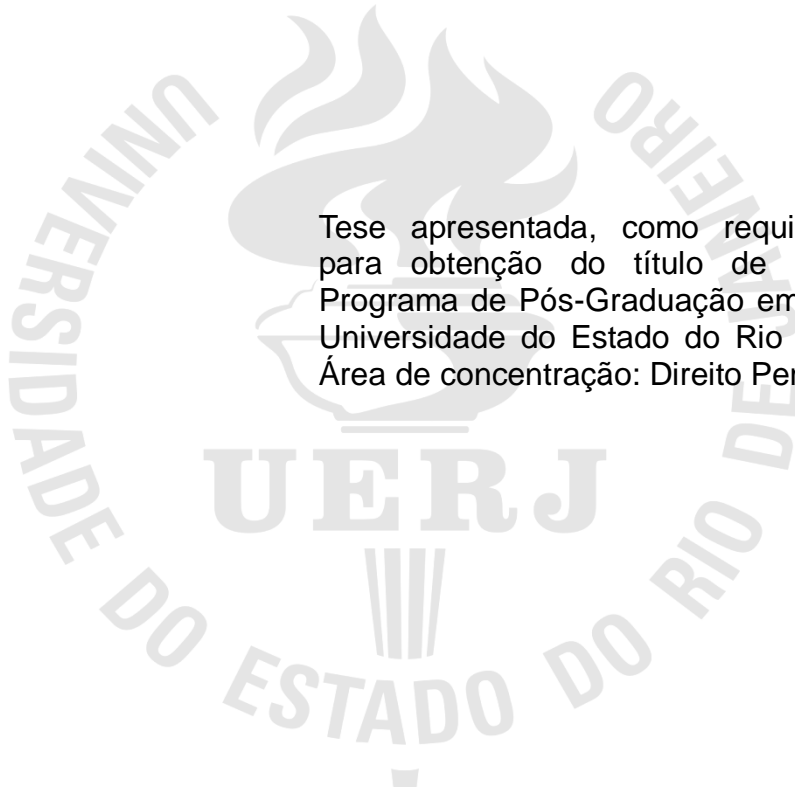
Controle racional das normas de Direito Penal Econômico

Rio de Janeiro

2012

Ana Luiza Barbosa de Sá

Controle racional das normas de Direito Penal Econômico



Tese apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Doutor, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Direito Penal.

Orientador: Prof. Dr. Carlos Eduardo Adriano Japiassú

Rio de Janeiro

2012

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

S111

Sá, Ana Luiza Barbosa de.

Controle racional das normas de Direito Penal Econômico / Ana Luiza
Barbosa de Sá. - 2012.
218 f.

Orientador: Prof. Dr. Carlos Eduardo Adriano Japiassú.

Tese (Doutorado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade
de Direito.

1. Direito penal econômico- Teses. 2. Direito econômico- Teses. I.
Japiassú, Carlos Eduardo Adriano. II. Universidade do Estado do Rio de
Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 343.35

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta tese, desde que citada a fonte.

Assinatura

Data

Ana Luiza Barbosa de Sá

Controle racional das normas de Direito Penal Econômico

Tese apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Doutor, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Direito Penal.

Aprovada em: 23 de novembro de 2012.

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Carlos Eduardo A. Japiassú (Orientador)
Faculdade de Direito - UERJ

Prof. Dr. Nilo Batista
Faculdade de Direito - UERJ

Prof. Dr. Maurício Mota
Faculdade de Direito - UERJ

Prof. Dr. Geraldo Prado
Universidade Federal do Rio de Janeiro

Prof. Dr. Fábio D'Ávila
Pontifícia universidade Católica do Rio Grande do Sul

Rio de Janeiro

2012

AGRADECIMENTOS

A minha família, que soube entender e apoiar durante todo o estressante período de elaboração deste trabalho.

A Carlos Eduardo Adriano Japiassú, orientador e amigo, cujos valiosos conselhos e serena sabedoria sempre pautaram minha vida acadêmica.

A Carlos Eduardo Machado, pelas revisões, debates e infinitos carinho e compreensão nos momentos de silêncio e ausência.

Com gratidão, lembro a paciência de todos os membros do escritório, que acompanharam de perto a desgastante elaboração desta tese.

Ao *Max-Planck-Institut für ausländische und internationale Strafrecht*, pela acolhida em um momento crucial das pesquisas.

A Fábio César, que aceitou se aventurar nos meandros do direito penal, apenas para dialogar com uma amiga no momento em que ela mais precisava.

A Thiago Araújo e Ana Paula de Sá, que contribuíram pelos apontamentos, revisões e por estarem sempre disponíveis para conversar.

A Keity Saboya, Sávio Guimarães e Marcelo Ruivo, cuja amizade, inteligência e dedicação ao estudo do direito penal foram decisivos para tornar a tarefa um pouco mais leve.

Da mesma forma, não poderia deixar de registrar o auxílio inestimável que prestaram Hamilton Gonçalves, Mário Polinelli, Fábio Casas e Alexandra Carvalho Lopes, pelas conversas, pesquisas e infinito apoio.

Afastou-se, inquieto. Vendo-o acanhado e ordeiro, o soldado ganhou coragem, avançou, pisou firme, perguntou o caminho. E Fabiano tirou o chapéu de couro.

– Governo é governo.

Tirou o chapéu de couro, curvou-se e ensinou o caminho ao soldado amarelo.

Graciliano Ramos

RESUMO

Sá, Ana Luiza Barbosa de. **Controle racional das normas de Direito Penal Econômico**. 2012.218 f.Tese (Doutorado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012.

O presente estudo pretende discutir a elaboração de critérios de racionalidade ao direito penal econômico, tanto para a criação quanto para a aplicação da lei, tomando por base parâmetros de racionalidade do direito, expostos em especial na teoria sistêmica de Luhmann e nas teorias da argumentação de Chaïm Perelman e Robert Alexy. Estabelecido que o direito penal econômico é um ramo do direito penal e se sujeita as suas regras e princípios – apesar das particularidades inerentes àquele – busca-se demonstrar que eventual fluidez da matéria econômica regulada pelo direito penal não pode descuidar de certos princípios estruturantes, previstos ou não na Constituição Federal, devendo o magistrado visar sempre à correção das normas penais econômicas no caso concreto, de modo que situações semelhantes não recebam tratamento diverso, assegurando-se assim o respeito à segurança jurídica.

Palavras-chave: Direito Penal Econômico. Critérios de Racionalidade

ABSTRACT

Sá, Ana Luiza Barbosa de. **Rational control of the economical criminal law under the brazilian constitution**. 2012. 218 f. Tese (Doutorado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012.

The present study intends to discuss the elaboration of rational criteria to economical criminal law, both to creation and application of its legislation, taking as basis rationality yardsticks present in the judicial system, exposed especially in Luhmann's systemic theory, as well as in the theories of argumentation written by Chaïm Perelman and Robert Alexy. Knowing that economical criminal law is part of criminal law, and thus subjected to its rules and legal principles – despite all particularities pertained thereto –, it is sought here to demonstrate that the fluidity typical of economic affairs regulated by criminal law should not leave out structuring principles, whether or not directly mentioned in the Constitution, being then the judge's task to correct economical criminal law, whenever necessary, whilst applying its rules to concrete cases, so that similar situations will not be treated differently, guaranteeing therefore respect to legal security.

Keywords: Economical Criminal Law. Rational Criteria.

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO	10
1	DIREITO E ECONOMIA	15
1.1	A globalização e a aproximação dos mercados mundiais	15
1.2	A inter relação entre a economia e o ordenamento jurídico ...	21
1.2.1	<u>Teorias utilitaristas</u>	22
1.2.2	<u>Teorias da análise econômica do direito</u>	24
1.2.3	<u>A teoria da análise econômica do direito aplicada ao direito penal</u>	30
1.3	Constituição Federal e sua repercussão na economia	39
1.3.1	<u>Mandados constitucionais de criminalização na área econômica.</u>	39
1.3.2	<u>O direito administrativo sancionador e os mandados constitucionais de criminalização</u>	44
2	O BEM JURÍDICO PENAL	50
2.1	O bem jurídico e sua função legitimadora do direito penal ...	50
2.1.1	<u>A evolução da teoria do bem jurídico</u>	51
2.2	O princípio do dano (<i>harm principle</i>)	66
2.3	Os limites constitucionais do bem jurídico	71
2.4	Hierarquização entre valores constitucionais: o princípio da proporcionalidade	74
3	A RACIONALIDADE DAS LEIS	81
3.1	O processo de produção das leis	81
3.2	Fase pré-legislativa	83
3.3	Fase legislativa: a edição das leis	87
3.4	Fase pós-legislativa: a aplicação das leis pelo Judiciário	88
3.4.1	<u>A legitimação da norma pela reafirmação social: teoria dos</u>	88

	<u>sistemas</u>	
3.4.1.1	Panorama geral da teoria dos sistemas	90
3.4.1.2	A Evolução Social: a diferença entre sistema e meio	92
3.4.1.3	Evolução do Sistema Jurídico	97
3.4.1.4	O papel desempenhado pela Constituição Federal	101
3.4.2	<u>O papel da argumentação jurídica na busca da racionalidade</u>	103
3.4.2.1	A importância da lógica e da argumentação jurídica	104
3.4.2.2	A pretensão de correção e a uniformidade das decisões	107
3.4.3	<u>A legitimidade do ativismo judicial</u>	116
4	A INSERÇÃO DO DIREITO PENAL ECONÔMICO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	124
4.1	Direito Penal Liberal <i>versus</i> Direito Penal Econômico	124
4.1.1	<u>A questão dos bens jurídicos coletivos e supra individuais</u>	135
4.1.2	<u>O bem jurídico ofendido no Direito Penal Econômico: a ordem econômica</u>	140
4.2	A indiscriminada criação e aplicação de normas de Direito Penal Econômico desvinculadas da regra de reconhecimento constitucional	147
4.3	Breve análise dos julgados do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria: decisões diversas para situações semelhantes	152
4.4	A insegurança jurídica na criação e aplicação das regras de Direito Penal Econômica	156
5	CRITÉRIOS PARA UMA RACIONALIDADE NA CRIAÇÃO E APLICAÇÃO DAS LEIS PENAS ECONÔMICAS	160
5.1	A prática legislativa penal econômica	160
5.2	A pretensão de correção no direito penal econômico	164
5.2.1	<u>A regra de reconhecimento</u>	164
5.2.2	<u>A regra de reconhecimento como parâmetro à pretensão de correção no direito penal econômico</u>	167

5.3	A necessidade de apego aos princípios basilares do direito penal	172
5.3.1	<u>O princípio da legalidade</u>	172
5.3.2	<u>O princípio da imputação subjetiva</u>	176
5.3.3	<u>O princípio da proporcionalidade das penas</u>	179
5.3.4	<u>O princípio da lesividade: delimitação do bem jurídico ofendido</u> ..	183
5.3.5	<u>O princípio da intervenção mínima</u>	188
5.4	A exigência de uma política criminal uniforme, apta a nortear o operador do direito	194
	CONCLUSÃO	201
	REFERÊNCIAS	204

INTRODUÇÃO

A legislação de cunho econômico criminal tem sido criada e aplicada de forma desordenada, encontrada primordialmente em leis esparsas com previsão de subsistemas, frequentemente dissociados de valores e princípios constitucionais.

Os legisladores, com base nos mandados constitucionais de criminalização, editam diplomas legais com dispositivos autoritários, abstratos e invasivos da liberdade individual, como se não precisassem levar em consideração os limites impostos pelos demais trechos da Constituição Federal. Os magistrados, por seu turno, parecem ignorar seu papel principal de mantenedores da ordem constitucional, realizando um mero exercício de subsunção do fato à norma infraconstitucional, sem o devido cotejo com as garantias e direitos fundamentais.

Com o processo de globalização e constante modificação da seara econômico-financeira, onde as grandes empresas praticamente disputam o poder de ditar regras com o Estado e o capital assume extrema mobilidade, multiplicam-se as normas de direito penal econômico visando a antecipação da tutela da ordem econômica estatal. Sedimenta-se o uso de um direito penal de perigo, emergencial, com tipos penais abertos, administrativizado e sem comprometimento com a demonstração da efetiva lesividade que justifique a intervenção criminal.

Outro ponto primordial diz respeito à inserção de dados extrajurídicos e políticos na cominação e aplicação das regras pelo operador do direito, uma vez que contaminado pelo sentimento do que entende por justiça e, sensível a elementos circundantes, ficaria sujeito a adoção de decisões populistas em desacordo com a orientação do sistema constitucional, não realizando o exigido controle racional pelas normas de direito constitucional e pelos princípios penais estruturantes.

Toma-se como hipótese a existência de uma pretensão política criminal de uso do direito penal para conter riscos à Economia estatal, abrindo-se margem à elaboração legislativa de um direito penal econômico permeado pelo discurso populista, utilizado para referendar a quebra principiológica do direito penal.

O argumento de uma proteção penal econômica muitas vezes cede lugar a outros interesses que não jurídicos, confundindo-se enfoques político-fiscais com a visão jurídico-penal. Apenas para ilustrar, pode ser citada a situação de extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo mesmo após a instauração da ação penal,

ainda que já configurado o tipo penal, benefício que não é igualmente aplicado em outras espécies de delitos também praticados sem violência nem grave ameaça, como é o caso do furto.

A visão extremamente politizada do Direito como um todo, com influência certamente também no direito penal, pode ser vislumbrada com bastante facilidade nas decisões dos Tribunais Superiores, cuja racionalidade se dispersa de acordo com o momento político em que inserida. Situações similares podem ser tratadas diferentemente de acordo com a convicção íntima de cada julgador, ou turma de julgadores, geralmente embasando suas decisões em alguma norma constitucional vaga e indeterminada, assumindo quase um poder legiferante sobre as questões submetidas a sua apreciação.

Apesar de reconhecer que as novas relações sociais ocasionadas pela globalização econômica geraram uma série de expectativas jurídicas difíceis de atender com as figuras típicas do direito penal clássico, o emprego de mecanismos criminais nesta seara demanda o estabelecimento de parâmetros racionais para uso pelo operador jurídico.

Para garantir um sistema minimamente homogêneo, proporcionando relativa segurança jurídica àqueles submetidos ao direito penal, torna-se necessário o estabelecimento de “princípios jurídicos estruturantes” que forneçam uma diretriz ao exame das questões fático-legais cotidianas.

Tal diretriz poderá servir como guia tanto na criação das leis pelo legislador, quanto na sua interpretação pelo aplicador do direito, estruturando o sistema de acordo com o modelo teórico adotado e respectivos critérios de correção.

Buscar-se-á estabelecer as bases para definição destes “princípios jurídicos estruturantes”, adotando a Constituição Federal como fonte primária e absoluta sobre qualquer outra, evitando-se a inserção de dados extrajurídicos na cominação e aplicação das regras, sob pena de contaminá-las pelo sentimento do que se entende individualmente por justiça, em desacordo com a orientação do sistema constitucional.

Para tanto não se ignora a necessidade de um desenvolvimento cultural por parte dos operadores jurídicos, de modo que possam revelar toda a potencialidade normativa da Constituição Federal, além do acolhimento de concepções que pretendam sempre limitar o uso prévio do direito penal.

Propõe-se um debate sobre o atual afastamento da legislação

infraconstitucional penal, no seu viés econômico, em relação ao que determina a íntegra da ordem constitucional e não apenas alguns de seus Títulos, reconduzindo a Carta Magna para sua posição de destaque, superioridade e obrigatoriedade. Objetiva-se, assim, impor ao aplicador do direito um exercício de interpretação em cada caso concreto por ele analisado, utilizando-se, sempre que possível, dos métodos da ponderação e correção ao invés da mera subsunção.

Pretende-se, desta forma, reconhecer aqueles diplomas legais que, sob o pretexto de concretizar a determinação constitucional, traduzem unicamente um emergencialismo por parte do legislador, caracterizado pela improvisação, rigorismo repressivo, ausência de coordenação sistemática com o restante do ordenamento jurídico e caráter simbólico.

Esta reflexão pretende ser uma contribuição para o enriquecimento do debate sobre o tema do Direito Penal Econômico, fortalecendo sua alocação como apenas mais um ramo do direito penal, ainda que com contornos específicos, sendo-lhe absolutamente vedado promover qualquer flexibilização de garantias – mesmo naquelas hipóteses em que a fluidez da matéria regulada dificulte a precisão exigida do legislador criminal.

Pretende-se tratar do tema em um momento em que o sentimento de luta contra a impunidade parece levar à adoção de medidas e decisões judiciais em descompasso com a ordem constitucional e com os institutos do direito penal clássico, analisando-se os abalos que daí poderão advir para o respeito aos direitos e garantias fundamentais, e buscando soluções que orientem o trabalho do operador do direito.

No primeiro capítulo deste trabalho, tenta-se estabelecer o ambiente atual que favorece a discussão sobre o direito penal econômico. Inicia-se demonstrando a influência que a globalização exerceu sobre o Direito e como a ingerência do fenômeno se deu de forma diferenciada na legislação criminal, reformulando-a para assegurar o bom funcionamento do mercado. As bases desta reformulação são expostas em seguida, demonstrando-se como as questões jurídicas cotidianas tornaram-se suscetíveis de intensa abordagem econômica, até surgir a teoria da análise econômica do direito. A partir daí busca-se examinar a pertinência da aplicação dos institutos da análise econômica do direito como critérios de racionalidade ao âmbito penal, em especial na matéria dos crimes econômicos. Como resultado, analisa-se se a Constituição impõe, ou não, o uso do direito penal

em questões econômicas, ou se as sanções administrativas seriam mais adequadas.

No segundo capítulo, faz-se uma abordagem histórica da noção de bem jurídico. Analisa-se desde a teoria iluminista, quando a proteção recaía sobre direitos subjetivos, passando pela obra de Birnbaum, em que se delinea o instituto do bem jurídico, pelo princípio do dano, até alcançar a discussão sobre se os limites do bem jurídico encontram-se no texto constitucional, e por consequência qual o critério para sopesar sua predominância diante da previsão de outros bens igualmente relevantes.

No capítulo subsequente, iniciam-se os estudos sobre as teorias da racionalidade e da argumentação aplicadas ao direito em geral, como tentativa de se estabelecer parâmetros objetivos tanto ao legislador, quanto ao magistrado. Examinam-se as etapas do processo legislativo e as teorias da racionalidade, mais especificamente as de Luhmann, Chaim Perelman e Robert Alexy, todas conferindo relevância à Constituição Federal, verificando-se por fim se o ativismo judicial reveste-se de legitimidade no contexto constitucional e de legalidade penal, bem como as consequências de se conferir extrema liberdade ao julgador no momento de aplicar a norma ao caso concreto.

No quarto capítulo, examina-se a evolução dogmática e político-criminal sofrida pelo direito penal, desde uma perspectiva liberal, quando se esperava do Estado uma não intervenção na esfera privada, até o chamado Estado do bem estar social, momento em que se demanda uma atitude positiva do governo, inclusive no que diz respeito ao direito. Discute-se se o direito penal deve ser mantido apenas em seus moldes tradicionais ou se deve atender às novas demandas da sociedade e ter sua utilização renovada, e em quais bases.

Abre-se aí também a discussão quanto ao lugar ocupado pelo direito penal econômico no sistema jurídico penal, suas impropriedades dogmáticas, bem como a inconsistência e instabilidade do bem jurídico ofendido, qual seja a ordem econômica, possibilitando a aplicação de soluções diversas a casos semelhantes.

Por consequência, no quinto capítulo, passa-se a uma análise específica do correto procedimento legislativo e dos aspectos específicos de cada teoria da racionalidade que poderiam ser aplicados ao direito penal econômico, assentando que tanto o legislador quanto o magistrado têm por obrigação buscar a correção de seus institutos, em uma clara adaptação aos conceitos propostos por Alexy. Propõe-

se a vinculação obrigatória dos operadores do direito não apenas à Constituição Federal, mas igualmente aos princípios de direito penal como parâmetros obrigatórios ao exame da matéria penal econômica, assegurando-se que os instrumentos econômicos se adequem ao direito penal, e não o contrário.

Conclui-se o trabalho pugnando pela adoção de um modelo de direito penal econômico orientado pela racionalidade, mesmo reconhecendo a impossibilidade de uma única resposta correta para todos os casos de direito penal econômico levados à apreciação judicial. O importante seria fornecer critérios que permitissem alcançar a máxima uniformidade possível no raciocínio jurídico, respeitando-se tanto as normas constitucionais quanto os princípios penais estruturantes.

1 DIREITO E ECONOMIA

1.1 A globalização e a aproximação dos mercados mundiais

De acordo com Anthony Giddens¹, “o Estado-nação é o principal veículo da organização política no mundo contemporâneo”, em virtude da combinação do poder industrial com o militar e pela capacidade de expansão do poder administrativo, permitindo-lhe consolidar os recursos internamente e ao mesmo tempo competir com os demais Estados.

Entre o século XIX e a primeira metade do século XX (período inicialmente de conquistas coloniais, passando depois por duas guerras mundiais), o Estado sofreu dois processos simultâneos e conexos: internamente, outorgou para si um ordenamento complexo, fundado na limitação dos poderes do soberano, na sua sujeição à lei, na representação e na participação popular; externamente, mais se absolutizava e se legitimava em relação aos outros Estados. Quanto mais o Estado se juridicizava internamente, mais se afirmava como entidade auto-suficiente².

O Estado-Nação clássico tem suas origens no Estado absolutista, mas se desenvolveu com o advento do capitalismo industrial, adquirindo alto grau de integração política dentro de suas fronteiras³. Basta notar que a economia mundial atual é predominantemente capitalista, dominada por Estados nos quais a empresa econômica capitalista é a forma principal de produção⁴.

Faz parte da organização desses Estados que o político esteja separado do econômico, abrindo margem para uma atuação considerável por parte das organizações econômicas em alcance mundial. As empresas ajustadas à produção capitalista passam a desempenhar papel fundamental nas relações econômicas internacionais, transbordando os limites de um território em particular e exercendo

1

GIDDENS, Anthony. *O Estado-nação e a violência*. São Paulo: Edusp, 2008, p. 270/271.

² FERRAJOLI, Luigi. *A soberania no mundo moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 34.

³ GIDDENS, ob cit., p. 288.

⁴ Idem, p. 291.

extrema influência nos Estados nacionais, haja vista a dependência dos governos sobre a riqueza gerada por essas corporações para assegurar sua própria viabilidade econômica⁵.

A força de atuação e de barganha que as companhias transnacionais detêm pode ser identificada pela magnitude econômica de seus empreendimentos, pois seus orçamentos anuais por vezes superam o da maioria dos Estados⁶, permitindo-lhes manter relações diretas com os governos nacionais por meio de estruturas equivalentes a ministérios e a corpo de diplomatas⁷.

Mas além de um mercado, a economia capitalista mundial passou a envolver também a mercantilização da força de trabalho e a extração de matérias-primas em ambientes regionais diversos, bem como o estabelecimento de unidades de produção das empresas fora de seus Estados de origem⁸.

Como consequência, o Estado nacional iniciou um processo de ruína, cujas causas poderiam estar associadas tanto ao fim dos blocos mundiais quanto à crescente interdependência econômica, política, ecológica e cultural, transformando o mundo numa aldeia global. Como ensina Ferrajoli⁹, *“hoje, graças à rapidez das comunicações, nenhum acontecimento no mundo nos é alheio e nenhuma parte do mundo nos é estranha.”*

Tais eventos são comumente considerados como efeitos da globalização, palavra que aderiu ao vocabulário cotidiano e passou a ser utilizada com frequência consensual pela generalidade das pessoas como uma personificação de fenômenos diversos. André-Jean Arnaud¹⁰ estabelece que a globalização fez surgir um novo

⁵ Idem, *ibidem*.

⁶ *“Em decorrência do movimento liberal e da revolução industrial, surgiu a concentração de capital e de renda, bem como empresas que controlavam extensos mercados. Algumas, inclusive, têm movimentado somas bastante superiores àquelas pelas quais são responsáveis Estados inteiros. Por exemplo, a General Motors norte-americana fatura anualmente soma maior que a receita tributária de uma economia expressiva como a da República Argentina”.* In: JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *O contrabando – uma revisão de seus fundamentos teóricos*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2000, p. 5.

⁷ GIDDENS, *ob cit.*, p. 302.

⁸ *“Durante um longo período de expansão da economia capitalista mundial, a expansão global da produção capitalista envolveu a associação do capital, do gerenciamento e da tecnologia de um Estado com a força de trabalho e as matérias-primas de outros. Atualmente, é comum que cada um deles venha de países diferentes e, além disso, com componentes que são feitos em diversas partes do mundo. A produção internacional desloca cada vez mais o papel central do intercâmbio internacional”* (GIDDENS, *ob cit.*, p. 292/293).

⁹ FERRAJOLI, *ob cit.*, p. 47.

¹⁰ ARNAUD, André-Jean. *O direito entre modernidade e globalização: lições de filosofia do direito e do Estado*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 17.

modo de pensar, sintetizado pelas seguintes assertivas:

- que a globalização remete a um processo social, econômico, cultural e demográfico que se instala no cerne das nações e as transcende ao mesmo tempo;

-que os Estados-Nações estão cada vez mais, em larga medida, excluídos do comércio mundial, que de internacional tende a se tornar transnacional; mas do que o Estado-Nação, a despeito de seu caráter aparentemente cada vez mais problemático continua a ser um ponto de referência obrigatório;

-que o movimento contemporâneo de globalização das trocas comerciais é acompanhado, em contrapartida, de uma atenção aos processos locais, às identidades locais, sem o estudo das quais o processo global seria mal entendido; que ele opera em uma dialética permanente com o "local" – daí a expressão recentemente cunhada de "glocalização".

-Que o movimento contemporâneo de globalização do comércio é acompanhado por uma volta da sociedade civil que desempenha um papel cada vez mais importante na regulação social.

Daí ser possível concluir pela existência de diversas globalizações: haveria uma globalização da tecnologia, uma dos mercados, outra da cultura, outra do direito, e aí em diante.

De acordo com Ulrich Beck¹¹, a globalização importa na perda de fronteiras nas questões do cotidiano, tais como a economia, a informação, o meio ambiente, etc, obrigando as pessoas a um estilo de vida transnacional, ainda que não desejado. Mas de todos os aspectos existentes – sociais, culturais, políticos – o mais evidente seria o relativo à globalização econômica, por reduzir os limites impostos tradicionalmente às operações econômicas realizadas com o exterior, proporcionando a criação de mercados e regras relativamente homogêneos aos agentes econômicos transnacionais¹².

Para Ana Maria de Oliveira Nusdeo¹³, o movimento de globalização econômica começou a ser percebido a partir da década de 80, não se limitando à expansão da atividade econômica dos agentes para além de suas fronteiras, mas construindo interações funcionais diferenciadas entre as economias das várias unidades nacionais. Suas principais características podem ser assim resumidas: (1)

¹¹ BECK, Ulrich. *¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo. Respuestas a la globalización*. Barcelona: Paidós, 1998, p. 40.

¹² GRACIA MARTÍN, Luis. *El derecho penal ante la globalización económica*. In: *Cuestiones de derecho penal, proceso penal y política criminal*. José Francisco Caballero Castillo e Harold Joseph Ruiz Solís (coords.), Lima: Ara, 2010, p. 86.

¹³ NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. *Defesa da concorrência e globalização econômica*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 139.

padrões produtivos mais flexíveis e descentralizados, permitindo a fragmentação e a dispersão internacional do processo produtivo; (2) intensa ligação entre os mercados financeiros; (3) aumento da importância das empresas multinacionais; (4) formação e estreitamento de intercâmbio dentro de blocos regionais de comércio.

Dois teriam sido os fatores conjunturais mais relevantes ocorridos na década de 70, e que serviram para impulsionar o movimento de globalização. Seriam eles: a substituição do padrão fixo de taxas de câmbio para o padrão flutuante, decidido pelo governo norte-americano em 1971, que aumentou a procura por dólares no mercado internacional, levando à variação dessa moeda e à instabilidade do sistema financeiro internacional; e os choques do petróleo nos períodos de 1973/1974 e 1978/1979, que ao elevar o preço do barril conduziram ao aumento geral tanto dos preços quanto da instabilidade econômica, com duradouras e elevadas taxas de inflação¹⁴.

Na tentativa de reverter esse quadro, os governos buscaram alterar suas políticas econômicas, promovendo a desregulamentação dos mercados financeiros, estimulando o crescimento do fluxo de capitais e o aumento do número dos títulos e produtos de investimentos disponíveis no mercado. Aliado a isso, a especulação financeira e a alta circulação de capitais foram favorecidas com o desenvolvimento paralelo da informática e com a diminuição das tarifas de comunicação¹⁵.

De forma concomitante, deu-se a saturação dos mercados consumidores nos países centrais, obrigando-os a partir para a estratégia de aumento das exportações como forma de compensar a estagnação da demanda interna. Todo esse movimento, ocorrido entre as décadas de 70 e 80, era uma tentativa das empresas se adaptarem às condições econômicas de maior instabilidade, haja vista que nessa época os países capitalistas avançados começaram a diminuir seus índices de crescimento. O método de produção fordista enfraqueceu, e a sociedade de consumo de massa perdeu dinamismo com a estagflação e o acirramento dos conflitos. A recuperação do sistema capitalista só se iniciaria a partir da década de 90, mas sob outro regime¹⁶.

¹⁴ Idem, p. 141.

¹⁵ Idem, ibidem.

¹⁶ COUTINHO, Luciano. *Capitalismo, desigualdade, e o poder do Estado*. In: *Poder Econômico: direito, pobreza, violência, corrupção*. São Paulo: Manole, 2006, p. 73.

Nas décadas de 80 e 90 observou-se o desenvolvimento de técnicas de produção mais eficientes, de menores custos e mais adaptáveis às instabilidades dos mercados consumidores. Além disso, parte da produção industrial passou a ser organizada em cadeias transnacionais, assistindo-se a um grande número de aquisições de empresas, fusões, cisões e incorporações, formação de grupos societários e acordos de cooperação, voltados à racionalização das estruturas administrativas, à expansão do mercado e aos arranjos de menor tributação¹⁷.

As corporações transnacionais passaram a exercer o domínio da economia mundial, operando com relativa autonomia em relação aos ordenamentos nacionais – que delas dependem economicamente – criando suas próprias regras para a ordenação das relações comerciais entre si.

Já os Estados globalizados de certa forma abandonaram a proteção dos bens jurídicos envolvidos na atividade de produção das corporações transnacionais, ligados aos direitos econômicos, sociais e ao equilíbrio ambiental, concedendo maiores benefícios às corporações, que não os revertem em prol das comunidades exploradas, mas sim nas próprias operações globalizadoras¹⁸.

Uma das características negativas dessa internacionalização dos mercados é a volatilidade do capital, observada na rápida transferência de valores entre as Bolsas nacionais, e conseqüentemente entre os sistemas financeiros nacionais, possibilitando o advento de crises econômicas devido a vulnerabilidade dos sistemas bancários e a capacidade de dano dos orçamentos estatais nacionais.

No mundo globalizado o capital não tem domicílio fixo e os fluxos financeiros estão fora do controle dos governos nacionais, sendo certo que o aumento da influência das incorporações transnacionais criou novos canais para a alocação de recursos, retirados muitas vezes de áreas menos desenvolvidas e ao alvedrio das respectivas autoridades financeiras¹⁹.

A extrema interligação e interdependência entre as atividades econômicas dos diversos Estados, para além de seu aspecto positivo de aproximar as relações comerciais e facilitar o intercâmbio, possuiria um relevante efeito negativo devido ao reflexo quase imediato das agruras econômicas de um país sobre as políticas

¹⁷ NUSDEO, ob cit., p. 143/145.

¹⁸ GRACÍA MARTIN, ob cit., p. 95.

¹⁹ BAUMANN, ob cit., p. 64.

econômicas de outro, podendo levar a uma decadência econômica em cadeia.

Nesse sentido, interessante utilizar como exemplo os apontamentos de Feijoo Sánchez²⁰, ao analisar as circunstâncias que poderiam ter corroborado para a recente crise econômica espanhola. Para o autor, (a) é uma crise que provém em grande medida do exterior, com destaque para a má atuação dos operadores do mercado financeiro ao negociar produtos de terceiros originados no exterior; (b) como consequência, geração de problemas de liquidez e de obtenção de crédito; e (c) efeitos sociais diretos pela alta nos índices de desemprego.

Um exemplo ainda mais marcante dessa vinculação nociva entre os mercados financeiros nacionais é vislumbrado pelo exame da aguda crise econômica que assolou os Estados Unidos da América em 2008 e que ainda pode ser sentida atualmente, cujo ápice foi a liquidação do banco de investimentos Lehman Brothers. Em efeito cascata, outras instituições financeiras integraram a cadeia de bancarrota, no evento também conhecido como crise dos *subprime*. Em pouquíssimo tempo a crise atravessou o Atlântico, e inúmeros grupos econômicos ao redor do mundo anunciaram perdas bilionárias.

De acordo com Bresser-Pereira²¹, alguns fatores restaram claros como catalisadores dessa crise: (1) é uma crise bancária que ocorre no centro do capitalismo, não tendo havido falta de confiança apenas nos bancos e no mercado, mas englobando a economia norte-americana como um todo; (2) a causa direta da crise foi a concessão de empréstimos hipotecários de forma irresponsável, mediante inovações financeiras criadas pelas agências de risco para agradar seus clientes; (3) um dos aspectos favorecedores foi a desregulamentação sistemática dos mercados financeiros nacionais a partir da década de 70, início da onda ideológica neoliberal (apregando que os mercados são mais eficientes que qualquer intervenção corretiva do Estado); (4) adoção da ideologia ultraliberal, com base na noção de “escolha racional”; (5) a pressuposição de mercado eficiente dispensou o estabelecimento de qualquer política econômica, a não ser a de ajuste fiscal.

²⁰ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. *Crisis económica y derecho penal: responsabilidad de intermediarios financieros por la comercialización de productos de terceros, incremento de insolvencias y de la conflictividad social*. In: *Cuestiones de derecho penal, proceso penal y política criminal*. José Francisco Caballero Castillo e Harold Joseph Ruiz Solís (coords.), Lima: Ara, 2010, p. 115.

²¹ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. *Crise e recuperação da confiança*. Revista de Economia Política, vol. 29, n. 1 (113), pp. 133-149, jan.-mar. 2009. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rep/v29n1/08.pdf>>. Acesso em: 17 jul. 2012

Curiosamente, em uma verdadeira reviravolta, a crise econômica implicou no ressurgimento das estruturas estatais de cada país, vistas agora como tábua de salvação, deixando evidente a impossibilidade de se manter a postura de oposição entre mercado e Estado, proposta pelos neoliberais. A melhor postura seria, ao invés de enfraquecer o Estado, reconhecer sua magnitude frente ao mercado, cabendo-lhe a regulação e a garantia deste último, pois em última instância é o Estado quem poderá servir como prestador²².

A partir daí, a abordagem econômica das questões cotidianas, tais como o efeito da taxa de juros sobre o nível de emprego e a criação de barreiras tarifárias, incluindo a conveniência em se adotar determinadas políticas públicas, com o empenho de parcela do orçamento estatal para alcançar o bem-estar social, começaram a despertar interesse por estudos mais aprofundados, não apenas no âmbito estrito da economia, mas também dos institutos jurídicos a ela associados.

Apesar da análise econômica do direito já se caracterizar como linha de pesquisa dentro das ciências jurídicas desde pelo menos a década de 1960, recentemente seus estudos parecem ter recebido maior atenção, talvez influenciados pela ideia de uso racional das relações econômicas para pautar a atuação do Estado, evitando assim novas crises.

Originada em teorias utilitaristas e no princípio da utilidade, a análise econômica do direito tenta fornecer o instrumental necessário para, por um lado, compreender as implicações fáticas do ordenamento jurídico na economia e, por outro, definir quais regras jurídicas deveriam ser adotadas para alcançar os fins propostos dentro de uma concepção de bem-estar social.

Assim, no intuito de verificar se o método empregado pela análise econômica do direito poderia auxiliar no estabelecimento de critérios racionais, aplicáveis tanto ao aparato legislativo quanto judicial na matéria específica do direito penal econômico, passa-se ao exame primeiro de suas origens, e em seguida de suas implicações nas criminalizações econômicas.

1.2 A inter relação entre a economia e o ordenamento jurídico

²² Idem, p. 134.

1.2.1 Teorias Utilitaristas

Apesar das inúmeras vertentes teóricas sob a denominação utilitarista, é possível identificar um traço comum entre elas pela aplicação do princípio da utilidade como critério último da moralidade, mediante o uso de duas noções fundamentais: (1) a correção das ações (normas, práticas ou instituições) depende das suas consequências e (2) o que conta no cálculo das consequências é o resultado da ação para o bem-estar geral (utilidade)²³.

O utilitarismo sustenta que o valor moral de uma ação, conduta, instituição ou lei deve ser analisado por sua eficácia na promoção da felicidade, acumulada por todos os habitantes da sociedade. As origens do utilitarismo remontam a Beccaria, Hume e outros, mas foi com os trabalhos de John Stuart Mill (*A riqueza das nações*) e de Jeremy Bentham que o utilitarismo alcançou alto grau de desenvolvimento, com reflexos inclusive na teoria do direito²⁴.

Tais autores foram os líderes do chamado radicalismo filosófico, movimento por reformas legais e políticas na Inglaterra no início do século XIX, amparado no princípio da maior felicidade para o maior número de pessoas. Os adeptos do radicalismo filosófico objetivavam promover as reformas políticas e legais necessárias à implantação da sociedade utilitarista na Inglaterra²⁵.

Apesar dessa ideologia não ter obtido êxito em promover a ampla reforma desejada à época, suas ideias permaneceram influenciando o pensamento ético, político, legal e social do século XIX, a ponto de representar uma concepção de vida implícita no planejamento econômico e político da maioria das sociedades atuais²⁶.

Coube a Bentham conferir maior visibilidade aos ideais do utilitarismo, concebendo os indivíduos economicamente mediante a utilização do princípio da maior felicidade ou da utilidade: o objetivo seria promover a maior felicidade para o maior número de pessoas, levado em conta como parâmetro para a adoção de

²³ PICOLI, Rogerio Antonio. *Utilitarismos, Bentham e a história da tradição*. In: *Revista Eletrônica do Grupo PET, Existência e Arte*. Ano V, Número V, jan.-dez. 2010, ISSN 1808-6926, p. 4.

²⁴ POSNER, Richard A. *A economia da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 59/60.

²⁵ PICOLI, ob cit., p. 9.

²⁶ Idem, p. 10.

políticas públicas o fato de que o sujeito, como pessoa racional, atuaria sempre maximizando seus próprios interesses, prática tendente a se repetir na sociedade como um todo²⁷.

O utilitarismo foi alvo de críticas, por ser uma teoria tanto da moral individual quanto da justiça social (o homem íntegro se esforça por elevar a soma total de felicidade, e a sociedade justa é a que busca elevar essa soma total ao seu valor máximo), em especial por conta da incerteza de seu campo de ação²⁸.

Não se define quem serão os destinatários dessa máxima felicidade, perseguida mediante a elaboração de políticas públicas. Estariam incluídos os estrangeiros, ou mesmo aqueles que ainda não nasceram? Tais questionamentos acabariam tendo reflexo sobre questões como aborto, previdência privada, normas de poupança, etc. Por outro lado, uma taxa elevada de natalidade poderia provocar uma queda no padrão de vida e na média da felicidade de um país. Uma vez que a lógica do utilitarismo é a maximização da quantidade total de felicidade, tal objetivo somente poderá ser alcançado mediante a infelicidade de um grande número de pessoas (aqueles que precisariam dar lugar aos estrangeiros, a uma enorme quantidade de recém-nascidos, etc)²⁹.

Ao mesmo tempo, seria impossível determinar o grau de satisfação de uma pessoa com a adoção de determinada decisão ou política, inexistindo método confiável para aferir o grau de satisfação de um indivíduo com base no grau de satisfação de um outro indivíduo. Abrir-se-ia margem a verdadeiras aberrações jurídicas, fundamentando-se direitos de suma importância na suposição de que promovem a felicidade³⁰. A título exemplificativo, o utilitarismo poderia apoiar um sistema penal que apregoasse o extermínio de um determinado grupo de pessoas, desde que justificado em prol da felicidade total da sociedade.

Para John Rawls³¹ o utilitarismo se equivoca ao adotar para a sociedade como um todo os princípios da escolha racional utilizados por um único ser humano.

²⁷ GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos: direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 240.

²⁸ POSNER, ob cit., p. 63.

²⁹ Idem, p. 65.

³⁰ Idem, p. 66/68.

³¹ RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 29.

Este seria um observador imparcial, dotado de poderes ideais de solidariedade e de imaginação, apto a se identificar com os desejos dos outros e a experimentá-los como se fossem seus. Via de consequência, a tarefa do legislador ideal restringe-se a maximizar os desejos desse indivíduo, apenas ajustando-os às regras do sistema social.

Sem levar em conta a diferença entre as pessoas, trabalha-se para estender à sociedade o princípio da escolha de um único ser humano, tentando depois fazer essa extensão funcionar, juntando-se as mais diferentes pessoas sob a percepção dos atos criativos de um suposto observador solidário e imparcial.

Para Rawls, ao contrário, cada membro da sociedade deve ser visto como detentor de um direito natural que nem mesmo o bem-estar de todos os outros poderia anular. Numa sociedade justa as liberdades básicas e os direitos assegurados pela justiça não estão sujeitos à negociação política nem ao cálculo dos interesses sociais³².

Já Richard Posner afirma que o enfoque de Rawls seria tão indefinido quanto o utilitarista, pois mesmo não adotando o ponto de vista de um único sujeito como o melhor para a sociedade, também restaria baseado em presunções, no caso, de que a justiça seria o fruto coletivo das escolhas dos indivíduos no estado original, sacrificando a liberdade econômica individual em prol da seguridade social³³.

Haja vista as deficiências apontadas, a análise econômica do direito surge como um sistema alternativo, uma vez que tenta fornecer contornos mais técnicos à teoria utilitarista.

1.2.2 Teorias da Análise Econômica do Direito

A análise econômica do direito é um movimento metodológico atribuído à doutrina americana, surgido na Universidade de Chicago no início da década de 1960, com a criação do *Journal of Law and Economics*, tendo como precursores Ronald Coase e Richard Posner (este último por conta do lançamento do livro *Law and Economics*), e Guido Calabresi, da Universidade de Yale, não sendo, contudo,

³² Idem, p. 30.

³³ POSNER, ob cit., p. 71.

um movimento coeso³⁴.

Seu principal objeto de estudo consiste na maximização da eficiência econômica das instituições sociais, aí incluído o Direito, analisando a conduta humana por meio da separação entre ação moral e ação econômica, esta última exclusivamente sujeita a cálculos de retorno das ações. A utilidade acima exposta torna-se o elemento quantificável para a análise racional das relações econômicas³⁵.

A economia, assim, forneceria uma teoria comportamental para prever como as pessoas reagem às leis, equiparando as sanções aos preços. As pessoas reagiriam às sanções, em grande parte, como reagiriam aos preços: consumindo menos o produto mais caro ou praticando menos as atividades com sanções mais graves³⁶.

Tradicionalmente existem dois métodos para definir racionalidade de comportamento na teoria econômica. O primeiro trata da consistência interna da escolha (correspondência entre o que se tenta obter e como se busca obtê-lo, o que deveria levar em conta preferências, valores e motivações) e o segundo da maximização do auto-interesse (correspondência externa entre as escolhas que uma pessoa faz e seu auto-interesse). A crítica que se faz a esta última reside em desconsiderar a possibilidade de sacrifícios de interesses pessoais em prol de um grupo, por exemplo, o que dificilmente poderia ser tido como irracional³⁷.

Em suma, o método econômico teria como pressuposto a noção de escolha racional, baseada na estabilidade das preferências e das escolhas individuais durante certo lapso temporal. Tal método não difere muito do adotado pelo sistema jurídico no que tange à definição do homem médio, amparada em padrões sociais ou institucionais existentes, aprovados, desejados e estimulados, cujos desvios podem inclusive levar a punições, seja pelo sistema jurídico, seja por normas socialmente aceitas³⁸.

No setor público, a teoria da análise econômica serviria como padrão

³⁴ ROSA, Alexandre Morais. *Diálogos com a Law & Economics*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 55.

³⁵ GALDINO, ob cit., p. 241/242.

³⁶ COOTER, Robert. ULEN, Thomas. *Direito & Economia*. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2005, p. 25.

³⁷ SEN, Amartya. *Sobre ética e economia*. São Paulo: Companhia das Letras., 3. reimp, 1999, p. 26/36.

³⁸ SZTAJN, Rachel. *Law and Economics*. In: *Direito & Economia: análise econômica do direito e das organizações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 80.

normativo para avaliar o direito e as políticas públicas, utilizando-se as leis como instrumentos para atingir objetivos sociais e a eficiência na atuação das autoridades públicas. No setor privado, não se fala em eficiência, mas sim em maximização dos lucros, com os advogados utilizando o corpo de leis para auxiliar as empresas na busca pela lucratividade³⁹.

Esse exame do direito pelo viés econômico, buscando a maior eficiência possível nas alocações sociais, poderá ser realizado em duas vertentes: através da maximização das utilidades individuais (regra de Pareto) e da maximização da riqueza social (bem-estar social). Partindo-se da racionalidade individual e do bem-estar social busca-se averiguar quais os impactos das normas legais no comportamentos dos sujeitos e Instituições, e quais as melhores normas⁴⁰.

Na primeira vertente, afirma-se a eficiência econômica quando, numa transação comercial, os lucros de ambas as partes forem maximizados, gerando o máximo de bem-estar individual. A distribuição dos recursos terá sido Pareto eficiente sempre que impossível alguma outra forma de alocação em que se possa elevar o bem-estar de uma pessoa sem diminuir o de outra⁴¹.

Para Posner⁴² a abordagem de Pareto não forneceria uma solução ao problema da mensuração da satisfação, pois estaria partindo do pressuposto de que em uma troca voluntária ambas as partes assumiriam uma posição melhor que aquela na qual se encontravam anteriormente, quando em realidade seriam raras as situações em que ninguém fosse afetado por uma transação voluntária.

Já na segunda vertente a eficiência será aferida pela capacidade de uma determinada medida de alocação de bens ou recursos gerar a maximização da riqueza social, situação alcançada quando todos os seus recursos e direitos são distribuídos de tal maneira que a soma das valorizações individuais é tão elevada quanto possível⁴³.

Dessa forma, o direito passava a ser visto pelos economistas como mais um instrumento para a organização da vida social, dentre tantas outras instituições

³⁹ COOTER, ob cit., p. 26.

⁴⁰ ROSA, ob cit., p. 57.

⁴¹ GALDINO, ob cit., p. 243.

⁴² POSNER, ob cit., p. 66.

⁴³ GALDINO, ob cit., p. 243.

sociais existentes⁴⁴. Significa que tanto as normas jurídicas quanto as decisões judiciais devem ter sempre como finalidade alcançar a máxima eficiência, utilizada como um sinônimo para justiça : *“a decisão mais justa será aquela que se mostrar mais condizente com os critérios escolhidos de eficiência, preferencialmente no sentido de aumentar a riqueza social global”*⁴⁵.

Para realizar seu objeto, a análise econômica do direito toma emprestados alguns elementos pertencentes à teoria microeconômica, tida como o estudo da alocação de recursos escassos entre fins alternativos: sendo limitada a renda auferida por cada indivíduo, este se vê obrigado a escolher entre os diversos bens e serviços oferecidos⁴⁶.

Tais elementos consistem na teoria da oferta e da demanda, no exame das opções feitas por empresas e firmas para gerenciar suas produções, na análise da interação entre consumidores e empresas com vistas a promover um mercado equilibrado, e na economia do bem-estar por meio do alcance da eficiência.

A teoria da oferta e da demanda relaciona-se tanto com a quantidade de um bem que um conjunto de produtores está disposto a entregar ao mercado a um dado preço, e em determinado período, quanto com a quantidade desse mesmo bem adquirida a um dado preço, num certo lapso de tempo⁴⁷.

A demanda, assim, expõe a dependência entre duas variáveis: a quantidade e o preço, que dentro de um modelo concorrencial puro farão com que o consumidor amolde seu desejo de obter determinado bem ou serviço ao preço encontrado no mercado. Sem esquecer, claro, de outros fatores que também poderão exercer influência para esse consumo, mais especificamente o nível de renda, os hábitos de consumo influenciados pela propaganda, etc⁴⁸.

Acrescido a isso, estaria a noção de utilidade marginal do bem ou serviço, traduzida como a utilidade inserta em uma unidade ou dose adicional de qualquer produto. Quando esse acréscimo de utilidade chegar a zero, o indivíduo

⁴⁴ STIGLER, George J. *Law or economics? In The Journal of Law and Economics*, volume XXXV, p. 456.

⁴⁵ GALDINO, ob cit., p. 244.

⁴⁶ COOTER, ob cit., p. 36.

⁴⁷ NUSDEO, Fabio. *Curso de economia: introdução ao direito econômico*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 231 e 247.

⁴⁸ Idem, p. 239.

experimentará mais desconforto do que prazer, sendo essa a base sobre a qual as decisões de consumo são tomadas. De fato o que leva as pessoas a optarem quanto à utilização de determinado bem é o acréscimo marginal (adicional) por ele proporcionado em termos de utilidade, podendo a partir daí se afirmar que as decisões econômicas são tomadas *na margem*⁴⁹.

Já a oferta não pode ficar alheia ao intuito de lucro da atividade empresarial, fator aleatório e residual da produção. É o que sobra entre o preço de mercado obtido pelo bem e o seu custo, podendo ser positivo, nulo ou negativo (prejuízo). Nesse cálculo, deverá também ser levada em consideração a ideia de custo marginal, ou custo de produzir uma unidade a mais do bem em questão. A curto prazo a empresa pautará suas decisões em função do custo marginal, produzindo até o ponto em que este for igual ao preço encontrado no mercado⁵⁰. Enquanto o benefício marginal (resultante de possuir mais do que se está tentando maximizar) compensar, e for maior do que o custo marginal, a empresa continuará produzindo.

A partir da noção de que consumidores e empresários tentam maximizar a utilidade e o lucro, respectivamente, os dados obtidos mediante a análise da teoria da oferta e da demanda podem conduzir ao equilíbrio do mercado, alcançado mediante a intersecção do que o consumidor está disposto a pagar e o mínimo que o produtor deseja receber⁵¹.

Por fim, a economia do bem-estar explora a forma como as decisões de muitos indivíduos e empresas interagem e afetam o bem-estar dos indivíduos como um grupo. Aqui se colocam as questões inerentes às políticas públicas, tais como se mercados não regulamentados podem maximizar o bem-estar individual, quando e como o governo deveria intervir no mercado, entre outras⁵².

Uma das principais críticas a essa economicização do direito consiste na visão do homem como simples maximizador de interesses individuais, com suas ações analisadas por meio da teoria da escolha racional, entendida como a capacidade de um agente racional em classificar alternativas conforme o grau de

⁴⁹ Idem, p. 33.

⁵⁰ Idem, p. 257.

⁵¹ BORGES, Lucas Dornelles Krás. *Análise econômica do direito penal: a aplicação da teoria econômica como método de diminuição da prática de preços predatórios*. Artigo extraído do site: <www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/.../1/lucas_borges.pdf>. Acesso em: jul. 2011, p. 9.

⁵² COOTER, ob cit., p. 60.

satisfação proporcionado⁵³.

Essa parece ser uma visão limitada e reducionista do sujeito, destituído da versatilidade de comportamentos humanos e da constatação de que existem outras motivações determinantes das ações humanas, e diversas do seu próprio bem-estar⁵⁴.

O afastamento de uma parcela da realidade, constituída pela política e pela moral, frustra a utilidade dos resultados alcançados pela análise econômica do direito. A riqueza não pode ser considerada um valor em si mesma, por consequência a visão purista da economia empobrece a própria análise econômica do direito por afastar quaisquer análises éticas, já que tidas como carentes de objetividade⁵⁵.

O Direito é fundamentalmente orientado por valores e voltado para considerações éticas, buscando regular o comportamento humano com base em critérios abstratos de justiça e levando em conta as múltiplas faces da vida humana. Já a economia tende a descrever a conduta humana com base única e exclusivamente na racionalidade e na eficiência⁵⁶.

Não se ignora eventuais benefícios que a análise econômica poderia trazer para o direito, em especial no estabelecimento de políticas públicas. Mas para isso a cultura jurídica, mesmo reconhecendo que as ciências econômicas possuem instrumentos de análise mais precisos para alcançar resultados mais próximos da realidade, não poderia jamais permitir que se descuidasse da conjugação das possibilidades econômicas com os valores éticos⁵⁷.

Nas palavras de Amartya Sen⁵⁸, *“o mundo decerto tem sua cota de Hamlets, Macbeths, Lears e Otelos. Os tipos friamente racionais podem povoar nossos livros didáticos, mas o mundo é mais rico”*.

⁵³ Idem, p. 36.

⁵⁴ GALDINO, ob cit., p. 245.

⁵⁵ Idem, p. 250.

⁵⁶ Idem, p. 252/253.

⁵⁷ Idem, p. 253.

⁵⁸ SEN, ob cit., p. 27.

1.2.3 A teoria da análise econômica do direito aplicada ao direito penal

O estudo da economia conjugado com o direito penal tem merecido o interesse doutrinário baseado na premissa de que o aumento da criminalidade em determinada região poderia causar um impacto negativo em sua atividade econômica, afastando investimentos, majorando os preços dos produtos pela incorporação dos custos com a segurança, e causando danos em geral à sociedade pelo direcionamento dos gastos públicos a impedir as práticas criminosas, quando uma parcela desses recursos poderia estar sendo direcionada ao setor produtivo lícito da economia⁵⁹.

Tal raciocínio coaduna-se com a noção de busca de eficiência do sistema penal, ressaltando Silva Sánchez⁶⁰ “*que no desenvolvimento da política criminal – desde o surgimento das doutrinas de justificação do Direito Penal ne peccetur até as construções atuais de um autor do porte de Jakobs, por exemplo – os fundamentos consequencialistas sempre ocuparam um lugar substancial*”, assumindo ainda que na própria dogmática há uma tendência à criação de institutos a partir de perspectivas teleológicas, propícias a acolher as considerações de eficiência.

Para esse autor, a análise econômica do direito integra, inquestionavelmente, o plano geral das correntes utilitaristas, sustentando que a eficiência no direito penal deve ser encarada não apenas como um princípio (operando como uma planilha de correção ideal de atos ou regulações), mas principalmente considerando uma atuação eficiente como um fenômeno real. O delito é entendido como um ato ineficiente, caracterizado pela transferência coativa de riqueza, realizada à margem do mercado, cabendo à sociedade neutralizar esse ato atribuindo custos adicionais a sua prática, sempre tomando por base que o sujeito destinatário das leis penais realizará um cálculo de eficiência⁶¹.

Foi com o artigo de Gary Becker, *Crime and Punishment: an Economic Approach*, publicado em 1974, que se iniciaram os estudos sobre a aplicação dos

⁵⁹ SHIKIDA, Pery Francisco Assis. AMARAL, Thiago Bottino do. *Análise Econômica do Crime. In: Direito e Economia no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 297.

⁶⁰ SILVA SANCHÉZ, Jesús-Maria. *Eficiência e direito penal*. Barueri/SP: Manole, 2004, p. 3/4.

⁶¹ Idem, p. 5 e 26.

instrumentos microeconômicos ao comportamento humano na prática de crimes.

De acordo com Becker⁶², Bentham e Beccaria já adotavam em seus trabalhos um enfoque econômico para os estudos sobre a prática de crimes, ainda que de modo incipiente. Assim, considera ser possível adotar um método econômico que permita quantificar o custo do crime, dissuadindo o sujeito da prática desse ato mediante o uso dos recursos e punições adequadas. Em outras palavras, a lei deveria impôr penas severas o suficiente para que o benefício líquido esperado pelo autor do crime fosse sempre negativo.

Para a realização desse cálculo a teoria da análise econômica do direito penal deve, em primeiro lugar, se pautar pela existência de um ser humano racional e amoral, capaz de decidir se deve ou não cometer um crime sem ser limitado pela culpa ou por uma moralidade internalizada⁶³. Será tida como uma “escolha racional” aquela capaz de fornecer satisfação individual e no curto prazo, o que, tacitamente, acabaria por transformar toda ação solidária ou altruísta em um comportamento irracional⁶⁴.

Claudia Maria Cruz Santos⁶⁵ esclarece que a teoria da escolha racional é uma das correntes associadas ao realismo de esquerda, que defende a realização de uma série de intervenções no intuito de prevenir o delito, tais como o envolvimento comunitário, um melhor policiamento, a resolução dos problemas estruturais na base das infrações, o fortalecimento da posição de vítima, entre outros. Apesar de compreenderem como um dos fatores explicativos da delinquência a relativa privação de bens, o que exerceria uma pressão no sentido de infringir as normas, também admitem uma certa possibilidade de escolha. A privação pode não ser a causa necessária do crime, mas em determinadas circunstâncias torna-se o elemento condicionador da escolha.

Por seu turno, o método econômico de análise do direito penal afastaria qualquer raciocínio subjetivo, como se o indivíduo atuasse somente mediante

⁶² BECKER, Gary S. *Crime and Punishment: an Economic Approach*. In: *Essays in the Economics of Crime and Punishment*. (<http://www.nber.org/books/beck74-1>), 1974, p. 2 e 45.

⁶³ COOTER, ob cit., p. 475.

⁶⁴ ANITUA, Gabriel Ignácio. *Histórias dos pensamentos criminológicos*. Rio de Janeiro: Revan, Instituto Carioca de Criminologia, 2008, p. 792.

⁶⁵ SANTOS, Claudia Maria Cruz. *O crime de colarinho branco (da origem do conceito e sua relevância criminológica à questão da desigualdade na administração da justiça penal)*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 172/173.

cálculos prévios da utilidade marginal da sua conduta. No caso do autor do crime, estaria sempre calculando os benefícios marginais do delito e a pena esperada, desconsiderando que o direito criminal não prescinde do exame da intenção do agente⁶⁶.

Tanto é assim que a teoria econômica do crime, fundamentando-se exclusivamente em modelos matemáticos, pretendeu estabelecer modelos econômicos comportamentais, tudo visando a justificar a existência de “*pessoas amantes ao risco no que diz respeito às atividades ilegais*”⁶⁷. Daí se trabalhar com base nos seguintes modelos: (1) modelo de alocação ótima do tempo (o indivíduo escolheria a quantidade de tempo que seria alocada em uma atividade econômica, lícita ou ilícita, dependendo dos rendimentos esperados); (2) modelo comportamental (o eventual benefício econômico auferido por uma pessoa na prática de um crime poderia ensejar a repetição daquela conduta por outros indivíduos); (3) modelo de migração (a partir da avaliação das oportunidades e dos ganhos disponíveis tanto no setor lícito quanto no ilícito, o indivíduo poderia migrar para a atividade criminosa); e (4) modelo de portfólio (a decisão individual de participar do crime pressupõe a escolha de quanto de riqueza deveria ser alocada no mercado lícito e ilícito, agregando ainda a esta última o custo do risco)⁶⁸.

No que tange especificamente aos chamados crimes premeditados, questiona-se se o modelo econômico seria adequado à análise do suposto processo de raciocínio real do agente, sendo este o viés sob o qual será examinada a possibilidade de utilização do método econômico de análise do direito sobre o direito penal econômico, ou *white collar crimes*.

Passa-se agora a uma breve exposição do alegado poder de dissuasão da pena, nos termos propostos pela teoria da análise econômica do direito, de modo a se verificar a conveniência de sua aplicação ao direito penal econômico.

Para facilitar o estudo, será sustentada a premissa de que o empresário, exercendo atividade econômica organizada, examinaria todas as consequências de seus atos de modo a maximizar seus interesses em busca de lucros dentro de um mercado livre e globalizado, ou seja, a análise do custo e benefício já faria parte do

⁶⁶ COOTER, ob cit., p. 481.

⁶⁷ SHIKIDA, Pery Francisco Assis; AMARAL, Thiago Bottino do. Ob cit., p. 309.

⁶⁸ Idem, p. 308.

cotidiano empresarial. Da mesma forma, no momento de infringir uma norma tributária, por exemplo, o empresário verificaria todas as variáveis possíveis, incluindo até mesmo consultas a advogados especializados, para então calcular as consequências, para ele e para a pessoa jurídica, de omitir determinado lançamento tributário⁶⁹.

Assim, partindo da noção de que os crimes poderão ser classificados em mais graves ou menos graves, com respectivas penas mais ou menos severas, será tida como a pena real aquela cuja seriedade estiver prescrita no código penal enquanto função da seriedade do delito efetivamente praticado⁷⁰.

A título exemplificativo, a pena real para uma sonegação fiscal deve exceder a restituição perfeita, logo, se um indivíduo fraudasse a tributação em R\$ 1.000,00, e condenado lhe fosse aplicada uma multa no mesmo valor, ter-se-ia uma restituição perfeita, onde a severidade da pena será equivalente a gravidade do crime. Nesse caso, para a análise econômica a prática do tipo legal compensará, sem que a norma legal tenha exercido sua função dissuasora⁷¹.

De acordo com Geraldo Brenner⁷² a teoria da dissuasão seria relevante para auxiliar a sociedade a se conduzir por um comportamento orientado a legalidade, sendo certo que a dissuasão legal exerceria o papel de verdadeira ameaça, alertando aos indivíduos que a conduta tipificada não será tolerada, mas ao contrário punida com severidade.

Para que ocorresse a dissuasão a sanção penal deveria ultrapassar a mera devolução dos valores apropriados, considerando-se ainda a possibilidade de descoberta do autor do crime e de sua condenação. Imaginando-se que a pena para uma fraude tributária de R\$ 1.000,00 seja de R\$ 2.000,00, e havendo uma eficiência policial e judiciária estimada de aproximadamente 30% de captura e condenação de

⁶⁹ “Os white-collars são, por definição, os agentes vistos como mais frios e racionais, predadores apenas movidos pelo intuito de lucro e não pelas humanas paixões. Eis a razão pela qual, segundo cremos, as teorias da escolha racional e da prevenção situacional parecem assentar-lhes como uma luva: a 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”. (SANTOS, ob cit., p. 175).

⁷⁰ COOTER, ob cit., p. 481.

⁷¹ BORGES, ob cit., p. 14.

⁷² BRENER, Geraldo. *Entendendo o Comportamento Criminoso: educação, ensino de valores morais e a necessidade de coibir o comportamento criminoso: uma contribuição da teoria econômica e um recado para nossas autoridades*. Porto Alegre: AGE, 2009, p. 72.

seu autor, o crime compensaria ainda que houvesse o aumento da pena, uma vez que a punição esperada (R\$ 60,00) permaneceria abaixo do benefício adquirido⁷³.

Levando em consideração um raciocínio amoral com único interesse na maximização da riqueza, o sujeito iria subtrair o benefício auferido (representado por “b”) do quanto ele deverá pagar na forma de multa no caso de uma captura ou condenação (representado por “c”), multiplicado pela probabilidade de ser pego e condenado (representado por “p”), formando a equação: $b - c \cdot p$ ⁷⁴

Tomando como base que o autor do crime poderia não ser localizado, nem preso, ou sequer condenado, um crime racional seria praticado quando o autor calculasse a probabilidade da pena enquanto realizasse o ato previsto como crime: *“podemos dizer que o criminoso racional calcula o valor esperado da apropriação indébita, que é igual ao ganho menos a pena, multiplicada pela probabilidade de ser pego e condenado”*⁷⁵.

Por outro lado, mantendo o mesmo exemplo da fraude de tributação de R\$ 1.000,00 com uma penal de multa de R\$2.000,00, mas agora com uma taxa estimada de 90% de captura e de condenação, o crime não mais compensaria, por falta de lucratividade e a sanção penal teria exercido sua função de dissuasão⁷⁶.

Assim, poder-se-ia entender como a matemática do crime a noção de que o sujeito racional amoral escolheria a gravidade do crime (aferida em reais) até o limite em que pudesse maximizar seu retorno líquido (também aferida em reais). Ou seja, sendo o benefício marginal igual ao custo marginal, o sujeito maximizará seu retorno líquido não alterando a seriedade do seu crime⁷⁷.

Com base nessa equação é que os partidários da aplicação da análise econômica ao direito penal advogam pela possibilidade de que sua teoria possa auxiliar na elaboração e implementação de políticas públicas de combate à prática de ilícitos econômicos, tomando como premissa a ideia de que o indivíduo racional diminuiria a seriedade de seu crime para compensar o risco maior criado pelo

⁷³ BORGES, ob cit., p. 13/15.

⁷⁴ Idem, ibidem.

⁷⁵ COOTER, ob cit., p. 476.

⁷⁶ BORGES, ob cit., p. 15.

⁷⁷ *“Por exemplo, se a pena pela apropriação indébita de \$1.000,00 é de \$2.000,00 e a probabilidade do criminoso ser pego e condenado for igual a 75%, a pena esperada é igual a $0,75(\$2.000,00) = \$1.500,00$ ”*. COOTER, ob cit., 478.

aumento da escala de penas. E por consequência, tomando emprestada a teoria da demanda e da oferta explicitada no tópico anterior, a quantidade de crimes diminuiria à medida que a pena esperada aumentasse, bem como sujeitos que em outras situações optariam por delinquir acabariam decidindo pelo não cometimento de crime algum⁷⁸.

A crítica reside em que os cálculos de custos e benefícios propostos pela teoria da análise econômica poderiam conduzir à justificativa de elevação dos máximos punitivos, sob o argumento de que a modificação legislativa implicaria em menos gastos que o investimento em agências de justiça com objetivo de perseguição penal. Reforçam-se aqui as teorias da prevenção geral negativa ou dissuasão, de raiz utilitária⁷⁹, as quais adotariam a máxima simplista, e absolutamente destituída de dados empíricos, de que a impossibilidade de verificação real da dissuasão de uma conduta ilícita apenas indicaria a necessidade de aumento do castigo⁸⁰.

O risco desse pensamento estaria na mera utilização do castigo como uma mensagem, e na consequente instrumentalização do homem, além de legitimar a criação de um direito penal simbólico mediante a recuperação do valor de signo tradicionalmente atribuído à sanção penal. Aliado a isso, a censura também ganha um papel preponderante, por meio da expressão pública da desaprovação da conduta incorreta, como parte de um modelo de justiça⁸¹.

Como decorrência do acolhimento da teoria da prevenção, estar-se-ia abrindo espaço ao uso da pena como ferramenta de troca com relação ao ideal ressocializador, inspirando teorias como a de Jakobs⁸², para quem a pena

⁷⁸ Idem, p. 479/480.

⁷⁹ A teoria da prevenção geral negativa pressupõe que o criminoso em potencial pondere sobre as vantagens e as desvantagens de seu ato, desinteressando-se por ele frente a ameaça da pena e da execução da mesma. Tem como seu expoente Anselm Von Feuerbach: *“Si de todas as formas es necesario que se impidan las lesiones jurídicas, entonces deberá existir otra coerción junto a la física, que se anticipe a la consumación de la lesión jurídica y que, proviniendo del Estado, sea eficaz en cada caso particular, sin que requiera el previo conocimiento de la lesión. Una coacción de esta naturaleza sólo puede ser de índole psicológica”*. In: FEUERBACH, Anselm V. *Tratado de derecho penal*. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 1989, p. 60.

⁸⁰ ANITUA, ob cit., p. 796.

⁸¹ Idem, p. 798.

⁸² Modernamente, com o desenvolvimento da doutrina da imputação objetiva, as teorias da pena têm-se estruturado sobre a idéia de prevenção geral positiva (noção difundida por Jakobs), atribuindo à sanção penal a finalidade única de estabilizar o ordenamento. Assim, a punição, quando aplicada, não teria nenhum caráter intimidatório ou vexatório. Sua função seria simplesmente a de fortalecer a confiança na vigência da norma violada e nos valores do grupo social, demonstrando que apesar da prática do delito a norma não perdeu sua validade e deve continuar sendo respeitada por todos. Por todos, vide: JAKOBS, Günther. *Tratado de direito*

constituiria um instrumento simbólico fortalecedor da consciência jurídica, permitindo-lhe chegar à perigosa conclusão de que “*pessoa real é aquela cujo comportamento é adequado à norma*”, legitimadora de todo um aparato repressivo e arbitrário de direito penal⁸³.

Mesmo os autores que defendem a adequação da teoria preventiva da pena à chamada criminalidade do colarinho branco, por entender que nessa espécie de delitos a escolha racional prevalece, tomam o cuidado de inserir a prevenção em uma compreensão integrada, considerada junto a outras correntes criminológicas, mais preocupadas em buscar as causas da criminalidade e as circunstâncias estruturais que condicionariam as escolhas⁸⁴.

Levando em conta a exposição acima, passa-se então à análise de qual seria a sanção ideal para dissuadir o indivíduo da prática de delitos econômicos.

Para Gary Becker⁸⁵, os dados econômicos auxiliariam na alocação eficiente de recursos públicos no intuito de diminuir as taxas de criminalidade. Por outro lado, para alguns crimes a aplicação de sanção por meio do uso da pena privativa de liberdade não seria economicamente vantajosa, pelo aumento da despesa pública na manutenção de presídios, contratação de pessoal, gerando custos tanto para a sociedade quanto para o autor do delito.

Nesse sentido, a aplicação de penas de multa ofereceria diversas vantagens em comparação com as demais sanções, tais como economia de recursos públicos e compensação da sociedade ao mesmo tempo em que puniria o agente, desde, é claro, que o valor da multa correspondesse não apenas ao benefício patrimonial auferido, mas que fossem também contabilizados os custos para a captura e julgamento do sujeito⁸⁶.

E caso este último não pudesse arcar com o pagamento, qualquer outra sanção aplicada teria menos efeito monetário: “*Offenders who cannot pay fines have to be punished in other ways, but the optimality analysis implies that the monetary value*

penal: teoria do injusto penal e da culpabilidade. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 21/24.

⁸³ Idem, p. 799/801.

⁸⁴ SANTOS, ob cit., p. 178.

⁸⁵ BECKER, ob cit., p. 45.

⁸⁶ BORGES, ob cit., p. 19.

*to them of these punishments should generally be less than the fines*⁸⁷.

Em princípio essa lógica pareceria adequada aos julgamentos por delitos econômicos, em que por um lado inexistente violência ou grave ameaça, e por outro sendo o caráter dessa espécie de crimes eminentemente financeiro, tornaria socialmente mais vantajosa a aplicação de pena pecuniária. Assim, restaria diminuído o número de pessoas submetidas ao sistema carcerário, com a igual diminuição ou mesmo eliminação do uso de medidas restritivas da liberdade em fase pré-processual, e com a vantagem da restituição econômica à sociedade.

De fato, Beccaria⁸⁸ já esclarecia em seu *Dos delitos e das penas* que a falta de motivação para delinquir decorre não da pena em si, mas da elevada probabilidade de ser descoberto e punido, resultando os acréscimos de gravidade em nada além de maior sofrimento para o indivíduo. A sanção pecuniária, nessa lógica, produziria a mesma vantagem, mas com menor custo⁸⁹.

A crítica residiria na própria conclusão alcançada pela análise econômica do direito aplicada ao direito penal econômico, em considerar a pena de multa a mais adequada nessas hipóteses. Prevalendo essa assertiva, parece que perderia o sentido o uso da carga penal associada àquela sanção, não havendo nenhuma garantia de que possa contribuir ao alcance de maior eficiência em assegurar a legalidade das relações econômicas.

Estatisticamente, a seletividade inerente ao sistema penal torna-se ainda mais intensa quando a matéria envolve os crimes econômicos, ocupando um percentual relevante a cifra negra desses delitos que, apesar de identificados pelos órgãos da Administração Pública, sequer são levados ao conhecimento das autoridades.

Aliado a isso, os processos judiciais que cuidam de imputações pela prática de delitos econômicos, quando instaurados, demoram anos até o julgamento, período durante o qual seus acusados permanecem realizando suas atividades profissionais regularmente, contando ou com a falta de preparo técnico dos julgadores, ou com a grande carga de processos, que acabam por permitir a ocorrência da causa extintiva da punibilidade denominada prescrição.

⁸⁷ Idem, p. 44.

⁸⁸ “Um dos maiores freios aos delitos não é a crueldade das penas, mas sua infalibilidade e, em consequência, a vigilância dos magistrados e a severidade de um juiz inexorável, a qual, para ser uma virtude útil, deve vir acompanhada de uma legislação suave”. In: BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 91.

⁸⁹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *Eficiência e direito penal...*, p. 43.

Por outro lado, a incidência de penalidades administrativas – dentre as quais a sanção pecuniária exerce papel de destaque – é capaz de causar maior impacto na vida econômica de um empresário que o direito penal econômico em si, haja vista que os procedimentos administrativos são mais céleres, e podem influir decisivamente na vida profissional daquele que pratique uma infração administrativa.

Entes como o BACEN⁹⁰ e a CVM ostentam amplo poder de fiscalização, podendo averiguar mais intimamente a regularidade das atividades de uma empresa, e iniciar um procedimento administrativo sancionador cujo resultado poderá levar, no caso da CVM, a situação de inabilitação para trabalhar no mercado de capitais pelo prazo de vinte anos (art. 11, IV, da Lei nº 6.385/76), penalidade aplicável independentemente da existência de uma sentença criminal⁹¹.

Resta agora verificar, portanto, tomando a pena de multa como a mais adequada aos fatos definidos como crimes econômicos, se haveria real necessidade de manter essa sanção com características penais ou se o uso do direito administrativo sancionador seria suficiente à dissuasão por parte do agente.

Como se viu, na maioria dos casos em que se instaura uma ação penal para apurar a prática de delito econômico já houve um procedimento prévio no âmbito administrativo, especializado quanto a matéria em discussão, ao final do qual a aplicação da sanção correspondente via de regra se caracteriza por uma restrição de direitos ou imposição de uma multa.

⁹⁰ “Art. 10. Compete privativamente ao Banco Central da República do Brasil: [...] VIII - Ser depositário das reservas oficiais de ouro e moeda estrangeira e de Direitos Especiais de Saque e fazer com estas últimas todas e quaisquer operações previstas no Convênio Constitutivo do Fundo Monetário Internacional. IX - Exercer a fiscalização das instituições financeiras e aplicar as penalidades previstas; [...] Art. 11. Compete ainda ao Banco Central da República do Brasil; [...] § 1º No exercício das atribuições a que se refere o inciso VIII do artigo 10 desta lei, o Banco Central do Brasil poderá examinar os livros e documentos das pessoas naturais ou jurídicas que detenham o controle acionário de instituição financeira, ficando essas pessoas sujeitas ao disposto no artigo 44, § 8º, desta lei. [...] Art. 44. As infrações aos dispositivos desta lei sujeitam as instituições financeiras, seus diretores, membros de conselhos administrativos, fiscais e semelhantes, e gerentes, às seguintes penalidades, sem prejuízo de outras estabelecidas na legislação vigente [...]. § 8º No exercício da fiscalização prevista no art. 10, inciso VIII, desta lei, o Banco Central da República do Brasil poderá exigir das instituições financeiras ou das pessoas físicas ou jurídicas, inclusive as referidas no parágrafo anterior, a exibição a funcionários seus, expressamente credenciados, de documentos, papéis e livros de escrituração, considerando-se a negativa de atendimento como embaraço à fiscalização sujeito à pena de multa, prevista no § 2º deste artigo, sem prejuízo de outras medidas e sanções cabíveis” (BRASIL. Congresso Nacional. Lei Nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4595.htm>. Acesso em: 14 jul. 2012).

⁹¹ Art. 11. A Comissão de Valores Mobiliários poderá impor aos infratores das normas desta Lei, da lei de sociedades por ações, das suas resoluções, bem como de outras normas legais cujo cumprimento lhe incumba fiscalizar, as seguintes penalidades:
[...]
IV - inabilitação temporária, até o máximo de vinte anos, para o exercício dos cargos referidos no inciso anterior

Para tentar solucionar a questão será analisado, em primeiro lugar, se é possível determinar pela leitura do texto constitucional, eventual obrigatoriedade de determinada situação ser tratada pela área penal ou administrativa. Em segundo lugar, se o tratamento exclusivamente administrativo da matéria seria mais benéfico ao indivíduo, assim como a conveniência de aplicação, ou não, dos princípios penais em âmbito administrativo, como forma de assegurar garantias.

1.3 A Constituição Federal e sua Repercussão na Economia

1.3.1 Mandados constitucionais de criminalização na área econômica

No correr do século XX surgiram algumas experiências envolvendo a elaboração de uma Constituição Econômica, inseridas no contexto do constitucionalismo social. A mais conhecida dessas Constituições foi a Constituição de Weimar, de 1919, dividida em duas partes: uma sobre a organização do Estado, e outra sobre os direitos e deveres dos alemães. Nesta última incluía-se uma seção dedicada à vida econômica, por seu turno subdividida em três níveis: (1) dos direitos fundamentais sociais e econômicos (direito ao trabalho, à assistência social e à sindicalização); (2) do controle da ordem econômica capitalista por meio da função social da propriedade e da possibilidade de socialização; e (3) dos mecanismos de colaboração entre trabalhadores e empregadores por meio dos conselhos; tudo com o propósito de buscar a transformação social⁹².

Essa inserção nos textos constitucionais dos direitos econômicos e sociais, e consequente aumento das tarefas estatais na conformação da economia, fez com que as Constituições assumissem um caráter mais pragmático, exigindo-se a estipulação constitucional de diretrizes e objetivos de política econômica. Enquanto as Constituições liberais deixavam a regulação da economia por conta do mercado, o novo desenho do constitucionalismo social inseriu as metas econômicas como

⁹² BERCOVICI, Gilberto. *Constituição econômica e desenvolvimento, uma leitura a partir da Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 13/14.

área de programa da Constituição⁹³.

Dentre as Constituições brasileiras, a de 1934 foi a primeira a prever, em seu Título IV, um capítulo referente a Ordem Econômica e Social, no art. 115⁹⁴ e seguintes, não só traçando as linhas de definição do que consistiria a ordem econômica, mas também indicando instrumento de intervenção estatal, tais como a possibilidade de monopólio de certo setor produtivo pela União (art. 116), e a preocupação com o fomento da economia popular e o desenvolvimento do crédito (art. 117)⁹⁵.

A partir daí, praticamente todas as Constituições posteriores passaram a incluir um capítulo sobre a Ordem Econômica e Social⁹⁶. Com exceção da Carta de 1937, outorgada sob declaração de estado de emergência, e que transparecia em seu art. 135 a tese liberal⁹⁷, a Constituição de 1946 introduziu a ordem econômica associada aos princípios da justiça social; a Constituição de 1967 estabeleceu a justiça social como finalidade da ordem econômica; a Emenda Constitucional nº 1/69 elevou o desenvolvimento nacional à categoria de finalidade da ordem econômica, ao lado da justiça social; e por fim, retomada a democracia, a Constituição de 1988 cuida da Ordem Econômica e Financeira no Título VII, junto aos princípios da atividade econômica, da prestação de serviços públicos, do monopólio, da política de transportes, da compatibilização entre as políticas urbana, agrária e agrícola e do sistema financeiro nacional⁹⁸.

⁹³ BORGES, Alexandre Walmott. *Preâmbulo da Constituição & a ordem econômica*. Curitiba: Juruá, 2003, p. 216.

⁹⁴ “Art. 115. A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos existência digna. Dentro desses limites, é garantida a liberdade econômica.” (BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao34.htm>. Acesso em: 13 ago. 2012).

⁹⁵ SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Aspectos jurídicos do planejamento econômico*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 18.

⁹⁶ BERCOVICI, ob cit., p. 18.

⁹⁷ “Art 135 - Na iniciativa individual, no poder de criação, de organização e de invenção do indivíduo, exercido nos limites do bem público, funda-se a riqueza e a prosperidade nacional. A intervenção do Estado no domínio econômico só se legitima para suprir as deficiências da iniciativa individual e coordenar os fatores da produção, de maneira a evitar ou resolver os seus conflitos e introduzir no jogo das competições individuais o pensamento dos interesses da Nação, representados pelo Estado. A intervenção no domínio econômico poderá ser mediata e imediata, revestindo a forma do controle, do estímulo ou da gestão direta” (BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao37.htm>. Acesso em: 04 set. 2012).

⁹⁸ SOUTO, ob cit., p. 19/20.

Assim, é fixado no art. 170 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, observados os seguintes princípios: I – soberania nacional; II – propriedade privada; III – função social da propriedade; IV – livre concorrência; V – defesa do consumidor; VI – defesa do meio ambiente; VII – redução das desigualdades regionais e sociais; VIII – busca do pleno emprego; IX – tratamento favorecido para as empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte”.

Logo, em sede de direito penal econômico, obedecendo a lógica de que a configuração de um delito precisa estar interligada à noção de infração ao direito, e sendo a Lei Maior a expressão dos princípios fundamentais que ditam a concepção de direito pela qual deverá ser regida a legislação infra constitucional, é preciso, antes de aplicar a punição, verificar se o conteúdo da Constituição Econômica foi atingido e, conseqüentemente, se o direito foi violado.

Para se alcançar tal desiderato, estabelecem-se os limites constitucionais garantidores, assegurando-se a intangibilidade da dignidade da pessoa humana mediante o consenso de que os bens penalmente tutelados precisam estar sempre relacionados a uma situação contemplada pela Constituição⁹⁹.

Aqui o legislador deve levar em conta não apenas os preceitos expressos no texto constitucional, mas igualmente os direitos implícitos, que provêm do regime e dos princípios adotados pela Constituição (art. 5º, §2º)¹⁰⁰.

Significa dizer que as obrigações de tutela penal de determinados bens jurídicos – muitas vezes reflexos do novo quadro constitucional de valores – auxiliam na imagem de um Estado empenhado e ativo na persecução de metas de tutela social que, no plano do Estado Democrático de Direito, devem ser direcionadas preferencialmente para o combate dos crimes que impedem a realização dos objetivos constitucionais do Estado¹⁰¹.

Neste ponto surge o questionamento quanto à posição que a Constituição Econômica ocupa como fonte do direito penal econômico: se seria fonte exclusiva,

⁹⁹ PALAZZO, Francesco C. *Valores constitucionais e direito penal*. Porto Alegre: SAFE, 1989, p. 18.

¹⁰⁰ MAZZUOLI, Valeria de Oliveira. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. São Paulo: RT, 2009, p. 102.

¹⁰¹ STRECK, ob. cit., p. 111.

ou se o reconhecimento da relevância social do bem, e conseqüente tutela criminal, independeriam do texto constitucional.

No primeiro caso a Lei Maior atuaria como limite positivo ao direito penal¹⁰², ou seja, o legislador ordinário somente poderia utilizar a tutela penal para bens protegidos pela Constituição. Tal concepção busca maior limitação do leque de bens jurídicos alcançados pelo direito penal, vinculando este último aos valores sociais consagrados na ordem constitucional. De acordo com Ferrajoli¹⁰³, tratar-se-ia do legalismo substancial, submetendo-se a lei a vínculos não apenas formais, mas também substanciais representados pelos princípios e direitos fundamentais.

No segundo aspecto a Constituição serviria como limite negativo¹⁰⁴, ou seja, poderiam ser criminalizadas condutas que não atentassem diretamente contra os valores constitucionais, pois os bens expressamente mencionados na Carta não exauririam o âmbito da tutela penal. Desde, é claro, que os interesses protegidos não estivessem em conflito com as garantias constitucionais¹⁰⁵.

Como se vê, um ou outro aspecto busca impor limites ao poder punitivo do Estado, ambos coincidindo em um ponto: de certa forma, os bens jurídicos penais serão concretizações dos valores constitucionais expressa ou implicitamente ligados aos direitos fundamentais; seja por estarem limitados pelo rol da Constituição, seja por não permitirem a criação de tipos penais que afrontem os interesses da Carta Magna.

Em face da amplitude da Constituição Econômica, sempre haverá como conectar o bem jurídico a algum valor constitucional e, desta forma, fiscalizar a legitimidade da intervenção penal. Assim, admitindo-se a idéia de que a função primordial do direito penal econômico seria a de obstar ofensas aos bens jurídicos inseridos na noção de Constituição Econômica, e levando-se em conta que todos os

¹⁰² PASCHOAL, Janaina Conceição. *Constituição, criminalização e direito penal mínimo*. São Paulo: RT, 2003, p. 59.

¹⁰³ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão – teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.

¹⁰⁴ PASCHOAL, ob. cit., p. 55.

¹⁰⁵ “O bem jurídico, portanto, resulta da criação política do crime (mediante a imposição de pena a determinada conduta), e sua substância guarda a mais estrita dependência daquilo que o tipo ou tipos penais criados possam informar sobre os objetivos do legislador. Em qualquer caso, o bem jurídico não pode formalmente opor-se à disciplina que o texto constitucional, explícita ou implicitamente, defere ao aspecto da relação social questionada, funcionando a Constituição particularmente como um controle negativo (um aspecto valorado negativamente pela Constituição não pode ser erigido bem jurídico pelo legislador)” (in BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 4. ed.. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 96).

bens juridicamente e socialmente relevantes estariam, de uma forma ou de outra, abrangidos pelo texto constitucional, conclui-se que todo conceito de política criminal passa pela Carta Magna, seja para descriminalização ou criminalização de determinada conduta. Por um lado, afasta-se a relevância penal se nenhum princípio constitucional for atacado; por outro, impõe-se a repressão criminal sempre que se configurar ameaça aos valores jurídico-constitucionais¹⁰⁶, mas estritamente dentro dos limites impostos pela Constituição.

Quanto à descriminalização, atingirá aquelas infrações que, apesar de abrigadas pela lei penal, não causam ofensa significativa aos interesses expostos na Carta de 1988, perdendo sua relevância social.

Quanto à criminalização, poderá alcançar fatos até então atípicos, mas que passaram a se revestir de importância por ofenderem regras constitucionais, ou mesmo fatos que já eram apenados, mas cuja sanção estaria aquém do grau de prestígio conferido ao bem tutelado¹⁰⁷.

Sobre o ponto, Palazzo¹⁰⁸ insiste que a correta apreensão da influência exercida pelos valores constitucionais no direito penal impõe uma distinção entre “princípios do direito penal constitucional” e “princípios constitucionais de matéria penal”.

Os primeiros dizem respeito a princípios que já integram o sistema penal, mas possuem características substancialmente constitucionais. Aludem à forma como a tutela penal é exercida, como as menções à legalidade do crime, à individualização da responsabilidade, entre outros.

Os segundos circunscrevem a matéria constitucionalmente relevante para efeito de proteção legal, seja ela de caráter administrativo, cível ou penal. No que tange a este último, os princípios constitucionais agirão como verdadeiros mandados de criminalização, selecionando previamente as questões que deverão ser objeto da política criminal do ordenamento.

Tais mandados não definem a conduta a ser incriminada, tampouco a sanção, cabendo ao legislador ordinário edificar a norma penal, sujeita à aferição de

¹⁰⁶ CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. *Fundamentação constitucional do direito penal*. Porto Alegre: SAFE, 1992, p. 33.

¹⁰⁷ Sobre o tema, também menciona Ferrajoli a necessidade de tutela de bens jurídicos fundamentais (ob. cit., p. 382).

¹⁰⁸ PALAZZO, ob. cit., p. 22/23.

inconstitucionalidade e conseqüente nulidade se contrária aos valores e interesses consagrados na Carta Magna.

Ou seja, por um lado as bases legitimadoras da penalização amparam-se na vinculação entre o bem jurídico e seu status constitucional, e por outro existirão casos em que a importância constitucional do bem jurídico determinará o instrumento de sua tutela, com a Constituição dirigindo ao legislador uma obrigação positiva de estabelecer a devida proteção jurídico-penal¹⁰⁹. Constrói-se verdadeira dialética entre limitação e fundamento dos institutos jurídico-penais, atuando os mandados constitucionais de criminalização tanto como limite garantista intransponível, quanto como conteúdo mínimo irrenunciável de coerção¹¹⁰.

1.3.2 O direito administrativo sancionador e os mandados constitucionais de criminalização

No ordenamento jurídico brasileiro, observa-se que a Constituição Federal de 1988 em diversas passagens elegeu o direito penal, ao lado dos direitos civil e administrativo, como o instrumento adequado impedir a ofensa de determinados bens jurídicos na seara econômico-financeira, como a previdência, a ordem tributária, as normas de proteção do consumidor, da livre concorrência, do sistema financeiro, do meio ambiente, da saúde, entre outros.

O objetivo parece ser impedir a circulação de capital ilícito nos diversos sistemas financeiros, uma vez que a falta de dados precisos quanto ao montante de capital regularmente constituído geraria um cálculo fictício do produto interno bruto de um determinado país, com reflexos na balança de pagamentos e nas metas econômicas que se deseje adotar.

De acordo com Ela Wiecko de Castilho¹¹¹, não se falaria mais na clássica concorrência de mercado, mas sim na existência de uma comunidade cibernética do espaço financeiro, exposta a potenciais riscos por parte de especuladores

¹⁰⁹ FELDENS, Luciano. *A Constituição Penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 72.

¹¹⁰ FELDENS, ob. cit., p. 74.

¹¹¹ CASTILHO, Ela Wiecko V. de. *O controle penal nos crimes contra o sistema financeiro nacional (Lei nº 7.492, de 16/6/86)*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 91.

profissionais, capazes de colocar em perigo todo o sistema econômico internacional.

Para Alberto da Silva Franco¹¹², o novo cenário mundial coloca duas alternativas ao legislador: ou apela à intervenção penal para enfrentar as questões modernas, com o possível ajuste de seus institutos (tais como a noção de bem jurídico, do princípio da culpabilidade, da imputação individual); ou busca ajuda em outros ramos jurídicos, afastando definitivamente a incidência do direito penal e mantendo-o inalterável frente às novas tendências.

De acordo com Jorge de Figueiredo Dias¹¹³, o surgimento de um Estado Social fez com que a Administração Pública tomasse para si tarefas de gestão racional. Neste sentido, as penas criminais seriam medidas coativas dotadas de particular efetividade, sendo utilizadas sempre que se julgasse necessário fazer valer os imperativos estatais, mesmo os de caráter administrativo.

O uso do direito penal faria com que o Estado obtivesse a colaboração dos indivíduos na concretização do bem estar social e, ao mesmo tempo, protegeria estes mesmos indivíduos do arbítrio estatal uma vez que somente caberá a punição quando respeitado o princípio *nulla poena sine lege, sine culpa, sine iudicio*¹¹⁴.

Mas para João Castro e Sousa¹¹⁵ a utilização do direito penal como instrumento auxiliar da Administração importaria no desvirtuamento dos objetivos para os quais foram pensados os princípios do direito criminal. Seriam infringidos os princípios da culpa e da responsabilidade individual, haveria indeterminação do conceito de bem jurídico e, por consequência, do conteúdo da própria ilicitude material, “*enfim, toda uma distorção dos elementos da infracção criminal*”.

Levando-se em consideração a raiz liberal do direito penal, de tutela de bens jurídicos individuais, discute-se a conveniência de sua utilização como instrumento de controle para coibir condutas capazes de causar danos ao interesse mediatizado de diversos sujeitos sociais.

Ao sucumbir à idéia de colocar o direito penal a serviço dos mais diversos fins

¹¹² FRANCO, Alberto Silva. *Globalização e Criminalidade dos Poderosos. In: Temas de Direito Penal Econômico*. Org.: Roberto Podval. São Paulo: RT, 2000.p. 266.

¹¹³ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões Fundamentais do Direito Penal Revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 170.

¹¹⁴ SOUSA, João Castro e. *As pessoas colectivas em face do direito criminal e do chamado “direito de mera ordenação social”*. Coimbra: Coimbra Editora, 1985, p. 136.

¹¹⁵ Idem, p. 137.

de política social, o legislador teria propiciado o aparecimento, ao lado do direito penal tradicional, de um direito penal acessório ou secundário. Em outras palavras, um direito penal administrativo, pois sancionaria com penas criminais as violações às regras da Administração Pública, apresentando-se na verdade como uma matéria de direito administrativo, ainda que não seja assim formalmente considerado¹¹⁶.

Para evitar o fenômeno da hiper-criminalização, com a edição cada vez mais abundante de uma legislação penal extravagante, de caráter administrativo e de conteúdo econômico-social, alguns ordenamentos jurídicos (dentre eles o de Portugal e Alemanha), realizaram uma distinção entre o que seria considerado ilícito penal e o que constituiria ilícito de mera ordenação social¹¹⁷.

Na Alemanha foram criadas as contravenções a ordem, misto de direito penal e infração administrativa, encerrando condutas de menor gravidade cuja punição consubstancia-se em uma multa administrativa (*Geldbusse*) e não penal (*Geldstrafe*), aplicada primordialmente para as infrações econômicas e de trânsito¹¹⁸

A imposição da penalidade nesses casos não se reveste de caráter ético-social, havendo intuito meramente pragmático de revestir o controle e a regulação estatal das atividades econômicas com um caráter preventivo e, por que não dizer, repressivo. Nesse sentido, o processo que apura a prática de contravenções à ordem é regido pelo princípio da oportunidade e não da legalidade, sendo a acusação realizada pela autoridade administrativa e não pelo Ministério Público. Por consequência, os recursos das decisões proferidas nesse âmbito são dirigidos para o administrativo regional¹¹⁹.

Em Portugal surgiram as contra-ordenações, conteúdo do direito de mera ordenação social, inserido na categoria de direito administrativo, e não penal. Para Jorge de Figueiredo Dias¹²⁰, tais diplomas legislativos visavam satisfazer as seguintes necessidades: afastar do âmbito do direito penal aquelas infrações de duvidosa relevância ético-social, remetendo-as para os quadros do direito

¹¹⁶ DIAS, ob cit., p. 170.

¹¹⁷ Idem, p. 171.

¹¹⁸ SHECAIRA, Sergio Salomão. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 61.

¹¹⁹ BARBERO SANTOS, Marino. *Responsabilidade penal das pessoas jurídicas? In: Ciência e política criminal em honra de Heleno Fragoso*. Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 451-452.

¹²⁰ Idem, p. 172.

administrativo; assegurar-se de que tais infrações não fossem ameaçadas com penas criminais, mas sim com advertências sociais, sanções ordenativas ou coimas; permitir que o processamento de sua aplicação ficasse a cargo de agentes administrativos encarregados da fiscalização e controle das atividades passíveis de serem sancionadas com o direito de mera ordenação.

A distinção seria qualitativa, e não de grau ou quantidade, baseada no exame dos bens jurídicos que o direito penal visa proteger. Na lição de Eduardo Correia¹²¹, no direito criminal tutelam-se os “bens jurídicos ou valores e interesses fundamentais da vida comunitária ou da personalidade ética do homem” enquanto na contra-ordenação protegem-se “simples valores de criação ou manutenção de uma certa ordem social e por consequência mais ou menos estranhos – isto é: indiferentes – à ordem moral”.

No mesmo sentido João Castro e Sousa¹²², para quem “*este direito de mera ordenação visa essa ordem na comunidade em geral. Trata-se, efectivamente, na maior parte dos casos, de infracções à disciplina colectiva, a normas de carácter puramente policial ou que servem certos fins técnicos de ordenação da sociedade*”.

Este modelo não restou isento de críticas. Alega-se que a proposta de um direito sancionador poderia ensejar o surgimento de um Direito autoritário, cujo tratamento diferenciado conferido às condutas em tudo semelhantes às de cunho penal, ainda que inseridas em um direito denominado de mera ordenação, possibilitaria a quebra de garantias democráticas tão arduamente conquistadas¹²³.

O mérito da criação de um direito de mera ordenação social consistiria em tentar conter a expansão penal, calcando-se na idéia da *ultima ratio*. Busca-se uma terceira via, descriminalizando os conflitos referentes a interesses difusos e entregando-os a um ramo jurídico com carácter predominantemente administrativo, ao qual, afirma-se, naturalmente pertenceriam.

Alega-se que o direito penal tradicional *não dispõe de técnica adequada à tutela difusa*¹²⁴. Assim, a utilização de instrumentos administrativos, sem descurar

¹²¹ CORREIA, Eduardo. *Direito Criminal*, tomo I. Coimbra: Almedina, 1972, p. 28.

¹²² SOUSA, ob cit., p. 141.

¹²³ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supra-individual: interesses difusos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 200.

¹²⁴ Idem, p. 203.

dos princípios garantistas mínimos poderia, em última análise, viabilizar a efetiva proteção desses interesses difusos, sem que fosse preciso sacrificar conceitos estabelecidos pela dogmática jurídico-penal.

Mas na prática o que se percebe é a existência de um ramo jurídico, qual seja, o direito administrativo sancionador, com características muito semelhantes às do direito penal, ambos revestindo-se de idênticas pretensões punitivas, ainda que o primeiro não disponha da cominação de penas privativas de liberdade, tradicionalmente tida como símbolo da sanção criminal.

Aliás, aos poucos até mesmo essa diferença entre os dois ramos jurídicos tem se amenizado. Basta verificar que na legislação criminal há ao menos um exemplo de fato típico cuja sanção, apesar de diversa da clássica privação da liberdade, não deixa dúvida quanto ao seu caráter penal. Esse é o caso do art. 28, da Lei nº 11.343/06 (posse de droga para consumo próprio), cuja inovação reside exatamente na cominação de penas restritivas de direito (modalidade semelhante às punições no âmbito administrativo) não como substitutivas da privativa de liberdade, mas como sua sanção principal.

Por outro lado, verifica-se que no ordenamento jurídico pátrio há legislações de cunho administrativo, com previsão de punições administrativas, que por possuírem figuras tão assemelhadas às infrações penais tornam possível defender inclusive o argumento do *bis in idem* pela aplicação da sanção em ambas as esferas.

Aqui se refere às previsões da antiga Lei nº 8.884/94 (Lei *antitruste* – atualmente revogada pela Lei nº 12.529/11) e da Lei nº 8.137/90 (na parte atinente aos crimes contra a ordem econômica), visando à proteção do mesmo bem jurídico: a livre concorrência. A distinção residiria na licença técnica conferida à Lei do CADE, que por não ostentar a denominação criminal teria justificado o desapego quanto à determinação do elemento subjetivo¹²⁵.

Mas havendo semelhança na própria redação das figuras tipificadas, não se poderia aceitar a flexibilização das normas mesmo quando o processo fosse administrativo, pois a essência da conduta e a gravidade das penalidades possíveis de imposição confundem-se com a área penal, seara na qual os direitos e garantias

¹²⁵ REALE JR, Miguel. *Despenalização no direito penal econômico: uma terceira via entre o crime e a infração administrativa*. São Paulo: RBCCRIM, ano 7, n. 28, out-dez. 1999, p. 121.

fundamentais são de observância obrigatória.

Reforçando tal assertiva, Silvina Bacigalupo¹²⁶ cita que a jurisprudência espanhola já pacificou que o chamado direito administrativo sancionador deve ser regido pelos mesmos princípios inspiradores do direito penal, pois ambos são manifestações do poder punitivo estatal, conforme estabelecido no acórdão 18/81 proferido pelo Tribunal Constitucional na Espanha.

Logo, se mesmo ostentando denominação diversa o direito de mera ordenação deve aplicar e respeitar os mesmos valores do direito penal, a única justificativa ao uso deste último como instrumento de tutela difusa e coletiva parece ser a de assegurar a manutenção das garantias e princípios já sedimentados no ordenamento, doutrina e jurisprudência criminal, evitando-se a insegurança jurídica quanto a eventuais flexibilizações operadas na via administrativa.

¹²⁶ BACIGALUPO, Silvina. *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Buenos Aires: Hammurabi, 2001, p. 245.

2 A IMPORTÂNCIA DO BEM JURÍDICO

2.1 O bem jurídico e sua função limitadora do direito penal

A repressão de condutas por meio de leis criminais não se baseia apenas na legitimidade democrática do parlamentar em editar legislações. É preciso também uma legitimidade conferida pela ciência político-criminal, apta a delimitar o poder de intervenção estatal e impedir a imposição de penas pela mera violação a uma norma moral ou social¹²⁷.

O direito penal é um dos instrumentos estatais a serviço do controle social, definindo os limites cotidianos da liberdade de ação humana, e assegurando as expectativas comportamentais. Mas por dispor de mecanismos de repressão tão severos, deve restringir sua atuação a conflitos cujo objeto de tutela seja de relevância inquestionável e perene.

Daí a importância de sempre se trabalhar com a noção de um bem jurídico protegido por determinado tipo legal, assumindo-se uma postura crítica de interpretação. Dessa forma, será impossível sustentar a penalização de uma conduta por sua mera imoralidade sem que isso constitua uma afronta à racionalidade do sistema jurídico-penal¹²⁸. Nas palavras de Figueiredo Dias¹²⁹, “*não é função do direito penal, nem primária, nem secundária, tutelar a virtude ou a moral: quer se trate da moral estatalmente imposta, da moral dominante, ou da moral específica de um qualquer grupo social*”.

Cabe à ciência criminal não apenas controlar criticamente o conteúdo da legislação, mas também fornecer parâmetros ao julgador no momento em que

127

ROXIN, Claus. *Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal?*. In: *La teoría del bem jurídico*. Madri: Marcial Pons, Roland Hefendehl (ed), 2007, p. 445/446.

¹²⁸ HIRSH, Andrew von. *El concepto de bien jurídico y el 'principio del daño'*. In: *La teoría del bem jurídico*. Madri: Marcial Pons, Roland Hefendehl (ed), 2007, p. 37.

¹²⁹ DIAS, ob cit., p.60.

fundamentar qualquer espécie de criminalização.

Nesse sentido, a existência de um bem jurídico apto a ser tutelado pelo sistema penal deve reunir determinadas condições mínimas, que não se satisfazem com a mera fórmula hermenêutica criada pelo legislador. Impõe-se que haja um conteúdo material, uma certa 'corporização'; além disso, deve servir como padrão crítico das normas, ser capaz de transcender ao sistema, por um lado, mas ser ao mesmo tempo político-criminalmente orientado de acordo com o sistema constitucional em que se insere¹³⁰.

2.1.1 A evolução da teoria do bem jurídico

Com o advento do Iluminismo, instala-se o sentimento de revolta contra a arbitrariedade do Poder punitivo, pretendendo-se estabelecer definições mais claras ao conceito de crime. Abriu-se a possibilidade de afastar tudo o que não constituísse efetivo prejuízo ao direito subjetivo alheio, de modo a evitar a aplicação da lei penal a condutas de cunho exclusivamente moral ou religioso¹³¹. Assim, para a doutrina iluminista, não haveria que se falar em crime sem que estivessem presentes os elementos “direito subjetivo”, “danosidade social” e “necessidade da pena”¹³².

Seguindo a mesma linha de raciocínio, as teorias contratualistas sustentavam que o conteúdo de um ilícito penal restringia-se a traduzir uma violação a um direito subjetivo alheio, pertencente à pessoa (delito privado) ou ao Estado (delito público)¹³³.

Autores como Rousseau, Hobbes e Locke, desenvolveram a noção de que os homens, apesar de nascerem livres, optavam por obedecer a certos postulados

¹³⁰ Idem, p. 65.

¹³¹ CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Constituição e Crime: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização*. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995, p. 29.

¹³² Idem, p. 32.

¹³³ PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 29.

fundamentais (pacto social) de modo a evitar a dominação pelo uso da força. Lançavam-se assim as bases para a teoria do contrato social, que não apenas justificava a existência do Estado, como também delimitava o exercício do poder punitivo¹³⁴. Nas palavras de Cesare Beccaria¹³⁵, “*tanto mais justas são as penas quanto mais sagrada e inviolável é a segurança e maior a liberdade que o soberano garante aos súditos*”.

A partir de então o Estado passa a ocupar o papel de mantenedor dos direitos individuais, o que se refletirá diretamente no conteúdo das normas jurídicas por ele produzidas (aí incluído o direito penal). Sua função abrangerá não somente a proteção dos indivíduos das agressões causadas entre eles mesmos, mas igualmente a tutela perante a desproporcionalidade da intervenção punitiva, seja pela gravidade das penas cominadas, seja pelo arbítrio judicial¹³⁶.

A partir da idéia de celebração de um modelo ideal de contrato, pelo qual os habitantes de certa comunidade concordam em abrir mão de uma parcela de sua liberdade no único intuito de delegar poderes ao Estado aptos a garantir sua sobrevivência, impede-se que as leis penais proibam mais do que o estritamente necessário para o alcance de uma coexistência livre e pacífica. Ao mesmo tempo, adota-se a concepção iluminista de preservação da dignidade humana e da igualdade, tidas como condições essenciais à liberdade individual¹³⁷.

Essa também a noção adotada pelas teorias do individualismo e do racionalismo, afirmando que o indivíduo prevalece frente ao Estado já que seria portador de direitos inatos, pré-jurídicos, que atuariam como limitadores frente ao poder punitivo estatal¹³⁸. Igualmente, coadunar-se-ia com o pensamento das teorias utilitaristas, para quem o direito penal, ao objetivar a proteção da sociedade e a prevenção geral, somente estaria autorizado a punir quando presente essa

¹³⁴ RAPOSO, Guilherme Guedes. *Teoria do bem jurídico e estrutura do delito*. Porto Alegre: Nuria Fabria, 2011, p. 66/67.

¹³⁵ BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 42.

¹³⁶ RAPOSO, ob. cit., p. 68.

¹³⁷ ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 33.

¹³⁸ CUNHA, ob. cit., p. 33.

finalidade, e no limite do estritamente necessário¹³⁹.

Sobre esse ponto, interessante o pensamento de Jean Paul Marat, espécie de misto das teorias contratualistas e utilitaristas. Para ele existiria uma ordem social amparada por um contrato que fixaria iguais direitos, e cuja validade residiria não apenas no atendimento às necessidades de todos, mas também na promulgação de leis (em especial as penais) capazes de entendimento por qualquer um do povo. Em outras palavras, a lei deve perseguir o bem comum e possuir disposições claras, impedindo a tirania do homem pelo homem¹⁴⁰.

Já a pena deve, antes de castigar, evitar os delitos, mas sem se esquecer da proporcionalidade e da humanidade. Se tanto as penas cruéis quanto as mais brandas permitem chegar ao mesmo objetivo (servir como instrumento para evitar a prática de crimes), deve-se optar por esta última. A pena, portanto, somente se justifica quando atendidos seus dois pressupostos: não basta ser justa, sendo necessário também que seja útil¹⁴¹.

Impõe-se, contudo, notar a ressalva feita por Maria da Conceição Cunha¹⁴² ao alertar para o risco das teorias que intentam resguardar a ordem social, sob pena de tornar a punição de alguns um mero exemplo para os demais, permitindo que se privilegie a defesa da sociedade em detrimento da justiça da decisão, caso não fossem adotadas precauções para limitar a intervenção punitiva estatal. É que a transformação da vontade geral em fonte de Direito, sem limites, acabaria por afrontar a outra necessidade, primária, de manutenção dos direitos individuais originários.

¹³⁹ CUNHA, ob cit., p. 34.

¹⁴⁰ *“Se para manter a sociedade é necessário obrigar a respeitar a ordem estabelecida, antes de tudo, deve satisfazer-se às suas necessidades [...] Somente depois de haver cumprido com todas as obrigações para com seus membros poderá a sociedade adquirir o direito de castigar os que violam suas leis.” [...] “É necessário que haja em um Estado leis penais justas e sábias. É muito importante que não haja nada obscuro, incerto, arbitrário na ideia que se formule dos delitos e das penas, porque importa que cada um entenda perfeitamente as leis e saiba ao que se expõe ao violá-las. O Código criminal, então, não deverá ser senão bastante preciso”* (MARAT, Jean Paul. *Plano de legislação criminal*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 75).

¹⁴¹ *“Se é justo que as penas sejam sempre proporcionais aos delitos, é humanitário que não sejam atrozés. Os mais suaves castigos são preferíveis quando conseguem seu objetivo” [...] “As penas capitais devem ser aplicadas poucas vezes. Ao impor uma pena, não basta satisfazer a justiça, é necessário corrigir os culpados”* (MARAT, ob. cit., p. 86/87).

¹⁴² CUNHA, ob cit., p. 36/37.

Como consequência, diversos princípios de garantia do direito penal vão sendo elaborados, tais como intervenção mínima, proporcionalidade, legalidade estrita e irretroatividade das leis penais, atuando desde o nascedouro das normas até a aplicação e a execução das penas¹⁴³. Da mesma forma, inicia-se a construção de um conceito material de crime que pudesse constituir um parâmetro crítico ao legislador, norteando o que deveria, ou não, ser criminalizado, sempre tendo por finalidade a limitação do poder punitivo¹⁴⁴.

O objetivo da doutrina agora passa a ser o estabelecimento de características mínimas a determinar quais condutas humanas mereceriam sanção penal, mais especificamente qual o conteúdo da incriminação, e de que modo poderia ser restringido o arbítrio do legislador¹⁴⁵.

Confere-se à Feuerbach¹⁴⁶ o mérito de substituir a noção de delito como mera violação a uma norma jurídica, para a de afronta a um direito subjetivo de outrem, tornando este último o núcleo essencial do fato punível. Não haveria crime sem a violação ao direito subjetivo de outrem, fosse ele pertencente a um indivíduo determinado (crimes privados) ou ao Estado (crime público)¹⁴⁷.

O pensamento de Feuerbach deve ser compreendido com base em sua noção de direito natural, ou seja, da existência de direitos originais ao homem e ao cidadão. No momento em que os indivíduos decidiram, livremente, constituir uma sociedade civil, tornou-se obrigação do Estado criar os meios necessários a impedir o cometimento de lesões jurídicas. Ao mesmo tempo, seria necessário demonstrar, em cada preceito penal, a existência de um direito subjetivo particular ou do Estado¹⁴⁸.

A idéia de tutela de um bem jurídico somente começa a ser construída no

¹⁴³ RAPOSO, ob. cit., p. 68.

¹⁴⁴ “A finalidade do direito penal, de garantir a convivência pacífica na sociedade, está condicionada a um pressuposto limitador: a pena só pode ser cominada quando for impossível obter esse fim através de outras medidas menos gravosas”. (In: ROXIN, ob. cit., p. 33).

¹⁴⁵ RAPOSO, ob. cit., p. 69.

¹⁴⁶ FEUERBACH, ob. cit., p. 55.

¹⁴⁷ RAPOSO, ob. cit., p. 70.

¹⁴⁸ OLAECHEA, José Urquiza. *El bien jurídico*. In: *Revista Peruana de Ciencias Penales*. Ano III, n. 6, p. 814.

século XIX, em 1834, com a teoria iniciada por Birnbaum, e apesar de para alguns ter consistido numa tentativa de delimitar a atuação do legislador penal, assegurando a cominação de penas somente aos fatos socialmente danosos e com ofensividade real, para outros autores¹⁴⁹ teria significado uma ampliação do conceito de direito subjetivo adotado pelas teorias iluministas.

Enquanto os iluministas defendiam a violação do direito subjetivo como uma forma de distinguir a moral do direito, bem como a religião do direito, a noção de bem jurídico permitiria a legitimação, por exemplo, de crimes contra a religião, afastando-se do papel de limitação do legislador.

Na verdade, o pensamento de Birnbaum teria gerado uma ruptura com os postulados iluministas, conferindo uma função crítica, e ao mesmo tempo legitimadora das leis¹⁵⁰. Posicionava-se contrariamente à noção das doutrinas contratualistas, pois na sua visão permitiam confundir a figura do Estado com o Direito: como o direito decorreria do contrato, o exercício da vontade do Estado se converteria naturalmente em Direito, tornando tarefa quase impossível limitar o poder punitivo estatal¹⁵¹.

Sustentava que o direito não pode ser lesionado, diminuído nem subtraído, circunstâncias que apenas poderiam ocorrer com o objeto desse direito, qual seja, o bem jurídico. A partir de então tornou-se possível falar em delito como lesão a um bem que pertence ao sujeito¹⁵², adotando aparentemente uma noção transcendente ao direito. Assim, Birnbaum não confundia o bem jurídico com o direito que lhe serve de fundamento, pelo contrário: o conteúdo do bem seria dado ao sujeito por natureza, cabendo ao Estado somente reconhecê-lo, vedada qualquer alteração¹⁵³.

¹⁴⁹ Por todos, AMELUNG, Knut. *El concepto de bien jurídico en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos*. In: *La teoría del bem jurídico*. Madrid: Marcial Pons, Roland Hefendehl, 2007, p. 233.

¹⁵⁰ CUNHA, ob. cit., p. 44.

¹⁵¹ Idem, *ibidem*.

¹⁵² “Ahora bien, no pretendemos en absoluto sostener que la definición del delito que yace en este pasaje sea perfecta y sin errores, pero ella subtraya con acierto aquello que, en mi opinión, es lo esencial en la determinación de la naturaleza de aquél, e indica que, si se quiere considerar el delito como lesión, este concepto tiene que referirse naturalmente a la lesión de un bien, no a la de un derecho” (BIRNBAUM, Johann Michael Franz. *Sobre la necesidad de una lesión de derechos para el concepto de delito*. Montevideo: B de F Ltda., 2010, p. 57).

¹⁵³ PÉREZ, Paula Beatriz Bianchi. *Evolución del concepto de bien jurídico em La dogmática penal*. In: *Revista*

Não se pode desconsiderar, contudo, sua tendência ao historicismo, afirmando ao mesmo tempo tanto o caráter mutável quanto histórico dos bens protegidos pelo direito, e cujo desfrute pelos homens deveria ser assegurado pelo Estado: *“forma parte de la esencia del poder del Estado garantizar parejamente el disfrute de ciertos bienes a todos los hombres que viven en él, bienes dados a éstos por la naturaleza o que son resultado de sua desarrollo social y de la asociación civil”*¹⁵⁴.

A crítica fica por conta de Amelung¹⁵⁵, que compreende a teoria de Birnbaum como a assunção de um novo paradigma positivista, de referência sistêmico-social. Como a definição de um bem jurídico depende da atribuição de um valor pelo sujeito, estar-se-ia construindo um conceito subjetivado de bem jurídico e, conseqüentemente, do objeto do crime.

No Brasil, apesar das dificuldades em se identificar qual teria sido o primeiro autor a se utilizar da expressão bem jurídico, observa-se que os doutrinadores do Código Criminal de 1830 – então redigido sob a influência das modernas ideias européias – não acolheram de imediato a formulação de Birnbaum. Por exemplo, na obra de Braz Florentino, de 1860, menciona-se apenas ser lei penal aquela cujo “fim imediato” é garantir a paz e a tranquilidade pública, por meio das penas¹⁵⁶.

Já com Tobias Barreto, que também viveu sob a vigência do Código de 1830, se apresenta a expressão “objeto prático do crime”, em evidente referência ao que viria posteriormente a ser denominado bem jurídico. Em seu *Estudos de Direito*, publicado em 1892 (três anos após sua morte), realiza-se uma análise quanto as diversas categorias do crime, embasado nos objetos ofendidos: vida, integridade física, etc¹⁵⁷:

Mas esta ação ou omissão pressupõe um objeto, contra quem se dirige o

semestral de filosofia práctica. Mérida: Universidad de los Andes, DIKAIOSYNE n. 22, jan.-jun. 2009, p. 31.

¹⁵⁴ BIRNBAUM, ob. cit., p. 58.

¹⁵⁵ AMELUNG, ob. cit., p. 233.

¹⁵⁶ SOUZA, Braz Florentino Henriques de. *Lições de direito criminal*. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003, p. 40.

¹⁵⁷ BARRETO, Tobias. *Estudos de direito*. Campinas: Bookseller, 2000, p. 245.

seu efeito. Segundo a natureza desse objeto, imediatamente ofendido (objeto prático), no qual a ação se efetua, e que goza de proteção penal do Estado, é que o código especializa e sistematiza os delitos; operação esta, que bem merece o nome de morfologia criminal, ou estudo das diversas formas, que pode tomar, em relação a seu objeto, a vontade criminosa.

Não se trata do objeto mediato do crime (objeto jurídico), pois este é sempre e por toda parte o mesmo, isto é, a ordem de direito que deve ser mantida e respeitada. O que aqui nos interessa é o primeiro mencionado.

A consideração desse objeto prático dá lugar, como acabamos de ver, às diferentes categorias de ação criminosa, conforme elas se dirigem imediatamente contra o Estado ou imediatamente contra os cidadãos, no que diz respeito à vida, à integridade corpórea, à liberdade, à honra e à propriedade.

Por seu turno, Galdino Siqueira, com a obra *Direito Penal Brasileiro*, de 1921, redigida já sob o comando do Código Penal de 1890, utiliza literalmente a expressão “bem jurídico” ao diferenciar o delito da contravenção, afastando-a da mera ofensa a um direito subjetivo: *“Para estes criminalistas a diferença específica está na ofensa do bem jurídico, e este não é idêntico com o direito subjectivo, nem o tem necessariamente por objecto”*¹⁵⁸.

Aliás, pode-se afirmar que a consagração definitiva do bem jurídico como categoria autônoma se deu juntamente com o advento das teorias positivistas, ainda que a conceituação do que se entenderia como bem jurídico não tenha alcançado uniformidade dentre os autores¹⁵⁹, haja vista ser possível dividir o pensamento penal positivista em basicamente duas correntes: o positivismo jurídico, ou normativista, de Binding; e o positivismo naturalista, ou sociológico, de Von Lizst¹⁶⁰.

Para Binding, a definição de bem jurídico apto a ser tutelado pelo direito penal cabia exclusivamente ao legislador. Amparado em um estudo absolutamente acríptico do direito, considerava que o sistema jurídico se auto-legitimava, rejeitando qualquer

¹⁵⁸ SIQUEIRA, Galdino. *Direito Penal Brasileiro (segundo o Código Penal mandado executar pelo Decreto n. 847, de 11 de outubro de 1890, e leis que o modificaram ou completaram, elucidados pela doutrina e jurisprudência)*, vol. I. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003, p. 51.

¹⁵⁹ RAPOSO, ob. cit., p. 77.

¹⁶⁰ SÁNCHEZ, David Beraún. *El bien jurídico en el derecho penal. In: Revista Peruana de Ciencias Penales*. Ano V, n. 9, p. 647.

fonte de legitimação externa ao direito¹⁶¹.

Atendendo ao pensamento político de sua época, Binding considerava que as normas determinavam os deveres de agir ou de se omitir, constituindo a síntese de um direito subjetivo de obediência cujo único titular era o Estado. O delito, assim, seria uma lesão a um direito subjetivo do Estado, o que conferia um caráter muito amplo ao conceito de crime e conduzia ao total abandono de qualquer pretensão legitimadora material¹⁶².

Na criação de um elemento material diferenciador, iniciou os estudos sobre a finalidade da norma, entendida como a busca das condições concretas para o estabelecimento de uma vida sã em comunidade, e que se tornariam os objetos fundadores da imediata necessidade da pena. Esses objetos são denominados por Binding como bens jurídicos¹⁶³.

Mas a definição de quais coisas, pessoas ou situações cuja proteção legal constituiria as tais condições concretas para uma vida sadia em comum caberia exclusivamente a um exercício de juízo de valor privativo do legislador (*Rechtsgut* – bem do direito). Em síntese, o bem jurídico não seria algo natural, nem transcendente ao direito, mas simplesmente uma criação mental do legislador.

Já com Franz Von Lizst, surge a noção de que o Estado não apenas deve tutelar certos bens como forma de assegurar a vida em comum, mas também não pode se afastar da idéia de que a norma não cria o bem jurídico, somente o reconhece como interesse digno de proteção: “*É a vida, e não o Direito, que produz o interesse*”¹⁶⁴.

Para o autor haveria uma clara distinção entre uma ciência normativa, de método puramente dogmático, e a política criminal, instrumento de revisão crítica do direito então vigente, cuja tarefa seria a de propor as correspondentes reformas. O bem jurídico se situaria nessa linha divisória, constituindo o ponto de união entre o

¹⁶¹ HORMAZABAL MALAREE, Hernan. *Bien jurídico y Estado Social e y Democrático de Derecho*. Barcelona: Jurídica Conosur, 1991, p. 39.

¹⁶² *Idem*, p. 40.

¹⁶³ *Idem*, p. 41.

¹⁶⁴ VON LISZT, Franz. *Tratado de direito penal alemão*, t. I. Campinas: Russel Editores, Trad. José Higinio Duarte Pereira, 2003, p. 139.

direito penal e as demais ciências penais, por meio do uso da política criminal¹⁶⁵.

Daí a conclusão do pensamento de Von Lizst, de que o bem jurídico não é uma exclusiva criação do legislador, mas sim uma criação da vida que constitui interesse fundamental do indivíduo e da coletividade, rompendo-se com o tratamento puramente normativo do delito e abrindo espaço para a aplicação de um sistema teleológico, que permitisse a aproximação do direito penal da realidade social¹⁶⁶. Graças a esse autor, o bem jurídico foi dotado de um caráter sociológico, transcendente ao ordenamento jurídico e atuando como delimitador do poder punitivo estatal, ainda que despojado de qualquer caráter jusnaturalista¹⁶⁷.

A crítica fica por conta da ausência de formulação de conceitos concretos para definir qual exatamente o conteúdo desses elementos dignos de proteção, já que Lizst trabalhava tanto com a idéia de bem, quanto com a nomenclatura de interesse, sem que tenha esclarecido a diferença entre as mesmas¹⁶⁸.

Vale ressaltar que as teorias de Binding e Von Lizst possuíam alguns pontos em comum, pois se é certo que este último entendia o conteúdo do bem jurídico como valores prévios ao direito, amparados pela realidade social, não há como negar que tais valores somente alcançariam *status* de bem jurídico a partir da previsão legal. Por outro lado, apesar de Binding fazer depender a concepção de bem jurídico exclusivamente da definição pelo legislador, apresenta-se inquestionável seu referencial no mundo exterior ao direito, aduzindo expressamente a busca das condições concretas para o estabelecimento de uma vida sã em comunidade.

No decorrer do século XX surgem os penalistas de orientação neokantista sustentando uma concepção teleológica de bem jurídico, ou seja, caracterizando o bem jurídico como o próprio fim da norma incriminadora¹⁶⁹ e reduzindo-o a uma categoria meramente interpretativa, sem qualquer função limitadora do poder

¹⁶⁵ HORMAZABAL MALAREE, ob. cit., p. 48.

¹⁶⁶ Idem, p. 48/51.

¹⁶⁷ SÁNCHEZ, ob. cit., p. 648.

¹⁶⁸ PÉREZ, ob. cit., p. 32.

¹⁶⁹ PRADO, ob. cit., p. 36.

punitivo¹⁷⁰.

Esse movimento pode ser representado pela obra de Honig, para quem o conceito de bem jurídico não se confundiria com a realidade social. Sua origem seria exclusivamente normativa e sua existência dependeria de uma reflexão especificamente jurídica¹⁷¹, atuando como instrumento metodológico cujo objetivo seria o de auxiliar na compreensão do sentido e da finalidade das diversas prescrições legais¹⁷².

O bem jurídico passou então a ser identificado como a *ratio legis*, ou melhor, como o fim determinante da norma penal, contribuindo para a teoria da interpretação e para o método teleológico. De objeto de tutela, transformou-se em meio para a interpretação, identificando-o apenas com o conteúdo da norma. O risco de tal concepção é evidente: esvazia-se o bem jurídico de seu conteúdo crítico, limitador do poder punitivo, permitindo sua utilização por ideais totalitários tais como os defendidos pela escola de Kiel no regime nacional socialista¹⁷³.

Por certo, durante a II Guerra Mundial, período em que a Alemanha esteve dominada pelos princípios do nazismo, ficaram à margem todos os estudos desenvolvidos sob a influência do iluminismo. O homem se viu submetido à absoluta arbitrariedade do Estado, cuja figura se confundia com a de seus próprios dirigentes: *“La libertad y la dignidad del individuo tuvieron que ceder ante orden, disciplina y eficiencia entendido como valores absolutos”*¹⁷⁴

Como consequência, no período pós-guerra não é de se admirar que tenha ocorrido uma revisão do passado, com o ressurgimento da ética e da moral, havendo inclusive a preocupação em fazer constar expressamente na lei Fundamental de 1949 (art. 20.1) que a República Federal Alemã traduzia-se em um Estado federal democrático e social. Surgem, portanto, as reações ao positivismo jurídico, tido como legitimador do autoritarismo, visando a construção de um Estado

¹⁷⁰ PÉREZ, ob. cit., p. 32.

¹⁷¹ CUNHA, ob. cit., p. 64.

¹⁷² Idem, p. 65.

¹⁷³ Idem, p. 66/70.

¹⁷⁴ HORMAZABAL MALAREE, ob cit., p. 72.

material, e não apenas formal, de direito, o que também implicaria em mudanças na visão do direito penal¹⁷⁵.

Com Mayer iniciam-se as proposições para restabelecer o conteúdo do bem jurídico – rechaçado pelos neokantistas –, reconduzindo-o ao seu papel de elemento nuclear do injusto. Mas embora sustentasse a necessidade de criação de canais de comunicação entre a sociedade civil e as instâncias políticas, em uma clara referência ao pensamento de Von Lizst de que a opção política pela criminalização de determinada conduta não poderia ser desvinculada da correspondente base social, acolhia principalmente a ideia de ser o direito penal, antes de mais nada, um instrumento para a manutenção da ordem moral¹⁷⁶.

O bem jurídico, portanto, seria um elemento dessa ordem moral cuja proteção legitimaria o uso do direito penal, e que se expressaria no sistema jurídico a que corresponde. Tal concepção, além de imprestável para fins de limitação do poder punitivo, haja vista a extrema indeterminação do conceito de ordem moral, também não permitiria delinear qual o critério para a escolha de um determinado valor como bem jurídico. A opção do que seria moralmente inaceitável permaneceria na vontade do legislador, que ao criar a norma proibitiva estaria, ao mesmo tempo, criando o bem jurídico¹⁷⁷.

Outro autor considerado muito relevante no período pós-guerra foi Hans Welzel. Apesar de seus estudos datarem da década de 1930, somente alcançaram espaço para o debate após a derrocada da Alemanha nazista.

Seguindo a tendência da época de busca de verdades ontológicas e de valorização das questões éticas, especialmente mediante o retorno aos princípios do direito natural, Welzel apresentou as bases para uma nova teoria do delito que pudesse superar o dogma causal positivista adotado pelos teóricos do neokantismo. Para isso, embasou sua formulação em dados ontológicos e revestidos de função

¹⁷⁵ Idem, p. 73.

¹⁷⁶ Idem, p. 79.

¹⁷⁷ *“En resumen, y esto es lo que nos interesa destacar, conforme a la teoría jurídico penal de MAYER, serían punibles todas las conductas que significaran una desobediencia a un determinado orden moral, que implicaran un desvalor ético, ya que con ello se estarían protegiendo los bienes jurídicos que toda norma contiene, según este autor”* (Idem, p. 80).

ético-social, relegando o bem jurídico a uma posição acessória quando comparada à finalidade principal do direito penal: a proteção dos valores ético-sociais da ação¹⁷⁸.

Ao contrário dos neokantistas, para quem a ação era simplesmente o desencadeamento de um processo causal no mundo exterior, Welzel atribui sentido e significado a essa ação. A tipicidade não se perfaz mais sem a análise do sentido (ou finalidade) conferido à ação pelo sujeito que a pratica e, como consequência, o dolo e a culpa – elementos de vinculação pessoal entre a atividade desempenhada e o sujeito – são transferidos da culpabilidade para o injusto¹⁷⁹.

Mas a crítica feita a Mayer também será aplicável a Welzel. Apesar de ambos, influenciados pelo direito autoritário nazista, demonstrarem extrema preocupação ética e de superação do positivismo, não foram capazes de definir um conteúdo para os valores morais dignos de tutela, prejudicando a função do bem jurídico de controle da atividade legislativa¹⁸⁰.

Por outro lado, orientadas pela ideia de que não haveria espaço para uma teoria de direito penal desacompanhada de uma teoria social, surgem as teorias sociológicas, entendendo a sociedade sob uma perspectiva funcionalista, direcionada a sua própria manutenção. A pena se justifica pela lesividade social da conduta e não pela lesão a interesses merecedores de proteção penal¹⁸¹.

Hans Joachim Rudolphi¹⁸² atribui ao bem jurídico a característica de unidade funcional cuja relevância encontra amparo constitucional, e que carrega em si mesmo a função social. Será portanto um bem jurídico tudo aquilo que se caracterize como pressuposto de uma normal convivência dos indivíduos na sociedade, legitimando-se a sanção penal somente quando tais pressupostos forem lesionados ou colocados em perigo.

Assim, o direito penal, tendo como norte as decisões valorativas já

¹⁷⁸ FERNANDÉZ, Gonzalo D. *Bien jurídico y sistema del delito*. Montevideo: B de F, 2004, p. 108/109.

¹⁷⁹ HORMAZABAL MALAREE, ob. cit., p. 82.

¹⁸⁰ FERNANDÉZ, ob. cit., p. 111.

¹⁸¹ SEHER, Gerhard. *La legitimación de normas penales basadas en principios y el concepto de bien jurídico*. In: *La teoría del bem jurídico*. Madri: Marcial Pons, Roland Hefendehl (ed), 2007, p. 71/72.

¹⁸² RUDOLPHI, Hans Joachim. *Los diferentes aspectos del concepto de bien jurídico*. In: *Nuevo Pensamiento Penal*. V. 4, p. 341.

apresentadas na Constituição, deve proteger as funções sociais e assegurar a manutenção da sociedade frente a danos e perturbações, desconsiderando as questões exclusivamente morais. Para isso, o legislador precisa levar sempre em conta a natural evolução da sociedade e as mudanças históricas, tolerando inclusive aqueles comportamentos que não estejam de acordo com a moral dominante, já que incapazes de causar dano às unidades funcionais da vida social¹⁸³.

Já Knut Amelung parte de um enfoque sistêmico nos moldes de Luhmann, acolhendo a noção de que o Direito é um subsistema vinculado ao sistema social, para afirmar que o Direito Penal é um instrumento desse subsistema jurídico, cuja finalidade é a de proteger o sistema como um todo contra atos de alta nocividade social¹⁸⁴.

Nem toda lesão a um bem jurídico ensejará uma reação pelo Direito Penal, mas somente as que possuírem caráter socialmente prejudicial, excedendo o prejuízo individual da vítima. Exige-se um saber empírico por parte do legislador penal, permitindo-lhe analisar quais condutas prejudicam intensamente a sociedade a longo prazo, de modo a nortear a estipulação das consequências jurídico-penais de cada uma dessas condutas.

Em síntese, enquanto não for demonstrado claramente o efeito socialmente lesivo de uma conduta, o indivíduo deve permanecer livre da ameaça de pena¹⁸⁵. Os bens jurídicos, assim, exerceriam o papel de preservação das funções necessárias à conservação do sistema social.

Também Jakobs, inspirado pela teoria de Luhmann, confere primordial importância à preservação do sistema, sustentando que a relevância do direito penal está em garantir as expectativas de condutas existentes na sociedade, funcionando

¹⁸³ *“La tarea del derecho penal, desde el punto de vista de la decisión valorativa contenida en la Constitución, consiste en proteger las funciones sociales y los mecanismos eficaces requeridos para el mantenimiento de la sociedad frente a los daños y perturbaciones que pudieran amenazarlos. Por este motivo, los comportamientos que carecen del carácter de perturbadores de funciones sociales, y que, por lo tanto, no ejercen ningún efecto nocivo sobre los organismos sociales de la sociedad, agotándose en un disvalor puramente moral, quedan por ello excluidos como objeto de los mandatos y las prohibiciones jurídico-penales”* (RUDOLPHI, ob. cit., p. 345).

¹⁸⁴ LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003, p. 170.

¹⁸⁵ HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do direito penal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005, p. 57/58.

a pena como um instrumento de reforço da vigência da norma. O essencial, para esse autor, seria a manutenção das expectativas normativas mesmo diante de condutas transgressoras, promovendo-se a estabilização social¹⁸⁶.

Por seu turno, Hassemer adota uma teoria pessoal do bem jurídico, elaborada a partir da análise da evolução histórica do conceito. Expõe que originalmente a formulação do conceito de bem jurídico visava a descriminalização das condutas, autorizando o legislador a impor sanções nas hipóteses restritas de efetiva ameaça a um bem jurídico, mas com o correr dos anos passou-se a conferir ao bem jurídico uma tendência criminalizante, cuja proteção, ao invés de afastar a tipicidade, acabou por tornar exigível a proibição de determinado comportamento¹⁸⁷.

Tomando por base o contexto de um pensamento jurídico funcionalista e a tendência da sociedade moderna de ampliar a criminalização a partir de novas possibilidades de lesão (tráfico de drogas, contaminação do meio ambiente, infrações tecnológicas, entre outras), elabora sua teoria, buscando compatibilizar o princípio da subsidiariedade com o exame da real necessidade e idoneidade das sanções penais na proteção de bens jurídicos¹⁸⁸.

Para Hassemer, todo juízo de merecimento de pena deve derivar do indivíduo, limitando-se o Direito Penal a um núcleo básico. O bem jurídico será um interesse humano, consistindo em bens vitais imprescindíveis para a vida comum dos indivíduos, tais como a vida, a saúde, a liberdade ou a propriedade. Quanto aos bens jurídicos coletivos, somente serão admitidos quando puderem ser mensurados individualmente¹⁸⁹.

A teoria pessoal do bem jurídico fornece parâmetros precisos para o conteúdo do bem jurídico tutelado penalmente, permitindo inclusive uma leitura crítica do Direito positivo. Quanto aos fenômenos próprios da vida moderna (proteção do meio ambiente, manutenção do sistema¹⁹⁰ financeiro nacional, p. ex), capazes de ensejar

¹⁸⁶ SEHER, ob. cit., p. 72.

¹⁸⁷ HASSEMER, Winfried. *Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico*. In: *Doctrina Penal, teoría y práctica de las ciencias penales*. Buenos Aires: Depalma, ano 12, n. 45 a 48, 1989, p. 277/278.

¹⁸⁸ Idem, p. 280/284.

¹⁸⁹ SEHER, ob. cit., p. 74.

¹⁹⁰ Idem, ibidem.

danos não individualizáveis, são resolvidos mediante sua inserção em outro ramo do direito, denominado por Hassemer como Direito de Intervenção, preservando-se, assim, um âmbito restrito para o uso do Direito Penal.

Mas a crítica reside precisamente no fato de que a teoria pessoal do bem jurídico ignoraria os chamados bens jurídicos coletivos, associados às mudanças sociais e aos problemas modernos, tal como a ameaça de destruição do meio ambiente. O conceito de bem jurídico de Hassemer funcionaria apenas como meio de interpretação do Direito Penal clássico, de autor e vítima determinados, próprio dos delitos de resultado¹⁹¹.

Como se pode notar, há uma diferença filosófica de base entre as teorias sociológicas em geral e a teoria do bem jurídico. Enquanto as primeiras prescindem da necessidade de conferir conteúdo ao bem jurídico, justificando a aplicação da pena como expressão simbólica da falta de fidelidade ao sistema social, a segunda demandaria uma função crítica do bem jurídico, remetendo à proteção de interesses preexistentes e independentes ao Direito. Na lição de Muñoz Conde¹⁹², *“a teoria sistêmica conduz para substituição do conceito de bem jurídico pelo de ‘funcionalidade do sistema social’, perdendo a ciência do direito penal o último ponto de apoio que existe para a crítica do direito penal positivo”*.

Mas se por um lado as teorias sociológicas não conseguiram esclarecer o motivo porquê uma certa sociedade criminaliza determinados comportamentos e não outros, deixando à livre escolha do legislador a criação de tipos incriminadores, as teorias do bem jurídico também não foram bem sucedidas em delimitar com precisão o real significado do termo¹⁹³.

Em interessante iniciativa, Mir Puig¹⁹⁴, apesar de defender o princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos, reconhece a inexistência de um conteúdo preciso capaz de fornecer um limite válido ao legislador, optando por uma orientação

¹⁹¹ Idem, p. 75.

¹⁹² MUÑOZ CONDE, Francisco. *Direito penal e controle social*. Rio de Janeiro: Forense: 2005, p. 15.

¹⁹³ PRADO, ob. cit., p. 43/44.

¹⁹⁴ MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal – parte general*. 7. ed. Montevideo: B de F, 2005, p. 130.

político-criminal. Assim, um Estado social e democrático de Direito somente poderá acolher como bens jurídicos aqueles cujo desrespeito afete a possibilidade de participação dos indivíduos no sistema social.

Mas ainda que se afaste da noção puramente dogmática rumo a um sentido político-criminal, a teoria do bem jurídico continua não sendo capaz de, por si só, limitar o uso do direito penal. Como ressalta Bacigalupo, se todo interesse, toda finalidade ou qualquer função do sistema social pode ser interpretado como um bem jurídico, então “*a capacidade limitadora do conceito de bem jurídico é, na verdade, nula*”¹⁹⁵.

De acordo com Stratenwerth, a sociedade possuiria um consenso mínimo acerca de normas de conduta elementares, ainda que delas não decorra um resultado imediato. Esse autor questiona, portanto, a capacidade do conceito de bem jurídico em englobar as questões modernas, que devem ser objeto de regulação¹⁹⁶: “*Está claro que con el pensamiento del bien jurídico no se llega lejos en este tema, ya incluso porque, a pesar de la certeza de que estás se darán, no es posible calcular las consecuencias concretas de lo que hoy hacemos para nuestros descendientes.*”¹⁹⁷

Ademais, ao se inserir em uma determinada coletividade a pessoa adotaria uma identidade cultural, aderindo ao consenso daquele grupo quanto a existência, ou não, de regras conforme as quais queira viver aquela sociedade. O sujeito se torna uma pessoa moral e suas crenças e interesses transcendem sua individualidade, o que desafiaria inclusive a teoria de Hassemer quanto à validade universal dos interesses, e consequentes bens jurídicos, merecedores da tutela penal¹⁹⁸.

Com a modernização nasce então o discurso da desvinculação do bem jurídico, que assim como outros princípios tradicionais do direito penal, passa a ser

¹⁹⁵ BACIGALUPO, Enrique. *Direito penal: parte geral*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 35.

¹⁹⁶ Idem, *ibidem*.

¹⁹⁷ STRATENWERTH, Günter. *La criminalización en los delitos contra bienes jurídicos colectivos*. In: *La teoría del bem jurídico*. Madri: Marcial Pons, Roland Hefendehl (ed), 2007, p. 371.

¹⁹⁸ Idem, p. 368/369.

visto como antiquado e como obstáculo à constante adaptação e maleabilidade funcional e útil de uma chamada sociedade de risco, que se considera em permanente mudança¹⁹⁹.

Mas a questão parece relacionar-se mais com a dificuldade de conceituar qual deve ser o conteúdo legítimo de atuação do Direito Penal do que com o reconhecimento da necessidade de proteção em si. O próprio Hassemer não ignora o problema da degradação do meio ambiente, mas insiste em alocá-lo no âmbito do Direito da Intervenção para não descaracterizar sua noção de bem jurídico baseada no dano individual. Por seu turno, ao defender a tutela penal na regulação dessas novas situações sociais, Stratenwerth irá naturalmente tentar legitimar a construção de delitos sem vinculação a um bem jurídico.

Uma das soluções apregoadas seria o recurso à doutrina angloamericana sobre a legitimação das normas penais, buscando-se com o uso do princípio do dano (*harm principle*) assegurar a função crítica quanto às hipóteses englobadas pela legislação criminal, mas sem as restrições de uma conceituação rígida e excludente tal qual a do bem jurídico individual.

2.2 O princípio do dano (*harm principle*)

Considera-se perante um dano quando uma conduta ofende um terceiro, titular da pretensão legítima a resguardar a incolumidade de seu interesse, ora violado.

De fato, é possível distinguir entre comportamentos lesivos, que causam dano direto, e comportamentos ofensivos, cujo dano poderá ocorrer no futuro. Pela diferença da gravidade inerente a um e a outro, é razoável que a responsabilização criminal também se dê em escalas diversas.

Foi com John Stuart Mill²⁰⁰, em sua obra *On Liberty*, que se introduziu o

¹⁹⁹ HASSEMER, ob. cit., p. 360.

²⁰⁰ MILL, John Stuart. *On Liberty*. Ontario: Batoche Books, 2001, p. 69.

estudo sobre o princípio do dano, segundo o qual o único propósito para o qual o poder pode ser legitimamente exercido sobre qualquer membro de uma comunidade civilizada, contra sua vontade, é para evitar danos aos outros. Um pessoa é soberana para fazer basicamente tudo o que deseja, desde que suas ações não prejudiquem os outros, o que conseqüentemente impediria que o Estado interviesse em condutas auto lesivas.

A ideia central reside em proteger a autonomia das pessoas, colocada como um limitador ao poder estatal. Qualquer conduta que não cause lesão a terceiros, que atinja somente interesses próprios do sujeito, ou que se relacione com atos morais, não justifica a intervenção do Estado²⁰¹: “*in each person's own concerns his individual spontaneity is entitled to free exercise*”²⁰².

Buscando desenvolver a noção de Mill, Joel Feinberg²⁰³ também sustentou o uso do princípio do dano como um princípio limitador, mas foi além. Ao criticar o paternalismo penal, acata a legitimidade da criminalização mesmo quando não efetivada a lesão, mas igualmente sempre que comprovada a mera possibilidade de dano, ainda que consentido pela vítima – já que nesses casos o perigo objetivo à integridade da vítima tornaria irrelevante sua anuência.

Em sua obra, *The moral limits of the criminal law*, Feinberg afirma que o requisito necessário à criminalização de uma conduta seria não apenas a provocação de lesões em outras pessoas (*harmful to others*), alegando existir também outras vias para legitimar a penalização, tais como a ofensa inerente a uma conduta, independentemente da lesão²⁰⁴.

Para esse autor, podem ocorrer circunstâncias em que o risco de conseqüências lesivas futuras possa equiparar-se a um efetivo dano, o que legitimaria a incriminação dos crimes de perigo abstrato. Para tanto, deveria ser feita uma análise quanto à probabilidade e à gravidade do eventual dano que viesse a ser

²⁰¹ Idem, *ibidem*.

²⁰² Idem, p. 71.

²⁰³ FEINBERG, Joel. *The moral limits of the criminal Law*. New York: Oxford University Press, 1989, p. 10/11.

²⁰⁴ HIRSCH, ob. cit., p. 39.

produzido²⁰⁵.

Tal raciocínio vincula-se diretamente ao conceito de desvalor da ação, pois nessas hipóteses de ausência de dano imediato Feinberg leva em conta se a conduta foi praticada de maneira correta, ou não. Introduce-se a ideia de que a conduta, além de lesiva, deve ser *wrongful*, englobando tanto as situações de dolo quanto de imprudência²⁰⁶.

A crítica nesse último caso é a de que se permitiria legitimar a imputação penal do autor mesmo quando não teve a intenção de provocar o risco, nem sequer previu as prováveis futuras consequências lesivas²⁰⁷.

Ademais, não haveria uma definição exata do que poderia ser entendido por esse interesse apto a ser tutelado pelo Estado, e resguardado da injustificada intervenção de terceiros. Como princípio de origem anglo americana, competiria ao magistrado a decisão no caso concreto do que seria, ou não, considerado como lesão incriminável, tornando esse conceito pouco aceitável pelos adeptos da *civil law*²⁰⁸.

Para estes últimos, exigir-se-ia uma prévia razão normativa para impor a proibição penal, recorrendo-se sempre ao ordenamento jurídico primário, tal como o Direito Civil²⁰⁹. A ideia seria garantir que o ato considerado lesivo já estivesse anteriormente previsto em lei, seguindo a tradição de respeito ao princípio da legalidade, como um dos pilares da segurança jurídica.

Resta a questão de como a teoria do bem jurídico poderia se beneficiar com os estudos sobre o princípio do dano, devendo desde logo ser ressaltado que aquele possui abrangência mais ampla que este.

Cite-se como exemplo o hipotético lançamento de resíduos em um rio, por uma empresa que opere em suas margens. O dano específico à comunidade que

²⁰⁵ Idem, p. 40.

²⁰⁶ Idem, ibidem.

²⁰⁷ Idem, p. 41.

²⁰⁸ MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Paternalismo Jurídico-Penal*. São Paulo, tese de doutoramento apresentada ao departamento de pós-graduação da USP, 2010, p. 34.

²⁰⁹ HIRSCH, ob cit., p. 42.

por ventura utilize as águas daquele rio poderia ser facilmente caracterizado, mas não necessariamente o impacto ao bem jurídico meio ambiente. Nesse ponto, o *harm principle* poderia servir como um limitador tanto à criação do tipo penal pelo legislador, quanto à interpretação do julgador no momento da aplicação da sanção, assegurando a necessária proporcionalidade entre a conduta praticada e a punição imposta.

Andrew Von Hirsh²¹⁰, por seu turno, defende a integração entre as noções de *harm principle* e a teoria do bem jurídico, sustentando que este último, por si só, não permite legitimar uma adequada teoria da criminalização.

Para o autor, a ênfase no conceito de lesão a interesses de terceiros, tal como se dá no *harm principle*, poderia auxiliar na restrição do poder punitivo mediante a adoção da idéia de delimitação entre o prejuízo causado aos interesses de terceiros e os interesses do próprio agente, o que também não seria uma noção alheia à teoria do bem jurídico²¹¹.

A tese se enquadraria, por exemplo, na discussão da criminalização pelo consumo de drogas, construída sob o fundamento de proteção do bem jurídico saúde pública. Mas se se entender que os danos para a saúde decorrentes do uso de drogas são de responsabilidade dos próprios consumidores, configurariam lesão auto infligida, sem englobar prejuízos a interesses de terceiros.

Seguindo este raciocínio, a legitimação para um direito penal das drogas não poderia estar sustentada sobre a ameaça a um bem próprio. Se se quer alegar a proteção de um bem jurídico vinculado à saúde, somente estaria justificada a criminalização de lesões à saúde causadas por terceiras pessoas, mas jamais a decorrente do consumo voluntário de drogas²¹².

Qualquer pensamento em contrário conduziria a um direito penal meramente paternalista, incapaz de acolhimento seja pelo princípio do dano, seja pela teoria do bem jurídico.

Apesar de ser fluido o conceito inerente ao princípio do dano, impossibilitando

²¹⁰ Idem, p. 52.

²¹¹ Idem, p. 45.

²¹² Idem, p. 46.

seu uso exclusivo sem o recurso a outros princípios que lhe forneçam segurança jurídica, sua aplicação poderia ser benéfica se associada ao exame da efetiva lesão ao bem jurídico, realizado pelo magistrado no caso concreto. Se utilizadas de forma complementar e não excludente, ambas as noções poderiam servir como instrumentos benéficos a fornecer parâmetros ao julgador. Como consequência, talvez fosse possível uma análise mais justa e efetivamente restritiva do uso do direito penal.

2.3 Os limites constitucionais do bem jurídico

Ainda que se reconheça a importância da teoria do bem jurídico aliada a do princípio do dano para conferir conteúdo e delimitar os tipos legais, as normas penais permanecerão carentes de legitimidade enquanto não estabelecido previamente um limite ético ao legislador.

Nas palavras de Claus Roxin²¹³, “*o conceito de bem jurídico não é uma varinha mágica através da qual se pode separar desde logo, por meio de subsunção e dedução, a conduta punível daquela que deve ficar impune*”. Em especial em um Estado Democrático de Direito, com pluralidade de culturas e doutrinas, é preciso assumir uma diretriz para a produção legislativa penal.

Seguindo esse raciocínio, antes de se colocar em prática a faculdade estatal de punir faz-se necessário estabelecer as finalidades e os princípios básicos do direito penal, preferencialmente alcançando-se um consenso dentre a sociedade onde será aplicado²¹⁴. E nesse ponto parece conveniente afirmar que em um Estado Democrático de Direito – como é o caso do Estado Brasileiro –, onde a participação popular é assegurada mediante representação política legitimamente eleita, a Constituição Federal se apresenta como o documento mais próximo a simbolizar um consenso a embasar a criação de outras legislações.

²¹³ ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de direito penal*. 2. ed. Lisboa: Vega, 1993, p. 61.

²¹⁴ ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 32.

Até mesmo porque, como observado por Roxin²¹⁵, mesmo nos países onde tais princípios básicos não estejam garantidos constitucionalmente, *“derivam dos fundamentos da democracia parlamentar, bem como do reconhecimento de direitos humanos e de liberdade que devem ser respeitados em um estado de direito moderno”*.

Assim, sendo a Constituição Federal o suposto instrumento capaz de abrigar os princípios máximos da justiça, não haveria como sustentar a tutela de um bem jurídico por meio da criminalização de determinada conduta, sem antes cotejar a previsão legal com o conteúdo dos princípios constitucionais²¹⁶.

De fato, a Constituição Federal impôs garantias capazes de preservar o indivíduo frente ao arbítrio da autoridade estatal, importando em afirmar que toda postura eventualmente adotada em âmbito político-criminal deveria sempre estar pautada em alguma previsão constitucional²¹⁷: *“se, no manancial do direito penal, se encontram a política e a exigência da tutela da sociedade, em seu âmago se encontra a pessoa humana”*²¹⁸.

Tozzini alerta para a situação contemporânea de que o Legislativo, ao invés de promover reformas de fundo no ordenamento jurídico penal, conferindo-lhe uma leitura constitucional, por vezes edita diplomas impulsionado por problemas conjunturais, ensejando soluções também conjunturais, e em desconformidade com a própria unidade da legislação penal²¹⁹.

Como afirma Figueiredo Dias²²⁰, a referência obrigatória, e ao mesmo tempo reguladora do poder punitivo, deve ser a ordem jurídico-constitucional: *“Relação que não será de 'identidade', ou mesmo só de 'recíproca cobertura', mas de analogia material, fundada numa essencial correspondência de sentido e – do ponto de vista da sua tutela – de fins”*.

²¹⁵ Idem, p. 34.

²¹⁶ CARVALHO, ob cit., p. 33.

²¹⁷ TOZZINI, Carlos A. *Garantías constitucionales em el derecho penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2005, p. 38.

²¹⁸ PALAZZO, ob cit., p. 17.

²¹⁹ TOZZINI, ob cit., p. 38.

²²⁰ FIGUEIREDO DIAS, ob. cit., p. 67.

Surgem assim as teorias constitucionais do bem jurídico, divididas entre as de caráter geral e as de fundamento constitucional estrito. As primeiras preocupam-se mais em fornecer parâmetros ao legislador penal, vinculando sua atuação aos princípios de um Estado constitucionalmente organizado²²¹.

Traçam-se apenas os limites formais ao poder punitivo, sem que se estabeleça expressamente o que pode, ou não, ser criminalizado, concepção que remete a origem liberal/iluminista da Constituição, como instrumento de defesa dos indivíduos face ao Estado: *“limitar a intervenção do Estado ao mínimo indispensável e assegurar o máximo de espaço possível à liberdade”*²²².

Como consequência, confere-se ao Legislativo o poder de escolha quanto ao âmbito de criminalização, o que primariamente se justifica por ser aquele um órgão representativo do povo. Por outro lado, não há como desconsiderar que na prática há casos em que a representação popular deposita extrema confiança no juízo de valor dos parlamentares que, por questões de atecnia ou de defesa de interesses diversos daqueles em virtude dos quais foram eleitos, podem ser levados a estabelecer graves intervenções aos direitos fundamentais dos cidadãos²²³.

Já as teorias de fundamento constitucional estrito consideram que o texto constitucional forneceria prescrições específicas a definir os objetos de tutela, restringindo ao máximo o espaço de criação do legislador ordinário²²⁴.

Levando em consideração o contexto constitucional brasileiro, onde resta evidente a ampla gama de garantias e direitos (alguns tidos como fundamentais) reservados para tratamento constitucional, parece que as teorias mencionadas no parágrafo acima estariam aptas a fornecer maior segurança jurídica aos seus cidadãos, obrigando expressamente a adoção de uma postura negativa do legislador em afrontar tais direitos, ao invés de facultar-lhe a escolha do que pode, ou não, vir a integrar o sistema punitivo.

²²¹ PRADO, Luiz Regis. *Bem-jurídico penal e constituição*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 62/63.

²²² CUNHA, ob. cit., p. 119.

²²³ Idem, p. 121.

²²⁴ PRADO, ob. cit., p. 62/65.

E ainda quando por alguma circunstância o Legislativo extrapolar suas atividades, conferindo mais amplitude ao sistema punitivo que o permitido pelas previsões constitucionais, caberá ao Judiciário assegurar a implementação dos direitos fundamentais consagrados, realizando sempre uma interpretação conforme a Constituição, e abandonando ideias já ultrapassadas na doutrina constitucionalista de mero caráter programático das normas, para reconhecer força normativa ao teto constitucional.

Precisa é a lição de Maria da Conceição Ferreira da Cunha²²⁵, ao lembrar que os direitos fundamentais não podem mais ser encarados apenas como mecanismos formais de defesa do sujeito frente ao poder estatal, cabendo-lhes atuar como limites de conteúdo à legislação penal. A Constituição, ao reunir no seu texto os valores fundamentais de uma determinada comunidade, conferiria um parâmetro para o exame da legitimidade da intervenção penal, bem como exerceria uma influência delimitadora desta intervenção.

O conteúdo do injusto, portanto, passa a depender da caracterização prévia de um bem jurídico, assumindo este uma função material dada pela Constituição, e passando a atuar como a ligação entre a dogmática e a política criminal adotada por determinado Estado, mais especificamente entre a teoria do delito e a realidade social²²⁶.

2.4 Hierarquização entre valores constitucionais: o princípio da proporcionalidade

Como se vê, acolher abstratamente a teoria constitucional do bem jurídico, no sentido de que os valores postos na Constituição atuam como limites materiais à intervenção penal pelo legislador, também não soluciona a questão quanto ao conteúdo concreto da matéria que poderá ser objeto da legislação criminal.

Seria preciso definir, dentre tais valores, quais poderiam se sobrepor em caso

²²⁵ Idem, p. 127.

²²⁶ CARVALHO, ob. cit., p. 35.

de conflito, e se haveria possibilidade de estabelecer uma hierarquia entre valores igualmente acolhidos pela Constituição, autorizando-se o legislador a sacrificar um valor em prol da satisfação de outro. Resta, portanto, conferir critérios objetivos para a teoria constitucionalista.

Desde logo deve ser ressaltada a regra de prevalência dos direitos fundamentais, tidos como *“direitos público-subjetivos de pessoas (físicas ou jurídicas), contidos em dispositivos constitucionais e, portanto, que encerram caráter normativo supremo dentro do Estado, tendo como finalidade limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual”*²²⁷.

Os direitos fundamentais abrangeriam os direitos individuais e coletivos, passando pelos direitos sociais e políticos, e alcançando inclusive os direitos de liberdade e de igualdade, sempre definidos pela supremacia constitucional e atuando como uma obrigação negativa endereçada ao Estado. Via de consequência, geram para o particular um direito de defesa ou de resistência, impedindo uma intervenção injustificada do Estado.

Tais normas desempenham um papel central no controle de constitucionalidade, já que todas as leis editadas pelo legislador ordinário devem ser examinadas sob o enfoque do conteúdo normativo dos direitos fundamentais. Havendo uma situação de conflito entre o dispositivo de uma lei e o teor de um direito fundamental, evidencia-se um vício de inconstitucionalidade, prevalecendo este sobre aquele²²⁸.

Com base nessa assertiva, Carlos Bernal Pulido esclarece ser função do juiz fundamentar suas sentenças recorrendo ao seguinte silogismo: premissa maior (a norma de direito fundamental), premissa menor (norma legal) e conclusão (se o que prescreve a norma legal está de acordo com a norma de direito fundamental)²²⁹.

O problema que muitas vezes se coloca para o magistrado é saber exatamente qual o conteúdo de determinado direito fundamental e,

²²⁷ DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: RT, 2009, p. 46/47.

²²⁸ BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. 3. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 90.

²²⁹ Idem, p. 98/99.

consequentemente, se o legislador ordinário excedeu o permissivo, ou imperativo, constitucional.

É que uma das características dos direitos fundamentais é sua baixa densidade normativa, ou seja, são vagos e indeterminados, o que se por um lado atende à realidade social de estar em constante evolução, por outro gera incerteza quanto a existência de um ou vários significados daquela norma, dificultando o controle e a subsunção da lei infraconstitucional penal às previsões de direito fundamental²³⁰.

Da mesma forma, é possível que haja as chamadas situações difíceis, em que seja necessário optar dentre dois ou mais direitos igualmente fundamentais quando da edição de uma lei penal. Em outras palavras, há casos em que o legislador, vislumbrando a preservação de um determinado direito fundamental, e até mesmo induzido em erro pela indeterminação do exato teor daquele direito, acabe por afrontar outra norma de igual envergadura, cabendo ao Poder Judiciário a árdua tarefa de examinar a constitucionalidade do diploma legal.

Não se pode desconsiderar também a tensão existente entre o direito, a economia e a política, sendo correntes situações em que integrantes de grupos com ideologias políticas diversas tentam fundamentar seus interesses na Constituição, haja vista a ampla gama de interpretações oferecidas por esta última.

Para tentar resolver essas controvérsias e conferir um conteúdo concreto às normas de direito fundamental, seja para justificar sua aplicação, seja para embasar a interpretação de seu correto alcance, sugere-se o recurso ao princípio da proporcionalidade, cuja função, na lição de Carlos Bernal Pulido²³¹, seria a de *“control constitucional de las leyes que intervienen em los derechos fundamentales”*, de modo a *“estructurar la fundamentación de la validez de las normas adscritas de derecho fundamental”*.

O princípio da proporcionalidade seria empregado para extrair o conteúdo essencial de um direito fundamental, apresentando-se como um instrumento indispensável para justificar as decisões judiciais no tocante às limitações ou

²³⁰ DIMOULIS, ob. cit., p. 52.

²³¹ BERNAL PULIDO, ob. cit., p. 138.

restrições de normas fundamentais, além de permitir uma análise humanística entre o texto da lei, a época em que foi redigido e as necessidades e realidades da sociedade contemporânea²³².

Contudo, tornou-se comum, em especial na doutrina e jurisprudência brasileiras, confundir os significados dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, cabendo um breve esclarecimento sobre as diferenças entre ambos.

A proporcionalidade é uma regra de interpretação e aplicação dos direitos fundamentais, que objetiva fornecer subsídios para a atividade jurisprudencial. Uma espécie de restrição às restrições, que examina cada ato estatal sob a ótica das sub-regras da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito²³³.

Apesar de denominado como princípio da proporcionalidade, trata-se em verdade de uma regra, aqui utilizando-se como base a classificação de Robert Alexy: princípios são mandamentos de otimização, e obrigam sua realização de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas. Enquanto isso, as regras expressam deveres definitivos e são aplicadas por meio de subsunção, de forma constante, sem variação²³⁴.

A proporcionalidade não conflita com outros princípios, não se submete às regras de prevalência diante do caso concreto e não depende de graus de aplicação. Pelo contrário, trabalha com a noção de subsunção e possui uma estrutura racionalmente definida, com sub-elementos independentes e aplicáveis em uma ordem pré-definida.

Já o princípio da razoabilidade possui campo de atuação mais restrito que o da proporcionalidade, importando na exigência de compatibilidade entre o meio empregado e os fins visados, bem como na aferição da legitimidade dos fins²³⁵. A razoabilidade, portanto, identifica-se apenas com a primeira das três sub-regras da proporcionalidade, qual seja a adequação, não permitindo o uso do silogismo como

²³² LÓPEZ SÁNCHEZ, Rogelio. *El principio de proporcionalidad como criterio hermenéutico en la justicia constitucional*. In: *Cuadernos Electrónicos de filosofía del derecho*. n. 23 (2011) ISSN: 1138-9877, p. 331.

²³³ SILVA, Virgílio Afonso da. *O proporcional e o razoável*. In: *Revista dos Tribunais*. n. 798, 2002, p. 24.

²³⁴ Idem, *ibidem*.

²³⁵ BARROSO, Luis Roberto. *Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito constitucional*. In: *Revista dos Tribunais – Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, n. 23, 1998, p. 66.

um parâmetro objetivo para as fundamentações judiciais²³⁶.

O primeiro ponto a se notar é que o princípio da proporcionalidade não exige a análise obrigatória de todas as suas três sub-regras. De fato, o exame da adequação precede ao da necessidade, e este ao da proporcionalidade em sentido estrito, relacionando-se todos de forma subsidiária entre si: a necessidade só é analisada se o caso não tiver sido resolvido antes pela adequação, e assim por diante. Somente em casos mais complexos é que provavelmente se passará pelas três sub-fases, alcançando-se até a proporcionalidade em sentido estrito²³⁷.

Diz-se que determinada lei é adequada quando sua aplicação faz com que o objetivo legítimo pretendido seja alcançado, ou ao menos fomentado. Por outro lado, será necessária caso o objetivo não possa ser atingido pelo uso de outra medida igualmente eficaz, e que restrinja em menor grau o direito fundamental violado. Por fim, será revestida de proporcionalidade em sentido estrito se os motivos que a fundamentam tiverem importância suficiente para justificar a restrição ao direito fundamental²³⁸.

Todas essas averiguações dependem de exame pelo magistrado no caso concreto, quando então poderá corporificar o real alcance do conteúdo do direito fundamental atingido, e se estão presentes os requisitos necessários a sua restrição.

Especificamente no que toca à legislação criminal, o princípio da proporcionalidade serviria como instrumento de controle pelo Judiciário que, já tendo em conta os bens jurídicos penais com *status* constitucional, poderia analisar se determinada intervenção do poder punitivo na esfera do direito fundamental alheio é, ou não, proporcional, e portanto legítima.

Cabe ressaltar ainda que Nilo Batista, Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia e Alejandro Slokar²³⁹, traçando o que parece ser um paralelo com o princípio da proporcionalidade, oferecem uma espécie de nova nomenclatura das três sub-

²³⁶ SILVA, ob. cit., p. 33.

²³⁷ Idem, p. 34/35.

²³⁸ Idem, p. 35/41.

²³⁹ BATISTA, Nilo. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. ALAGIA, Alejandro. SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro*, vol. I. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 241/242.

regras, mas agora completamente travestidas com a roupagem penal. Nesse sentido, expõe três princípios de limitação à criminalização, aplicáveis mesmo quando aparentemente todos os princípios constitucionais tiverem sido formalmente respeitados: o princípio da proscricção da grosseira inidoneidade do poder punitivo; de proscricção de grosseira inidoneidade da criminalização; e de limitação máxima da resposta contingente.

O primeiro, princípio da proscricção da grosseira inidoneidade do poder punitivo, aduz ser inconstitucional a grosseira falta de idoneidade do modelo punitivo para o tratamento de determinado conflito criminalizado. Alguns conflitos simplesmente não possuiriam uma solução disponível, sendo ilegítima a mera opção por sua criminalização. Nesse ponto, o autor parece se aproximar do conceito de adequação, no sentido de que em certos casos a criminalização por si só não contribuiria em nada para fomentar o alcance do objetivo pretendido.

O segundo, princípio de proscricção de grosseira inidoneidade da criminalização, afirma que ao se apresentar um conflito para o qual haja um modelo de solução, a criminalização torna-se desnecessária. Para os autores, a criminalização não é um instrumento ao qual se possa recorrer arbitrariamente, privando as partes de outras soluções, noção esta que mais uma vez permite o paralelo com uma sub-regra da proporcionalidade: a necessidade. Em outras palavras, a criminalização de uma conduta será desnecessária quando o objetivo de controle e repressão puder ser atingido por outra medida, menos violadora do direito fundamental.

Por fim, o princípio da limitação máxima da resposta contingente, afirma a impossibilidade de criminalizações primárias sem amplo debate, mas apenas sob o impacto emocional de um fato notório. Nesses casos, cumpriria ao Poder Judiciário extremar o cuidado na sua tarefa crítica e de análise limitadora das normas legais, esgotando, se preciso, os outros dois princípios acima mencionados. Tal qual a proporcionalidade em sentido estrito, o recurso à legislação criminal deve partir de um sopesamento entre a intensidade da restrição ao direito fundamental eventualmente ocorrida e a importância da realização do direito fundamental que com ele colide.

É certo que a Constituição Federal não prevê a aplicação do princípio da

proporcionalidade, mas seu uso decorre da própria estrutura dos direitos fundamentais. Ademais, o recurso a esse princípio permite otimizar e maximizar os direitos fundamentais no caso concreto, já que por um lado auxilia no efetivo controle material da legislação, e por outro torna as decisões judiciais mais coerentes por estarem atreladas a um parâmetro objetivo de interpretação por meio do uso do silogismo.

3 A RACIONALIDADE DAS LEIS

3.1 O processo de produção das leis

A existência de confrontos entre o Poder Executivo e as diversas plataformas políticas do Poder Legislativo não é o único fator responsável pelos problemas experimentados pelo sistema jurídico, caracterizado muitas vezes pela ambiguidade, redundância, contradição, inconsistência e vagueza. Tais impropriedades têm como principal origem tanto a má técnica legislativa, quanto a carência de uma política legislativa sistematizada e construída sobre procedimentos metodológicos aplicáveis ao processo de produção legislativa²⁴⁰.

Se as normas jurídicas forem consideradas como um dos principais instrumentos para a definição e execução das políticas públicas, o processo de produção legislativa se reveste de importância, proporcionando o debate, a partir de diferentes enfoques e das próprias restrições normativas, dos fenômenos da realidade que ensejarão a elaboração das leis²⁴¹.

Tal debate será influenciado pelos agentes sociais predominantes e pelos entes que captam as relações existentes entre os espaços públicos e privados, criando instituições formais ou regras jurídicas que restringem e definem o modelo de desenvolvimento social, econômico e político de determinada sociedade. Em síntese, são as limitações impostas para viabilizar a interação humana, estabelecendo condições que em alguns casos proíbe, faculta ou permite certas condutas²⁴².

As instituições formais são as regras escritas nas leis e nos regulamentos, construções criadas pelos indivíduos para cuidar de problemas específicos de coordenação econômica, social e política. Sua aplicação e cumprimento são

240

RODRÍGUEZ MONDRAGÓN, Reyes. *El proceso de producción legislativa, un procedimiento de diseño institucional*. In: *Elementos de técnica legislativa*. Miguel Carbonell e Susana Thalía Pedroza de la Llave (coords.), Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Série doctrina jurídica n. 44, 2000, p. 78.

²⁴¹ Idem, p. 79.

²⁴² Idem, ibidem.

revestidas de obrigatoriedade, dependentes de um poder coercitivo para assegurar seu respeito, ainda que seja possível o cumprimento voluntário²⁴³.

Sendo as leis elementos integrantes das instituições formais, com a função de regular situações de conflitos advindas da interação entre sujeitos com interesses próprios, instala-se a noção de que um processo legislativo bem conduzido poderia resultar em leis aptas a refletir a realidade, seja esta de caráter econômico, político ou social, prevendo soluções para controvérsias futuras²⁴⁴.

Para Manuel Atienza²⁴⁵, o processo de produção das leis exige uma série de interações entre elementos distintos, tais como editores, destinatário, sistema jurídico, fins e valores. Por este motivo, propõe a existência de cinco modelos de racionalidade que poderiam nortear a legislação: uma racionalidade linguística (a mensagem contida na lei deve ser transmitida com clareza); outra jurídico-formal (a nova lei deve estar harmoniosamente inserida no sistema jurídico); uma racionalidade pragmática (a conduta dos destinatários deve adequar-se ao previsto em lei); uma racionalidade teleológica (a lei deve alcançar os fins sociais almejados); e por fim uma racionalidade ética (as condutas previstas e as finalidades da lei pressupõem valores suscetíveis de justificação ética. A dificuldade estaria em alcançar uma unidade entre questões tão distintas.

O objetivo seria articular esses dados para o estabelecimento de técnicas que permitissem potencializar a instauração de uma efetiva racionalidade, evitando, na medida do possível, incorrer em irracionalidades legislativas, bem como impedir o uso do processo legislativo para fins ideológicos. Em outros termos, a sistematização de uma lei a transforma um mecanismo de previsibilidade, de segurança, mas não a converte em garantia de manutenção da liberdade, da igualdade ou de justiça²⁴⁶.

Especificamente na seara do direito penal, à medida em que a lei não nasce de um programa racional, amparado na criminologia e nas ciências sociais, não

²⁴³ Idem, p. 80/81.

²⁴⁴ Idem, ibidem.

²⁴⁵ ATIENZA, Manuel. *Contribución para una teoría de la legislación. In: Elementos de técnica legislativa*. Miguel Carbonell e Susana Thalía Pedroza de la Llave (coords.), Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Série doctrina jurídica n. 44, 2000, p. 19.

²⁴⁶ Idem, p. 21 e 25.

conseguirá regular a realidade nem exercer o controle social pretendido, pois a norma abstrata não terá uma base científica adequada. Esse *déficit* abre espaço para a adoção de posturas ideológicas, que não medem as consequências das decisões criminalizadoras: basta que satisfaçam o consenso social que embasa o sentimento de segurança coletiva²⁴⁷.

Os atores formalmente responsáveis pelo desenho do sistema jurídico (burocracias e legisladores) e os destinatários da legislação (os governados) atuam sob certos incentivos e estratégias, perseguindo fins concretos. Para maximizar seus interesses, os governados demandam certas instituições com as quais esperam obter benefícios, e os que exercem os poderes do Estado, por seu turno, buscam alcançar seus objetivos aos custos mais baixos possíveis, e ao mesmo tempo maximizando sua estabilidade e poder público²⁴⁸.

A partir dessas considerações, passa-se à análise das fases do processo legislativo, denominadas pré-legislativa (momento do debate, inclusive pela mídia, permitindo vislumbrar aspectos do problema que poderiam passar despercebidos), legislativa (aprovação e publicação da lei) e pós-legislativa (questionamento social sobre a adequação da norma), todas intimamente relacionadas entre si²⁴⁹.

Cada uma dessas três fases está delimitada por extremos que marcam o início e o fim do processo, sendo este de caráter circular, pois o resultado que leva a uma fase posterior pode repercutir na fase anterior, como se demonstrará.

3.2 Fase pré-legislativa

Nessa fase, busca-se conferir legitimidade às futuras normas jurídicas, mediante consultas e negociações que permitam alcançar o consenso dentre os diversos atores envolvidos (âmbitos público e privado). Dois são os resultados

²⁴⁷ DONINI, Massimo. *La relación entre derecho penal y política: método democrático y método científico*. In: *Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo*. Cuenca: Universidad de Castilla-La Mancha, 2003, p. 70.

²⁴⁸ RODRÍGUEZ MONDRAGÓN, ob cit., p. 83/84.

²⁴⁹ Vide ATIENZA, ob cit., p. 32; Díez Ripollés, José Luis. *A racionalidade das leis penais: teoria e prática*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 19.

perseguidos: (1) construção de argumentos e razões político-jurídicas e sócio-econômicas que justifiquem as instituições formais; e (2) a formulação de fins e valores que confirmam legitimidade, empírica e normativa²⁵⁰.

Díez Ripollés²⁵¹, seguindo a orientação de Schneider, considera que a fase pré-legislativa envolve um processo sociológico, sendo composta por cinco etapas sucessivas: (1) a crença em uma disfunção social; (2) o mal-estar social; (3) a opinião pública; (4) programa de ação; e (5) projeto ou proposta de lei.

A primeira é iniciada por agentes sociais (forças políticas, sociais ou econômicas institucionalizadas, como o governo, partido político, etc), que levam a população a crer em uma disfunção social carente de algum tipo de intervenção penal. Essa disfunção pode ser real ou aparente, e nesse último caso geralmente é utilizada como instrumento político, sobretudo nos âmbitos econômico, financeiro, do meio ambiente, saúde pública e segurança do Estado²⁵².

Como alerta Hassemer²⁵³, o uso político da provocação desse sentimento de desajuste social aparente pode ensejar o aparecimento de leis destituídas do respeito às regras tradicionais da dogmática penal, refletindo-se no crescente emprego dos crimes de perigo abstrato, na eliminação dos graus de imputação penal, na predileção pela tutela de bens jurídicos universais, no aumento da cominação de penas com caráter preventivo-geral intimidatório, entre outros.

Tal desajuste social deve ser capaz de despertar a atenção social, em especial quando revestidos de dramatismo e colocarem em evidência interesses considerados vitais, assim como todas as questões relativas à criminalidade, constituindo ainda um elemento facilitador aqueles eventos sociais vinculados à experiência direta da maioria dos cidadãos²⁵⁴.

A segunda etapa – o mal-estar social – trabalha com os sentimentos de preocupação e medo ante o delito. Para isso, o fator ensejador da disfunção social deve se manter recorrente na agenda social, provocando o envolvimento emocional

²⁵⁰ RODRÍGUEZ MONDRAGÓN, ob cit., p. 85/86.

²⁵¹ DÍEZ RIPOLLÉS, ob cit., p. 20.

²⁵² HASSEMER, Winfried. *Persona, mundo y responsabilidad*. Santa Fé de Bogotá: Temis, 1999, p. 9.

²⁵³ Idem, ibidem.

²⁵⁴ DÍEZ RIPOLLÉS, ob cit., p. 22/23.

da população e a adoção de atitudes punitivas ou de juízos de valor, que expressam o ponto de vista dos membros de uma dada sociedade sobre os contornos e o grau de intervenção penal que consideram necessários. Nesse contexto, dois fatores marcantes dessa etapa são a volatilidade e a circunstância de ser bastante influenciável²⁵⁵.

Ademais, deve-se levar em conta que certas características individuais podem ensejar maior ou menor mal-estar, tais como as diferenças entre os gêneros feminino e masculino, aumento da idade, ideologia conservadora, baixo nível de escolaridade, entre outras²⁵⁶. Nesse sentido, interessante notar a exposição de David Garland²⁵⁷ sobre as demandas punitivas nos EUA e na Grã-Bretanha no final dos anos 1960 e durante os anos 1970, mostrando como o medo do crime costumava ser menos disseminado, em especial porque muitas das condutas tidas como criminosas tinham pouca importância para a classe média jovem educada (devido ao seu estilo de vida, eventual uso de drogas leves), que as viam como fatores normais.

A terceira etapa consiste na formação da chamada “opinião pública”, reforçando a visibilidade social do desajuste e do mal-estar criado, e ao mesmo tempo outorgando autonomia à disfunção para que seja considerada um problema social. Aqui o protagonismo é exercido pelos meios de comunicação, ressaltando, obscurecendo ou priorizando certos temas²⁵⁸.

A opinião pública não se confunde com a opinião majoritária da sociedade. Pelo contrário, trata-se da opinião de uma coletividade qualificada, composta por

²⁵⁵ Idem, p. 24.

²⁵⁶ Idem, p. 25.

²⁵⁷ *“Do ponto de vista dessa nova sociologia do desvio, muito da conduta criminosa era de fato normal, saudável e amplamente desfrutada – expressiva da diversidade humana e não de patologias perigosas. O problema verdadeiro residia no controle excessivo, e não no desvio em si. Esta criminologia radical, tão influente nos círculos acadêmicos no final dos anos 1960 e nos anos 1970, tem uma significação cultural e histórica que vale a pena ressaltar. Embora seu surgimento tenha coincidido com o período de aumento mais acelerado das taxas de criminalidade no século XX, muitos dos seus temas parecem bem desvinculados daquele fenômeno em vários aspectos. O fato de, sem prejuízo disto, ter angariado tanta influência nos círculos acadêmicos sugere que o medo do crime era muito menos disseminado então do que viria a ser posteriormente, bem como que tinha pouca importância para a classe média jovem, educada, que compunha seu público principal. No final da década de 1960 e no início da década de 1970, ainda era possível conceber as ansiedades populares com o crime como fenômeno fundamentalmente engendrado pela mídia – os ‘pânicos morais’”* (GARLAND, David. *A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea*. Rio de Janeiro: Revan, 2008, p. 162).

²⁵⁸ DÍEZ RIPOLLÉS, ob cit., p. 29.

aqueles que determinam o conteúdo dos meios formadores de opinião, selecionando as matérias e decidindo a ênfase das mesmas. É a interpretação de certa realidade, propagada para o resto das pessoas, pré-julgando as opções políticas subsequentes²⁵⁹.

De acordo com Soto Navarro²⁶⁰, tornou-se uma prática governamental frequente justificar as decisões políticas amparando-se em uma sondagem da opinião pública, ao invés de fazê-lo por meio de uma argumentação racional. Mas a pesquisa estatística não seria capaz de fornecer resultados precisos quanto ao teor da opinião pública, uma vez que esta pode traduzir a vontade de apenas uma parcela da sociedade, ignorando algum outro setor com menos conhecimento sobre o tema.

A quarta etapa diz respeito a um programa de ação, por meio do qual a opinião se concretiza, propondo soluções para os problemas apresentados. Aqui têm papel relevante os grupos de pressão (em inglês, *lobby*) especializados, que dispõem de meios materiais e pessoais para aprofundamento na análise do tema e na busca de soluções. Tais grupos podem ter agendas variadas e defender interesses diversos (meio ambiente, consumidores, feministas), apropriando-se do problema e oferecendo propostas factíveis de intervenção ou abstenção política²⁶¹.

Por se preocuparem em realizar investigações mais detalhadas, fazendo uso até de especialistas se necessário, o posicionamento desses grupos de pressão costuma ser dotado de legitimação científico-social, diferente do que ocorre com a opinião pública²⁶². Mas o êxito das suas reivindicações dependerá muito dos recursos de que dispõem (representatividade, dinheiro, ampla gama de conhecimentos, possibilidade de intervenção no processo legislativo) e dos canais de comunicação e de pressão sobre o poder político²⁶³.

A quinta e última etapa se dá pela cristalização dos programas de ação em

²⁵⁹ Idem, p. 31.

²⁶⁰ SOTO NAVARRO, Susana. *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*. Granada: Comares, 2003, p. 101.

²⁶¹ DÍEZ RIPOLLÉS, ob cit., p. 33.

²⁶² Idem, p. 34.

²⁶³ SOTO NAVARRO, ob cit., p. 108.

projetos ou propostas de lei, sob a responsabilidade das burocracias governamentais ou partidárias, agentes sociais institucionalizados dotados de estabilidade e especialização²⁶⁴.

As burocracias são o braço executor das decisões políticas, dividindo-se em burocracias governamentais e partidárias. As primeiras dizem respeito às diretrizes políticas gerais adotadas pelo governo, e conseqüentemente pelo partido político com maioria parlamentar. As segundas elaboram um programa destinado a marcar as diferenças com o da maioria, oferecendo alternativas às propostas ou à ausência de propostas do governo, sem maiores possibilidades de transformar-se em lei²⁶⁵. Mas ainda que essas proposições sejam vetadas pela maioria, terão ao menos o mérito de suscitar o debate da matéria perante a opinião pública²⁶⁶.

3.3 Fase Legislativa: a edição das leis

Nessa fase, a atividade mais relevante é a de elaboração formal da lei, o que implica questões lógicas e de técnica legislativa para assegurar que o corpo normativo obedeça a padrões jurídicos, formais e linguisticamente corretos. A finalidade é a construção de institutos jurídicos congruentes e consistentes tanto internamente, quanto externamente, com o sistema jurídico em que se integrarão, sendo de extrema importância o arquivo e demonstração das informações relacionadas com os antecedentes da matéria em questão e com as disposições normativa em vigor²⁶⁷.

Inicia-se com o recebimento do projeto de lei pelo Parlamento, passando pela aprovação, publicação, até a entrada em vigor da nova lei. Serão englobadas nessa fase basicamente três etapas: de iniciativa legislativa, de deliberação e de aprovação²⁶⁸.

²⁶⁴ DÍEZ RIPOLLÉS, ob cit., p. 46.

²⁶⁵ Idem, p. 47.

²⁶⁶ SOTO NAVARRO, ob cit., p. 125.

²⁶⁷ RODRÍGUEZ MONDRAGÓN, ob cit., p. 87.

²⁶⁸ DÍEZ RIPOLLÉS, ob cit., p. 54.

A primeira se caracteriza pela tramitação preferencial dos projetos de lei governamentais, com a utilização da maioria parlamentar para cercear outras iniciativas; a segunda se destaca pela apresentação de emendas (instrumento para evidenciar a oposição às iniciativas governamentais ou da maioria parlamentar), a remessa à Comissão correspondente (expectativa de intervenção parlamentar de caráter especializado, por assunto, e abertura a outros agentes sociais), o debate em plenário das emendas ao conjunto, e a votação em sessão parlamentar; e a terceira onde fica clara a relevância das iniciativas governamentais ante as parlamentares²⁶⁹.

Para conferir maior racionalidade a essa fase, destaca-se a atuação da Comissão especializada, pois sua capacidade de agregar outros agentes além dos parlamentares poderia servir ao intuito de elaborar normas com melhor técnica, o que aliado a um eventual alargamento de sua competência legislativa poderia reservar-lhe as decisões sobre a formulação de tipos penais complexos, do sistema de responsabilidades e do sistema de execução penal²⁷⁰.

3.4 Fase pós-legislativa: a aplicação da lei pelo Judiciário

Aqui será analisada a adequação da norma ao sistema jurídico, com a observação das finalidades incorporadas ao texto legal e o efetivo cumprimento dos objetivos para os quais a norma foi elaborada. A importância dessa fase é verificar se a norma jurídica satisfaz os sistemas social, jurídico, político e econômico, no qual se insere, bem como se estaria apta a cumprir os fins a que se propõe²⁷¹.

Essa fase perdura até o instante em que se iniciam os questionamentos quanto a adequação da norma à realidade social ou econômica que pretende regular, levando-se em conta que os efeitos gerados podem ter sido, ou não, previstos. Nesse contexto, é possível dar ensejo a abertura de uma nova fase pré-

²⁶⁹ *Idem*, p. 54/61.

²⁷⁰ *Idem*, p. 59.

²⁷¹ RODRÍGUEZ MONDRAGÓN, *ob cit.*, p. 89.

legislativa, se verificada a necessidade de evolução do instituto²⁷².

É que certos agentes sociais (grupos de pressão, meios de comunicação, etc), fortes na crença de que as intervenções penais seriam capazes de modificar a realidade social, podem ter seus interesses ativados no sentido de avaliar as consequências da vigência da lei e a conveniência de sua mudança, sendo certo que alguns diplomas legais já nascem superlegitimados, neutralizando qualquer interesse posterior de sua avaliação²⁷³.

De todo modo, para realizar essa avaliação será preciso contar com meios pessoais, materiais e metodológicos.

Os primeiros, meios pessoais, costumam se deparar com o óbice da ausência de profissionais especializados vinculados à problemática das intervenções legislativas penais, seja pela escassez de disciplinas voltadas ao estudo do fenômeno da delinquência (são poucos os que se dedicam seriamente à criminologia, por exemplo), seja pela dificuldade dos órgãos que se ocupam da criação e aplicação do Direito em conceder espaço para profissionais não-juristas²⁷⁴.

Quanto aos meios materiais, a principal dificuldade estaria na falta de dotação orçamentária para contratação do instrumental necessário à avaliação de intervenções penais legislativas, inexistindo também estruturas próprias, como manutenção de uma base de dados, entre outros²⁷⁵.

Já as carências metodológicas não deixam de ser uma decorrência da falta de meios materiais, pois as avaliações concretas ficam prejudicadas pela inexistência de estatísticas rotineiramente compiladas, dependendo de estudos isolados e com dados pouco confiáveis²⁷⁶.

Finalmente, após a avaliação chega o momento da transmissão dos resultados, que deve ocorrer de maneira contextualizada, evitando-se o linguajar puramente acadêmico, administrativo, político ou profissionalmente agressivo, e incluindo recomendações de ação. Tal relatório deve ser divulgado da forma mais

²⁷² Díez Ripollés, ob cit. p. 62/63.

²⁷³ Idem, p. 63/66.

²⁷⁴ Idem, p. 67.

²⁷⁵ Idem, ibidem.

²⁷⁶ Idem, p. 68.

ampla possível, e a partir daí ficará sujeito à consolidação, ou não, da opinião de que existe uma demanda social pela criação de novas medidas legislativas²⁷⁷.

3.4.1 A legitimação da norma pela reafirmação social: a teoria dos sistemas

Todo o exposto até o momento visa analisar se é possível conferir contornos de racionalidade à legislação, da mesma forma como a doutrina tem se preocupado em estabelecer critérios racionais de fundamentação às decisões jurídicas.

A partir da noção de que a norma, abstratamente considerada, precisa ser analisada quanto a sua real adequação ao meio social, ou se, pelo contrário, a demanda social seria pela adequação a norma diversa, mais consentânea com seus anseios, impõe-se o breve estudo da teoria sistêmica de Luhmann, a partir de sua noção de evolução do sistema jurídico – com enfoque específico no direito penal –, analisando-se como as alterações no meio social podem influir, seletivamente, na criação de expectativas normativas penais e na forma de sua estabilização pelas decisões judiciais.

De início, insta ressaltar que será utilizada como estrutura normativa máxima a Constituição Federal, considerada como instrumento mediador entre os sistemas político e jurídico, e elemento capaz de assegurar a manutenção do fechamento operacional do sistema jurídico, mediante a exigência de conformidade das normas às suas previsões.

3.4.1.1 Panorama geral da teoria dos sistemas

A teoria geral dos sistemas tem como ponto central de discussão a constatação da extrema complexidade do mundo, pertencendo ao campo da biologia uma das suas primeiras formulações, através de Ludwig von Bertalanffy.

De acordo com esse autor, os estudos clássicos de biologia afirmavam que a análise do organismo vivo poderia ser compartimentada, por meio de sua separação

²⁷⁷ Idem, p. 70.

em células, atividades e processos fisiológicos, e assim por diante. Com a biologia moderna passa-se à compreensão de insuficiência do estudo de partes e processos isoladamente, devendo ser alcançadas soluções considerando-se a ordem que unifica todas essas células, atividades e processos, devido a sua evidente interação dinâmica, “*tornando o comportamento das partes diferente quando estudado isoladamente e quando tratado no todo*”.²⁷⁸.

Esse novo olhar se repete também nas ciências sociais, por meio da substituição do conceito de sociedade como soma de indivíduos, isoladamente considerados, pela ideia de que a sociedade, a economia e a nação traduziriam um todo superordenado as suas partes²⁷⁹.

Também pode ser observado que, independente da disciplina sob exame, a estrutura geral de um sistema – seja ele pertencente à área das ciências biológicas, exatas ou sociais –, costuma obedecer a princípios gerais e regras similares, transformando a teoria geral dos sistemas em um instrumento útil capaz de fornecer modelos a serem utilizados em diferentes campos²⁸⁰.

A partir dessa constatação de que existiriam leis gerais dos sistemas que se aplicariam a qualquer sistema, independentemente de suas particularidades, é que se instalam as pesquisas sobre a Teoria Geral dos Sistemas, cujo objetivo traduz-se na formulação de princípios válidos para os sistemas em geral, entendidos como conjunto de elementos em interação com eles mesmos e com o ambiente²⁸¹.

Ao mesmo tempo, observa-se ser um ponto comum entre os sistemas a tendência a construírem formas internas de manutenção, a partir de sua interação com o entorno, promovendo transformações adaptativas que lhes permita atingir um equilíbrio com este último. A dificuldade residiria na complexidade do entorno (mundo), demandando constantes processos de mudança pelo sistema²⁸².

Aqui iniciam-se os contornos dos primeiros estudos sobre a relação entre

²⁷⁸ BERTALANFFY, Ludwig von. *Teoria Geral dos Sistemas*. 4. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2009, p. 55.

²⁷⁹ Idem, ibidem.

²⁸⁰ idem, p. 58.

²⁸¹ Idem, p. 62/63.

²⁸² NEVES, Clarissa Eckert Baeta. NEVES, Fabrício Monteiro. *O que há de complexo no mundo complexo? Niklas Luhmann e a teoria dos sistemas sociais*. Porto Alegre: Sociologias, ano 8, n. 15, jan/jun 2006, p. 182-207. Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/geu/O%20que%20de%20complexo.pdf>>. Acesso em: 17 jun. 2012.

sistema e meio, ganhando relevância em primeiro lugar a ideia de retro-alimentação (chamada primeira cibernética), ou, a capacidade do sistema em se adequar a novas situações utilizando como base a memória formada por ocasião de fatos passados. Em outras palavras, o sistema capta toda as informações recebidas do entorno, realiza seu processamento interno e as despeja de volta ao ambiente. Essa informação despejada volta a ingressar no sistema, que já a conhece e consegue se adaptar mais facilmente, configurando a retro-alimentação²⁸³.

O desenvolvimento das pesquisas fez surgir as formulações da segunda cibernética, defendendo que a relação entre sistema e entorno seria pautada pela seletividade. Levando em conta as diferentes complexidades existentes na relação entre o sistema e o entorno, e aceitando que a complexidade do sistema será sempre menor que a complexidade do entorno, argumenta-se que o sistema escolheria processar, ou não, as informações externas, dependendo da disponibilidade das estruturas necessárias à realização desse processamento. Essa seletividade, aliada a teoria da distinção da complexidade entre sistema e entorno, transforma-se na ideia central da teoria dos sistemas²⁸⁴.

3.4.1.2 A Evolução Social: a diferença entre sistema e meio

Luhmann inicia a formulação de sua teoria sistêmica partindo da ideia de que o critério para explicar a sociedade moderna é a complexidade, tida como a existência permanente de mais possibilidades que as suscetíveis de serem realizadas. Para aquele autor, a evolução adviria da crescente complexidade da sociedade, formando continuamente sistemas mais complexos ao lado de menos complexos²⁸⁵.

Um sistema será complexo quando contém mais possibilidades do que é

²⁸³ MOURA, Bruno de Oliveira. MACHADO, Fabio Guedes de Paula. CAETANO, Matheus Almeida. *O Direito sob a perspectiva da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann*. Revista Sociologia Jurídica, n. 9, p. 5/6. Disponível em: <<http://www.sociologiajuridica.net.br/numero-9/227-o-direito-sob-a-perspectiva-da-teoria-dos-sistemas-de-niklas-luhmann?format=pdf>>. Acesso em: 25 jun. 2012.

²⁸⁴ Idem, ibidem.

²⁸⁵ NEVES, Marcelo. Ob cit, p. 15.

capaz de processar, sendo obrigado a selecionar algumas delas para continuar funcionando. Quanto maior o número de elementos dentro do sistema, maior o número de relações possíveis entre eles, havendo complexidade do sistema quando não consegue responder a todas as relações possíveis de existir entre os elementos²⁸⁶.

Mas cada vez que o sistema opera gera novas possibilidades de relações, aumentando sua complexidade, mas nunca em proporção equivalente à complexidade do entorno, já que este possui um número maior de elementos. O sistema seleciona algumas possibilidades de acordo com a função que desempenha, diminuindo a complexidade do ambiente para ele. Por outro lado, sempre que a complexidade do ambiente diminui, a do sistema aumenta internamente, ensejando sua auto-diferenciação em sub-sistemas. Exemplificativamente, o sistema Direito diferencia-se em público e privado, depois em direito constitucional, penal, civil, administrativo, etc, denotando sua evolução²⁸⁷.

Assim, seguindo a lógica do modelo sistêmico de Luhmann, pode-se afirmar que a evolução se caracteriza pela transformação do improvável em provável, compreendendo-se a improbabilidade como algo desviante a uma situação social posta. A evolução, portanto, decorreria da integração desse aspecto desviante à estrutura do respectivo sistema, completando-se o fenômeno quando preenchidos os três mecanismos evolutivos, quais sejam, variação, seleção e restabilização²⁸⁸.

Quanto ao primeiro, variação, importaria no surgimento de dados até então inexistentes no modelo em vigor, tendo a função de transformação, inovação, aumentando o rol de diversidades disponíveis. Aqui teria aplicação o conceito de dupla contingência, entendendo-se que todo sistema seria aberto às contingências como condição para manter seu funcionamento e complexidade. Desta forma, a estrutura manter-se-ia em permanente auto-configuração, com a função de estabelecer complexidades com outros sistemas.

A dupla contingência tornou-se conhecida graças a Parsons, construída a

²⁸⁶ KUNZLER, Caroline de Morais. *A teoria dos sistemas de Niklas Luhmann*. Araraquara: Estudos de Sociologia, 16, 123-136, 2004. Disponível em: <<http://200.145.78.103/index.php/estudos/article/viewFile/146/144>>. Acesso em: 25 jun. 2012.

²⁸⁷ Idem, *ibidem*.

²⁸⁸ NEVES, *ob cit*, p. 1.

partir de uma reformulação do questionamento de como a ordem social seria possível, ou de como se poderia viabilizar o alcance a valores comuns, aptos a alcançar uma codificação simbólica da ordem social.²⁸⁹

É que a interação entre dois sujeitos, cada um detendo particularidades próprias, pode gerar tantas possibilidades de condutas que torna inviável alcançar uma certeza quanto ao rumo de suas ações futuras. Daí sustentar-se que “*na relação de um homem com outro homem há expectativas de expectativas, isto é, de dupla contingência*”²⁹⁰, haja vista a multiplicidade de alternativas e a liberdade de que o indivíduo dispõe. Tal circunstância favorece ao incremento da complexidade interna do próprio sistema, o que por sua vez também aumenta a contingência.

Nesse momento tanto pode ocorrer uma rejeição do sistema a esse dado novo, quanto sua seleção (segundo mecanismo acima elencado), o que reduziria a complexidade, permitindo a continuidade da reprodução desse dado.

Mas para se concretizar a evolução faz-se indispensável a restabilização (terceiro mecanismo), assegurando durabilidade ao dado²⁹¹. Significa que a seleção realizada deve ser estabilizada para resistir à destruição pelo meio, mantendo constante a variação selecionada, convertendo-a em nova realidade para determinado sistema. Tal movimento é circular, já que toda variação dependeria da estabilização anterior, daí o termo restabilização de Luhmann²⁹².

Para explicar a relação do sistema com o meio, Luhmann toma como base a comunicação, designando-a como uma operação genuinamente social, pois ao mesmo tempo em que pressupõe o concurso de um grande número de sistemas de consciência, não pode ser atribuída a nenhuma consciência isolada²⁹³.

Não haveria como produzir uma consciência comum coletiva, um consenso, pela complexidade dos diversos sistemas de comunicação. Ainda assim a comunicação funciona, devido a uma rede de operações que impulsiona a busca por

²⁸⁹ LUHMANN, Niklas. *Introdução à Teoria dos Sistemas*. Petrópolis: Vozes, 2009, p. 316.

²⁹⁰ AMARAL, Claudio do Prado. *Bases teóricas da ciência penal contemporânea: dogmática, missão do direito penal e política criminal na sociedade de risco*. São Paulo: IBCCRIM, 2007, p. 97.

²⁹¹ NEVES, ob cit., p. 2.

²⁹² GONÇALVES, Guilherme Leite. *Evolução, contingência e direito*. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10438/1725>>. Acesso em: 30 set. 2012.

²⁹³ LUHMANN, Niklas. *Introdução à Teoria dos Sistemas*. Petrópolis: Vozes, 2009, p. 91.

um equivalente, através do fenômeno da autopoiese, entendida como mecanismo de autorreferência (capacidade de articular as operações anteriores com as subseqüentes, prosseguindo na operação ou excluindo a que não lhe pertence)²⁹⁴.

Em seguida, ocorreria a reentrada, quando uma operação se articula e se prende a outra de seu mesmo tipo, excluindo todo o resto. Ou seja, todos os componentes do meio só passam a ter algum significado para o sistema quando ele puder conectá-los à comunicação, distinguindo-se o que é comunicação do que não é.

Portanto, todo sistema deve dispor da capacidade de auto observação, percebendo o que se ajusta ou não a ele. No exemplo da comunicação, havendo já um repertório de signos padronizados, pode-se identificar o que caracteriza linguagem, ainda que haja dificuldades na sua interpretação²⁹⁵.

Tal raciocínio tem como base a Teoria dos Sistemas, implicando no reconhecimento do sistema como diferença: *“o sistema consegue produzir sua própria unidade, na medida em que realiza sua diferença”*²⁹⁶. O sistema estabelece seus próprios limites, mediante operações exclusivas que realçam a diferença sistema/meio.

Nesse aspecto, Luhmann faz referência ao princípio da causalidade, entendendo-o como um princípio de seleção, desenvolvendo a capacidade de observação do sistema, pressupondo-se que este último detenha aptidão para processar a informação.

Seria o reconhecimento de que o mundo é constituído por uma infinidade de relações de causas e efeitos, impossíveis de serem controladas e definitivamente explicadas, impondo-se a seleção que permitirá ao observador escolher quais fatores causais terão relevância dentro de uma prévia estrutura de valores²⁹⁷:

Não há como fixar todas as razões de um acontecimento. É preciso seleção. Assim, o problema da causalidade, conforme a teoria dos sistemas, é redimensionado para a perspectiva do observador. A relação entre motivo e consequência é resultado de

²⁹⁴ Idem, p. 90/91.

²⁹⁵ Idem, p. 93.

²⁹⁶ Idem, p. 101.

²⁹⁷ GONÇALVES, Guilherme Leite. Ob. cit..

uma escolha sobre as causas possíveis: ao observador cabe definir os fatores causais que serão adotados ou desconsiderados. O observador rompe a cadeia infinita da relação causa/efeito e estabelece um horizonte próprio de causalidade. Como o observador é um sistema, o sentido do princípio da causalidade é que as causas não são apenas submetidas ao comando do sistema, mas também são produzidas (selecionadas) por suas estruturas: as causas são confrontadas com a auto-referencialidade.

Desta forma, para a teoria sistêmica a evolução não passa de uma transformação do improvável em provável. A ênfase estaria no “acaso”, sem possibilidade de interpretação do futuro²⁹⁸.

Luhmann propõe, como tentativa de fornecer uma explicação à forma como se dá essa relação causal entre sistema e meio, o conceito de acoplamentos estruturais, que devem ser obrigatoriamente compatíveis com a autonomia do sistema²⁹⁹.

Por meio do acoplamento estrutural, o sistema desenvolveria um campo de indiferença e, ao mesmo tempo, permitiria a canalização de causalidade que produz efeitos aptos a serem aproveitados pelo sistema. Significa que o sistema somente reagiria quando pudesse processar a informação e transformá-la em estrutura³⁰⁰.

Guilherme Leite Gonçalves afirma que a evolução dos sistemas sociais acaba por se subordinar à experiência da contingência, sem garantia de acerto na atribuição de uma causa a determinado efeito. Mesmo o uso de parâmetros morais, econômicos ou políticos não forneceriam critérios de segurança para o acerto na seleção, haja vista a extrema imprevisibilidade da realidade social: *“há insegurança tanto no que se refere às seleções adotadas quanto em relação à adequação das escolhas. Isso faz da contingência o auto valor da evolução social”*³⁰¹.

Esta a razão por que a teoria sistêmica nega a existência de uma teleologia da evolução, já que sustenta a absoluta impossibilidade de seu planejamento, o que se choca com a idéia de progresso como aperfeiçoamento contínuo, regular e necessário para a sociedade³⁰².

²⁹⁸ NEVES, ob. Cit., p. 5.

²⁹⁹ LUHMAN, ob. cit., p. 130.

³⁰⁰ Idem, p. 131/132.

³⁰¹ GONÇALVES, ob. Cit.

³⁰² NEVES, ob. cit., p. 5.

A contingência teria relação direta com o aumento da complexidade da sociedade, colocando-se a questão de como se utilizar a variação, a seleção e a restabilização como mecanismos de evolução social, em especial em sociedades extremamente dinâmicas e complexas, com fragmentação estrutural, devido ao surgimento de sistemas parciais autônomos³⁰³.

Nesse contexto, o observador reveste-se de extrema importância, para que se possa compreender qual causalidade ele atribuirá, e as respectivas causas e efeitos que irão sobressair. A questão, assim, residiria não em determinar quais as causas e efeitos de determinado evento, mas sim quem os determina³⁰⁴: *“quem é que escolhe um determinado esquema de atribuição, como o faz, e por quê”*³⁰⁵.

Não existiria uma observação pura do mundo, devendo ser analisada em conjunto com o sistema que a relata. Para Luhmann na sociedade moderna a observação afastaria a necessidade de saber como é o mundo, já que se dispõe da maneira de observá-lo, e mesmo de se orientar pelo que chama de observação de segunda ordem: percepção que se concentra naquilo que os outros dizem ou percebem, constituindo-se na forma mais avançada de percepção do mundo³⁰⁶.

3.4.1.3 Evolução do Sistema Jurídico

Todos os mecanismos de evolução acima expostos igualmente se aplicam ao direito, cuja existência estaria intimamente ligada com a própria sociedade. Logo, não há que se falar em evolução social sem mencionar, paralelamente, a evolução do sistema jurídico inserido nesta mesma sociedade.

Guilherme Leite Gonçalves³⁰⁷ ressalta que as diversas mudanças ocorridas nas esferas política, econômica, educacional, científica, entre outras, aumentam as alternativas externas ao direito, incrementam a complexidade do ambiente, forçando

³⁰³ Idem, p. 10.

³⁰⁴ LUHMANN, ob. cit., p. 105.

³⁰⁵ Idem, p. 106.

³⁰⁶ Idem, p. 150/151.

³⁰⁷ GONÇALVES, ob. Cit.

o sistema jurídico a se ajustar à nova realidade.

Mas o autor chama também a atenção para o fato de que as constantes mudanças no direito por conta das alterações ambientais poderiam suscitar dúvidas a respeito da preservação de sua auto referência, buscando em Luhmann o estabelecimento de parâmetros para limitar os problemas exógenos da evolução³⁰⁸.

Utilizando-se da idéia de acoplamento estrutural, para Luhmann, o sistema pode reagir a irritações e estímulos (também denominadas perturbações), mas somente quando puder processar a informação e transformá-la em estrutura. Ou seja, *“há possibilidade de influir no sistema, desde que não se atente contra a autopoiesis”*³⁰⁹.

Desta forma, as alterações do meio não corresponderão, imediatamente, às alterações do sistema. É a seleção dos acontecimentos ocorridos no meio (naqueles elementos tidos como capazes de produzir efeitos) que permitirá ao sistema transformar as irritações em causalidades³¹⁰.

Assim, a chamada evolução exógena (adaptação do sistema ao ambiente) será possível apenas se o sistema contiver um alto grau de complexidade, de organização e de diferenciação entre seus elementos e estruturas, de modo a preservar sua própria evolução endógena, desvinculando-se do determinismo externo³¹¹: a redução da complexidade torna-se condição para o aumento da complexidade³¹².

No tocante ao sistema jurídico, essa operação de aumento da complexidade interna depende da implementação dos mecanismos de variação, seleção e restabilização, elementos indispensáveis à evolução do direito.

Citando Luhmann, Marcelo Neves³¹³ afirma que a variação evolutiva do direito traduz-se na comunicação de expectativas normativas inesperadas, ou seja, surge um determinado comportamento desviante, não previsto nas estruturas normativas

³⁰⁸ Idem.

³⁰⁹ LUHMANN, ob. cit., p. 132.

³¹⁰ Idem, ibidem.

³¹¹ GONÇALVES, ob. Cit.

³¹² LUHMANN, ob. cit., p. 132.

³¹³ NEVES, ob. cit., p. 18/19.

preexistentes. Será a partir da multiplicidade de comportamentos sociais desviantes que o direito poderá, ou não, transformá-las em expectativas normativas (seleção), ainda não correspondentes àquelas já estabilizadas³¹⁴.

À variação, portanto, corresponde um conjunto de interesses que esperam ser alçados à categoria de direitos, mas que dependem da seleção do ordenamento jurídico para serem considerados merecedores de tutela³¹⁵.

Tais interesses, por serem considerados individuais, e ainda destituídos de universalização, poderão ser seletivamente rejeitados, ou, de outra forma, sua repetição poderá conduzir à produção de novas estruturas normativas.³¹⁶

Por serem inúmeros os interesses particulares e as possibilidades envolvidas, busca-se o estabelecimento de instrumentos seletivos, ou métodos de seleção, que no sistema jurídico recebem a forma de procedimentos, concretizando-se mais especificamente em procedimentos decisórios³¹⁷.

A seleção visa a transformar projeções em expectativas normativas, limitando as possibilidades aquilo que as estruturas internas do direito comportam, evitando tanto a juridicização da sociedade quanto a socialização do direito. A seleção, assim, funciona como elemento de fechamento do sistema, distinguindo as expectativas do direito da pluralidade de comportamentos do ambiente³¹⁸.

Nesse contexto, as decisões jurídicas somente generalizam parte dos comportamentos desviantes, afastando do sistema tudo o que não foi selecionado, obrigando os desviantes a se orientarem de acordo com as orientações normativas adotadas³¹⁹.

Significa que as expectativas normativas somente serão estabilizadas após a tomada de uma decisão, que determinará qual interesse, alternativa ou evento será confirmado, conferindo segurança e certeza à reprodução das expectativas.

³¹⁴ GONÇALVES, ob. Cit.

³¹⁵ LUMIA, Giuseppe. *Elementos de teoria e ideologia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 111, *Apud* GONÇALVES, ob. Cit.

³¹⁶ NEVES, ob. cit., p. 19.

³¹⁷ GONÇALVES, ob. Cit.

³¹⁸ Idem.

³¹⁹ Idem.

Este é um ciclo infinito, pois não há como determinar qual interesse o procedimento transformará em norma. Dito de outro modo, o procedimento é incapaz de determinar o conteúdo decisório, garantindo apenas que haverá uma decisão³²⁰.

Como as demais possibilidades continuam válidas, suscitando dúvidas sobre o acerto da decisão, podem surgir novas variações, seleções e estabilizações, tornando o sistema sujeito a um contínuo *input* e *output*.

Esta, aliás, é considerada uma conquista da sociedade moderna, pois com o surgimento do direito positivo permitiu-se a noção de direito alterável, mutável, afastando-o dos preceitos morais imutáveis do jusnaturalismo. O procedimento legiferante assume a posição de critério de validação das normas jurídicas, e a seleção (traduzida pelo processo legislativo) diferencia-se da restabilização, delegada à reflexão pela dogmática jurídica, responsável pelo estabelecimento de conceitos socialmente adequados³²¹.

A idéia central do conceito de positividade passa a ser a autopoiese, ou auto referência, pela autonomia operacional do sistema de direito. Assim, qualquer decisão, ainda que altere radicalmente o direito, receberá um significado normativo decorrente do próprio sistema³²².

Para Luhmann, na sociedade moderna o direito trabalha, em seu sistema funcional, com o código lícito/ilícito, impedindo que seja determinado pela política ou por concepções morais. A positivação do direito permitiu o controle exclusivo do codificação binária lícito/ilícito pelo sistema jurídico, que assim adquire seu fechamento operativo e sua autonomia³²³.

O sistema jurídico assimilaria os fatores do ambiente conforme seus próprios critérios, mas sem se deixar influenciar diretamente por esses fatores. Para Luhmann, independentemente de critérios políticos, representações éticas ou proposições científicas, as expectativas normativas só adquiririam vigência após um

³²⁰ Idem.

³²¹ NEVES, ob. cit., p. 24.

³²² Idem, p. 80.

³²³ Idem, ibidem.

processo seletivo de filtragem conceitual do próprio sistema jurídico³²⁴.

Ao mesmo tempo, o sistema jurídico garante sua abertura ao ambiente por meio de uma dimensão cognitivamente aberta (capacidade de aprendizagem), possibilitando que se adapte ao ambiente complexo e dinâmico da sociedade moderna. Em outras palavras, o sistema não se apresenta indiferente ao ambiente, nem está impedido de reciclar-se, mas apenas o fará conforme seus critérios internos e específicos. O fechamento auto referencial torna-se a própria condição da abertura³²⁵.

Isso implica igualmente no afastamento de concepções axiológicas ou morais do direito, sendo irrelevante para Luhmann a criação de uma teoria da justiça exterior ou superior ao direito positivo, por considerar que os valores gerais da sociedade, após a filtragem pelo sistema jurídico, ou serão descartados por serem juridicamente irrelevantes, ou passarão a integrar os valores próprios do direito³²⁶.

Para a concepção luhmaniana, ao conferir relevância a valores pretensamente universais permitir-se-ia uma imobilidade do sistema jurídico, com o possível bloqueio de sua função seletiva. A questão central não seria a análise da justiça, mas sim se o sistema jurídico possui adequada complexidade e consistências nas suas decisões³²⁷.

3.4.1.4 O papel desempenhado pela Constituição Federal

O sistema jurídico penal, além de fazer uso da codificação lícito/ilícito criminal, deverá confrontar suas estruturas normativas com a Constituição Federal, negando a denominação de “direito” a toda norma cujo conteúdo afronte as regras constitucionais.

No Estado de Direito, todas as decisões políticas encontram-se subordinadas ao direito, ao código lícito/ilícito. Há uma interdependência entre os dois sistemas: as

³²⁴ Idem, p. 82.

³²⁵ Idem, ibidem.

³²⁶ Idem, p. 84.

³²⁷ Idem, p. 85.

decisões jurídicas subordinam-se ao controle jurídico, e o direito positivo depende da existência de uma legislação controlada e deliberada politicamente³²⁸.

O direito, assim, serve como delimitação e controle do poder, pois ao mesmo tempo em que impõe deveres e atribui responsabilidades aos indivíduos perante o Estado, também lhes confere direitos e garantias fundamentais, individuais e coletivas³²⁹.

Nessa linha de raciocínio, a Constituição surge como elemento de diferenciação entre a política e o direito³³⁰, como acoplamento estrutural que viabiliza a interpenetração permanente entre os sistemas da política e do direito, permitindo influências recíprocas³³¹.

Não significa conceber a Constituição como uma norma fundamental, uma carta de valores, nem como uma declaração de princípios conquistados historicamente. Trata-se apenas de uma estrutura normativa que possibilita a autonomia operacional do direito, afastando a hierarquização do direito natural sobre o direito positivo, para construir uma hierarquização interna na ordem jurídica do direito constitucional sobre o restante do direito³³².

Com base na Constituição, pode-se verificar se determinado direito está de acordo com o que se entende como direito válido, já que todo direito deve corresponder à Constituição: “O direito é, portanto, a unidade da diferença de dois tipos de texto: o direito constitucional e o outro direito”³³³.

Por meio da normatividade constitucional mantém-se o sistema fechado, estabelecendo-se até que ponto o direito pode se reciclar sem que perca sua autonomia. E é em decorrência dessa auto-referencialidade implícita exercida pela Constituição que se explicam as razões por que o direito sente-se obrigado a

³²⁸ Idem, p. 89.

³²⁹ Idem, p. 91.

³³⁰ LUHMANN, Niklas. *A Constituição como aquisição evolutiva*. Disponível em: <<http://www.scribd.com/doc/31253250/LUHMANN-Niklas-A-constituicao-como-aquisicao-evolutiva>>. Acesso em: 12 jul. 2012.

³³¹ NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 97.

³³² Idem, p. 99.

³³³ LUHMANN, Niklas. *A Constituição como aquisição evolutiva*. Disponível em: <<http://www.scribd.com/doc/31253250/LUHMANN-Niklas-A-constituicao-como-aquisicao-evolutiva>>. Acesso em: 12 jul. 2012.

respeitar os direitos, sendo absolutamente desnecessária qualquer interpretação que transcenda o texto da lei ³³⁴.

Nos termos da noção sistêmica, a Constituição é o mecanismo jurídico (acoplamento estrutural) que imuniza o sistema político em relação aos interesses particularistas, através da institucionalização do procedimento eleitoral, da divisão de poderes e dos direitos fundamentais: *“assim é que a eleição como procedimento político importa o voto como direito fundamental, a divisão de poderes, o controle jurídico da política mediante, sobretudo, as garantias fundamentais contra a ilegalidade do poder”*³³⁵.

Logo, ainda que o legislador (sistema político) seja capaz de criar direito, não significa que ostentará a qualidade de lícito. A Constituição é o vetor que delimitará o código direito/não-direito, exercendo papel fundamental na determinação da validade do direito. Nesse aspecto é que o direito, como sistema autorreferencial, adquire as características dadas pela Teoria dos Sistemas.

3.4.2 O papel da argumentação jurídica na busca da racionalidade

Para Luhmann, como acima visto, a jurisdição ocupa o centro do sistema jurídico, colocando-se a legislação em segundo plano. Isso porque caberia apenas à jurisdição a tarefa de buscar consistência e coerência para o sistema jurídico, verificada pela obrigatoriedade dos Tribunais em se manifestarem sobre qualquer caso que lhes seja submetido, ainda que inexistente uma legislação aplicável. Por seu turno, a legislação seria o local da transformação da política em Direito, atuando pela contingência do sistema jurídico e não por sua consistência. Daí afirmar que somente através da jurisdição seria possível buscar a racionalidade jurídica³³⁶.

Também com base na noção de caber ao juiz a missão de buscar, para cada litígio particular, uma solução razoável, e ao mesmo tempo dentro dos limites

³³⁴ Idem, ibidem.

³³⁵ NEVES, ob. cit., p. 102.

³³⁶ DÍEZ RIPOLLÉS, ob cit., p. 80.

autorizados pelo sistema de direito, surgem as teorias da argumentação, alegando a indispensabilidade do recurso às técnicas argumentativas para conciliar a melhor interpretação da lei com a melhor solução dos casos particulares.

A argumentação inserta nas decisões judiciais, mais que a demonstração de suas razões, seria o elemento a assegurar que o papel do juiz se desenvolva conforme os postulados do Estado constitucional³³⁷.

Nessa linha, dois autores serão estudados a seguir, Chaïm Perelman e Robert Alexy, cujas teorias da argumentação, apesar de revestidas de suas particularidades, têm por objetivo comum a análise das razões jurídicas que serviriam de justificação a uma determinada decisão.

3.4.2.1 A importância da lógica e da argumentação jurídica

Um dos maiores estudiosos da teoria da argumentação jurídica foi Chaïm Perelman, investigando quais elementos poderiam auxiliar na racionalidade do discurso jurídico, em especial no momento de proferir a decisão judicial, evitando-se a arbitrariedade.

Perelman iniciou seus estudos embasado em uma formação lógico formal, mas com o decorrer da Segunda Guerra Mundial acabou concluindo pela inexistência da possibilidade de construção de uma lógica dos juízos de valor, voltando-se para o estabelecimento de técnicas de argumentação e persuasão estudadas em particular por Aristóteles, até culminar com o lançamento da sua obra *Tratado da argumentação: a nova retórica*, onde amplia o campo da lógica para englobar também os raciocínios retóricos³³⁸.

Para Perelman, a argumentação vincula-se diretamente ao conceito de

³³⁷ ROMÁN, Javier Orlando Aguirre. OBANDO, Pedro Antonio García. MANTILLA, Ana Patricia Pabón. *¿Argumentación o demostración en la decisión judicial?. Una mirada en el Estado Constitucional*. Revista de Derecho, n. 32, Universidad del Norte, Barranquilla, 2009, p. 3.

³³⁸ ALVES, Marco Antonio Sousa. Seminário Teoria da Argumentação e Nova Retórica, PUC-MG, Belo Horizonte, 2009. A nova retórica de Chaïm Perelman: considerações sobre a racionalidade, a tensão decisionismo/legalismo, e o Estado Democrático de Direito. Disponível em: <http://ufmg.academia.edu/MarcoAntonioSousaAlves/Papers/898214/A_nova_retorica_de_Chaim_Perelman_Consideracoes_sobre_a_racionalidade_a_tensao_decisionismo_legalismo_e_o_Estado_Democratico_de_Direito>. Acesso em: 25 ago. 2012.

adesão, pois só haverá argumentação se existir liberdade de adesão. Nesse sentido, argumentar será o equivalente a influenciar, por meio do discurso, a adesão de um auditório a certas teses, atentando tanto para suas condições psíquicas quanto sociais: *“toda argumentação visa à adesão dos espíritos e, por isso mesmo, pressupõe a existência de um contato intelectual”*³³⁹.

Sua teoria, portanto, é centrada no auditório, enfatizando a importância na adesão entre este último e o orador para conferir estrutura e força persuasiva aos argumentos: *“como a argumentação visa obter a adesão daqueles a quem se dirige, ela é, por inteiro, relativa ao auditório que procura influenciar”*³⁴⁰.

Para se ter uma argumentação eficaz o orador precisa conhecer seu auditório, bem como os meios suscetíveis de influenciá-lo, adaptando-se, sendo certo que a variedade de auditórios é quase infinita. É preciso persuadir e convencer, sem tomar por base um conjunto de verdades absolutas para todo ser racional. Ao contrário, deve-se admitir a existência de outros meios de prova, além da prova necessária, cabendo ao auditório decidir sobre a natureza convincente de uma argumentação³⁴¹.

Esse o motivo pelo qual essa teoria se caracteriza como uma nova retórica: uma vez reconhecida a relevância da adesão, perderia o sentido privilegiar o valor formal dos argumentos, ao invés da recepção conferida aos mesmos pelo auditório. A razão, portanto, não é mais vista como a contemplação da verdade, mas como a justificação das convicções e opiniões³⁴².

Mas não se deixa de limitar o campo da nova retórica, enfatizando o aspecto lógico do discurso, assentado na persuasão e no convencimento e preocupado com a intensidade e solidez de um argumento. Apesar de não criar padrões de avaliação, cânones de interpretação nem regras para guiar as argumentações, Perelman tenta descobrir os tipos de argumento a que as pessoas aderem e os mecanismos pelos

³³⁹ PERELMAN, Chaïm. OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da argumentação – a nova retórica*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 16.

³⁴⁰ Idem, p. 21.

³⁴¹ Idem, p. 26/33.

³⁴² CELLA, José Renato Gaziero. Dissertação apresentada no Curso de pós-graduação em Direito do Estado, do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, 2001. A teoria da argumentação jurídica como proposta de uma racionalidade possível frente à postura cética do positivismo jurídico contemporâneo. p. 202/205.

quais isso ocorre³⁴³.

Mesmo reconhecendo valor à lógica formal, Perelman acreditava que a racionalidade havia sofrido uma atrofia, uma vez que restrita a raciocínios formais, demonstrativos, típicos da matemática. Para o autor a noção de racionalidade deveria ser alargada, não podendo ser considerados irracionais os diversos outros tipos de raciocínio da argumentação prática humana. Assim, enquanto a demonstração estaria amparada em evidências e presunções daquilo que se considera válido, obrigando a adesão, a argumentação consistiria em uma prática discursiva, dirigida ao livre assentimento. A razão, aqui, coincidiria com a adesão de um auditório universal ideal, composto por todos os seres racionais, que somente dariam seu assentimento à realidade³⁴⁴.

Transportando essa teoria para o campo jurídico, Perelman considera o direito um instrumento flexível, capaz de adaptar-se aos valores considerados prioritários pelo juiz. Este não precisaria decidir com base nas diretrizes do governo, mas sim acolhendo os valores dominantes na sociedade, conciliando esses valores com a lei e as instituições estabelecidas, de modo a privilegiar não apenas a legalidade mas igualmente o caráter racional e aceitável de suas decisões: *“É por isso que se deve diversificar a análise do raciocínio jurídico conforme as diversas funções que se deve desempenhar, os vários domínios a que se aplica e as diversas instâncias que constituem o aparelho judiciário”*³⁴⁵.

Há situações em que o juiz precisa adaptar a lei a casos específicos, não idealizados pelo legislador no momento de sua elaboração. Nesses casos o magistrado exercerá um poder complementar, criativo e normativo do exercício do direito, procurando uma interpretação não de acordo com a vontade do legislador que votou a lei, mas sim alinhada com a do legislador atual. Esta seria uma solução vantajosa, pois permitiria o diálogo entre a Corte e o Legislativo, criando uma presunção capaz de ser derrubada pelo legislador atual, e não uma presunção irreversível³⁴⁶.

³⁴³ ALVES, ob cit., p. 5.

³⁴⁴ Idem, p. 6/7.

³⁴⁵ PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 200.

³⁴⁶ Idem, p. 202/207.

Ademais, Perelman ressalta a necessidade de se reconhecer que o funcionamento da justiça não é puramente formalista, sendo insuficiente a afirmação de que a decisão é tomada com base em um determinado dispositivo legal. Objetiva-se também a adesão das partes e da opinião pública, demonstrando que a decisão é equitativa, oportuna e socialmente útil³⁴⁷. Ao mesmo tempo, o raciocínio jurídico precisa ser elaborado consciente de que a hierarquia de valores diferirá de acordo com o auditório a que se dirige, a matéria tratada e o ramo do direito em questão³⁴⁸.

Em suma, a argumentação jurídica não deve se limitar ao texto legal, nem confiar apenas no senso de justiça do juiz. Deve-se conciliar a doutrina e a autoridade, o poder e a opinião pública, adaptando-se aos valores sociais do seu tempo, mas sem prejudicar a ordem e a segurança³⁴⁹.

Apesar da teoria de Perelman carregar um sentimento crítico quanto ao verdadeiro papel do direito na sociedade, impondo ao magistrado a justificação de suas decisões de modo a impedir atitudes arbitrárias, não parece adequada ao estudo da racionalidade associada ao direito penal, pois trabalha com conceitos imprecisos, sem estabelecer parâmetros morais, políticos ou jurídicos aptos a nortear a aplicação da lei e a fornecer a necessária segurança jurídica.

Haja vista a infinita variedade de auditórios, reconhecida pelo próprio Perelman, suscita-se o interesse de construção de uma técnica argumentativa que se imponha a todos os auditórios, indiferentemente, ou pelo menos a todos aqueles compostos por homens racionais. Passa-se, então, ao exame da teoria do discurso de Robert Alexy, e de suas regras de argumentação.

3.4.2.2 A pretensão de correção e a uniformidade das decisões

³⁴⁷ “ Na concepção atual do direito já não se trata de limitar o papel do juiz a de uma boca pela qual fala a lei. A lei já não constitui todo o direito; é apenas o principal instrumento que guia o juiz no cumprimento de sua tarefa, na solução dos casos específicos’. Idem, p. 221/222.

³⁴⁸ Idem, p. 216.

³⁴⁹ ALVES, ob cit., p. 11.

Robert Alexy³⁵⁰ afirma que a construção da concepção de direito impõe uma relação necessária entre o direito e uma moral correta. Alega que para conferir validade ao sistema jurídico não basta a constatação de sua validade social nem da validade jurídica em sentido estrito, sendo necessária também a validade moral a amparar uma pretensão de correção.

Para o autor, os participantes de um sistema jurídico formulam necessariamente uma pretensão à correção, e na medida em que essa pretensão tem implicações morais, poder-se-ia sustentar que configuraria um elemento necessário do conceito de direito, a ponto de somente merecer a denominação de sistema jurídico o sistema normativo que formule essa pretensão, explícita ou implicitamente. E caso a pretensão de correção esteja formulada, mas não seja efetivamente cumprida, o sistema normativo será classificado como injusto, já que o argumento da correção constitui também a base dos argumentos da injustiça e dos princípios³⁵¹.

Para alcançar essa pretensão de correção, utiliza-se a teoria do discurso no âmbito argumentativo prático geral, que irá definir um conjunto de regras para o estabelecimento de um procedimento específico na formulação de juízos morais. É uma teoria procedimental, com a finalidade de assegurar que o cumprimento das regras discursivas importará na correção e justiça das normas morais empregadas³⁵².

O direito, por meio da Constituição, das leis e dos precedentes judiciais, possui papel relevante no transporte dessas regras do discurso prático geral para a vida cotidiana, estabelecendo métodos de resolução de conflitos e interesses, criando um mecanismo racional de análise dos pontos de vista individuais e analisando se possuem, ou não, pretensão de correção e justiça³⁵³.

A argumentação jurídica se caracterizaria por ser um caso especial do discurso prático geral, consistindo em uma atividade ou técnica dirigida a

³⁵⁰ ALEXY, Robert. *Conceito e validade do direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011, p. 24/27.

³⁵¹ *Idem*, p. 43/47.

³⁵² ROBL FILHO, Ilton Norberto. Trabalho publicado nos Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI realizado em Fortaleza - CE nos dias 09, 10, 11 e 12 de Junho de 2010. *Conceito e validade do direito: a polêmica entre Robert Alexy e Eugenio Bulygin sobre a pretensão de correção do direito*. p. 5565.

³⁵³ *Idem*, *ibidem*.

estabelecer as premissas para aplicação de determinadas normas, como um processo comunicativo que se dá entre diversos sujeitos, e que deve se desenvolver respeitando certas regras. Aliás, falar em argumentação jurídica não diferiria muito dos estudos de metodologia jurídica, havendo inclusive menção no clássico livro *Teoría da Argumentação Jurídica*, de Robert Alexy, ao fato de que aborda em linhas gerais as mesmas questões já examinadas por autores como Larenz, Canaris, e outros: oferecer um guia para traçar a fundamentação dos juristas em sua atividade de interpretação e aplicação do Direito ³⁵⁴.

A teoria da argumentação jurídica passa a ocupar um papel central na atualidade, o que pode ser considerado como resultado tanto da constatação da existência de uma dimensão argumentativa do direito, quanto da prevalência do Estado constitucional sobre o mero Estado legislativo, e conseqüente incremento da exigência de justificação das decisões tomadas pelos órgãos públicos, com a sujeição do poder à razão ³⁵⁵.

Mas para Atienza ³⁵⁶ não haveria sequer como falar em racionalidade da argumentação jurídica sem a prévia elaboração de um mínimo de racionalidade legislativa, sugerindo a aplicação analógica do raciocínio de Robert Alexy, que trata do discurso prático racional, às fases do processo legislativo:

-Cabría decir también – de manera semejante a como lo hace Alexy – que la argumentación que se lleva a cabo para promulgar una ley – por ejemplo, en el contexto de un Estado de Derecho – es un caso especial del discurso práctico racional? ¿ Y, si así fuera, cuáles serían las reglas y formas de razonamiento a añadir a las del discurso práctico general y que vendrían a ser análogas a las que rigen en la argumentación jurídica (en los procesos de interpretación y aplicación del Derecho)? ¿ Se aplica lo interior sólo a la fase que denominé legislativa, o podría extenderse también hasta cierto punto a la fase prelegislativa y postlegislativa? Finalmente, puesto que una de las condiciones delimitadoras del discurso jurídico (que hace que éste sea precisamente un caso especial) es – como afirma Alexy – el respeto a la ley, ¿ no se podría decir que sin un mínimo de racionalidad legislativa no es posible hablar de racionalidad de la argumentación jurídica?

A teoria da argumentação jurídica, elaborada por Alexy, busca analisar a possibilidade de se fundamentar racionalmente as decisões jurídicas, cujo teor

³⁵⁴ FERRAJOLI, Luigi. ATIENZA, Manuel. *Jurisdicción y argumentación en el Estado constitucional de derecho*. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005, p. 2.

³⁵⁵ Idem, p. 10/12.

³⁵⁶ ATIENZA, ob cit., p. 35.

muitas vezes não deriva das normas jurídicas existentes, restando um amplo campo de ação para quem decide. Em essência, a escolha entre as várias soluções possíveis para o caso não prescindiria de juízos de valoração, portanto, a racionalidade do discurso jurídico dependeria da capacidade de controle dessas valorações³⁵⁷.

Nesses casos, não haveria renúncia à racionalidade, seja porque as questões valorativas são decididas a partir de vinculações racionais, seja porque podem ser decididas com base em uma argumentação prática racional, o que confere à decisão um caráter racional mesmo que mais de uma decisão seja possível³⁵⁸.

Partindo da teoria do discurso racional, Alexy desenvolve a idéia de que o discurso jurídico é um caso especial do discurso prático geral, guiado por regras, com as quais se objetiva a correção de enunciados normativos. A diferença do discurso jurídico para as demais formas de discurso estaria no fato de estar submetido a uma série de condições limitadoras, tais como: sujeição à lei, à dogmática e a consideração dos precedentes³⁵⁹.

A legitimação no uso das regras do discurso estaria no interesse dos agentes em buscar a correção e a justiça, abandonando-se definitivamente o emprego da força, violência e dominação, e no fato de que seu cumprimento seria mais vantajoso, conferiria estabilidade e ensejaria menos custos, permitindo a maximização da utilidade individual³⁶⁰.

O enquadramento do discurso jurídico como um caso especial do discurso prático é fundamentado por Alexy³⁶¹ sobre três características: (1) as discussões jurídicas sempre tomam por referência questões práticas, buscando soluções (o que pode ser feito ou omitido); (2) tais questões são discutidas sob o prisma da

³⁵⁷ FERREIRA, Fernando Galvão de Andréa. *O discurso jurídico como discurso prático: aspectos do debate entre Robert Alexy e Jürgen Habermas*. In: *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, ano VII, n. 9, dez. 2006, p. 87.

³⁵⁸ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 551.

³⁵⁹ *Idem*, p. 88.

³⁶⁰ SILVA, Alexandre Garrido da. *Teoria do discurso, neopragmatismo e legitimação dos direitos humano*,. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/alexandre_garrido_da_silva2.pdf>, p. 6528. Acesso em: 28 ago. 2012.

³⁶¹ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. São Paulo: Landy, 2005, p. 211.

pretensão de correção; e (3) submetidas a condições de limitação.

Especificamente quanto a pretensão de correção, significa não ser suficiente a mera caracterização de um enunciado jurídico normativo (sentença) como racional, sendo também necessário que no contexto de um ordenamento jurídico vigente possa ser racionalmente fundamentado³⁶².

É que para todas as formas de discurso jurídico haveria a exigência de uma fundamentação, estando esta intimamente ligada com a pretensão de correção. No caso das decisões judiciais, a pretensão de correção é exercida em função do direito positivo, e sua falta, apesar de não afastar o caráter de validade da decisão, pode torná-la defeituosa não apenas moralmente³⁶³.

Constestando a tese de Luhmann de que a decisão e a justificação jurídicas, assim como sua aceitação pelos envolvidos, deve abandonar os conceitos tradicionais de racionalidade ou correção, em prol de uma teoria dos sistemas funcional-estruturalista, Alexy sustenta que a fundamentação judicial visa a tratar um ser racional racionalmente, explicando-lhe as razões de uma decisão negativa aos seus interesses. Ademais, ainda que se considere como função dos procedimentos judiciais o isolamento do afetado enquanto fonte do problema, gerando a ordem social independente de sua aceitação ou rejeição, é o próprio Luhman quem afirma necessário o convencimento dos participantes quanto a seriedade e sinceridade do Direito, garantindo-lhes, se for o caso, fazer valer seus direitos com a ajuda desta instituição, o que poderia ser interpretado como uma faceta da pretensão de correção³⁶⁴.

Em suma, a teoria do discurso racional, como teoria da argumentação jurídica, pressupõe que nas discussões jurídicas os debates ocorram sob a pretensão de correção, mas levando-se em consideração somente as proposições normativas que, no ordenamento jurídico vigente, possam ser racionalmente fundamentadas³⁶⁵.

Para definir uma fundamentação racional no ordenamento jurídico vigente,

³⁶² Idem, p. 212.

³⁶³ Idem, p. 213.

³⁶⁴ Idem, p. 214.

³⁶⁵ Idem, p. 217.

faz-se uso de uma justificação interna (se a decisão segue realmente as lógicas das premissas que expõe como fundamentação, espécie de silogismo jurídico) e de uma justificação externa (correção das premissas)³⁶⁶.

A primeira exige que a fundamentação da decisão apresente ao menos uma regra universal, de modo a satisfazer o princípio da universalidade, e consequentemente o princípio da justiça formal: observar uma regra que obriga tratar da mesma maneira todos os seres de uma mesma categoria. Não se estabelece como deve ser a regra universal, nem se exclui que ela possa ser alterada. Mas essa alteração também terá de valer universalmente³⁶⁷.

Dessa forma, aumenta-se a possibilidade de reconhecer e criticar erros, pois o jurista estará vinculado pelas regras gerais de validade de fundamentação da decisão, devendo assumir a responsabilidade pela sua justificação³⁶⁸.

A segunda, chamada justificação externa, tem por objeto as premissas utilizadas na justificação interna, as quais podem ser (1) regras de direito positivo, (2) enunciados empíricos, e (3) premissas que não são regras de direito positivo nem enunciados empíricos³⁶⁹.

Cada uma dessas premissas irá exigir um diferente método de fundamentação. Na regra de direito positivo, a fundamentação deverá mostrar sua conformidade com os critérios de validade do ordenamento jurídico (por exemplo, os limites constitucionais); nos enunciados empíricos, deve-se recorrer aos métodos das ciências empíricas, passando pelas máximas da presunção racional, até as regras de ônus da prova no processo; por fim, para as demais premissas aplica-se a argumentação jurídica³⁷⁰.

As regras da justificação externa classificam-se em seis grupos: de interpretação (lei); da argumentação dogmática (ciência do Direito); do uso dos precedentes; da argumentação prática geral (razão); da argumentação empírica

³⁶⁶ Idem, *ibidem*.

³⁶⁷ Idem, p. 219.

³⁶⁸ Idem, p. 226.

³⁶⁹ Idem, *ibidem*.

³⁷⁰ Idem, *ibidem*.

(empíria); e das formas especiais de argumentos jurídicos³⁷¹.

No que diz respeito às regras de interpretação, de modo a vincular a atuação decisória do juiz, a metodologia jurídica desenvolveu os métodos ou cânones de interpretação, quais sejam: gramatical (vinculação ao sentido literal da norma legal); sistemática (situação de uma norma no texto legal – visa eliminar contradições no ordenamento jurídico); histórica (fatos relativos à história do problema jurídico); teleológica (finalidade da regulamentação); genética (vontade do legislador); e comparativa (toma como referência as normas de outra sociedade)³⁷².

Apesar de Friedrich Müller³⁷³ sustentar a possibilidade da elaboração de uma sequência hierárquica dos fundamentos, em conformidade com a idéia de vinculação à norma, própria do Estado de Direito (devendo, portanto, serem priorizados os aspectos gramatical e sistemático), na verdade não existe uma meta regra que determine ao juiz utilizar um ou outro método de interpretação, o que por consequência não o vincula a um resultado definido, levando-o a diferentes entendimentos “corretos” sobre a norma³⁷⁴.

A teoria do discurso poderia auxiliar na solução desse problema, indicando o uso oportuno das diferentes formas de argumentos, por meio de regras e formas que aumentam a possibilidade de em uma discussão se alcançar uma conclusão correta, portanto racional. Sendo o princípio da universalidade o princípio básico da teoria do discurso, a relação entre as formas de argumentos, e a consequente escolha dos cânones aplicáveis, deve ser obtida a partir de razões, não só para o caso discutido, mas para todos os casos iguais em seus aspectos relevantes³⁷⁵.

Se ainda assim restarem diferentes contextos de eleição, o princípio da universalidade exige que se proceda segundo as regras de ponderação, que podem adotar o caráter de enunciados dogmáticos ou de enunciados de precedentes³⁷⁶.

³⁷¹ Idem, p. 227.

³⁷² Para Hassemer, caberia ainda incluir dentre os cânones a interpretação conforme à Constituição. Vide HASSEMER, Winfried. *Sistema jurídico e codificação. A vinculação do juiz à lei. In: Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009, p. 295.

³⁷³ MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*. São Paulo: RT, 2009, p. 91.

³⁷⁴ HASSEMER, ob cit., p 295.

³⁷⁵ ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação...*, p. 243.

³⁷⁶ Idem, ibidem.

Quanto à argumentação dogmática, é racional na medida em que se vincula à argumentação prática geral. A dogmatização do direito exerce, dentre outras, uma função de estabilização de soluções para questões práticas, ainda que de forma limitada (nada impede a modificação, ou rejeição, do enunciado dogmático, desde que realizada a devida carga de argumentação). Assim, a dogmática jurídica relaciona-se com a descrição do direito vigente, sua análise sistemática e conceitual, e com a elaboração de propostas para a solução de casos jurídicos problemáticos. Também denominada “matemática social”, costuma-se-lhe atribuir três tarefas: análise lógica dos conceitos jurídicos, recondução dessa análise a um sistema, e aplicação do resultado dessa análise na fundamentação das decisões judiciais³⁷⁷.

Uma dogmática do direito, portanto, traduz-se como uma série de enunciados, relativos tanto à legislação quanto à aplicação do direito, formando um todo coerente, fundamentado em uma Ciência do Direito que funciona institucionalmente, e com conteúdo normativo. Mas tais enunciados não são irrefutáveis, ou seja, não são dogmas, no sentido convencional, dependendo diretamente da argumentação prática geral. Assim, todo enunciado dogmático deve enfrentar uma comprovação sistemática e, se posto em dúvida, precisará amparar sua fundamentação mediante o emprego de ao menos um argumento prático de tipo geral³⁷⁸.

O uso dos precedentes se justifica pelo princípio da universalidade, para que situações iguais, naqueles aspectos que sejam relevantes, possam ser tratadas da mesma forma. Não se exclui a possibilidade de mudança na valoração das circunstâncias, até porque isso seria incompatível com o fato de que toda decisão carrega uma pretensão de correção. Mas será exigida uma carga de argumentação pelo participante, apresentando razões suficientes para essa mudança e o desrespeito aos precedentes, pois uma das suas funções é promover a estabilidade, além de contribuir também à segurança jurídica e à proteção da confiança na aplicação do direito³⁷⁹.

A argumentação prática geral parte do reconhecimento de que, mesmo

³⁷⁷ Idem, p. 246/247.

³⁷⁸ Idem, p. 256/257.

³⁷⁹ Idem, p. 265.

havendo um incremento na possibilidade de se alcançar um acordo racional pelo uso de todas as formas de argumentos descritos, não se garante que os acordos sejam definitivos, nem que se adequem a cada questão³⁸⁰.

A argumentação empírica é relevante, pois em quase todas as formas de argumentação jurídica se incluem enunciados empíricos, que podem se relacionar a ações concretas, motivos dos agentes, acontecimentos ou estados de coisas passados, presentes ou futuros, além de poderem corresponder a diversas áreas da ciência. Ou seja, uma fundamentação jurídica com base em argumentação empírica deveria levar em conta quase todos os problemas do conhecimento empírico.

E ainda restaria a questão de quem nem sempre, ou quase nunca, se pode obter o conhecimento empírico necessário com a certeza desejável, impondo-se nesses casos a utilização de regras de presunção racional³⁸¹.

Por fim, as formas especiais de argumentos jurídicos dizem respeito às formas de argumentos utilizados especialmente na metodologia jurídica, caracterizadas por serem inferências logicamente válidas, tendo a analogia como uma de suas figuras mais relevantes³⁸².

Como se vê, todo o sistema de argumentação construído por Alexy visa a evitar que a lógica se produza livremente, utilizando signos e regras capazes de afastar dúvidas e ambiguidades na interpretação de um dado sistema jurídico. De certo modo, há uma idealização do processo de argumentação, pois entende que as normas somente serão justas e corretas caso sigam as regras postas para um procedimento ideal.

Ainda que se alegue falhas na teoria desse autor por embasar a ideia de pretensão de correção na existência de uma moral única, inviável em uma sociedade contemporânea onde a regra é o pluralismo moral, possui o mérito de ter tentado formular parâmetros para uniformizar a aplicação do direito, minimizadores da possibilidade de casos semelhantes receberem julgamentos diversos.

³⁸⁰ Idem, p. 207.

³⁸¹ Idem, p. 229.

³⁸² Idem, p. 268.

3.4.3 A legitimidade do ativismo judicial

Após as Guerras Mundiais e ao longo do século XX iniciou-se um movimento de superação do positivismo puro, de objetividade científica, permitindo a volta da ética e dos valores ao direito, ensejando reflexões acerca de sua função social e de sua interpretação. Como alerta Luís Roberto Barroso³⁸³, após a Segunda Guerra Mundial verificou-se na maior parte dos países ocidentais um avanço da justiça constitucional sobre o espaço antes reservado à política, e aos Poderes Legislativo e Executivo.

Confere-se à Alemanha, com a estruturação da República de Weimar, o mérito de propiciar o surgimento de uma experiência constitucional que acabaria por definir os rumos do constitucionalismo posterior. Com a promulgação da Constituição de Weimar, em 1919, seguindo as linhas mestras já traçadas pela Constituição Mexicana de 1917, realizou-se uma melhor estruturação do Estado da democracia social, o que veio a ser retomado por vários países após a Segunda Guerra Mundial e a derrocada nazi-fascista³⁸⁴.

A referida Carta não se limitou a demarcar os direitos e garantias individuais, instrumentos de defesa contra o Estado já muito bem definidos. Sua contribuição foi além, prevendo a complementação dos direitos civis e políticos pelos direitos econômicos e sociais, antes ignorados pelo liberal-capitalismo³⁸⁵. Como consequência, houve uma mudança de perfil do Estado, tendo o mesmo adotado uma postura positiva e de indutor tanto do desenvolvimento econômico quanto da adoção de políticas públicas, tudo com o objetivo de atender as demandas sociais³⁸⁶.

³⁸³ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 18 ago. 2012.

³⁸⁴ CAPELLARI, Eduardo. *A crise da modernidade e a Constituição: elementos para a compreensão do constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004, p. 53/54.

³⁸⁵ Idem, ibidem.

³⁸⁶ Idem, p. 55.

Com essa constitucionalização dos direitos sociais impõe-se não mais uma liberdade negativa do cidadão frente ao Estado, mas sim uma liberdade positiva como um princípio a ser realizado e não apenas defendido.

Neste contexto de transição o positivismo puro não restou isento de críticas, iniciando-se o discurso em prol da implementação de um pós-positivismo, que em sintonia com o novo momento constitucional fosse capaz de ultrapassar a legalidade estrita sem desprezar o direito posto, empreendendo uma leitura moral do mesmo³⁸⁷.

Admitindo-se que as relações sociais contemporâneas são complexas, com exigências e demandas peculiares, rompe-se com a forma básica de compreensão do direito, reconhecendo-se a impossibilidade de separação absoluta entre direito e moral. De acordo com essa doutrina, a atividade jurídica não deve estar orientada apenas pela obtenção do êxito, mas também por uma aspiração moral, de pretensão de justiça³⁸⁸, com o magistrado preocupado em alcançar soluções futuras para os inúmeros e novos problemas enfrentados pela ordem jurídica.

Além disso, o pós-positivismo elege os princípios como elementos centrais para a interpretação judicial, não mais relegados a segundo plano como no positivismo tradicional. Agora erigidos à condição de normas primárias de todo o sistema jurídico, os princípios passam a atuar preenchendo lacunas e funcionando como linhas-mestras para se alcançar a interpretação correta das regras.

Consolida-se a queda do positivismo – aliado ao momento histórico de instituição do Estado Democrático de Direito como forma de organização política –, ao mesmo tempo em que se introduz a noção de reconstitucionalização do direito, com a redefinição do lugar ocupado pela Constituição nos ordenamentos jurídicos e da carga de influência exercida pelo direito constitucional sobre as instituições contemporâneas³⁸⁹.

A reconstitucionalização no direito brasileiro se deu pela promulgação da Constituição de 1988, documento que simbolizou a travessia do Estado brasileiro de regime autoritário para o Estado Democrático de Direito e fez surgir um sentimento

³⁸⁷ BARROSO, Luis Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito*. Boletim de Direito Administrativo, jan. 2007, p. 22.

³⁸⁸ MAIA, Antônio Cavalcanti. DINIZ, Antônio Carlos. *Pós-positivismo*. In: BARRETTO, Vicente de Paula (Coord.). *Dicionário de Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 3.

³⁸⁹ BARROSO, Luis Roberto. Ob. cit., p. 21.

constitucional no país³⁹⁰.

A “Constituição cidadã” passou a desfrutar não só de soberania formal, mas principalmente de soberania material e axiológica, com nítidos reflexos na legislação ordinária, cuja interpretação e aplicação tornaram-se permeadas por princípios e valores constitucionais no bojo dos ideais do pós-positivismo.

A doutrina sobre a força normativa da Constituição tornou-se mais relevante no Brasil a partir das décadas de 70 e 80, culminando na redação de uma Carta garantista com relevo para a proteção dos direitos fundamentais, e que tratou, com maior ou menor importância, de todos os ramos do direito infra-constitucional.

Ingo Sarlet³⁹¹ não deixa passar despercebido que o procedimento analítico do Constituinte de 88, prevendo um grande rol de dispositivos, aí incluído um Título inteiro reservado aos direitos e garantias fundamentais, revela certa desconfiança em relação ao legislador infraconstitucional, além de evidenciar sua intenção de salvaguardar uma série de reivindicações contra eventual supressão pelos Poderes constituídos.

Já em seu preâmbulo a Lei Magna de 1988 deixa clara a obrigatoriedade de o ordenamento jurídico pátrio manter-se impregnado pelo conceito de justiça social, visando à erradicação da pobreza e da marginalização e reduzindo desigualdades sociais e regionais, tudo com a finalidade de promover o bem estar de todos, funcionando a dignidade da pessoa humana como referência unificadora de todos os direitos fundamentais³⁹². Logo após, situados topograficamente no início da Constituição, estão os direitos fundamentais, traduzindo maior rigor lógico e funcionando como parâmetro de valores superiores de toda a ordem constitucional e jurídica³⁹³.

Tal circunstância serviria como norte para a interação entre os princípios e regras específicos de uma determinada disciplina com as demais normas do sistema constitucional, limitando-se a atuação do legislador ordinário e oferecendo-se

³⁹⁰ BARROSO, ob. cit., p. 21.

³⁹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 75.

³⁹² CARVALHO, ob cit, p.25.

³⁹³ SARLET, ob. cit., p. 77.

parâmetros à leitura constitucional que deverá ser realizada pelo Judiciário ao analisar qualquer questão que lhe seja submetida³⁹⁴.

Este fenômeno é denominado de filtragem constitucional, pelo qual toda a ordem jurídica deve ser lida e apreendida sob uma ótica constitucional de modo a realizar os valores consagrados na Carta. Impede-se a interpretação jurídica desvinculada da interpretação constitucional, pois qualquer operação de direito ensejará também, direta ou indiretamente, a aplicação da Constituição, centro do sistema jurídico³⁹⁵.

Não se trata de estabelecer uma ditadura dos juízes, nem em defender a invasão do Judiciário na esfera legislativa. Em primeiro lugar, serão legítimas apenas as decisões judiciais que estejam de acordo com a manutenção de um estado constitucional de direito, e em segundo lugar os magistrados deverão se revestir de independência no limite do necessário para impor aos demais Poderes o respeito à dignidade das pessoas³⁹⁶. Não significa legislar por meio de decisões, mas sim exigir que o Estado execute as políticas e medidas necessárias, previamente estabelecidas no texto constitucional.

A orientação teria como finalidade acabar com o hiato ainda existente entre o conjunto de direitos e mecanismos que a Constituição Federal coloca à disposição da comunidade jurídica e sua efetividade, em total abandono da idéia de que o texto constitucional é principiológico, dirigente e vinculativo. Esquece-se que os princípios valem e as regras vigem (Bonavides), cabendo ao Poder Judiciário promover a devida eficácia aos dispositivos constitucionais por meio da respectiva contaminação pelas normas constitucionais³⁹⁷.

Ademais, os próprios atos judiciais encontram-se vinculados ao respeito aos

³⁹⁴ “Gradativamente, diversas formulações antes dispersas ganham unidade e consistência, ao mesmo tempo que se desenvolve o esforço teórico que procura transformar o avanço filosófico em instrumental técnico-jurídico aplicável aos problemas concretos. O discurso acerca dos princípios, da supremacia dos direitos fundamentais e do reencontro com a Ética – ao qual, no Brasil, se deve agregar o da transformação social e o da emancipação – deve ter repercussão sobre o ofício dos juízes, advogados e promotores, sobre a atuação do Poder Público em geral e sobre a vida das pessoas”. In: BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 350.

³⁹⁵ BARROSO, ob. cit., p. 34.

³⁹⁶ ZAFFARONI, ob. cit., p. 27.

³⁹⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Crise (s) Paradigmática (s) no direito e na dogmática jurídica: dos conflitos interindividuais aos conflitos transindividuais*. São Paulo: RBCCRIM, ano 7, n. 28, out.-dez. 1999, p. 108.

direitos fundamentais, e poderão ser objeto de controle jurisdicional mediante a fiscalização, em última instância, pelo Supremo Tribunal Federal – este na condição de autêntica Corte Constitucional a quem incumbiria o próprio desenvolvimento da Lei Fundamental³⁹⁸.

De fato, uma das consequências da redemocratização ocorrida em todo o mundo, e no Brasil especificamente a partir da Constituição de 1988, foi a percepção da transferência de poder para juízes e Tribunais, formando-se o movimento de judicialização, pelo qual as cortes constitucionais e supremas cortes assumiram o papel de protagonistas de decisões envolvendo questões políticas, implementação de políticas públicas ou escolhas morais em temas controvertidos na sociedade³⁹⁹.

No Brasil, a constitucionalização abrangente, englobando matérias que caberiam originalmente à legislação ordinária, e conseqüentemente transformando política em direito, bem como a implementação de um amplo sistema de controle de constitucionalidade, tornaram evidente uma maior atuação e visibilidade do Supremo Tribunal Federal, como se pode observar de seus inúmeros e recentes pronunciamentos, tais como a declaração de inconstitucionalidade da vedação de progressão de regime para condenados por crimes hediondos⁴⁰⁰.

Mas essa judicialização das questões políticas e sociais, apesar de proporcionada pela Constituição, se dá nos limites dos pedidos formulados, não sendo decorrência de um exercício deliberado de vontade política da Corte. Uma vez apresentado o requerimento e preenchidos os requisitos de cabimento, o Tribunal não tem a alternativa de se pronunciar ou não sobre o seu mérito, apenas cumprindo seu papel constitucional⁴⁰¹.

Diversa é a hipótese do ativismo judicial, este sim configurando uma escolha, um modo proativo e específico de interpretar a Constituição, alargando seu sentido e alcance, resolvendo problemas políticos com o uso de critérios jurídicos. Esse movimento decorre, especialmente, pelo desprestígio da lei, ineficiência da política, dificuldade da própria administração, malversação dos recursos públicos, dentre

³⁹⁸ SARLET, ob. cit., p. 371.

³⁹⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial...*, ob cit., p. 1/3.

⁴⁰⁰ Idem, p. 3/5.

⁴⁰¹ Idem, p. 6.

outros⁴⁰².

A ideia é ampliar a participação do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, se avocando uma competência decisória que em verdade caberia à atuação dos outros dois Poderes, por meio de: (1) aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas, e independentemente da existência de legislação ordinária; (2) declaração de inconstitucionalidade de atos normativos sem que haja ostensiva violação da Constituição; e (3) imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas⁴⁰³.

Essa visão extremamente politizada do Direito como um todo, com influência certamente também no direito penal, pode ser vislumbrada com bastante facilidade nas decisões dos Tribunais Superiores, cuja racionalidade se dispersa de acordo com o momento político em que inserida. Situações similares podem ser tratadas diferentemente de acordo com a convicção íntima de cada julgador, ou turma de julgadores, geralmente embasando suas decisões em alguma norma constitucional vaga e indeterminada, assumindo quase um poder legiferante sobre as questões submetidas a sua apreciação⁴⁰⁴.

O Supremo Tribunal Federal, em alguns casos, tem demonstrado clara postura ativista, sob a alegação de tentar extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional. Veja-se, por exemplo, o julgamento sobre a questão da fidelidade partidária, criando uma nova hipótese de perda de mandato parlamentar além das expressamente previstas no texto constitucional, ao declarar que a vaga no Congresso pertence ao Partido Político⁴⁰⁵.

Inúmeras ainda as decisões em primeira instância sobre saúde pública, em especial no tocante a liminares que concedem internações em hospitais que não possuem vagas⁴⁰⁶, ou que determinam a entrega de medicamentos pelo Poder

⁴⁰² REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. *Ativismo judicial e Estado de Direito*. Artigo apresentado na USP no XVIII Encontro Nacional de Direito Constitucional – Instituto Pimenta Bueno – Associação Brasileira dos Constitucionalistas, p. 8.

⁴⁰³ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial...*, p. 6.

⁴⁰⁴ POSNER, Richard A. *How Judges Think*. Cambridge: Harvard University Press, 2008, p. 271/272.

⁴⁰⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial...*, p. 8.

⁴⁰⁶ REVERBEL, ob cit., p. 9.

Público, mesmo nas hipóteses não contempladas pelas listas e protocolos do Ministério da Saúde e das Secretarias Estaduais e Municipais⁴⁰⁷.

Se por um lado o Judiciário atende às demandas da sociedade, por outro criam um *déficit* de legitimidade democrática. Indubitável que ao aplicar a Constituição e as leis o magistrado não desempenha uma atividade mecânica de mera concretização de decisões previamente adotadas pelo constituinte ou pelo legislador, nem funciona apenas como a boca da lei, tal como preconizado por Montesquieu. Afinal, como descrito por Hans Kelsen⁴⁰⁸, “*se enxergarmos 'o político' na resolução de conflitos de interesses, na 'decisão' – para usarmos a terminologia de Schmitt – encontramos em toda sentença judiciária, em maior ou menor grau, um elemento decisório, um elemento de exercício de poder*”.

Como se deflui do próprio nome Estado constitucional democrático, existem duas noções que devem se integrar: constitucionalismo como sinônimo de poder limitado e respeito aos direitos fundamentais, e democracia significando soberania popular e governo do povo. Logo, o papel do Supremo Tribunal Federal seria o de atuar como intérprete da Constituição, ao mesmo tempo em que vela pelas regras do jogo democrático e pelos direitos fundamentais, permitindo que o exercício da jurisdição constitucional funcione como uma garantia da democracia, ao invés de um risco⁴⁰⁹.

Nesse sentido, somente poderiam figurar como protagonistas da vida política os detentores de votos, sendo vedado aos juízes suprimir o governo da maioria. A intervenção do Judiciário apenas se legitima quando buscar a decisão que julgue mais correta, mais justa, impondo-lhe ainda o dever de motivação mediante o emprego da argumentação racional, fundamentada na Constituição, e com respeito aos princípios de interpretação e aos precedentes⁴¹⁰.

Não se pode desconsiderar os efeitos sistêmicos de uma decisão judicial, principalmente quando se discute o ativismo judicial. Por certo o juiz está preparado

⁴⁰⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial...*, p. 9.

⁴⁰⁸ KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 251.

⁴⁰⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial...*, p. 12.

⁴¹⁰ Idem, p. 12/14.

para realizar a justiça no caso concreto, mas nem sempre dispõe de informações ou de conhecimento para analisar o impacto de suas decisões no meio social e nos orçamentos públicos. As determinações de entregas de medicamentos ou de internações pelo ente público podem gerar riscos a própria continuidade das políticas públicas de saúde, comprometendo a alocação dos recursos públicos para atendimento da população em geral⁴¹¹.

Ainda que o ativismo judicial possa ser visto como uma solução por um setor da sociedade, atuando quando o Legislativo e o Executivo parecem ter se omitido, não cabe ao Judiciário usurpar a capacidade institucional desses dois Poderes, verdadeiros legitimados democraticamente e melhor habilitados a tomar decisões em certas matérias. Como guardião da Constituição, o Judiciário deve estar atento a eventuais violações aos direitos fundamentais, mas sempre disseminando a cultura da segurança jurídica e da isonomia, e dentro dos limites das fronteiras procedimentais e substantivas do direito: racionalidade, motivação, correção e justiça⁴¹².

⁴¹¹ Idem, p. 16/17.

⁴¹² Idem, p. 19.

4 A INSERÇÃO DO DIREITO PENAL ECONÔMICO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

4.1 Direito Penal Liberal *versus* Direito Penal Econômico

Os atuais institutos de Direito Penal tiveram como base uma ideologia liberal formada entre a segunda metade do século XVIII e a primeira metade do século XIX. Foi nessa época que surgiu o chamado Direito Penal Liberal, também denominado clássico, que visava a tutela dos direitos fundamentais da pessoa contra as intervenções punitivas estatais, reduzindo-se o despotismo e a arbitrariedade do Antigo Regime⁴¹³.

De fato, a ideologia penal garantista corresponde ao surgimento da ideologia política liberal e à elaboração da noção de Estado de Direito, entendendo este último como um Estado em que os poderes públicos serão regulados por normas constitucionais, que delimitarão o âmbito de sua atuação. Ou seja, considera-se um Estado politicamente liberal aquele a quem toca a missão de defender a sociedade do próprio Estado, para tanto utilizando-se da técnica da divisão de poderes e do uso do princípio da legalidade⁴¹⁴.

O direito do Estado liberal, portanto, tinha por objetivo anular qualquer pretensão de interferência do poder público na vida privada dos seus cidadãos, garantindo a livre circulação das ideias, pessoas e bens, obrigando a criação de regras gerais, abstratas e previsíveis⁴¹⁵.

É a partir do conceito de Estado de Direito que terá lugar a doutrina do garantismo penal, desde, é claro, que se entenda o Estado como um ente pautado pelo princípio da legalidade, ou seja, com seus poderes limitados formal e

413

GOMES, Luiz Flávio. YACOBUCCI, Guillermo Jorge. *As grandes transformações do direito penal tradicional*. São Paulo: RT, 2005, p. 17.

⁴¹⁴ FREITAS, Ricardo de Brito A. P. *As razões do positivismo penal no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 7/8.

⁴¹⁵ ROTH, André-Nöel. *O direito em crise: fim do Estado Moderno*. In: *Direito e Globalização Econômica – implicações e perspectivas*. Org.: José Eduardo Faria. 1. ed., 2. tiragem. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 19/20.

substancialmente pela lei, imbuída esta de uma essência constitucionalista⁴¹⁶.

O direito penal, assim, passaria a exercer dupla função: (1) limitar o poder punitivo do Estado; e (2) tutelar positivamente bens jurídicos e interesses sociais. Logo, um direito penal garantista deveria observar o princípio da intervenção mínima, tanto no que diz respeito aos seus aspectos intrassistemáticos quanto extrassistemáticos. Os primeiros relacionam-se com os requisitos para a introdução e manutenção das figuras delituosas da lei, e os segundos dizem respeito a um ponto de vista externo ao sistema penal, tais como os critérios políticos para a descriminalização⁴¹⁷.

De acordo com Ferrajoli⁴¹⁸, são diversas as correntes filosóficas que deram origem ao modelo garantista clássico de direito penal, citando dentre elas as doutrinas dos direitos naturais, as teorias contratualistas, a filosofia racionalista e empirista, as doutrinas políticas da separação dos poderes e da supremacia da lei, o positivismo jurídico e as concepções utilitaristas do direito e da pena.

Além de filosoficamente diferentes, nem todas seriam completamente liberais, como a doutrina do positivismo jurídico, que se por um lado é a base do princípio da estrita legalidade, por outro pode também permitir modelos penais absolutistas. Mas em seu conjunto os princípios formam um sistema coerente e unitário, *“orientado a assegurar, a respeito de outros modelos de direito penal historicamente concebidos e realizados, o máximo grau de racionalidade e confiabilidade do juízo e, portanto, de limitação do poder punitivo e de tutela da pessoa contra a arbitrariedade”*⁴¹⁹.

Para Hassemer⁴²⁰, o direito penal clássico integra a tradição filosófico-política do Iluminismo, e tem como função garantir a estabilidade do contrato social. Deve haver uma reciprocidade do Estado em contrapartida à renúncia da liberdade natural do homem: confere-se ao direito o poder de castigar, mas se impõe também sua utilização para evitar lesões injustificadas à liberdade individual.

A partir daí, o autor estabelece três premissas básicas orientadoras do modelo

⁴¹⁶ FREITAS, ob cit., p. 9.

⁴¹⁷ Idem, p. 35/36.

⁴¹⁸ FERRAJOLI, ob cit., p. 29.

⁴¹⁹ Idem, p. 30.

⁴²⁰ HASSEMER, Winfried. *Persona, mundo y responsabilidad (...)*, p. 17.

liberal de direito penal: a) somente a lesão de liberdade assegurada pelo contrato social poderia ser considerada como delito (introduz o conceito de bem jurídico com aspecto negativo, impedindo a criminalização ilegítima); b) deve haver certeza quanto aos limites da intervenção estatal nas liberdades humanas (positivismo legal), evitando-se posteriores modificações a esses mesmos limites; c) a instituição Estado retira dos cidadãos a sua legitimidade, sendo os direitos dos segundos o limite de atuação do primeiro, principalmente no âmbito penal, o que faz surgir os princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade⁴²¹.

Já para Bettiol⁴²² o liberalismo parte de duas constatações: a) o indivíduo possui, por natureza, direitos de liberdade que o Estado não pode negar; b) o Estado é fruto de um acordo livre de vontades, um contrato mediante o qual os indivíduos renunciaram parcialmente de suas liberdades em prol de uma convivência pacífica.

Independentemente do autor que seja adotado, todos permitem entrever a mesma conclusão: o homem passa a ser visto como sujeito de direitos naturais e o Estado como guardião desses direitos. Porém, é um guardião no qual não se confia em especial quando faz uso do direito penal, que se por um lado é um instrumento de proteção de bens jurídicos, por outro não deixa de ser uma forma de violência⁴²³.

Assim, o Direito Penal Liberal busca a utilização equilibrada e proporcional das sanções penais, reservando-as para aquelas situações em que forem absolutamente necessárias, fazendo uso de determinados princípios capazes de lhes conferir legitimidade.

Como consequência, a matéria criminal se coloca como algo eminentemente formalizado, vinculada a regras de legalidade e de proteção do bem jurídico considerado relevante pela sociedade – aspectos fundamentais para a tutela dos direitos individuais⁴²⁴.

Tenta-se conter os excessos criminalizadores com a idéia de que o Direito Penal tem por objeto evitar ofensas não a um direito subjetivo, mas a um bem

⁴²¹ Idem, p. 18.

⁴²² BETTIOL, Giuseppe. *Direito Penal*. Campinas: Red Livros, 2000, p. 27.

⁴²³ GOMES, Luiz Flávio. YACOBUCCI, Guillermo Jorge, ob. cit., p. 20.

⁴²⁴ YACOBUCCI, Guillermo Jorge. *Los desafíos del Nuevo derecho penal*. In: *Novos desafios do direito penal no terceiro milênio: Estudos em homenagem ao prof. Fernando Santana*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, coord.: Gamil Föppel, 2008, p. 31.

jurídico, que constituiria o próprio fundamento para a caracterização de um fato como delito. Sustentar o contrário equivaleria a aceitar a cominação de penas com base somente em uma periculosidade subjetiva, visando a proteção do Estado desvinculada da concreta proteção dos cidadãos.

Nas palavras de Birnbaum⁴²⁵:

-Como quiera que se piense sobre el fundamento jurídico y el fin Del Derecho penal, el hecho es que se podrá estar de acuerdo com diversos pareceres al respecto, supuesto que admitamos que forma parte de la esencia del poder del Estado garantizar parejamente el disfrute de ciertos bienes a todos los hombres que viven en él, bienes dados a éstos por la naturaleza o que son el resultado de su desarrollo social y de la asociación civil.

Com isso, a figura da vítima entra em cena, pois somente haveria injusto penal mediante a prova de que a conduta teria lesionado interesses reais de outros homens. Como afirma Hassemer⁴²⁶, o legislador deve *“antes probar a lesão de um bem jurídico: apresentar uma vítima desta conduta e indicar quanto a esta a lesão de bens, de interesses”*.

Para tanto, exige-se um caráter de taxatividade das leis penais, de modo a identificar de maneira precisa o autor do delito, o ato criminoso, o bem jurídico violado, a vítima e o dano sofrido, restringindo o máximo possível a ingerência do Estado na liberdade e na propriedade individuais. Daí decorre o fato de que a lei penal deve ser escrita, prévia, estrita e certa; todas estas características capazes de garantir a segurança e a liberdade dos cidadãos⁴²⁷.

Evidente que essa concepção era mais facilmente observada em uma época em que as atividades econômicas não guardavam maiores dificuldades, limitando-se à apropriação de bens para satisfazer as necessidades elementares do cotidiano, e fazendo com que a intervenção penal se desse quase que exclusivamente mediante a aplicação dos tipos penais de roubo, furto ou fraude⁴²⁸.

Mas conforme foi se instalando uma maior complexidade das relações sociais

⁴²⁵ BIRNBAUM, ob cit., p. 58.

⁴²⁶ HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos (...)*, p. 56.

⁴²⁷ YACOBUCCI, ob. cit., p. 32.

⁴²⁸ CAVERO, Percy García. *Derecho Penal Económico: parte general*. 2. ed. Lima: Editora Jurídica Grijley, 2007, p. 5.

de produção e de consumo, foram se apresentando as condições para o estabelecimento de uma nova realidade econômica, o que também teve reflexos no desenvolvimento de uma nova legislação penal, mais voltada para as questões econômicas⁴²⁹.

Com o surgimento das primeiras atividades de comércio, incrementou-se a intervenção penal, castigando não apenas os ataques a interesses patrimoniais individualizados, mas igualmente condutas consideradas abusivas às relações de comércio, tais como a usura, o monopólio, a retenção de mercadorias para especulação, o sistema de controle de preços, entre outros⁴³⁰.

Se bem que nesse momento ainda não se podia falar em uma sistema econômico diferenciado, haja vista que os interesses resguardados pela legislação restringiam-se aos da Coroa ou dos senhores feudais, ao menos já é possível observar que o prejuízo, nesses casos, não se dava ao patrimônio concreto de um sujeito, mas a uma soma de interesses particulares.

Já no final do século XVIII, o advento da Revolução Industrial ensejou o aprimoramento da atividade comercial pelo uso de novas técnicas, levando a um processo de industrialização e de produção massiva, e conseqüentemente a um reconhecimento da existência de um sistema econômico independente dos interesses patrimoniais individuais. Tal reconhecimento também foi favorecido pelo surgimento, no século XIX, da ideologia do liberalismo econômico, com reflexos diretos na regulação jurídica⁴³¹.

De acordo com a ideologia liberal, o sistema se regularia seguindo a ordem imposta por uma mão invisível, afastando a necessidade de controle político da economia. Uma vez que o Estado não deveria intervir nas condições econômicas de cada indivíduo, fazendo uso de seu poder de polícia apenas para impedir o abuso das regras de mercado pelos particulares, o Direito também deveria ser reservado apenas para evitar ataques aos bens de particulares⁴³².

Mas essa ideia de autogestão da economia começou a perder adeptos em

⁴²⁹ Idem, p. 4.

⁴³⁰ Idem, p. 6.

⁴³¹ Idem, p. 7.

⁴³² Idem, p. 8.

especial a partir da 1ª Grande Guerra, quando um verdadeiro abalo nas estruturas sociais proporcionou que se começasse a pregar pelo abandono do modelo liberal em prol da utilização do Estado como instrumento controlador da vida econômica⁴³³.

Com o incremento do mundo dos negócios e o advento da denominada economia de guerra, o Estado abandona sua posição de mero vigilante para começar a assumir participação ativa no desenvolvimento da economia nacional, necessária inclusive para tentar controlar a crescente inflação gerada pelo pós-guerra e coibir os abusos do poder econômico⁴³⁴. Posteriormente, com a crise de 1929 (gerada por circunstâncias intimamente ligadas ainda à noção econômica liberal), e a profunda depressão que dali se seguiu, o Estado optou definitivamente por não mais ficar alheio à evolução das grandes corporações e de verdadeiros monopólios⁴³⁵.

Surge aí o Estado social, ou providência, com o objetivo de compensar a redução da capacidade autorreguladora da sociedade civil. O Estado assume a missão de fomentar o crescimento econômico nacional e a proteção social dos indivíduos (direito do trabalho, direitos fundamentais, etc), convertendo-se em instrumento de transformação e de regulação sociais⁴³⁶.

Interessante notar que a economia brasileira não ficou imune a essa tendência. Apesar de tradicionalmente as Constituições brasileiras seguirem as diretrizes do Estado individualista-liberal, o intervencionismo econômico estatal restou evidente com a Constituição de 1934, ao estabelecer, em seu art. 115, limites ao exercício da liberdade econômica⁴³⁷.

Por seu turno, a Constituição Federal de 1988, ao mesmo tempo em que

⁴³³ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito Penal Econômico como Direito Penal de Perigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 20.

⁴³⁴ CAVERO, ob. cit., p. 9.

⁴³⁵ SILVEIRA, ob. cit., p. 21.

⁴³⁶ ROTH, ob cit., p. 17.

⁴³⁷ “Art. 115. A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos existência digna. Dentro desses limites, é garantida a liberdade econômica.” (BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao34.htm>. Acesso em: 08 set. 2012).

consagra o princípio da subsidiariedade da atuação estatal (art. 173, CF⁴³⁸), estabelecendo como regra geral que o Estado se abstenha de exercer atividade econômica, consagra no art. 174 o papel normativo e regulador do Estado na área econômica: “*Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado*”.

Assim, o Estado substituiu sua tradicional participação direta (como Estado-empresário), por uma intervenção pautada na direção, indução, planejamento e sancionamento, cujo exercício via de regra pode ser verificado atualmente na figura das agências reguladoras⁴³⁹.

Para que essa fiscalização seguisse alguns parâmetros, fez-se necessária a criação de normas estatuindo direitos e deveres, surgindo, assim, leis regulamentadoras da política econômica do Estado. Nascia o Direito Econômico, tido como a expressão jurídica da política de intervencionismo econômico-social, visando tanto regulamentar quanto fiscalizar as operações de natureza econômica de modo a resguardar o interesse comum (a chamada ordem econômica)⁴⁴⁰.

É que a economia de mercado somente se aperfeiçoaria com base no princípio da livre concorrência, amparada pela lealdade de seus participantes e ausência de óbices ao livre jogo da oferta e da procura de produtos ou serviços. Aliado a essa atuação competitiva dos agentes econômicos, devem igualmente ser regulamentados a utilização de diversos instrumentos econômicos da vida moderna, tais como obtenção de crédito, subvenções e contratações de seguros, tudo visando o bom funcionamento do sistema. Todas essas normas integram o rol do Direito Econômico, e de acordo com a situação concreta poderão também vir a ostentar aspectos próprios da legislação criminal⁴⁴¹.

Aliado a esse Estado social previdenciário surgiu um igual direito penal

⁴³⁸ “Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei” (BRASIL. Congresso Nacional. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 08 set. 2012).

⁴³⁹ *Direito Econômico Regulatório*. Org.: Direito Rio. Rio de Janeiro: FGV, 2008, p. 98/99.

⁴⁴⁰ PIMENTEL, Manoel Pedro. *Direito Penal Econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p. 9.

⁴⁴¹ VASQUEZ, Manuel A. Abanto. *Derecho Penal Económico*. Lima: Idemsa, 1997, p. 23.

previdenciário, sendo forte a crença de que o Estado de justiça criminal poderia reverter a corrente de crimes e de desordem trazidas pela industrialização. Tal otimismo se concretizava em programas de reforma e de expansão penal, entendendo que o controle do crime resumia-se a uma tarefa de “aplicação da lei”, orientada à perseguição e acusação dos ditos criminosos: *“tudo o que se exigia era um enquadramento de ameaças legais e de respostas reativas”*⁴⁴².

De fato, paralelamente à progressiva regulação da economia e ao estabelecimento de metas a serem cumpridas pela Administração Pública em prol da manutenção da política econômica adotada, o Estado passou a lançar mão de todos os recursos disponíveis para proteger esse intervencionismo, aí incluído o Direito Penal, que em razão da especificidade da matéria passou a ser denominado de Direito Penal Econômico.

Confere-se a Edwin H. Sutherland o mérito de, na década de 30, ter iniciado os estudos sobre a delinquência econômica, trazendo à baila a idéia de que agentes pertencentes a classes econômicas privilegiadas também eram passíveis de perpetrar delitos⁴⁴³.

O tema foi considerado uma reviravolta nos meios acadêmicos, que sempre defenderam a noção de estar a delinquência ligada à pobreza, características sociais e/ou desvios psicológicos⁴⁴⁴.

Comparando os dois tipos de criminalidade, a realizada no âmbito das classes menos abastadas, e a outra, típica do colarinho branco (perpetrada por agentes de uma camada mais afortunada economicamente), Sutherland observou que a diferença residiria meramente na posição social que cada um dos ofensores ocupa. Em verdade, ambos são respeitados em suas respectivas camadas sociais, mas enquanto os primeiros têm consciência de que cometem delitos, os segundos não são capazes de ver a si próprios como criminosos, tampouco a sociedade que os rodeia.

Por conta disso, e conhecedor de que muitas vezes a aplicação da lei penal poderia ser burlada, Sutherland argumentava que a condenação em uma Corte

⁴⁴² GARLAND, ob cit., p. 102/103.

⁴⁴³ SUTHERLAND, Edwin H. *White-Collar Criminality*. In: *White-Collar Crime. Classic and Contemporary Views*. 3. ed. New York: The Free Press, 1995, p.29 e ss.

⁴⁴⁴ Idem, ibidem.

criminal não seria o único fator a distinguir um indivíduo como criminoso do colarinho branco. Deveriam também ser levadas em conta quaisquer condutas que causassem sérios danos à sociedade, mesmo que as respectivas sanções fossem previstas por outras leis que não as penais, o que o levou a expor quatro premissas para delimitar corretamente o critério de *white-collar crimes*⁴⁴⁵.

Em primeiro lugar, considerava que outras instâncias, em especial a administrativa, deveriam ser incluídas como indicadoras de criminosos dessa espécie, já que muitos dos casos analisados por agências e comissões administrativas envolviam também violações à lei criminal.

Em segundo lugar, bastaria a concreta possibilidade de condenação, seja em uma corte criminal ou em uma agência administrativa, para conceder a alguém o rótulo de criminoso do colarinho branco. É que determinadas situações onde havia elementos suficientes para condenação, eram resolvidos apenas no âmbito cível, de modo a evitar o estigma do Direito Penal⁴⁴⁶.

Ligado a isso, teríamos o terceiro tópico, pelo qual a denominação de criminoso deveria alcançar também aqueles que não foram condenados tão-somente pela posição social que ocupam e poder econômico ou político que emanam, o que influenciaria na correta aplicação da lei⁴⁴⁷.

Por último, também deveriam ser condenados como delinquentes de colarinho branco quaisquer pessoas que auxiliassem na prática desses delitos, e não apenas os executores diretos da conduta.

Em que pese a contribuição desse professor norte-americano, emprestando visibilidade a tal espécie de crimes, o mesmo não foi capaz de conceituar satisfatoriamente os delitos econômicos, considerando-os tão-somente como o *crime in the upper, or white-collar class, which is composed of respectable, or at least*

⁴⁴⁵ SUTHERLAND, ob. cit., p. 33/34.

⁴⁴⁶ No mesmo sentido: “Só em casos raros e extremos os ‘crimes empresariais’ são levados aos tribunais e aos olhos do público. Fraudadores do fisco e autores de desfalques têm uma oportunidade infinitamente maior de acordo fora dos tribunais do que os batedores de carteiras ou assaltantes” (BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as consequências humanas*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1999, p. 132).

⁴⁴⁷ “Así, las personas ricas pueden recurrir a abogados hábiles e influir en la administración de justicia para su propio beneficio, com mayor eficacia que las personas de la clase socioeconómica baja. Aun los delincuentes profesionales, que tienen poder financiero y político, sortean el arresto y la condena con más facilidad que los delincuentes aficionados y ocasionales, que carecen de tal poder”. (In SUTHERLAND, ob cit., p. 8).

*respect, business and professional men*⁴⁴⁸.

Posteriormente, aprofundando-se o estudo sobre a criminalidade econômica, autores diversos buscaram conceituar outras modalidades daquela espécie de delitos, além dos clássicos crimes do colarinho branco, fazendo-se referência aos *occupational crimes* (crime praticado em razão da função, cargo ou ofício), *business crimes* (aquele que exclui a atividade econômica estranha aos setores industrial e comercial) e *corporate crime* (concentra sua atenção na grande empresa, como sujeito de atividades delituosas)⁴⁴⁹.

Dentro deste contexto, surge a discussão quanto ao implemento do chamado Direito Penal Econômico como uma disciplina autônoma, dotada de conceitos e institutos próprios, que visaria a busca por um equilíbrio entre o poder público e o privado dentro da ordem econômica, tida como um “conjunto de normas que define, institucionalmente, um determinado modo de produção econômica”⁴⁵⁰, que atenda a determinados fins políticos do Estado.

Em verdade, a criação de um direito penal econômico tem causado grande alvoroço nos meios doutrinários, a começar pela exata compreensão de quais sejam os contornos do bem jurídico tutelado.

No Brasil, já em 1984 constou na Exposição de Motivos da nova Parte Geral do Código Penal (Lei nº 7.209/84) o desejo de serem posteriormente debatidas questões consideradas polêmicas, dentre elas o fato de que “o avanço científico e tecnológico impõe a inserção, na esfera punitiva, de condutas lesivas ao interesse social, como versões novas da atividade econômica e financeira ou de atividades predatórias da natureza”.

Reconhecendo que também normas de direito penal econômico deveriam constar da Parte Especial do Código Penal, foram nomeadas várias Comissões para tratar do assunto, elaborando-se um esboço de projeto de lei que definia um Título específico “Crimes contra a ordem econômica e financeira”. Porém, devido a circunstâncias políticas os trabalhos não foram adiante, preferindo-se deixar para a

⁴⁴⁸ Idem, p. 29.

⁴⁴⁹ JAPIASSÚ, ob cit., p. 8.

⁴⁵⁰ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 63.

legislação especial o tratamento desta espécie de crimes⁴⁵¹.

Se por um lado a opção conferiria maior liberdade para a promulgação de leis que acompanhassem o ritmo frenético da economia mundial, por outro permitiria a adoção de subsistemas que distanciassem o direito penal econômico das regras gerais do direito penal.

Em suma, seriam abrangidas pelo Direito Penal Econômico as práticas tendentes a contrariar a atividade interventora e reguladora do Estado na economia, devendo-se entender a regulação como uma espécie do gênero intervenção estatal na economia, diferendo desta última por não ensejar a participação direta do Estado, tal como se dá na constituição de empresas públicas e de sociedades de economia mista⁴⁵².

Como ensina Marçal Justen Filho⁴⁵³, *“a regulação econômico-social consiste na atividade estatal de intervenção indireta sobre a conduta dos sujeitos públicos e privados, de modo permanente e sistemático, para implementar as políticas do governo e a realização dos direitos fundamentais”*.

Para Alexandre Santos de Aragão⁴⁵⁴, *“a regulação estatal da economia é o conjunto de medidas legislativas, administrativas e convencionais, abstratas ou concretas, pelas quais o Estado, de maneira restritiva da liberdade privada, ou meramente indutiva, determina, controla, ou influencia o comportamento dos agentes econômicos”*.

A regulação estatal da atividade econômica, portanto, conferiu uma nova dimensão à participação do Estado na economia, atenta a existência de uma economia multipolar, com estreita ligação entre políticas econômicas nacionais, e à necessidade de instauração de um equilíbrio econômico.

Nesse contexto de interferência indireta e de cunho orientador por parte do Estado, o direito penal econômico surge como um instrumento que se pretende impeditivo de violações a bens jurídicos coletivos ou supraindividuais da vida

⁴⁵¹ ARAUJO JUNIOR, João Marcello. *O direito penal econômico*. São Paulo: RBCCRIM, ano 7, n. 25, jan-mar 1999, p. 144/148.

⁴⁵² *Direito Econômico Regulatório*. Org.: Direito Rio. Rio de Janeiro: FGV, 2008, p. 91/92.

⁴⁵³ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 447.

⁴⁵⁴ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 31.

econômica (aqui abarcando normas de proteção ao meio ambiente, consumidor, trabalhador, etc.), além dos clássicos delitos patrimoniais (extorsão, fraude, etc.), desde que atentem contra interesses supraindividuais (fraude para obter algum tipo de subsídio estatal)⁴⁵⁵.

Como ressalta Sutherland, o custo financeiro do delito de colarinho branco seria muito superior ao de todos os demais delitos tradicionalmente considerados, e exemplifica: *“El New York Times informó, en 1931, sobre cuatro casos de desfalco en los Estados Unidos que implicaron pérdidas superiores a U\$S 1 millón cada uno y una pérdida total de U\$S 9 millones. Aunque prácticamente nunca se oye hablar de un ladrón de U\$S 1 millón, una estafa por esa soma es cosa de niños entre los delincuentes de cuello blanco”*⁴⁵⁶.

Ainda que contextualizados esses dados na sua época própria (década de 30 do século XX), o fato é que a perpetração dos delitos econômicos via de regra reveste-se de complexidade e grandiosidade financeira, sendo estes os principais motivos pelo qual se advogaria pela existência de um suposto ramo autônomo do direito penal, com institutos próprios, tais como a prevalência de bens jurídicos caracterizados pela supra-individualidade. Resta verificar se essa complexidade seria capaz de absorção pelo sistema de direito penal, e em que termos.

4.1.1 A questão dos bens jurídicos coletivos e supra-individuais

Como já explorado no capítulo dois desse trabalho, a definição do que seja materialmente um bem jurídico apto a merecer *status* penal permanece ainda duvidosa na doutrina. A dificuldade reside em encontrar um conceito unitário, ou supra conceito, que possa atuar como núcleo comum a todos os bens jurídicos, acabando por ensejar definições vazias de conteúdo, insuficientes ou inadequadas.

Por esse motivo, Vives Antón⁴⁵⁷ sustenta a adoção de uma noção procedimental de bem jurídico, e não substancial: não basta aceitar como bens

⁴⁵⁵ TIEDEMANN, Klaus. *Poder económico y delito*. Barcelona: Editorial Ariel, 1985, p.19.

⁴⁵⁶ SUTHERLAND, ob cit., p. 13.

⁴⁵⁷ VIVES ANTÓN, Tomás S. *Fundamentos del sistema penal*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1996, p. 483.

jurídicos dignos de proteção aqueles selecionados pelo legislador no sistema democrático, mas sim o produto que resultasse de um processo racional de justificação de limitação da liberdade, mediante o qual fosse possível determinar as razões que justificassem a criação do delito e a cominação da pena.

Para Buján Pérez⁴⁵⁸, que sustenta a autonomia científica do Direito Penal Econômico, tal processo racional de justificação deverá passar necessariamente pela análise dos princípios da legalidade, da intervenção mínima e da proporcionalidade, sem desconsiderar também a ideia de valor socialmente relevante e com amparo constitucional.

No âmbito do Direito Penal Econômico, a noção de bem jurídico passará antes pela própria conceituação do que se entende por delitos econômicos, que na lição de Klaus Tiedemann⁴⁵⁹, seguindo o que foi estabelecido pelo XIII Congresso Internacional da Associação Internacional de Direito Penal⁴⁶⁰, serão “*no sólo los hechos punibles dirigidos contra la planificación estatal de la economía, sino todo el conjunto de los delitos relacionados con la actividad económica y dirigidos contra las normas estatales que organizan y protegen la vida económica*”.

Não há dúvida de que o modelo penal liberal foi estruturado levando em conta a ofensa a bens jurídicos individuais, onde a facilidade em visualizar a relação entre autor e vítima favoreceu a criação de uma dogmática baseada nos princípios da legalidade, da lesividade e da causalidade.

Mas o Direito Penal Econômico, apesar de umbilicalmente ligado às estruturas do Direito Penal Clássico, teve a maior parte de sua doutrina desenvolvida já sob a égide de uma nova realidade, que Ulrich Beck⁴⁶¹ denominou como sociedade de risco, vítima do processo de modernização e das ameaças colaterais do emprego de tecnologias. Por isso, a promessa de segurança passou a caminhar junto com os riscos, exigindo-se seu contínuo reforço por meio de intervenções

⁴⁵⁸ BUJÁN PÉREZ, Carlos Martínez. *Derecho penal económico y de la empresa: parte general*. Valencia: 2. ed. Tirant Lo Blanch, 2007, p. 157.

⁴⁵⁹ TIEDEMANN, ob. cit., p. 20.

⁴⁶⁰ Item 04 das Recomendações adotadas pelo Congresso: “*La expresión 'Derecho Penal Económico' se emplea aquí para circunscribir los delitos contra el orden económico. La expresión 'Derecho Penal de la Empresa' se refiere a los delitos cometidos en el ámbito de las empresas privadas y públicas. Ambas expresiones se encuentran íntimamente relacionadas en el sentido de que los delitos lesionan regulaciones legales que organizan y protegen la vida económica*”.

⁴⁶¹ BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. São Paulo: Editora 34, 2010, p. 24/25.

públicas no desenvolvimento técnico-econômico.

Ao mesmo tempo em que o desenvolvimento industrial propiciou o sonho de uma sociedade que distribui riqueza, gerou o conflito pelo advento de uma sociedade que distribui riscos, causando uma transformação social distante das categorias habituais de pensamento e ação, espaço e tempo, empresa e Estado, tudo devido aos perigos das forças produtivas altamente desenvolvidas.

É nesse contexto de indeterminação de uma sociedade moderna que o Direito Penal é chamado a atuar, impondo-lhe o redimensionamento dos princípios liberais do Iluminismo sobre os quais foi fundado⁴⁶². O Direito Penal Econômico, portanto, teria surgido para alcançar esses novos riscos (de proporções globais), visando coibir a ofensa a bens jurídicos coletivos ou difusos, seja pela ampla gama de interesses envolvidos, seja pelo número indeterminado de pessoas que poderiam ser atingidas dependendo das escolhas econômicas ou financeiras que uma determinada empresa ou Administração Pública adote.

Ainda que a existência autônoma dos bens jurídicos coletivos não seja uma tese acolhida unanimemente pela doutrina, Caro Coria⁴⁶³ anota que tal categorização se apresenta necessária por demanda político criminal, amparada pela realidade social e pelo modelo de Estado Social. Novas necessidades sociais, derivadas da expansão tecnológica advinda da revolução industrial, exigiriam uma proteção jurídica eficaz para enfrentar os riscos da modernidade.

A própria adoção do modelo de Estado Social e Democrático de Direito importaria no atendimento às necessidades de todos e de cada um dos membros da sociedade, justificando a intervenção estatal positiva no intuito de superar extremas desigualdades econômicas e sociais. Nas palavras de Bustos Ramírez⁴⁶⁴, *“los bienes jurídicos colectivos hay que definirlos a partir de una relación social basada en la satisfacción de necesidades de cada uno de los miembros de la sociedad o de un colectivo y en conformidad al funcionamiento del sistema social”*.

Da mesma forma, a distinção do que se entenda por bens jurídicos coletivos

⁴⁶² D'AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade e crimes omissivos próprios: contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 30.

⁴⁶³ CARO CORIA, Dino Carlos. *'Sociedades de riesgo' y bienes jurídicos colectivos*. In: *Estudios de derecho penal*. Lima: Ara Editores, 2005, p. 38.

⁴⁶⁴ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Los bienes jurídicos colectivos*. In: *Revista de la Facultad de Derecho Universidad Complutense*. Madri: Facultad de Derecho, junho de 1986, p. 159.

ou difusos não é matéria pacífica na doutrina. Santana Vega⁴⁶⁵ adota a classificação de bens jurídicos supraindividuais para englobar tanto os bens jurídicos institucionais (em que a proteção dos interesses é intermediada por um determinado ente público) quanto os coletivos (que afetam uma generalidade de pessoas individuais, sem a intermediação de um ente institucional).

Para Corcoy Bidasolo⁴⁶⁶, os bens jurídicos supraindividuais têm em comum a característica de não constituírem direitos ou interesses de uma única pessoa, mas de uma coletividade. A titularidade desses bens seria compartilhada por todos os cidadãos, ou ao menos por uma coletividade de pessoas, de modo que ninguém, individualmente, poderia deles dispor.

Ademais, haveria a exigência de que a proteção dos interesses ou direitos coletivos possuíssem sempre como parâmetro o indivíduo, impondo-se que a determinação da punibilidade de um fato somente seria possível mediante o uso da interpretação teleológica, sem perder de vista o referencial do sujeito individual, o que por consequência impediria a punição por delitos de mera desobediência ou de perigo presumido⁴⁶⁷.

Já para Buján Pérez⁴⁶⁸ a expressão bem jurídico supraindividual conduz a uma subdivisão: de um lado haveria bens jurídicos sociais gerais, caracterizados por interesses pertencentes a generalidade das pessoas que integram uma comunidade social; de outro existiriam bens jurídicos difusos, abrangendo interesses que não afetariam a totalidade das pessoas. Ou seja, os interesses sociais gerais são interesses de todos, enquanto o interesse difuso é um interesse setorial, podendo inclusive provocar oposição entre grupos sociais.

Seguindo esse raciocínio, bens jurídicos como o meio ambiente e a saúde pública não pertenceriam à categoria dos interesses jurídicos difusos, uma vez que compartilhados pela generalidade dos membros do corpo social.

⁴⁶⁵ SANTANA VEGA, Dulce María. *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos*. Madri: Dykinson, 2000, p. 77.

⁴⁶⁶ CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 204.

⁴⁶⁷ Idem, p. 205.

⁴⁶⁸ BUJÁN PÉREZ, ob cit., p. 165/166.

Para Castro Cuenca⁴⁶⁹, que parece utilizar como sinônimas as palavras “coletivo” e “supraindividual”, o moderno conceito de bem jurídico supraindividual importa no preenchimento das seguintes características: (a) a titularidade dos bens jurídicos coletivos é compartilhada pelo conjunto da sociedade; (b) são indisponíveis; (c) são insuscetíveis de divisão ou de adjudicação por seus titulares e (d) possuem natureza conflitiva, pois derivam de fontes de perigo provenientes de atividades lícitas e necessárias, porém perigosas, que não podem ser suprimidas mas apenas submetidas a controle.

Adotando posicionamento oposto, Isabel Sánchez García de Paz⁴⁷⁰ afirma que dentro do conceito de bem jurídico supraindividual estariam tanto os bens jurídicos coletivos como aqueles de caráter público, institucional ou universal. Os primeiros pertenceriam a uma pluralidade de sujeitos determinada ou determinável, fracionável e possuindo ao mesmo tempo um caráter individual e coletivo. Já os segundos seriam identificados pelo interesse público que carregam e tutelados pelos órgãos do Estado.

Bustos Ramírez⁴⁷¹ vai além, e promove a diferenciação dos bens jurídicos em três classes: institucionais (referentes a determinadas instituições básicas para o funcionamento do sistema, tais como os delitos contra a Administração da Justiça), coletivos (relativos às necessidades de caráter social e econômico) e de controle (pertinentes à própria organização do aparato estatal para cumprir com suas funções).

Mas independentemente da classificação que se adote, observa-se que os conceitos de bem jurídico supraindividual e coletivo foram elaborados com a finalidade de justificar uma antecipação da tutela penal, desacompanhada da comprovação da necessária lesividade e típica dos delitos de perigo abstrato.

Nesses casos, a lesão ao bem jurídico não seria uma realidade fática, mas sim um valor abstrato ou ideal. Na lição de Schünemann⁴⁷², haveria um bem jurídico

⁴⁶⁹ CASTRO CUENCA, Carlos Guillermo. *La legitimidad del injusto en los bienes jurídicos supraindividuales*. Bogotá: Leyer, p. 25/28.

⁴⁷⁰ GARCÍA DE PAZ, Isabel Sánchez. *El moderno derecho penal y la anticipación de la tutela penal*. Valladolid: Secretariado de Publicaciones e Intercambio Científico, 1999, p. 67/68.

⁴⁷¹ BUSTOS RAMÍREZ, ob cit., p. 161.

⁴⁷² 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: *La Teoría del bien jurídico*. Roland Hefendehl

intermediário, constituído por bens jurídicos supra-individuais com carácter imaterial, que representariam os bens finais pertencentes aos indivíduos. O recurso à técnica dos crimes de perigo estaria autorizado sempre que necessário para resguardar o interesse contra todo e qualquer atentado, independentemente do dano.

A evidente dificuldade de se estabelecer os contornos desse bem, o grau de lesividade a cada bem jurídico e de identificar a conduta típica em si, conduziu diversos autores a afirmar que a constatação de ofensa a um bem jurídico coletivo deve levar em consideração a existência de um perigo concreto ou potencial do bem jurídico individual⁴⁷³.

É que de acordo com Bustos Ramírez⁴⁷⁴ os bens jurídicos supraindividuais não estão acima dos sujeitos, pois sua existência só se legitimaria quando exercidos em função de todos os membros da sociedade, levando em conta cada um deles individualmente. Os bens jurídicos coletivos, portanto, seriam materialmente complementares dos bens jurídicos individuais.

Nesse sentido, interessante trazer à baila concepção defendida por Buján Pérez⁴⁷⁵, estabelecendo a diferença entre bens jurídicos mediatos e imediatos (específicos ou diretamente tutelados). Apenas os últimos incorporariam a ação delitiva de que cuida a infração, configurando o elemento básico e indispensável ao aspecto objetivo da tipicidade, englobando também o dolo do agente. O bem jurídico tecnicamente tutelado sempre deverá sofrer alguma espécie de lesão, ou ser colocado em perigo, para a conformação do tipo.

Já o bem jurídico mediato caracterizar-se-ia por ser um bem coletivo imaterial ou institucionalizado, com maior relevância para a função sistemática, no sentido da classificação e da sistematização dos grupos de delitos.

4.1.2 O bem jurídico protegido pelo Direito Penal Econômico: a Ordem Econômica

(org.), Madri: Marcial Pons, 2007, p. 223.

⁴⁷³ GARCÍA DE PAZ, ob cit., p. 77.

⁴⁷⁴ BUSTOS RAMÍREZ, ob cit., p. 159.

⁴⁷⁵ BUJÁN PÉREZ, ob cit., p. 158/159.

Não constitui tarefa fácil delimitar um critério único para a determinação de qual o bem jurídico protegido pelo Direito Penal Econômico, haja vista a multiplicidade de fatores que autorizariam conferir a uma conduta a pecha de infração econômica. É preciso analisar um setor da criminalidade em que concorram aspectos peculiares a justificar um tratamento jurídico-penal especializado⁴⁷⁶.

A própria doutrina constitucionalista brasileira alerta que a expressão “Ordem Econômica” não se confunde com a definição de Constituição Econômica, e pode comportar três significados: (1) pode designar o modo de ser de uma economia concreta, em termos fáticos, não explicitados em dimensões normativas; (2) pode designar todo o complexo normativo que regula a atividade econômica, comportando as mais diversas normas, como as pertencentes ao direito, moral religião, etc; e (3) pode designar todo o complexo de normas jurídicas que regulam a economia, aqui incluídas as normas que têm por objeto as relações de produção e as relações econômicas em geral⁴⁷⁷.

Sustentam, portanto, que a expressão “ordem econômica” é plurívoca, muitas vezes incluindo dispositivos de caráter programático, e podendo englobar todas as normas fundamentais da economia presentes no texto constitucional, ou somente aquelas do Título VIII da Constituição de 1988. Em sentido restrito, corresponde a disposições de política econômica reunidas em uma parte especial do texto constitucional; em sentido amplo, equivaleria ao universo de normas jurídicas reguladoras da economia, presentes na Constituição escrita ou mesmo fora dela, na chamada Constituição econômica material⁴⁷⁸.

Por vezes as normas jurídicas estruturantes de um sistema não estariam necessariamente explícitas no texto constitucional, e no caso da Constituição econômica material poderia dizer respeito a qualquer norma que definisse um ponto fundamental da economia, ainda que não encontrada na Constituição⁴⁷⁹.

O interesse em agrupar certos fatos puníveis como integrantes dos estudos

⁴⁷⁶ PÉREZ DEL VALLE, *Introducción al derecho penal económico. In: Curso de Derecho Penal Económico*. 2. ed., Enrique Bacigalupo (dir), Madri: Marcial Pons, 2005, p. 24.

⁴⁷⁷ BORGES, ob cit, p. 217.

⁴⁷⁸ Idem, p. 218.

⁴⁷⁹ Idem, p. 214.

dogmáticos do Direito Penal Econômico estaria além da noção de bem jurídico lesionado em comum, sendo mais correto afirmar a existência de uma disposição criminológica e de política criminal voltada para uma aproximação conceitual de certas espécies de infrações.

Assim, convencionou-se tratar como delitos econômicos aqueles comportamentos tendentes a lesionar a confiança na ordem econômica vigente em geral, ou em alguma de suas instituições em particular, que possam colocar em risco o funcionamento da ordem econômica⁴⁸⁰.

A ordem econômica, como bem jurídico tutelado pelo Direito Penal Econômico, seria um conjunto de regras, que dentro da gama das atividades sócio-econômicas serviria como um limitador da autonomia da vontade dos entes do setor privado, com o objetivo de harmonizar o interesse individual e o coletivo, ou garantir sua coordenação⁴⁸¹.

David Baigún⁴⁸² ressalta a importância de se distinguir entre ordem econômica e economia. A primeira diria respeito ao funcionamento, à articulação envolvendo os distintos componentes da atividade econômica. Já a economia seria um conceito mais flexível, conjugando um todo além da expressão de um sistema, consistindo mais na acumulação que na integração.

Para esse autor, a ordem econômica estaria de certo modo relacionada ao princípio da organização exposto por Habermas, traduzido pela existência de classes sociais e pela presença de um poder estatal que pretende legitimar as diferentes estratificações. O aparato normativo serviria, assim, para manter as condições gerais de produção durante o processo de valorização do capital.

A ordem econômica, portanto, seria integrada por três aspectos, cuja intensidade de efetivação dependeriam de sua correlação com outras nuances da vida social (política, religiosa, cultural, etc): a produção (conjunto de operações destinadas a proporcionar os modos de existência da sociedade), a distribuição (operações que determinam as formas de apropriação do resultado da produção e

⁴⁸⁰ PÉREZ DEL VALLE, ob cit., p. 25.

⁴⁸¹ HERNÁNDEZ, Victor Avilés. *Orden publico economico y derecho penal*. Santiago de Chile: Conosur, 1998, p. 136.

⁴⁸² BAIGÚN, David. *El bien jurídico orden económico*. In: *Estudios sobre Justicia Penal: homenaje ao Profesor Julio B. J. Maier*. Buenos Aires: Del Puerto, 2005, p. 14.

que definem o direito que cada um dos diversos membros de uma dada sociedade tem sobre esses objetos) e o consumo (engloba não apenas o produto final mas também os fatores de produção, em uma situação de circularidade – a produção permite o consumo, e este permite a produção)⁴⁸³.

O Estado pode intervir nessas relações de produção, distribuição e consumo em diversos graus, desde a atuação direta até a intervenção como representante de um interesse maior, que abrange não apenas a atividade econômica, mas também diferentes setores, de caráter social, político, jurídico, religioso, entre outros. Tais circunstâncias se vislumbram mais claramente nos momentos de conflitos econômicos, quando a relação entre a crise econômica e a política reflete nitidamente os vínculos entre intervenção estatal e economia⁴⁸⁴.

Por óbvio a estreita relação entre ordem econômica e Estado encontra-se mais evidente no sistema capitalista, onde a atividade estatal tem por finalidade assegurar a circulação e a valorização do capital, ainda que seja difícil delimitar até onde pode se dar a intervenção pelo ente público para o cumprimento desse objetivo⁴⁸⁵.

Logo, as infrações de cunho econômico, ainda que possam lesar interesses de particulares, caracterizam-se por afetar e prejudicar a política de intervencionismo na área econômico-social, que os Estados contemporâneos se viram obrigados a adotar, em maior ou menor medida, devido à insegurança e aos desajustes econômicos característicos dos tempos modernos. Levando em conta que o Direito Econômico é conhecido como o direito da economia organizada, e que essa organização se dá em função de uma ordem pública econômica, seria este o bem jurídico tutelado pela previsão das infrações econômicas⁴⁸⁶.

Para Buján-Pérez⁴⁸⁷, a melhor técnica para se definir qual exatamente o bem jurídico tutelado pelo Direito Penal Econômico passa antes pela definição do que se

⁴⁸³ Idem, p. 14/17.

⁴⁸⁴ Idem, p. 19.

⁴⁸⁵ Idem, p. 20.

⁴⁸⁶ AFTALIÓN, Enrique R. *El bien jurídico tutelado (...) por una parte, la categoría de los delitos económicos habrá de estar integrada por aquellapor el derecho penal economico*. In: *Revista de Ciencias Penales*. Santiago de Chile: Instituto de ciencias penales, maio-agosto 1996, n. 2, tomo XXV, p. 86.

⁴⁸⁷ BUJÁN PÉREZ, Carlos Martinez. *Derecho Penal Económico – Parte General*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1998, p. 33.

considera propriamente como delitos econômicos, cabendo sua divisão em duas categorias, uma estrita e outra ampla:

(...) por una parte, la categoría de los delitos económicos habrá de estar integrada por aquellas infracciones que atentan contra la actividad interventora y reguladora del Estado en la economía, o sea, por el denominado “Derecho penal administrativo económico”. Esta categoría, que según la antigua concepción doctrinal era la única que constituía el Derecho penal económico, conformaría el concepto más **estricto** de delitos económicos.

Ello no obstante, por otra parte, junto a este concepto estricto se reconoce un concepto **amplio** de delitos económicos, caracterizado por incluir, ante todo, las infracciones que vulneran bienes jurídicos supraindividuales de contenido económico que, si bien no afectan directamente a la regulación jurídica del intervencionismo estatal en la economía, trascienden la dimensión puramente individual, trátense de intereses generales o trátense de intereses de amplios sectores o grupos de personas. Ahora bien, dentro del concepto amplio de delitos económicos llegan a incluirse también aquellas infracciones que, aun afectando en primera línea a bienes jurídicos puramente individuales, comportan un abuso de medidas e instrumentos de la vida económica.

Na categoria ampla, a ordem econômica nunca poderia constituir um bem jurídico diretamente tutelado, pois sua lesão ou situação de perigo já estariam incorporadas em cada tipo penal correspondente. Nesse caso a ordem econômica atuaria como um bem mediato, havendo um bem jurídico específico, que normalmente poderá se traduzir em um bem jurídico patrimonial de natureza individual⁴⁸⁸.

Já na modalidade estrita, a aceitação da ordem econômica como o bem jurídico diretamente tutelado importa no acolhimento de que sua regulação jurídica concretiza um específico e determinado interesse jurídico do Estado, de natureza coletiva e geral, e que se dá de forma distinta em cada delito em particular. Mas também seria preciso distinguir entre um bem mediato, caracterizado por um bem coletivo geral imaterial ou institucionalizado (ordem econômica em geral) e um bem imediato, que seria o interesse diretamente tutelado em sentido técnico⁴⁸⁹.

A importância dessa distinção está em evitar a punição pela prática de delitos econômicos sob a única justificativa de ofensa a ordem econômica, conceito muito vago para se adequar às funções inerentes à noção de bem jurídico, tais como servir como critério crítico e de interpretação dos tipos penais⁴⁹⁰.

⁴⁸⁸ BUJÁN PÉREZ, Carlos Martínez. *Derecho Penal Económico y de la empresa...*, p. 171.

⁴⁸⁹ Idem, p. 172.

⁴⁹⁰ VÁSQUEZ, ob cit., p. 72.

Afinal, não se mostra correto reduzir o direito penal a um papel de mero sancionador, fiscal da qualidade da gestão e da boa execução do plano administrativo do governo. Seja porque, por melhor intencionado que seja o plano político-econômico do governo, sempre implicará na restrição da liberdade de alguns, em prol do interesse político de muitos. Seja porque os interesses do Estado não coincidem, nem pode se sobrepor aos interesses dos indivíduos⁴⁹¹.

Inviável, portanto, atribuir a titularidade do bem jurídico ofendido ao Estado, não apenas porque os interesses desse nem sempre podem ser caracterizados como representações legítimas do povo, mas também pela constatação de que a boa execução da política econômica pelo governo federal implica na concorrência de circunstâncias complexas, não necessariamente englobadas pelo objeto de proteção da norma. Exemplificativamente, o bom funcionamento do sistema financeiro depende de uma gama de fatores, dotados de “equilíbrio” e de “regularidade”, elementos estes de difícil conceituação, haja vista seu caráter mutável de acordo com o cenário da economia nacional e internacional⁴⁹².

Daí se argumentar pela dificuldade em tutelar juridicamente o equilíbrio do sistema financeiro, dinâmico, e por natureza avesso ao cumprimento normativo dos limites e fins dogmaticamente atribuídos ao bem jurídico. O campo financeiro é uma área econômica onde reina a incerteza, havendo situações em que sequer a perpetração de uma fraude poderia colocar em perigo o aludido equilíbrio do sistema financeiro. Como, então, justificar a pretensão de intervir penalmente, sob o ideal de impedir ofensas ao equilíbrio do mundo financeiro?⁴⁹³

Para tentar contornar essa incapacidade de delimitação normativa e dogmática do objeto e atuação do direito penal econômico – apesar da construção do bem jurídico ordem econômica inegavelmente servir como critério diferenciador aos chamados delitos econômicos – deve ser verificado em cada um desses tipos penais o específico bem jurídico imediatamente tutelado, o conteúdo material do injusto e sua danosidade social, não servindo como critério apenas a magnitude do dano ou do prejuízo econômico causados, uma vez que estes também pode ocorrer

⁴⁹¹ RUIVO, Marcelo Almeida. *Criminalidade financeira – contribuição à compreensão da gestão fraudulenta*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 100.

⁴⁹² Idem, p. 101.

⁴⁹³ Idem, p. 102.

no âmbito patrimonial individual⁴⁹⁴.

Este o motivo porque a dogmática penal atual busca conferir um bem jurídico determinado, e diretamente afetado pela conduta delitiva, a cada grupo de delitos econômicos (livre concorrência, sistema financeiro, consumidores, meio ambiente, etc). E mesmo que mantenham seu caráter de supraindividuais, tais bens jurídicos somente serão legítimos se verificados sempre em função dos bens jurídicos individuais, verdadeira base da existência de todo esse sistema⁴⁹⁵.

Na hipótese dos delitos econômicos em sentido amplo, Buján Pérez⁴⁹⁶ esclarece que a ordem econômica, considerada isoladamente, jamais poderá ser caracterizada como bem jurídico em sentido técnico, mas sempre como bem jurídico mediato, pois sempre haverá um interesse imediato, ainda que supraindividual, que será o bem autenticamente tutelado.

Por outro lado, no tocante aos delitos econômicos em sentido estrito, ao contrário do que se possa imaginar, a ordem econômica não figura como bem jurídico diretamente protegido. É que a ordem econômica, entendida como regulação jurídica, é sempre cristalizada em um específico e determinado interesse jurídico do Estado, que será diferente em cada delito particular.

Para o autor, então, os bens jurídicos tutelados pelos delitos econômicos poderiam se classificar em: coletivo geral institucionalizado não individualizável (com a distinção, ou não, entre bens mediatos e imediatos); coletivo institucionalizado individualizável; individual imediato, com um bem coletivo geral mediato.

Aqui teria aplicação a chamada teoria do bem jurídico com função representativa, formulada por Jakobs para alcançar os delitos de perigo abstrato que tutelam bens jurídicos supraindividuais imateriais, cuja comprovação da lesão ou da concreta colocação em perigo constitui difícil tarefa, pois via de regra referidos bens não são ofendidos por uma ação típica individual. Logo, a figura delitiva seria elaborada com base em um bem intermediário, representativo, que seria o imediatamente lesado pelo comportamento típico individual, sem a necessidade de se analisar a efetiva lesividade (lesão ou colocação em perigo) do bem imaterial

⁴⁹⁴ RESTUCCIA, Dardo Preza. ADRIASOLA, Gabriel. PALERMO, Pablo Galain. *Delitos Económicos*. Montevideo: B de F, 2004, p. 106/107.

⁴⁹⁵ VÁSQUEZ, ob cit., p. 73.

⁴⁹⁶ BUJÁN PÉREZ, Carlos Martínez. *Derecho penal económico y de la empresa...*, p. 173.

mediatamente protegido.

Essa teoria poderia ser utilizada no âmbito dos delitos econômicos em sentido estrito para facilitar a aferição da lesividade, afastando, ou não, a punição pelo fato e da mesma forma legitimando, ou não, a intervenção estatal. Exemplificativamente, nos delitos tributários pode-se constatar a presença de um bem jurídico imaterial mediato (cumprimento adequado das funções impostas ao resultado da tributação) e de um bem jurídico específico imediato com função representativa, consistente no patrimônio do Erário. O sujeito que não recolhe seus tributos lesiona o bem jurídico imediato, mas não o mediato, ainda que este último seja a *ratio legis* da tipificação⁴⁹⁷.

Em outras palavras, o prejuízo patrimonial efetivo para os cofres do Estado sempre terá repercussão específica e determinada em algum setor do gasto público (contratação de professores, compra de material hospitalar, etc), denotando-se aqui a dimensão institucional-funcional que será atingida pela fraude tributária⁴⁹⁸.

4.2 A indiscriminada criação e aplicação de normas de Direito Penal Econômico desvinculadas da regra de reconhecimento constitucional

Por certo, ao mesmo tempo em que a sociedade evolui, também aumentam as oportunidades para delinquir, de modo que qualquer mudança nas estruturas sócio-econômicas implica em igual desenvolvimento de novas formas de criminalização, visando se adaptar às transformações ocorridas⁴⁹⁹.

Mas na busca por uma política criminal homogênea com a dos demais centros financeiros internacionais, assiste-se ao constante sacrifício das estruturas clássicas do direito penal e do processo penal, mediante o uso massivo de delitos de perigo abstrato, de tipos penais abertos e com a banalização dos mecanismos de invasão da privacidade (interceptação telefônica, afastamento de sigilos bancário e fiscal, sequestro de bens, entre outros).

⁴⁹⁷ BUJÁN PÉREZ, Carlos Martínez. *Derecho penal económico y de la empresa...*, p. 174/175.

⁴⁹⁸ Idem, p. 179.

⁴⁹⁹ BACIGALUPO, Enrique. *Derecho penal económico*. Buenos Aires: Hammurabi, 2000, p. 29.

Como sintetizado por Nilo Batista⁵⁰⁰:

As novas tendências do direito penal não se subordinam hoje, como nos velhos tempos da polêmica causalismo-finalismo, apenas às marés das categorias jurídicas. Elas provêm dos reflexos e influências que os dados econômicos e sociais concernentes à questão criminal – recolhidos e tratados pela criminologia – e a luta das concepções político-criminais introduzem nas teorias da pena e do delito.

Alega-se que a vida econômica não pode ser controlada e que os negócios se regem por situações conjunturais (guerra, depressão econômica, etc), que aliadas à obrigatoriedade de respeito ao princípio constitucional da livre iniciativa demandaria a criação de um direito penal também conjuntural.

Por outro lado, reconhece-se que os recentes prejuízos e danos provocados nos sistemas financeiros causaram abalo em todos os ambientes internacionais, sendo necessária a utilização de um ramo jurídico grave para restabelecer a chamada confiança nos negócios. E nesse ponto admite-se que a peculiar complexidade de que se reveste a matéria, aliada à dificuldade de provar as infrações, impõe a especialização das instâncias de investigação, instrução e julgamento⁵⁰¹.

O Estado-nação, objetivando fazer frente a tais condutas consideradas perigosas, permite que ganhem corpo movimentos denominados de lei e ordem, encorajados pela mídia, que por meio de uma ideologia de segurança social estabelecem ações ineficazes e repressivas de combate à esta criminalização moderna, mas legitimadas pelo apoio popular⁵⁰²:

Nada, contudo, supera esses novos papéis que a mídia passou a desempenhar. O discurso político-criminal e criminológico da mídia se impôs sobre o da universidade. Duas caretas desses oráculos pós-modernos que são os âncoras da televisão influenciam mais que a obra completa de nossos melhores penalistas e criminólogos, cujas opiniões, de resto, só serão divulgadas se e enquanto puderem ser adaptadas e apropriadas pelo discurso político-criminal único.

Instala-se um direito penal não mais orientado pelo princípio da legalidade e

⁵⁰⁰ BATISTA, Nilo. *Novas tendências do direito penal*. In: *Novas tendências do direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2004, p. 26.

⁵⁰¹ CORREIA, Eduardo. *Novas críticas à penalização de actividades econômicas*. In: *Ciclo de Estudos de Direito Penal Econômico*. Coimbra: Centro de Estudos Judiciários, 1985, p. 12 e 14.

⁵⁰² BATISTA, ob. cit., p. 24.

da culpabilidade, mas regido pelo princípio da oportunidade e pela possibilidade de quebra de direitos e garantias, tudo em nome da “defesa social”⁵⁰³.

Como bem sintetizado por Ferrajoli⁵⁰⁴, institui-se um direito penal de emergência, geralmente mais voltado para a pessoa do réu do que para a apuração do delito. Melhor dizendo, não se procura a verdade do fato: buscam-se meios para provar o crime, transformando o processo em um terreno permanente de luta, onde os direitos individuais são esquecidos em prol da não-impunidade.

Como exemplo, Nilo Batista⁵⁰⁵ cita o uso da expressão “crime organizado” – inserta nas Leis n°s 9.034/90 e 9.613/98 –, utilizada de forma corrente pelos criadores e aplicadores da lei, mas cujo significado e abrangência não foram ainda estabelecidos para aplicação concreta: “*é algo que, como a bruxaria, pode ser aquilo que o juiz quiser que seja, do comércio local, de rua, de drogas ilícitas, até o que se costuma chamar de crime as business*”.

Mas a criação de bens jurídicos supra individuais, a afirmação de um novo centro de imputação de responsabilidade penal (incriminação das pessoas jurídicas, conforme art. 2º, da Lei nº 9.605/98), e a harmonização internacional dos tipos legais de crime (como os delitos de tráfico de entorpecentes e lavagem de dinheiro, citados em diversos documentos internacionais) - todas estas situações pertencentes ao âmbito do direito penal econômico – devem caminhar junto com o respeito aos direitos fundamentais e à idéia de limitação do poder punitivo estatal.

Com efeito, ao direito penal econômico não se pode atribuir a alcunha de um novo direito penal, nem deve possuir status de disciplina cientificamente autônoma. Cuida-se somente de um setor jurídico-penal específico, relativo a um grupo de delitos específicos (crimes contra a ordem econômica), mas cujos princípios gerais confundem-se com os do direito penal como um todo⁵⁰⁶.

⁵⁰³ A propósito, é a seguinte lição do professor Juarez Tavares, explicitando como muitas vezes o Direito Penal é utilizado para que o sistema político seja aceito pelo sistema social: “*As penas elevadas e a imensa gama de novos delitos servem para demonstrar, simbolicamente, que o poder é detentor de instrumentos de força, que o Estado não está descuidando de suas tarefas básicas de segurança pública e que, ademais, os políticos trabalham em prol do bem estar de todos*” (TAVARES, Juarez. *A crescente legislação penal e os discursos de emergência*. In: *Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, ano 02, n. 4, 2. semestre de 1997, p. 53).

⁵⁰⁴ FERRAJOLI, ob cit., 660/661.

⁵⁰⁵ BATISTA, ob. cit., p. 23.

⁵⁰⁶ KALACHE, Mauricio. *Direito Penal Econômico*. In: *Direito Penal Contemporâneo: estudos em homenagem ao professor José Cerezo Mir*. São Paulo: Revista dos Tribunais, coord.: Luiz Regis Prado, 2007, p. 393.

Neste sentido, também a Recomendação 6, da AIDP: “*Não obstante as peculiaridades do direito penal econômico e da empresa, deveriam aplicar-se os princípios gerais do direito penal, especialmente aqueles que protegem os direitos humanos*”.

Mesmo aduzindo que a mudança das relações sociais justificaria a intervenção na área econômica por meio de uma forma especializada, com viés próprio⁵⁰⁷, deve ser mantido o respeito aos limites constitucionais, pois, como referido acima, nenhum instituto de direito penal se sustenta sem a respectiva legitimação pela Carta Magna.

Apesar da função primordial do direito penal econômico ser a proteção da “Constituição econômica”, e de certo modo refletir as vicissitudes e as particularidades de cada país⁵⁰⁸, não lhe toca a missão imediata de assegurar a eficácia do modelo econômico eleito, nem é sua a tarefa de garantir o sucesso de determinada política econômica⁵⁰⁹.

Também na seara econômico-financeira a influência do direito penal deve ser acessória e subsidiária, não funcionando como simples meio de gestão da Administração Pública. Nesse caso, urge a utilização de outros ramos jurídicos, tais como o direito administrativo, o direito civil e o direito comercial, cabendo à matéria criminal emprestar a sua sanção somente mediante estrita observância do princípio da intervenção mínima, evitando contingentes pressões político-sociais⁵¹⁰.

Ademais, inviável a administrativização do direito penal como mero instrumento para alcançar metas de pura arrecadação para os cofres públicos. Dito de outro modo, poderia ser considerada inconstitucional a extinção da punibilidade pelo pagamento nos delitos tributários, uma vez que não estendida para outros

⁵⁰⁷ COSTA, ob. cit., p. 66.

⁵⁰⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo. ANDRADE, Manuel da Costa. *Problemática geral das infracções contra a economia nacional*. In: *Direito Penal Econômico e Europeu: textos doutrinários*, vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 330.

⁵⁰⁹ KALACHE, ob. cit., p. 394.

⁵¹⁰ AIDP, Recomendação 2: “*O direito penal constitui somente uma das medidas para regulamentar a vida econômica e para sancionar a violação das regras econômicas. Normalmente, o direito penal desempenha papel subsidiário, mas, em determinados setores, o direito penal é de primeira importância e prevê meios mais apropriados para regulamentar a atividade econômica. Em tais casos o direito penal implica uma menor intervenção na vida econômica do que o direito administrativo ou o comercial*”; Recomendação 14: “*Normalmente deveria fomentar-se a introdução de meios administrativos e civis (comerciais) antes de se incriminar determinados atos ou omissões prejudiciais à vida econômica*”

crimes que alcançam somente o patrimônio individual. Em respeito ao princípio da isonomia, também o autor do delito de furto deveria ter a chance de alcançar a extinção da punibilidade através da devolução da *res* ao seu legítimo proprietário, em qualquer fase do processo⁵¹¹.

Portanto, mesmo preocupados em reprimir os chamados delitos da globalização econômica, os criadores e operadores do direito devem conjugar os instrumentos repressivos com a ampla e irrestrita subordinação aos direitos e garantias fundamentais.

O alerta dirige-se não somente às formas de persecução desta espécie de crimes, mas em especial aos métodos de tipificação, tarefa complexa que exige do legislador o conhecimento de aspectos extra-penais da conduta que se deseja criminalizar.

Tradicionalmente, a criação de tipos penais econômicos leva à previsão de figuras de perigo abstrato, de norma penal em branco, aceitando-se inclusive a eliminação do elemento subjetivo, em uma clara flexibilização dos princípios do direito penal democrático.

Mas ainda que se conceda à matéria certas licenças para o emprego de uma especial técnica legislativa, veda-se completamente a descrição de uma conduta sem a máxima precisão, alheia aos axiomas da legalidade e taxatividade.

O uso excessivo de normas penais em branco, apesar de facilitar a inter-relação entre as disposições penais e administrativas, pode acabar por transmitir à Administração Pública ilimitado poder legiferante em matéria penal. Ao mesmo tempo, o emprego do perigo abstrato autoriza-se apenas quando a conduta e o bem jurídico que se deseja tutelar estejam especificados, não se aceitando tal técnica legislativa com o propósito único de facilitar a prova dos delitos, como acontece em geral⁵¹².

Enfim, ainda que se defenda que o discurso penal deve se adequar ao novo contexto social, de risco, da nova realidade criminológica, não se pode perder de vista sua missão de guarda dos direitos, liberdades e garantias para assegurar a

⁵¹¹ STRECK, ob. cit., p. 113.

⁵¹² KALACHE, ob. cit., p. 399/400.

eficácia e a legalidade na repressão do crime⁵¹³.

4.3 Breve análise dos julgados do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria: decisões diversas para situações semelhantes

A relevância da discussão quanto ao real objeto de estudo do direito penal econômico torna-se ainda mais evidente ao se perceber que sequer as mais altas Cortes desse país em matéria penal – o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal –, são capazes de harmonizar seu entendimento sobre a matéria.

No aspecto tributário, parcela inquestionável da ordem econômica, as características de dinamismo e mutabilidade acima discutidas, e que inviabilizariam a tutela de um suposto equilíbrio econômico constante, têm sido reiteradamente observadas ao longo dos anos, haja vista que a legislação tributária vem se modificando desde seu ingresso no ordenamento jurídico. Iniciou com a previsão de extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo em momento anterior ao recebimento da denúncia, passou pela previsão de suspensão da pretensão punitiva pela adesão ao parcelamento (Refis), até alcançar a possibilidade de extinção da punibilidade pelo pagamento integral do tributo em qualquer fase do processo.

Um dos aspectos dessa constante transformação pode ser ilustrado pela histórica divergência jurisprudencial no tocante ao correto tratamento do delito de descaminho (art. 334, do Código Penal) quando em comparação com os crimes tributários, contidos na Lei nº 8.137/90, apesar de tanto este, quanto aquele, compartilharem idêntico escopo: o não pagamento do imposto devido.

Contudo, a doutrina e a jurisprudência tradicionalmente distinguem os bens jurídicos ofendidos pela prática de cada um daqueles delitos, sustentando que no crime de descaminho resguarda-se não apenas a evasão de receita, mas igualmente a indústria nacional. Por consequência é classificado como crime instantâneo, cuja consumação se dá com o ingresso da mercadoria no país e sua liberação pela alfândega, prescindido da prévia determinação do crédito tributário elidido para se

⁵¹³ RODRIGUES, ob. cit., p. 309.

iniciar a ação penal⁵¹⁴.

Somente às figuras típicas da Lei nº 8.137/90 era reservado assento exclusivo no rol das condutas atentatórias à ordem tributária, ainda que por vezes seja indicado como bem jurídico imediato o Erário, e mediatamente a política pública de arrecadação e alocação de recursos públicos.

Como bem resumido por Heloisa Estellita Salomão⁵¹⁵, “quanto ao bem jurídico tutelado, a doutrina nacional, a partir desse texto legal, dividiu-se quanto à sua determinação: ‘ordem tributária, erário ou patrimônio público, receita tributária, Administração Pública, pretensão do Estado ao recebimento integral de cada um dos tributos, direito que o Estado tem de instituir e cobrar impostos e contribuições.’”

Mas tanto o descaminho quanto a sonegação fiscal sempre tiveram uma raiz comum, podendo-se observar que a então vigente Lei nº 4.729/65, que originalmente definia o crime de sonegação fiscal, também foi responsável, em seu art. 5º, pela redação atual do art. 334, do CP, conferindo a ambos os delitos o benefício da extinção da punibilidade quando o recolhimento do tributo ocorresse antes do início da ação fiscal⁵¹⁶.

Com a edição do Decreto-Lei nº 157/1967, passou-se a admitir para o crime de sonegação fiscal a extinção da punibilidade pelo pagamento dos tributos antes do oferecimento da denúncia, e a inserção do descaminho nesse favor legal foi expressamente acolhida pela súmula nº 560, do Supremo Tribunal Federal, aduzindo: “a extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo devido estende-se ao crime de contrabando ou descaminho por força do art. 18, §2º, do Decreto-Lei 157/1967.”

Já a Lei nº 6.910/81 vetou a possibilidade de extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo, a qual só retornaria ao ordenamento jurídico após a entrada já em vigor da Lei nº 8.137/90, atual legislação do crimes contra a ordem tributária,

⁵¹⁴ Por todos: PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro, volume 2: parte especial*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 901 e 904.

⁵¹⁵ SALOMÃO, Heloisa Estellita. *A tutela penal e as obrigações tributárias na Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 205.

⁵¹⁶ “Art. 2º. Extingue-se a punibilidade dos crimes previstos nesta Lei quando o agente promover o recolhimento do tributo devido, antes de ter início, na esfera administrativa, a ação fiscal própria” (BRASIL. Congresso Nacional. Lei n. 4.729, de 14 de julho de 1965. Define o crime de sonegação fiscal e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4729.htm>. Acesso em: 13 set. 2012).

cujo art. 14⁵¹⁷ originalmente previa a extinção da punibilidade, sendo contudo silente quanto a sua aplicação conjunta ao delito de descaminho. Tal dispositivo foi posteriormente revogado pela Lei nº 8.383/91.

Foi com a Lei nº 9.249/95, em seu art. 34, que o recolhimento do tributo voltou a beneficiar as infrações contra o erário, ao dispor: *“extingue-se a punibilidade dos crimes definidos na Lei 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e na Lei 4.729, de 14 de julho de 1965, quando agente promover o pagamento do tributo ou contribuição social, inclusive acessórios, antes do recebimento da denúncia.”*

Com esse diploma legal resgatou-se a possibilidade de incluir o descaminho dentre os crimes beneficiados pelo recolhimento do tributo antes do recebimento da denúncia, haja vista que o art. 334, do CP ora em vigor, foi fruto da previsão do art. 5º, da Lei nº 4.729/65, não tendo sido objeto de revogação. Mas tal raciocínio não foi unânime dentre a jurisprudência, sendo diversos os julgados do Superior Tribunal de Justiça, até pelo menos o ano de 2006, no sentido de que a Lei nº 9.249/95 possuía âmbito de aplicação restrito, não se amoldando aos delitos do Código Penal⁵¹⁸.

Apenas em 2007 (cerca de 12 anos após a edição da Lei nº 9.249/95), foi proferido voto pela Ministra Maria Thereza de Assis Moura, nos autos do HC nº 48.805/SP, chancelando que *“não há razão lógica para se tratar o crime de descaminho de maneira distinta daquela dispensada aos crimes tributários em geral. Diante do pagamento do tributo, antes do recebimento da denúncia, de rigor o reconhecimento da extinção da punibilidade”*⁵¹⁹. Frise-se que a mudança de entendimento foi ainda mais significativa pelo fato de ter ocorrido no âmbito da mesma 6ª Turma de julgamento, outrora contrária a tese agora reconhecida pacificamente.

Quanto ao Supremo Tribunal Federal, apenas em 2011 – cerca de 16 anos

⁵¹⁷ “Art. 14. *Extingue-se a punibilidade dos crimes definidos nos arts. 1º a 3º quando o agente promover o pagamento do tributo ou contribuição social, inclusive acessórios, antes do recebimento da denúncia*” (BRASIL. Congresso Nacional. Lei n. 8.137, de 27 de dezembro de 1990. Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8137.htm>. Acesso em: 12 set. 2012).

⁵¹⁸ Por todos, vide: “A Lei nº 9.249/95 é expressa ao estabelecer o seu âmbito de eficácia, vale dizer, os crimes definidos na Lei nº 8.137/90 e Lei nº 4.729/65, não podendo, por isso mesmo, ser aplicada a delito do Código Penal” (STJ, HC nº 9773/RJ, 6ª T, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJ 27/03/2000); “Inaplicável crime de descaminho, o tratamento dados aos crimes contra a ordem tributária, consoante a letra do artigo 34, da Lei 9249/95 que restringe expressamente sua incidência aos crimes previstos nas Leis 8137/90 e 4729/64” (STJ, HC nº 46.643/PR, 6ª T, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, DJ 26/06/2006).

⁵¹⁹ STJ, HC nº 48.805/SP, 6ª T, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJ 19/11/2007.

após a edição da Lei nº 9.249/65 –, acolheu a aplicação do benefício previsto naquela lei ao crime de descaminho. Durante o julgamento do habeas corpus nº 85.942, de relatoria do Ministro Luiz Fux, reconheceu-se o singelo argumento de que o art. 334, do CP, tal como atualmente conhecido, teve origem precisamente na Lei nº 4.729/65, não havendo justificativa para retirar-lhe um benefício penal⁵²⁰.

Mais de dez anos foram necessários até se reconhecer o que parecia evidente: os crimes tributários e o delito de descaminho possuem origem idêntica, e suas práticas ofendem o mesmo bem jurídico: o Erário. Logo, encontra-se vedado tratamento diferenciado, suprimindo para um o que pode beneficiar a ambos.

A postura do julgador torna-se ainda mais contraditória ao se notar que, paralelamente à controvérsia quanto à aplicação conjunta da hipótese de extinção de punibilidade pelo pagamento, no mesmo período (por volta do ano 2000) não se observa conflito na jurisprudência ao utilizar o critério de insignificância tanto para o descaminho quanto para a sonegação fiscal. Aqui a alocação do art. 334, do CP, como um delito ofensivo ao Erário não encontrou maiores problemas⁵²¹, afastando qualquer referência ao bem jurídico “proteção da indústria nacional”: *“aplica-se o princípio da insignificância à evasão de imposto em valores que o próprio Estado, sujeito passivo do delito de descaminho, expressou o seu desinteresse pela cobrança”*⁵²².

O mesmo período de tempo, as mesmas turmas julgadoras, e posturas diversas para situações semelhantes, ressaltando a absoluta ausência de critérios racionais a fundamentar as decisões judiciais no âmbito do direito penal econômico. Como acolher a identidade de bem jurídico para aplicação do princípio da insignificância, mas rejeitá-la nas hipóteses de extinção da punibilidade?

Como já exposto no tópico acima, essa a dificuldade quando se busca

⁵²⁰ “A Lei nº 9.249/95, ao dispor que o pagamento dos tributos antes do recebimento da denúncia extingue a punibilidade dos crimes previstos na Lei nº 4.729/65, acabou por abranger os tipos penais descritos no art. 334, § 1º, do Código Penal, dentre eles aquelas figuras imputadas ao paciente – alíneas “c” e “d” do § 1º. 4. A Lei nº 9.249/95 se aplica aos crimes descritos na Lei nº 4.729/65 e, a fortiori, ao descaminho previsto no art. 334, § 1º, alíneas “c” e “d”, do Código Penal, figura típica cuja redação é definida, justamente, pela Lei nº 4.729/65” (STF, HC nº 85.942/SP, 1ª T, Rel. Min Luiz Fux, J. 24/05/2011).

⁵²¹ “Não é ilegal a decisão que mantém rejeição de denúncia em crime de descaminho de bens cujos impostos incidentes e devidos sejam iguais ou inferiores a R\$ 1.000,00 (mil reais) – valor de crédito dispensado pela Fazenda Pública. Hipótese que caracteriza o delito de bagatela, ensejando, conseqüentemente, a aplicação do princípio da insignificância” (STJ, Resp nº 235.151/PR, 5ª T, Rel. Min. Gilson Dipp, DJ 08/05/2000).

⁵²² Cf. STJ, Resp nº 238.894/PR, 6ª T, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJ 16/10/2000.

trabalhar com conceitos fluidos, largos e instáveis, como a noção supra individual de ordem tributária. Daí a necessidade de estabelecimento de parâmetros objetivos, amparados pelos princípios do direito penal, e de redução do bem jurídico, para que exerça sua função de limite do poder punitivo.

4.4 A insegurança jurídica na criação e aplicação das regras de Direito Penal Econômico

A discussão sobre o conteúdo do bem jurídico tutelado pelo Direito Penal Econômico apresenta-se de suma importância para evitar a insegurança jurídica não apenas na aplicação de suas regras, mas em especial na criação de normas destituídas das peculiaridades intrínsecas ao bom funcionamento de uma ordem econômica, de interesse geral, e cuja afronta poderia acabar autorizando a cominação de penas mais graves pela alegada relevância da matéria.

Em outras palavras, a indeterminação do bem jurídico ofendido em cada delito econômico poderia levar à imprecisão de tratar como interesses supra individuais o que não supera o âmbito individual, autorizando o uso de técnica e interpretação legislativas em desacordo com os postulados do Direito Penal Liberal.

Aliás, como visto no tópico acima, a própria natureza supra individual requerida pela matéria econômica já constitui um óbice à certeza na aplicação da legislação penal econômica pela dificuldade em estabelecer parâmetros concretamente definidos que autorizem a convicção de que determinada conduta, isoladamente considerada, possa ensejar dano ou perigo de dano à ordem econômica. Como alerta Japiassú⁵²³, *“as constantes mudanças conceituais em matéria econômica repercutem diretamente em modificações na legislação repressiva pertinente. O que ocorre, com imensa frequência, é a edição de leis emergenciais, que não demonstram, efetivamente, o que pode pretender um ordenamento jurídico democrático”*.

Igualmente, a formulação de tipos econômicos vagos e imprecisos – muitas vezes similares a situações já completamente previstas em âmbito administrativo ou

⁵²³ JAPIASSÚ, ob cit., p. 15.

cível – não permitiria a exata compreensão do grau de danosidade social causado pela conduta, nem a legitimidade do uso do direito penal.

Levando em consideração que o pano de fundo para a existência de todo delito econômico seria a detecção de um abuso de poder econômico, coloca-se o problema de como determinar o procedimento jurídico correto apto a definir as hipóteses legais desse abuso, devido a infinidade de atos passíveis de tal enquadramento⁵²⁴.

A questão se agrava pelo fato de que em sede de infrações econômicas há uma tendência, por parte do aplicador do direito, de se atribuir a liberdade de realizar interpretações extensivas dos tipos, especialmente quando presentes elementos normativos, ainda que descritivos, em verdadeira transgressão ao teor literal da norma jurídica⁵²⁵.

Por tal motivo, cuidando-se da apuração da prática de infrações econômicas, recomenda-se a intervenção administrativa prévia à intervenção penal, devido ao maior conhecimento técnico especializado dos entes responsáveis por cada setor da ordem pública econômica⁵²⁶. A título ilustrativo, são os funcionários da Receita Federal (no concernente à ordem tributária), do Conselho Monetário Nacional (no tocante ao Sistema Financeiro Nacional) ou das diversas agências reguladoras (ANP, ANA, Anvisa, etc) os mais indicados a esclarecer se dada conduta afrontou, ou não, previsões legais específicas a cada matéria, fornecendo subsídios ao julgador penal quanto à conformação do fato ao tipo penal econômico.

A questão assume ainda maior relevância pelo fato de que esses entes públicos (1) encontram-se intimamente ligados ao governo, e atentos às diretrizes políticas e econômicas por este adotadas; e (2) servem de intermediários à intervenção estatal na vida econômica, visando a composição dos interesses de agentes econômicos e autoridades públicas, despidos da tradicional noção de supremacia inquestionável do interesse público, e portanto saberão sopesar melhor quando a conduta merece, ou não, ser reprimida, e em que gravidade.

Não se propõe transformar o ente público administrativo em uma instância de

⁵²⁴ AFTALIÓN, ob cit., p. 89.

⁵²⁵ TIEDEMANN, Klaus. *Lecciones de derecho penal económico*. Barcelona: PPU, 1193, p. 163/164.

⁵²⁶ VÁSQUEZ, ob cit., p. 192.

criminalização, com o poder de arbitrariamente caracterizar uma dada situação como criminosa, mas sim obrigar a consulta de informações técnicas pelo aplicador da lei penal, evitando-se punições divorciadas do verdadeiro sentido da conduta em sua área de origem⁵²⁷.

Por outro lado, constitui grave ofensa ao princípio da segurança jurídica a possibilidade da coexistência de sanções administrativas e penais para um mesmo fato, ensejando situações de *bis in idem*. Tal hipótese era possível de ser observada, por exemplo, nas redações das Leis nº 8.884/94 (que instituiu o Conselho Administrativo de Defesa econômica – CADE) e 8.137/90, anteriores à previsão da Lei nº 12.529/11, pela ausência de delimitação de competências dos entes e pela previsão de disposições contraditórias⁵²⁸.

Ambos os diplomas legais visavam regulamentar o bom funcionamento da ordem econômica, sendo o primeiro de natureza administrativa e o segundo de caráter penal. Contudo, possuíam dispositivos semelhantes ao cuidarem das infrações à ordem econômica, sendo indiscutível que as previsões dos arts. 4º, 5º e 6º da Lei nº 8.137/90 estavam contidas nas redações dos arts. 20 e 21 da Lei nº 8.884/94.

E mesmo após a vigência da Lei nº 12.529/11, verifica-se a similaridade das infrações a ordem econômica nela contidas (art. 36) com a previsão dos crimes contra a ordem econômica, do art. 4º, da Lei nº 8.137/90. Mas apesar da identidade das condutas, a punição por uma lei não exclui o processo e a sanção pela outra, sendo interessante notar que apesar da seara administrativa permitir a punição “*independentemente de culpa*”, há dispositivo, no art. 45, que orienta o exame da “*boa fé do infrator*” antes da aplicação das penas.

Outra crítica residiria em que as normas administrativas costumam ser mais claras ao objeto a que se destinam, explicitando conceitos e apontando os sujeitos a que se dirigem. Enquanto por vezes na legislação penal econômica a denúncia é oferecida por se suspeitar que determinado diretor tinha autoridade e conhecimento do fato em virtude do cargo ocupado, não é raro encontrar nos dispositivos

⁵²⁷ Nesse sentido, interessante notar o estudo realizado por Ela Wiecko de Castilho, indicando o Banco Central do Brasil como um dos agentes do processo de seleção da criminalidade no Sistema Financeiro Nacional (CASTILHO, ob cit, p. 142/144).

⁵²⁸ VÁSQUEZ, ob cit., p. 194.

administrativos menção expressa das pessoas contra quem pode ser iniciado um processo administrativo.

Em suma, tratando-se de matéria afeta à ordem econômica, indefinida e mutável por si só, cabe ao legislador penal reduzir ao máximo o campo de interpretação do julgador, remetendo-o sempre ao exame prévio dos conceitos expostos nos respectivos diplomas administrativos, na tentativa de evitar incongruências nas decisões.

Além disso, o legislador penal deveria atentar para a grande quantidade de previsões criminais similares às administrativas, cuja celeridade do processo, especificidade e seriedade das penalidades impostas talvez pudesse substituir idêntico sancionamento na seara penal, reservando para esta última apenas aquelas condutas que se diferenciavam pela extrema gravidade e empenho pessoal de algum diretor ou administrador, e que pudessem agravar eventual dano causado no curso de sua atividade econômica.

Tais apontamentos, por óbvio, não significam que a opção pela previsão e sancionamento de determinada conduta apenas no âmbito administrativo autorizaria a inobservância dos princípios e garantias penais, haja vista que a gravidade das penalidades passíveis de aplicação ao final do processo administrativo sancionador conferem a estas evidente cunho criminal. O que se deseja apenas é evitar a dupla acusação e punição pelo mesmo fato, além de decisões judiciais divorciadas do correto sentido de uma conduta, tal como a regula o ente administrativo com atribuição específica para análise da matéria sob julgamento⁵²⁹.

⁵²⁹ Deve-se notar que o relatório geral produzido pela Associação Internacional de Direito Penal, em 2003, apontou que diversos países mantêm a previsão de punições criminais e administrativas associadas a uma mesma conduta, apenas realizando uma compensação quando a sanção penal é aplicada após a administrativa. Nesse sentido, vide *Revue internationale de droit penal*. 74 année, 3.-4. trimestres, 2003, p. 781.

5 RACIONALIDADE NO DIREITO PENAL ECONÔMICO

5.1 A prática legislativa penal econômica

Tudo o que já foi exposto até aqui não pode deixar margem à dúvida de que ao direito falece legitimidade quando sua criação e aplicação ocorrem desvinculados de certos critérios de racionalidade. Resta agora aferir quais desses critérios seriam apropriados às normas de direito penal econômico.

Partindo da noção de que não há jurisdição racional sem uma prévia legislação racional, é preciso em primeiro lugar determinar parâmetros a serem adotados durante a produção legislativa, inserindo-a no contexto de um Estado democrático de direito, onde o poder deve se sujeitar à lei como expressão da vontade geral democrática. De fato, carecendo o juiz de uma legitimação democrática direta, suas decisões somente serão consideradas legítimas quando for possível demonstrar que resultam da decisão de outra instância – o legislador⁵³⁰.

Esse supostamente colhe os dados para a formulação das leis com a identificação de uma demanda social (fase pré legislativa), sem descuidar do fato de que a globalização e a instalação de uma sociedade dita moderna transformaram o direito penal da liberdade no direito penal da segurança, do controle social e da repressão de condutas socialmente indesejadas⁵³¹.

Especificamente no tocante a legislação penal econômica, não há como sustentar a ideia de que a lei seria a expressão da vontade geral em direção ao bem comum, mas sim a expressão da vontade política como ato de poder, sendo inúmeras as situações em que o momento de apresentação do projeto de lei (fase legislativa) proporciona um indício de qual será sua função no sistema político-administrativo⁵³².

530

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximação ao direito penal contemporâneo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 204.

⁵³¹ RUIVO, Marcelo Almeida. *Criminalidade fiscal e colarinho branco: a fuga ao fisco é exclusividade do white collar? In: Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais, visão luso-brasileira*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 1181.

⁵³² PAIVA, Luiz Guilherme Mendes de. *A fábrica de penas: racionalidade legislativa e a lei de crimes hediondos*.

A possibilidade da criação de novos delitos (muitos já existentes, mas batizados com outro *nomen iuris*) ou a agravação das penas dos já existentes⁵³³ faz com que a opinião pública julgue prioritários temas como meio ambiente e economia, ao mesmo tempo em que são incrementados os imperativos éticos de solidariedade, por meio da exigência de prestações públicas de responsabilidade do Estado Social, resultando na atribuição da categoria de bens jurídicos a interesses pontuais de dirigismo intervencionista na economia⁵³⁴.

O Direito Penal contemporâneo é visto como uma ferramenta política para solucionar o conflito social, atribuindo às normas punitivas uma mera função comunicativa da promoção de valores e regras sociais, preocupando-se em priorizar o atendimento a demandas sociais ao invés de conferir maior técnica e detalhamento à legislação penal. Por consequência, observa-se que os legisladores cada vez mais assumem um papel acrítico, utilizando a temática penal como estratégia para angariar votos⁵³⁵.

Jonathan Simon⁵³⁶ ressalta que historicamente podem ser encontrados muitos exemplos de como “crime” e “governo” estiveram constantemente interligados, no sentido de que por meio da criminalização é possível encobrir os efeitos assimétricos do exercício do poder, eliminar dissidências políticas e deter a resistência pelas classes exploradas economicamente. Como a legislação criminal e as sanções a ela inerentes relacionam-se com a ideia de proibição e de submissão à autoridade, governar através do crime envolve um esforço na atribuição de responsabilidades, ao mesmo tempo em que transmite para a população uma mensagem de maior segurança para a família, os consumidores, os empregados, entre outros.

Nessa busca pela solução dos conflitos sociais, o sistema penal se legitima por ser considerado o único meio eficaz na luta contra a criminalidade, mediante o

Rio de Janeiro: Revan, 2009, p. 41.

⁵³³ MARTÍNEZ, Milton Cairoli. *Dogmática penal y praxis legislativa, ¿una dicotomía?* In: *El orden jurídico-penal entre normativa y realidad*. Wolfgang Schöne (coord.), Corrientes: MAVÉ, 2009, p. 74.

⁵³⁴ SANTOS, ob cit., p. 1182.

⁵³⁵ LOAIZA, Antonio Ayala. Acercamiento a las fuentes de la argumentación sobre la racionalidad del sistema penal. In: *Cuestiones actuales del sistema penal – crisis y desafíos*. Lima: Ara, 2008, p. 757.

⁵³⁶ SIMON, Jonathan. *Governing through crime*. New York: Oxford University Press, 2007, p. 14/15.

emprego racional da violência. Ao mesmo tempo, lhe é imposta a exigência de satisfazer determinados graus de eficácia e efetividade, entendidos como a confluência entre os conceitos de modelo de Estado, de política governamental e de expectativas sociais. Tal eficácia pode ser caracterizada por seu conteúdo (finalidade) e por seus métodos (formas), atuando como justificativa para o uso do aparato criminal, sob o pretexto de alcançar maior proteção por meio de uma dogmática alijada dos princípios do direito penal liberal, em especial quando se trata de oferecer respostas à moderna sociedade de risco⁵³⁷.

Diversamente, para Muñoz Conde⁵³⁸, o direito penal é somente a parte mais visível dos diversos mecanismos de controle do indivíduo na sociedade, mas não é o único, nem o mais importante. De acordo com o autor, as normas penais são insuficientes para manter o sistema de valores de uma sociedade, alertando que *“de nada serviriam nem a cominação penal contida nas mesmas, nem a imposição de penas nem sua execução, se não existissem previamente outros sistemas de motivação de comportamento humano em sociedade”*.

O resultado é constatado pela percepção da disfuncionalidade do sistema punitivo, corroborada pelo uso cada vez mais frequente do direito penal simbólico para assegurar um sentimento social de bem-estar, muito comum na seara do direito penal econômico.

Para Hassemer⁵³⁹, a utilização instrumental de um direito penal simbólico teria como função transmitir à população a necessidade da condução de vida fiel ao direito e de adestramento dos comportamentos humanos, classificando a legislação simbólica em quatro modalidades: (1) leis de declaração de valores (p. ex., aborto); (2) leis com caráter de apelação moral (p. ex., direito penal do ambiente, para fazer aflorar a consciência ecológica); (3) leis de crises (p. ex., terrorismo); e (4) leis de compromisso (cláusulas penais gerais).

Essa tendência ao uso de um direito penal de criminalização antecipada à efetiva lesão do bem jurídico decorreria de uma racionalidade instrumental ou

⁵³⁷ Idem, p. 758.

⁵³⁸ MUÑOZ CONDE, ob cit, p. 24.

⁵³⁹ HASSEMER, Winfried. *Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos*. In: *Pena y Estado*. Santiago: Conosur, 1995, p. 25/26.

utilitarista, que postularia o equilíbrio entre a relação custo/benefício da ação de criminalizar quando em comparação com a tutela supostamente oferecida ao bem passível de ofensa. Essa lógica se ampara exclusivamente na possibilidade de produção dos resultados desejados, deixando de lado questões valorativas em favor do utilitarismo alcançado⁵⁴⁰: apaziguamento da população e demonstração de um Estado forte.

Isso demonstra uma alteração dos agentes sociais determinantes à adoção e conteúdo das decisões legislativas penais. Os conhecimentos e opiniões dos especialistas tornaram-se desacreditados, enquanto a experiência cotidiana do povo e sua percepção imediata da realidade foram alçados a fatores de primeira importância à criação das leis penais. Em princípio, nenhuma incongruência haveria nisso dentro da lógica de um modelo de Estado Democrático de Direito, de sujeição do poder ao povo. Porém, tais experiências e percepções da opinião pública não deveriam ser transformadas diretamente em projetos de leis sem a intermediação dos instrumentos de controle burocrático inerentes a fase legislativa e do debate político criminal, por meio dos quais núcleos de especialistas poderiam refletir e valorar as complexas consequências de determinada decisão penal⁵⁴¹.

De certa forma, essa noção lembra o conteúdo da teoria sistêmica proposta por Luhmann, e adaptada por Jakobs para criar sua teoria da prevenção geral positiva, amparando-se nas expectativas frustradas dos contatos sociais e na necessidade de orientação e estabilidade social haja vista a complexidade de uma “sociedade de risco”⁵⁴².

A crítica a esse método de produção legislativa estaria no fato de que, apesar de acolhido pela opinião pública, são constantes os recursos a incriminações tendo por objeto bens jurídicos vagos e com tipificação na modalidade de perigo abstrato, deixando em aberto a questão sobre se essa espécie de legislação penal atende à racionalidade utilitarista de assegurar uma prevenção verdadeiramente eficaz, em especial porque as condições para uma prevenção efetiva são complexas, historicamente variáveis e atualmente difusas. Nas palavras de Hassemer, quando

⁵⁴⁰ LOAIZA, ob cit., p. 759.

⁵⁴¹ Díez Ripollés, José Luis. *La política criminal en la encrucijada*. Montevideo: B de f, 2007, p. 79/80.

⁵⁴² HASSEMER, ob cit., p. 32.

se trata de direito penal econômico, “*los bienes jurídicos comprendidos en este ámbito son tan generales que no dejan ningún deseo sin satisfacer*”⁵⁴³.

5.2 A pretensão de correção no direito penal econômico

5.2.1 A regra de reconhecimento

Todo sistema jurídico deve possuir uma regra fundamental da qual derivam as demais, que segundo Hart denomina-se “regra de reconhecimento”. Trata-se do estabelecimento de critérios que determinem a validade de todas as outras regras de um sistema jurídico em particular⁵⁴⁴, constituindo o pressuposto lógico para que o sistema exista e para que a argumentação jurídica seja possível, baseada na aceitação geral⁵⁴⁵.

De acordo com Hart, não se pode aceitar como fundamento de um sistema jurídico a subordinação de um grupo social a determinadas ordens, apoiadas em ameaças do soberano, que por sua vez não se subordina a ninguém. Seria preciso adequar essa ideia a um contexto social mais complexo, onde a identificação de normas primárias de obrigação dependa, portanto, da aceitação e utilização de uma norma secundária de reconhecimento⁵⁴⁶.

Como bem sintetizado por Joseph Raz⁵⁴⁷, algumas características podem ser atribuídas à doutrina de Hart: (1) a regra de reconhecimento exige que os agentes

⁵⁴³ Idem, p. 30/32.

⁵⁴⁴ “A regra de reconhecimento, quando existe, existe apenas como uma regra social compartilhada aceita como um standard comum obrigatório de comportamento por aqueles cujo poder oficial como um ‘poder jurídico’ depende fundamentalmente dessa mesma regra. É possível, mas não necessário, que os cidadãos em geral (poucos, alguns, muitos ou mesmo, em um caso limitado, todos) compartilhem da atitude de apoio à regra suprema de reconhecimento. Mas é suficiente que apenas os governantes e autoridades a aceitem, desde que possam, de alguma forma, obter a obediência e concordância em larga escala às outras regras que ela valida”. (MACCORMICK, Neil. *H. L. A. Hart*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, pp. 37/38).

⁵⁴⁵ LORENZETTI, ob cit, p. 71.

⁵⁴⁶ HART, H. L. A. *O conceito de direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 129.

⁵⁴⁷ RAZ, Joseph. *Razão prática e normas*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 143.

públicos apliquem regras identificadas pelos critérios de validade daquela; (2) todo sistema jurídico tem no mínimo uma regra de reconhecimento; (3) nenhum sistema jurídico tem mais de uma regra de reconhecimento; (4) toda regra de reconhecimento é aceita e praticada pelos agentes públicos do sistema no qual aquela se insere; (5) os agentes públicos não precisam aprová-la como uma regra justificada ou moralmente boa; e (6) um sistema jurídico consiste em sua regra de reconhecimento e todas as regras identificadas por ela.

No cotidiano de um sistema jurídico, seria muito raro a concretização de uma norma de reconhecimento. O que mais comumente ocorre é sua aplicação implícita por Tribunais e outras instâncias, manifestando a aceitação da norma de reconhecimento como uma diretriz: *“talvez a mais simples dessas expressões seja 'a lei diz que...', que podemos encontrar não apenas na boca dos juízes, mas também na de homens comuns que vivem sob um sistema jurídico, ao identificarem uma norma do sistema”*⁵⁴⁸.

Hart argumenta que esta regra de reconhecimento não se confunde com a norma fundamental de Kelsen, pois ao contrário desta última, não toma parte do mundo do “dever ser”: ela apenas existe, traduzindo-se como uma pauta legítima de conduta do ponto de vista da comunidade jurídica, relacionada à prática social, aos costumes e à eficácia do direito⁵⁴⁹. A afirmação é duvidosa, pois em qualquer Estado que possua uma Constituição formal os critérios de reconhecimento incluirão as normas constitucionais como fundamentos válidos para a tomada de decisões⁵⁵⁰.

Assim, será dever judicial aplicar como lei válida toda disposição contida não apenas na Constituição, mas também toda decisão tomada pelo Supremo Tribunal – desde que não contradiga a Constituição –, bem como qualquer regra aceita como lei pelo costume e uso dos cidadãos do Estado⁵⁵¹.

Mas apesar da unidade formal e lógica do direito estar fundamentada na regra de reconhecimento, a coerência do sistema requer a aplicação não apenas das regras formais, mas principalmente de princípios jurídicos que auxiliem na

⁵⁴⁸ HART, ob cit., p. 132.

⁵⁴⁹ LORENZETTI, ob. cit., p. 73.

⁵⁵⁰ MACCORMICK, ob cit, p. 152.

⁵⁵¹ Idem, p. 150.

construção de uma opinião jurídica racionalizada: “a unidade formal e lógica do direito está fundada na regra de reconhecimento, mas a coerência substancial só pode ser alcançada por intermédio dos princípios jurídicos”⁵⁵².

Especificamente no que tange à racionalidade do ordenamento jurídico penal, deve-se estabelecer os princípios estruturantes que servirão de premissa para todo o sistema criminal e funcionarão como controle de legitimação das leis e decisões judiciais.

Aí estariam incluídos os princípios de proteção (conteúdo da tutela do direito penal), os princípios de responsabilidade (requisitos capazes de atribuir responsabilidade criminal a alguém) e os princípios da sanção (fundamentos da pena). Todos esses princípios devem estar impregnados de uma racionalidade ética, que condiciona igualmente os diversos tipos de racionalidade, dividida em teleológica (objetivos sociais perseguidos pela norma), pragmática (possibilidades reais de intervenção social), jurídico-formal (assegurando a coerência do sistema jurídico) e linguística (habilidade comunicativa das normas)⁵⁵³.

Para o desenvolvimento desse trabalho, entende-se que tais princípios seriam cristalizados tanto pela previsão constitucional da legalidade, quanto pelos demais princípios penais de observância obrigatória ao operador do sistema penal, ainda que não incluídos no texto da Carta Magna: a imputação subjetiva, a proporcionalidade das penas, a lesividade e a intervenção mínima. Todos deveriam ser declarada e expressamente levados em consideração tanto pelo legislador, ao propor a criação de leis penais econômicas, quanto pelo magistrado, ao fundamentar suas decisões.

Dessa forma, o conteúdo de uma norma penal será tido como anti-ético e irracional quando não atender aos princípios estruturantes acima elencados, desvinculando-se, por consequência, da regra de reconhecimento do sistema jurídico.

⁵⁵² LORENZETTI, ob cit, p. 72.

⁵⁵³ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *A racionalidade das leis penais: teoria e prática*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 97/103.

5.2.2 A regra de reconhecimento como parâmetro à pretensão de correção no direito penal econômico

No sistema jurídico brasileiro, há uma clara percepção de que o juiz primeiro forma sua convicção, para depois encontrar a fundamentação aplicável que lhe permita a manutenção de sua decisão. Essa lógica se encaixa nos estudos da teoria da argumentação jurídica de Alexy, cuja máxima de pretensão de correção importa exatamente no estabelecimento de uma fundamentação racional para justificar a adoção de uma dentre as várias soluções possíveis ao caso, reconhecendo que o discurso jurídico não prescinde de juízos de valoração⁵⁵⁴.

A partir daí criam-se regras procedimentais à interpretação, limitadas pela sujeição à lei (desde que em conformidade com os critérios de validade – limite constitucionais), à dogmática e aos precedentes, tomando sempre como norte o princípio da universalidade (e conseqüentemente o princípio da justiça formal)⁵⁵⁵.

Se por um lado admite-se a impossibilidade de verificação dos enunciados da ciência do Direito, por outro considera-se possível que sejam descartados ou frustrados, em prol do Direito correto. De fato, ainda que não se consiga optar no momento presente dentre os modelos alternativos oferecidos qual o mais correto (p. ex., teorias finalista e funcionalista do direito penal), certamente é possível afirmar que modelos passados são incorretos⁵⁵⁶ (vide, p. ex., a teoria causalista, abandonada com a reforma da parte geral do código penal em 1984).

A questão transfere-se então para a possibilidade de formação de um consenso como critério de correção, a partir da ideia da submissão do texto legal a determinados sujeitos racionais, que por sua vez seriam submetidos a um controle de seu diálogo racional. Mas essa premissa não se sustenta quando verificado que, além do tal consenso poder advir de manobras nas relações de poder, a mera previsão de características formais de controle do diálogo racional (liberdade de expressão, ausência de coação, igualdade dos intervenientes, entre outros), não

⁵⁵⁴ FERREIRA, ob cit., p. 87.

⁵⁵⁵ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação...*, p. 212/226.

⁵⁵⁶ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximação ao direito penal...*, p. 258.

constitui garantia da correção do conteúdo desse diálogo. Seria imprescindível, portanto, valorar o teor desse diálogo supostamente racional⁵⁵⁷.

Aliás, ainda que se adote a tese de Alexy não há como sustentar a existência de uma única resposta correta para cada caso, pois além da inexistência de um discurso ideal que permita um consenso, são inúmeros os pontos de partida para se iniciar o discurso (já que este depende das convicções normativas, interesses, interpretações e informações empíricas de cada participante), os quais, por sua vez, poderão conduzir a diferentes resultados para cada caso⁵⁵⁸.

Richard Posner⁵⁵⁹ alega a impossibilidade de se alcançar uma resposta correta devido a própria ausência de critérios absolutos a determinar qual a melhor interpretação da lei. Para o autor, cuja análise se concentra no sistema jurídico norte-americano, mas possível de adaptação ao sistema jurídico brasileiro, poder-se-ia citar como problemas que levariam à incerteza das decisões judiciais: (1) os Tribunais não estariam em busca apenas da verdade; e (2) os advogados atuariam como investigadores, cabendo-lhes a produção das provas que poderiam influenciar no resultado final. Logo, a contratação de melhores (e caros) advogados aumentaria a chance de sucesso ao final do processo.

Em verdade, em um sistema jurídico tão diversificado e que visa atingir uma sociedade pluralista, a ideia de uma única resposta correta só terá lugar em um plano ideal, funcionando como uma orientação a ser almejada pelos participantes do discurso. Nesse sentido, a pretensão de correção, entendida como uma pretensão de fundamentabilidade, impõe um dever geral de fundamentação, que também funcionará como garantia aos demais integrantes do processo de que buscou-se formular um ato jurídico correto⁵⁶⁰.

O conceito de pretensão de correção será formado, então, por três elementos: a afirmação da correção; a garantia da fundamentabilidade e a expectativa do

⁵⁵⁷ Idem, p. 259/261.

⁵⁵⁸ GUBERT, Roberta Magalhães. *Mauerschützen (o caso dos atiradores do muro) e a pretensão de correção do direito na teoria de Robert Alexy: aportes hermenêuticos ao debate acerca da relação entre direito e moral*. Dissertação de mestrado apresentada ao programa de pós-graduação em direito da UNISINOS, para obtenção do título de mestre em direito público, 2007, p. 102.

⁵⁵⁹ POSNER, Richard. *Problemas de filosofia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 275/277.

⁵⁶⁰ GUBERT, ob cit., p. 106.

reconhecimento da correção.

A dificuldade para se concretizar essa pretensão de correção reside nos diferentes tipos de critérios que podem ser adotados, tanto entre cada sistema jurídico, quanto no que concerne aos atos internos de cada sistema. Inexiste uma relação de hierarquia entre os mesmos, restando verificar se possuem pontos em comum que possam oferecer objetividade ao trabalho do intérprete e aumentar a segurança jurídica dos destinatários da lei ou das sentenças judiciais⁵⁶¹.

A própria possibilidade de discussão supõe a existência de elementos fixos que os interlocutores devem aceitar sob pena de impossibilitar o diálogo. Por isso a argumentação não prescinde de determinados textos de referência enunciadores de pautas pré-definidas, aptos a ensejar uma base estabilizadora sobre a qual ela possa se apoiar⁵⁶².

Nesse contexto, deve ser utilizado como critério de referência o modelo de Estado do qual se parta e a forma como se entende sua projeção sobre o Direito Penal⁵⁶³. Na lição de Mir Puig⁵⁶⁴, o sentido do Direito depende da função que lhe atribuímos, aqui considerado como uma construção humana caracterizada pela função de regular a vida dos seres humanos. O Direito Penal também comungaria dessa função, atuando de acordo com a orientação de um Estado Social e Democrático de Direito, tal como previsto na Constituição.

Contemporaneamente, não constitui novidade a importância normativa detida pela Constituição, que junto aos clássicos direitos de liberdade passou a incorporar também direitos de conteúdo social, vinculados ao desafio de preservação da dignidade humana em meio às novas relações sócio-econômicas. Em suma, a Constituição atua como instrumento de coordenação, preservando a unidade essencial do Estado de Direito⁵⁶⁵.

⁵⁶¹ Idem, p. 107.

⁵⁶² CORTÊS, Antonio. *Fundamentos e limites da argumentação jurídica – uma reflexão sobre o direito e a justiça*. In: *Ars Iudicandi – estudos em homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 393.

⁵⁶³ SILVA SÁNCHEZ, *Aproximação ao direito penal...*, p. 267.

⁵⁶⁴ MIR PUIG, Santiago. *Limites del normativismo en derecho penal*. In: *Derecho penal del siglo XXI*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, Cuadernos de derecho judicial, VIII, 2007, p. 57.

⁵⁶⁵ CASAL H., Jesus Maria. *Constitución y justicia constitucional: los fundamentos de la justicia constitucional en la Carta Magna*. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, 2000, p. 19/20.

No que tange especificamente ao seu caráter econômico, a Constituição figura como condutora das ações estatais legislativas, executivas e judiciais, com a previsão de intensa intervenção estatal na economia, seja através da prestação de serviços públicos, seja por meio da atuação direta, monopolista ou concorrencial. Mas por vezes a dificuldade reside na tentativa de explicar o exato sentido da orientação jurídica almejada pela Constituição econômica, englobando previsões e garantias aparentemente contraditórias: consagração da livre iniciativa ao lado da valorização do trabalho; preservação do meio ambiente ao lado do desenvolvimento econômico⁵⁶⁶.

Pior, não se ignora que em Constituições amplas, como a brasileira, com quantidade expressiva de princípios, tomá-los todos como paradigma da produção legislativa poderia ensejar casos de aparente incompatibilidade, em que a aplicação irrestrita de um comando constitucional confrontaria um direito de idêntica envergadura.

Como exemplo, pode-se citar a proteção do sistema financeiro nacional, com o intuito de promover o desenvolvimento equilibrado do país (art. 192, da Constituição Federal), em confronto com o princípio da legalidade e seu conteúdo de taxatividade e lesividade. Para cumprir o objetivo do constituinte o legislador faz uso inclusive do aparato criminal, mas recorrendo primordialmente aos tipos de perigo e às normas penais em branco, os quais tentam ser justificados pela complexidade e pela dificuldade de precisar a exata delimitação dos contornos do sistema financeiro nacional.

Tomando em consideração que os ditames da Constituição econômica não podem ser afastar do conjunto da Constituição em geral⁵⁶⁷, Díez Ripollés⁵⁶⁸ argumenta caber aos Tribunais a função de analisar o conjunto normativo em face de um ponto de referência constitucional, mas alerta para o risco de mera troca das arbitrariedades legislativas por outras, perpetradas pelo Judiciário. Quase em uma referência crítica ao ativismo judicial, o autor reconhece a tendência dos Tribunais

⁵⁶⁶ CYRINO, André Rodrigues. *Direito constitucional regulatório – elementos para uma interpretação institucionalmente adequada da Constituição econômica brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 97/98.

⁵⁶⁷ Idem, *ibidem*

⁵⁶⁸ DÍEZ RIPOLLÉS, *A racionalidade das leis penais*, p. 86/90.

constitucionais em desenvolver diretrizes políticas sob a forma de decisões judiciais, considerando temerário deixar em mãos exclusivamente dos magistrados explorar todas as possibilidades interpretativas, dada a imprecisão da maioria dos preceitos constitucionais.

Tal situação poderia ser ainda mais agravada quando em pauta a criminalização de condutas consideradas atentatórias ao modelo econômico nacional adotado, cuja vagueza, indeterminação e mutabilidade dos institutos econômicos, aliados a falta de intérpretes especializados na matéria, confeririam ampla margem à mera funcionalização do direito penal econômico, sem o respeito aos princípios embaixadores do direito penal liberal, aos quais o primeiro se encontra diretamente vinculado.

Por esse motivo, o pressuposto de validade da norma penal econômica não estaria satisfeito apenas com a suposição de interpretação conforme a Constituição, devendo também ser adotados critérios de controle tais como (1) controle pelos dados ontológicos (assegurar a conformidade com a realidade); (2) exame da compatibilidade da norma com as investigações empíricas; (3) estudo do uso correto da linguagem; (4) análise das consequências político-criminais; (5) verificação da coerência interna de determinada solução no âmbito geral do sistema penal⁵⁶⁹.

Nesse ponto, a noção da pretensão de correção, que carrega em si a obrigação de respeito ao princípio da universalidade ao mesmo tempo em que impõe uma carga de fundamentação orientada pela existência de uma regra de conhecimento associada a observância de determinados princípios penais, poderia prestar auxílio na tentativa de evitar soluções contingentes e absolutamente díspares para hipóteses semelhantes.

A solução parece ultrapassar a mera obediência a um preceito constitucional isolado, impondo-se a visualização do texto como um sistema mediante a busca dos valores centrais para o direito penal, e conseqüentemente para o direito penal econômico. Não se trata de ponderação de valores, mas sim da adesão a um modelo de ordenamento penal amparado por determinados princípios estruturantes, norteador da leitura da própria Constituição⁵⁷⁰.

⁵⁶⁹ SILVA SÁNCHEZ, *Aproximação ao direito penal...*, p. 273.

⁵⁷⁰ “Como salientamos anteriormente, uma forma de se dirigir para a identificação do valor central ou valores

No campo jurisdicional, as decisões devem seguir a mesma racionalidade, partindo do mesmo paradigma legislativo dos princípios estruturantes da legislação criminal, ainda que no específico âmbito econômico. Seguindo a lógica da pretensão de correção da norma aliado ao respeito à regra de reconhecimento, o magistrado deve fundamentar suas decisões com base nos preceitos constitucionais, sem deixar de atentar para as especificidades do sistema penal.

Da mesma forma, em respeito ao princípio da universalidade, será vedado ao juiz adotar soluções diversas para situações semelhantes que se enquadrem em uma mesma regra universal (p. ex., a impossibilidade da tipificação do delito tributário do art. 1º, da Lei nº 8.137/90 antes de findo o procedimento administrativo fiscal). E ainda que se alegue uma cláusula de exceção, deverá igualmente possuir validade universal, cabendo ao magistrado a carga de fundamentação apta a demonstrá-la. Tudo no intuito de impedir manobras argumentativas casuísticas que possam prejudicar determinado participante de um processo, obrigando a objetividade do intérprete mesmo que não exista uma norma procedimental clara quanto ao uso correto das diversas regras de interpretação disponíveis.

Assentado que a pretensão de correção em direito penal demanda critérios de interpretação consentâneos com suas particularidades, figurando o direito penal econômico como apenas um ramo de um sistema maior e melhor estruturado, passa-se agora ao exame de seus princípios considerados estruturantes, indispensáveis à preservação da racionalidade da legislação criminal econômica.

5.3 A necessidade de apego aos princípios basilares do direito penal

5.3.1 O princípio da legalidade

implícitos em uma cláusula específica da Constituição, é acomodar esta cláusula entre a estrutura global do resto da Constituição, para questionar se as práticas que são ordenadas ou proscritas pela Constituição pressupõem alguma visão sem a qual tais requerimentos textuais se tornam incoerentes” (TRIBE, Laurence. DORF, Michael. Ob cit, p. 90).

O princípio da legalidade foi desenvolvido por filósofos como Locke, Montesquieu e Rousseau, e consolidado por Beccaria no capítulo III de sua obra *Dos delitos e das penas*, ao descrever que somente a lei poderia determinar a pena para a prática de crimes. Em seguida, passou a ser adotado nas declarações políticas e nas Constituições das Colônias Inglesas na América do Norte (fins do século XVIII), sendo certo que a efetiva proibição de leis *ex post facto* surgiu em 1776, com a Declaração de Direitos da Virgínia e com a Constituição de Maryland⁵⁷¹.

Especificamente no que tange a legislação brasileira, o princípio da legalidade foi acolhido por todas as Constituições e Códigos Penais. Nestes últimos, sempre houve a previsão expressa, já no art. 1º, da cláusula “*não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal*”, ou com redação assemelhada⁵⁷².

Significa que a teoria constitucional e a correta prática judicial garantem a todo cidadão a segurança de que não será submetido a um processo criminal salvo por um fato estabelecido e sancionado como delito por uma lei prévia ao início do processo. Este, aliás, é um direito fundamental, que sequer precisaria estar previsto em legislação ordinária⁵⁷³.

Em verdade, o princípio da legalidade, junto com a ideia da separação de poderes e o reconhecimento dos direitos fundamentais, passou a integrar um rol de limitações e até mesmo de negociações da soberania interna, ensejando a modificação na relação entre o Estado e o cidadão, para se converter em uma relação entre dois sujeitos, onde cada um possui uma soberania limitada⁵⁷⁴.

Quatro são as proibições vinculadas a esse princípio e dirigidas tanto ao legislador quanto ao magistrado: (1) a de aplicação retroativa da lei penal (*lex praevia*); (2) a de aplicação de normas diversas das escritas (*lex scripta*); (3) a de estender o direito escrito a situações análogas, ou de proibição da analogia (*lex*

⁵⁷¹ SOUZA, Artur de Brito Gueiros. JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *Curso de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 75.

⁵⁷² Idem, p. 77.

⁵⁷³ TOZZINI, ob cit., p. 58.

⁵⁷⁴ Idem, p. 62.

stricta); e a de previsão de cláusulas legais indeterminadas (*lex certa*)⁵⁷⁵.

Formalmente, a legalidade significa que somente os órgãos constitucionalmente habilitados poderão servir como fonte produtora da lei penal, afastando-se a possibilidade de criação de delitos por meio da doutrina, da jurisprudência ou do costume. Mas isso não impede a aplicação dos usos e dos costumes como forma de estabelecer limites à tipicidade penal quando a própria lei a eles se remete, por exemplo, para impor limites a fraude no comércio⁵⁷⁶.

Ao contrário de permitir a arbitrariedade, confia-se na boa fé da doutrina e da jurisprudência ao propor reduções do tipo de modo a adequá-lo às previsões constitucionais, sendo vedada a interpretação ou aplicação de determinada norma penal em sentido proibitivo para um cidadão específico, ou alargando sua incidência, quando inexistente posicionamento pacífico para tal espécie de julgamento. O tipo penal não pode ser utilizado como instrumento de arbitrariedade apenas porque o poder público resolveu selecionar aquele indivíduo⁵⁷⁷.

Apesar de tal princípio proporcionar uma justiça formal, impedindo punições sem o prévio tipo legal e respectiva sanção, em nada contribui para evitar eventuais afrontas e supressões da justiça social apregoada pela Constituição, já que não obriga uma delimitação dos tipos em conformidade com os valores constitucionais⁵⁷⁸.

Encontra-se bastante difundida a percepção de que o princípio da legalidade enfrenta uma situação de grave crise, deixando a descoberto uma perda de credibilidade da lei ordinária como fonte de produção, reconhecimento e legitimação de normas penais, sendo cada vez mais evidente a assunção, pelo Poder Judicial, do papel de protagonista da política criminal, seja em colaboração com o Poder Legislativo, seja em contraposição a este⁵⁷⁹.

As técnicas legislativas contemporaneamente adotadas se traduzem em

⁵⁷⁵ Idem, ibidem.

⁵⁷⁶ ZAFFARONI, *et alii*, ob cit., p. 203.

⁵⁷⁷ Idem, ibidem.

⁵⁷⁸ CARVALHO, ob cit., p. 56.

⁵⁷⁹ FIANDACA, Giovanni. *La legalidad penal em los equilibrios del sistema político-constitucional*. In: *Derecho Penal y Modernidad*. Luis Miguel Reyna Alfaro (coord.), Lima: Ara Editores, 2010, p. 51.

normas mal construídas, vagas e genéricas, por vezes confusas, o que se deve não apenas a falta de preparo técnico do legislador, mas principalmente pela incapacidade do corpo legislativo em efetuar decisões político-criminais coerentes e definidas, acabando por transferir tanto ao Poder Executivo quanto ao Poder Judiciário a decisão sobre o alcance e o limite do ilícito penal⁵⁸⁰.

Veja-se por exemplo o caso das leis penais em branco, técnica muito empregada na seara penal econômica. O argumento utilizado em seu favor é o de que cuidariam de matérias instáveis, cuja possibilidade de rápidas alterações auxiliaria no objetivo final de manter o tipo penal atualizado com as demandas do mercado. Isso equivaleria a delegar ao Poder Executivo o poder legiferante penal, por meio de portarias e resoluções, ao mesmo tempo em que ficaria ao alvedrio do magistrado adequar essas regulamentações administrativas ao caso concreto, tornando ainda mais relevante o estabelecimento de critérios racionais à aplicação da lei penal.

Não haveria maiores problemas se a norma que remete a outra já encerrasse em si mesma toda a descrição da conduta proibida, delegando a outro diploma legal apenas a determinação dos elementos acessórios. Diversa é a situação quando a própria descrição da conduta é entregue a um órgão sem competência constitucional para legislar em matéria penal, contrariando a exigência de lei formal que deriva do princípio da legalidade⁵⁸¹.

Da mesma forma, o recurso exagerado aos tipos penais de perigo abstrato para tratar de questões econômicas afrontaria a obrigação de taxatividade das leis, colocando em risco o primado da segurança jurídica. Não basta que a criminalização primária se formalize em lei, sendo absolutamente necessário que o legislador esgote todos os meios para conferir-lhe a maior exatidão possível. Já no âmbito interpretativo, a máxima taxatividade se traduz na proibição da analogia em desfavor do réu⁵⁸².

Admite-se que nem sempre o legislador pode cumprir adequadamente seu dever de delimitação exata da conduta que se deseja proibir, seja pela própria

⁵⁸⁰ Idem, p. 53.

⁵⁸¹ SILVESTRONI, Mariano H. *Teoría constitucional del delito*. Buenos Aires: Del Puerto, 2004, p. 141.

⁵⁸² ZAFFARONI, *et alii*, ob cit, p. 207.

imprecisão da linguagem, seja porque alguns bens jurídicos são de difícil concreção em uma norma penal, em especial quando se pretende evitar ofensas a um bem jurídico instável e indeterminado por natureza, como a aludida ordem econômica. Isso sem mencionar os tipos abertos, como os que preveem condutas culposas ou de omissão imprópria, em que o legislador deixa ao arbítrio do juiz a aferição em cada caso se ocorreu, ou não, uma infração a um dever objetivo de cuidado, ou se restou configurada violação à posição de garante⁵⁸³.

Nessas hipóteses, parece que a postura correta do legislador, em respeito a um sistema uniforme de direito penal, deveria ser a de se abster da criminalização da conduta, deixando a cargo do direito administrativo, de natureza mais maleável, a punição. Já ao magistrado, exercendo a pretensão de correção, caberia reconhecer a inconstitucionalidade da norma, fundamentando sua decisão no desrespeito não apenas ao mandamento constitucional, mas igualmente à lógica do ordenamento jurídico-penal, tudo no intuito de garantir a segurança jurídica dos cidadãos e evitar que os mesmos sejam surpreendidos pela aplicação de uma norma penal de conteúdo imprevisível.

5.3.2 O princípio da imputação subjetiva

Ao lado do princípio da legalidade, o princípio da culpabilidade pode ser tido como fundamental e um dos pilares de legitimação do *ius puniendi*. Possui tamanha importância em um Estado de direito que, sem seu reconhecimento, não é possível legitimar a existência de uma legislação penal⁵⁸⁴.

Em termos de culpabilidade, deve-se levar em conta não apenas o ponto de vista daquele que praticou um fato tipificado criminalmente – analisando-se abstratamente a dogmática no que tange ao conhecimento da norma –, ou da finalidade de perfeição no processo de direção social, impondo-se considerar

⁵⁸³ TOZZINI, ob cit., p. 67.

⁵⁸⁴ YACOBUCCI, Guillermo J. *El sentido de los principios penales – su naturaleza y funciones en la argumentación penal*. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2002, p. 293.

principalmente a responsabilidade social para com aquele que sofrerá o peso da sanção penal⁵⁸⁵. A culpabilidade, portanto, demanda um olhar amplo sobre toda a complexidade de valores e definições inerentes ao homem, inserido em uma sociedade pluralista e multicultural.

A imputação subjetiva, como decorrência do princípio da culpabilidade, impõe o reconhecimento de pelo menos três direitos ao cidadão: a justiça, como valor superior do ordenamento jurídico; a dignidade da pessoa, considerando o indivíduo como fim em si mesmo; e o livre desenvolvimento da personalidade, pressupondo uma atuação penal previsível e ajustada aos limites da atuação estatal (decorrência do princípio da legalidade). Estes dois últimos elementos figurando também como fundamentos da ordem política de um dado Estado⁵⁸⁶.

Trata-se não somente do fundamento do direito de punir estatal, mas principalmente do estabelecimento de limites à pena aplicável. Na primeira hipótese demonstra-se a face ética do Direito Penal, tendo como centro de seu sistema o homem, cuja aferição da responsabilidade não pode descuidar da preservação de sua dignidade, enquanto na segunda faceta proíbe-se ao Estado o abuso da sanção punitiva, impedindo uma visão utilitarista de instrumentalização do homem para satisfação do bem comum⁵⁸⁷.

A violação do princípio da culpabilidade implica no desconhecimento da própria essência do conceito de pessoa, pois realizar a imputação de um dano ou de um perigo ao bem jurídico, destituída da necessária e obrigatória prévia constatação do vínculo subjetivo com o autor, equivale a rebaixá-lo à condição de coisa causante⁵⁸⁸.

Isso implica na obrigatoriedade de análise da vontade do sujeito como pressuposto a embasar a ação típica. Em um Estado democrático, a criminalização contida nos tipos penais fundamenta-se na consideração de atos voluntários, em que seja possível identificar a exteriorização da vontade humana, expressa em um comportamento lesivo a um bem jurídico preciso. Ambos os aspectos devem

⁵⁸⁵ CARVALHO, ob cit., p. 69.

⁵⁸⁶ TOZZINI, ob cit., p. 83.

⁵⁸⁷ CARVALHO, ob cit., p. 64.

⁵⁸⁸ ZAFFARONI, *et alii*, ob cit., p. 245.

convergir para a formação do tipo penal. Do contrário, punindo-se apenas a vontade ou somente a causação do resultado, ter-se-á um Estado autoritário e ilegítimo⁵⁸⁹.

Nas legislações democráticas cabe ao intérprete desconsiderar a responsabilidade objetiva sempre que se deparar com uma norma penal que não respeite os pressupostos do princípio da culpabilidade, corrigindo a imperfeição legal pela via interpretativa, de modo a restringir a aplicação do tipo penal somente aos casos em que possível aferir uma conduta voluntária. Atuando dessa forma, o intérprete estaria cumprindo integralmente os princípios políticos próprios de um Estado democrático⁵⁹⁰.

A culpabilidade, assim, entendida como reprovabilidade do comportamento contrário ou proibido, contribui para a determinação da responsabilidade criminal em conformidade não apenas com o desenvolvimento causal da conduta e com a proximidade de impacto ao bem jurídico, mas também com a carga de vontade e circunstâncias que a determinaram⁵⁹¹.

A restrição do direito penal da culpa acarreta a perda da racionalidade, da mesma forma que a desconsideração da realidade em prol da fria aplicação da dogmática jurídica foge à função social que lhe é exigida. Por isso, cabe ao magistrado, no momento da aplicação da lei penal, atentar não apenas para as relevantes garantias individuais, mas também para o acesso do sujeito aos direitos sociais, pressupostos para o pleno gozo dos direitos individuais⁵⁹².

Visíveis têm sido os problemas frente as novas técnicas de legislação reclamadas pela política criminal, em especial no tocante à legislação penal econômica, incluindo a matéria atinente ao meio ambiente. A isso se soma o estabelecimento de critérios na tentativa de redução da estatística de ocorrências criminais. Como resultado, tem-se assistido a um incremento das penas, cuja possibilidade de aplicação em concreto é duvidosa, caso se deseje respeitar o

⁵⁸⁹ ROSALES, Elsie. *Constitución, interpretación jurídica y principios penales*. In: *Constitución, principios y garantías penales*. Caracas: Universidad Central de Venezuela, Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas, 1996, p. 103.

⁵⁹⁰ Idem, p. 104.

⁵⁹¹ Idem, p. 105.

⁵⁹² CARVALHO, ob cit., p. 72.

princípio da culpabilidade⁵⁹³.

Assim como no princípio da legalidade, a delimitação da exata abrangência do princípio da culpabilidade exige uma compreensão material, derivada sobretudo do princípio da dignidade humana, para que sua relação com a ideia de bem comum não o faça perder a eficácia operativa para a qual foi idealizado. Sustenta-se que, contemporaneamente, o princípio da culpabilidade possui duas missões primordiais: evitar que o desejo de prevenção geral anule os componentes da reprovabilidade pessoal, que justificam a imputação e fundamentam a imposição de sanção; e não permitir que os debates sobre o conteúdo da culpabilidade como elemento da teoria do delito destrua as exigências básicas que constitucionalmente justificam que um indivíduo responda criminalmente por seus atos⁵⁹⁴.

A essência da culpabilidade não está no caráter do autor, nem na sua conduta social, mas na possibilidade de ter agido de outro modo no caso concreto (culpabilidade pelo fato e não pela pessoa do autor). Assim, o princípio da culpabilidade expõe as seguintes exigências: (1) não se admite a responsabilidade pelo mero resultado; (2) possibilidade de reconhecimento do erro sobre o fato; (3) o indivíduo deve ostentar condições psíquicas que o permitam atuar conforme o direito; (4) a proporcionalidade da pena em relação à gravidade da culpabilidade; e (5) as necessidades de prevenção (geral ou especial) não podem justificar uma pena que supere em gravidade a da culpabilidade⁵⁹⁵.

5.3.3 O princípio da proporcionalidade das penas

A doutrina decorrente do Direito Penal liberal permite atribuir a pena uma função tanto de prevenção quanto de retribuição. Dependendo da linha adotada, restará amparada, ou na teoria utilitarista (concebendo o homem em termos

⁵⁹³ YACOBUCCI, ob cit., p. 295.

⁵⁹⁴ Idem, ibidem.

⁵⁹⁵ BACIGALUPO, ob cit., p. 150.

empíricos, e buscando a prevenção do dano social), ou no idealismo alemão, sustentando a existência de um homem ideal, agindo a pena como a confirmação dos valores ideais do homem-razão⁵⁹⁶.

Durante o século XX observou-se em certas épocas um afastamento da filosofia política, ou da filosofia do direito, da razão de ser da pena. Mais do que questões de legitimidade e de fundamentação, imperavam os problemas urgentes da Revolução, do Estado e de suas transformações, o que de certo modo permanece, ainda que em menor medida, nos Estados democráticos de direito. Abriu-se campo fértil ao pensamento meramente calculador, começando pelas idéias utilitaristas, até alcançar patamar mais refinado e sutil no chamado funcionalismo sistêmico, depois matizado pela predominância da ética e dos direitos fundamentais⁵⁹⁷.

O advento do Estado Social trouxe junto consigo o acolhimento da função preventiva da pena, uma vez que a nova dimensão social autorizava o Estado a intervir ativamente na vida efetiva da sociedade, o que certamente teve reflexos no âmbito penal ao atribuir a pena a finalidade de combate ao delito, no sentido de luta contra a delinquência como fenômeno real da existência social. Não se tratava apenas de realizar uma justiça ideal, mas principalmente de promover um combate eficaz de uma criminalidade resultante da adaptação de amplas camadas da população às novas situações surgidas com o capitalismo, com a revolução industrial e com o aparecimento do proletariado. A pena converteu-se em uma arma do Estado contra a sociedade, substituindo-se a eficácia da pena pelo terror penal⁵⁹⁸.

Do exposto até aqui pode-se deduzir ser imprescindível demonstrar uma proporcionalidade mínima entre a pena aplicada e o grau de lesão provocado pelo sujeito ao bem jurídico. Esse seria o chamado princípio da proporcionalidade mínima da pena com a magnitude da lesão, por meio do qual a pena não se legitima apenas como retribuição, sendo necessário hierarquizar as lesões e estabelecer um grau de

⁵⁹⁶ MIR PUIG, Santiago. *Funcion de la pena y teoria del delito en el Estado Social y Democratico de Derecho*. 2. ed. Barcelona: Bosch, 1982, p. 26/27.

⁵⁹⁷ COSTA, José de Faria. *Linhas de direito penal e de filosofia: alguns cruzamentos reflexivos*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 212/213.

⁵⁹⁸ MIR PUIG, ob cit., p. 27/28.

coerência mínima com a punição correspondente⁵⁹⁹.

O exercício do poder punitivo em um Estado democrático, se por um lado não pode afrontar as garantias próprias do Estado de direito asseguradas pelo princípio da legalidade, ao mesmo tempo deve ir além das garantias puramente formais, proporcionando um serviço real a todos os cidadãos, servindo a maioria mas sem deixar de respeitar e de atender às minorias⁶⁰⁰.

Surpreendentemente, o último ponto abordado no tópico acima, vedação de imposição de sanção mais grave que a culpabilidade concretamente aferida, constitui controvérsia com base na ideia de que a limitação dos fins preventivos da pena seria incompatível com a noção de pena socialmente útil, demandada por um Estado secularizado demanda uma pena socialmente útil. Essa crítica se relaciona com o conceito de eficácia do direito penal, tal como apregoada pela teoria da análise econômica do direito penal, e sua falha reside na pressuposição de que seja possível demonstrar de maneira exata a idoneidade da pena para alcançar determinado fim. Isso exigiria uma demonstração empírica que a ciência do direito não pode proporcionar⁶⁰¹.

Essa constatação também não deixa de caracterizar um risco, pois as agências políticas, aceitando serem indemonstráveis os efeitos preventivos, atribuem a si mesmas a faculdade de estabelecer penas de modo arbitrário, sem qualquer consideração pela hierarquia dos bens jurídicos atingidos. Tal postura se deve geralmente à confusão entre os conceitos de bem jurídico tutelado e bem jurídico ofendido, sendo certo que, como se verá no próximo tópico, aderir ao primeiro resulta na neutralização do efeito limitativo ou regulador do segundo⁶⁰².

Faria Costa⁶⁰³ vai além, sustentando ser impossível negar o caráter retributivo da pena, preferindo defender uma teoria da neo-retribuição. Para esse autor, o direito do cidadão a ser punido com uma pena justa exige uma fundamentação e uma leitura dos fins da pena aptas a realizar a responsabilidade e a igualdade

⁵⁹⁹ ZAFFARONI, *et alii*, ob cit., p. 230/231.

⁶⁰⁰ MIR PUIG, ob cit., p. 30/33.

⁶⁰¹ BACIGALUPO, ob cit., p. 152/153.

⁶⁰² ZAFFARONI, *et alii*, ob cit., p. 231.

⁶⁰³ COSTA, ob cit., p. 230/231.

material. O direito à pena justa afirma-se como um direito especial, havendo certos pressupostos para determinar sua natureza, sentido e limites: (1) é um direito indisponível; (2) tem a natureza de um direito humano fundamental; (3) seu sentido jurídico encontra-se no bem que a execução concreta da pena pode proporcionar; e (4) o limite está em que a sua plenitude de realização se atinge com o cumprimento integral da pena.

De todo modo, sendo altamente duvidosa a idoneidade da pena para alcançar os objetivos preventivos tradicionais, encontra-se vedada a instrumentalização de pessoas para a obtenção de fins que não se sabe atingíveis, uma vez que absolutamente impossível sua aferição empírica⁶⁰⁴.

É possível vislumbrar um exemplo de desproporcionalidade e irracionalidade da cominação de pena nas hipóteses de crimes tributários. O Art. 1º, incisos I a V, da Lei nº 8.137/90, prevê para os casos de sonegação fiscal mediante supressão ou redução de tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, pena de reclusão de dois a cinco anos, e multa, mas a legislação extra penal e a própria jurisprudência já pacificaram o entendimento de que o pagamento integral do tributo (obrigação, aliás, independente ao direito penal e pre existente) extingue a punibilidade do crime em qualquer fase do procedimento penal, não restando qualquer mácula ao sujeito, e possibilitando o recebimento de benefício econômico pelo erário.

Por outro lado, os crimes de homicídio culposo do art. 121, do Código Penal, bem como de homicídio culposo na direção de veículo automotor do art. 302, da Lei nº 9.503/97, ostentam penas cominadas menores (o primeiro, um a três anos, e o segundo, dois a quatro anos), apesar de lidarem com a ofensa de um bem jurídico superior, e mesmo enquadrados na modalidade culposa não permitem ao Poder Público transacionar com a pena, sendo certo que até mesmo a imposição da suspensão condicional do processo, se respeitados seus requisitos e suas condições, importa na assunção de alguma obrigação pelo sujeito.

Assim, sustenta-se que a racionalidade na aplicação das sanções penais, e a adoção de uma postura condizente com a pretensão de correção, dependem de uma densa e avançada carga de fundamentação quando do sopesamento da pena proporcional e adequada, em uma tentativa de impedir as investidas do

⁶⁰⁴ BACIGALUPO, ob cit., p. 152/153.

autoritarismo, da instrumentalização da pena e dos perigos inerentes à concepção sistêmica do chamado direito penal do inimigo⁶⁰⁵.

5.3.4 O princípio da lesividade: delimitação do bem jurídico ofendido

O princípio jurídico representante da liberdade geral do indivíduo cristalizou-se no direito penal por meio do princípio da lesividade, em virtude do qual somente cabe a aplicação de sanção penal quando realizada uma ação humana que afete a liberdade dos demais cidadãos⁶⁰⁶.

A Constituição Federal de 1988 não consagra explicitamente o princípio da ofensividade, mas é possível vislumbrá-lo como consequência do estudo do princípio da proporcionalidade, e de seus sub princípios da necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito, atuando na tentativa de impor limites ao legislador nas suas opções legislativas. O primeiro limite pode ser encontrado no princípio da economia das proibições penais, do qual derivam o princípio da pena mínima necessária (necessidade) e o da máxima economia na configuração dos delitos (adequação), e o segundo da própria secularização do direito e de sua separação da moral, este sim diretamente relacionado com o princípio da lesividade⁶⁰⁷.

Historicamente, o princípio da lesividade tem tido papel essencial na definição do moderno Estado de direito e na elaboração de um direito penal mínimo, facilitando uma fundamentação laica e jurídica, orientada a tutela dos direitos e interesses considerados necessários ou fundamentais⁶⁰⁸.

Conseqüentemente, o Estado (1) não pode estabelecer uma moral, (2) deve garantir um âmbito de liberdade moral, e (3) não pode atribuir penas ao exercício dessa liberdade. Lógica esta que se apresenta em conformidade com a Constituição

⁶⁰⁵ COSTA, ob cit., p. 234/235.

⁶⁰⁶ SILVESTRONI, ob cit., p. 145.

⁶⁰⁷ FERRAJOLI, ob cit., p. 372/373.

⁶⁰⁸ Idem, p. 374.

Federal, cujo art. 5º assegura a livre manifestação do pensamento, a inviolabilidade da liberdade de consciência e de crença, a proibição de qualquer privação de direitos em razão da convicção filosófica ou política, a livre expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, e por fim a inviolabilidade da intimidade e da vida privada⁶⁰⁹.

O princípio da lesividade contribui para o afastamento da legitimidade de punição de comportamentos eventualmente tidos como imorais, mas sem qualquer relevância penal uma vez que legitimamente acordados. Para Faria Costa, isso não significa que se exija a produção de uma efetiva lesão ao bem jurídico, cabendo a responsabilização penal mesmo quando se cuide de perigo de lesão⁶¹⁰.

Uma vez que a lógica de um ordenamento jurídico-constitucional encontra-se estruturada sobre a base de um princípio norteador das ideias básicas de toda a ordem constitucional, qual seja, o princípio do Estado de direito, e que a finalidade por este almejada de “ordem e paz” importaria na inafastável tarefa de tutela de bens, assim reconhecidos pelo ordenamento jurídico, surge o direito penal contemporâneo como instrumento de persecução desse fim⁶¹¹.

Desse princípio geral fundamental de tutela de bens jurídicos ínsito ao Estado de direito, decorrem outros dois princípios de direito penal, traduzidos pelo (1) princípio constitucional de garantia, fundado na necessária ofensa e na tutela do bem jurídico constitucional liberdade; e (2) princípio constitucional impositivo, representado pela ideia de intervenção penal necessária, e igualmente fundado na necessidade de tutela de bens, assim reconhecidos pelo ordenamento jurídico-penal⁶¹².

Esses dois princípios estão interligados, não havendo sentido falar em princípio da ofensividade na ausência de intervenção, bem como em intervenção penal necessária na ausência de ofensividade. Mas por se tratarem de princípios, onde predomina a convivência conflitual, poder-se-ia formar uma zona de tensão entre o problema da ofensividade em face das necessidades da intervenção penal,

⁶⁰⁹ ZAFFARONI, *et alii*, ob cit., p. 225.

⁶¹⁰ COSTA, José de Faria. *Noções fundamentais de direito penal*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 181.

⁶¹¹ D'AVILA, ob cit., p. 65.

⁶¹² *Idem*, p. 66.

sob a faceta de prevenção geral⁶¹³.

Contudo, uma suposta necessidade de manutenção da prevenção geral não autoriza que se extrapole o limite da ofensividade, nem o próprio âmbito possível de tutela jurídico-penal. Tanto o princípio da ofensividade quanto o da intervenção penal necessária (de onde provém a noção de prevenção geral) decorrem do mesmo princípio originário de tutela de bens jurídicos, cujo domínio normativo veda o reconhecimento constitucional dos crimes sem ofensa⁶¹⁴.

Daí deriva ser imprescindível diferenciar entre o princípio político da lesividade, que exige do direito penal a tutela dos direitos e bens fundamentais, e a natureza da proteção normativa, ou efetiva, dispensada pela lei penal e por sua aplicação. Para Ferrajoli, um programa de direito penal mínimo deve apontar para uma massiva deflação dos bens penais e das proibições legais, como condição de sua legitimidade política e jurídica, atuando o princípio da lesividade como instrumento de limite à legislação, permitindo a reelaboração do rol de delitos e as respectivas cominações de penas⁶¹⁵.

O primeiro limite apontado, decorrente da aplicação do princípio da lesividade, seria de caráter quantitativo. Aqui seriam diretamente afetados os delitos de bagatela, que não justificariam a existência nem do processo penal nem da pena, advogando ainda Ferrajoli a possibilidade de descriminalização – em nome da máxima economia das proibições penais – da categoria das contravenções penais e dos delitos puníveis exclusivamente com penas pecuniárias ou, alternativamente, com pena privativa de liberdade. Para o autor, *“se o legislador configura um delito como contravencional e/ou prevê para ele uma sanção desse tipo, coloca de manifesto que não considera que a conduta ilícita seja lesiva de bens fundamentais e que o direito penal é um instrumento desproporcionado para preveni-lo”*⁶¹⁶.

O segundo limite seria de caráter qualitativo, restringindo à denominação de bens afetados, somente aqueles em que se pudesse observar uma lesão direta a outras pessoas, individualmente consideradas. Restariam afastados do rótulo de

⁶¹³ D'AVILA, ob cit., p. 67.

⁶¹⁴ Idem, p. 69/70.

⁶¹⁵ FERRAJOLI, ob cit., p. 381.

⁶¹⁶ Idem, p. 382.

bens jurídicos categorias abstratas, tais como a personalidade do Estado, a administração pública, a ordem econômica, entre outros, todos esses caracterizados por serem termos vagos e valorativos, opostos ao princípio da estrita legalidade⁶¹⁷.

O terceiro e último limite resultaria da consequência da aplicação dos dois anteriores, e das modificações estruturais que o princípio da lesividade acarretaria a maior parte dos delitos. Aqui estariam incluídos os crimes definidos como “atos dirigidos a”, criminalizando desde a cogitação e os atos preparatórios, independentemente da constatação do perigo a que os bens afetados estivessem sujeitos, bem como os delitos de perigo abstrato ou presumido pela lei. Tais tipos penais deveriam ser reestruturados sobre a base do princípio da lesividade, como delitos de lesão, ou ao menos de perigo concreto, e nos casos em que essa reestruturação fosse impossível, não restaria outra alternativa que não sua supressão⁶¹⁸.

O princípio da lesividade teria, assim, a função de minimização das proibições penais, atuando como um medidor de tolerância, com o objetivo de reduzir a intervenção penal ao mínimo necessário, de modo a reforçar sua legitimidade e credibilidade⁶¹⁹.

Em verdade, a simples invocação desse princípio não equivale a sua real implementação. A título exemplificativo, uma visão estritamente formalista poderia confundi-lo com o próprio princípio da legalidade, haja vista as teorias tradicionais sustentarem que a mera criação da norma penal já carrega em si o bem jurídico digno de proteção. Contudo, adotar tal orientação importaria em conferir à lesividade um tratamento exclusivamente dogmático, afastando-o de qualquer debate de fundo político criminal⁶²⁰.

Uma adequada aplicação do princípio da lesividade demanda uma correta e

⁶¹⁷ “À medida que o Estado, num ordenamento democrático, não constitui um bem ou um valor enquanto tal, esses delitos – descritos normalmente em termos vagos e valorativos e, por isso, opostos ao princípio da estrita legalidade – resultam, na maior parte dos casos, sem objeto, perdendo, portanto, sua razão de ser” (Idem, p. 382/383).

⁶¹⁸ Idem, p. 383.

⁶¹⁹ Idem, p. 384.

⁶²⁰ BUSTOS RAMÍREZ, J., *Principios fundamentales de un Derecho Penal democrático*. In: Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica. Año 5, n. 8. Marzo de 1994. Disponível em: <<http://www.poderjudicial.go.cr/salatercera/revista/REVISTA%2008/bustos08.htm>>. Acesso em 01 jun. 2012.

prévia elaboração do conceito de bem jurídico, a qual, de acordo com Zaffaroni e Nilo Batista, não poderia se satisfazer com a mera noção de bem jurídico tutelado, impondo-se ao legislador, e mais especificamente ao magistrado, a análise do bem jurídico efetivamente lesionado ou exposto a perigo⁶²¹.

Não há comprovação de que a edição de uma lei penal seja capaz de tutelar um bem jurídico, sendo esta uma afirmação exclusiva da agência política criminalizante, cuja verificação não está ao alcance da lei, mas sim da sociologia, mediante o estudo da realidade social. Por outro lado, falar em bem jurídico tutelado enseja a neutralização do efeito limitador do bem jurídico ofendido ou exposto a perigo, permitindo a criminalização sem lacunas, e a construção de uma pretensa racionalidade da punição de riscos muito distantes e hipotéticos⁶²².

Esse o quadro no direito penal contemporâneo, em especial no direito penal econômico, decorrente de uma sociedade de risco, que minimiza o conceito de bem jurídico ofendido para justificar a proliferação de tipos de perigo abstrato, a tipificação de atos de tentativas ou dos até então impuníveis atos preparatórios, tudo sob o manto da tutela dos indecifráveis interesses difusos ou dos delitos de perigo comum⁶²³, ensejando verdadeira e indevida administrativização do direito penal.

Um direito penal econômico que se pretenda racional deve reconhecer não apenas a importância da noção de bem jurídico como critério orientador da legislação criminal, devendo levar em conta igualmente sua conjugação com o princípio da lesividade, evitando-se excessos de punição ou criminalizações desnecessárias, cujo objeto não se adequa ao âmbito penal, mas sim a outros setores do direito, como o administrativo.

Como lembra Fabio D'Avila⁶²⁴, o princípio da lesividade, sendo originado do princípio do bem jurídico, está intimamente ligado ao respeito ao direito fundamental da liberdade, de *status* constitucional, cuja relativização somente será autorizada

⁶²¹ ZAFFARONI, *et alii*, ob cit., p. 226/227.

⁶²² “Como a ofensividade passa a segundo plano, ofuscada pela pretensa tutela, e como a tutela não se verifica (senão que só se afirma dedutivamente), acaba se debilitando a própria ideia de bem jurídico, para cair na minimização do conceito e terminar afirmando que a função do direito penal se reduz a garantir a validade das expectativas normativas. Por trás disso fica um único bem jurídico, que é a vontade do Estado” (Idem, p. 227).

⁶²³ Idem, p. 229.

⁶²⁴ D'AVILA, ob cit., p. 69.

quando em jogo outros bens jurídicos de idêntico interesse constitucional, tais como a vida, a integridade física, etc., *“mas nunca posta em cheque no mero intuito de, v. g., otimizar ou facilitar funções administrativas que nem sequer constituem, em si mesmas, bens jurídicos”*⁶²⁵.

Ademais, ao reconhecer no art. 1º, da Constituição Federal de 1988 a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos na República Federativa do Brasil, além de assegurar à responsabilidade penal pessoal uma garantia constitucional, expressa no art. 5º, XLV, depreende-se que o ordenamento jurídico não permite a instrumentalização do ser humano através da criminalização da mera desobediência aos interesses do Estado, cujo objeto se traduz nas diretrizes políticas de prevenção geral positiva⁶²⁶.

Em síntese, a pretensão de correção no direito penal econômico impõe que a carga de fundamentação demonstre a efetiva lesividade causada no bem jurídico, não se satisfazendo com a afirmação vazia de necessidade preventiva de tutela do bem jurídico, nem aceitando uma interpretação puramente formalista mesmo naqueles casos em que a conduta esteja tipificada como de dano concreto, mas que na prática seja inócua para provocar uma mínima ofensa.

Ao legislador o princípio da ofensividade veda a criação de tipos penais que, já em abstrato, sejam considerados fatos inofensivos aos interesses ou valores sociais preexistentes à norma, e ao magistrado impõe como dever a exclusão de delitos onde o fato concreto, ainda que revestido das formalidades legais do tipo, acabe por se revelar totalmente inofensivo para ofender o bem jurídico objeto da norma⁶²⁷.

5.3.5 O princípio da intervenção mínima

O reconhecimento pelo Estado da inexistência de alternativa à criminalização

⁶²⁵ Idem, ibidem.

⁶²⁶ Idem, p. 75.

⁶²⁷ TOZZINI, ob cit., p. 80.

induziria, ao mesmo tempo, ao reconhecimento do fracasso da Administração Pública, obrigando-se a lançar mão de um recurso coercitivo e irracional por natureza, que objetiva buscar uma reparação frente a uma lesão já concretizada, em uma tentativa de prestar consideração a quem pretende uma reação de índole vingativa. Por outro lado, se há alternativas válidas, mas o Estado opta pelo uso do direito penal, dá-se um fracasso intencional por parte da Administração Pública, com sua correspondente degradação moral⁶²⁸.

Daí terem surgido basicamente duas posturas extremas dentre os estudiosos quanto à posição do direito penal no mundo contemporâneo: a dos abolicionistas e a daqueles que defendem a maximização do uso do direito penal⁶²⁹.

Os primeiros sustentam a existência de uma crise do sistema penal, cuja utilização massiva acarreta a violação dos direitos humanos, com enormes custos sociais para a coletividade. Assim, tomando por base inclusive a doutrina utilitarista, o abolicionismo reivindica o desmonte do sistema penal, a concessão de maior relevância à vítima, e o retorno ao uso de outros mecanismos de resolução de conflitos, distintos da via punitiva, tais como a conciliação, o ressarcimento e a reparação⁶³⁰.

Já a postura de maximização do direito penal pode ser encontrada em Estados totalitários, e mesmo em alguns países que se denominam democráticos, mas que ampliam a intervenção punitiva do Estado e a utilização do direito penal como primeiro recurso, para promover o controle social⁶³¹. Essa tendência pode ser observada mas rotineiramente na seara penal-econômica, podendo-se observar na legislação brasileira diversas passagens em que as criminalizações são adotadas em paralelo, ou até mesmo antes das regulamentações administrativas, não havendo sequer a oportunidade de se analisar previamente qual o efeito isolado do procedimento administrativo na contenção social, independentemente da elaboração de cominações penais. Foi assim na edição das Leis nºs 8.137/90 e 8.884/94, ambas regulamentando o abuso do poder econômico, a primeira no âmbito penal e a

⁶²⁸ SILVESTRONI, ob cit., p. 175.

⁶²⁹ ROSALES, ob cit, p. 98.

⁶³⁰ Idem, p. 96.

⁶³¹ Idem, ibidem.

segunda na área exclusivamente administrativa.

A postura intermediária decorreria da adoção da doutrina do direito penal mínimo que, de acordo com Ferrajoli⁶³², não admitiria qualquer imposição de pena sem a comissão de um delito, sua anterior previsão legal como delito, a demonstração da necessidade de sua proibição ou punição, a exposição dos efeitos lesivos a terceiros, o caráter externo ou material da ação criminosa, a imputabilidade e a culpabilidade do seu autor, e a prova empírica produzida por uma acusação perante um juiz imparcial, na condução de um processo público e contraditório em face da defesa, em um procedimento legalmente pré-estabelecido.

Ainda segundo esse autor, as posturas do direito penal mínimo e do direito penal máximo podem conviver no ordenamento de um Estado de direito, cabendo falar em momentos de tendência ao direito penal mínimo e outros de tendência ao direito penal máximo, devido a diferenciação entre os vários níveis de normas. De fato, não é incomum que apesar dos limites garantistas rigorosos impostos pela Constituição haja, nas leis ordinárias e nas práticas judiciais e policiais, figuras de responsabilidade penal sem uma, ou várias, das garantias desejadas. Por isso, a ideia de prevalência do direito penal mínimo corresponde *“não apenas ao grau máximo de tutela das liberdades dos cidadãos frente ao arbítrio punitivo, mas também a um ideal de racionalidade e de certeza”*⁶³³.

Um direito penal racional e correto não apenas permite, mas exige intervenções valorativas de exclusão ou de atenuação da responsabilidade sempre que subsistir incerteza quanto aos pressupostos cognitivos da pena. A discricionariedade judicial deverá ser orientada não para estender, mas sim para excluir ou reduzir a intervenção penal quando ausentes argumentos cognitivos seguros⁶³⁴.

Apesar de não estar expressamente inscrito no texto constitucional, nem nas leis penais, o princípio da intervenção mínima deve integrar a política criminal de um Estado de direito que se pretenda democrático, de observância obrigatória pelo legislador e pelo intérprete da lei, pela sua compatibilidade e conexão lógica com

⁶³² FERRAJOLI, ob cit., p. 83.

⁶³³ Idem, ibidem.

⁶³⁴ Idem, p. 84.

outros princípios jurídico-penais, dotados de positividade⁶³⁵.

Interessante notar que a própria denominação intervenção mínima, e o caráter de autonomia de seus dois sub-princípios – subsidiariedade e fragmentariedade – não são matérias pacíficas na doutrina. Mir Puig⁶³⁶ prefere utilizar a expressão *ultima ratio*, identificando-a com o caráter subsidiário do direito penal, ao lado do princípio da fragmentariedade. Prado⁶³⁷ prefere a denominação “intervenção mínima”, aderindo no mais ao raciocínio de Mir Puig, assim como Muñoz Conde⁶³⁸ enxerga a subsidiariedade, ou acessoriedade do direito penal, como apenas uma das consequências que derivam do princípio da intervenção mínima. Japiassú e Souza⁶³⁹, por seu turno, entendem que o postulado da intervenção mínima confunde-se com a noção de *ultima ratio*, separando-o nas suas duas vertentes de subsidiariedade e fragmentariedade.

Nesse trabalho adota-se a denominação “intervenção mínima”, acolhendo a subdivisão realizada entre o caráter fragmentário do direito penal e sua natureza subsidiária, assumindo-se que a legislação criminal não detém um sistema exaustivo de proteção e bens jurídicos, caracterizando-se, por outro lado, como um sistema descontínuo de ilícitos, construído a medida que se vislumbra a necessidade de criminalização⁶⁴⁰.

Assim, duas são as características decorrentes da noção de intervenção mínima: a fragmentariedade e a subsidiariedade, sendo certo que esta última promove a discussão sobre a autonomia do direito penal e se sua natureza seria constitutiva ou sancionadora⁶⁴¹.

Fragoso e Aníbal Bruno integravam a corrente constitutiva do direito penal, fundamentando que o direito penal, ao tutelar bens e interesses jurídicos já tutelados

⁶³⁵ BATISTA, ob cit, p. 85.

⁶³⁶ MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases del derecho penal*. 2. ed. Buenos Aires: Euros Editore, 2003, p. 109.

⁶³⁷ PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. 5. ed. São Paulo: RT, vol. 01, 2005, p. 149.

⁶³⁸ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción al derecho penal*. 2. ed. Buenos Aires: Euros Editores, 2001, p. 108.

⁶³⁹ SOUZA, Artur de Brito Gueiros. JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano, ob cit., p. 65.

⁶⁴⁰ LUISI, ob cit, p. 40.

⁶⁴¹ BATISTA, ob cit., p. 85.

pelo direito privado, o faz de forma peculiar e autônoma⁶⁴². Nilo Batista informa que os principais argumentos dessa corrente seriam: (1) o caráter original do tratamento penal (não há dúvida que a pena é algo exclusivo do direito penal); (2) a convivência de conceitos jurídicos similares com distintos conteúdos, dependendo de sua alocação no direito penal ou em outro ramo do direito (conceito de bem imóvel é distinto no direito privado e no direito penal, por exemplo); (3) a existência de matéria só versada pelo direito penal (como o crime de omissão de socorro ou de crueldade contra os animais)⁶⁴³.

Mas uma vez aceita a concepção predominante do caráter unitário do ilícito perante todo o ordenamento jurídico, falece credibilidade à corrente constitutiva, impondo-se a conclusão pelo caráter sancionador do direito penal.

Idêntico raciocínio já era desenvolvido por Binding, a quem se atribui o início dos estudos sobre a subsidiariedade do direito penal por meio da elaboração de sua teoria das normas, e da distinção realizada por aquele autor entre norma e lei penal: partindo do pressuposto que o sujeito infringe a norma, entendida esta não como uma parte, mas sim como preceito autônomo de direito público em geral, caberia à lei penal a função única de sancionar as ações proibidas pela norma, significando que o direito penal possui natureza meramente complementar, acessória, e não constitutiva. Na mesma linha era a orientação de Beling, para quem o direito penal é um ramo que se constrói sobre os demais, tem sua referência nestes, e somente em relação a estes pode funcionar⁶⁴⁴.

Aliado a isso, o princípio da fragmentariedade impede uma postura onipresente da tutela penal⁶⁴⁵, por meio da qual sancionaria toda e qualquer conduta lesiva a todo e qualquer bem jurídico, substituindo-a pela obrigação de selecionar dentre aquelas ações que efetivamente constituiriam ataques mais graves aos bens jurídicos mais importantes.

O que para Binding era considerado um defeito, preocupando-se com o

⁶⁴² FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal – parte geral*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 16.

⁶⁴³ BATISTA, ob cit., p. 88/89.

⁶⁴⁴ MUÑOZ CONDE, ob cit., p. 109.

⁶⁴⁵ BRICOLA, Franco. *Politica criminale e scienza del diritto penale*. Bologna: Società editrice il Mulino, 1997, p. 190.

estabelecimento de regras penais para sanar as lacunas existentes na legislação e que inviabilizavam a integral proteção dos bens jurídicos, no contemporâneo Estado de direito é tido como uma garantia de respeito à liberdade do cidadão, amparada inclusive pela concepção preventiva do direito penal, para a qual o limite do poder punitivo estaria na absoluta necessidade de defesa da sociedade⁶⁴⁶.

Para Muñoz Conde⁶⁴⁷, assumir o caráter fragmentário do direito penal importaria em reconhecer ao mesmo três características: (1) a tutela penal de determinado bem jurídico somente incidiria em ataques de especial gravidade e constatadas certas intenções, o que em alguns casos excluiria a punibilidade de delitos imprudentes; em consequência (2) as tipificações penais englobariam apenas uma parte do que fosse considerado antijurídico pelos demais ramos do direito; e (3) restariam sem castigo atitudes meramente imorais.

Luiz Luisi⁶⁴⁸ alerta que no Brasil é possível verificar um fenômeno de crescimento desmedido do direito penal, entendido como um instrumento facilitador para enfrentar os problemas de uma sociedade complexa. Em uma rápida retrospectiva da legislação criminal brasileira, expõe que os Códigos Penais até então existentes não ficaram imunes a modificações para favorecer o alargamento da criminalização.

Começando pelo Código do Império, de 1830, apesar de não ter sofrido muitas alterações durante seus 60 anos de vigência, por vezes precisou transigir com os princípios iluministas que o inspiraram por força dos interesses das classes dominantes. Já o primeiro Código Penal republicano (1890) teria sofrido, ao longo de cerca de 50 anos de vigência, inúmeros acréscimos, ensejando o aparecimento de intensa legislação extravagante, mais ou menos sistematizada com a Consolidação das Leis Penais em 1932⁶⁴⁹.

Por fim, o Código Penal de 1940. Apesar de sua parte especial permanecer em vigor, já foi praticamente descaracterizada pela profusão de alterações legislativas, seja alterando tipos penais pré existentes, seja incluindo novos tipos

⁶⁴⁶ MIR PUIG, ob cit., p. 111.

⁶⁴⁷ MUÑOZ CONDE, ob cit., p. 124/125.

⁶⁴⁸ LUISI, ob cit., p. 43.

⁶⁴⁹ Idem, p. 43/44.

penais, muitas vezes desnecessários e elaborados sem a devida atenção às melhores técnicas legislativas⁶⁵⁰.

Na legislação penal econômica o cenário é ainda pior. Desconsiderando que o ordenamento jurídico deve ser analisado como um todo, sendo o direito penal nada mais que seu “braço armado”, há uma tendência do legislador em se socorrer permanentemente das tipificações penais na seara econômica, em alarmante afronta ao princípio da intervenção mínima⁶⁵¹.

As leis penais mais recentes parecem perseguir o objetivo de incrementar a criação de novos delitos, agravar as penas dos já existentes, ou ampliar a esfera das situações de perigo. Exemplificativamente, a imposição de sanções administrativas, apesar de por vezes já ser suficiente para atingir e até mesmo castigar práticas abusivas por parte do corpo diretivo de determinada empresa, raramente vem desacompanhada da correspondente acusação criminal, cabendo inclusive a discussão de eventual desrespeito ao princípio do *non bis in idem*.

Portanto, uma utilização racional das normas de direito penal econômico impediria a edição e a aplicação concomitante das regras de direito administrativo e de direito penal para a mesma situação concreta, sem que antes fosse verificada (1) a relevância do bem jurídico ofendido em contraste com os valores fundamentais, os bens essenciais à vida, à saúde e ao bem-estar da população⁶⁵², e (2) a satisfação daqueles valores e interesses mediante o uso apenas do ramo jurídico cível ou administrativo, sem a aplicação imediata do direito penal.

Uma vez assentado que o direito penal somente deve intervir quando fracassarem todas as demais barreiras protetoras do bem jurídico pertencentes as demais áreas do direito, resta analisar a possibilidade de se desenvolver uma política criminal uniforme, consentânea com as exigências de uma legislação criminal econômica racional.

5.4 A exigência de uma política criminal uniforme, apta a nortear o operador do direito

⁶⁵⁰ Idem, p. 44.

⁶⁵¹ BATISTA, ob cit., p. 89.

⁶⁵² Idem, p. 90.

Via de regra, governos considerados mais conservadores tendem a adotar decisões de política criminal com orientação diversa dos governos mais progressistas, mas este não tem sido o cenário observado, sobretudo dentre os governos ocidentais progressistas no final do século XX e começo do século XXI⁶⁵³.

Após a 2ª Guerra Mundial havia a convicção de que o direito penal iria evoluir para alcançar a racionalidade e para a definitiva humanização. Contudo, no final do século XX, sociedades modernas, organizadas politicamente, e com sistemas democráticos avançados e consolidados, passaram a produzir um direito penal próprio de sociedades submetidas a regimes não tão democráticos, ao mesmo tempo em que governos de esquerda têm abraçado sem pudor discursos e esquemas ideológicos, em matéria de política criminal, próprios de regimes políticos conservadores⁶⁵⁴.

De fato, passadas a Segunda Grande Guerra e a chamada Guerra Fria, o capital teria mudado de natureza com a globalização, predominando os interesses especulativos. É que diversamente do capital produtivo, o capital globalizado é manejado não por empresários, mas por administradores de conglomerados, que utilizam o sistema financeiro internacional com a obrigação de obter o maior lucro possível no menor tempo. Em consequência, tornou-se frequente que a competição entre esses administradores leve-os a transitar por uma zona capaz de se confundir com a delinquência econômica, e cujo insucesso tem aptidão para provocar catástrofes financeiras de dimensões mundiais⁶⁵⁵.

Paralelamente, as políticas criminais de vários países industrializados estão se tornando uma arena estratégica para a exibição de políticos. A adoção do capital especulativo tanto favoreceu a internacionalização da economia quanto permitiu sua falta de controle, trazendo incertezas e favorecendo o discurso da necessidade de regulação das consequências da economia desregulada. Tais incertezas (mudanças frequentes e degradação das condições de vida para os segmentos mais vulneráveis

⁶⁵³ BLASCO, Bernardo del Rosal. *La estrategia actuarial de control del riesgo en la política criminal y en el derecho penal*, tomo I. In: *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal*. M.L. Cuerda Arnau (Coord.), Valencia: Tirant lo Blanch, 2009, p. 473.

⁶⁵⁴ Idem, p. 474.

⁶⁵⁵ ZAFFARONI, E. Raul. *O inimigo no direito penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, pp. 59 e 62.

da população) acabam sendo mascaradas pelas promessas políticas na adoção de medidas severas contra os criminosos⁶⁵⁶.

Esse raciocínio parece se adequar não apenas a chamada “criminalidade de rua”, dos delitos contra a vida e o patrimônio, também encontrando guarida dentre os crimes econômicos, sendo frequentes as argumentações de políticos e membros do Poder Judiciário no sentido de imputar ao acusado por essa espécie de delitos mais que a responsabilidade pelo fato em si, mas igualmente os resultados degradantes globais da utilização do capitalismo como sistema econômico dominante.

Como bem explicitado por Zaffaroni⁶⁵⁷, esse cenário favorece a criação de uma legislação inquisitória, com delatores, procedimentos secretos e quebras de sigilo, tudo em nome da prevenção de um conjunto de infrações designadas genericamente de crime organizado, e que equivalem a uma criminalidade de mercado. Sob esse manto, são englobadas hipóteses conflitivas tais como a lavagem de dinheiro, habilitando o poder punitivo e a intromissão do Estado em qualquer atividade econômica incômoda ao governo, ou que seja útil para eliminar os competidores, sem os limites nem as garantias constitucionais correspondentes.

Surge uma nova relação entre políticos, o público e os especialistas do sistema penal, segundo a qual os políticos têm mais autoridade, os especialistas têm menos influência e a opinião pública torna-se o ponto de referência para determinar as posições. A justiça criminal tornou-se mais sensível ao humor público, e novas leis e políticas são instituídas sem consulta prévia aos especialistas do sistema penal, adotando-se um estilo populista de fazer política. Assim se materializa a política criminal contemporânea: não passa de uma tática para a obtenção de dividendos políticos de curto prazo, atenta ao sentimento público de que os criminosos estão sendo insuficientemente punidos ou inadequadamente controlados⁶⁵⁸.

Há um desrespeito crescente pelos direitos dos acusados, sendo cada vez mais comuns a divulgação de dados constitucionalmente considerados sigilosos, como uma forma de prestação de contas comunitária. Na atual sociedade de

⁶⁵⁶ CHRISTIE, Nils. *Uma razoável quantidade de crime*. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 161.

⁶⁵⁷ ZAFFARONI, E. Raul. *O inimigo no direito penal*, p. 63/64.

⁶⁵⁸ GARLAND, ob cit., p. 372/373.

informação, as agências tendem a compartilhar as informações obtidas com o público, em especial quando dizem respeito a riscos à segurança pública e a perigos potenciais: “‘criminosos’ têm poucos direitos ligados à intimidade que possam obstar o avassalador direito de informação do público”⁶⁵⁹.

Enquanto é atribuído cada vez menos valor aos direitos do acusado, expandem-se os interesses das vítimas, chegando-se ao ponto de construções dogmáticas que não permitem a existência de crimes sem vítimas. Ainda que da construção legislativa não se possa apontar alguém em particular que tenha sido atingido pela conduta delitiva, não impede a invocação de uma vítima coletiva (a comunidade e sua qualidade de vida), que suportaria os efeitos negativos decorrentes de comportamentos proibidos⁶⁶⁰.

Além disso, estabelece-se uma nova geometria do poder, com novos atores sociais assumindo o lugar de destaque antes apenas reservado, por exemplo, aos sindicatos, e aos partidos políticos. As novas instituições legitimadoras do poder se materializam nos grupos religiosos, étnicos, ambientalistas, nos movimentos de identidade sexual, e principalmente nos grandes conglomerados econômicos que se unem mediante um processo de monopolização, todos tentando fazer prevalecer seus interesses e maximizar sua capacidade de representação pelos meios de comunicação⁶⁶¹.

Em resumo, o incremento da tecnologia da informação, a crise do capitalismo e suas subsequentes reestruturações, bem como o surgimento de movimentos culturais e sociais, como o ambientalismo, desencadearam a criação de uma nova estrutura social e de uma nova economia, informacional e global⁶⁶².

Paralelamente, percebe-se um processo crescente de normatização e de maleabilidade da teoria do delito, especialmente no tocante a macrocriminalidade e à criminalidade da empresa, flexibilizando-se o direito penal vigente e privilegiando-se as soluções jurisprudenciais. A título exemplificativo, observe-se que boa parte do

⁶⁵⁹ Idem, p.384/385.

⁶⁶⁰ Idem, ibidem.

⁶⁶¹ ZÚÑIGA RODRIGUEZ, Laura. *Viejas y nuevas tendencias polímicriminales en las legislaciones penales. In: Derecho penal de la democracia vs seguridad pública*. Nieves Sanz Mulas (coord.), GRANADA: Comares, 2005, p. 105.

⁶⁶² Idem, p. 104.

direito administrativo sancionador passou a ser tido como mais um setor do direito penal, e a tipificação dos novos delitos, ainda que em confronto com os princípios básicos do direito penal, têm recebido cada vez mais amparo doutrinário como forma de prestigiar possíveis soluções às chamadas novas formas de criminalidade⁶⁶³.

Mas para Mir Puig⁶⁶⁴, todo direito penal deve obedecer a uma determinada política criminal, e esta por seu turno depende da política geral própria do Estado a que corresponde. A política criminal de dado país vincula-se diretamente com os princípios de sua organização política, sendo certo que nos Estados constitucionais é a Constituição quem assenta as bases da política criminal e do direito penal. Isso, claro, sem desconsiderar as declarações internacionais de respeito aos direitos humanos, de respeito obrigatório em uma lógica globalizada, sujeitando as legislações penais aos princípios e direitos fundamentais reconhecidos em nível internacional, e em consonância com os princípios de um Estado constitucional.

Somente para ilustrar, a opção política recorrente de uso dos tipos penais de perigo abstrato como uma tentativa para diminuir as condutas atentatórias ao meio ambiente ou ao sistema financeiro transparece uma busca pela eficácia penal, que importará no mínimo em profundas mudanças de interpretação de duvidosa constitucionalidade. Desconsidera-se que um dos fundamentos do direito penal é a precisão e a permanência de suas definições, garantidas mediante o respeito ao princípio da legalidade, portanto, pretender controlar as diversas situações de risco da sociedade moderna por meio da regulação jurídica penal é algo incompatível com a tradição liberal do direito penal⁶⁶⁵.

José Ángel Fernández Cruz⁶⁶⁶, por outro lado, entende que a decisão político criminal, enquanto não concretizada em uma norma, se reveste de uma carga axiológica em constante processo de mudança, logo, um modelo geral de racionalização do direito penal passaria pelas seguintes etapas: (1) o processo de

⁶⁶³ Idem, p. 111.

⁶⁶⁴ MIR PUIG, Santiago. *Constitución, derecho penal y globalización*. In: *Nuevas tendencias em política criminal*. Buenos Aires: Euros, 2006, p. 116/117.

⁶⁶⁵ HERZOG, Félix. *Límites del derecho penal para controlar los riesgos sociales*. In: *Poder judicial*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2. época, n. 32, dez. 1993, p. 81/82.

⁶⁶⁶ CRUZ, José Ángel Fernández. *La legitimación social de las leyes penales: límites y ámbito de su aplicación*. In: *Revista de derecho de la pontificia universidad católica de Valparaíso*. XXXIII, 2. sem., 2009, p. 233.

legitimação da decisão político criminal; (2) o processo de elaboração das leis penais; (3) o processo de interpretação e de aplicação das leis penais, e consequentemente de sua racionalização constitucional.

Diversas seriam as razões para a formação de uma decisão político criminal, mas sua exteriorização e legitimação deveriam sempre estar orientadas por um desses três aspectos: a realidade social, sua adequação a certos princípios éticos e sua aceitação por parte dos destinatários. Tal legitimação constituiria o processo de formação dos bens jurídicos, e representaria um dos primeiros critérios de racionalização da lei penal, atuando como pressuposto prévio aos processos de criação, interpretação e aplicação da norma penal⁶⁶⁷.

No âmbito econômico, a utilização do direito penal tem sido cada vez mais demandada, em especial após a profunda crise econômica e financeira que assolou os países industriais em 2011. A liberdade antes conferida às transações financeiras agora está sendo objeto de uma regulação totalmente nova e de uma revisão nos sistemas de garantias. A informatização da informação, aliada a existência de provedores de serviços transnacionais, tais como companhias de cartões de crédito, linhas de transporte aéreo e companhias de telecomunicações, que dispõem de dados sobre os usuários e potenciais perfis de risco, fazem com que os pontos de referência ultrapassem o território nacional e alcancem interesses mais difusos. Isso implicará no incremento do direito penal econômico em nível internacional, pois é visto como um direito capaz de fornecer uma sensação de segurança social⁶⁶⁸.

Mas apesar da constatação de que o direito penal econômico continuará evoluindo rumo a uma especialização cada vez maior, inúmeras são as questões que surgirão nesse caminho, por exemplo, se a responsabilidade penal objetiva será aceitável, ou se a influência da globalização poderá ensejar a flexibilização dos princípios de direito penal⁶⁶⁹.

Apesar da pretensão de uniformização das legislações em assuntos como lavagem de dinheiro, responsabilidade penal das pessoas jurídicas e outras

⁶⁶⁷ Idem, p. 234.

⁶⁶⁸ VERVAELE, John A. E. *Un enfoque histórico al Derecho Penal Económico y Financiero. In: Reflexiones jurídicas y políticas*, Volume 3, 2011, pp. 9-54.

⁶⁶⁹ Idem, ibidem.

questões relacionadas a economia e ao sistema financeiro mundial, o direito, e precisamente o direito penal, é um produto decorrente do desenvolvimento cultural de determinado Estado, e a imposição de uma regulação unitária, apartada das tradições jurídicas de cada país, não seria uma meta factível, tampouco desejável. Cada Estado deveria preservar sua autonomia cultural, e conseqüentemente elaborar suas próprias leis penais, de acordo com as particularidades dos institutos, regras e princípios por ele historicamente acolhidos⁶⁷⁰.

E a autonomia cultural de um Estado encontra-se cristalizada na Constituição a ele vinculada, onde são estabelecidos princípios fundamentais a todo o ordenamento jurídico, definidas as finalidades e os limites do poder punitivo, e estabelecidos os postulados de argumentação e de aplicação do direito, tanto na fase legislativa quanto na judicial. Em suma, as instituições de direito penal devem ser o reflexo da filosofia que inspira a Constituição, e os direitos fundamentais nesta inscritos terão influência direta nas codificações infraconstitucionais, orientando todo o processo de produção legislativa e de interpretação judicial⁶⁷¹.

⁶⁷⁰ ROXIN, Claus. *Dogmática penal y política criminal*. Lima: Idemsa, 1998, p. 446.

⁶⁷¹ HERRERA, Esiquio Manuel Sánchez. *Dogmática Penal fundada en los principios constitucionales con orientación a las consecuencias*. Santa Fé de Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez, 2000, p. 29.

CONCLUSÃO

O ordenamento jurídico, e aqui se trata mais especificamente do ordenamento jurídico penal, apresenta-se como uma estrutura que engloba uma totalidade de elementos, onde um condiciona a existência do outro. Apesar dessa estrutura não ser estática, alterando-se de acordo com o dinamismo social, a modificação de um de seus elementos exige uma auto-regulação uniforme dos demais, condizente com as bases sobre as quais se apoia, impedindo que o ordenamento perca sua identidade.

Para se estabelecer uma ordem, e exigir obediência a mesma, impõe-se uma regularidade que tornem minimamente previsíveis as reações do sistema jurídico penal a situações semelhantes, consideradas típicas, de modo a assegurar que certas diretrizes permanecerão constantes de acordo com um modelo previamente estabelecido.

Igualmente, entendendo-se que dentro de um ordenamento há normas dispostas em níveis de hierarquia diversos, é preciso determinar os critérios para aferição de quais normas servirão a validar as demais, dentro de uma estrutura onde normas de grau superior convalidam outras, de grau inferior, que devem se amoldar àquelas no que se refere ao conteúdo.

Contemporaneamente, sustenta-se o predomínio da jurisdição sobre a legislação quando o assunto é garantir uma aplicação uniforme do direito, respeitando as diretrizes do ordenamento, sem descuidar do confronto entre a lei ordinária e seu fundamento de validade. Tomando por base o mecanismo de controle da constitucionalidade das leis, confere-se ao magistrado a responsabilidade pela racionalidade jurídica, haja vista a amplitude dos princípios constitucionais e a necessidade de ponderação para determinar qual deles prevalece caso a caso.

O Poder Judiciário assume o papel de mantenedor de princípios garantistas uma vez que a lei, como ordem geral, não seria adequada para assegurar os direitos e as liberdades dos cidadãos nos casos concretos, sendo a jurisdição o ente mais indicado a permitir a acomodação da legislação aos inúmeros princípios. Enquanto o legislador seria dirigido por opções políticas, o magistrado estaria mais próximo das

reais necessidades dos indivíduos, atentos à busca dos direitos fundamentais para além da letra da lei.

A crítica inicial é a de que haveria instabilidade em um modelo de racionalidade baseado apenas na jurisdição, cujas decisões, além de não estarem isentas de influência política, refletiriam o poder argumentativo individual de cada magistrado, que utilizaria o texto legal apenas para validar uma decisão previamente tomada. Considerando-se a imprecisão de muitos dos preceitos constitucionais, o julgador poderia, por exemplo, conduzir a análise da dogmática penal para o sentido que melhor lhe conviesse, reinventando institutos conforme o caso concreto.

Por mais este motivo, a jurisdição não pode abstrair da racionalidade do processo legislativo, vedando-se ao julgador prescindir do criador da norma, pois as razões para sua aplicação devem sempre vir acompanhadas daquelas inerentes à sua criação, e com os argumentos desenvolvidos na elaboração do Direito.

O mais correto parece ser que a racionalidade de ambos os setores deva partir de uma base ética em comum, ainda que o âmbito de atuação seja diverso. Independente da apreciação macro (legislativa) ou micro (jurisdicional) que se faça em cada questão jurídica apresentada, os parâmetros para análise e os fins a serem alcançados naquele sistema jurídico demandam homogeneidade.

O argumento fortalece-se ainda mais na esfera do direito penal, onde deve haver indiscutível vinculação do juiz à lei, exigindo-se, portanto, considerável grau de racionalidade legislativa.

Nesse ponto apresenta-se de extrema utilidade a teoria discursiva de Alexy, pautada não apenas na liberdade e igualdade das pessoas, mas principalmente na neutralidade e objetividade dos argumentos, tudo desembocando na Constituição como ponto de referência operativo, integrando a regra de reconhecimento do sistema jurídico.

Impõe-se estabelecer uma objetividade dos juízos morais, construindo-se cânones de racionalidade para o direito mediante a criação de critérios normativos de avaliação e julgamento de correção da norma.

Mesmo sabendo ser impossível estabelecer critérios absolutos e, portanto, alcançar uma única resposta correta, haja vista a multiplicidade de fatores econômicos que podem influir na criação da respectiva lei penal em um determinado

período, ou na sua própria interpretação, apresenta-se de extrema importância fornecer ao menos parâmetros mínimos de aplicação regular, independentemente do dinamismo da matéria que se pretende normatizar.

Mais que o mero fundamento das regras penais, circunscrito à indagação sobre as causas, origem ou fontes do ordenamento jurídico criminal, busca-se a legitimação responsável pela validação daquelas regras.

Essa tarefa certamente demandará um elevado ônus argumentativo e de fundamentação por parte dos operadores do direito, em especial quando se tratar de casos de restrição de direitos individuais em nome da promoção de outros bens coletivos, como parece ter se tornado frequente nas hipóteses de crimes ambientais e econômicos em geral.

Principalmente ao levar-se em conta que o discurso de legitimação de uma norma (o fato de ser digna de reconhecimento) pode ser mutável, pois além do caráter transitório do universo moral, podem ser identificadas circunstâncias imprevistas no caso concreto que obriguem à revisão da legitimação.

Mas apesar dos juízos morais não serem passíveis de avaliação quanto a serem verdadeiros ou falsos, no âmbito da teoria do discurso podem ser submetidos a um ideal de correção, e portanto de racionalidade, pela construção de parâmetros mínimos para guiar a argumentação e pelo dever de fundamentação, garantindo-se aos participantes do processo que foram empreendidos esforços na busca por um ato jurídico correto.

O ordenamento penal anseia por uma racionalidade do conteúdo global de seus institutos, catalogando bens jurídicos a serem protegidos de forma coerente e mantendo um único sistema de responsabilidade penal, tudo referenciado através do controle de constitucionalidade e dos princípios penais estruturantes que servirão de premissa para todo o sistema criminal e funcionarão como controle de legitimação das leis e decisões judiciais.

REFERÊNCIAS

AFTALIÓN, Enrique R. El bien jurídico tutelado (...) por una parte, la categoría de los delitos económicos habrá de estar integrada por aquella por el derecho penal económico. *Revista de Ciencias Penales*, Santiago, n. 2, tomo XXV, maio/ago. 1996.

ALEXY, Robert. *Conceito e validade do direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

_____. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. São Paulo: Landy, 2005.

ALVES, Marco Antonio Sousa. A nova retórica de Chaïm Perelman: considerações sobre a racionalidade, a tensão decisionismo/legalismo, e o Estado Democrático de Direito. In: SEMINÁRIO TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO E NOVA RETÓRICA, 1., 2009, Belo Horizonte. *Seminário...* Belo Horizonte: PUC, 2009. p.1-15. Disponível em: <http://ufmg.academia.edu/MarcoAntonioSousaAlves/Papers/898214/A_nova_retorica_de_Chaim_Perelman_Consideracoes_sobre_a_racionalidade_a_tensao_decisionismo_legalismo_e_o_Estado_Democratico_de_Direito>. Acesso em: 25 ago. 2012.

AMELUNG, Knut. El concepto de bien jurídico en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos. In: HEFEDEHL, Roland. *La teoría del bien jurídico*. Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 229.

ANITUA, Gabriel Ignacio. *Histórias dos pensamentos criminológicos*. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

ARAÚJO JUNIOR, João Marcello. *O direito penal econômico*. São Paulo: RBCCRIM, ano 7, n. 25, jan./mar. 1999.

ARNAUD, André-Jean. *O direito entre modernidade e globalização: lições de filosofia do direito e do Estado*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

ATIENZA, Manuel. Contribución para una teoría de la legislación. In: CARBONELL, Miguel; DE LA LLAVE, Susana (coords.). *Elementos de técnica legislativa*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000. p.385-403. (Série doutrina jurídica, n.44).

BARROSO, Luis Roberto. *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARROSO, Luis Roberto. Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito constitucional. *Revista dos Tribunais – Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, n. 23, 1998.

_____. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Brasília: OAB, [20--?]. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 13 jul. 2012.

_____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. *Boletim de Direito Administrativo*, Belém, jan. 2007.

_____. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BACIGALUPO, Enrique. *Direito penal: parte geral*. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. *Derecho penal económico*. Buenos Aires: Hammurabi, 2000.

BACIGALUPO, Silvina. *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Buenos Aires: Hammurabi, 2001.

BAIGÚN, David. El bien jurídico orden económico. In: _____ et al. *Estudios sobre Justicia Penal: homenaje ao Profesor Julio B. J. Maier*. Buenos Aires: Del Puerto, 2005.

BARRETO, Tobias. *Estudos de direito*. Campinas: Bookseller, 2000.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

_____ et al. *Direito Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2003.V.1.

_____. *Novas tendências do direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as consequências humanas*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1999.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

BECK, Ulrich. *Ques és la globalización? Falacias del globalismo. Respuestas a la globalización*. Barcelona: Paidós, 1998.

_____. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. São Paulo: Editora 34, 2010.

BECKER, Gary S. Crime and Punishment: an Economic Approach. In: _____. *Essays in the Economics of Crime and Punishment*. [S.l: s.n.], 1974. p.1-54. Disponível em: <<http://www.nber.org/books/beck74-1>>. Acesso em: 08 set. 2012.

BERCOVICI, Gilberto. *Constituição econômica e desenvolvimento, uma leitura a partir da Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2005.

BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. 3. ed. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

BERTALANFFY, Ludwig Von. *Teoria Geral dos Sistemas*. 4. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2009.

BIRNBAUM, Johann Michael Franz. *Sobre la necesidad de una lesion de derechos para el concepto de delito*. Montevideo: B de F Ltda., 2010.

BLASCO, Bernardo del Rosal. *La estrategia actuarial de control del riesgo en la política criminal y en el derecho penal.*, tomo I. In: *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal*. M.L. Cuerda Arnau (Coord.), Valencia: Tirant lo Blanch, 2009.

BORGES, Alexandre Walmott. *Preâmbulo da Constituição & a ordem econômica*. Curitiba: Juruá, 2003.

BORGES, Lucas Dornelles Krás. *Análise econômica do direito penal: a aplicação da teoria econômica como método de diminuição da prática de preços predatórios*, 2011. Disponível em: <www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/...1/lucas_borges.pdf>. Acesso em 14 ago. 2012.

BRENER, Geraldo. *Entendendo o Comportamento Criminoso: educação, ensino de valores morais e a necessidade de coibir o comportamento criminoso: uma contribuição da teoria econômica e um recado para nossas autoridades*. Porto Alegre: AGE, 2009.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. *Crise e recuperação da confiança*. Revista de Economia Política, vol. 29, n. 1 (113), pp. 133-149, jan-mar. 2009. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rep/v29n1/08.pdf>>. Acesso em: 03 out. 2012.

BRICOLA, Franco. *Politica criminale e scienza del diritto penale*. Bologna: Società editrice il Mulino, 1997.

BUJÁN PÉREZ, Carlos Martínez. *Derecho penal económico y de la empresa: parte general*. 2. ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2007.

_____. *Derecho Penal Económico – Parte General*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1998.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Los bienes jurídicos colectivos*. In: *Revista de la Facultad de Derecho Universidad Complutense*. Madri: Facultad de Derecho, jun. 1986.

_____. *Principios fundamentales de un Derecho Penal democrático*. Revista de la

Asociación de Ciencias Penales, Costa Rica. Ano 5, n. 8, mar. 1994. Disponível em: <<http://www.poderjudicial.go.cr/salatercera/revista/REVISTA%2008/bustos08.htm>>. Acesso em: 01 jun. 2012.

CAPELLARI, Eduardo. *A crise da modernidade e a Constituição: elementos para a compreensão do constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004.

CARO CORIA, Dino Carlos. “Sociedades de riesgo” y bienes jurídicos colectivos. In: *Estudios de derecho penal*. Lima: Ara Editores, 2005.

CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. *Fundamentação constitucional do direito penal*. Porto Alegre: SAFE, 1992.

CASAL H., Jesus Maria. *Constitución y justicia constitucional: los fundamentos de la justicia constitucional en la Carta Magna*. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, 2000.

CASTILHO, Ela Wiecko V. de. *O controle penal nos crimes contra o sistema financeiro nacional (Lei nº 7.492, de 16/6/86)*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

CASTRO CUENCA, Carlos Guillermo. *La legitimidad del injusto en los bienes jurídicos supraindividuales*. Bogotá: Leyer, 2009.

CAVERO, Percy García. *Derecho Penal Económico: parte general*. 2. ed. Lima: Editora Jurídica Grijley, 2007.

CELLA, José Renato Gaziero. Dissertação apresentada no Curso de pós-graduação em Direito do Estado, do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, 2001. *A teoria da argumentação jurídica como proposta de uma racionalidade possível frente à postura cética do positivismo jurídico contemporâneo*.

CHRISTIE, Nils. *Uma razoável quantidade de crime*. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

COOTER, Robert. ULEN, Thomas. *Direito & Economia*. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2005.

CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

CORREIA, Eduardo. *Direito Criminal*, tomo I. Coimbra: Almedina, 1972.

_____. *Novas críticas à penalização de actividades económicas*. In: *Ciclo de Estudos de Direito Penal Económico*. Coimbra: Centro de Estudos Judiciários, 1985.

CORTÊS, Antonio. *Fundamentos e limites da argumentação jurídica – uma reflexão sobre o direito e a justiça*. In: *Ars Iudicandi – estudos em homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

COUTINHO, Luciano. *Capitalismo, desigualdade, e o poder do Estado*. In: *Poder Econômico: direito, pobreza, violência, corrupção*. São Paulo: Manole, 2006.

CRUZ, José Ángel Fernández. *La legitimación social de las leyes penales: límites y ámbito de su aplicación*. In: *Revista de derecho de la pontificia universidad católica de Valparaíso*. XXXIII, jul. 2009.

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

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

CYRINO, André Rodrigues. *Direito constitucional regulatório – elementos para uma interpretação institucionalmente adequada da Constituição econômica brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

D'AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade e crimes omissivos próprios: contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões Fundamentais do Direito Penal Revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. ANDRADE, Manuel da Costa. *Problemática geral das infracções contra a economia nacional*. In: *Direito Penal Econômico e Europeu: textos doutrinários*, vol 1. Coimbra: Coimbra Editora, 1998.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *A racionalidade das leis penais: teoria e prática*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. *La política criminal en la encrucijada*. Montevideo: B de f, 2007.

DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: RT, 2009.
Direito Econômico Regulatório. Org.: Direito Rio. Rio de Janeiro: FGV, 2008.

DONINI, Massimo. *La relación entre derecho penal y política: método democrático y método científico*. In: *Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo*. Cuenca: Universidad de Castilla-La Mancha, 2003.

COSTA, José de Faria. *Linhas de direito penal e de filosofia: alguns cruzamentos reflexivos*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

_____. *Noções fundamentais de direito penal*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora,

2010.

FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. *Crisis económica y derecho penal: responsabilidad de intermediarios financieros por la comercialización de productos de terceros, incremento de insolvencias y de la conflictividad social. In: Cuestiones de derecho penal, proceso penal y política criminal.* José Francisco Caballero Castillo e Harold Joseph Ruiz Solís (coords.), Lima: Ara, 2010.

FEINBERG, Joel. *The moral limits of the criminal Law.* New York: Oxford University Press, 1989.

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

FERNANDÉZ, Gonzalo D. *Bien jurídico y sistema del delito.* Montevideo: B de F, 2004.

FERRAJOLI, Luigi. *A soberania no mundo moderno.* São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. *Direito e Razão – teoria do garantismo penal.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. ATIENZA, Manuel. *Jurisdição y argumentación en el Estado constitucional de derecho.* Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005.

FERREIRA, Fernando Galvão de Andréa. *O discurso jurídico como discurso prático: aspectos do debate entre Robert Alexy e Jürgen Habermas. In: Revista da Faculdade de Direito de Campos, ano VII, n, 9, dez. 2006.*

FEUERBACH, Anselm Von. *Tratado de derecho penal.* Buenos Aires: Hammurabi, 1989.

FIANDACA, Giovanni. *La legalidad penal em los equilibrios del sistema político-constitucional. In: Derecho Penal y Modernidad.* Luis Miguel Reyna Alfaro (coord.), Lima: Ara Editores, 2010.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal – parte geral.* 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

FRANCO, Alberto Silva. *Globalização e Criminalidade dos Poderosos. In: Temas de Direito Penal Econômico.* Org.: Roberto Podval. São Paulo: RT, 2000.

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

GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos: direitos não nascem*

em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GARCIA, Francisco Javier Alvarez. *Bien jurídico y Constitucion*. In: *Cuadernos de política criminal*, n. 43. Madri: Edersa, 1991.

GARCÍA DE PAZ, Isabel Sánchez. *El moderno derecho penal y la anticipación de la tutela penal*. Valladolid: Secretariado de Publicaciones e Intercambio Científico, 1999.

GARLAND, David. *A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea*. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

GARRIDO, Alexandre. *Direitos Humanos, Constituição e Discurso de Legitimação: possibilidades e limites da teoria do discurso*. In: *Legitimação dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

GIDDENS, Anthony. *O Estado-nação e a violência*. São Paulo: Edusp, 2008.

GOMES, Luiz Flávio. YACOBUCCI, Guillermo Jorge. *As grandes transformações do direito penal tradicional*. São Paulo: RT, 2005.

GONÇALVES, Guilherme Leite. *Evolução, contingência e direito*. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10438/1725>>. Acesso em: 18 ago. 2012.

GRACIA MARTÍN, Luis. *El derecho penal ante la globalización económica*. In: *Cuestiones de derecho penal, proceso penal y política criminal*. José Francisco Caballero Castillo e Harold Joseph Ruiz Solís (coords.), Lima: Ara, 2010.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

GUBERT, Roberta Magalhães. *Mauerschützen (o caso dos atiradores do muro) e a pretensão de correção do direito na teoria de Robert Alexy: aportes hermenêuticos ao debate acerca da relação entre direito e moral*. Dissertação de mestrado apresentada ao programa de pós-graduação em direito da UNISINOS, para obtenção do título de mestre em direito público, 2007.

HART, H. L. A. *O conceito de direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do direito penal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005.

_____. *Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico*. In: *Doctrina Penal, teoría y práctica de las ciencias penales*. Buenos Aires: Depalma, ano 12, n. 45 a 48, 1989.

_____. *Persona, mundo y responsabilidad: bases para una teoría de la imputación en derecho penal*. Santa Fé de Bogotá: Editorial Temis S.A., 1999.

_____. *Sistema jurídico e codificação. A vinculação do juiz à lei. In: Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009.

_____. *Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos. In: Pena y Estado*. Santiago: Conosur, 1995.

HERNÁNDEZ, Víctor Avilés. *Orden público económico y derecho penal*. Santiago de Chile: Conosur, 1998.

HERRERA, Esiquio Manuel Sánchez. *Dogmática Penal fundada en los principios constitucionales con orientación a las consecuencias*. Santa Fé de Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez, 2000.

HERZOG, Félix. *Límites del derecho penal para controlar los riesgos sociales. In: Poder judicial*. Madri: Consejo General del Poder Judicial, 2. época, n. 32, dez. 1993.

HIRSH, Andrew von. *El concepto de bien jurídico y el 'principio del daño'. In: La teoría del bem jurídico*. Madri: Marcial Pons, Roland Hefendehl (ed), 2007.

HORMAZABAL MALAREE, Hernan. *Bien jurídico y Estado Social e y Democrático de Derecho*. Barcelona: Juridica Conosur, 1991.

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

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.

KALACHE, Mauricio. *Direito Penal Econômico. In: Direito Penal Contemporâneo: estudos em homenagem ao professor José Cerezo Mir*. São Paulo: Revista dos Tribunais, coord.: Luiz Regis Prado, 2007.

KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

KUNZLER, Caroline de Moraes. *A teoria dos sistemas de Niklas Luhmann*. Araraquara: Estudos de Sociologia, 16, 123-136, 2004. Disponível em: <<http://200.145.78.103/index.php/estudos/article/viewFile/146/144>>. Acesso em: 25 jul. 2012.

LOAIZA, Antonio Ayala. *Acercamiento a las fuentes de la argumentación sobre la racionalidad del sistema penal. In: Cuestiones actuales del sistema penal – crisis y desafíos*. Lima: Ara, 2008.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoria da Decisão Judicial: fundamentos de direito*. São Paulo: RT, 2009.

LUHMAN, Niklas. *A Constituição como aquisição evolutiva*. Disponível em:

<<http://www.scribd.com/doc/31253250/LUHMANN-Niklas-A-constituicao-como-aquisicao-evolutiva>>. Acesso em: 13 jul. 2012.

_____. *Introdução à Teoria dos Sistemas*. Petrópolis: Vozes, 2009

LUIZI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003.

MACCORMICK, Neil. *H. L. A. Hart*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

MAIA, Antônio Cavalcanti. DINIZ, Antônio Carlos. Pós-positivismo. In: BARRETTO, Vicente de Paula (Coord.). *Dicionário de Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

MARAT, Jean Paul. *Plano de legislação criminal*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Paternalismo Jurídico-Penal*. São Paulo. Tese de doutoramento apresentada ao departamento de pós-graduação da USP, 2010.

MARTÍNEZ, Milton Cairolí. *Dogmática penal y praxis legislativa, ¿una dicotomía? In: El orden jurídico-penal entre normativa y realidad*. Wolfgang Schöne (coord.), Corrientes: MAVE, 2009.

MAYER, Max Ernst. *Normas Jurídicas y Normas de Cultura*. Buenos Aires: Hammurabi, 2000.

MAZZUOLI, Valeria de Oliveira. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. São Paulo: RT, 2009.

MILL, John Stuart. *On Liberty*. Ontario: Batoche Books, 2001.

MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal – parte general*. 7. ed. Montevideo: B de F, 2005.

_____. *Limites del normativismo en derecho penal*. In: *Derecho penal del siglo XXI*. Madri: Consejo General del Poder Judicial, Cuadernos de derecho judicial, VIII, 2007.

_____. *Funcion de la pena y teoria del delito en el Estado Social y Democratico de Derecho*. 2. ed. Barcelona: Bosch, 1982.

_____. *Introducción a las bases del derecho penal*. 2. ed. Buenos Aires: Euros Editores, 2003.

_____. *Constitución, derecho penal y globalización*. In: *Nuevas tendencias em política criminal*. Buenos Aires: Euros, 2006.

MOURA, Bruno de Oliveira. MACHADO, Fabio Guedes de Paula. CAETANO,

Matheus Almeida. *O Direito sob a perspectiva da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann*. Revista Sociologia Jurídica, n. 9, p. 5/6. Disponível em: <<http://www.sociologiajuridica.net.br/numero-9/227-o-direito-sob-a-perspectiva-da-teoria-dos-sistemas-de-niklas-luhmann?format=pdf>>. Acesso em: 25 jul. 2012.

MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*. São Paulo: RT, 2009.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Direito penal e controle social*. Rio de Janeiro: Forense: 2005.

_____. *Introducción al derecho penal*. 2. ed. Buenos Aires: Euros Editores, 2001.

NEVES, Clarissa Eckert Baeta. NEVES, Fabrício Monteiro. *O que há de complexo no mundo complexo? Niklas Luhmann e a teoria dos sistemas sociais*. Porto Alegre: Sociologias, ano 8, n. 15, jan-jun. 2006, p. 182/207. Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/geu/O%20que%20de%20complexo.pdf>>. Acesso em: 17 jul. 2012.

NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. *Defesa da concorrência e globalização econômica*. São Paulo: Malheiros, 2002.

NUSDEO, Fabio. *Curso de economia: introdução ao direito econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 6ª ed., 2010.

OLAECHEA, José Urquizo. *El bien jurídico*. In: *Revista Peruana de Ciencias Penales*, ano III, n. 6.

PAIVA, Luiz Guilherme Mendes de. *A fábrica de penas: racionalidade legislativa e a lei de crimes hediondos*. Rio de Janeiro: Revan, 2009.

PALAZZO, Francesco C. *Valores constitucionais e direito penal*. Porto Alegre: SAFE, 1989.

PASCHOAL, Janaina Conceição. *Constituição, criminalização e direito penal mínimo*. São Paulo: RT, 2003.

PERELMAN, Chaïm. OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da argumentação – a nova retórica*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. *Lógica jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

PÉREZ, Paula Beatriz Bianchi. *Evolución del concepto de bien jurídico em La dogmática penal*. In: *Revista semestral de filosofia práctica*. Mérida: Universidad de los Andes, Dikaiosyne, n. 22, jan-jun. 2009.

PÉREZ DEL VALLE, *Introducción al derecho penal económico. In: Curso de Derecho Penal Económico*. 2. ed., Enrique Bacigalupo (dir), Madri: Marcial Pons, 2005.

PICOLI, Rogerio Antonio. *Utilitarismos, Bentham e a história da tradição*. In: *Revista Eletrônica do Grupo PET, Existência e Arte*, ano V, n. V, jan-dez. 2010, ISSN 1808-6926.

PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*, volume 2: parte especial. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

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

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

_____. *How Judges Think*. Cambridge: Harvard University Press, 2008.

_____. *Problemas de filosofia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. *Curso de direito penal brasileiro*. 5. ed. São Paulo: RT, 2005.V.1.

RAPOSO, Guilherme Guedes. *Teoria do bem jurídico e estrutura do delito*. Porto Alegre: Nuria Fabria, 2011.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

RAZ, Joseph. *Razão prática e normas*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

REALE JR, Miguel. *Despenalização no direito penal econômico: uma terceira via entre o crime e a infração administrativa*. São Paulo: RBCCRIM, ano 7, n. 28, out-dez. 1999.

RESTUCCIA, Dardo Preza; ADRIASOLA, Gabriel; PALERMO, Pablo Galain. *Delitos Económicos*. Montevideo: B de F, 2004.

REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. *Ativismo judicial e Estado de Direito*. Artigo apresentado na USP no XVIII Encontro Nacional de Direito Constitucional – Instituto Pimenta Bueno – Associação Brasileira dos Constitucionalistas. AIDP. *Revue internationale de droit penal*, ano 74, jul-dez. 2003.

ROBL FILHO, Ilton Norberto. Trabalho publicado nos Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI realizado em Fortaleza - CE nos dias 09, 10, 11 e 12 de Junho de 2010. *Conceito e validade do direito: a polêmica entre Robert Alexy e Eugenio Bulygin sobre a pretensão de correção do direito*.

- RODRÍGUEZ MONDRAGÓN, Reyes. *El proceso de producción legislativa, un procedimiento de diseño institucional*. In: *Elementos de técnica legislativa*. Miguel Carbonell e Susana Thalía Pedroza de la Llave (coords.), Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Série doctrina jurídica n. 44, 2000.
- ROMÁN, Javier Orlando Aguirre; OBANDO, Pedro Antonio García; MANTILLA, Ana Patricia Pabón. *¿Argumentación o demostración en la decisión judicial? Una mirada en el Estado Constitucional*. Revista de Derecho, n. 32, Universidad del Norte, Barranquilla, 2009.
- ROSA, Alexandre Morais. *Diálogos com a Law & Economics*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- ROSALES, Elsie. *Constitución, interpretación jurídica y principios penales*. In: *Constitución, principios y garantías penales*. Caracas: Universidad Central de Venezuela, Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas, 1996.
- ROTH, André-Nöel. *O direito em crise: fim do Estado Moderno*. In: *Direito e Globalização Econômica – implicações e perspectivas*. Org.: José Eduardo Faria, 1. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- ROXIN, Claus. *Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal?*. In: *La teoría del bem jurídico*. Madri: Marcial Pons, Roland Hefendehl (ed), 2007.
- _____. *Estudos de direito penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- _____. *Dogmática penal y política criminal*. Lima: Idemsa, 1998.
- _____. *Problemas fundamentais de direito penal*. 2. ed. Lisboa: Vega, 1993.
- RUDOLPHI, Hans Joachim. *Los diferentes aspectos del concepto de bien jurídico*, vol. 4. In: *Nuevo Pensamiento Penal*.
- RUIVO, Marcelo Almeida. *Criminalidade financeira – contribuição à compreensão da gestão fraudulenta*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- _____. *Criminalidade fiscal e colarinho branco: a fuga ao fisco é exclusividade do white collar?* In: *Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais, visão luso-brasileira*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.
- SALOMÃO, Heloisa Estellita. *A tutela penal e as obrigações tributárias na Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- SÁNCHEZ, David Beraún. *El bien jurídico en el derecho penal*. In: *Revista Peruana de Ciencias Penales*, ano V, n. 9.

LÓPEZ SÁNCHEZ, Rogelio. *El principio de proporcionalidad como criterio hermenéutico en la justicia constitucional*. In: *Cuadernos Electrónicos de filosofía del derecho*, n. 23, 2011, ISSN: 1138-9877.

SANTANA VEGA, Dulce María. *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos*. Madrid: Dykinson, 2000.

SANTOS, Marino Barbero . Responsabilidade penal das pessoas jurídicas? In: _____. *Ciência e política criminal em honra de Heleno Fragoso*. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

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: *La Teoría del bien jurídico*. Roland Hefendehl (org.), Madrid: Marcial Pons, 2007.

SEN, Amartya. *Sobre ética e economia*. 3. reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

SEHER, Gerhard. *La legitimación de normas penales basadas en principios y el concepto de bien jurídico*. In: *La teoría del bem jurídico*. Madrid: Marcial Pons, Roland Hefendehl (ed), 2007.

SHECAIRA, Sergio Salomão. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

SHIKIDA, Pery Francisco Assis. AMARAL, Thiago Bottino do. *Análise Econômica do Crime*. In: *Direito e Economia no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2012.

SILVA, Alexandre Garrido da. *Teoria do discurso, neopragmatismo e legitimação dos direitos humanos*. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/alexandre_garrido_da_silva2.pdf>. Acesso em: 25 ago. 2012.

SILVA, Virgilio Afonso da. *O proporcional e o razoável*. In: *Revista dos Tribunais*, n. 798, 2002.

SILVA SANCHÉZ, Jesús-Maria. *Eficiência e direito penal*. Barueri, SP: Manole, 2004.

_____. *Aproximação ao direito penal contemporâneo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supra-individual: interesses difusos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. *Direito Penal Econômico como Direito Penal de Perigo*. São Paulo: Revista

dos Tribunais, 2006.

SILVESTRONI, Mariano H. *Teoría constitucional del delito*. Buenos Aires: Del Puerto, 2004.

SIMON, Jonathan. *Governing through crime*. New York: Oxford University Press, 2007.

SIQUEIRA, Galdino. *Direito Penal Brasileiro (segundo o Código Penal mandado executar pelo Decreto n. 847, de 11 de outubro de 1890, e leis que o modificaram ou completaram, elucidados pela doutrina e jurisprudência)*, vol. I. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003.

SOTO NAVARRO, Susana. *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*. Granada: Comares, 2003.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Aspectos jurídicos do planejamento econômico*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

SOUSA, João Castro e. *As pessoas colectivas em face do direito criminal e do chamado "direito de mera ordenação social"*. Coimbra: Coimbra Editora, 1985.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *Curso de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

SOUZA, Braz Florentino Henriques de. *Lições de direito criminal*. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003.

STIGLER, George J. *Law or economics?* In *The Journal of Law and Economics*, vol. XXXV.

STRATENWERTH, Günter. *La criminalización en los delitos contra bienes jurídicos colectivos*. In: *La teoría del bem jurídico*. Madri: Marcial Pons, 2007.

STRECK, Lenio Luiz. *Crise(s) Paradigmática(s) no direito e na dogmática jurídica: dos conflitos interindividuais aos conflitos transindividuais*. São Paulo: RBCCRIM, ano 7, n. 28, out-dez. 1999.

SUTHERLAND, Edwin H. *White-Collar Criminality*. In: *White-Collar Crime*. Classic and Contemporary Views. 3. ed. New York: The Free Press, 1995.

SZTAJN, Rachel. *Law and Economics*. In: *Direito & Economia: análise econômica do direito e das organizações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

TAVARES, Juarez. *A crescente legislação penal e os discursos de emergência*. In: *Discursos Sediciosos: Crime, direito e sociedade*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, ano 02, n. 04, jul-dez. 1997.

TIEDEMANN, Klaus. *Poder económico y delito*. Barcelona: Editorial Ariel, 1985.

_____. *Lecciones de derecho penal económico*. Barcelona: PPU, 1193.

TORRES, Ricardo Lobo. *Legitimação dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

TOZZINI, Carlos A. *Garantías constitucionales em el derecho penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2005.

TRIBE, Laurence. DORF, Michael. *Hermenêutica constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

VASQUEZ, Manuel A. Abanto. *Derecho Penal Económico*. Lima: Idemsa, 1997.

VERVAELE, John A. E. *Un enfoque histórico al Derecho Penal Económico y Financiero*. In: *Reflexiones jurídicas y políticas*, vol. 3, 2011.

VIVES ANTÓN, Tomás S. *Fundamentos del sistema penal*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1996.

VON LISZT, Franz. *Tratado de direito penal alemão*, t. 1. Campinas: Russel Editores, Trad. José Higino Duarte Pereira, 2003.

YAKOBS, Günther. *Tratado de direito penal – teoria do injusto penal e culpabilidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

YACOBUCCI, Guillermo Jorge. Los desafíos del Nuevo derecho penal. In: *Novos desafios do direito penal no terceiro milênio: Estudos em homenagem ao prof. Fernando Santana*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____. *El sentido de los principios penales – su naturaleza y funciones en la argumentación penal*. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2002.

ZAFFARONI, E. Raul. *O inimigo no direito penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

ZÚÑIGA RODRIGUEZ, Laura. *Viejas y nuevas tendencias políticocriminales en las legislaciones penales*. In: *Derecho penal de la democracia vs seguridad pública*. GRANADA: Comares, 2005.