



Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Cristiane Dupret

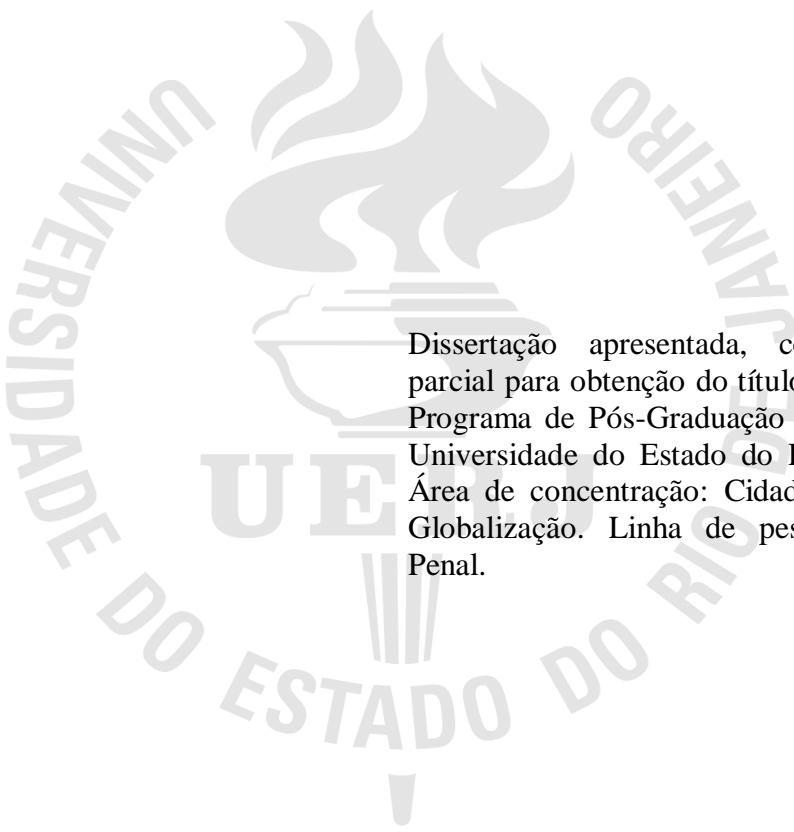
**Direito Penal Econômico e o *Compliance* como forma de prevenção da
adulteração de combustível**

Rio de Janeiro

2015

Cristiane Dupret

Direito Penal Econômico e o *Compliance* como forma de prevenção da adulteração de combustível



Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Cidadania, Estado e Globalização. Linha de pesquisa: Direito Penal.

Orientadora: Profa. Dra. Patrícia Glioche

Rio de Janeiro

2015

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

D943

Dupret, Cristiane.

Direito penal econômico e o compliance como forma de prevenção da adulteração de combustível / Cristiane Dupret. – 2015.
115 f.

Orientadora: Profa. Dra. Patrícia Glioche.
Dissertação (mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro,
Faculdade de Direito.

1. Direito penal econômico - Teses. 2. Direito penal – Teses. 3.
Combustíveis – Teses. I. Glioche, Patrícia. 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 dissertação, desde que citada a fonte.

Assinatura

Data

Cristiane Dupret

Direito Penal Econômico e o *Compliance* como forma de prevenção da adulteração de combustível

Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Cidadania, Estado e Globalização. Linha de pesquisa: Direito Penal.

Aprovada em 21 de agosto de 2015.

Banca Examinadora:

Profª. Dra. Patrícia Glioche (Orientadora)
Faculdade de Direito – UERJ

Prof. Dr. Artur de Brito Gueiros
Faculdade de Direito – UERJ

Profª. Dra. Cinthia Palhares Menescal
Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro

Rio de Janeiro

2015

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, por me amparar nos momentos difíceis, me dar força para superar todas as dificuldades, por me mostrar o caminho correto nos momentos de incerteza e por sempre atender as minhas necessidades.

Agradeço ao meu marido Ulisses Pessoa, por me compreender, por ser uma pessoa exemplar em minha vida e por me ajudar tanto neste momento.

Agradeço a minha mãe Edyr Dupret, por ser muito mais do que uma mãe, estando ao meu lado sempre, com amor incondicional.

Ao professor Artur Gueiros, por ser um exemplo não só como professor, mas como ser humano.

Ao amigo Thiago Jordace, sem o qual este caminho não teria sido iniciado.

A minha orientadora, Patricia Glioche, por acreditar em mim, pela paciência incrível e por ser uma pessoa ímpar, capaz de tornar o mundo acadêmico muito melhor.

Procure ser um homem de valor, em vez de ser um homem de sucesso.

Albert Einstein

RESUMO

DUPRET, Cristiane. **Direito Penal Econômico e o *Compliance* como forma de prevenção da adulteração de combustível.** 2015. 115 f. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015.

Esse trabalho apresenta como tema o Direito Penal Econômico e a importância do *compliance* como critério de prevenção no crime de adulteração de combustível, que encontra previsão na Lei 8.176, de 08 de fevereiro de 1991. Os objetivos centrais do estudo, portanto, orientam-se no sentido de demonstrar a importância do cumprimento de efetivas normas de conduta no âmbito empresarial, de forma a se desenvolver uma postura ética suficiente a evitar a prática de condutas delituosas, sobretudo aquelas relacionadas à adulteração de combustível. Trata-se de refletir acerca de critérios preventivos, de forma a se evitar a futura incidência do Direito Penal e por consequência, da aplicação da pena. Busca-se apresentar o campo de incidência do Direito Penal Econômico, dentro do qual se situa o tratamento da conduta delitiva de adulteração de combustível. Aborda-se o conceito e normas de fiscalização ligadas ao crime de adulteração de combustível, para em seguida demonstrar o desenvolvimento e incidência de *compliance* como critério de prevenção criminal.

Palavras-chave: Direito Penal Econômico. Compliance. Adulteração de combustível.

ABSTRACT

DUPRET, Cristiane. **Economic Criminal Law and Compliance in order to prevent fuel adulteration**. 2015. 115 f. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015.

This work has as its theme the Economic Criminal Law and the importance of compliance as a criterion to prevent the fuel adulteration of crime, which is forecast by Law 8176 of 08 February 1991. The main objectives of the study, therefore, are oriented in order to demonstrate the importance of complying with effective standards of conduct in the business domain, in order to develop an ethical enough to avoid the practice of criminal conduct, especially those related to fuel adulteration. This is to reflect on preventive criteria in order to prevent future incidence of criminal law and therefore the application of the penalty. The aim is to introduce the field of incidence of Economic Criminal Law, within which lies the treatment of criminal conduct fuel adulteration. It discusses the concept and supervisory standards related to fuel adulteration of crime, to then demonstrate the development and incidence of crime prevention and compliance criteria.

Keywords: Economic Criminal Law. Compliance. fuel adulteration.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ABBI	Associação brasileira de bancos internacionais
ANP	Agência Nacional de Petróleo
COAF	Conselho de controle de atividades financeiras
EHC	Etanos hidratado combustível
FCPA	Foreing corrupt practices
GLP	Gás liquefeito de petróleo
GNV	Gás natural veicular
ICA	International compliance association
INPM	Instituto Nacional de Pesos e Medidas
IPEM	Instituto de pesos e medidas
IPEN	Instituto de pesquisas energéticas e nucleares
LC	Lei Complementar
OHADA	Organisation pour l'harmonisation em Afrique du Droit des Affaires
PH	Potencial Hidrogeniônico
PMC	Produtos de marcação compulsória
PPM	Partículas por milhão
PROCON	Fundação de proteção e defesa do consumidor

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 SURGIMENTO E ORIGEM DO DIREITO PENAL ECONÔMICO	13
1.1 Contexto histórico	13
1.1.1 <u>O surgimento do direito penal econômico na abordagem criminológica, dogmática e da política criminal</u>	15
1.2.1 <u>Abordagem criminológica</u>	16
1.2.2 <u>Abordagem dogmática</u>	20
1.2.3 <u>Abordagem político criminal</u>	27
1.2.4 <u>Posição deslegitimadora do direito penal econômico e a escola de frankfurt do direito penal</u>	28
1.2.3.2 <u>Proposição intermediária acerca da legitimação do direito penal econômico: O modelo penal dual ou de duas velocidades</u>	31
1.2.3.3 <u>A legitimação do direito penal econômico</u>	32
2 CONCEITO E OBJETO DE ESTUDO DO DIREITO PENAL ECONÔMICO	33
2.1 Conceito	33
2.2 Objeto de estudo	35
2.2.1 <u>Macro criminalidade e microcriminalidade: critérios de aferição do bem jurídico tutelado</u>	36
2.2.2 <u>A globalização e a mídia</u>	45
2.3 Análise principiológica	52
2.3.1 <u>XIII congresso internacional da associação internacional de direito penal</u>	53
2.3.2 <u>Princípio da inclusão de elementos normativos e cláusulas gerais na norma penal econômica</u>	58
2.3.3 <u>Princípio da simplificação da prova</u>	59
2.3.4 <u>Demais princípios aplicáveis ao direito penal econômico</u>	59
2.3.4.1 <u>Princípio da legalidade</u>	59
2.3.4.2 <u>Princípio da adequação social</u>	64
2.3.4.3 <u>Princípio da fragmentariedade</u>	64
2.3.5.4 <u>Princípio da insignificância ou bagatela</u>	65

3	DA ADULTERAÇÃO E DO COMÉRCIO DE COMBUSTÍVEL ADULTERADO	72
3.1	Aspectos iniciais e introdutórios sobre o comércio de adulteração de combustíveis	72
3.2	A agência nacional do petróleo e as suas peculiaridades	73
3.2.1	<u>Características e adulterações nos combustíveis automotivos</u>	76
3.2.2	<u>Falsificações mecânicas no sistema de fornecimento do combustível</u>	80
3.2.3	<u>Combate e precaução no tocante ao comércio de combustível adulterado</u>	82
3.3	O direito penal econômico e o comércio de combustível adulterado	83
3.4	O comércio de combustível adulterado e o posicionamento dos delitos definidos pela legislação infraconstitucional	85
3.5	Razões processuais acerca do comércio de combustível adulterado	87
4	CRIMINAL COMPLIANCE	91
4.1	Breve contexto histórico	91
4.2	Noção conceitual	94
4.3	Criminal compliance	98
4.3.1	<u>Definição</u>	98
4.3.2	<u>A responsabilidade penal dos compliance officers</u>	99
4.3.3	<u>A auto regulação empresarial como meio de prevenção criminal</u>	104
	CONSIDERAÇÕES FINAIS	109
	REFERÊNCIAS	111

INTRODUÇÃO

É impossível ignorar as inúmeras consequências naturais e jurídicas que a adulteração de combustíveis produz no Brasil. Os mais diversos tipos de fraudes, caracterizadas por adição de produtos que modifiquem suas características originais, provocam um incremento poluente, além de causar as mais diversas reações nos veículos, que irão variar de acordo com a tecnologia utilizada em cada um.

As razões para esta prática são as mais diversas. Ao existir o oferecimento de combustíveis menos onerosos, a aquisição visa incremento do lucro e muitas vezes, sonegação de impostos, o que provoca dano direto aos consumidores e à Ordem Econômica.

Diante desse cenário, surge uma preocupação acerca do tratamento penal para esta conduta, com vinculação direta entre a esfera administrativa fiscalizatória e a esfera penal, em verdadeiro critério de prevenção jurídico penal. O Direito Penal Econômico poderia se apartar dos critérios de regência do Direito Penal Clássico? A Ordem Econômica possui status de bem jurídico a ser tutelado pelo Direito Penal? A supra individualidade de bens jurídicos e a macro criminalidade são conceitos que interferem na proteção jurídico penal?

O objetivo geral deste trabalho é justamente esboçar os conceitos que envolvem o tema, sob à ótica de proteção do Direito Penal Econômico. Como objetivos específicos, pretende-se explorar os conceitos que se relacionam à conduta típica atualmente prevista na Lei 8176/91, sem que se pretenda defender o Direito Penal, ainda que o Econômico, como solucionador universal de conflitos, mas sim mantendo o respeito ao princípio da intervenção mínima.

São diversos os bens jurídicos tutelados pelo Direito Penal Econômico, todos dotados de uma supraindividualidade. Trata-se ainda de um conceito diferenciado de criminalidade: Enquanto o Direito Penal Clássico trabalha com a denominada microcriminalidade, o Direito Penal Econômico envolve a denominada macrocriminalidade.

Desta forma, conceitos como o de Organização Criminosa, muitas vezes estão envolvidos na criminalidade econômica. Dentre os mais diversos objetos de tutela, é possível destacar a Ordem Econômica, que a princípio se encontra tutelada na Lei 8137/90, especificamente em seu artigo 4º, que foi objeto de alteração pela nova lei antitruste, a Lei 12529/11. Os artigos 5º e 6º da Lei 8137/90 foram revogados, tendo o artigo 4º sido mantido, porém com algumas alterações.

No entanto, especificamente em relação aos combustíveis, prepondera a Lei 8176/91, que define crimes contra a Ordem Econômica e cria o Sistema de Estoques de Combustíveis.

A referida lei dispõe que a aquisição, distribuição e revenda de derivados de petróleo, gás natural e suas frações recuperáveis, álcool etílico, hidratado carburante e demais combustíveis líquidos carburantes, em desacordo com as normas estabelecidas na forma da lei, constituem crime contra a Ordem Econômica. Além de tal previsão, estabelece a mesma lei que constitui crime contra o patrimônio, na modalidade de usurpação, produzir bens ou explorar matéria-prima pertencentes à União, sem autorização legal ou em desacordo com as obrigações impostas pelo título autorizativo.

A pesquisa tem como ponto de partida a hipótese de que, considerando-se a tutela da Ordem Econômica, qualquer forma de intervenção jurídico-penal nesta seara somente poderá ser considerada válida se tiver como escopo a proteção de um bem jurídico igualmente relevante.

O ponto central do estudo é analisar o impacto de *compliance* como critério de prevenção no que tange à adulteração de combustível. Busca-se, desta forma, contribuir para o cenário de discussão de determinadas condutas tipificadas no âmbito de proteção do Direito Penal Econômico, demonstrando-se a relevância da discussão de determinados conceitos diferenciados deste ramo do Direito Penal.

O trabalho será dividido em quatro partes.

No primeiro capítulo, busca-se definir e analisar o surgimento do Direito Penal na abordagem criminológica, dogmática e da política criminal, situando a adulteração de combustível como conduta atentatória ao seu objeto de tutela. Na abordagem criminológica, será analisada a teoria *the white collar crimes*, de Edwin Sutherland.

Já no segundo capítulo, serão explorados conceitos primordiais do Direito Penal Econômico. Com isso, será feita a análise da macrocriminalidade e da supraindividualidade dos bens jurídicos.

O terceiro capítulo se debruçará sobre o crime de adulteração de combustível, como conduta atentatória à Ordem Econômica, buscando analisá-la sob a ótica da teoria da proteção ao bem jurídico, com análise da legislação de referência, especificamente as Leis 8137/90 e 8176/91. Será abordada a dimensão subjetiva e objetiva da conduta tipificada no artigo 1º da Lei 8176/91, assim como o impacto da fiscalização da ANP, autarquia Federal, como critério de prevenção para coibir a prática do ilícito penal

No quarto e último capítulo, analisa-se o *compliance* como critério de prevenção em relação à prática do crime de adulteração de combustível, de forma que se demonstre o quanto a existência de normas internas são eficazes em uma prevenção criminal.

Assim, o caminho percorrido busca analisar os principais conceitos que envolvem e que se relacionam com a adulteração de combustíveis, mantendo o foco na análise penal da conduta, sob à ótica de proteção do Direito Penal Econômico.

1 SURGIMENTO E ORIGEM DO DIREITO PENAL ECONÔMICO

Para estudar o Direito Penal Econômico, é necessário que antes se entenda como ele surgiu e qual é a sua abrangência. Para isso, é mister a abordagem de sua origem e do seu conceito. Entender o contexto histórico, assim como sua natureza, leva a compreensão adequada dos crimes que integram a sua abrangência, dentre eles, a adulteração de combustível.

O Direito Penal Econômico se caracteriza por integrar o Direito Penal em sentido amplo, sendo dotado de especialidade, principalmente no que concerne ao bem jurídico tutelado e aos sujeitos passivos do delito, notadamente destacados por sua supraindividualidade. Como integrante do Direito Penal em sentido amplo, é possível identificar aspectos comuns entre eles, muito embora a identidade de princípios e de normas gerais ainda seja objeto de controvérsia doutrinária.

O entendimento do atual contexto de desenvolvimento do Direito Penal Econômico perpassa pela análise de três aspectos essenciais: a origem, o surgimento e os princípios aplicáveis a este ramo do direito, que serão analisados a seguir.

1.1 Contexto histórico

Pode-se apontar a importância da atuação do Estado como um dos aspectos que culminaram no surgimento, a princípio tímido, do Direito Penal Econômico, em um viés diretamente ligado à abordagem constitucional. Segundo Silva (2000), a atuação do Estado é uma tentativa de organizar a vida econômica e social, acabando com a desordem que reinava no liberalismo, importando em impor condicionamentos à atividade econômica, fazendo com que surjam os direitos econômicos que formam o conteúdo inafastável de uma constituição econômica.

A partir do momento em que o capitalismo passa a se caracterizar como o sistema econômico nitidamente dominante, ocorre uma transformação direta tanto na estrutura quanto nas prioridades do Estado, que antes liberalista, passa a se caracterizar com um viés intervencionista. O livre comércio, interpretado como princípio econômico basilar no Estado Liberal, adquire nova roupagem no cenário capitalista. De certa forma, abandona-se um pouco os ideais de liberdade e de igualdade formal, superando a ideia de mínimo ou nenhum intervencionismo como critério de sucesso no desenvolvimento econômico, sufragado por Adam Smith na premissa do “laissez faire, laissez passer” (VALE, 2011). Tal liberalismo

revelou diversos problemas, notadamente com a grande depressão de 1929. O aceleramento da produção e a incapacidade de consumir na mesma velocidade acabou por demonstrar a ineficiência do liberalismo em lidar com uma sociedade notadamente capitalista. Neste cenário, foi implementado nos Estados Unidos o sistema econômico do “*New Deal*”, caracterizado pelo intervencionismo estatal, objetivando a recuperação da sociedade Norte Americana. Explanando-se por outros territórios e influenciado por governos totalitários, tais como o de Hitler (Alemanha), Mussolini (Itália), Perón (Argentina) e Vargas (Brasil), dentre outros, foi potencializada a ingerência fiscalizadora do Estado, que passou a regular todos os aspectos da vida em sociedade, notadamente no aspecto econômico (VALE, 2011).

Com base neste novo cenário, marcado pela interferência Estatal, houve um incremento de incidência do Direito Penal, na prevenção e repressão das condutas vistas como atentatórias às novas diretrizes econômicas. Por outro lado, considerando as especificidades dos crimes econômicos, se iniciam as discussões acerca da necessidade de um Direito Penal diferenciado, especializado, atento às características tanto das diretrizes econômicas quanto das condutas atentatórias às mesmas.

Tal cenário de delineamento do Direito Penal Econômico também se fortalece no período pós primeira guerra, que se estendeu de 1914 a 1918. O próprio período longo de duração desta guerra foi influenciado por aspectos políticos e econômicos das derradeiras décadas do século XIX, quando ocorreu a união entre capitalismo financeiro e industrial, o que acabou por gerar uma integração econômica globalizada. As nações em processo de industrialização começaram a atuar direcionadas aos demais continentes. Tal movimento acabou por ser definido como imperialismo e neocolonialismo, cenário que acabou por contribuir para o conflito que ocasionou a primeira grande guerra. Com o fim da guerra, a necessidade de atuação Estatal se tornou mais forte, visando a organização política e econômica para equilibrar o cenário desgastado em tais setores.

Desta forma, essa grande modificação do cenário mundial, ocasionou a necessidade de uma dupla proteção: Primeiramente, a do sistema de intervenção Estatal, já que este também precisaria ser objeto de limitação, mas também de proteção, assim como a dos bens jurídicos coletivos (também denominados supra individuais), em contrapartida aos bens jurídicos individuais. Com isso, deixa-se de pensar apenas em bens como vida, liberdade, patrimônio, honra, para se pensar em bens como sistema financeiro, meio ambiente, mercado de capitais, dentre outros.

No entanto, este novo cenário de proteção ocasionou o surgimento de tipos penais diferenciados, em sua maioria de perigo abstrato, descrevendo condutas que por si só, ainda

que sem qualquer comprovação de gerarem perigo ao bem jurídico, caracterizariam a prática criminosa, suscitando discussões ligadas principalmente à constitucionalidade de alguns deles, o que será discutido mais detalhadamente ao longo da abordagem. Se por um lado, toda uma discussão se apoia em questões ligadas à constitucionalidade dos crimes que compõem o objeto de estudo do Direito Penal Econômico, é incontestável que por outro, a própria Constituição Federal serve como a base de proteção desses bens jurídicos que fundamentam o surgimento desse Direito.

É possível perceber, no cenário pré e pós guerra, o fenômeno da globalização, que funcionaria como um poder hegemônico, uniformizando Nações e Povos. Destaca Silva (2003) que, com o fim do Século XX e o início de um novo milênio, surge a globalização como um poder hegemônico, batizado por Zaffaroni de poder planetário, definido como uma modalidade de poder e pensamento únicos, legitimando uma novel ordem constitucional, pós moderna e contemporânea. Este novo poder teria se iniciado como um fenômeno econômico que maximizou mercados e uniformizou nações e povos, transformando Estados em SuperEstados e Nações em verdadeiras Sociedades. A velocidade dos acontecimentos foi feroz e ocorreu de forma ininterrupta. Se antes, a preocupação era em organizar os resquícios do liberalismo, a preocupação posterior passou a ser de impor limites para a atuação Estatal.

Com o cenário mundial alterado, devido à globalização, às questões ligadas à intervenção estatal e a globalização, somam-se o surgimento de um novo tipo de criminalidade, econômica e diferenciada, voltada para o perigo ou a lesão de bens jurídicos supraindividuais. A corriqueira abordagem dos bens jurídicos individuais perde um pouco de espaço para novas discussões, diretamente ligadas à lesão de bens coletivos e difusos, o que caracteriza dois aspectos essenciais do Direito Penal Econômico: A macrocriminalidade e a supraindividualidade dos bens jurídicos.

1.3 O surgimento do direito penal econômico na abordagem criminológica, dogmática e da política criminal

O Direito Penal Econômico se encontra diretamente ligado aos estudos de Edwin H. Sutherland, que ao discordar das ideias positivistas de Lombroso e de outros criminólogos que seguiam a mesma linha de pensamento, desenvolveu sua teoria da associação diferencial, descobrindo uma nova classe de delitos e de criminosos, gerando efeitos para a dogmática penal e ainda para o âmbito da política criminal.

Desta forma, penalmente, se tornaria necessária uma previsão legal das condutas praticadas, uma cominação diferenciada das penas, a verificação da necessidade ou não de preceitos dogmáticos específicos. E ainda que o primeiro passo tenha sido dado no âmbito da Criminologia, com os estudos de Sutherland, também é importante a análise da abordagem político criminal. Cada uma delas merece análise.

1.3.1 Abordagem criminológica

A criminologia foi de grande importância para o surgimento do Direito Penal Econômico. Ainda hoje seus estudos influenciam sobremaneira a dogmática penal.

É por meio da Criminologia que se chega especificamente aos estudos de Sutherland, sendo possível afirmar que o Direito começa a voltar seus olhos para uma nova classe de delitos e de delinquentes. São esses delitos que passam a constituir o objeto de estudo do Direito Penal Econômico.

Sutherland contrapôs vários argumentos da Escola Clássica e da Escola Positivista da Criminologia, a primeira baseada no livre arbítrio do delinquente e a segunda conhecida principalmente pelos pensamentos de Lombroso e sua tese do Criminoso Nato, muito embora à época também tenham se tornado conhecidas as ideias de Enrico Ferri. Segundo Calhau (2003), a contribuição de Lombroso para a Criminologia teria sido a utilização do método empírico, já que sua teoria foi baseada no resultado de mais de quatrocentas autópsias e seis mil análises de delinquentes vivos.

Podem ser encontradas indicações de que a teoria desenvolvida por Sutherland teria tido suas origens nos estudos realizados por Gabriel Tarde, que foi um dos grandes pensadores que acabou por influenciar a criminologia moderna, isso porque esse jus filósofo e sociólogo foi o inventor da célebre *theorie de l'imitation* (teoria da imitação), se baseando na filosofia e na metafísica. Quando Sutherland desenvolveu a teoria da associação diferencial não se pode ignorar que a mesma possuía um viés sociológico de imitação de condutas consideradas comuns no ambiente em que se vive. Em oposição a Durkheim, Gabriel Tarde analisou o social a partir do indivíduo, para afirmar que a realidade social existente consistia na consciência do indivíduo em relação ao outro, pelas leis da imitação. Fazendo uma espécie de analogia e por isso, baseando-se na metafísica, Tarde compara tal imitação à corrente elétrica, esclarecendo que a imitação alcança civilizações e não somente tem o poder de fazer com que as características dessas imitações criem grupos, como influencia diretamente o nascimento da opinião pública, como se uma coesão mental nascesse de mentes separadas por

meio do poder da imprensa, que para Tarde tinha um poder fundamental no bom funcionamento da democracia¹.

Ainda que a teoria da imitação tenha, na visão de muitos estudiosos, fixado as premissas básicas da associação diferencial, foi essa última, criada por Sutherland, que fixou o marco para o surgimento do Direito Penal Econômico.

Sutherland² construiu sua teoria de forma a abranger toda e qualquer modalidade de delito e de delinquente em suas explicações, que partem da análise de condições. É assim que passou a analisar quais são as condições existentes para a criminalidade, assim como aquelas que estão ausentes quando a criminalidade também não existe. Esse estudo demonstrou, em suas primeiras conclusões, que o indivíduo aprende de acordo com as condições sociais em que vive. Ou seja, é o processo de aprendizagem nesse meio social que acaba se tornando a causa para a prática ou não do delito. Sua teoria foi denominada “*Differential Association*” (Teoria da Associação Diferencial).

Sutherland (1947), em sua teoria, concluiu que o princípio de associação diferencial afirma que uma pessoa se torna inadimplente por causa de um "excesso" de definições favoráveis à violação da lei, que preponderam sobre definições desfavoráveis à violação da lei. Em outras palavras, o comportamento criminoso emerge quando se está exposto a mais mensagens sociais favorecendo a conduta que mensagens contrárias à mesma. Ou seja, ele afirmou que o princípio da associação diferencial faz com que uma pessoa venha a delinquir em virtude de um desequilíbrio entre mensagens favoráveis e desfavoráveis à violação da lei.

¹ As informações foram traduzidas pela autora, retiradas do texto original em francês – CAROF, Solenn. *Gabriel Tarde (1843-1904) - Les lois de l'imitation*, in http://www.scienceshumaines.com/gabriel-tarde-1843-1904-les-lois-de-l-imitation_fr_21353.html, acessado em 18/04/12

² Edwin H. Sutherland nasceu em 1883 em Nebraska, e morreu em 1950. Estudou em Ottawa, Kansas, e Grand Island, Nebraska. Em 1904 ele recebeu o diploma de bacharel de Grand Island College e entrou na escola de pós-graduação na Universidade de Chicago, onde concluiu seu doutorado. (Gaylord, 1988:7-12). Seu estudo foi influenciado pela aproximação da Escola de Chicago, que enfatizou o comportamento humano como determinado por fatores sociais e físicos do ambiente, em detrimento de características genéticas ou pessoais. Após terminar sua pós-graduação foi professor na Universidade de Minnesota, entre 1926 e 1929 e solidificou sua reputação como um dos principais criminologistas do país. Durante este período, seu foco era a sociologia como um empreendimento científico cujo objetivo era a compreensão e controle dos problemas sociais, incluindo o crime (Gaylord, 1988:13). Mais tarde saiu de Minnesota e ingressou na Universidade de Indiana, tornando-se o fundador da escola Bloomington de criminologia nesta Universidade. Durante essa época, Sutherland publicou três livros, incluindo *Twenty Thousand Homeless Men* (1936), *The Professional Thief* (1937), e a terceira edição de *Principles of Criminology* (1939). Em 1939 ele foi eleito presidente da Sociedade Americana de Sociologia, mesmo ano em que ele marca o fundamento para o surgimento do Direito Penal Econômico, quando profere uma palestra sobre sua teoria “*The white collar crime*” e em 1940 foi eleito presidente da Associação de Pesquisa Sociológica. As informações em Inglês podem ser encontradas no site The Florida State University – College of criminology & Criminal Justice, in <http://criminology.fsu.edu/crimtheory/sutherland.html>

O comportamento criminoso surgiria nas situações em que o agente está exposto a mais mensagens favoráveis ao descumprimento da lei que favoráveis ao seu cumprimento. O delinquente seria socializado de uma forma diferente, e é isso que o levaria a delinquir. Ele aprenderia a delinquir por associação.

Neste ponto, sua teoria obteve críticas, no sentido de que ele estaria fazendo presunções erradas sobre o comportamento humano.

Em vários pontos de sua teoria, Sutherland invocou as teses dos estudiosos da Escola de Chicago, dentre elas, a Teoria Ecológica e a Teoria do Conflito. No entanto, apesar de utilizar fundamentos dessas teorias, ele elaborou inúmeras entrevistas com delinquentes, verificando a existência de um Código de ética entre eles, percebendo então que a obediência a este código derivava de um processo de aprendizagem. Seria processo que iria servir para que o agente escolhesse, em determinado momento, a ocasião apropriada para a violação das normas sociais³ ou das leis penais.

No entanto, Sutherland quis ir além do desenvolvimento da teoria, ele quis pô-la em prática, porque não se pode esquecer que seu principal objetivo era combater a tese de que alguém já nascia propenso ao crime. Sutherland estava disposto a demonstrar a associação diferencial. Esclarece Souza (2011) que colocada em prática a sua teoria, Sutherland percebeu que algo estava errado entre a sua teoria e os dados estatísticos, isso porque seus estudos apontavam para uma criminalidade alta nas classes sociais mais baixas, assim como para uma baixa incidência de criminalidade nos estratos superiores.

Com base nas conclusões acima, haveria um dilema: a teoria estava errada ou eram os dados estatísticos que não estavam corretos.

Sutherland decidiu partir então para a análise de 980 decisões das cortes judiciais e administrativas, contra as setenta maiores companhias comerciais e industriais norte-americanas, infrações cometidas por integrantes da alta classe socioeconômica⁴. Sua teoria não estava errada, o que existia era um tratamento diferente e privilegiado desses infratores em delitos de concorrência desleal, publicidade enganosa, violação de patentes, leis trabalhistas, fraudes financeiras, abusos de confiança, dentre outros do mesmo gênero.

Por meio da teoria de Sutherland foi possível iniciar uma reflexão acerca dos crimes praticados nas situações acima descritas e que permaneciam sem punição. A partir das descobertas reveladas pelos dados estatísticos, Sutherland criou a expressão “*The-White*

³ Em sua teoria, Sutherland também abordava o desrespeito às normas em geral e não somente às leis penais

⁴ Fonte das informações: SOUZA, Artur de Brito Gueiros. **Da criminologia à Política Criminal: Direito Penal Econômico e o novo Direito Penal**. Brasília: ESMPU, 2011, p. 112

collar crime” para designar aquelas espécies de crimes praticados por pessoas com determinadas características: possuíam uma posição de destaque na sociedade (empresários, diretores, sócios ou gerentes de grandes instituições...), eram respeitados socialmente e possuíam credibilidade, não se viam como criminosos, os delitos praticados atingiam a Ordem Econômica (eram praticados contra a concorrência, relações de trabalho, mercado de capitais, etc.).

No entanto, com o surgimento da nomenclatura crimes do colarinho branco, como aqueles praticados por indivíduos das altas classes da sociedade, essa margem que passa ao largo das estatísticas oficiais passou a ser denominada de cifra dourada⁵.

Segundo Souza (2011), o papel acadêmico de Sutherland foi tão marcante que muitos afirmam que o Direito Penal Econômico, na sua vertente criminológica, é uma disciplina comprovadamente datada: 27/12/1939 quando Sutherland proferiu sua palestra *The White-collar Criminal*, no 34º Encontro Anual da *American Sociological Society*, na Filadélfia.

Destacando as características descobertas à época por Sutherland, Crespo (2007, p.1) discorre:

Devido às características destas ações, os crimes desta natureza são praticados, via de regra, por pessoas que possuem respeitabilidade social, devido à posição profissional que ocupam, não sendo detentoras, portanto, de um perfil ameaçador, que cause medo, o que torna mais difícil a sua investigação, para determinação da ilicitude das condutas, a autoria, e a materialidade, bem como a consequente responsabilização dos autores
(...)

Outros problemas, também de dimensões maiores, são os ajustes que os governos devem fazer para acompanhar as ações internacionais de mercado, já que vivemos numa atmosfera política que não prima pelos limites territoriais, próprios do processo globalizante, nos quais instrumentos como o câmbio, juros e concorrência deixaram de ser algo de domínio efetivamente interno, o que demonstra uma fragilidade do Estado-Nação, recorrentemente citados em obras filosóficas e até mesmo jurídicas, como faz Jesús-María Silva Sánchez, em seu livro “A expansão do Direito Penal-aspectos da política criminal nas sociedades pós-modernas”. Ainda há outra questão que ressalta sobre este tema, que o problema do sistema penitenciário, no qual não se vislumbra a possibilidade de haver influência positiva sobre o sujeito, nem sendo pobre ou rico, tema este muito bem abordado por Rodrigo Moretto, no livro “Crítica interdisciplinar da pena de prisão.

Nada revela mais a atualidade dos pensamentos de Sutherland que o trecho publicado no *Los Angeles Times*⁶, por Warren Bennis:

⁵ Não há de se confundir com a Cifra oculta. Nesta, os crimes não chegam ao conhecimento das autoridades e por isso, os agentes que os praticam acabam não sendo indiciados e processados. A cifra dourada é integrada pelos crimes de colarinho branco, na sua máxima abrangência (crimes contra o sistema financeiro nacional, meio ambiente, crimes tributários etc). O ponto em comum é que ambos não entra nos dados estatísticos, o que faz com que esses dados sejam imprecisos.

⁶ O texto é citado na página da Universidade de Yale, in

<http://yalepress.yale.edu/book.asp?isbn=9780300033182>. O site do professor é <http://www.warrenbennis.com/>. Bennis é professor universitário e autor de inúmeras obras no ramo empresarial e afirmou de maneira categórica

A monografia de Sutherland é talvez mais relevante e importante hoje, quando os crimes das classes mais abastadas podem ser mais caros e venenosos para a alma do que os crimes do submundo⁷

1.3.2 Abordagem dogmática

Abordando primeiramente um conceito dogmático do Direito Penal Econômico, cumpre esclarecer que o Direito Penal Econômico se caracteriza como uma certa especialização do Direito Penal, voltada para uma classe diferenciada de criminalidade e de bens jurídicos.

Na doutrina francesa, na análise do denominado *Droit Pénal des affaires* – Direito Penal dos negócios – o Direito Penal Econômico é ramo do Direito que inclui as grandes infrações econômicas, muito embora seja citada uma certa imprecisão no conceito de “negócios” (SOUZA, 2011). Verón (2007), sustenta que o Direito Penal da Publicidade, da Informática e do Crédito poderiam ser inseridos dentro do objeto do Direito Penal dos Negócios, que poderia ser ainda mais amplo, isso porque se considerarmos as altas somas lavadas, que derivam do tráfico de drogas, esse também teria certo viés de Direito Penal dos Negócios.

Consoante Frago (1987), no Direito Penal Francês, o Direito Penal dos negócios se constituiria pelos crimes praticados pelos homens de negócios, no exercício da sua atividade profissional ou comercial habitual, abusiva ou fraudulentamente. Ou seja, o comerciante que, fraudulenta ou abusivamente, no exercício normal da sua atividade, praticasse um delito.

A expressão “Direito Penal dos Negócios”, que também é utilizada na África, engloba todo o Direito Empresarial, tratando da organização das sociedades, do procedimento de apuração do passivo, execução, arbitragem, contrato de transporte, cooperativa. Por outro lado, abrange a infringência às normas estabelecidas. Menciona-se especificamente a África, pois neste caso há a adoção de uma uniformidade no tratamento do Direito dos Negócios. Em 1993 foi assinado, entre vários Estados Partes Africanos, o Tratado Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (O.H.A.D.A.). Atualmente adotado por 17 Estados Partes⁸. Nos atos uniformes também há previsão de condutas criminosas, mas com uma característica incomum se comparada com o nosso sistema de elaboração de tipos penais. A lei uniforme estabelece a conduta, mas não comina a pena, mencionando que será punida

no trecho acima, que a obra de Sutherland talvez seja mais importante atualmente, em que os crimes da camada mais alta da sociedade podem ser tão venenosos à alma, que os crimes do submundo.

⁷ Livre tradução da autora

⁸ Informação extraída em maio de 2012, in <http://www.ohada.com/actes-uniformes.html>

de acordo com as disposições penais em vigor em cada Estado Parte. Neste ponto deveria ser mais clara, pois ao passo que afirma que “Incorre em sanção Penal”, por outro lado parece deixar a cargo do Estado Parte a punição, no sentido de ser possível a sua inexistência se a conduta não for tipificada neste.

Independente da forma como ele é interpretado, de maneira unificada por Tratado, em codificação, em leis esparsas, uma discussão é uníssona: a necessidade ou não da autonomia do Direito Penal Econômico, sua desvinculação do Direito Penal Clássico, sua dependência ou não dos princípios tradicionais e principalmente penais constitucionais.

Segundo Aftalión (1959), os princípios fundamentais do Direito Penal Clássico foram preparadas em um prolongado processo de evolução histórica, caracterizando uma afirmação progressiva dos direitos e garantias individuais. Por isso, não é possível, pelo menos não sem riscos graves para esses direitos e garantias, abandonar esse valioso repositório de normas tutelares, pois isso acarretaria uma ausência de proteção contra excessos do Estado. Por estas razões, trata-se de tarefa da doutrina preservar e garantir os princípios básicos do Direito Penal Clássico, que deveriam ser aplicados ao Direito Penal Econômico, em tudo aquilo que se mostrassem compatíveis. Para isso, o autor sustenta que os princípios do Direito Penal Clássico, desenvolvidos por tantos anos não podem ser abandonados no Direito Penal Econômico, não devendo a doutrina ampliar as modificações introduzidas, mas sim reduzi-las a proporções mínimas. Seu posicionamento é citado amplamente na doutrina nacional (PIMENTEL, 1973).

Asúa (1964) classifica o Direito Penal Econômico como integrante do Direito Penal Administrativo, ressaltando que em países de regime autoritário, a idéia de reunir todas as disposições penais que se referem a um objetivo em comum, ligado a fatores de macrocriminalidade e de bens jurídicos supraindividuais, sob o título de Direito Penal Econômico, é formada em parte por princípios especiais e em parte por disposições de Direito Penal comum. Destaca que a ofensa econômica tem tomado grandes proporções e, portanto, tem de merecer a atenção de operadores do direito, mas cita Maurach, que fala da necessidade de evitar a proliferação excessiva. Percebe-se, desta forma, que são díspares os posicionamentos acerca da construção dogmática deste novo ramo do Direito. Muitos se colocam pela desnecessidade da construção de uma nova estrutura geral para o Direito Penal Econômico, como uma nova teoria geral do delito, por exemplo, tendo em vista que o ponto de divergência entre o Penal Econômico e o Clássico seria tão somente a natureza dos bens jurídicos tutelados.

Alguns fundamentam a necessidade da criação de uma nova dogmática penal. Guaragni (2007), ao discorrer sobre tal questão, parece sustentar a ideia da vivência de um funcionalismo adequado ao Direito Penal Econômico. A função desse novo ramo do Direito Penal seria de conter as condutas que formam a macro criminalidade dentro da sociedade de risco.

Rodrigues (1999) destaca que a aproximação entre o Direito Penal Econômico e o Direito Penal Clássico, sustentando a existência de uma autonomia tão somente relativa. Melhor esclarecendo, há uma identidade ou semelhança entre as penas e suas finalidades. Desta forma, as especificidades são ligadas apenas à própria ordem legal de valores que se pretende proteger.

Para Silva (2003), o tratamento diferenciado do Direito Penal Econômico como ramo autônomo do Direito Penal Clássico exige a implementação de outras regras para determinação do princípio da legalidade, o que se justificaria pela maior profusão das leis penais em branco e da parcial ruptura da taxatividade de sua estrutura normativa. O mesmo também deveria ser observado em relação ao estabelecimento da relação de causalidade, da tipicidade e da própria culpabilidade, com reflexos na participação e coautoria delitiva. Da mesma forma, o sistema de penas requer análise de adequação dos meios às finalidades. As penas privativas de liberdade seriam, na visão do autor, totalmente inadequadas como modelo repressivo para a delinquência econômica, especialmente nas hipóteses de responsabilidade penal da pessoa jurídica. Desta forma, conclui pela necessidade de se estabelecer um novo modelo sancionador. Como decorrência lógica deste posicionamento, ressalta a necessidade de uma nova dogmática para o Direito Penal Econômico, destacando a importância de se estabelecer alinhamentos para a remodelação da base clássica do Direito Penal, em quatro etapas distintas: numa primeira, com o objetivo de mostrar a racionalidade da Teoria Geral do Direito Penal Econômico, de forma a identificar com clareza uma teoria para o Direito Penal Clássico e outra para o Direito Penal Econômico; numa segunda, demonstrar a existência de uma especial legalidade dos delitos econômicos, que possuem, indubitavelmente, certas especificidades, como a maior aceitação das normas penais em branco, a parcial ruptura do princípio da legalidade em sentido estrito, e a admissão dos tipos penais abertos como integração analógica; numa terceira, definir as estruturas clássicas do Direito em seu novo modelo, mediante um conceito diferenciado em face da especificidade do Direito Penal Econômico; e, numa quarta etapa, reestruturar o Sistema de Penas para o Direito Penal Econômico, face a inadequação absoluta da pena privativa de liberdade, com o desenvolvimento de um sistema alternativo que represente: prevenção, reparação e repressão.

O surgimento do Direito Penal Econômico fez nascer também a abordagem de uma dualidade do Direito Penal, sustentando-se uma verdadeira incompatibilidade entre o Direito Penal Clássico e o Direito Penal Econômico. Trata-se do sistema dualista da ciência criminal, que busca fundamentos constitucionais e legais para uma organização do Direito Penal Econômico moderno, reformulando o Direito Penal Clássico. Ou seja, há posicionamento no sentido de que alguns conceitos básicos do Direito Penal não seriam aplicáveis ao Direito Penal Econômico, começando pelo conceito analítico de crime.

Dentro dessa abordagem dualista, não há apenas a necessidade do desenvolvimento de uma dogmática própria, mas sim a criação de um Sistema Econômico Constitucional, com uma política criminal diferenciada, e a existência de uma transnacionalidade e um diálogo de fontes, ou seja, necessária interdisciplinaridade.⁹

Muito embora a discussão se mantenha por décadas, não se está perto de um consenso acerca do tema. De qualquer forma, não resta dúvida de que o Direito Penal Econômico tem particularidades que não podem ser ignoradas na utilização da dogmática penal, de forma que a questão seja muito mais ligada à proporcionalidade e razoabilidade na aplicação da lei que à própria necessidade em si de qualquer reformulação específica para este ramo do Direito Penal.

Talvez a principal particularidade seja no que tange à responsabilidade penal da pessoa jurídica.

A imputação penal da pessoa jurídica não possui fundamento inicial no Direito Penal, mas sim na teoria da realidade objetiva ou teoria organicista, desenvolvida no Século XIX, na Alemanha, pelo civilista e historiador Otto Von Gierke, já na sua primeira obra *Deutsche Genossenschaft* (1868), que sustentou que as pessoas jurídicas são dotadas de vontade própria, independente da de seus membros ou representantes. (FREITAS e FREITAS, 2001)

Aponta-se, como precedente para a possibilidade de se responsabilizar na seara penal a pessoa jurídica, um julgado pela Suprema Corte Americana. Neste sentido, Freitas e Freitas (2001, p.34):

O primeiro precedente conhecido é da Suprema norte-americana, que concluiu ser possível responsabilizar criminalmente uma pessoa jurídica. Trata-se do caso *New York Central & Hudson River Central* foi que, se a lei diz que uma pessoa pode cometer crime, sem distinguir se é física ou jurídica, é porque ambas podem ser processadas. O raciocínio simples e direto surpreende a nós outros, habituados a acaloradas discussões acadêmicas, muitas vezes sem qualquer sentido prático.

⁹ com a história, antropologia, criminologia, psiquiatria, psicologia, sociologia, ciência política, serviço social etc.

No referido julgado, onde era atacada uma decisão estadual pela possibilidade de responsabilidade penal da pessoa jurídica, tal ataque teve como argumento de inconstitucionalidade do Elkins act. 32, que mencionava a prática de delitos pelas corporações e a resposta através de sanções penais. Na decisão, foi abordado primeiramente que, em ações de responsabilidade civil, uma empresa pode ser responsabilizada por perdas e danos pelos atos de seu agente no âmbito de sua função, mesmo se feito arbitrariamente, mera culpa ou contra as ordens expressas.

Foi decidido que enquanto as empresas não podem cometer alguns crimes, podem cometer os que consistem em propositalmente fazer algo proibido por lei, o que ocorreu no caso.

Desta forma, a Suprema Corte entendeu que o Congresso tem o poder de regular o comércio interestadual, de assegurar direitos iguais a todos os envolvidos nele, e que a Lei de 19 de fevereiro de 1903, conhecida como Lei Elkins, não seria inconstitucional por atribuir à corporação responsabilidade penal por violar ato de Comércio Interestadual, por conduta praticada por seu agente.

O Tribunal reconheceu que a maior parte do comércio interestadual é conduzida pelas corporações, e que não poderia dispensá-los de punição pelo fato de haver doutrina no sentido de que essas corporações não poderiam cometer crimes.

Abordou ainda que a Lei Elkins quando se direcionava à responsabilidade penal da pessoa jurídica, não estaria ofendendo o princípio a presunção de inocência utilizado para a pessoa física, o que não eivaria a referida lei de inconstitucionalidade, fundamentando que toda lei deve ser interpretada de forma a manter sua constitucionalidade.

A decisão, portanto, foi no sentido da constitucionalidade da lei, para que se possa incluir tanto o agente que praticou a conduta, quanto a corporação em uma acusação penal. Ressalte-se que o precedente foi em termos da Suprema Corte Norte-Americana, pois Tribunais Estaduais já haviam proferido decisões neste sentido. Portanto, data de mais de um século, no direito comparado, a possibilidade de se responsabilizar a pessoa jurídica na seara penal.

Países como Inglaterra, Estados Unidos, Canadá, Nova Zelândia e Austrália concebem normalmente tal responsabilidade há muito tempo. A mesma é adotada também no Código Penal Português, cuja atual versão data de 2011.

Já na Espanha, onde predominava o princípio *societas delinquere non potest*, utilizava-se com maior extensão a fórmula de responsabilidade penal denominada “atuar em lugar de outro”. Esta fórmula buscava alcançar apenas a pessoa física que praticava a conduta,

como forma de se resolver problemas de tipicidade e autoria, tendo em vista que um dos principais fundamentos para se rechaçar a responsabilidade penal da pessoa jurídica é que esta não praticaria conduta por ausência de vontade propriamente dita. No entanto, sem dúvida seria a pessoa jurídica a beneficiária da conduta praticada pela pessoa física (praticada, desta forma, por outra pessoa). Por isso, a denominação “atuar em lugar de outrem”, “atuar em nome de outrem”, “atuar no lugar de outrem”, “atuar em substituição”. O Código Penal Alemão (Strafgesetzbuch-StGB) ainda adota esta fórmula em seu parágrafo 14 .

No entanto, a Lei Orgânica 05, de junho de 2010, modificou o Código Penal Espanhol, precisamente em seu artigo 31, passando a dispor acerca da possibilidade de responsabilidade penal da pessoa jurídica. Desta forma, passa a pessoa jurídica a ser penalmente responsável pelos delitos cometidos em nome e por conta delas e em seu proveito, desde que por seus representantes legais e administradores de fato ou de Direito, assim como, pelos delitos cometidos no exercício de atividades sociais e por conta e em proveito delas, cometidos também por pessoas físicas sob à autoridade de seus representantes legais e administradores de fato ou de Direito, desde que estes não tenham exercido o devido controle sobre o ato.

O Código Penal Espanhol não adota o sistema da dupla imputação, pois ainda dispõe que no artigo que a responsabilidade penal da pessoa jurídica será exigida quando a conduta praticada tenha sido constatada nas situações acima descritas, mesmo que a pessoa física não seja individualizada ou não tenha sido possível dirigir o procedimento contra ela, ou ainda que ela tenha fugido ou falecido.

A França também prevê a responsabilidade penal da pessoa jurídica, dispondo sobre a mesma no Código Penal , em seu artigo 121-1, mas estabelecendo que a lei também poderá trazer disposições acerca de sua responsabilidade, desde que as infrações sejam cometidas por seus representantes, ficando excluída a responsabilidade do Estado. (TIEDEMANN, 2010)

No Código Penal Italiano , em seu artigo 197, somente é prevista a responsabilidade civil da pessoa jurídica.

É possível concluir desta forma, que a maioria dos países admite a responsabilidade penal da pessoa jurídica, muito embora tal responsabilidade dependa da observância de determinados requisitos, como já analisado.

No entanto, não se pode abordar apenas o aspecto legislativo, sendo necessário também o enfrentamento de aspectos doutrinários. Assim como na doutrina nacional, também existe ampla controvérsia na doutrina estrangeira sobre o tema.

Tiedemann (2010), sustenta que a sociologia ensina que o agrupamento de pessoas cria certa facilidade no cometimento de delitos em benefício deste grupo. Por outro lado, tais

agrupamentos se caracterizam como uma realidade posta, necessária no novo cenário econômico. O autor se baseia em uma analogia na possibilidade de se responsabilizar a pessoa jurídica, pois se essa tem capacidade para praticar atos e por eles ser responsabilizada na esfera civil, o mesmo pode ocorrer na esfera penal.

Shecaira (1998) também se demonstra favorável à responsabilidade penal da pessoa jurídica, sob o argumento de que há um peso maior na resposta penal, que gera frente à sociedade uma maior reprovação. Sustenta o autor que a pena se justifica como retribuição, mas também com objetivos preventivos.

Pagliari (1994) sustenta que muito embora a pessoa física possa estar ligada à pessoa jurídica quando pratica a conduta, esta somente poderá ser imputada à ela, pois as pessoas jurídicas não são elegíveis para responderem penalmente.

Jescheck (2002) se posiciona contrariamente à responsabilidade penal da pessoa jurídica, fundamentando que elas atuam por outrem, não podendo ser apenadas e ainda, que a desaprovação ética social à pessoa jurídica careceria de sentido, pois somente contra as pessoas físicas seria possível criar um juízo de reprovabilidade e não contra uma massa patrimonial. No mesmo sentido se posiciona Roxin (1999), ao argumento de que falta à pessoa jurídica uma “substância psico-espiritual”.

No âmbito constitucional, a Constituição Federal de 1988 trouxe pela primeira vez, no Brasil, a previsão da possibilidade de se responsabilizar penalmente a pessoa jurídica, constante dos artigos 173, parágrafo 5º e 225, parágrafo 3º. Antes de 1988 somente a pessoa física poderia responder por qualquer espécie de crime. Ou seja, vigorava entre nós o princípio *societas delinquere non potest*.

Nossa legislação não trazia qualquer previsão expressa da ausência de responsabilidade, tampouco adotava a fórmula do “atuar em lugar de outrem”, atendo-se fielmente à teoria finalista e seus preceitos.

No entanto, apenas quanto aos crimes ambientais a lei trouxe previsão da responsabilidade penal da pessoa jurídica por crime ambiental. Tal previsão se encontra no artigo 3º da Lei 9605/98, exigindo que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade, não excluindo a responsabilidade das pessoas físicas, autoras, co-autoras ou partícipes do mesmo fato.

No Brasil, a previsão da responsabilidade penal da pessoa jurídica é, portanto, relativamente recente, gerando grande celeuma doutrinária frente à dogmática penal, em

virtude principalmente da análise da vedação, no campo penal, da responsabilidade penal objetiva.

Dotti (1995) se posiciona contrariamente à responsabilidade penal da pessoa jurídica, denominando-a de esdrúxula eis que não poderia promover a ação de ressarcimento contra o preposto causador do dano, posto ser a corresponsável pelo crime gerador do dever de indenizar. Faltar-lhe-ia legitimidade, pois um réu não pode promover contra o corréu a ação de reparação de danos oriunda do fato típico, ilícito e culpável que ambos cometeram.

Smanio (2004) também se posiciona a favor da responsabilização, sustentando que:

A decisão institucional é um produto normativo estipulado no estatuto social, de acordo com a legislação vigente em cada país, em que há divisão de funções internas, de administração, e externas, de representação, havendo fixação de atribuições e responsabilidades, ou seja, a decisão institucional deverá ser conforme os seus estatutos determinem.

1.3.3 Abordagem político criminal

Somando-se à abordagem dogmática e criminológica, o viés da política criminal também se mostra de grande influência no cenário de formação e desenvolvimento do Direito Penal Econômico.

Segundo Dotti (1934), a política criminal se caracteriza por ser o conjunto organizado de princípios e regras pelos quais o Estado providencia a prevenção e repressão das infrações penais, abrangendo ainda métodos e meios para execução das penas e das medidas de segurança, objetivando promordialmente o interesse da sociedade e a ressocialização do delinquente, se caracterizando nestes dois fatores, como uma política de execução penal e penitenciária. É papel da Política Criminal ceder e analisar os fatores de apreciação do valor do Direito vigente, revelando aquele que deve de fato vigorar. Desta forma, a Política Criminal se caracterizaria como uma sabedoria do legislador no combate às infrações penais, devendo ser formada e executada nos moldes da realidade vigente na sociedade, havendo necessidade de conjugação de métodos, de meios e de finalidades uma dogmática realista. Cabe à política criminal, portanto, a tarefa de crítica e de estímulo à reforma das leis penais.

Quando se trata da Política Criminal no surgimento do Direito Penal Econômico e ainda, no seu desenvolvimento, deve-se destacar três posicionamentos: o Direito Penal é legitimado a intervir, devendo o legislador tipificar as condutas atentatórias ou lesivas aos bens coletivos e cominar as respectivas penas privativas de liberdade; O Direito Penal não é

legitimado a intervir – Essa corrente segue o ideal abolicionista de Hassemer (2001); O Direito Penal é legitimado a intervir, havendo dois blocos de punição: penas privativas de liberdade e penas alternativas.

Ou seja, considerando os três posicionamentos acima, que são em sua essência, diametralmente distintos, percebe-se que as proposições de ordem político criminal vão desde o abolicionismo penal, com a defesa de não intervenção do Direito Penal, até a doutrina da *law and order*¹⁰, a sustentar a incidência máxima do Direito Penal nas hipóteses econômicas.

Passa-se a analisar cada um dos posicionamentos indicados acima:

1.2.3.1 Posição deslegitimadora do Direito Penal Econômico e a Escola de Frankfurt do Direito Penal

Souza (2011) destaca que os estudiosos da Escola penalista de Frankfurt, Instituto Científico Criminal de Frankfurt, também conhecido como grupo de professores, principalmente Winfried Hassemer, sustentavam que o medo resultante da primeira e segunda guerra aumentou a insegurança da sociedade, o que fez com que os legisladores se aproveitassem desse fato para dar uma resposta a essa sociedade atemorizada. Essa resposta foi endurecer as leis penais, criar tipos abertos, de perigo abstrato, sob o argumento de proteção de bens jurídicos.

De certa forma, os ideais abolicionistas não consideram a existência de uma sociedade de risco como base suficiente para o surgimento, desenvolvimento e incidência do Direito Penal. Consoante Beck (2007), a ameaça e insegurança são inerentes à existência humana. No entanto, o incremento da tecnologia, os processos de evolução imanentes aos processos de modernização, acabam por incrementar alguns riscos. A sociedade atual seria cercada de riscos ecológicos, nucleares, químicos, genéticos e também econômicos. Tal conceito de sociedade de risco está diretamente ligado ao de globalização. Com argumentos sociológicos, o autor pretendeu a construção de uma teoria não apenas social, mas especificamente de uma teoria da sociedade global de risco. Tal conceito fugiria de um engessamento derivado das pesquisas empíricas e permitiria uma modernização com a consequente aceitação de novos conceitos e novas necessidades. O autor não afasta os conceitos baseados em sociedades de classes, entendendo que tais conceitos sociológicos poderiam se sobrepor, eum uma visão não

¹⁰ Na tradução, o movimento de lei e ordem surge no contexto Norte Americano, como forma de alta intolerância a comportamentos delituosos, ainda que de menor gravidade, com a implementação de medidas de política criminal extremas.

exclusiva, ao conceito de sociedade global de riscos. Sem determinados cuidados, o progresso técnico-econômico pode se transformar em destruição em massa. Neste cenário, o Direito Penal Econômico, com suas normas diferenciadas e especificidades, poderia contribuir para evitar tal resultado desastroso.

No entanto, segundo Hassemer (1994), a existência de uma sociedade de risco não traria fundamentos fortes o suficiente para ocasionar a necessidade de uma tutela penal para esses bens supra individuais. Ele sustenta a aplicação de um “Direito de Intervenção”, que se localizaria como campo intermediário entre o Direito Penal, administrativo e civil, sendo necessária a fixação de instrumentos eficientes voltados para a pessoa jurídica, de forma abolicionista distinta do Direito Penal Clássico, voltado eminentemente para a pessoa física. Segundo Hassemer, o Direito Penal, no máximo poderia se voltar para o indivíduo, pessoa física, na tutela de bens e direitos individuais, descritos de forma clara e precisa. Desta forma, as lesões econômicas, caracterizadas pela supraindividualidade dos bens jurídicos, deveriam ser prevenidas e reprimidas em um ramo outro do direito que não aplique as pesadas sanções do Direito Penal e que, ao mesmo tempo, possa ser dotado de garantias menores e mais flexíveis. A esta proposição, Hassemer chamou Direito de Intervenção.

O Direito de Intervenção, para Hassemer, não significaria ausência de resposta estatal à conduta lesiva e sequer falta de proteção ao bem jurídico tutelado, muito pelo contrário, representa uma resposta efetiva, uma vez que respostas mais leves possibilitariam certas flexibilizações e adequações à evolução da sociedade, sem que o Estado se utilizasse dos instrumentos do Direito Penal, ou seja, as penas privativas de liberdade. O Abolicionismo defendido pelo autor não significaria, portanto, que atos lesivos de direitos passem a ser aceitos e não sancionados, mas apenas que seriam reprimidos e prevenidos por outra esfera de Direito.

Muito embora a ideia pareça algo isolado, já são encontradas muitas obras que abordam e que defendem a tese empreendida por Hassemer. Hireche (2008) destaca a necessidade de se analisar a deslegitimação do Direito Penal Econômico, com uma consequente chancela do Direito de Intervenção. Com ele, o âmbito do ilícito se tornaria mais fluído, não sendo exigida, a título de exemplo, a garantia de taxatividade inerente ao Direito Penal. Com isso, seria possível uma maior adequação ao processo evolutivo da sociedade, sem que houvesse violação à proteção penal.

Reale (1999) também defende a criação de uma terceira via jurídica competente, mas observados alguns princípios garantistas do Direito Penal. Para isso, sustenta o avanço na construção de uma terceira via, dotando o Ordenamento jurídico de algum instrumento que se

apresente como mais ágil, mas ao mesmo tempo atendendo os princípios garantistas do Direito Penal, havendo maior eficácia dos fins de prevenção e retribuição existentes na defesa de bens jurídicos que são tutelados de forma ineficiente pelo Direito Penal, se tornando esse, portanto, despiciendo.

No entanto, não se encontra ainda consolidada a nomenclatura “Direito de Intervenção”. Seus limites e conceitos não foram bem delineados ou juridicamente explorados. Talvez, tal incerteza de conceitos colabore para a dificuldade prática de se implementar o abolicionismo penal, mesmo em ordenamentos que seriam mais afetos a ele.

Em Portugal, adota-se a expressão “Direito das contra ordenações” (AZEVEDO, 2011). O Código Penal Português prevê os crimes e os ilícitos de mera ordenação, esses punidos com *coima*¹¹. Os ilícitos de mera-ordenação incidem principalmente no âmbito da Ordem Económica.

Muito embora o Código Penal Português¹² tenha passado por várias alterações recentes, não foi extinto o regime das contra-ordenações no Direito Português.

Os ilícitos de mera-ordenação são punidos com a denominada coima, que possui carácter pecuniário, sendo muito comum em alguns ilícitos económicos. Pode-se citar como exemplo o DL 48/11¹³, que *simplifica o regime de acesso e de exercício de diversas actividades económicas no âmbito da iniciativa Licenciamento zero*.¹⁴

¹¹ Sanção pecuniária aplicável tanto à pessoa física quanto jurídica

¹² O Código Penal Português atualizado está disponível em

http://www.pgdlisboa.pt/pgdl/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=109&tabela=leis

¹³ In http://www.pgdlisboa.pt/pgdl/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1337&tabela=leis

¹⁴ Artigo 28.º

Regime sancionatório

1 - Sem prejuízo da punição pela prática de crime de falsas declarações e do disposto noutras disposições legais, constituem contra-ordenação:

- a) A emissão de uma declaração a atestar o cumprimento das obrigações legais e regulamentares, ao abrigo do disposto na alínea f) do n.º 3 do artigo 4.º ou da alínea d) do n.º 3 do artigo 12.º, que não corresponda à verdade, punível com coima de (euro) 500 a (euro) 3500, tratando-se de uma pessoa singular, ou de (euro) 1500 a (euro) 25 000, no caso de se tratar de uma pessoa colectiva;
- b) A não realização das comunicações prévias previstas nos n.os 1 e 5 do artigo 4.º, no n.º 1 do artigo 5.º, no n.º 1 do artigo 6.º, no n.º 1 do artigo 10.º, punível com coima de (euro) 350 a (euro) 2500, tratando-se de uma pessoa singular, ou de (euro) 1000 a (euro) 7500, no caso de se tratar de uma pessoa colectiva;
- c) A falta, não suprida em 10 dias após notificação electrónica, de algum elemento essencial das meras comunicações prévias previstas nos n.os 1 e 5 do artigo 4.º, no n.º 1 do artigo 5.º e no n.º 1 do artigo 10.º, punível com coima de (euro) 200 a (euro) 1000, tratando-se de uma pessoa singular, ou de (euro) 500 a (euro) 2500, no caso de se tratar de uma pessoa colectiva;
- d) A não actualização dos dados e a falta da comunicação de encerramento do estabelecimento previstas nos n.os 4 e 6 do artigo 4.º e no n.º 7 do artigo 12.º, punível com coima de (euro) 150 a (euro) 750, tratando-se de uma pessoa singular, ou de (euro) 400 a (euro) 2000, no caso de se tratar de uma pessoa colectiva;
- e) O cumprimento fora do prazo do disposto nos n.os 1 e 4 a 6 do artigo 4.º e no n.º 7 do artigo 12.º e a violação do disposto no n.º 1 do artigo 14.º, punível com coima de (euro) 50 a (euro) 250, tratando-se de uma pessoa singular, ou de (euro) 200 a (euro) 1000, no caso de se tratar de uma pessoa colectiva;”

1.2.3.2 Proposição intermediária acerca da legitimação do direito penal econômico: o modelo penal dual ou de duas velocidades

Sánchez (1999) desenvolveu o denominado Direito Penal Dual ou de duas velocidades. Consoante Souza (2011), seu posicionamento coloca-se entre o abolicionismo e a total legitimação do Direito Penal Econômico. Segundo Sánchez, a sanção privativa de liberdade impera até mesmo no âmbito cultural. O autor propõe um ponto médio da configuração dualista entre um Direito Penal amplo e flexível e um Direito Penal mínimo e rígido. Tal ponto médio permitiria penas afastadas da privação de liberdade nos casos em que se aceitasse a flexibilização dos critérios de imputação e das garantias político-criminais. De toda sorte, permaneceria a característica essencial de judicialização e consequente imparcialidade máxima, assim como o tratamento penal de tais questões, ainda que afastado da reprimenda tradicional de privação da liberdade. Tal modelo seria, desta forma, ao mesmo tempo funcional e garantista. Mas ao lado de tal tratamento diferenciado, Sánchez reconhece que alguns delitos socioeconômicos ainda necessitariam da privação da liberdade. Nestas hipóteses, no entanto, não se permitiria qualquer flexibilização de garantias. Com isso, sendo a sanção privativa de liberdade, a conduta deveria ser dotada de grande repercussão na afetação ou lesividade individual ou supra individual, a justificar uma certa margem de expansionismo penal, justificando o sistema de imputação pessoal. No entanto, não sendo a sanção privativa de liberdade, mas sim pecuniária ou restritiva de direitos, isso geraria a desnecessidade de uma afetação e imputação abertamente pessoais, permitindo uma flexibilização do modelo de imputação. Neste último caso, para que se preserve os elementos de estigmatização social e de capacidade simbólico-comunicativa próprios do Direito Penal, Sánchez sustenta a necessidade de que tais sanções sejam impostas pela instância judicial penal. O autor não chega a questionar as peculiaridades deste novo ramo do Direito para a tutela dos bens coletivos

Considerando a nomenclatura “Direito Penal Dual”, derivada do tratamento proposto por Sánchez, se teria a seguinte divisão:

- a) **Pena privativa de liberdade** – Apenas imposta em caso de afetação concreta e expressiva de bens jurídicos individuais ou supra individuais, com a consequente impossibilidade de qualquer tipo de flexibilização de direitos e garantias
- b) **Pena alternativa** – Em casos de afetações que não se adequem aos parâmetros acima, com a consequente possibilidade de uma relativa flexibilização para a garantia dos

bens jurídicos coletivos, com possibilidade inclusive, de um processo penal mais célere, em virtude do maior risco de perecimento das provas

Segundo Souza (2011), Silva Sanchez concorda com a corrente reducionista, tendo em vista que a expansão implicaria em uma desnaturalização ou administrativização do Direito Penal. No entanto, o vício puramente de intervenção e extrapenal se mostraria utópico. Justamente por isso, teria Sánchez proposto o modelo dual, com uma bipartição do sistema jurídico-penal de imputação, assim como do próprio sistema geral de garantias. Sendo assim, o verdadeiro problema não seria a expansão do Direito Penal em si, mas sim a expansão da pena privativa de liberdade, que mereceria ser verdadeiramente contida. Souza chama atenção para o fato de que o vício adotado por Sánchez não é classista, uma vez que a distinção não é feita em razão dos sujeitos, mas sim de seus atos e das consequências jurídicas dos mesmos.

1.2.3.3 A legitimação do direito penal econômico

Essa terceira corrente sustenta a legitimação do Direito Penal Econômico sob o argumento principal de que se trata de uma modernização do Direito Penal, necessária frente à modernização da sociedade.

Para Luis Gracia Martín teria havido uma ruptura do antigo Direito Penal com o moderno. Essa ruptura se dividiria em formal e material e é justamente da primeira que nasce o Direito Penal Econômico. A partir da segunda ruptura, o Direito passa a se preocupar também com as camadas mais altas da sociedade, especificamente no que tange ao Direito Econômico (SOUZA, 2011).

2 CONCEITO E OBJETO DE ESTUDO DO DIREITO PENAL ECONÔMICO

2.1 Conceito

O conceito de Direito Penal Econômico é abordado sob várias óticas e vertentes. Tanta na doutrina nacional quanto na estrangeira, encontra-se abordagens que se referem ao aspecto legislativo, outras que se voltam ao âmbito da tutela de bens jurídicos e algumas ainda que procuram abranger em seu conceito todas as características e natureza do Direito Penal Econômico. Existem os mais variados conceitos que foram desenvolvidos desde o surgimento da disciplina.

Podem ser encontradas literaturas no Direito Estrangeiro, que muito bem desenvolvem o conceito do Direito Penal Econômico. É bastante interessante a explicação trazida por Raul Cervini, ao esclarecer que algumas posições confundem o conceito do Direito Penal Econômico com uma determinada forma de Intervenção Estatal no Domínio Econômico. Ou seja, o conceito estaria ligado a uma forma de instrumento de emergência utilizado pelo Estado para sua intervenção no domínio econômico.

Cervini (2008), destaca que se tem olhado para o Direito Penal Econômico como ramo do Direito Penal, com função precípua e específica de proteger a Ordem Econômica que sofre intervenção estatal, o que, na visão do autor, provocaria uma exagerada redução dos limites de intervenção do Direito Penal Econômico, que ficaria adstrito a infrações fiscais, monetárias, de contrabando ou que afetem a economia popular, mantendo longe de sua incidência aquelas hipóteses em que o Estado decide por não intervir. Em sentido oposto, o autor menciona o desenvolvimento de uma concepção mais ampla, consequência de fatores múltiplos, tais como o predomínio de uma economia de mercado, a derrocado do dirigismo estatal, dentre outros. Este último posicionamento levou a uma certa expansão do âmbito de abrangência do Direito Penal Econômico, dentro e fora do direito codificado, sem, no entanto, manter coerência e respeito com os tradicionais princípios dogmáticos penais.

Pelo que se expôs acima, percebe-se que o supra citado autor expõe dois conceitos que se desenvolveram: um restritivo, que o limitaria a infrações puramente econômicas, como as fiscais, as de mercado de capitais e outro amplo, este como consequência de vários fatores, como a falência do dirigismo estatal. Complementa o autor que como consequência, esse conceito amplo atingiu o próprio conteúdo do Direito Penal Econômico, de forma que se chegasse à ausência de coerência sistemática e à desobediência de princípios dogmáticos da ciência penal.

Ao discorrer sobre o conceito de Direito Penal Econômico, Tiedemann (1983) dá amplitude ao conceito, mas destacando claramente a característica da tutela de bens jurídicos supra individuais. Para ele, o Direito Penal Econômico em sentido estrito aborda uma concepção de intervenção estatal no domínio econômico, a exemplo do já citado por Cervini. No entanto, com maior abrangência, é possível entender o Direito Penal Econômico como formado por um conjunto de normas jurídicas promulgadas para a regulação da produção, fabricação e repasse de bens econômicos, desde que supra individuais. Ainda segundo Tiedemann (2010), a definição do Direito Penal Econômico perpassaria por uma perspectiva processual criminal, por uma criminológica e pela jurídico dogmática. Pela primeira perspectiva, entende-se pela necessidade do desenvolvimento de medidas processuais adequadas no âmbito do Direito Penal Econômico, como a existência de particular conhecimento da vida econômica para que se possa julgar os delitos econômicos. De certa forma, se poderia falar em uma justiça especializada. Na segunda perspectiva, destaca-se principalmente as características do delinquente no âmbito econômico. Neste ponto, o autor se remete aos ensinamentos de Sutherland quanto a sua teoria do criminoso de colarinho branco. Na última perspectiva, destaca-se o Direito Penal Econômico como ramo do direito apto a atuar quando presente ofensa a bens jurídicos dotados de supra individualidade.

Bajo E Bacigalupo (2001) trazem a seguinte definição de Direito Penal Econômico em sua obra: “el conjunto de normas jurídico penales que protegen el orden económico. La clave para desentrañar em toda su profundida el sentido y alcance de esta definición estriba en el objeto de protección: el orden económico.”

Pimentel (1973) conceitua o Direito Penal Econômico levando em consideração o aspecto da abrangência legislativa do mesmo, no que tange à relevância dos bens jurídicos tutelados: “o conjunto de normas que tem por objeto sancionar, com as penas que lhe são próprias, as condutas que, no âmbito das relações econômicas, ofendam ou ponham em perigo bens ou interesses juridicamente relevantes”.

Já Fragoso (1982) adota um conceito restrito para o crime econômico, cuja: “objetividade jurídica reside na Ordem Econômica, ou seja, em bem-interesse supra individual, que se expressa no funcionamento regular do processo econômico de produção, circulação e consumo de riqueza”.

2.2 Objeto de estudo

Tradicionalmente, aponta-se o delito econômico como objeto de estudo do Direito Penal Econômico. A previsão das condutas típicas e a cominação da pena encontra-se, em regra, em várias leis penais especiais, que formam um conjunto de normas. Desta forma, seria correto afirmar que delitos tais como a lavagem de dinheiro, a sonegação fiscal, a concorrência desleal formariam o objeto de estudo do Direito Penal Econômico.

Segundo Bacigalupo (2005), o objeto do Direito Penal Econômico teria um caráter político-criminal: a prevenção da criminalidade econômica, constituída e definida como um fenômeno complexo que não é formado apenas por conceitos jurídicos penais, mas sim dotado de necessária e clara interdisciplinaridade. Para o autor, o ponto de partida do objeto do Direito Penal Econômico é a criminalidade de empresa, que seria a célula essencial da estrutura e do desenvolvimento do Direito Penal Econômico. Fazendo menção a Beck, Bacigalupo menciona que a o desenvolvimento de uma sociedade pós-industrial conduz à formação de uma sociedade de riscos, formada com base em um novo paradigma, que se manifesta sob duas vertentes: os riscos de modernização delimitam os contornos da sociedade e geram perigos irreversíveis para o meio ambiente e para as pessoas. Por outro lado, este panorama se apresenta no âmbito de contradições entre a modernidade e a pós modernidade.

Segundo Aftalión (1959), a tarefa de definir o Direito Penal Econômico não é fácil, pois não basta uma referência genérica ao que integraria seu objeto, eis que um critério muito amplo de abrangência poderia acarretar na reunião de temas com muita disparidade. Desta forma, apresenta-se como necessária a utilização de um critério mais preciso, sem o qual não seria possível individualizar corretamente o âmbito de abrangência, estudo e tutela do Direito Penal Econômico.

Ao se abordar o conjunto de normas, obviamente que, o ordenamento jurídico ao qual pertence deve ser analisado. No Brasil, os delitos econômicos estão previstos, via de regra, em leis penais esparsas, muito embora alguns delitos previstos no Código Penal também integrem o âmbito de abrangência deste ramo do Direito Penal, tais como os crimes de apropriação indébita previdenciária e de sonegação de contribuição previdenciária, previstos respectivamente nos artigos 168 A e 337 A do Código Penal. Nem mesmo esse tratamento, em leis penais extravagantes, é feito de maneira organizada, de forma que em muitos casos existe um mesmo bem jurídico tutelado em uma pluralidade de leis, de forma que o intérprete tem que comparar os dispositivos de forma a entender o tipo penal que deve ser aplicado. Em virtude da desorganização legislativa, a todo momento é possível se deparar, na análise das

leis que integram o Direito Penal Econômico, com o conflito aparente de normas. Aborda-se um exemplo específico relacionado à tutela relações de consumo: em 1990 entrou em vigor o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), trazendo a previsão de crimes contra o consumidor. No entanto, alguns meses depois, entrou em vigor a Lei 8.137/90, prevendo em seu artigo 7º crimes contra as relações de consumo, sem revogar ou alterar expressamente crimes previstos no Código de Defesa do Consumidor, mas trazendo novas modalidades típicas. Com isso, quando presente uma lesão às relações de consumo, necessária se faz a análise conjunta e comparativa das duas leis.

Outro exemplo dessa desorganização é a agonizante comparação entre os tipos penais contra a Ordem Econômica da Lei 8.137/90 e a Lei 1.521/50, que tipifica os crimes contra a economia popular. Esta última somente é aplicada naquilo que não foi tacitamente revogada pela primeira. Isso sem mencionar os crimes contra a Ordem Econômica de caráter mais específico, como as previsões trazidas pela Lei 8.176/90, dentre elas a criminalização específica da adulteração de combustível. Em todos esses casos, necessária se faz a utilização dos princípios solucionadores do conflito aparente de normas penais, sobretudo o princípio da especialidade.

Percebe-se, portanto, a premente necessidade de uma codificação da matéria, de forma não somente a facilitar o estudo do tema, mas principalmente a aplicação da lei ao caso concreto, de maneira certa e justa, sem possibilidade de dúvidas ou erros que derivem da desorganização legislativa, já que a atual formação do Direito Penal Econômico vem gerando tal problemática.

2.2.1 Macro criminalidade e microcriminalidade: critérios de aferição do bem jurídico tutelado

A teoria do bem jurídico constitui uma primeira etapa de uma teoria da atividade legislativa racional, como tarefa teórica e científico política. Muitas das críticas que se dirigiram a esta teoria se baseavam em uma concepção equivocada, de que a teoria do bem jurídico serviria para resolver todas as questões. Seu objetivo, na verdade, é muito mais modesto.

Consoante Batista (2001), o bem jurídico resulta de uma criação política do crime. Desta forma, o tipo penal acaba por expressar o objetivo do legislador. De qualquer forma, ressalta o autor que o bem jurídico não pode se opor à disposição constitucional, que

funcionaria como um controle negativo (algo valorado negativamente pela Constituição não poderia ser erigido a bem jurídico tutelado pelo Direito Penal), Conclui que em uma sociedade de classes, os bens jurídicos acabam por representar, de forma inevitável, os interesses das classes dominantes.

Para Mir Puig (2011), o conceito de bem jurídico é utilizado com dois sentidos diversos: o sentido político criminal e o sentido dogmático. O primeiro demonstraria um conteúdo de *lege ferenda*, como o único que mereceria efetiva proteção pelo Direito, pois representaria, de forma real, os efetivos valores da sociedade. O segundo, de *lege lata*, o que demonstraria que o bem jurídico continua sendo tutelado ainda que contra ele não ocorra qualquer ataque, já que ele está posto na lei ao tutelar aspectos como vida, patrimônio e honra.

Ao conceituar bem jurídico, Roxin (2009) sustenta que a autorização de intervenção jurídica penal decorre de uma função social do Direito Penal, que consiste em garantir a existência pacífica, livre e socialmente segura dos cidadãos, e este seria tão somente o caminho que deveriam seguir as normas jurídico penais. Desta forma, todos os objetos legítimos de proteção que subjazem a estas condições são interpretados pelo autor como bens jurídicos, definidos como “circunstâncias reais dadas ou finalidades necessárias para uma vida segura e livre”. O conceito não poderia, pois, ser limitado a bens jurídicos individuais, abrangendo também os dotados de generalidade, desde que sirvam ao cidadão do Estado em particular. Os exemplos dados pelo autor incluem a administração da justiça e a estabilidade do sistema monetário.

A atividade legislativa, no âmbito do bem jurídico, deveria ser semelhante a atividade judicial – se baseando na ideia de que o Direito Penal só tem sentido a partir do exercício de determinadas funções. A primeira ideia seria de proteção de bens, de que uma política criminal voltada à esta proteção precisa ser fundamentada não na desvalorização do comportamento, mas na exigência de que os efeitos do Direito Penal sejam de estabelecer determinadas finalidades para a atividade legislativa penal. Isso para que se comprove que o que vai se estabelecer como meta da criminalização é possível de se efetivar, o que se liga ao princípio da proporcionalidade.

Poder-se-ia dizer que uma atividade legislativa racional ratifica a proibição de exageros na proteção do bem jurídico . Exemplo: proibição de incesto na Alemanha. Se não tem acolhida em outros ramos do Direito, não haveria fundamentação para a proteção da herança genética pelo Direito Penal. Para que se observe um efeito preventivo eficaz, torna-se

premente a realização de um prognóstico acerca dos efeitos penais, observados os valores da sociedade em que haverá a tipificação penal de determinada conduta.

Em um segundo momento, é analisado se o legislador deveria comprovar que a criminalização seria necessária ou caso contrário, aqueles que defendem a não criminalização é que devem comprovar sua desnecessidade? Acredita-se que no caso de não haver uma criminalização, o ônus deveria recair sobre aquele que propõe a criminalização. Em caso contrário, o ônus recairia sobre quem está contra a criminalização. No caso do Direito Penal Econômico, a maioria das condutas lesivas já estaria penalmente tipificada, criminalizada.

A criminalização estaria intrinsicamente ligada à ideia de proteção, impedindo que determinados direitos e interesses fossem violados. A função imanente ao bem jurídico dá possibilidade de que se discuta a criminalização. No entanto, se não existe bem jurídico ou se ele é vago, a criminalização é irracional. Neste caso, a atividade legislativa não será válida. O bem jurídico dá substância para se pensar na proporcionalidade de uma criminalização. Ele é arguido para se analisar se a atividade legislativa penal é racional.

A teoria do bem jurídico resolve alguns, mas nem todos os problemas de legitimação do Direito Penal, sobretudo o Econômico. A teoria do bem jurídico é neutra e não tem o poder de deslegitimar, em uma sociedade capitalista, de bloquear a possibilidade, por exemplo, de um Direito Penal Econômico, não podendo servir de remendo a uma sociedade injusta.

Não existe uma única e exclusiva teoria do bem jurídico. Existem algumas vertentes, algumas teorias do bem jurídico. Uma delas é sediada em Frankfurt, tendo como máximo expoente Hassemer, com base principal no argumento de que somente há de se aferir legitimidade à proteção que ultrapasse bens jurídicos meramente individuais. Segundo este entendimento, no caso específico do Direito Penal ambiental, a maioria das condutas não poderia encontrar previsão típica penal. Na verdade, não seria propriamente a discussão do humano e não humano, mas muito mais a discussão do humano e da natureza.

Considerando a teoria do bem jurídico em sua função limitadora do Direito Penal, três críticas à teoria do bem jurídico poderiam ser elaboradas:

De acordo com a primeira, a teoria do bem jurídico limita o Direito Penal, mas é insuficiente e equivocada. Os primeiros estudos de comunicação entre Direito Penal e Constituição demonstram que a teoria do bem jurídico não se coaduna com uma releitura do Direito Penal de acordo com a Constituição. Nos anos de 1990, alguns doutrinadores na Alemanha escreveram dissertações amplas abordando direitos fundamentais e Direito Penal, Constituição e Direito Penal. Desse tipo de argumentação, seria possível rechaçar o bem jurídico de maneira categórica, pois o bem jurídico não seria algo tangível. Várias condutas

estão em uma zona de fronteira em que não se consegue fixar o bem jurídico concreto, mas nem por isso não estaria legitimado. Exemplo: Violação do direito de outras pessoas, dignidade da pessoa humana são ideias constitucionais na Alemanha como ideia de moralidade da população. Em alguns casos, o princípio da dignidade da pessoa humana pode ser tirano contra aquele que seria defendido. Um exemplo disso é a eutanásia, em caso de criminalizações protecionistas.

A segunda teoria é inconsistente por razões meramente normativas ou fático normativas. A teoria do bem jurídico e a própria pretensão de limitação do legislador seriam antidemocráticas, ao contrário do chamado relativismo democrático. Logo, a proibição de meras imoralidades não seria ilegítima se o legislador legalmente constituído se decidiu por isso. A teoria do bem jurídico teria apenas uma função de auxílio na atividade legislativa, mas não de questionar criminalizações realizadas. O argumento principal é o princípio democrático, que com base sociológica, seria possível defender que o bem jurídico tem importância bem limitada ou nenhuma. A função do Direito Penal é garantir o sistema penal, a confiança que se deposita na norma penal. A reforma dos crimes sexuais na Alemanha não foi resultado de um tratamento científico, mas sim da evolução da sociedade. Jakobs (2008) defende a legitimação de criminalizações paternalistas, pois são necessidades da sociedade de manter a própria identidade. O Direito Penal deve se preocupar com a estabilização normativa.

A terceira se apresenta de maneira contrária às duas anteriores, criticando e estabelecendo uma visão liberal próxima da teoria do bem jurídico. A teoria do bem jurídico teria representado um retrocesso em relação à teoria da lesão ao direito subjetivo. O crime não violaria o direito, violaria algo concreto da pessoa afetada. A teoria da lesão a direitos subjetivos defenderia poucas criminalizações, enquanto a teoria do bem jurídico e todas as suas flexibilizações abriria o campo de condutas que poderiam ser legitimamente criminalizadas.

Na tentativa de se encontrar uma base racional para a teoria do bem jurídico, ela poderia ser defendida como um esquema argumentativo, com pretensão limitadora no debate de criminalizações, ela se inseriria em um processo de atribuição de responsabilidade das próprias pessoas, já que esta seria a visão democrática. Não se trata apenas de um debate acerca da atividade legislativa. Em normas de imputação mais ou menos justas, haveria um processo de construção daquilo que poderia ser objeto de proteção.

Partindo-se do pressuposto de que são as próprias pessoas que criam estas normas e que elas próprias serão também regidas pelas mesmas, a proteção seria, portanto, de interesses

dessas pessoas. No Direito Ambiental, se deve discutir a ligação entre o que vai ser proibido com os direitos das pessoas, daí talvez se reconhecer, em caso de maus tratos a animais, por exemplo, a tutela do meio ambiente e não do direito dos animais em si.

A teoria do bem jurídico conseguiria demonstrar que não existe estabilização como faz crer teorias como a de Jakobs, mas sim existem conflitos, interesses que vão competindo uns com os outros. O mínimo que se espera de uma teoria racional é identificar os interesses que pretensamente estão sendo protegidos pelo Direito Penal. Trata-se de um quadro contrário a uma sociedade estável, caracterizando uma sociedade de conflitos. Esse seria o conteúdo democrático da teoria do bem jurídico, fundada na defesa de interesses que se apresentam em conflito.

A ideia de que o legislador pode tudo estaria bem próxima de um Direito Penal máximo e expansionista. É muito mais fácil para uma doutrina autoritária rechaçar a teoria do bem jurídico e permitir que a criminalização surja como uma discussão ou necessidade da sociedade.

Pensar que a teoria do bem jurídico seria antidemocrática pareceria algo equivocado com base nos argumentos acima.

Nesse processo argumentativista, a teoria do bem jurídico é uma pequena mas razoavelmente importante contribuição da dogmática penal, que também tem uma função no processo argumentativo, para se chegar à conclusão da legitimação ou deslegitimação de determinadas criminalizações, sobretudo aquelas que possuem viés econômico.

A teoria do bem jurídico pode contribuir para um processo legislativo melhor, uma vez que exigiria do legislador o conhecimento amplo acerca da possibilidade de proteção do bem. O quanto ela vai ter êxito é uma questão empírica. Trata-se de uma contribuição científica, dogmática, doutrinária para o debate quanto à criminalização.

Enquanto algumas reformas legislativas ocorrem por necessidades sociais, a teoria do bem jurídico vai filtrar as tendências sociais para uma linguagem técnica. Um exemplo é sobre o debate na Alemanha da reforma penal, para um recrudescimento do Direito Penal, com necessidades da sociedade em encontrar uma legitimação no Direito Penal, como punir a homofobia, a posse de pornografia infantil. No entanto, com a filtragem constitucional, limitaria estas tendências, contribuindo para uma racionalização do debate.

A teoria do bem jurídico, em si, não leva à inconstitucionalidade de normas penais. Ela não tem significado como remédio jurídico. No entanto, tem importante papel, podendo utilizar o princípio da proporcionalidade para certas limitações, como em casos de

criminalizações paternalistas. A teoria do bem jurídico pertence a uma tradição bem mais antiga que as Constituições dos países. No fundo, a teoria estabelece standards de limitação.

Consoante Roxin (2004), a teoria do bem jurídico faz parte de um conceito crítico limitador, ao contrário do conceito metodológico do bem jurídico, que sustentava uma função de interpretação dos tipos penais. Este não era um conceito crítico, mas somente interpretava até onde iria determinada incriminação. Foi importante para a época, um passo à frente, pois os conceitos eram mais positivistas e o bem jurídico era apenas para legitimar a incriminação. Após a segunda guerra, especificamente a partir da década de 60 e 70, começa a se delinear, segundo o autor, uma crítica à função metodológica do bem jurídico, que não deveria servir apenas como interpretação, hermenêutica. Ou seja, se começou a defender que ele deveria servir como limitação para o legislador, que somente pode elaborar uma incriminação se tiver como objetivo proteger o bem jurídico. Nos conceitos antigos, o legislador escolhia ou inventava um bem jurídico e elevava seu valor para justificar a incriminação. Este conceito crítico, restritivo limitador age de forma distinta, identificando um bem jurídico não necessariamente físico (ex.: honra), mas que exista e esteja presente na realidade e que pela subsidiariedade mereça ser tratado pelo Direito Penal. Somente a partir da proteção deste algo é que o legislador pode elaborar uma lei penal e proibir uma determinada conduta.

O conceito de bem jurídico em si desafia controvérsias na doutrina. Para Roxin (2004), trata-se de elementos importantes para o livre desenvolvimento do indivíduo, seus direitos fundamentais. O supra citado autor busca identificar bens importantes para o indivíduo, para a comunidade e para a Constituição. Ele é bastante lúcido ao identificar a propensão do legislador de inventar determinados bens jurídicos para justificar a previsão penal. Para ele, é muito importante distinguir o bem jurídico real daquele que é criado, o que se torna mais difícil nos bens coletivos, que pela sua natureza abstrata e supra individual, possuem uma propensão a permitir que sejam confundidos com coisas ou elaborações ou funções, que não são bens jurídicos. Para identificar um bem jurídico verdadeiro, ele estabelece algumas diretrizes: Primeiramente, deve-se observar o comportamento como objeto de punição, pois o fundamento da penalização de um comportamento (distinto da simples discricionariedade do legislador que lhe permitiria penalizar algo simplesmente porque não gosta). Em segundo lugar, a situação na Alemanha no pós-guerra traria uma limitação do poder de intervenção jurídico-penal na teoria do bem jurídico.

A ideia de proteger apenas bens jurídicos concretos e não convicções políticas ou morais, doutrinas religiosas, concepções ideológicas do mundo ou simples sentimentos vai nortear a teoria.

A previsão da proteção expressa de bens jurídicos que possibilitaria as penas e medidas de segurança era conteúdo programático do projeto alternativo alemão do Ocidente de 1966, de coautoria do autor retro mencionado. O conteúdo não foi integralmente seguido pelo legislador, mas a reforma dos crimes sexuais demonstrou a proteção do bem jurídico, ficando superada a tutela da moralidade para substituir pela tutela da autodeterminação sexual.

Além disso, necessária seria a observação do comportamento ético: delitos sexuais. Trata-se da análise, pelo autor, da reforma ocorrida em 1973 na Alemanha, quanto aos delitos sexuais. Houve a retirada da punição da homossexualidade entre adultos, que hoje é considerada como uma forma especial, eticamente neutra, de orientação sexual. Em 1962, o Código qualificava a homossexualidade como “comportamento ético especialmente reprovável e ignominioso segundo a convicção geral”

Desta forma, segundo o autor, percebe-se que quando se nega a teoria da proteção do bem jurídico, se ignora que esse teria sido o viés da reforma.

Jakobs (2008) propositalmente não entra no âmbito do conteúdo da norma, eis que enxerga como função do Direito Penal a proteção da confiança que nela é depositada.

Analisando o conceito de bem jurídico, Roxin (2009) se declara como defensor de tal conceito. Para ele, o limite da intervenção deve se fundamentar na função social do Direito Penal, que consiste em garantir a seus cidadãos uma existência pacífica, livre e socialmente segura, sempre e quando estas metas não possam ser alcançadas com outras medidas político-sociais.

O Estado Democrático de Direito é tomado por base como modelo teórico de Estado, no qual as normas penais devem perseguir apenas o objetivo de assegurar aos cidadãos uma coexistência pacífica e livre, sob a garantia de todos os direitos humanos.

Com base nisso, o Estado deve garantir as condições individuais para isso, assim como as instituições estatais adequadas para esse fim.

Os bens jurídicos seriam definidos como circunstâncias reais dadas ou finalidades necessárias para uma vida segura e livre. Os bens jurídicos não necessariamente seriam predeterminados ao legislador, mas poderiam ser criados por ele.

O conceito de bem jurídico abrangeria bens individuais e da generalidade, quando esta fosse necessária para a garantia daqueles.

Sendo assim, conceito de bem jurídico seria crítico e se diferenciaria do conceito metódico de bem jurídico. Para Roxin (2009), o bem jurídico precisa ter matriz constitucional.

Uma teoria do bem jurídico sem base constitucional não teria força suficiente para limitar o legislador.

Abordando os limites impostos ao legislador, Roxin (2009) se preocupa bastante em identificar um bem jurídico verdadeiro e para isso se vale de alguns critérios. Roxin esboça os pontos de vista mais importantes: Inadmissibilidade de normas penais fundadas em ideologias ou que atentam contra Direitos Fundamentais e humanos, a simples transcrição do objeto da lei não fundamenta um bem jurídico, atentados contra a moral não justificam a norma penal (Ex.: criminalizar o homossexualismo), o atentado contra a dignidade humana não é sinônimo de lesão ao bem jurídico (Nos últimos anos, na Europa e no Brasil, a dignidade humana tem servido de palavra mágica para legitimar qualquer tipo de incriminação. Ex.: condutas de posse de fotografias pornográficas, transplante de órgãos. O supra citado autor entende que a venda de órgãos não viola a dignidade humana. Pelo contrário, favorece, pois dá alternativas a ambas as partes. A proteção dos sentimentos pela norma somente se justifica quando o sentimento for a ameaça real à vida das pessoas. Meras internalizações, dados anímicos não constituem bens jurídicos verdadeiros. No entanto, se o sentimento é de ódio por grupos étnicos, poderia haver a criminalização, por representar perigo aos bens jurídicos.

A autolesão não justifica a norma penal, que tem por objeto a proteção frente a outra pessoa e não a ela própria. As leis penais simbólicas não buscam a proteção do bem jurídico e perseguem fins que estão fora do Direito Penal. As regulações de tabus não se constituem em bens jurídicos e por isso não podem ser protegidas pelo Direito Penal. O incesto na Alemanha é incriminado. Uma decisão de 2008 do Tribunal Alemão considerou constitucional. Portanto, continua vigendo. No entanto, é um tabu, porque as pessoas se sentem incomodadas. A conduta não viola nenhum bem real, que tenha existência na realidade.

Os objetos de abstração incompreensíveis não podem ser tutelados pelo Direito Penal (condutas idôneas a perturbar a paz pública). A saúde pública, por exemplo seria um falso bem jurídico, pois o que existiria seria a integridade física de cada um de nós. Até mesmo pelo princípio da auto colocação em perigo não seria possível punir a heterocolocação em risco. Desta forma, ninguém pode ser punido por ter se colocado em perigo ou por ter colocado o outro que consentiu.

Quanto à restrição da punibilidade, o princípio da proteção do bem jurídico limita a punibilidade, sendo linha diretriz político-criminal para o legislador, garantindo um Direito Penal Liberal e de Estado de Direito.

Já a ideia de proporcionalidade é bastante utilizada pelo Tribunal Constitucional Alemão. No entanto, essa visão não se mostra contrária ou dissonante da teoria de proteção ao

bem jurídico. Ou seja, uma norma que não tutela bem jurídico, se mostra abusiva, como intervenção excessiva na liberdade dos cidadãos e, portanto, desproporcional.

O objeto de estudo do Direito Penal Econômico possui estreita ligação com os conceitos de macro e de microcriminalidade, pois é o surgimento da macro criminalidade que tornou necessária a previsão legal dessa nova classe de delitos, que atingem bens coletivos, o que por sua vez, depende da análise da abrangência e delimitação do bem jurídico.

Quando se pensa em criminalidade, o tradicional é logo ligar este conceito aos crimes de homicídio, furto, roubo, dentre outros. No entanto, estes compõem a denominada microcriminalidade, como aquela que atinge bens jurídicos individuais. Neste contexto, pode-se defender que se torna nos dias de hoje, impraticável o afastamento de princípios constitucionais penais, a exemplo do princípio da ofensividade, o que se discute quando se está a tratar do surgimento de uma macro criminalidade e da necessidade de se tutelar os bens jurídicos de caráter supra individual.

A macro criminalidade é formada por uma lesão diferenciada a bens jurídicos, já que incide sobretudo em bens jurídicos coletivos e supra individuais, se caracterizando, na maioria das vezes, em uma criminalidade organizada, ocasionando a prática de crimes societários, de associações ou organizações criminosas, voltadas para uma ofensa a bens jurídicos coletivos ou difusos. Trata-se de um conceito que se desenvolve no âmbito da criminologia e que aflora no Direito Penal. Na ótica da criminologia para a análise do seu surgimento, construção de teorias e possíveis soluções de ordem preventiva. No âmbito do Direito Penal, a macro criminalidade serve de fundamento para o desenvolvimento do Direito Penal Econômico, a formação legislativa diferenciada, a construção de teses abolicionistas, intermediárias e radicais.

Tiedemann (1975) destaca, como principal característica do Direito Penal Econômico, a proteção dos bens jurídicos supra individuais, coletivos

É muito comum associarmos o Direito Penal Econômico a algumas expressões: “crimes do colarinho branco¹⁵”, “*criminality of the upper world*¹⁶”, “*crimes of the power full*¹⁷”, “*White collar criminality*¹⁸”, dentre outras expressões.

¹⁵ expressão traduzida da original “white collar crime”, desenvolvida por Sutherland, no âmbito da análise criminológica.

¹⁶ Expressão de origem norte Americana, para caracterizar crimes praticados por grupos que se destacam no mundo dos negócios.

¹⁷ expressão de origem norte Americana, que designa crimes praticados por aqueles que se encontram em uma posição de destaque, notadamente no âmbito econômico.

¹⁸ expressão cunhada por Sutherland, para indicar uma criminalidade diferenciada, de pessoas que gozam de um status social elevado e que não se veem como criminosas.

Na verdade, esses conceitos são estudados no Direito Penal Econômico, até mesmo ao longo do seu surgimento e alguns deles são ligados também ao estudo da criminologia, principalmente o conceito de “*White collar criminality*”. Com efeito, na maioria dos casos, os crimes que são objeto de estudo do Direito Penal Econômico são praticados por pessoas de alto nível socioeconômico, no exercício de sua atividade profissional, o que deriva do primeiro conceito dos crimes de colarinho branco estudados no âmbito da criminologia.

Nesse contexto, a criminalidade econômica foge da ideia tradicional da criminalidade clássica que se conhece, denominada também de microcriminalidade. Consoante Souza (2011), em muitas situações, os autores desses delitos não são vistos como verdadeiros criminosos por eles mesmos, pelo público em geral e nem por outros criminosos. Ou seja, a denominada macro criminalidade, que está ligada à criminalidade estudada pelo Direito Penal Econômico não é “tão grave” na ótica social, na ótica do sujeito ativo e acaba por obter certos “privilégios” que à microcriminalidade não é dispensada pelo legislador.

A ofensa aos bens tutelados pelo Direito Penal Econômico pode se dar de muitas formas. Nem sempre haverá fraude, muito embora ela esteja presente em muitas das figuras típicas que envolvem o âmbito de tutela do Direito Penal Econômico.

Alguns dos crimes são de perigo, outros causam dano ao bem jurídico tutelado. Em alguns deles, o tipo penal exige a prática por sujeito ativo que possui determinada qualidade especial, sendo crimes próprios, outros são crimes comuns, podendo ser praticados por qualquer pessoa. Em alguns casos, a mesma lei traz a previsão de crimes diversos, que possuem todas essas variedades, como a Lei 7492/86, que tutela o Sistema Financeiro Nacional.

Desta forma, os critérios de aferição do bem jurídico serão delineados pelo âmbito de proteção, que precisa se referir a bens coletivos ou difusos, dotados de uma supra individualidade, mas que, ao mesmo tempo, devem ser dotados de validade, à luz da teoria do bem jurídico.

2.2.2 A globalização e a mídia

Em alguns momentos históricos, nossos Tribunais interpretaram o exagero legislativo, então se vê declarações de inconstitucionalidade, posicionamentos controvertidos e também se percebe que assim como acontece no surgimento de algumas leis penais que não integram o Direito Penal Econômico, neste também alguns tipos penais surgem como fruto do clamor

social e do enorme poder de influência da mídia no legislativo, dentro de um verdadeiro Direito Penal Midiático. Na verdade, sofre-se influência na criminalidade clássica e na macro criminalidade, do Direito Penal Midiático¹⁹ e do Processo Penal Midiático.

Sustenta Gomes (2008), um julgamento popular e influenciado pela mídia é rápido, mas cheio de certezas peremptórias e rasas. O achismo vira convicção inabalável, não importando se o réu é verdadeiramente culpado ou inocente. Seja de que forma for, ele será execrado pela mídia e pela sociedade de forma geral. Segundo o autor, no processo penal midiático, a execração é rápida e pública. Nestes casos, a polícia e o Ministério Público acabam sendo contaminados pelas pressões midiáticas e populares. Apenas à guisa de exemplo, institutos como a prisão temporária e a preventiva são postulados desmedidamente em tais casos.

O estudo do Direito Penal Econômico envolve ainda o fenômeno da globalização, denominado por Zaffaroni (1984) de “poder planetário”, caracterizado como um fenômeno geral da globalização, expressão por sua vez ambígua, que define um poder como uma ideologia que pretende legitimar tal poder. Ambos os conceitos não podem ser confundidos. A globalização não pode ser interpretada como mero discurso, mas sim como um novo poder planetário, cujos efeitos acabam sendo irreversíveis. Ao lado da globalização como poder planetário, aponta-se ainda a revolução mercantil e o colonialismo, a revolução industrial e o neocolonialismo, assim como a revolução tecnológica.

Sustenta ainda Sánchez (1999), envolvendo a globalização no estudo do Direito Penal Econômico, que a integração gera uma criminalidade contra interesses financeiros da comunidade, ao mesmo tempo que abrange a corrupção de funcionários das instituições públicas, gerando uma nova concepção delitiva, marcada em particular por elementos de organização e transnacionalidade, criminalidade organizada, internacional e uma criminalidade diferenciada, centrada, muitas vezes, nas altas acamadas sociais.

No que tange à tutela específica direcionada em cada uma das leis penais especiais que o integram, o Direito Penal Econômico tipifica as condutas, comina as penas e, em algumas leis, são trazidas regras de direito processual, a exemplo do que ocorre na lei que cuida dos crimes contra o Sistema Financeiro Nacional, qual seja, a Lei 7492/86.

Conforme visto no item 2.2, o objeto de estudo do Direito Penal Econômico é apontado, por alguns, como sendo o delito econômico em si. Pode-se apontá-lo como aquele

¹⁹ Também denominado de populismo penal midiático. A expressão denota um sensacionalismo exorbitante, que incide em casos que se tornem muito conhecidos da população em geral, seja através das redes sociais ou dos demais meios de comunicação.

que ofende a Ordem Econômica em sentido amplo, entende-se como tal o que descreve uma conduta lesiva a bens jurídicos coletivos, supraindividuais, como o meio ambiente, as relações de consumo, a economia popular, o sistema financeiro nacional, dentre outros bens dotados de tal supraindividualidade, afastando-se claramente da tutela de bens individuais, como honra, vida e patrimônio, que permanecem sob à égide do Direito Penal Clássico.

No Brasil, a tutela da Ordem Econômica em sentido estrito se dá por meio, notadamente, do atual artigo 4º da Lei 8137/90, com algumas outras leis especiais, como a Lei 1521/51, que prevê alguns crimes contra a Economia Popular, a Lei 8176/91, que tipifica, dentre outras condutas, a adulteração de combustível.

No que tange aos crimes contra o Sistema Financeiro Nacional, a tutela é baseada na Lei 7492/86 e na LC 105/01.

A lei de lavagem de dinheiro – Lei 9613/98, alterada pela Lei 12683/12, seus tipos penais, antecedentes, história e cenário mundial torna-se fundamental na prevenção e punição da utilização do capital decorrente de ilícitos elencados na referida lei ou praticados por Organizações Criminosas.

No que se refere à criminalidade organizada, a Lei 9.034/85 foi revogada pela Lei 12850/13, que tipificou a organização criminosa. Antes tida como mera estrutura passou a caracterizar um tipo penal. A referida lei também gerou efeitos sobre o Código Penal, ao alterar o artigo 288, passando a tipificar o crime de associação criminosa, em substituição à previsão anterior da quadrilha ou bando.

Outro tema abrangido pelo Direito Penal Econômico é a tutela da propriedade imaterial (ou intelectual) que se divide em propriedade industrial e direitos do autor. A propriedade intelectual das marcas e patentes deixou de ser tratada no Código Penal, tendo todos os tipos penais incriminadores sido revogados pela Lei 9.279/86. Já no que se refere aos direitos de autor, esta tutela se divide ao longo do Código Penal (artigo 184 na sua forma simples e qualificada), com a proteção de obras literárias, artísticas e científicas e na Lei 9.609/98, tutelando no artigo 12 os direitos de autor de programas de computador. A Lei 9610/98 não prevê tipos penais, mas complementa a matéria relacionada aos direitos do autor.

Pode-se afirmar que o âmbito de proteção nacional do Direito Penal Econômico não se esgota nas citadas leis, mas que seriam essas as que mais se destacam na proteção dos principais bens jurídicos que integram a tutela por este razoavelmente novo ramo do Direito Penal.

Existe enorme celeuma doutrinária acerca da autonomia²⁰ do Direito Penal Econômico no sentido de uma nova dogmática penal, o que gera uma problemática em relação a alguns princípios do Direito Penal Clássico.

Com o avanço do Direito Penal, a valorização dos Princípios, o crescimento dos ideais garantistas e vários outros preceitos, acaba-se por chegar à grande discussão que hoje envolve os crimes de perigo abstrato. São muitos os posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais no sentido de que, ainda que o tipo penal não exija a comprovação da exposição a perigo na hipótese concreta, tal exposição deve se concretizar para que haja tipicidade na conduta. O principal fundamento para este posicionamento se encontra no princípio da lesividade ou ofensividade. Com base neste princípio, o Direito Penal não poderia atingir condutas que não gerassem lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico tutelado²¹. Consoante Batista (2001), o referido princípio transporta a análise da exterioridade e alteridade para o âmbito do Direito Penal, exigindo que o bem jurídico a ser tutelado pelo Direito Penal lesione efetivamente direitos alheios, não bastando uma conduta pecaminosa ou imoral. Desta forma, apenas a legitimidade legitimária a intervenção penal. Ao tecer tais premissas, o autor critica, à guisa de exemplo, a tipificação dos crimes políticos, sustentando a tendência de se identificar um inimigo externo em caso de dissidência política, provocando um processo de criminalização. Ao discorrer sobre o princípio da lesividade, Nilo Batista identifica nele quatro funções: proibir a incriminação de uma atitude interna, como a cogitação; proibir a incriminação de uma conduta que não exceda o âmbito do próprio autor, como a autolesão e o dano em coisa própria; proibir a incriminação de simples estados ou condições existenciais, vedando a utilização de um Direito Penal do autor, totalitário e desprovido de razoabilidade e por fim, proibir a incriminação de condutas desviadas que não afetem qualquer bem jurídica. Parece que nesta última função, a questão ganha relevo no Direito Penal Econômico.

Bottini (2010) destaca a posição doutrinária que sustenta a exclusão dos crimes de perigo abstrato do ordenamento jurídico brasileiro, em decorrência da incompatibilidade com um Estado Democrático de Direito, pois este fundamenta o exercício do *Ius Puniendi* estatal

²⁰ Ao se reconhecer a autonomia deste ramo do Direito, seria possível a criação de princípios diferenciados do Direito Penal Clássico, assim como a relativização de alguns princípios já existentes. Notadamente, o tema ganha relevo quando se pensa sobre a essência do perigo abstrato que integra a maioria dos tipos penais, no que parece uma clara ofensa ao princípio da ofensividade, já que este exige para tipificação e responsabilidade penal, que a conduta efetivamente cause uma lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico.

²¹ Este é um conceito simplificado do princípio da lesividade. Nilo Batista, em sua obra *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*, Ed. Revan, 1996, p. 92-94, indica quatro funções para o princípio da lesividade: Proibir a incriminação de condutas internas, Proibir a incriminação de condutas que não ultrapassem o âmbito do autor, Proibir a incriminação de meros estados ou condições existenciais e Proibir a incriminação de condutas meramente imorais ou desviadas

na proteção exclusiva de bens jurídicos, o que decorreria de uma premissa de lesividade. A incriminação de uma mera conduta interpretada ex ante pelo legislador como de perigo presumido equivaleria a punir meros atos de desobediência, além de macular o princípio da ampla defesa, eis que inadmitiria a prova contrária, no sentido de inexistência da lesividade concreta. O autor conclui que a defesa de uma teoria acerca do perigo abstrato resulta de uma construção dogmática que reflete a forma como o gestor de riscos deve agir diante da organização social contemporânea. O cuidado, no entanto, deve estar em não permitir uma ampla incidência de interesses políticos como orientadores do Direito Penal. Sem dúvida, eles estão presentes, demonstrando o que prepondera em uma sociedade em termos de valores e isso provém até mesmo do contexto histórico, social e econômico no qual determinada sociedade se encontra. Reconhecendo a dignidade da pessoa humana como “coluna vertebral” do sistema de relacionamentos humanos e do próprio Estado Democrático de Direito, o supra citado autor sustenta a legitimidade dos crimes de perigo abstrato se os mesmos cumprirem sua missão funcional de proteção exclusiva de bens jurídicos relevantes para a dignidade humana, não violando esta dignidade e observando, ao mesmo tempo, os princípios da subsidiariedade, fragmentariedade e proporcionalidade.

No entanto, quando se está diante do âmbito do Direito Penal Econômico, não se pode deixar de lado o aspecto inerente à sociedade de risco, o que faz com que, na visão de parte da doutrina, seja possível para os delitos econômicos, uma legitimação dos crimes de perigo abstrato.

Bogado e Ferrari (2006), sustentam que a sociedade contemporânea se caracteriza por um constante avanço tecnológico, de forma que o avanço tecnológico e a globalização geram efeitos sobre as condutas humanas, o que provoca, via de consequência, um aumento dos riscos e a consequente incrementação dos deveres de cuidado. Isso gera uma maior preocupação na proteção de setores que tradicionalmente afetos ao Direito Penal, como forma de controlar a sensação de insegurança no enfrentamento de novos riscos. Para essa tutela diferenciada, resultante de uma nova sociedade de riscos, são usadas determinadas técnicas tipificadoras diferenciadas, tais como as leis penais em branco, os tipos abertos, os delitos comissivos por omissão, os delitos culposos e os de perigo. De um lado, apresenta-se a necessidade de proteção penal aos bens jurídicos coletivos mediante o recurso de tipificação do perigo presumido ou abstrato, mas de outro é necessário questionar a validade e constitucionalidade dos mesmos frente aos princípios do Direito Penal Clássico, notadamente na abordagem da lesividade. Isso gera um ataque a tais tipificações por parte considerável da

doutrina. Ao abordar variados posicionamentos doutrinários acerca do perigo abstrato, destacam os autores:

Esta categoría de delitos tiene su génesis en la necesidad de superar las dificultades probatorias de los tipos de peligro concreto para poder así tutelar los bienes jurídicos colectivos. Ello motivó que la jurisprudencia española dejara de considerar a los delitos contra el medio ambiente como tipos de peligro concreto, reinterpretando que la conducta . Los autores que sostienen que este tipo de delitos constituyen otra categoría son: SCHRÖDER –los denomina delitos de peligro abstracto-concreto-; HOYER –sostiene que configuran una tercera categoría y los llama delitos de aptitud-; FRISCH –expresa que son una categoría que debería reemplazar la de peligro abstracto-; TORIO LÓPEZ –entiende que son una tercera categoría y los denomina delitos de peligro hipotético-. ROXIN entiende que no existen como tal sino que forman parte de los delitos de peligro abstracto; DE LA CUESTA AGUADO –los distingue de los de peligro abstracto y los denomina peligro hipotético o de idoneidad por oposición a los delitos de peligro abstracto meramente formales; MALDONADO FUENTES, concluye que son una subcategoría dentro de los delitos de peligro abstracto. MARTÍNEZ, BUJAN PÉREZ, CARLOS, Derecho Penal Económico, Parte General, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, p.111 (...)

Segundo Sánchez (1999), é inadmissível, como critério para a imputação penal individual, a consideração de uma conduta sem nenhuma possibilidade de lesividade concreta. Desta forma, inviável a mera consideração da conduta praticada, sem que se possa averiguar a concreta lesividade. A crítica se dirige, pois, aos denominados pelo autor, crimes de perigo abstrato, presumido, estadístico ou global, casos em que a análise do perigo é meramente presumida e já considerada *ex ante* pelo legislador como critério para a tipificação penal.

Fica demonstrado, desta forma, o conflito entre a necessidade de blindar os bens coletivos e ao mesmo tempo garantir os princípios penais. No entanto, ao se ver diante da nova sociedade de risco²², o legislador acaba se valendo de tipos penais de perigo abstrato, em branco, abertos, culposos etc. Aponta as várias nomenclaturas e posicionamentos utilizados para os crimes de perigo abstrato, indica a existência da idoneidade do comportamento apto para gerar perigo ao bem coletivo como um elemento normativo do tipo e ressalta que os tipos de perigo abstrato vem sendo utilizados largamente para tipificar comportamentos arriscados e perigosos que são próprios de uma sociedade moderna.

Destaca Beck (2007, p.23):

Em las sociedades de riesgo las consecuencias de los éxitos de la modernización se han convertido, a causa de su velocidad y radicalidad, en tema. El riesgo adquiere un nuevo carácter porque parte de las condiciones de su cálculo y procesamiento institucional fallan. En tales circunstancias, se desarrolla un nuevo clima moral de la política em el que las valoraciones de las diferentes culturas y países desempeñan un papel central y los pros y contras de las consecuencias posibles o reales de decisiones técnicas y económicas se debaten em público.

²² A expressão (*Risikogesellschaft*) foi, em diversas obras, utilizada pelo sociólogo alemão Ulrich Beck. Bottini (2010, p. 31) destaca que “A origem do termo “risco” não é precisa. Para GIDDENS, a palavra provém, provavelmente, de um termo árabe, aproveitado e utilizado pelos espanhóis quando das grandes navegações, que significaria correr para o perigo ou ir contra uma rocha”

Muito embora exista uma necessidade cada vez maior de se tornar efetiva a garantia a todo e qualquer direito fundamental e justamente por isso, exista tão larga preocupação com o debate de um minimalismo penal²³, talvez a ótica sob o Direito Penal Econômico tenha que ser um pouco diferenciada. Não se está a defender nada semelhante à adoção de relativização de Direitos Fundamentais. E também não se está a sustentar que se torne necessária a construção de uma nova dogmática para este ramo do Direito. No entanto, alguns princípios que, no Direito Penal Clássico, servem como base para que se possa sustentar o afastamento ou até mesmo a descriminalização de alguns tipos penais, no Direito Penal Econômico nem sempre seriam aplicáveis na mesma intensidade.

Não se pode esquecer que se está lidando com questões coletivas, com danos gerados, muitas vezes, a toda uma coletividade. A Ordem Econômica, quando lesada, pode gerar consequências que se protraem no tempo e que podem até mesmo, com a reiteração de condutas ofensivas, gerar o atraso ao desenvolvimento de um país.

Portanto, em se tratando deste setor do Direito Penal, vê-se a necessidade de se lembrar de um garantismo sob à ótica da tutela coletiva. Em se tratando da macro criminalidade, valendo-se de um critério de proporcionalidade, o coletivo deve preponderar. Não se pode construir e aplicar o mesmo raciocínio utilizado em um Direito Penal da microcriminalidade, onde de um lado se tem o delinquente e do outro se tem a vítima, pois neste caso, na chamada microcriminalidade, discussões como o afastamento dos crimes de perigo abstrato tornam-se válidas e necessárias. Já sob a ótica do Direito Penal Econômico, sustenta-se que os crimes de perigo abstrato não podem simplesmente serem tidos como inconstitucionais, a ponto de sempre se exigir a comprovação de uma efetiva exposição de perigo ao bem jurídico tutelado, simplesmente porque quando se trata da ofensa à Ordem Econômica, essa exigência não garantiria a devida tutela ao bem jurídico coletivo e constitucionalmente protegido.

Consoante Bottini (2010), a expansão do Direito Penal se caracteriza notadamente pela larga utilização dos crimes de perigo abstrato como técnicas de construção legislativa para se enfrentar de forma mais eficaz os novos contextos de riscos vivenciados pela

²³ O minimalismo penal se contrapõe ao movimento expansionista do Direito Penal. Ou seja, o Direito Penal deve se desenvolver de acordo com critérios de intervenção mínima, apenas intervindo naqueles casos em que outros ramos do Direito não conseguem solucionar determinados conflitos. Quando incidente, deve se pautar pela mínima previsão de penas privativas de liberdade, visando penas alternativas que melhor observem a finalidade preventiva especial de ressocialização. O minimalismo penal se encontra na mesma linha de raciocínio de princípios do Direito Penal, significando, assim, o respeito a tais princípios, notadamente o da intervenção mínima, fragmentariedade e subsidiariedade. A inflação legislativa decorrente do surgimento desmedido de novas leis penais anda em sentido contrário a este minimalismo, causando um expansionismo penal que visa dar, falsamente, à sociedade, uma sensação de segurança e de tutela de bens jurídicos.

sociedade moderna. Tais tipos penais constituiriam o núcleo central de um Direito Penal de risco, proveniente do surgimento de uma sociedade contemporânea e diferenciadas, que lida com novas possibilidades de lesões a bens jurídicos essencialmente coletivos.

Em proposição crítica, analisando os tipos de perigo na pós modernidade, sugere Cabral (2005) que tudo parece girar em torno de uma “dessubstancialização da realidade”, inclusive no que tange ao bem jurídico, o que seria decorrente de uma grande de manda da sociedade, que insegura, clama pelo controle estatal, mesmo que este venha de forma simulacra. Em sua visão talvez isso contribua para o incremento atual dos crimes de perigo abstrato na pós modernidade, já que a preocupação atual da sociedade está justamente em punir o que está em processo de transição, o perigo, o risco, aquilo que pode vir a gerar uma efetiva lesão.

Argumenta Fischer (2011)²⁴:

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

(...)

Compreendemos que a tese central do garantismo está em que sejam observados rigidamente não só os direitos fundamentais (individuais e também coletivos), mas inclusive os deveres fundamentais (do Estado e dos cidadãos) previstos na Constituição. É a leitura que fazemos da íntegra dos postulados do garantismo penal. Como forma de maximizar os fundamentos garantistas, a função do hermeneuta está em buscar quais os valores e critérios que podem limitar ou conformar constitucionalmente o Direito Penal e o Direito Processual Penal. Não temos dúvidas: a Constituição Federal brasileira é garantista e assenta seus pilares nos princípios ordenadores de um Estado Social e Democrático de Direito. Mas insistimos (porque relevante): a teoria garantista não existe apenas para proteção de interesses e direitos fundamentais individuais (já destacado anteriormente).

A excessiva utilização dos crimes de perigo abstrato não é o único problema que se pode visualizar. O Direito Penal Econômico também se vale, com um certo exagero, de tipos penais em branco, que dependem de complementação por outras normas, em sua maioria de natureza extrapenal, para uma correta interpretação e aplicação do tipo. Isso ocorre

²⁴ O artigo O custo social da criminalidade econômica compõe a publicação: Inovações no Direito Penal Econômico – Contribuições Criminológicas, Político-Criminais e Dogmáticas, organizada por Artur de Brito Gueiros Souza, em 2011, resultante do Congresso de mesmo nome, realizado nos dias 29 e 30 de abril de 2010 na sede da Procuradoria Regional da República da 2ª. Região, encontra-se disponível em <http://escola.mpu.mp.br/linha-editorial/outras-publicacoes/inovacoes-final.pdf>, acessado em 09 mar 2015

claramente em algumas leis especiais²⁵, em que se percebe nitidamente tal excessiva utilização de tipos penais em branco²⁶, em detrimento ao princípio da legalidade.

2.3 Análise principiológica

No ponto relacionado ao surgimento do Direito Penal Econômico, especificamente no que tange à dogmática penal, é notória a controvérsia existente acerca da necessidade ou não da autonomia do Direito Penal Econômico.

Sustentando-se que não há uma autonomia absoluta do Direito Penal Econômico, ele deve se adequar aos princípios básicos do Direito Penal, tais como: o princípio da legalidade, irretroatividade da lei maléfica, o princípio da segurança jurídica, o da proporcionalidade, o da culpabilidade, intervenção mínima, ofensividade ou lesividade, dentre outros.

No entanto, já se reconhece, inclusive no âmbito internacional, a necessidade da criação de princípios mais específicos e adequados ao Direito Penal Econômico. Tais princípios funcionariam de forma complementar aqueles inerentes ao Direito Penal Clássico. O XIII Congresso Internacional de Direito Penal recomendou a aplicação de alguns princípios específicos ao Direito Penal Econômico.

2.3.1 XIII congresso internacional da associação internacional de direito penal

No que tange aos princípios aplicáveis ao Direito Penal Econômico, Martins (2012) discorre amplamente acerca do XIII Congresso Internacional da Associação Internacional de Direito Penal no que tange às Recomendações que se dirigem aos princípios, concluindo pela necessidade de aplicação de determinados princípios específicos ao Direito Penal Econômico. O Congresso foi realizado no Cairo, em 1984. Consoante o autor supra citado:

É ressaltada a 6ª Recomendação do XIII Congresso Internacional da Associação Internacional de Direito Penal sobre “O conceito e os princípios fundamentais do Direito Penal Econômico e da Empresa”, realizada na cidade do Cairo, em 1984, que dispõe: “Não obstante as peculiaridades do Direito Penal Econômico e da

²⁵ O cenário não integra tão somente o Direito Penal Econômico. Um exemplo que pode ser citado, de forma geral, é o Estatuto do desarmamento (Lei 10826/03), formado em sua essência, por crimes de perigo abstrato.

²⁶ Os tipos penais em branco constituem também uma eventual ofensa principiológica, pois ao exigir complementação, principalmente no que tange aos tipos penais em branco heterogêneos, se possibilitaria que o não legislador interferisse na esfera penal, criminalizando ou descriminalizando, ainda que indiretamente, determinada conduta.

Empresa, deveriam aplicar-se os princípios gerais do Direito Penal, especialmente aqueles que protegem os direitos humanos”

A 11ª Recomendação do citado XIII Congresso proclamou que:

O princípio penal fundamental da culpabilidade deve ser respeitado no Direito Penal Econômico e da Empresa. Quando existam tipos delitivos que não pressuponham uma imputação subjetiva (dolo ou culpa) ou não exijam a prova da mesma (‘strict liability offences’), deverá admitir-se como eximente a circunstância de não haver podido atuar de outro modo. Os trabalhos de reforma devem orientar-se em direção da mais pronta abolição de tais delitos de responsabilidade objetiva.

Contudo, a vinculação do Direito Penal Econômico aos princípios gerais do Direito Penal é compatível com uma série de postulados básicos que configuram a infração econômica propriamente dita. Importante, pois, registrar quais são esses princípios, a saber:

- 1º. O princípio da intervenção penal econômica mínima.
- 2º. O princípio de fixação da norma penal econômica no Código Penal.
- 3º. O princípio da configuração do tipo penal em virtude do bem jurídico protegido.
- 4º. O princípio da inclusão de elementos normativos e cláusulas gerais na norma penal econômica.
- 5º. O princípio da simplificação da prova, e
- 6º. O princípio de previsão de fraudes à norma penal econômica.

Desta forma, percebe-se que internacionalmente, recomenda-se a aplicação de alguns princípios do Direito Penal Clássico e ainda de alguns princípios específicos do Direito Penal Econômico. Como será visto, o princípio da intervenção penal econômica mínima estabelece que o Direito Penal deve ser a *ultima ratio* e nunca a *prima ratio*, só devendo intervir quando os outros ramos do Direito não conseguem solucionar o conflito. Geralmente este princípio é dirigido ao legislador.

O Direito Penal deve ser tido como subsidiário, ou seja, a última medida a ser adotada, apenas quando os demais ramos do Direito não bastam para solucionar a lesão a um determinado bem jurídico tutelado.

Ressalte-se que tal princípio deve ser dirigido ao legislador como medida de criminalização ou descriminalização de algumas condutas. Não cabe ao aplicador da lei, diante da existência de uma norma expressa, deixar de aplicá-la por entender que não caberia ao Direito Penal solucionar determinada situação, pois esta possibilidade geraria enorme insegurança jurídica, além da possibilidade de decisões judiciais que seriam conflitantes, possibilitando que situações idênticas fossem julgadas de maneira absolutamente distintas.

No âmbito do Direito Penal Econômico, pode-se perceber a aplicação desse princípio com a nova lei antitruste (Lei 12.529/11²⁷), que prevê várias infrações econômicas no âmbito administrativo, sem que todas elas correspondam a infrações penais, mas tão somente as de

²⁷ www.planalto.gov.br

maior gravidade, tendo ainda descriminalizado algumas condutas que consistiam em crimes contra a Ordem Econômica.

De acordo com o princípio de fixação da norma penal econômica no Código Penal, a tipificação dos delitos econômicos passaria a estar dentro do Código Penal e não de forma esparsa em leis penais especiais. O objetivo é não só tratar de maneira mais sistemática o objeto deste ramo do Direito, mas também propiciar maior conhecimento da matéria, tornar seu estudo obrigatório e mais detalhado nas Universidades, exigir uma maior atuação da prática forense e estimular a maior produção bibliográfica acerca da matéria.

Como consequência de estarem as condutas definidas no Código Penal, a própria opinião pública passará a ter mais atenção ao tema, eis que o conhecimento acerca do Código Penal acaba sendo mais publicizado se comparado às centenas de leis penais esparsas existentes.

Com a elaboração do projeto do novo Código Penal, muitos delitos que atualmente estão previstos em leis especiais passarão a compor títulos do Código Penal. O assunto vem sendo objeto de debates de várias reuniões da comissão de reforma do Código Penal.

Consoante o princípio da configuração do tipo penal em virtude do bem jurídico protegido, relacionando-se o tipo penal com a tutela da Ordem Econômica, seria legítima a previsão dos tipos penais de perigo abstrato, hipotético, presumido. Ressalte-se que essa foi a ótica adotada na 11^a. Recomendação. Neste ponto, ressalta-se que tanto na doutrina nacional quanto estrangeira, a questão é alvo de grande controvérsia, desafiando discussões que envolvem o princípio da lesividade ou ofensividade, o garantismo penal, o Estado Democrático de Direito, dentre outros fundamentos. Segundo Martins (2008, p.13):

O já referido XIII Congresso Internacional da Associação Internacional de Direito Penal declarou, na sua 9^a Recomendação, o seguinte:
O emprego de tipos delitivos de perigo abstrato é um meio válido para a luta contra a delinquência econômica e da empresa, sempre e quando a conduta proibida pelo legislador venha especificada com precisão e conquanto que a proibição se refira diretamente a bens jurídicos claramente determinados. A criação de delitos de perigo abstrato não está justificada quando obedeça exclusivamente ao propósito de facilitar a prova dos delitos.

É interessante destacar que a recomendação exige a especificação com precisão pelo legislador, exigindo ainda na tipificação dos crimes de perigo abstrato, que ela se dê em virtude de bens jurídicos tutelados claramente determinados e que não se justifica com o fim exclusivo de facilitar a prova desses delitos. Neste ponto, traz-se à colação as premissas sustentadas por Cervini (2008, p. 165-166), para que seja possível a tipificação dos delitos econômicos, em obediência à dogmática penal principiológica, tendo em vista que o autor

sustenta que o Direito Penal Econômico deve se aproveitar dos princípios já utilizados no Direito Penal Clássico:

Canto más abstracto, ambíguo o nebuloso se conciba el bien jurídico, tanto más será posible que cualquier acción que se involucre con él, por más remota que sea, pueda ser considerada como em sí misma generadora de peligro. Últimamente existe la tendencia no ya de anticipar la tipificación de una acción relativamente remota al bien jurídico, sino de aproximar éste, mediante una óptica de amplificación conceptual que, al mismo tiempo que lo atrae hacia la acción, le hace perder la necesaria nitidez hasta bordear la delicuescencia. En otras palabras, existen dos formas de ampliar el marco de protección de los bienes jurídicos afectados por las formas más gravosas de criminalidad sócio-económica: uno consiste en anticipar la tipificación de acciones que en sí mismas no son danosas para el bien jurídico (vía tradicional), outra de más reciente aparición esa el recurso de desplazar el bien jurídico hacia la acción. Esto se consigne, a nuestro modo de ver, al costo de evaporar el bien jurídico, en otras palabras, al costo de borrar la nitidez de sus contornos y de poner vía indirecta en tela de juicio los principios de lesividad que deben presidir un Derecho Penal garantizador. Sin duda se lesionan estos principios cuando no hay forma de saber si la conducta ataca a un bien jurídico que se ha desdibujado a través de la amplificación antes mencionada (elefantitis del bien jurídico), al punto de que ha perdido la necesaria definición. En tal circunstancia, no que se sabría si la conducta ataca una realidad o una fantasía. De más está decir que esta simple duda debería absolver la conducta.

Hay, a nuestro modo de ver, una única vía de tipificar los delitos de peligro y ésta supone la debida comprensión y concreción del objeto de tutela.

O autor esboça exatamente a exigência trazida pela Recomendação. Trata-se de uma forma condicionada de tipificação dos crimes de perigo abstrato. Não se trata de uma mera análise, sob à ótica do princípio da lesividade, de se afirmar de maneira peremptória se os crimes de perigo abstrato são ou não inconstitucionais, mas sim de analisá-los pela concretude do bem jurídico objeto da tutela. Seria possível e legítima a elaboração de tipos penais de perigo abstrato no âmbito do Direito Penal Econômico na tutela dos bens jurídicos coletivos, mas para isso, tais bens devem ser facilmente identificados. Não se pode confundir a possível previsão no tipo de uma antecipação do perigo em si, buscando uma tutela mais efetiva, com previsão de condutas que por si sós podem não ser danosas, com a tipificação de condutas, sem se levar em conta o bem jurídico a ser tutelado, de forma que não seja possível de forma clara sua perfeita identificação, pois neste caso haveria clara ofensa ao princípio da lesividade. Tal entendimento, proposto pela recomendação, demonstra uma posição intermediária e valorativa da possibilidade dos crimes de perigo no âmbito do Direito Penal Econômico. De forma que não existiria uma afirmação absoluta quanto a sua vedação, desde que respeitados os parâmetros da legalidade, em especial na sua vertente *lege certa*, precisamente quanto ao bem jurídico objeto da proteção.

Almeida (2012), pós graduado em Direito Penal Econômico pela Universidade de Coimbra, em artigo dedicado ao estudo dos crimes de perigo abstrato no Direito Penal

Econômico, discorre sobre vários posicionamentos doutrinários. Para isso, destaca que em matéria de criminalidade econômica, o legislador tem optado pela prevalência de tipos que dispensam a ocorrência de um resultado naturalístico, sendo desnecessário um dano efetivo. A opção legislativa tem sido pela criação de mecanismos direcionados a uma tutela antecipada do bem jurídico difuso ou coletivo. Desta forma, utiliza-se precipuamente da figura do crime de perigo, notadamente do abstrato. Dessa forma, a conduta delituosa se perfaz com a mera atividade, bastando a realização formal dos elementos que integram o tipo. O desvalor a ser punido se encontra notadamente na simples conduta proibida, que coloca em risco o bem jurídico supra individual. Para corroborar tal lição, o autor faz menção a Tiedemann:

Vale aqui acrescentar o entendimento do Professor Klaus Tiedemann, em magnífica lição sobre a função dos crimes de perigo em Direito Penal Econômico, na Alemanha, porém fazendo destaque para os delitos de perigo abstrato, que passamos a transcrever por entender pertinente, conforme segue:

“La denominación como peligro abstracto opera en la mayoría de las veces de manera auxiliar, ya que en las instituciones o intereses colectivos jurídicos no se produce ni una lesión, ni una concreta puesta en peligro a través del hecho delictivo. La lesión de la pureza de la aguas en el art. 324 del Código penal o el mecanismo de formación de precios en las licitaciones públicas (art. 298 CP) demuestran, sin embargo, que también en este lugar se trata de resultados y conductas lesivas que, eso sí, no se refieren a objetos concretos como el cuerpo, la vida o la propiedad. En la ‘abstracta’ puesta en peligro de bienes jurídicos de esa clase se trata de una lesión a su validez, tal como también ocurre, bajo una concepción correcta, en los bienes jurídicos individuales. Una real puesta en peligro o incluso una destrucción de instituciones protegidas sería un resultado típico que tampoco exigen los arts. 146 y ss., 153 y ss., 267 y ss. CP. Además, en el caso de bienes jurídicos colectivos no es posible, muchas veces, abarcar los menoscabos dignos de sanción penal en forma racional y constitucional, vale decir, en forma suficientemente precisa, sino que deben describirse como conductas (más) concretas o como deberes. Solamente una teoría del bien jurídico ‘cercana al tipo penal’ se encontrará con ciertas dificultades, ya que el bien jurídico protegido no se corresponde inmediatamente con un objeto de la conducta y con una víctima concreta (Tiedemann, ‘Wirtschaftsbetrug’, p. XIV y s.) Por lo demás, Appel señala, en forma acertada, que la teoría penal del bien jurídico ha perdido su relevancia como límite a la punibilidad en el Estado constitucional democrático a favor de disposiciones constitucionales materiales” (Manual de Derecho Penal Económico, parte general y especial. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 2010, p. 67).

Continuando a colacionar alguns outros entendimentos doutrinários, o retro mencionado autor cita Bacigalupo, em sua análise dos crimes de perigo abstrato, citando que o mesmo sustenta que a doutrina, ao se deparar com a tipificação de crimes de perigo abstrato, tem dificuldade para chegar a um consenso quanto a sua legitimidade, ou não, isso decorreria de uma possível “incompatibilidade dos crimes de perigo abstrato com o princípio da culpabilidade” e pela “falta de relevância do perigo para decidir sobre a tipicidade do comportamento”. Segundo o autor, Bacigalupo menciona a existência de apontamentos de doutrina assegurando que, em tais crimes a culpabilidade é presumida sem a oportunidade de

prova em contrário ou é “artificial”. Outra importante contribuição poderia ser atribuída a Jorge de Figueiredo Dias, demonstrando a ausência de unanimidade quanto à técnica legislativa na construção de tais crimes de perigo. Dias afirma que doutrina e jurisprudência vêm considerando constitucionais os crimes de perigo abstrato desde que objetivem a proteção de bens jurídicos dotados de relevância social, e impondo como condição de legitimidade que seja identificado claramente o bem jurídico que se busca proteger e “a conduta típica for descrita de uma forma tanto quanto possível precisa e minuciosa”.

Na doutrina nacional, é encontrada grande controvérsia no que tange à constitucionalidade dos crimes de perigo abstrato.

Nos crimes de perigo abstrato, o perigo é visualizado pelo legislador *ex ante*, ou seja, o legislador comina uma pena à conduta pelo mero fato de considerá-la perigosa, independentemente da existência de perigo real no caso concreto. Já nos crimes de perigo concreto, a análise do perigo é feita *ex post*, ou seja, cabe a verificação se a conduta gerou ou não um perigo de dano no caso concreto.

Na visão de Bitencourt (2013), torna-se indispensável a existência de um perigo concreto, real e efetivamente comprovado a um bem jurídico que seja penalmente tutelado; Com base nisso, o autor sustenta a inconstitucionalidade dos crimes de perigo abstrato, pois no âmbito de um Estado Democrático de Direito, somente se pode admitir a existência de um crime quando o perigo de lesão a um bem jurídico determinado é efetivo, real e concreto. O autor sustenta que caberá ao princípio da ofensividade em sua função interpretativa dentro da dogmática penal, na sua utilização pelo intérprete na análise do caso concreto, servir como base para a verificação do efetivo perigo ao bem jurídico tutelado. Sustenta, portanto, que este princípio não seria direcionado tão somente ao legislador, muito embora fosse esse o primeiro a dever observá-lo, mas o operador da lei também se valeria dele como princípio de interpretação necessário para limitar o *ius puniendi* estatal, corrigindo eventuais desvios legislativos violadores de direitos e garantias fundamentais.

Gomes (2007, p.524-525) é categórico ao afirmar: “Neste livro estamos afirmando que o perigo abstrato (que não precisa ser comprovado concretamente) viola o princípio da ofensividade.”

Greco (2014) sustenta que se torna premente atentar para os postulados garantistas, de forma que se procure afastar os tipos penais de perigo abstrato, eis que se deve evitar que a lei penal possa presumir a colocação em perigo de um bem jurídico protegido pelo tipo. Desta forma, não se poderia permitir que a simples prática da conduta ensejasse uma imputação penal, devendo haver uma necessária reinterpretção de todo tipo penal de perigo abstrato, de

forma que ele fosse relido como se de perigo concreto fosse, se exigindo em qualquer situação, que a conduta praticada tenha sido efetiva e concretamente perigosa ao bem jurídico tutelado.

Dentre os princípios específicos mencionados no XIII Congresso Internacional da Associação Internacional de Direito Penal, alguns merecem destaque:

2.3.2 Princípio da inclusão de elementos normativos e cláusulas gerais na norma penal econômica

Em virtude das particularidades baseadas principalmente na tutela dos bens jurídicos de natureza coletiva, seria possível a construção de tipos penais abertos, com elementos normativos a serem valorados pelo Juiz no caso concreto. Essa possibilidade não afastaria do legislador a extrema cautela na elaboração dos tipos penais, que não devem conter elementares extremamente vagas e imprecisas. Desta forma, seria admissível a tipificação do perigo abstrato, assim como se possibilitaria a imputação penal com a prática da simples conduta. No entanto, se exigiria um maior cuidado legislativo ao afirmar a presunção de perigo em tais casos. Ou seja, apenas condutas indubitavelmente perigosas ao bem jurídico seriam aptas a figurar nos tipos penais de perigo abstrato.

2.3.3 Princípio da simplificação da prova

De acordo com tal princípio, seria admitida uma simplificação na produção e análise das provas no âmbito do Direito Penal Econômico. A título de exemplo, se pode pensar na admissibilidade de uma denúncia parcialmente genérica no âmbito dos crimes societários, em que não se pode individualizar a conduta no momento da denúncia, embora reste clara a participação de todos os denunciados.

A simplificação da prova, que é aplicada no âmbito processual, permitindo aspectos como celeridade na contribuição da tutela ao bem jurídico, não pode ser interpretada em desconformidade com os princípios de garantia. Devem ser respeitados e sem qualquer relativização: a ampla defesa, contraditório, a presunção de não culpabilidade e todos os demais princípios constitucionais. A simplificação encontra seus limites nos Direitos e Garantias Fundamentais.

2.3.4 Demais princípios aplicáveis ao direito penal econômico

Além dos princípios vistos acima, e assim como mencionado no início deste tópico, todos os demais princípios de Direito Penal, para aqueles que sustentam não ser necessária a construção de uma nova dogmática para o Direito Penal Econômico, devem ser aplicados. Ainda que alguns pontos devam ser adaptados na aplicação do Direito Penal a esta nova criminalidade, que atinge bens jurídicos de natureza supra individual e mesmo que alguns princípios tenham sua aplicação um pouco diferenciada, entende-se que os mesmos não podem ser afastados, ou isso representaria um retrocesso na dogmática penal.

2.3.4.1 Princípio da legalidade

Um dos princípios mais importantes a serem analisados é o princípio da legalidade:

O princípio da legalidade está insculpido no artigo 1.º do Código Penal²⁸ e no artigo 5.º, XXXIX, da CF, estabelecendo que nenhuma conduta pode ser considerada criminosa e nenhuma pena pode ser imputada ao agente sem que lei anterior à conduta traga a previsão da conduta criminosa e a pena cominada. O referido princípio é apontado como base estrutural do próprio Estado de Direito, pedra angular do Direito Penal como um todo, abrangendo a pena cominada pelo legislador, a pena aplicada pelo juiz e a pena executada, isso porque demonstra a função precípua de garantia do tipo penal, além de possibilitar a segurança jurídica, o que se encontra de acordo com o valor central da Constituição Federal, qual seja, a dignidade da pessoa humana.

Este princípio costuma ser mencionado por meio da expressão *nullum crimen, nulla poena sine lege*, esta última citada por grande parte da doutrina como construída pelo professor alemão Paulo João Anselmo Feuerbach, em 1801, em seu Tratado (TOLEDO, 1999). Batista (2001) contesta a fórmula acima referida, afirmando que ela não consta exatamente desta forma na obra de Feuerbach, mas sim três articulações dessa fórmula, que seriam as seguintes: *Nulla poena sine lege; Nullum crimen sine poena legali e Nulla poena (legalis) sine crimine*.

Toledo (1999) destaca que embora Feuerbach tenha construído a fórmula latina, o princípio da legalidade já se encontrava previsto na Magna Charta Libertatum (século XIII)²⁹,

²⁸ não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal

²⁹ Onde já havia proibição de analogia para definir crimes e aplicar penas

no *bill of rights* das colônias inglesas da América do Norte e na *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen*, da Revolução Francesa, de onde se difundiu para os demais países.

O artigo 39 da Magna Charta Liberthatum dispunha:

Nenhum homem livre será detido ou aprisionado ou privado dos seus bens ou dos seus direitos legais ou exilado ou de qualquer modo prejudicado. Não procederemos nem mandaremos proceder contra ele, a não ser pelo julgamento regular dos seus pares ou de acordo com as leis do país.

O princípio também é consagrado na Declaração Universal dos Direitos do Homem e na Convenção Americana sobre Direitos humanos³⁰.

Batista (2004) leciona em sentido diametralmente oposto, sustentando que se deve abandonar a tarefa, mais própria de antiquário que de historiador, de buscar algum antecedente, de encontrar em textos romanos alguma afinidade com o princípio, ou de insistir no artigo 39 da Magna Charta – já que este seria mera garantia processual limitada a alguns homens com liberdade. O autor alega que o primeiro corpo de leis penais a incluir o princípio parece ter sido a Codificação de D. José II da Áustria, de 1787 (Josephina).

Por fim, percebe-se não ser muito delineada a origem do referido princípio.

Quanto às suas funções, elas se apresentam de extrema importância no contexto do Direito Penal Econômico, eis que o mesmo acaba sendo dotado de um exagero legislativo na configuração de tipos penais abertos e em branco.

Batista (2004) aponta quatro funções para o Princípio da legalidade: A primeira estabelece a proibição da retroatividade da lei penal (*nullum crimen nulla poena sine lege praevia*).

Essa função impede a retroatividade da lei penal maléfica, mas admite a da lei benéfica. A única movimentação maléfica possível para a lei penal seria a ultra atividade gravosa das leis excepcionais e temporárias, com previsão no artigo 3º do Código Penal.

Essa função impede o *bill of attainder*, de forma que não possa o legislador criar uma lei para atingir um determinado caso concreto já ocorrido.

A segunda função visa proibir a criação de crimes e penas pelo costume (*nullum crimen nulla poena sine lege scripta*)

³⁰ Artigo XI, 2. Ninguém poderá ser culpado por qualquer ação ou omissão que, no momento, não constituam delito perante o direito nacional ou internacional. Também não será imposta pena mais forte do que aquela que, no momento da prática, era aplicável ao ato delituoso.

Artigo 9.º Ninguém pode ser condenado por ações ou omissões que, no momento em que forem cometidas, não sejam delituosas, de acordo com o direito aplicável. Tampouco se pode impor pena mais grave que a aplicável no momento da perpetração do delito.

A lei que tipifica o delito e comina pena deve ser escrita e promulgada segundo as previsões constitucionais.

Os costumes somente podem exercer função integrativa, servindo para elucidar conceitos, como por exemplo: livre concorrência, dentre outros conceitos.

De acordo com a terceira, seria proibido o emprego de analogia para criar crimes, fundamentar ou agravar penas (*nullum crimen nulla poena sine lege stricta*)

Por fim, a quarta função objetiva vedar incriminações vagas e indeterminadas (*nullum crimen nulla poena sine lege certa*), o que significa que a lei deve ser clara e precisa, não gerando dúvidas em sua interpretação.

Os tipos penais não podem ser vagos, genéricos, vazios. As cláusulas gerais, os conceitos indeterminados e ambíguos, na ótica desta função, ofenderiam o princípio da legalidade. As elementares de um tipo penal incriminador devem ter precisão semântica. Ao indicar essa função, Batista (2004) critica as tipificações abertas ou exemplificativas.

Com base, então, nessas quatro funções, pode-se perceber que o princípio da legalidade se desdobra em quatro características necessárias à lei, que deve ser prévia, escrita, estrita e certa (clara e precisa).

A guisa de exemplo, a Lei 8.078/1990, Código de Defesa do Consumidor, continha em seu projeto inicial um artigo³¹ que fora vetado com base em um desses desdobramentos do princípio da legalidade. A lei não era clara e precisa. Posteriormente, a conduta foi introduzida de forma mais clara no artigo 7º da Lei 8.137/90.

Prado (2004) utiliza como sinônimos do princípio da legalidade: princípio da legalidade dos delitos e das penas, da reserva legal ou da intervenção legalizada. Aponta como origem do princípio a obra *Dei Delitti e delle pene*, de Beccaria (1764), muito embora afirme que a expressão latina *nullum crimen nulla poena* tenha realmente sido formulada por Feuerbach.

O princípio da legalidade se divide em legalidade formal e legalidade material. Pode-se afirmar que a mera legalidade formal não basta para que se obedeça em sua inteireza o princípio da legalidade insculpido constitucionalmente, pois a legalidade em sentido formal serve apenas para que a lei seja dotada de vigência. Pode-se assim dizer que a legalidade formal está para a vigência, assim como a legalidade material está para a validade da lei.

³¹ Artigo 62. Colocar no mercado, fornecer ou expor para fornecimento produtos ou serviços impróprios: § 1.º se o crime é culposo.

Razões do veto: é necessário que a descrição da conduta vedada seja precisa e determinada. O dispositivo afronta o princípio da reserva legal, artigo 5.º, XXXIX, da CF.

A legalidade formal é apontada como mera legalidade; já a legalidade material é apontada como estrita legalidade.

A doutrina não é pacífica acerca da distinção ou não entre as expressões acima.

Com a mera leitura dos artigos que consagram o princípio da legalidade, perante a análise de um tipo penal, não se pode sustentar que tal princípio foi respeitado. Esta afirmação pode parecer de início um pouco estranha, mas se fundamenta no fato de que a simples existência de lei, ainda que tenha sido observado todo o procedimento constitucional para sua formação, não significa que o tipo penal é dotado de validade.

Para um tipo penal ser dotado de validade, é necessário que o conteúdo da lei que o previu esteja materialmente de acordo com a Constituição Federal, no que tange à observância dos princípios, direitos e garantias fundamentais. A essa observância em seu conteúdo, denomina-se legalidade material.

Outras duas nomenclaturas são frequentemente enfrentadas pela doutrina – Princípio da legalidade e princípio da reserva legal.

Greco (2004) cita a distinção feita por Flávio Augusto Monteiro de Barros³² entre os dois princípios, mas ressalta sua opinião de que não vê interesse em tal distinção, posto que em sede de Direito Penal outra possibilidade não se abre, a não ser a da previsão de tipos penais e de penas por meio de leis ordinárias e leis complementares.

Para quem diferencia as duas nomenclaturas, o princípio da legalidade admitiria a previsão por qualquer ato normativo previsto na Constituição. Já o princípio da reserva legal estabelece que matéria penal está reservada à Lei Ordinária ou Complementar.

Moraes (2000, p. 260) diferencia as duas nomenclaturas:

O princípio da legalidade é de abrangência mais ampla que o princípio da reserva legal. Por ele fica certo que qualquer comando jurídico impondo comportamentos forçados há de provir de uma das espécies devidamente elaboradas conforme as regras de processo legislativo constitucional. Por outro lado, encontramos o princípio da reserva legal. Este opera de maneira mais restrita e diversa. Ele não é genérico e abstrato, mas concreto. Ele incide tão somente sobre os campos materiais especificados pela Constituição. Se todos os comportamentos humanos estão sujeitos ao princípio da legalidade, somente alguns estão submetidos ao da reserva de lei.

A princípio, não parece existir distinção prática na adoção de uma ou outra nomenclatura, por se tratar das mesmas consequências, mas reconhece-se que a distinção existe, uma vez que não basta qualquer lei no tratamento do Direito Penal, o que se estende ao

³² No princípio da legalidade, a expressão “lei” é tomada em sentido amplo, abrangendo todas as espécies normativas do artigo 59 da CF (leis ordinárias, leis complementares, leis delegadas, medidas provisórias, decretos legislativos e resoluções). Este princípio é consagrado no artigo 5.º da Magna Carta.. Já o princípio da reserva legal emana de cláusula constitucional especificando que determinada matéria depende de lei. Aqui, a expressão lei é tomada em sentido estrito, abrangendo apenas a lei ordinária e a lei complementar

Direito Penal Econômico, que está reservado à lei que obedeça todas as exigências estabelecidas na Constituição Federal, além das funções doutrinárias já indicadas.

Considerando a larga utilização das normas penais em branco no âmbito do Direito Penal Econômico, merece análise, ainda, a seguinte indagação: As normas penais em branco ofendem o princípio da legalidade?

Sabe-se que as normas penais em branco necessitam de complementação para que o aplicador da lei tenha exata ciência de ser a conduta praticada pelo agente tipificada ou não na lei penal. Pode ser citado como exemplo o artigo 33³³ da Lei 11.343/2006, que contém a expressão “drogas”.

Com a mera leitura do artigo não é possível o entendimento acerca da tipificação da conduta, sendo necessária a busca das substâncias consideradas como drogas. Nesse caso, essa busca é feita além da fonte formal do Direito Penal, pois o rol de drogas consta da Portaria 344, de 12.05.1998, da Secretaria de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde. Trata-se de uma norma penal em branco em sentido estrito ou de complementação heteróloga ou heterogênea³⁴.

No primeiro caso, parte da doutrina (GRECO, 2008) aponta ofensa ao princípio da reserva legal, pois se estaria permitindo que uma fonte diversa da lei em sentido formal possibilitasse a criminalização ou a descriminalização da conduta. Basta lembrarmos a verdadeira celeuma criada quando o lança-perfume foi retirado e depois recolocado no rol de substâncias entorpecentes da referida portaria³⁵.

2.3.4.2 Princípio da adequação social

O princípio da adequação social tem uma dupla função: (GOMES, 2007)

- a) Restringir o âmbito de abrangência do tipo penal, limitando sua interpretação e dela excluindo as condutas aceitas pela sociedade.
- b) A segunda função é dirigida ao legislador ao selecionar as condutas que deseja incriminar e descriminalizar.

Principalmente no que tange ao Direito Penal Econômico, O princípio da adequação social, por sua considerável insegurança e vacilação na doutrina e jurisprudência, apenas deve

³³ Tipifica o tráfico de drogas, prevendo doze condutas típicas.

³⁴ Sua complementação depende de normas que não advém do poder legislativo

³⁵ STF, HC 94397, Ministro Cezar Peluso, 2ª. Turma, Informativo 578

ser usado em último caso, como princípio de interpretação. Sua consequência principal deve ser a descriminalização, pelo legislador, daquelas condutas que por uma evolução social ou mudança de costumes a sociedade passa a tolerar, não vendo mais as condutas como agressivas a determinado bem jurídico tutelado.

2.3.4.3 Princípio da fragmentariedade

O princípio da fragmentariedade na verdade, é resultado dos princípios anteriores, os quais, ao serem aplicados, formam o Direito Penal como incriminador de apenas fragmentos, alguma parcela das condutas humanas, aquelas mais gravosas ao bem jurídico tutelado.

O princípio da fragmentariedade pode ser visto como um subprincípio da intervenção mínima (GRECO, 2014). Com base nestes princípios, o Direito Penal deve ser visto como subsidiário e fragmentário.

Consoante Batista (2001), o caráter fragmentário do Direito Penal foi delineado inicialmente por Binding, em 1896, e desde então esse tema se faz presente na introdução ao estudo da parte especial do Código Penal (que, consoante o autor, costuma ser chamada de “parte geral da parte especial”) Ao citar Muñoz Conde, Batista afirma que o caráter fragmentário do Direito Penal deriva de ser ele considerado ‘remédio sancionador extremo’, devendo ser ministrado somente nas hipóteses em que qualquer outro remédio se revele ineficiente; devendo sua intervenção se dar apenas quando todas as demais barreiras predispostas por outros ramos do direito fracassarem na proteção do bem jurídico.

2.3.5.4 Princípio da insignificância ou bagatela

O Princípio da insignificância ou bagatela, vem funcionando, em sua modalidade mais aplicada no Direito Penal Brasileiro, como excludente da tipicidade material. Sem encontrar previsão legal expressa, o princípio encontra base doutrinária e jurisprudencial.

Considerando que, no Direito Penal Brasileiro, o conceito de crime ainda é, majoritariamente, tripartite, ou seja, integrado pela tipicidade, ilicitude e culpabilidade, a aplicação do princípio da insignificância, em sua modalidade própria, exclui o próprio crime. Desta forma, impossível se perfazer a consequência de seu cometimento, que é a punibilidade.

Os princípios básicos de um sistema penal de um sistema jurídico, como ressalta Canotilho (2005), são multifuncionais, pois tanto desempenham função argumentativa, o que

faz com que funcionem como regra de referência de interpretação, possuindo assim verdadeiro aspecto hermenêutico, assim como servem de instrumento para revelar normas que não estão expressas nos diplomas legais.

Alguns sustentam a matriz constitucional e não axiomática dos princípios implícitos de Direito Penal. Neste sentido, Mello (2005).

Dentre os princípios implícitos de Direito Penal, muito se discute acerca da origem histórica, classificação e aplicação do princípio da insignificância. No que tange à origem histórica, Ribeiro (2008) aponta a controvérsia existente:

Ivan Luiz da Silva relata muito bem a existência de duas correntes doutrinárias sobre o gênese desse princípio:

i) a primeira, diz que promana do brocardo jurídico *minima non curat praetor*, de *minimis non curat praetor* ou de *minimis praetor non curat*, em vigor no Direito Romano antigo, pelo que o pretor, regra geral, não se ocupava das causas ou delitos de bagatela; e

ii) a segunda, nega a origem romana do princípio da insignificância, dividida em duas vertentes: a) Maurício Ribeiro Lopes aceita a existência da *máxima minima non curat praetor*, mas não admite que se trata da sua restauração hodierna. Esse brocardo carece de especificidade para justificar a ausência de providências estatais na esfera penal, sendo seu campo de aplicação propriamente o Direito Civil, pois o Direito Romano desenvolveu-se sob a égide do Direito Privado. Acentua que o princípio da insignificância tem sua origem no pensamento liberal dos jusfilósofos do Iluminismo, encontrando-se na evolução e desdobrando-se do Princípio da Legalidade, do qual não se desvincula, e como decorrência da própria natureza fragmentária do Direito Penal; e b) José Luís Guzmán Dalbora, por sua vez, argumenta que a *máxima minima non curat praetor* em seu sentido atual era virtualmente desconhecida no Direito Romano antigo, estando ausente das compilações dos principais glosadores. Esse autor considera o princípio da insignificância como restauração do brocardo de *minimis non curat praetor*, formulado pelo pensamento liberal e humanista dos juristas renascentistas.

No entanto, muitos apontam que a formação científica do princípio da insignificância remonta a Roxin, com sua construção em 1964. Teve na doutrina brasileira, Francisco de Assis Toledo como seu precursor e na Argentina, Raul Eugenio Zaffaroni (TOLEDO, 1999). De acordo com o autor, Welzel considerava que seria suficiente se valer do princípio da adequação social para excluir certas lesões insignificantes. No entanto, entendendo se tratar de um princípio insuficiente para isso, Roxin propôs a introdução, no sistema jurídico penal, de outro princípio geral para atuar como regra auxiliar de interpretação. Tal seria desenvolvido como princípio da insignificância, que permitiria, na maioria dos tipos, excluir as lesões de apoucada importância. De acordo com o autor, segundo o princípio da insignificância, que se revela por inteiro pela sua própria denominação, o Direito Penal, e isso se deveria a sua natureza fragmentária, só atua quando necessário para a efetiva proteção do bem jurídico, não devendo ou podendo ocupar-se de bagatelas. A gradação qualitativa e

quantitativa do injusto, permitiria que o fato penalmente insignificante fosse excluído da tipicidade penal, podendo receber tratamento adequado como ilícito civil ou administrativo.

De acordo com Zaffaroni e Pierangeli (2004), é recente a percepção de que as afetações do bem jurídico exigiriam alguma gravidade, afetação mínima, para que se possibilitasse o reconhecimento de tipicidade, já que nem toda afetação mínima do bem jurídico pode ser capaz de configurar o que seria requerido pela tipicidade penal. Desta forma, a insignificância de tal afetação teria o condão de excluir a tipicidade, sendo reconhecida por meio da consideração conglobada da norma. A insignificância só poderia surgir à luz da finalidade geral que dá sentido à ordem normativa, e não à simples luz de sua consideração isolada.

Batista e Zaffaroni (2010) sustentam ainda que não se deve considerar o argumento de que seria difusa a fronteira entre uma lesão insignificante e uma outra que seja juridicamente significativa, tendo em vista que o espaço entre uma e outra não poderia legitimar a expansão do poder punitivo. Sustentam claramente antever o princípio da insignificância em todos os crimes de perigo, visto que estes são essencialmente graduáveis. Em que pese os casos de insignificância terem sido tratados inicialmente como atípicos por Welzel, frente ao princípio da adequação social, Batista e Zaffaroni (2001) seguem na esteira de Roxin (2008), dando autonomia ao princípio da insignificância ou bagatela, reconhecendo que as ofensas diminutas não constituem ofensa relevante para os fins da tipicidade objetiva.

Bitencourt (2013), ao discorrer sobre a origem do princípio, destaca que o mesmo teria sido cunhado pela primeira vez por Claus Roxin em 1964, que voltou a repeti-lo em sua obra *Política Criminal y Sistema Penal del Derecho Penal*, partindo do velho adágio latino *minima non curat praetor*.

Também mencionando a origem do princípio da insignificância, Greco (2014) destaca a divergência doutrinária quando às origens do princípio, afirmando que alguns apontam seu surgimento no Direito romano, onde o pretor não cuidava, de modo geral, de causas ou delitos de bagatela, consoante a máxima contida no bocado *minima non curat pretor*’, enquanto outros apontam que teria surgido na Europa, como problema de índole geral e progressivamente crescente a partir da primeira guerra mundial. Ao término desta, e principalmente ao fim da segunda guerra mundial, produziu – se um grande aumento de delitos patrimoniais e econômicos e, quase todos marcados pela característica de consistirem em ofensas de pequena relevância.

Jescheck (2002), ao discorrer acerca do princípio da insignificância, alerta que em delitos leves contra o patrimônio, como o caso de furto de um pacote de cigarro, se possibilita

a não persecução penal, possibilitando que a acusação seja retirada, devendo sempre ser analisado o caso concreto.

Explicando o conteúdo do princípio da insignificância, Dotti (2008) sustenta que o princípio da insignificância decorre “da concepção utilitarista que se vislumbra moderadamente nas estruturas típicas do Direito Penal” e surge na doutrina e na jurisprudência com uma “especial maneira de se exigir a composição do tipo penal.

Em que pese a doutrina, praticamente de forma pacífica, indicar o princípio da insignificância próprio, como excludente da tipicidade material, Greco (2014) esclarece que outros autores visualizam o princípio em sede de ilicitude, como um princípio de justificação ou, ainda, como um princípio eximente da culpabilidade.

Nossos Tribunais Superiores – Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal, por ambas as turmas, vêm exigindo o preenchimento de requisitos cumulativos para a aplicação do princípio da insignificância³⁶. Desta forma, para que se possa reconhecer a atipicidade material, o que atestaria uma ofensa pouca relevante ao bem jurídico tutelado, se exige a mínima ofensividade da conduta, reduzido grau de reprovabilidade do comportamento, ausência de risco social e inexpressividade da lesão jurídica causada.

A análise de tais requisitos leva a algumas indagações, como se haveria possibilidade de aplicar o princípio da insignificância ao reincidente ou ainda ao portador de maus antecedentes.

Sustentam Souza e Japiassú (2012, p. 65-66)³⁷:

Em síntese, acionar o aparato penal porque um cidadão primário, sem antecedentes criminais, subtraiu, episodicamente, objeto em valor inferior a dez reais de um grande estabelecimento comercial, por exemplo, importaria na violação do princípio da insignificância ou bagatela

Em que pese termos julgados do STJ e do STF também neste sentido (STJ – HC 207547, STF HC 102088), entende-se pela impossibilidade de vedação absoluta do princípio da insignificância ao portador de maus antecedentes, pois de maneira distinta da reincidência, os maus antecedentes persistem quando ultrapassado o prazo superior a cinco anos. Entende-se, portanto, que a reincidência veda a aplicação do princípio, mas a existência de maus antecedentes, por si só, não teria esse poder.

Parece que simplesmente vedar genericamente o princípio da insignificância ao portador de maus antecedentes ou ainda vedar sua aplicação a determinados crimes, seria

³⁶ Neste sentido, STF - HC 109230 e 107689 e STJ, HC 245148, 230664

³⁷ Curso de Direito Penal – Parte Geral. São Paulo: Editora Elsevier. 2012, p. 65-66

consagrar uma visão autopoietica do Direito Penal, dotando de clausura jurídica organizacional, como vem fazendo os nossos Tribunais Superiores. Não se pode conceber amarrar um princípio a uma visão positivista. Ao admitir essa visão, se abre mão de questionamentos e principalmente, de uma visão crítica. Sua natureza é incompatível com parâmetros fechados e limitados.

Explica Nascimento (2012) que, como filósofo do Direito, Ferrajoli parafraseia a expressão autopoieses, de Niklas Luhmann, segundo o qual o Estado é um fim em si mesmo. Ao criticar tal expressão, defende Ferrajoli uma concepção heteropoietica, na qual o Estado é um meio de garantir os direitos fundamentais do cidadão. Assim, sob esse aspecto, a sociedade e as pessoas são consideradas em si mesmas, com fins e valores, para cuja tutela é instituído o Estado, e no qual a legitimação do direito se faz de modo externo. (NASCIMENTO, 2008, p. 64).”

Consoante Dutra (2012, p. 75):

Conforme visto, uma vez consolidado o Estado Liberal, o movimento positivista se desprende de sua fundamentação jusnaturalista, passando a veicular a pretensão de uma ciência jurídica neutra e objetiva, o que resultou na compreensão do Direito como um sistema autopoietico. Desta feita, a questão dos fundamentos deixou de ser valorativa e externa para se identificar com uma fundamentação estritamente normativa, que elimina a possibilidade de crítica do Direito por razões ético-políticas. Ou seja, o formalismo jurídico operou uma nova confusão entre as esferas do direito e da moral, de modo que as normas jurídicas formalmente válidas eram consideradas legítimas, independentemente da justiça do seu conteúdo.

Nossos Tribunais costumam vedar o princípio da insignificância em diversos crimes, a exemplo do roubo, alguns crimes contra a Administração Pública, tráfico de drogas.

Muito embora o princípio da insignificância seja tradicionalmente citado e aplicado em sua modalidade própria, é possível identificar a existência do princípio da insignificância impróprio, também conhecido como princípio da irrelevância penal do fato. O princípio da insignificância impróprio encontra sua origem em uma das finalidades da pena: a preventiva especial, fundamentando-se na ideia de que a pena somente deve ser aplicada se necessária.

Passa-se a analisar algumas colocações que nos levarão ao princípio bagatelar impróprio.

Roxin (1986), com base na concepção de Liszt, menciona substituir a pena retributiva pela pena orientada para os fins, assim como subordinar, quanto aos fins da pena, a prevenção geral à especial. Desta forma, ressalta a importância da reintegração do agente antes mesmo da proteção de bens jurídicos.

Uma outra ótica para a aplicação do princípio, ainda com base em Roxin, é retirada da própria possibilidade de suspensão da pena e de liberdade condicional que encontram

previsão em qualquer delito grave. Prosseguindo, Roxin cita a possibilidade, com previsão no Código Penal Alemão, de dispensa da pena quando se tratar de penas mais leves, sustentando que a imposição da pena deve ser analisada segundo critérios de prevenção especial e defesa do ordenamento jurídico (nesta hierarquia). Se, de acordo com tais critérios, a pena for contraindicada, não se pode justificá-la.

Desta forma, é possível perceber que o princípio da insignificância impróprio não afasta a tipicidade e não necessariamente representa pouca ofensa ao bem jurídico tutelado, mas se funda sobretudo em uma desnecessidade da pena. Sendo assim, tal análise se encontra em maior grau de importância, em termos hierárquicos, que a proteção ao bem jurídico tutelado, de maneira que somente possa ser aplicada a pena se ela se demonstrar necessária.

Trazendo a análise do princípio da insignificância impróprio à luz do ordenamento jurídico brasileiro, Gomes (2007) defende sua aplicação sob o âmbito da desnecessidade da pena.

O princípio da insignificância impróprio praticamente não é aplicado em nossos tribunais, não encontrando espaço em nossos Tribunais Superiores.

No entanto, em vários julgados, já foi acolhido até mesmo em Revisão Criminal, no Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. Já em outros julgados, o Tribunal demonstra aceitar seu acolhimento, mas o nega diante do caso concreto:

Embora admita a aplicação do princípio bagatela impróprio nas situações de violência doméstica em que a lesão corporal seja de natureza leve e a vítima volte a conviver em harmonia com o acusado, no caso em análise, a contumácia e extensão das agressões revelam a gravidade da lesão jurídica provocada e o medo sentido pela vítima. Voltar a conviver nem sempre representa conviver em harmonia. A aplicação do princípio da insignificância requer o exame das circunstâncias do fato e daquelas concernentes à pessoa do agente, sob pena de restar estimulada a prática reiterada dos pequenos delitos, no caso, as “pequenas” agressões. Desta feita, há que se considerar a periculosidade social da ação do agente, que com sua conduta incute medo em toda a família. Elevado é o grau de reprovabilidade do comportamento. Fazer incidir no caso, o princípio bagatela ensejaria na desconsideração da noticiada contumácia, privilegiando a habitualidade e o conseqüente aumento do desrespeito do agente pela vítima e seus filhos.

Oportuna a exposição feita pela Ministra Cármen Lúcia, em julgado do STJ, *mutatis mutandis*:

(...) O princípio da insignificância não foi estruturado para resguardar e legitimar constantes condutas desvirtuadas, mas para impedir que desvios de

condutas ínfimos, isolados, sejam sancionados pelo Direito Penal, fazendo-se justiça no caso concreto. Comportamentos contrários à lei penal, mesmo que insignificantes, quando constantes, devido a sua reprovabilidade, perdem a característica de bagatela e devem se submeter ao Direito Penal.” (STF, HC 102.088/RS, 1.^a Turma, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, DJe de 21/05/2010.)

No caso concreto, a intervenção do Direito Penal é oportuna e a pena medida necessária para demonstrar a intolerância com o resultado gravoso da conduta do agente. Ademais, a punição não representa ameaça ao equilíbrio da estrutura familiar, pelo contrário, se realmente o réu está arrependido e propenso a mudar a sua conduta, será a forma mais eficiente de demonstrar, respondendo perante a Justiça por seus atos e bem cuidando de sua família, pois sua pena foi substituída por restritiva de direitos pelo magistrado singular. (1.^a Câmara Criminal – Ap. Criminal 2012.004141-2/0000-00)

Pode parecer que a decisão acima causaria conflito com o julgamento da ADI 4424 e da ADC 19 pelo STF, tendo em vista a natureza da ação penal em caso de violência doméstica ser pública incondicionada. No entanto, lembrando que o princípio da insignificância impróprio extingue a punibilidade, não importa se a denúncia foi apresentada, pois a não aplicação da pena não ficará impedida frente à natureza incondicionada da ação penal pública.

No que tange à aplicação do princípio da insignificância, entende-se ser ele questionável nos delitos econômicos, em virtude da supra individualidade do bem jurídico tutelado.

Não se pode sustentar genericamente a possibilidade ou não da aplicação desse princípio no âmbito do Direito Penal Econômico, em virtude da diversidade dos bens jurídicos tutelados. Sua aplicação merece análise em dupla perspectiva: a presença dos quatro requisitos acima mencionados e a natureza do bem jurídico tutelado.

Até mesmo na visão dos nossos Tribunais Superiores pode-se perceber tal dualidade: em muitos crimes que atingem a Ordem Econômica, o princípio bagatelar é aplicado para afastar a tipicidade material, a citar o crime de descaminho³⁸. Já em outros, há taxatividade quanto a sua inaplicabilidade, como nos casos dos crimes praticados por funcionários públicos contra a Ordem Tributária. E ainda, em outras hipóteses, nossos Tribunais são vacilantes quanto à aplicação do princípio, a citar os crimes contra o meio ambiente³⁹.

³⁸ STJ - Recurso Especial 1.112.748

³⁹ STJ – HC 128566 SP - Sexta Turma – Ministra Maria Thereza de Assis Moura – 31/05/11; HC 84.412/SP, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 19/11/2004; STJ – HC 192696 SC – Ministro Gilson Dipp – Quinta Turma – 17/03/11; STF, HC 102.088/RS, 1.^a Turma, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, DJe de 21/05/2010 e STJ - AgRg no REsp 1276363 - Ministra Laurita Vaz – Quinta Turma – 17/04/12.

3 DA ADULTERAÇÃO E DO COMÉRCIO DE COMBUSTÍVEL ADULTERADO

3.1 Aspectos iniciais e introdutórios sobre o comércio de adulteração de combustíveis

Vive-se, contemporaneamente, um gravíssimo problema concernente ao comércio de combustíveis no país, qual seja, a sua recrudescente adulteração. Este comércio clandestino e contra a Ordem Econômica é tão devastador que chega a influenciar drasticamente no arcabouço econômico, na livre concorrência, nos direitos dos consumidores e, até mesmo, no meio ambiente. O prejuízo proporcionado pela adulteração de combustível tem como marco inicial a Ordem Econômica e como marco final o consumidor, proprietário do veículo que recebe todo o impacto maléfico da precária qualidade do combustível que é oferecido nos postos e utilizado no funcionamento e conservação do veículo e no preço injusto e indevido por contraprestação a combustível de horrenda qualidade (SANTIM, 2012).

É bem difundido pelas mídias que a indústria da adulteração de combustíveis é demasiadamente propagada em todo o país. Diariamente, a Agência Nacional de Petróleo (ANP) noticia, em todas as regiões, descobertas de esquemas ilícitos e deturpadores da Ordem Econômica e a própria imprensa em geral divulga operações e fiscalizações que tentam combater e rechaçar o comércio irregular e ilícito de adulteração de combustível.

As fontes de energia têm um grau elevado para a sociedade, tendo em vista sua coadunação com a Ordem Econômica e imprimem uma ingerência no atuar da população por necessidades imprescindíveis no modo de viver atual da sociedade, seja no âmbito urbano, seja no âmbito rural. Assim, o abastecimento de combustíveis e, conseqüentemente, o mercado de combustíveis, movimenta sensivelmente a sociedade, até mesmo pelo fato de os derivados do petróleo serem a principal fonte de energia do transporte público e privado.

É possível que o petróleo tenha sofrido relevância pelo constituinte na crise do petróleo de 1973 e 1979 e nos contratemplos ao país, à sociedade, à economia, com reflexos mundiais e, outrossim, com a grande crise no abastecimento de combustíveis ocasionados nas décadas de 1980 e 1990, quando os postos fechavam à noite e nos finais de semana como medida de economia, contenção e controle de petróleo, seus derivados e, mormente, nos combustíveis automotivos, proporcionando um verdadeiro dissabor no bem estar da sociedade (SANTIM, 2012).

O mercado automobilístico brasileiro tem crescido drasticamente, de tal magnitude, que há milhões de veículos e cada proprietário é, sem sombra de dúvida, uma vítima substancial e potencial das inúmeras fraudes, adulterações e contaminações de combustível.

Esta prática desenfreada, imoderada e diuturna, acaba gerando uma instabilidade econômica na sociedade e nas famílias brasileiras, tendo em vista as desproporções que podem gerar nos preços dos combustíveis.

O abastecimento de combustível não é, tão somente, uma preocupação do ponto de vista econômico ou de diretriz econômica, mas de viabilidade muito mais expressiva, posto que o próprio legislador ordinário preleciona no artigo 1º, §1º da lei n.º 9.847, de 26 de outubro de 1999 que a atividade de abastecimento nacional de combustíveis é elevada ao patamar de utilidade pública. Em outrora, a lei n.º 1.521, de 26 de dezembro de 1951 já versava em seu artigo 2º, parágrafo único que o combustível era considerado de primeira necessidade ou necessário ao consumo do povo e a lei n.º 7.783, de 28 de junho de 1989 no seu artigo 10, inciso I elevou a produção e a distribuição de combustíveis como serviços ou atividades essenciais.

As modificações nos componentes químicos normais e a comistão promíscua dos produtos reverberam negativa e maleficamente no bom andamento da economia, na livre concorrência e, obviamente, na boa qualidade dos combustíveis fornecidos ao público em geral, com um frontal prejuízo financeiro ao consumidor final do produto, tendo em vista a majoração do consumo do combustível, a deterioração do veículo automotor e, por corolário, dos seus componentes, e aos consideráveis danos ao meio ambiente.

A questão sobre adulteração, fraude de combustíveis e por via de consequência, matérias como fraude, organizações criminosas, deturpações no âmbito tributário é tão sensível que já fora matéria de Comissão parlamentar de Inquérito, cujo relator fora o Deputado Federal Carlos Melles no ano de 2003 com diversas ilações e sugestões administrativas de projetos de leis em diversas esferas, tais como: administrativo, penal, tributário e no Direito regulatório.

Assim, o comércio clandestino de adulteração de combustível alberga uma série de fatores relevantes na economia, de tal forma, que a sua prática movimentava violentamente toda a sociedade e aduz consequências negativas consideráveis para o bom andamento do segmento de fornecimento de combustíveis e para o equilibrado desenvolvimento de toda a economia.

3.2 A Agência Nacional do Petróleo e as suas peculiaridades

O legislador constituinte veiculou firmemente o monopólio da União sobre o petróleo no artigo 177, incisos I a IV, da Constituição da República, com a participação de métodos os

entes da federação no resultado da exploração, podendo a atividade econômica ser cedida a empresas estatais e, também, a empresas privadas.

O sistema nacional de combustíveis tem previsão infraconstitucional na lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997 e na lei 9.847, de 26 de outubro de 1999. A primeira lei versa sobre política energética nacional, monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional de Petróleo e a segunda lei versa a respeito de fiscalização das atividades de abastecimento de combustíveis e sanções administrativas. O estudo legislativo sobre Agência Nacional de Petróleo encontra-se adstrito à lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997, até porquanto é esta lei que institui a citada agência. Ainda, tem-se a lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995 que assevera sobre concessão e permissão de serviços e obras públicas e a lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997 a qual versa sobre petróleo e vislumbrando que o Estado possui uma atividade econômica mais restrita e passou de um agente econômico prestador de serviço para um agente normativo e regulador da atividade econômica.

A Agência Nacional de Petróleo, Gás natural e biocombustíveis é uma autarquia especial federal que faz parte da Administração federal indireta e que tem por escopo exercer um papel todo especial, e de suma importância, de agente regulador e normativo, diante da salvaguarda do fornecimento de derivados de petróleo, por importância de cunho estratégico do petróleo e derivados para o país (SANTIN, 2012).

A Agência Nacional de petróleo possui competência para expedir normas de cariz administrativo sobre especificação de combustíveis, posto que possui a incumbência de regular e aquiescer as atividades relacionadas ao abastecimento de combustíveis em âmbito nacional e tem explícito poder normativo de especificar a qualidade dos derivados de petróleo, gás natural e seus derivados e dos biocombustíveis.

O legislador infraconstitucional autorizou a Agência Nacional de Petróleo a expedir normas regulamentares que versem sobre combustíveis, podendo desenvolvê-lo por meio de portaria, resolução ou regulamento, ferramentas normativas da esfera administrativa e aptos para as respectivas atividades.

As questões e especificações técnicas encontram-se em plena congruência com as funções da Agência Nacional de Petróleo de regulação das atividades correspondentes à indústria de petróleo e do abastecimento nacional de combustíveis, logrando legitimidade administrativa para tanto. A utilização de audiência pública pela Agência Nacional de Petróleo só reforça o seu poder normativo como forma de diálogos democráticos com a participação direta da população em projetos de lei ou de mudança de normas administrativas

que afetem direitos dos agentes econômicos, consumidores ou usuários de bens e serviços da indústria do petróleo. A Agência Nacional de Petróleo é coadunada ao Ministério de Minas e Energias, com poder normativo do Ministro de Estado.

O poder regulador das agências alberga limites na eficiência, visto que o controle deve ser perpetrado sobre a razoabilidade da sua materialidade ou conteúdo, na adequação dos fins próprios, êxito dos meios escolhidos para colimar o fim e proporcionalidade dos meios com relação aos ônus impostos aos administrados, pelos ganhos pretendidos com o mínimo de custos sociais e a delegação instrumental tem um uma concatenação com a eficácia limitada da lei, em que predominam as funções programáticas e de resguardo, sendo que no caso a função primária é especificada pela lei e a função secundária depende de atuação do órgão competente (FERRAZ, 2010).

A atividade desenvolvida pela Agência Nacional de Petróleo procura veicular determinadas regras que viabilizem a criação de um mercado muito mais competitivo (PRADO, 2004). Há quem discorde do preenchimento da norma penal em branco por decretos e portarias ministeriais ou da Agência Nacional de Petróleo na regulamentação acerca da indústria do petróleo, compreendendo que o princípio da legalidade estrita do Direito Penal estaria sendo frontalmente vilipendiado (SAYEG, 2002). Contrariamente, há quem recuse amplamente a normatização pelo Executivo por qualquer instrumento normativo administrativo, refletindo que há situação de inobservância aos princípios da anterioridade e da reserva legal penal por se tratar de competência indelegável do Legislativo (COMPARATO, 1996).

Pragmaticamente, as especificações técnicas realizadas pela Agência Nacional de Petróleo encontram-se adstritas na função normativa de agência reguladora e na aspiração por eficiência, respeitando os limites legais de atuação da agência, para o exercício de delegação instrumental por órgão administrativo. A lei tem a função primária da norma e a função secundária fica a cargo da norma administrativa, viabilizada pelo agente regulador e normativo, com o intento técnico apropriado por meio correto, em atendimento à complexificação do setor e à sua exigência técnica.

Santin (2012) posiciona-se no sentido de haver competência e pertinência da regulamentação da Agência Nacional de Petróleo sobre combustíveis e adequação de complementação por norma administrativa infra legal, por intermédio de portaria, resolução ou outro mecanismo administrativo, no exercício do poder normativo de agência reguladora, para atendimento de regulamentação da área de complexidade técnica, incumbindo ao

Legislativo e ao Judiciário o controle de excessos ou determinados desvios normativos da agência reguladora.

3.2.1 Características e adulterações nos combustíveis automotivos

Com o escopo de coibir a prática de aquisição de combustível adulterado, a Agência Nacional de Petróleo orienta ao consumidor exigir sempre nota fiscal do combustível, verificar se a placa e o telefone de identificação da Agência Nacional de Petróleo encontram-se visíveis, a bandeira do posto revendedor, se a marca da distribuidora no caminhão abastecedor coincide com a informação inserida na bomba, e o teste de proveta que identifica o teor de etanol na gasolina, atividade obrigatória para o posto revendedor (Resolução ANP 9, 2007).

As especificidades técnicas de combustíveis são todas esclarecidas pela própria Agência Nacional de Petróleo conforme suas portarias e resoluções. Os mais importantes e principais combustíveis automotivos são: gasolina, etanol hidratado combustível (EHC) ou álcool etílico hidratado combustível, óleo diesel, gás natural veicular. O que mais é prejudicado e solapado pela problemática da adulteração é a gasolina e, conseqüentemente, aduz um maior mal para a sociedade como um todo.

A gasolina empregada nos veículos automotores é do tipo C, formada de gasolina A e álcool etílico anidro combustível, nas proporções e parâmetros estabelecidos pela vigente legislação. Os parâmetros para o comércio de gasolinas automotivas e obrigações dos agentes econômicos no tocante ao controle de qualidade do produto estão ínsitos na Resolução ANP nº 57, de 28 de outubro de 2011 e, outrossim, do regulamento técnico ANP 7/ 2011.

A composição da gasolina básica é complexa de hidrocarbonetos voláteis e a sua formulação pode utilizar várias correntes nobres derivadas do processamento do petróleo; A gasolina tipo A é formada por uma comistão de naftas, produzida pelas refinarias de petróleo e oferecido às distribuidoras para a formulação do tipo C,; a gasolina tipo C é perpetrada pelas empresas distribuidoras com acréscimo de etanol à gasolina tipo A, sendo o produto comum e disponível no mercado e comercializado pelos postos revendedores e usada em automóveis (TAKESHITA, 2011).

Santim (2012) demonstra que as principais adulterações na gasolina são a inserção de etanol anidro em percentual maior do que o autorizado, em acréscimo excessivo e a comistão indevida de solvente proibido e mercado; e esta fraude é conhecida vulgarmente como “batismo”, sendo o produto intitulado de “gasolina batizada”, fazendo alusão à adulteração.

O artigo 2º, inciso I, da resolução da ANP n.º3, de 19 de janeiro de 2011, define conceito como hidrocarboneto derivado de funções que resultam do processo de petróleo, de gás natural, de frações de indústrias petroquímicas, passível de ser viabilizado como dissolvente de substâncias sólidas e/ou líquidas, puro ou em comistão, cuja faixa de destilação tenha seu marco inicial de ebulição superior a 25° C e marco final de ebulição inferior a 280° C, com exceção de qualquer tipo de gasolina, querosene de aviação ou óleo diesel especificados pela Agência Nacional de Petróleo.

O artigo 2º, inciso II, da resolução da ANP n.º3, de 19 de janeiro de 2011 orienta que os solventes e eventuais derivados de petróleo a serem estipulados pela Agência Nacional de Petróleo são considerados produtos de marcação compulsória. O artigo 2º, inciso III, da resolução da ANP n.º3, de 19 de janeiro de 2011 define marcador como uma substância que pode ser identificada, qualitativa e quantitativamente, e que depois de adicionada aos PMC, resulte em concentração máxima de 1 ppm para cada método analítico aprovado pela Agência Nacional de Petróleo, e não venha interferir nas peculiaridades físico-químicas e no grau de segurança para a utilização dos PMC, sendo considerado Marcador único o conjunto de Marcadores de um mesmo fornecedor.

O artigo 4º, *caput* e parágrafo único, da resolução da ANP n.º3, de 19 de janeiro de 2011 preleciona que a presença de marcador é proibida na gasolina, no óleo diesel ou no querosene de aviação, sendo que a identificação da presença de Marcador nestes combustíveis assinala infração sujeita a sanção administrativa, civil e penal.

A lei n.º 8.723, de 28 de outubro de 1993 e a lei n.º 9.847, de 26 de outubro de 1999, o Decreto n.º 3.966, de 10 de outubro de 2001, assim como os demais decretos presidenciais e as normas administrativas emitidas pela Agência Nacional de Petróleo, têm um direcionamento de complementação normativa de cunho penal da chamada norma penal em branco.

Logo, a inserção de uma composição maior de etanol na gasolina ou de outro solvente não autorizado interfere maleficamente na composição do produto e na questão de cunho técnico, no teor alcoólico e, também, na destilação do combustível, assim, como, em outros dados a serem vislumbrados quando da elucidação técnica.

No tocante às características do álcool etílico, vislumbra-se que há dois tipos para utilização como combustível em veículo, quais sejam: etanol anidro combustível e o etanol hidratado. O primeiro também é denominado de álcool etílico anidro combustível e o segundo é denominado de álcool etílico hidratado combustível. O primeiro é destinado aos

distribuidores para comistão com gasolina A para o desenvolvimento da gasolina C e o segundo é utilizado como combustível para revenda ao consumidor final.

A principal fraude com o etanol anidro combustível ou álcool etílico anidro combustível, que é misturado à gasolina, está coadunado com o acréscimo inadequado de água, que não faz parte da sua composição, posto que o teor alcoólico é de 99,3° INPM; a não-conformidade pode eclodir da adulteração por acréscimo inadequado de água ou a contaminação por água pelo manuseio inadequado; o acréscimo inadequado de água no etanol anidro converte-o no chamado “álcool molhado”, com aproximação de peculiaridades do álcool hidratado – teor alcoólico de 92,5 a 93,8° INPM – que contém água, utilizado como combustível autônomo, com modificação dos índices de PH e de condutividade elétrica (SANTIM, 2012).

A Agência Nacional de Petróleo, com o intento de obstar a fraude, determinou a obrigação das usinas produtoras de etanol anidro adicionar um corante devidamente licenciado, fornecendo a esse combustível uma coloração laranja, com o fito de demonstrar e detectar irregularidade e diferenciá-lo do etanol hidratado, conforme consubstanciado na Resolução n.º7 da ANP, de 9 de fevereiro de 2011.

No Etanol hidratado combustível, a adulteração surge, mormente, com a colocação de maior percentual de água, a qual induz na graduação do álcool, que deve ser 92,5 a 93,8° INPM. A desconformidade também pode originar de dificuldade na produção e/ou armazenamento, com alteração do PH e da condutividade do etanol hidratado (SANTIM, 2012).

O etanol também pode ser alterado com comistão irregular de metanol, produto exacerbadamente tóxico, que pode gerar cegueira ou morte e este problema fora noticiado pela Agência Nacional de Petróleo, que pôde constatar a comercialização irregular deste perigo altamente perigoso, por exemplo, em fiscalizações em Santo André, Guarulhos e Curitiba, no começo de 2010.

O metanol, conforme suscitado anteriormente, é um produto perigoso e tem propriedades energéticas análogas ao etanol, mas com uma toxicidade cavalariça e muito prejudicial à saúde. Além de prejudicial à saúde, o metanol é, outrossim, altamente nocivo ao meio ambiente, podendo proporcionar vários efeitos colaterais ao meio ambiente.

No que toca ao óleo diesel ou simplesmente diesel, é fração do petróleo composta por hidrocarbonetos alifáticos. Habitualmente, o diesel é viabilizado em veículos de transporte e utilitários como combustível em motores de combustão interna, ou seja, quando a ignição se processa pelo aumento de temperatura e não de faíscação (SANTIM, 2012).

Conforme prelecionado pela Agência Nacional de Petróleo no artigo 1º, §1º, da Resolução ANP n.º 65, de 9 de dezembro de 2011, o óleo diesel é desenvolvido por diversos processos de refino de petróleo e centrais de matérias-primas petroquímicas ou a partir de matéria-prima distinta do petróleo. O artigo 2º, da Resolução ANP n.º 65, de 9 de dezembro de 2011 classifica o diesel em óleo diesel A, de uso rodoviário, sem acréscimo de biodiesel e óleo diesel B, mesmo uso, com adição de biodiesel.

A lei 11.097, de 13 de janeiro de 2005 no seu artigo 2º, introduziu o biodiesel na matriz energética brasileira e determinou um percentual mínimo obrigatório de 5% de adição de biodiesel ao óleo diesel, entretanto, o legislador escalonou o percentual de comistão em 8 anos e após o triênio previu percentual mínimo obrigatório intermediário de 2%, conforme suscitado no art. 2º, §1º da lei 11.097, de 13 de janeiro de 2005.

Conforme Resolução ANP, de 9 de dezembro de 2011, os tipos de óleo diesel B possuem comercialização obrigatória em alguns municípios e proibidos em outros, de acordo com as nomenclaturas BS10, BS50 E B1800. Em outrora, também havia relação de municípios em que era obrigatória a comercialização do tipo S500 e do metropolitano, de acordo com o estabelecido nas portarias e regulamentos técnicos.

A principal adulteração no diesel é a comercialização do produto com um número maior e mais concentrado de enxofre e por acréscimo de óleos mais pesados, como o óleo vegetal, ao diesel, modificando a sua curva de destilação. A principal desconformidade está na sua aparência, principalmente pelo fato de haver a contaminação oriunda de outros produtos ou à presença sensível e substancial de água nos tanques de armazenamento.

Outro fator inquietante gravita em torno do diesel e sua mistura junto ao biodiesel, com um percentual distinto do veiculado pela Agência Nacional de Petróleo, que seria a grande maioria dos casos de não conformidade. A mistura errônea de biodiesel em percentuais diversos do fixado pela norma têm efeito jurídico semelhante amo subsistente na relação de gasolina A e álcool etílico ou etanos na formulação da gasolina C, para salvaguarda da cadeia econômico e, também, do próprio consumidor (SANTIM, 2012).

No que tange ao gás natural veicular, ou simplesmente GNV, a Resolução ANP 16, de 16 de junho de 2008 aduz especificação com destinação e fornecimento de energia a motor de veículo. Diferente mente, o gás GLP não pode ser utilizado, sendo delituoso o seu uso. A adulteração do gás natural veicular é de difícil constatação, tendo em vista as peculiaridades do produto.

A Resolução ANP 16, de 16 de junho de 2008 trabalha com a especificação do gás natural, de origem nacional ou importado, a ser comercializado em absolutamente todo o

território nacional. A agência Nacional de Petróleo definiu a obrigação do revendedor varejista de GNV de conceder este produto ao consumidor final a pressão máxima de abastecimento de 220 Kgf/cm², o que equivale a 215, 7 bar, 21,57 Mpa ou 3129,14 psi, segundo o artigo 14, inciso III, da portaria ANP N.º32, de 6 de março de 2001.

Par segurança do consumidor, de acordo com a Resolução ANP n.º 34, de 4 de dezembro de 2006, a pressão do abastecimento deve estar dentro do parâmetro de 200 kgf/cm² \pm 10 %, isto quer dizer que deve variar entre 180 e 220 kgf/cm², tratando apenas da pressão máxima. A Agência Nacional de petróleo recomenda não exceder tal pressão, porquanto pode haver uma redução da vida útil do cilindro e dos outros elementos do kit de conversão. A maioria dos acidentes são ocasionados pela má instalação ou a instalação clandestina do kit gás e a irregularidade e desconformidade do produto pode ser constatada com a pressão do gás acima do permitido, que seria 220 kgf/cm² (SANTIM, 2012).

Esta situação narrada anteriormente pode constituir crime em virtude de que a pressão é particularidade do combustível e sua falta de atenção pode gerar uma falta de observância legal referente à aquisição, distribuição e revenda do combustível. Entro desta perspectiva, não se descarta a possibilidade de haver crime contra o consumidor, em virtude da execução de serviço de excessiva periculosidade, contrariando determinação de autoridade competente, conforme aplicação do artigo 65, da lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990.

3.2.2 Falsificações mecânicas no sistema de fornecimento do combustível

Muitos postos, com o intuito de camuflarem a má qualidade do combustível, utilizam-se de um sistema de válvula reversora que fica acoplada aos tanques e acionada por um dispositivo, botão ou celular, fora da visão do consumidor, modificando drasticamente a qualidade do combustível que sai das bombas, a depender do destinatário, entregando gasolina adulterada e desconforme com as regras da Agência Nacional de Petróleo. Dependendo do acionamento, o sistema permitiria o abastecimento com combustível bom ou ruim, de boa ou má qualidade. A fraude por esse mecanismo, qual seja, válvula reversora, constituiria crime contra o consumidor e contra a Ordem Econômica, em concurso de pessoas.

Transcendendo a adulteração da qualidade do produto, a fraude pode ocorrer em relação ao volume, a quantidade que é fornecida, por motivo de erro ou vício, com pagamento de combustível e recebimento de quantia menor no tanque. No que tange ao vício, este é conhecido por “bomba baixa”, posto que a quantidade do combustível que é indicada no medidor não é exatamente igual à que sai da bomba. Assim, há distinção entre o volume que

sai efetivamente da bomba para o tanque de combustível e a quantidade que aparece no medidor. A Agência Nacional de Petróleo já diagnosticou em vários estados o problema da bomba de combustíveis e o IPEN fiscaliza as bombas medidoras e perfaz a medição do volume de saída, com várias atuações em diversos postos (SANTIM, 2012).

Podem ocorrer os vícios de razão por falha ou má-fé na regulação da bomba medidora, assim como, por equipamentos especiais mais lesivos; há um mecanismo muito específico viabilizado na fraude denominado de *by-pass* ou fraude do desvio, que consiste na colocação de uma tubulação em conjunto com uma válvula coadunada à parte elétrica para desvio de parte do combustível de volta para a bomba, com uma medição toda nova, com erros de até 5 litros a cada 20 litros na vazão mínima, ou a falha no dispositivo de bloqueio, também taxado como interloque da bomba, o qual é inteiramente responsável por zerar os indicadores de volume e preço a pagar pelo fornecimento (SANTIM, 2012).

A não verificação e a não aferição diária de manutenção e de correção imediata assinalam um não cumprimento da obrigação que o comerciante possui de entregar o produto de acordo com a vazão determinada pela norma administrativa e o volume constante numericamente da bomba medidora. Tais alterações provocam um prejuízo financeiro direto ao consumidor, em virtude de pagamento o superior ao devido, por quantidade ou volume de combustível especificado na bomba medidora em desconformidade com os litros distribuídos pela mangueira da bomba do posto revendedor ao tanque de combustível do veículo.

No tocante à obrigação do revendedor no recebimento do combustível, a Agência Nacional de Petróleo considera como obrigações deste revendedor o registro de revendedor varejista, cadastro atualizado, exibir a bandeira ou a identificação destacada na bomba do nome do distribuidor fornecedor do produto, adquirir de distribuidora autorizada, informar de forma correta a mistura óleo diesel-biodiesel, adotar medidas de segurança, zelar pelo meio ambiente, providenciar amostra-testemunha, manter equipamento de análise e aferição, salvaguardar a qualidade do combustível, perpetrar análise do produto recebido no posto revendedor, manter no posto o livro de movimentação de combustíveis, informar o consumidor sobre ou seus direitos e respeitá-los e perpetrar teste de qualidade a pedido do consumidor (SANTIM, 2012).

Assim, desta feita, o revendedor recebe o combustível diretamente da distribuidora e, por obrigação, terá de tomar as providências adequadas para a análise e verificação da qualidade do combustível recebido, sob pena da responsabilidade civil, criminal e administrativa quando da falta de adequação do produto ou falta de tomada das corretas providências concernentes no controle de qualidade.

Faz-se premente demonstrar que a Resolução ANP 9, de 7 de março de 2007, no seu artigo 3º, traz à baila que o posto revendedor tem por obrigação coletar amostra de cada compartimento do caminhão-tanque para efetuar a análise, o teste de proveta, mas pode não efetivar a análise e aceitar os dados enviados pelo distribuidor. No artigo 5º desta mesma resolução é facultada a coleta de amostra-testemunhada pelo posto revendedor, podendo exigir da própria distribuidora, material que poderá ser utilizado na defesa administrativa e judicial.

Outro fator importante é que o artigo 2º da Resolução ANP 9, de 7 de março de 2007, aduz a obrigatoriedade do revendedor varejista apenas receber combustível automotivo líquido de caminhão-tanque se os compartimentos de entrada e saída, bocais de entrada ou escotilha superior e válvulas dos bocais de descarga, permaneçam lacrados pelo distribuidor de combustíveis derivados de petróleo, álcool combustível, biodiesel, comistão de óleo diesel/biodiesel.

O artigo 3º da resolução 9 versa ainda que o revendedor varejista é obrigado a reunir amostra de cada compartimento do caminhão-tanque que contenha o combustível a ser recebido; o artigo 4º da resolução 9 enfatiza ainda que os registros de análise devem ser mantidos no posto revendedor por um período de 6 meses, justamente com o boletim de conformidade.

Incessantemente, o revendedor pode elucidar e constatar a devida qualidade do combustível em depósito, por intermédio do estoque nos seus tanques. O revendedor deve possuir e manter conferidos em perfeito estado de funcionamento os materiais para realização das análises da qualidade dos produtos comercializados para verificação dos equipamentos medidores e adimplemento de solicitação do consumidor no ato do abastecimento, régua medidora ou qualquer outro equipamento metrológico para certificação dos estoques nos tanques e termo densímetro de leitura direta, autenticado pelo Inmetro, instalado nas bombas medidoras de álcool etílico hidratado combustível ou etanol hidratado (SANTIN, 2012).

3.2.3 Combate e precaução no tocante ao comércio de combustível adulterado

A adulteração e o comércio irregular de combustível autorizam uma série de medidas em diversos e diferentes ramos do universo do Direito. Quando se vislumbra a adulteração de combustível, seu comércio nefasto, percebe-se que há uma necessária movimentação de combate a tais práticas. Destarte, faz-se profícuo um controle administrativo, civil e penal.

O controle administrativo de excelência e em consonância com as normas técnicas de combustível é viabilizado e norteado pela Agência Nacional de Petróleo. Juntamente com esta, também atuam na fiscalização as Secretarias de Negócios da Fazenda dos Estados-membros, IPEM, PROCON e agentes municipais. De outra forma, o controle social é realizado pelo consumidor e outros órgãos de Defesa do Consumidor.

O artigo 12 da lei n.º 9.847, de 26 de outubro de 1999, prevê que a Agência Nacional de Petróleo, como agente regulador que é, pode aplicar sanção administrativa ao comerciante, por infrações realizadas no comércio de combustíveis em desconformidade e atividades ligadas ao funcionamento da empresa. As modalidades de sanção elencadas no artigo 2º da lei n.º 9.847, de 26 de outubro de 1999, são: a multa; apreensão de bens e produtos; perdimento de produtos apreendidos; cancelamento do registro do produto junto à Agência Nacional de Petróleo; suspensão do fornecimento de produtos, suspensão temporária, total ou parcial, de funcionamento de estabelecimento ou instalação; cancelamento de registro de estabelecimento ou instalação; revogação de autorização para o exercício de atividade.

Na esfera civil o combate pode ser realizado através de ação individual do consumidor lesado, e ação civil pública quando for para reparação de danos coletivos e difusos, a qual deve ser viabilizada por intermédio do Ministério Público estadual ou entes legitimados para defesa da Ordem Econômica e do consumidor, conforme preceituado na lei n.º 7.347, de 24 de julho de 1985 e lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990, inclusive com indenização por danos morais, conforme preceito insculpido no artigo 6º, inciso VI, da lei 8.078, de 11 de setembro de 1990. Com efeito, com arrimo no artigo 18 da lei 8.078, de 11 de setembro de 1990, o fornecedor comerciante de combustível pode sofrer responsabilidade a indenizar o consumidor individual ou coletivo lesado pelo fato de ter adquirido produto viciado, em função dos danos provocados ao veículo automotor, como, por exemplo, o não funcionamento ou o mau funcionamento pela impropriedade do combustível utilizado.

O combate exercido na esfera penal é fomentado, mormente, por atividade das Polícias civis e Militar no âmbito dos Estados e a Federal no âmbito da União, estes na esfera da investigação criminal. A atuação de combate na área penal é fomentada pelo Ministério Público dos Estados na operacionalização da ação penal pública perante os juízos criminais estaduais.

Por derradeiro, o combate à adulteração de combustível e ao comércio irregular, pode ser concretizado através do sistema de força-tarefa, a partir da criação de equipes especiais do Ministério Público e atuação em conjunto e concatenado com órgãos policiais (polícias militar, civil, científica e federal), tributários (Receitas federal e estadual), fiscais (ANP e

IPEM), de controle financeiro (COAF) e de Defesa do Consumidor (PROCON). Insta salientar que a fiscalização por meio de força-tarefa se dá em razão da dimensão das organizações e mó aumento e majoração de condutas criminosas conexas ao mercado ilícito de combustíveis (SANTIM, 2012, P. 37).

3.3 O Direito penal econômico e o comércio de combustível adulterado

O estudo do Direito Penal Econômico carrega consigo um complexo de informações e desafios que transcendem a estrutura tradicional do Direito, sobrepujando o raciocínio jurídico e caminhando além da temática ortodoxa do Direito Penal.

Pode-se versar que o Direito Penal Econômico se conceitua em relação com uma temática de caráter político-criminal, qual seja, a prevenção da criminalidade econômica; a criminalidade econômica estabelece um complexo que abarca, outrossim, o entendimento de requisitos que não são jurídico-penais numa temática estrita (STAMPA Y BACIGALUPO, 1980).

Com efeito, o desenvolvimento das sociedades modernas produziu, não somente, uma elevação da criminalidade dita tradicional no que tange à patrimonialidade e à propriedade, até mesmo pelo fato de estas modalidades não fazerem parte do complexo Direito Penal Econômico, sendo também uma forma de multiplicação de possíveis delinquências; é indiscutível que a mudança de estruturas socioeconômicas implica que a delinquência econômica se desenvolve através destas estruturas que, em determinadas situações, tal estrutura traz uma nova motivação de delinquência em si mesma (BACIGALUPO, 2005).

A análise crítica de aplicação do Direito Penal Econômico deve ser ampla e dinâmica, de tal forma, que se busca um olhar além da dinâmica jurídica, albergando setores sensíveis da economia, da administração, do mercado financeiro, do mercado de capitais, do Direito Tributário, do Direito Econômico, do Direito do Trabalho, do Direito Financeiro e outros ramos e setores que dinamizam a mOrdem Econômica (TIEDMANN, 2012). Destarte, não seria diferente com o setor petrolífero, matéria concernente a esta pesquisa e que é parte sensível da estrutura econômica brasileira.

A adulteração e o comércio irregular de combustíveis encontram-se diametralmente inseridos no campo de estudo do Direito Penal Econômico, vez que o setor petrolífero movimentava substancialmente a economia e dita alguns parâmetros de inclinação econômica, por exemplo, inflação, deflação e estagflação. Assim, o estudo da adulteração e do comércio irregular de combustíveis é perpetrado num sentido macro.

O Constituinte originário traçou requisitos da Ordem Econômica, asseverando que ela se funda nos alicerces da valorização do trabalho humano e da livre iniciativa com o escopo de assegurar uma existência digna, de acordo com o que a justiça social reza. A Constituição da República no seu artigo 170 aduz como princípios da ordem econômica: a soberania nacional; propriedade privada; livre concorrência; defesa do consumidor; defesa do meio ambiente; redução das desigualdades regionais e sociais; busca do pleno emprego; tratamento favorável às pequenas empresas nacionais.

O escopo do Constituinte originário foi, inelutavelmente, propagar o bem-estar a todos os cidadãos, o que nem sempre se coaduna com a visão empresarial draconiana e mercantilista selvagem de obtenção de maior lucro possível e acumulação de riquezas. Vê-se que a adulteração e o comércio irregular de combustíveis afeta frontalmente o bem-estar da sociedade e afronta claramente os princípios da Ordem Econômica consubstanciados no contexto constitucional.

Por derradeiro, posiciona-se o comércio de combustível adulterado dentro do estudo do Direito Penal Econômico, vez que sua análise é feita de forma sistemática, sendo direcionada para o viés da Ordem Econômica e tendo por preocupação o bem-estar de toda a sociedade e do cidadão individualmente delimitado no arcabouço social (SANTIM, 2012).

3.4 O comércio de combustível adulterado e o posicionamento dos delitos definidos pela legislação infraconstitucional

O legislador modificou a repressão penal acerca do comércio de combustível adulterado ou por comistão fraudulenta, por intermédio da lei n.º 8.176, de 8 de fevereiro de 1991. O artigo 1º, inciso I da supracitada lei, trata da tipificação do delito por aquisição, distribuição e revenda de combustível em desconformidade com as normas legais, determinando a pena de 1 a 5 anos de detenção, para quem praticar os verbos adquirir, distribuir e revender derivados de petróleo, gás natural e suas frações recuperáveis, álcool etílico, hidratado carburante e de mais combustíveis líquidos carburantes, em discrepância com as normas definidas na forma legal.

A lei n. 9.478, de 6 de agosto de 1997 estabeleceu as definições técnicas do setor de petróleo e combustíveis. A supracitada lei em seu artigo 6º, inciso I define petróleo como todo e qualquer hidrocarboneto líquido em seu estado natural. No artigo 6º, XVI define lavra ou produção como conjunto de operações coordenadas de extração de petróleo ou gás natural de uma jazida e de preparo para sua movimentação. No inciso V do artigo 6º da mesma lei,

refino ou refinação é o conjunto de processos destinados a transformar o petróleo em derivados de petróleo.

O mesmo artigo 6º, inciso XX da lei n.º 9.478, de 6 de agosto de 1997 conceitua distribuição com a atividade de comercialização por atacado com a rede varejista ou com relevantes consumidores de combustíveis e lubrificantes, asfaltos e gás liquefeito envasado, fomentada por empresas especializadas, na forma da lei e dos regulamentos aplicáveis.

Desta feita, faz-se necessário o estudo técnico da lei n.º 9.478, de 6 de agosto de 1997 para uma compreensão mais ampla, mais pormenorizada e mais crítica dos delitos consubstanciados na lei n.º 8176, de 8 de fevereiro de 1991.

O artigo 1º, inciso I da lei n.º 8176, de 8 de fevereiro de 1991 evoca os verbos adquirir, distribuir e revender. Aquisição seria o ato ou atividade de comprar ou adquirir combustível, tanto nas etapas de distribuição quanto da revenda, posto que o distribuidor adquire da indústria petrolífera ou da usina de álcool, e o revendedor compra do distribuidor; o consumidor adquire do posto revendedor (SANTIN, 2012).

Distribuição é o ato de distribuir, exercer a tradição (entrega) para revendedor em grande escala, no atacado, em atividade-meio na relação de consumo entre revendedor e consumidor; revenda é o ato ou atividade de comercializar e entregar o produto no varejo, concedido pelo posto revendedor ao proprietário ou possuidor do veículo, o consumidor final, para geração de energia eficaz ao bom funcionamento do motor e desenvolvimento do veículo (SANTIN, 2012).

Outro fator que pode constituir crime é a falta de informação ou a informação defeituosa. Tal conduta pode constituir crime contra as relações de consumo, seja no artigo 66, seja no artigo 67, ambos da lei n.º 8078, de 11 de setembro de 1990, como no artigo 7º da lei 8.137, de 27 de dezembro de 1990.

Outro problema tratado como crime é a revenda com erro ou vício de vazão baixa. A distorção ou fraude na revenda e entrega de combustível com vício de vazão pode aduzir dúvidas a respeito da perfeita tipificação, porquanto a conduta pode se adequar a diversas tipificações penais, de Ordem Econômica e de relação de consumo.

A melhor tipificação é a consideração como fraude de preço por meio de mudança ou modificação de volume. O artigo 7º, IV, “a” da lei n.º 8.137, de 27 de dezembro de 1990 preleciona que constitui crime contra as relações de consumo fraudar os preços por intermédio de alteração, sem uma modificação essencial ou de qualidade, ou seja, de elementos como denominação, sinal exógeno, marca, embalagem, parâmetros específicos técnicos, descrição, volume, peso, pintura ou acabamento o de bem ou serviço.

Outro crime previsto é o uso indevido de gás liquefeito de petróleo em motores de qualquer espécie, inclusive para fins automotivos. O gás autorizado a ser utilizado em veículo, é o GNV e não o gás de cozinha, conforme já versado em alhures neste trabalho. A norma pune o uso indevido deste gás no artigo 1º, inciso II da lei n.º 8.176, de 8 de fevereiro de 1991, versando que utilizar gás liquefeito de petróleo nos motores de qualquer espécie, saunas, caldeiras e aquecimento de piscinas, ou com fito automotivo, em desconformidade com as normas determinadas na forma da lei gera o crime. O GLP só pode ser utilizado em tais motores se adequadamente previsto nas normas regulamentares.

Outro crime previsto seria o delito de usurpação de petróleo consubstanciado no artigo 2º da lei n.º 8176, de 8 de fevereiro de 1991. O referido artigo traz no seu corpo que constitui crime contra o patrimônio, na espécie de usurpação, fazer gerar bens ou explorar matéria-prima que pertencem à União, sem uma aquiescência legal ou que não estiver de acordo com as obrigações determinadas pelo título autorizativo.

A União detém monopólio na pesquisa e lavra de jazidas de petróleo, refinação, importação e exportação, transporte marítimo, conforme previsto no artigo 177, incisos I a IV, da carta maior. O artigo 3º da lei n.º 9.478, de 6 de agosto de 1997 versa que pertence à União os depósitos do petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos existentes em território nacional, albergando a parte terrestre, o mar territorial, a plataforma continental e a zona econômica exclusiva, constituindo a inobservância ao monopólio ou a falta de concessão afronta a bem da União.

Por fim, outro fato típico que o comércio irregular de combustível pode gerar é a conduta prevista no artigo 60, da lei n.º 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, qual seja, crime ambiental. O artigo supracitado assevera que quem construir, reformar, instalar ou fazer funcionar, em qualquer parte do território brasileiro, estabelecimentos, obras ou serviços potencialmente poluidores, sem a devida licença ou aquiescência dos órgãos ambientais competentes, ou até mesmo contrariando as normas legais e regulamentares pertinente, comete crime ambiental.

O artigo 56 da mesma lei n.º 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, outrossim evoca a possibilidade de crime ambiental ligado ao combustível, substância perigosa, diametralmente nociva à saúde humana e ao meio ambiente quando perpetrada em desconformidade com o mandamento legal.

Informação relevante e de oportuna elucidação é que os delitos ambientais são da competência da justiça Estadual, por falta de interesse completo e absoluto da União ou de situação prevista e norteadas pelo artigo 109, inciso IV, da constituição da República.

3.5 Razões processuais acerca do comércio de combustível adulterado

Não se pode deixar de versar neste trabalho sobre os pontos processuais acerca do comércio de combustível adulterado. A possibilidade de investigação criminal é propagada por intermédio de trabalho de investigação pelos órgãos policiais, privados e até pelo Ministério Público com a concepção de universalização da investigação criminal e mecanismos de acesso à justiça e o poder de investigação do Ministério Público com o escopo de facilitar e dar viabilidade e motivação ao acesso à justiça (SANTIN, 2007).

A investigação criminal por comércio de combustível adulterado é, via de regra, da alçada da polícia civil, na incumbência apuração de crimes, conforme previsão no artigo 144, §4º da Constituição federal. As polícias militar e federal e outros organismos policiais, também podem atuar para o exercício de investigação policial, posto que são integrantes do sistema de segurança pública e com atribuições para adimplirem o dever do Estado, com o fito de preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio.

É sabido que os agentes da Agência Nacional de Petróleo, de metrologia, fiscal-tributário e de outros entes também podem viabilizar investigação criminal sobre a qualidade e quantidade. O procedimento administrativo para apuração de infração administrativa e fiscal pode ser utilizado como investigação criminal, por lograr elementos informativos e de prova suficientes para o desencadeamento da ação penal.

O próprio consumidor que sofrera a lesão poderá promover elementos de prova para a verificação da qualidade do produto, como a aquisição de combustível e fornecimento de testes no que diz respeito à qualidade, habitualmente complementados por algumas providências, diligências e exames de órgãos públicos. A própria imprensa tem coadjuvado no combate à fraude de combustível, sendo diuturnos os testes patrocinados por emissoras de rádio acerca da qualidade de combustível.

O artigo 129, inciso I da Constituição federal preleciona que o Ministério Público é o órgão encarregado pela constituição da ação penal e capaz para apurar fatos, inclusive num procedimento administrativo de cariz penal ou para defesa coletiva da Ordem Econômica e do consumidor por inquérito civil e ação civil pública, logo, pode efetuar investigação criminal de crimes contra a Ordem Econômica concernente à desconformidade de combustível.

É importante ressaltar, outrossim, que a investigação criminal não é monopólio da polícia civil ou da polícia federal. No *case*, pelo fato de se tratar de um tipo da esfera estadual, a atividade precípua é, sim, da polícia civil, não sendo defeso a atuação de outros órgãos

policiais, dentro da análise conjuntural de universalização da investigação criminal (SANTIN, 2012).

Insta trazer à baila o princípio da universalização da investigação, em congruência com a democracia participativa, a maior transparência dos atos administrativos, a abrangência dos órgãos habilitados a investigar e a facilitação de acesso ao judiciário, princípios que são decorrentes do sistema constitucional atual (SANTIN, 2012). Logo, a polícia não é o único ente representante do Estado autorizado a proceder à investigação criminal.

Cumpra ressaltar que a maioria dos procedimentos investigatórios é iniciada por expediente guiado pela Agência Nacional de Petróleo, com fulcro nas vistorias e fiscalizações realizadas pelos seus agentes, peças extraídas dos processos administrativos por infração administrativa do estabelecimento comercial ou industrial; a comunicação da Agência Nacional de Petróleo ao Ministério Público é morosa, visto que há a remessa de cópia das peças tempos depois da coleta do produto adulterado (SANTIN, 2012).

Como já proferido anteriormente, as infrações por desconformidade de combustível podem ser administrativas, civis e criminais.

A atuação do Ministério Público não está vinculada ao término do processo administrativo porquanto inexistente restrição constitucional ao acesso à justiça penal pelo órgão da acusação, encarregado da ação pública, conforme o artigo 129, inciso I, da Constituição federal, muito menos necessidade de esgotamento da via administrativa para reparação de lesão a direito da sociedade pelo crime, como preleciona o artigo 5º da Constituição federal, configurando-se em inconstitucionalidade qualquer norma infraconstitucional o decisão judicial ou administrativa que obste o início da ação penal ou imponha questão de improcedência coadunada ao término do processo administrativo para a elucidação de infração penal.

Outro ponto profícuo a ser versado é a questão da competência, visto que a competência para a apuração dos crimes contra a Ordem Econômica no caso do comércio de combustível adulterado é da justiça Estadual comum, pelo simples motivo de inexistir lesão de interesse da união ou entidade federal e ausência de determinação legal.

A competência federal exige que as infrações penais tenham de ser praticadas contra bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, como previsto no artigo 109, IV, da Constituição federal ou que subsista lei determinando a competência na espécie, obrigatória para a justiça federal nos casos especificados por lei, em detrimento do sistema financeiro e a ordem econômico-financeira.

Já a justiça estadual possui competência residual, por se tratar de crime contra a Ordem Econômica na revenda de combustível adulterado ou modificado e outros delitos, sem prejuízo de bem ou serviço ou interesse da União ou entidade federal, vislumbrando que o bem jurídico tutelado é a Ordem Econômica e até mesmo o consumidor do combustível. Assim, não motivo para suscitar uma competência da justiça federal.

Portanto, a competência jurisdicional é da justiça estadual comum, para os crimes relativos à aquisição, distribuição e revenda de combustível em desconformidade. Por outro lado, cabe destacar que no delito de usurpação na exploração de bens da União e sua receptação, já proferido nesta pesquisa e consubstanciado no já dito artigo 2º, da lei nº 8.176, de 8 de fevereiro de 1991, a competência é diversa, incumbindo à justiça federal a apreciação da causa, por aplicação do artigo 109, inciso IV da Carta maior, em virtude de lesão a bem propriamente da União, pelo monopólio da União na pesquisa e lavra de jazidas de petróleo, refinação, importação e exportação, transporte marítimo.

O rito a ser seguido é o comum ordinário, para o processo de apuração de crime de aquisição, distribuição e revenda de combustível que estiver em desacordo ou em desconformidade às especificações, em virtude da pena prevista de 1 a 5 anos de detenção, acima de 4 anos, por força do artigo 394, §1º do código de processo penal, com denúncia escrita.

A denúncia deve conter informação no tocante à situação que desatenda as normas estabelecidas na forma da lei para complementação normativa, qual norma administrativa e qual conteúdo e materialidade foram inobservados, sob pena de inépcia da denúncia.

Outra vertente crucial e importante é no tocante à reparação de dano social. A condenação em indenização civil é matéria consubstanciada no processo penal, com previsão expressa da fixação de reparação de danos, nos moldes do artigo 387, inciso IV, do código de processo penal, pela redação inserida pela lei n.º 11.719, de 20 de junho de 2008. A elucidação de reparação de danos é obrigação judicial, conteúdo e requisito da sentença criminal.

Por fim, cabe suscitar a suspensão condicional do processo, posto que a pena mínima dos crimes previstos na lei n.º 8176, de 8 de fevereiro de 1991 é de 1 ano e permite em tese a suspensão. Entretanto, devem ser levadas em conta as condições dos fatos e dos agentes, envolvendo crime contra a ordem econômico por comércio de combustível em desconformidade, em elevada proporção, com potencialidade lesiva e prejuízo a vários motoristas de veículos, indicações de que o fato era corriqueiro e constante, com grave repercussão social decorrente da multiplicação de fraude similar e revolta da população, presa fácil de fraudadores.

4 CRIMINAL COMPLIANCE COMO CRITÉRIO DE PREVENÇÃO NA ADULTERAÇÃO DE COMBUSTÍVEL

Considerando a gravidade da conduta tipificada como adulteração de combustível, sobretudo no âmbito do Direito Penal Econômico, mister a análise de critérios que possam contribuir para a prevenção da prática da conduta. Para isso, percebe-se que a existência de códigos de condutas internos, fomentando valores ético empresariais, contribuem para a prevenção de condutas criminalizadas no âmbito do Direito Penal Econômico.

A noção conceitual de *Compliance* transcende o Direito Penal. Na verdade, transcende o Direito como um todo, perpassando pelas áreas administrativa, econômica, tributária e de gestão de pessoas. Percebe-se, atualmente, a existência até mesmo de estudos psicológicos e éticos envolvendo *Compliance*. No entanto, o tema causa impacto direto em critérios de prevenção, ligados ao Direito Penal Econômico. Normas eficazes de *Compliance* são aptas a reduzirem a criminalidade dentro das empresas. Obviamente que a clareza de tais regras, assim como um aspecto interno e externo, baseado em auditorias, será essencial para o impacto que se pretende demonstrar.

Correlacionar *Compliance* ao Direito Penal, como critério de prevenção criminal demonstra o quanto um sistema eficaz de regras de auto regulação é capaz de desestimular algumas práticas delituosas, principalmente aquelas ligadas à fraude e à corrupção. É o que se pretende com a presente abordagem.

O cenário mundial atual denota uma extrema preocupação, crescente nas últimas décadas, com a ética dentro das empresas. A cultura de valorização ética, por sua vez, funciona na prevenção delituosa. A esse argumento se somam ainda os sistemas internos e externos de investigação, que também dificultam e reduzem tais práticas que também são penalmente previstas e sancionadas, a exemplo dos crimes contra a Administração Pública, lavagem de dinheiro, crimes contra o Sistema Financeiro Nacional e tantos outros.

Nota-se que primordialmente a preocupação das instituições financeiras com o claro estabelecimento de normas de auto regulação, talvez pela ocorrência de verdadeiros e glamorosos escândalos ocorridos desde o início do Século XXI.

4.1 Breve contexto histórico

A globalização é responsável por uma influência direta no Direito Penal Econômico, fazendo com que cada vez mais, as organizações empresariais se preocupem com o mundo

dos negócios, desenvolvendo técnicas modernas que possam minimizar os riscos de sua atividade, não somente sob o viés econômico, mas considerando a responsabilidade social e jurídica empresarial.

Muito embora as práticas anticorrupção tenham surgido por volta de década de setenta (CAMARGO, 2013), no que concerne à origem de *compliance* nas instituições financeiras, aponta-se 1913, ano em que foi criado o Banco Central Americano (SANTOS, 2009).

Consoante Coimbra (2010, P. 1):

A função de *compliance* recebeu o impulso inicial nas instituições financeiras, para as quais se converteu em requisito regulatório (...) expandindo-se, mais recentemente, para os mais diversos setores; e isto porque o *compliance* é uma questão estratégica, que se aplica a todos os tipos de organizações.

No entanto, nem sempre houve grande preocupação institucional com *compliance*. Apenas quando a corrupção e outras condutas antiéticas e fraudulentas começaram a ser vistas como impeditivas de um desenvolvimento estatal é que as sociedades internacionais começaram a se preocupar de forma mais efetiva com o estabelecimento de certas regras. Atualmente, “os economistas têm enfatizado o papel da corrupção como um gargalo ao desenvolvimento” (PAGOTTO, 2013).

Consoante Negrão⁴⁰ (2014), o surgimento de *compliance* se dá pela necessidade do mercado de instituir formas de controle interno, para estar em conformidade com algumas regras gerais comuns, representando uma necessidade da globalização no combate às fraudes dentro das organizações, abrangendo ainda a prevenção de delitos específicos, como lavagem de dinheiro, corrupção e terrorismo.

No Brasil, em 1998, ano que iniciou a era dos controles internos (NEGRÃO, 2014), foi sancionada a Lei 9613/98, conhecida como lei de lavagem de dinheiro, alterada em 2012 pela Lei 12683, que visou a maior eficiência de controle, rechaçando ainda mais a prática de lavagem⁴¹. O Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF)⁴², órgão criado no

⁴⁰ Ao fazer a digressão temporal, é destacada a década de 1950 como a “Era de *Compliance*”. Foi em 1950 que “a *prudential securities*, nos Estados Unidos, contratou advogados com o intuito de acompanhar a legislação e monitorar atividades de valores mobiliários.”, muito embora tenha sido apenas na década de 60 que a *Securities Exchange Commission* (SEC) passou a cobrar a contratação de *compliance officers*, a fim de que fossem elaborados regulamentos internos, treinamento de pessoas e monitoramento do cumprimento dos procedimentos fixados. Na década de 80 surge o *committe* os *sponsoring Organizations of the Treadway Commission* (COSO), organização sem fins lucrativos que se dedica à melhoria dos relatórios financeiros. Em 1998 teve início a era dos controles internos, quando foram publicados pelo Comitê da Basileia os treze princípios respeito da supervisão pelos administradores dos controles internos.

⁴¹ O artigo 9º da lei de lavagem elenca aqueles que se sujeitam às obrigações descritas nos artigos 10 e 11. Com a alteração promovida pela Lei 12683/2012, foram incluídas as juntas comerciais e os registros públicos, as pessoas físicas ou jurídicas que prestem, mesmo que eventualmente, serviços de assessoria, consultoria, contadoria, auditoria, aconselhamento ou assistência, de qualquer natureza, em operações de compra e venda de imóveis, estabelecimentos comerciais ou industriais ou participações societárias de qualquer natureza; de gestão de fundos, valores mobiliários ou outros ativos; de abertura ou gestão de contas bancárias, de poupança, investimento ou de valores mobiliários; de criação, exploração ou gestão de sociedades de qualquer natureza, fundações, fundos fiduciários ou estruturas análogas; financeiras, societárias ou

âmbito do Ministério da Justiça, foi instituído pela Lei 9613/98, atuando na prevenção e combate à lavagem de dinheiro e ao financiamento do terrorismo. Além do COAF, outros órgãos se direcionaram ao controle e fiscalização de mercados específicos, como a Superintendência de seguros privados (SUSEP)⁴³, Comissão de Valores Mobiliários (CVM)⁴⁴ e Banco Central (BACEN)⁴⁵. Tais órgãos atuavam com ingerência na experiência regulatória nacional. (BIANCHI, 2011).

Apenas em 2002 houve alteração do Código Penal (Decreto Lei 2848/1940), para incluir os tipos penais de corrupção passiva e ativa em transação comercial internacional⁴⁶. Tal alteração derivou da ratificação pelo Brasil da Convenção Interamericana contra a Corrupção, promulgada no Brasil por meio do Decreto 4410/2002⁴⁷. No entanto, o grande marco de preocupação internacional foi a Convenção das Nações Unidas contra a corrupção, promulgada no Brasil por meio do Decreto 5687/2006⁴⁸. A partir daí, passou a existir uma nítida preocupação mundial com o tema. Antes disso, os Estados funcionavam de forma autônoma, sem preocupação com cenários estrangeiros.

No combate à corrupção começaram a ser adotadas práticas voltadas à transparência. Em 2004, a Controladoria Geral da União criou o Portal⁴⁹ da Transparência do Governo Federal, onde se consegue saber onde são utilizados os recursos públicos.

Para Pagotto (2013), até recentemente, não havia necessidade de que os Estados se preocupassem com o que os outros faziam em seus territórios exceto em situações bem

imobiliárias; e alienação ou aquisição de direitos sobre contratos relacionados a atividades desportivas ou artísticas profissionais, assim como essas físicas ou jurídicas que atuem na promoção, intermediação, comercialização, agenciamento ou negociação de direitos de transferência de atletas, artistas ou feiras, exposições ou eventos similares, as empresas de transporte e guarda de valores; as pessoas físicas ou jurídicas que comercializem bens de alto valor de origem rural ou animal ou intermedeiem a sua comercialização; e as dependências no exterior das entidades mencionadas neste artigo, por meio de sua matriz no Brasil, relativamente a residentes no País.

⁴² As competências do COAF são elencadas nos artigos 14 e 15 da Lei 9613/98.

⁴³ Autarquia vinculada ao Ministério da Fazenda, responsável pelo controle e fiscalização do mercado de seguros privados.

⁴⁴ Autarquia, em regime especial, vinculada ao Ministério da Fazenda, instituída pela Lei 6385/76. Dentre seus objetivos, encontra-se o de assegurar o funcionamento eficiente e regular dos mercados de bolsa e balcão.

⁴⁵ De acordo com o artigo 1º do seu regimento, “O Banco Central do Brasil, criado pela Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964, é uma autarquia federal vinculada ao Ministério da Fazenda, com sede e foro na Capital da República e atuação em todo o território nacional.”, possuindo por finalidade a formulação, a execução, o acompanhamento e o controle das políticas monetária, cambial, de crédito e de relações financeiras com o exterior; a organização, disciplina e fiscalização do Sistema Financeiro Nacional.

⁴⁶ Os artigos 317 e 333 já traziam a previsão dos crimes de corrupção passiva e ativa, respectivamente. No entanto, apenas envolviam a Administração Pública nacional. A Lei 10467/02 incluiu os crimes contra a Administração Pública Estrangeira, tendo ainda alterado, à época, a antiga redação da Lei 9613/98 (Lei de lavagem de dinheiro), fazendo incluir em seu artigo 1º os crimes contra a Administração Pública Estrangeira como antecedentes da lavagem de dinheiro. Posteriormente, a Lei 9613/98 foi alterada pela Lei 12683/12, que suprimiu o rol do artigo 1º, tornando possível que qualquer infração penal seja apta a caracterizar antecedente possível para o crime de lavagem de dinheiro. A própria lei de lavagem também foi fruto dos compromissos internacionais realizados pelo Brasil com o intuito de rechaçar a corrupção e outras condutas anti éticas. Neste mesmo conjunto normativo derivado de compromissos internacionais, podemos indicar a Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar (LC) 101/2000), a Lei da Ficha Limpa (LC 101/2000), a Lei de transparência Pública (Lei 12527/2011), a nova lei antitruste (Lei 12529/2011) e a nova lei do crime organizado (Lei 12850/2013). (CAMARGO, 2013).

⁴⁷ Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4410.htm

⁴⁸ Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5687.htm

⁴⁹ Disponível em <<http://qportal.datransparencia.gov.br>>, acesso em 28 fev. 2014, às 16:58

particularizadas, haveria um aspecto extraterritorial relacionado. Com o advento da globalização e da interdependência econômica, os diferentes Estados foram levados a observar os problemas de seus pares, tanto quanto seus próprios, passando a prestar mais atenção em certas políticas públicas, que poderiam impactar de forma direta sobre as de outro. Essa visão se torna mais impactante quanto à corrupção. Ignorar tal cenário passa a não ser mais possível. Passa a ser exigida uma postura firme no que tange à corrupção ocorrida em outros territórios e seus impactos sobre o território nacional. Afinal, a inação pode trazer efeitos deletérios àqueles Estados que forem passivos.

Recentemente, no Brasil, foi aprovada a Lei 12846/2013, denominada Lei anticorrupção, que dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira. Seu período de *vacatio legis* foi de cento e oitenta dias, tendo entrado em vigor no dia 29 de janeiro de 2014. A lei segue padrões internacionais rígidos dos Estados Unidos da *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA) e do Reino Unido (UK Bribery Act)

Consoante Camargo (2013), o mecanismo legal é aparentemente inovador, virtualmente se dispõe a coibir a prática de corrupção no âmbito empresarial e por consequência, a ocorrência de atos lesivos aos cofres públicos, criando mecanismos para garantia do ressarcimento de eventuais prejuízos causados por tais atos, por representantes de empresas que não venham a seguir padrões minimamente éticos no curso de suas atividades.

4.2 Noção conceitual

O termo *Compliance* deriva do verbo “*to comply*”, de origem anglo-saxã. Ou seja, o significado, primeiramente literal, é de cumprir. Logo, *Compliance* significa a capacidade de se agir conforme um conjunto de regras previamente estabelecidas, a caracterizarem uma ordem a ser cumprida. No entanto, essa ordem não se restringe às leis em sentido estrito, mas sim a um conjunto de normas, baseado em valores éticos, de condutas que devem ser seguidas dentro de um sistema empresarial. “Naturalmente a função de *compliance* assume uma posição estratégica no neoliberalismo, pois está intrinsecamente ligada à boa prática negocial, isto é, integra o que se pode denominar de ética comercial” (GLOECKNER, 2013)

De acordo com Martín (2013), o termo *compliance* é um dos mais vagos e inexpressivos já antes utilizado. Ou seja, por si só, não é capaz de dizer coisa alguma, a não ser o que já é evidente: atuar de acordo com a legalidade, cumprindo tanto obrigações civis quanto às estabelecidas no âmbito interno administrativo da própria organização empresarial.

No entanto, a compreensão pode se tornar clara quando se começa a analisar os programas de compliance de determinadas empresas e as consequências vivenciadas por meio dos mesmos. No mesmo sentido, Beck (2013), sustentando, no entanto, que o termo poderia ser conceituado como a fidelidade ao Direito, no que tange aos seus mandamentos e proibições legais.

O conceito empresarial e corporativo de *Compliance* procura reduzir riscos, proteger dados empresariais e por via de consequência evitar práticas que não se coadunem com os valores empresariais, por meio de um conjunto de disciplinas que devem ser seguidas, através do cumprimento de normas regulamentares e legais. Não há como, no entanto, unificar as normas que integram tal conceito. Quando o termo é utilizado, encontra-se enormes variações fundamentais, tais como: o ramo empresarial em que será utilizado (Mercado de capitais, Instituições Financeiras e tantas outras), as diversas funções a serem exercidas na empresa, as condutas consideradas como aceitas, as condutas que devem ser observadas, a atuação interna, a atuação frente a terceiros. Todos os fatores elencados impactarão diretamente na formação e observância das normas a serem seguidas. Obedecer tais normas, mas não somente isso. Ou seja, necessário internalizá-las, acreditar nelas, significa um real agir conforme, um verdadeiro cumprimento do que é estabelecido como essencial. Logo, ser⁵⁰ *compliance* significa cumprir intencional e racionalmente o conjunto de regras estabelecidas em uma determinada organização empresarial a que se pertence.

O antônimo de *compliance* é *non-compliance*, não observar regras de conduta, não conter um código de ética, princípios e valores, não se ater à responsabilidade social da empresa, talvez demonstrando uma preocupação puramente econômica, em verdadeiro retrocesso ao desenvolvimento das atuais culturas organizacionais.

O sentido de *non-compliance* pode ser individual ou institucional. Institucionalmente poderia ser notado pela ausência de normas claras de conduta, valores, princípios e ética ou sua previsão obscura e falha. No sentido individual, demonstraria uma ausência de preocupação com o cumprimento de regras existentes. Isso denota a necessidade não somente da elaboração de um sistema de auto regulação, mas principalmente sua implementação, valorização, internalização, pelos mais variados critérios.

Gloeckner (2013) destaca a *non-compliance* como procedimento, ressaltando a necessidade de se registrar duas situações: haverá non compliance inicial quando a conduta

⁵⁰ E não somente estar *compliance*. Aquele que apenas cumpre as regras com receio de um sistema de auditoria, poderá descumpri-la caso esse sistema não funcione adequadamente. Portanto, a enorme importância de internalização e crença nas regras como padrão comportamental. Aquele que valoriza a ética empresarial não deixará de cumpri-la quando sistemas de auditoria falharem ou forem ausentes.

desconforme for verificada e identificada imediatamente, permitindo o controle da agência fiscalizadora (*compliance officer*), da autoridade judiciária ou investigadora (polícia judiciária ou Ministério Público). A segunda forma seria uma espécie de crise no procedimento de compliance, bem mais complexa e gravosa que a primeira.

As normas de auto regulação que integram o *compliance* objetivam beneficiar todos os *stakeholders*⁵¹. Geralmente são normas definidas no sistema *top down*.⁵²

A noção de *compliance* pode ser interpretadas sob duas vertentes: O cumprimento das regras externas que são impostas a uma organização como um todo e a observância de sistemas internos de controle, que são impostas para garantir o cumprimento das regras impostas externamente.

Consoante a *International Compliance Association*⁵³:

In the context of financial services businesses compliance operates at two levels.
 Level 1 - compliance with the external rules that are imposed upon an organisation as a whole
 Level 2 - compliance with internal systems of control that are imposed to achieve compliance with the externally imposed rules. (ICA, 2015, p.1)

No Brasil, a Associação Brasileira de Bancos Internacionais (ABBI) diferencia auditoria interna e *compliance*:

Conforme publicado pelo “THE INSTITUTE OF INTERNAL AUDITORS” dos EUA, a Auditoria Interna é uma atividade independente, de avaliação objetiva e de consultoria, destinada a acrescentar valor e melhorar as operações de uma organização. A Auditoria Interna assiste a organização na consecução dos seus objetivos, através de uma abordagem sistemática e disciplinada, na avaliação da eficácia da gestão de risco, do controle e dos processos de governança. Contudo, para executar seu trabalho é preciso que o profissional da Auditoria Interna esteja inteirado sobre as atividades desenvolvidas pelo “*Compliance*”, com o estabelecimento de um trabalho em parceria, coordenado onde, quando de suas visitas, a Auditoria possa munir-se das informações relevantes, principalmente sobre o resultado da identificação e avaliação dos controles e riscos. As atividades desenvolvidas por estas áreas não são idênticas mas sim complementares pois enquanto a Auditoria Interna efetua seus trabalhos de forma aleatória e temporal, por meio de amostragens, a fim de certificar o cumprimento das normas e processos instituídos pela Alta Administração, o *Compliance* executa suas atividades de forma rotineira e permanente, sendo responsável por monitorar e assegurar de maneira corporativa e tempestiva que as diversas unidades da Instituição estejam respeitando as regras aplicáveis a cada negócio, por meio do cumprimento das normas, dos processos internos, da prevenção e do controle de riscos envolvidos em cada atividade. *Compliance* é um braço dos Órgãos Reguladores junto a Administração, no que se refere à segurança, respeito à normas e controles, na busca da conformidade. (ABBI, 2009, p. 3)

⁵¹ funcionários, clientes, fornecedores, comunidades, etc

⁵² De cima para baixo, sendo definidas internamente, em regra, pelo alto escalão executivo ou ainda externamente por consultores especializados

⁵³ Este texto foi retirado da URL <http://www.int-comp.org/faqs-compliance-regulatory-environment>

Consoante Martín (2013), um importante aspecto de compliance é a auditoria interna, cuja função original se centraliza na descoberta de fraudes internas, cometidas por empregados ou dirigentes da empresa. Os sistemas de compliance irão representar apenas um conjunto de boas intenções se não forem acompanhados de procedimentos internos e normas de controle que assegurem o efetivo cumprimento das normas internas empresariais.

Segundo Benedetti (2014), *compliance* abarca um duplo campo de atuação: subjetiva e objetiva. O primeiro, de índole facultativa, a ser adotada ou não pelas organizações empresariais, abrange os regulamentos internos, com o objetivo de reduzir riscos e práticas delituosas. Já o segundo é uma imposição legal⁵⁴.

É possível perceber o impacto que os sistemas de auto regulação empresarial podem causar na responsabilidade social das empresas, já que há uma ligação direta com questões éticas e valorativas. As normas de *compliance* geralmente integram Códigos de conduta, envolvendo ética, princípios e valores de uma Instituição.

Até mesmo para o correto entendimento da noção de compliance, é interessante conhecer a existência do Pacto Global das Nações Unidas, que possui a previsão de dez princípios orientadores da atividade empresarial, tornando possível perceber o quanto o correto cumprimento das normas de auto regulação pode ser responsável pela observância de alguns deles. “O Pacto Global pede às empresas para aceitar, apoiar e aplicar, dentro da sua esfera de influência, um conjunto de valores fundamentais nas áreas de direitos humanos, padrões trabalhistas, meio ambiente e combate à corrupção” (UNITED NATIONS GLOBAL COMPACT, 2014).

O décimo princípio estabelece que “As empresas devem combater a corrupção em todas as suas formas, inclusive extorsão e propina. ”

Importante destacar que “No cerne das iniciativas de *compliance* está a preocupação com a quebra da confiança no relacionamento econômico e social entre as organizações, os funcionários e os *stakeholders*.” (SANTOS, 2009).

Ligado ao conceito de *compliance* encontra-se o conceito de Risco de *Compliance*, definido como “o risco de sanções legais ou regulamentares, perdas financeiras ou mesmo perdas reputacionais decorrentes da falta de cumprimento de disposições legais, regulamentares, códigos de conduta etc.” (Federação Brasileira de Bancos⁵⁵, 2009, p. 11).

⁵⁴ Trata-se de previsão contida na lei de lavagem de dinheiro, alterada pela Lei 12683/2012. A nova redação dos artigos 9º, 10 e 11 demonstram uma mais rigorosa implementação de controle, a evitar a prática de branqueamento de capitais. Muito embora a lei tenha estabelecido deveres direcionados a reduzir riscos e prevenir delitos, não se utilizou a nomenclatura *compliance*.

⁵⁵ FEBRABAN

Atualmente, segundo o Comitê de *Compliance* da ABBI, o termo:

Vem do verbo em inglês “*to comply*”, que significa “cumprir, executar, satisfazer, realizar o que lhe foi imposto”, ou seja, *compliance* é estar em conformidade, é o dever de cumprir e fazer cumprir regulamentos internos e externos impostos às atividades da instituição. (FEBRABAN, 2009, p.11)

É usual, por algumas empresas, a divulgação pública de suas condutas de *compliance*. Desta forma, muitas disponibilizam em seus sites seus modelos de conduta empresarial.⁵⁶

4.3 Criminal compliance

4.3.1 Definição

A inserção de eficazes modelos de auto regulação é responsável pela produção de efeitos diretos no Direito Penal Econômico, como critério de responsabilidade individual e empresarial. A ética empresarial está diretamente ligada ainda à responsabilidade social.

De certa forma, é possível afirmar a impossibilidade de se abordar temas fundamentais de Direito Penal Econômico sem que se faça referência à *compliance*, até porque, como visto anteriormente, o termo compreende um sistema normativo interno com objetivo bastante amplo, dentre o qual se inclui o de evitar e/ou reduzir os riscos penais. Atualmente, termos como códigos de condutas, de valores, Código de ética e de conduta e alguns outros, descrevem novos conceitos empresariais, representando um amplo espectro de objetivos e valores. (CORIA, 2014).

No código ético de uma organização geralmente se percebe o compromisso na luta contra a corrupção, a lavagem de dinheiro, o abuso do poder econômico interna e externamente e tantos outros delitos que integram o objeto de estudo do Direito Penal Econômico.

A noção de Criminal *Compliance* envolve o caráter de prevenção da responsabilidade penal. Neste cenário, é possível afirmar uma especialização e limitação quanto ao conceito

⁵⁶ No site da Pfizer http://www.pfizer.com/files/investors/corporate/bluebook_portuguese_brazil.pdf, acessado em 28/01/2014 às 10:30, é divulgado seu blue book (Resumo das políticas da Pfizer sobre conduta empresarial), ressaltando a responsabilidade de reconhecer os problemas legais e éticos mais importantes na afetação do negócio. No resumo, encontram-se condutas tais como combater comportamentos corrosivos, egoístas e maldosos como responsabilidade de todos. Um dos compromissos é de agir sempre com integridade. É fácil notar que o resumo não apenas se direciona internamente, mas também aos envolvidos com o negócio, como os próprios fornecedores. “A Pfizer também exige que seus fornecedores, funcionários temporários/prestadores de serviços respeitem padrões elevados. Geralmente, a informação pública também ressalta as consequências da não conformidade com os padrões, podendo incluir multas, processos ou prisão. No site da Ativa Investimentos <https://www.ativainvestimentos.com.br/Content/files/Codigo-de-Conduto-e-Atuacao.pdf>, acessado em 28/01/2015, às 10:55, a publicidade abrange ainda, além do código de conduta e ética, o código de conduta empresarial, as regras de parâmetro e atuação, além de links que conduzem a todas as regras normativas que envolvem, direta ou indiretamente a Instituição.

amplo de *compliance*, pois este se estende a cenários jurídicos e extrajurídicos, ao contrário do primeiro, que se restringiria ao âmbito Penal Econômico.

4.3.2 A responsabilidade penal dos *Compliance Officers*

A crescente preocupação mundial com as normas de auto regulação possibilitaram até mesmo o surgimento de uma nova carreira, qual seja, a dos *compliance officers*, com o objetivo de identificar e investigar potenciais criminosos dentro do cenário das empresas. (SAAVEDRA, 2011).

Segundo Benedetti (2014), para efeito de gerenciamento do Compliance, há a criação dos Compliance Officers, profissionais com conhecimento técnico e de gestão na avaliação dos riscos e criação de controles internos na empresa, objetivando prevenir ou minimizar os riscos de uma responsabilidade legal.

Uma questão discutida por todos que abordam o tema é acerca da eventual possibilidade de responsabilidade penal dos *compliance officers* ou *chiefs legal officers*. É indiscutível que um assessoramento inadequado por parte destes profissionais pode expor os dirigentes e colaboradores das organizações a riscos que poderiam ter sido evitados⁵⁷. No entanto, as condutas, por partes destes profissionais, que acabam por gerar riscos, podem assumir as mais diversas modalidades, o que impacta diretamente na possibilidade de responsabilização penal. Há de se perquirir o aspecto subjetivo e objetivo da conduta praticada.

Eventualmente, seria possível responsabilizar penalmente o *compliance officer*. Consoante Sánchez (2003), a infração dos deveres não gera, necessariamente, a responsabilidade do compliance officer por um fato penalmente típico. Primeiramente, é necessário que um membro da empresa cometa o delito. Em seguida, averigua-se se a contribuição, ainda que omissiva do *compliance officer* foi dolosa, exceto se o tipo admitir modalidade culposa. Desta forma, percebe-se que a responsabilidade jamais terá véis objetivo.

No entanto, quanto à responsabilidade penal dos *compliance officers*, há de se ter um cuidado todo especial, a fim de não se permitir uma responsabilidade penal objetiva. Desta

⁵⁷ Os profissionais do direito que exercem a função de *compliance officers*, consoante destaca Benedetti, estão sujeitos ao Estatuto da advocacia, que em seu artigo 32, estabelece que “o advogado é responsável pelos atos que, no exercício profissional, praticar com dolo ou culpa. Em caso de lide temerária, o advogado será solidariamente responsável com seu cliente, desde que coligado com este para lesar a parte contrária, o que será apurado em ação própria.”

forma, não será possível imputar penalmente ao *compliance officers*, em caso de ausência de dolo ou culpa, o crime praticado por terceiro e por ele não percebido.

Segundo Bianchi (2011, p.1):

Sobre esse último ponto, qual seja, a indicação do responsável pelo cumprimento dos regramentos dispostos pelos órgãos reguladores, é necessário refletir sobre a possibilidade de responsabilização penal do diretor em caso de conduta caracterizada pelo não agir do agente, quando seu dever é o de evitar a ocorrência de um resultado lesivo. Tal figura, para o Direito Penal denominada de garantidor, vem prevista no artigo 13, § 2º, que estabelece: o "dever jurídico incumbe a quem tenha por lei obrigação de cuidado; de outra forma assumiu a responsabilidade de impedir o resultado; seu comportamento anterior criou o risco da ocorrência do resultado.

Consoante Cabete e Nahur (2013, p. 19):

A partir do momento em que se indica, dentro da própria organização empresarial, de forma clara, quem é o responsável pela fiscalização da conduta tributária ou ambiental, por exemplo, já não restam muitas dúvidas quanto às pessoas físicas que devem responder por eventuais atividades ilícitas perpetradas sob seu crivo.

No entanto, o tema perpassa necessariamente pelas normas gerais de Direito Penal, a vedar uma hipótese de responsabilidade penal objetiva. É possível que se indique um potencial culpado profissional, a sempre ser imputado em caso de conduta geradora de riscos e danos tutelados pelo Direito Penal? Nos parece que não, sob pena de cancelar eventuais fraudes que, visando a proteção da pessoa jurídica ou até mesmo de altos executivos, indicam em documentos “inquestionáveis” aquele que é responsável se a conduta for praticada dentro da Organização.

Talvez o melhor caminho, principalmente no que se refere à atuação do advogado, seja o apontado por Benedetti (2014), no sentido de que o trabalho preventivo possui o mesmo peso de responsabilidade de qualquer outro elaborado pelo advogado, sendo fundamental que seu conhecimento técnico-jurídico e sua expertise possam garantir ao cliente a realização de um bom trabalho em criminal compliance e que, na hipótese eventual de prática delituosa, possa o trabalho realizado contribuir para a melhor solução.

Parece que a figura do *compliance officer* desafia, portanto, alguns questionamentos: A tomada de decisão ilegal ocasiona a responsabilidade penal da pessoa jurídica? A mera existência formal deste profissional, indicada em documento de aparente legalidade, ocasiona a sua responsabilidade jurídica? São penalmente responsáveis os diretores da pessoa jurídica? A omissão na tomada de decisões ocasiona a responsabilidade penal do omitente? Analisa-se, a seguir, cada uma das questões acima propostas. Primeiramente, a imputação penal da pessoa jurídica não possui fundamento inicial no Direito Penal, mas sim na teoria da realidade objetiva ou teoria organicista, desenvolvida no Século XIX, na Alemanha, pelo civilista e

historiador Otto Von Gierke, já na sua primeira obra *Deutsche Genossenschaft* (1868), que sustentou que as pessoas jurídicas são dotadas de vontade própria, independente da de seus membros ou representantes. Consoante Freitas e Freitas (2001), O primeiro precedente conhecido, em termos de responsabilidade penal da pessoa jurídica, é da Suprema Corte norte-americana, que concluiu ser possível responsabilizar criminalmente uma pessoa jurídica. Cuida-se do caso *New York Central & Hudson River Central* fundamentado no fato de que se a lei diz que uma pessoa pode cometer crime, sem distinguir se é física ou jurídica, é porque ambas podem ser processadas, sem maiores e acaloradas discussões acadêmicas. No referido julgado, onde era atacada uma decisão estadual pela possibilidade de responsabilidade penal da pessoa jurídica, havia sido atacada a referida decisão, sob o argumento de inconstitucionalidade do Elkins act. 32, que mencionava a prática de delitos pelas corporações e a resposta através de sanções penais. Na decisão, foi abordado primeiramente que, em ações de responsabilidade civil, uma empresa pode ser responsabilizada por perdas e danos pelos atos de seu agente no âmbito de sua função, mesmo se feito arbitrariamente, mera culpa ou contra as ordens expressas.

Foi decidido que enquanto as empresas não podem cometer alguns crimes, podem cometer os que consistem em propositalmente fazer algo proibido por lei, o que ocorreu no caso.

Desta forma, a Suprema Corte entendeu que o Congresso tem o poder de regular o comércio interestadual, de assegurar direitos iguais a todos os envolvidos nele, e que a Lei de 19 de fevereiro de 1903, conhecida como Lei Elkins, não seria inconstitucional por atribuir à corporação responsabilidade penal por violar ato de Comércio Interestadual, por conduta praticada por seu agente.

O Tribunal reconheceu que a maior parte do comércio interestadual é conduzida pelas corporações, e que não poderia dispensá-los de punição pelo fato de haver doutrina no sentido de que essas corporações não poderiam cometer crimes.

Abordou ainda que a Lei Elkins quando se direcionava à responsabilidade penal da pessoa jurídica, não estaria ofendendo o princípio da presunção de inocência utilizado para a pessoa física, o que não eivaria a referida lei de inconstitucionalidade, fundamentando que toda lei deve ser interpretada de forma a manter sua constitucionalidade.

Desta forma, a decisão foi no sentido da constitucionalidade da lei, para que se possa incluir tanto o agente que praticou a conduta, quanto a corporação em uma acusação penal⁵⁸.

⁵⁸ O julgado "*New York Central & Hudson River Railroad Company vs. United States*", é de livre tradução da autora, mas pode ser encontrado em sua origem no site <http://bulk.resource.org/courts.gov/c/US/212/212.US.481.57.html>

Ressalte-se que o precedente foi em termos da Suprema Corte Norte-Americana, pois Tribunais Estaduais já haviam proferido decisões neste sentido. Portanto, data de mais de um século, no direito comparado, a possibilidade de se responsabilizar a pessoa jurídica na seara penal.

A Constituição Federal de 1988⁵⁹ trouxe pela primeira vez, no Brasil, a previsão da possibilidade de se responsabilizar penalmente a pessoa jurídica. Antes de 1988 somente a pessoa física poderia responder por qualquer espécie de crime. Ou seja, vigorava entre nós o princípio *societas delinquere non potest*.

Nossa legislação não trazia qualquer previsão expressa da ausência de responsabilidade, tampouco adotava a fórmula do “atuar em lugar de outrem”, atendo-se fielmente à teoria finalista e seus preceitos.

No entanto, apenas quanto aos crimes ambientais a lei trouxe previsão da responsabilidade penal da pessoa jurídica por crime ambiental⁶⁰.

Desta forma, apenas se pode afirmar a responsabilidade penal da pessoa jurídica, no Brasil, em se tratando de crime previsto na Lei 9605/98, desde que presentes os requisitos definidos em seu artigo 3º.⁶¹

⁵⁹ A Constituição Federal de 1988 assim estabelece:

"Artigo 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.

...

Par. 5º. A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a Ordem Econômica e financeira e contra a economia popular."

"Artigo 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

...

Par. 3º. As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados, aplicando-se relativamente os crimes contra o meio ambiente, o disposto no artigo 202, parágrafo 5º."

⁶⁰ Tal previsão se encontra na Lei 9605/98:

Artigo 3º - As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade.

Parágrafo único - A responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, coautoras ou partícipes do mesmo fato.

Artigo 21: As penas aplicadas isolada, cumulativamente ou alternativamente para as pessoas jurídicas, de acordo com o dispositivo do artigo 3º são:

I – multa

II – restritivas de direitos

III – prestação de serviços à comunidade

Artigo 22: As penas restritivas de direitos da pessoa jurídica são:

I. - suspensão parcial ou total das atividades;

II – interdição temporária de estabelecimento, obra ou atividade;

III – proibição de contratar com o Poder Público, bem como dele obter subsídio, subvenções ou doações.

⁶¹ Durante muitos anos, a jurisprudência brasileira, no âmbito dos Tribunais Superiores, exigiu a aplicação do princípio da dupla imputação, somente permitindo a imputação da pessoa jurídica nos casos em que também fosse identificada e imputada a pessoa física responsável pela prática da conduta. No entanto, em 2013, o STF “por maioria de votos, a Primeira Turma do

Como ordenamento fiel ao princípio da culpabilidade, segundo o qual não se pode admitir a responsabilidade penal sem dolo ou culpa, não se pode admitir, no Brasil, a responsabilidade penal por mera previsão documental. Ou seja, o documento indicativo da responsabilidade frente à organização, por prevenção de riscos, por si só, não é apto a gerar a responsabilidade penal. A de se averiguar, casuisticamente, se presente conduta que colaborou, comissiva ou omissivamente para a criação ou implemento do risco ou dano gerados.

Tal indagação perpassa pelos mesmos argumentos vistos acima. A mera figura de alto executivo, sócio, gerente ou diretor não caracteriza, por si só, a responsabilidade penal.

Bacigalupo (2011) alerta para o fato de que uma das consequências da crise econômica é um aumento na regulação penal da reponsabilidade da empresa e dos seus diretores, o que pode ser percebido na Espanha em uma das reformas do Código Penal⁶².

O ideal é que o aumento do risco de uma crise econômica acarrete um aumento regulatório interno por parte das organizações, a fim de se evitar a expansão do Direito Penal Econômico e a consequente e crescente responsabilidade penal.

Caso seja comprovada a conduta praticada pelo sócio, gerente ou diretor, primordialmente considerado o seu elemento subjetivo, seria possível a responsabilização. Muitas vezes, nos crimes societários, não se torna possível, desde logo, identificar e individualizar as condutas praticadas por diversos integrantes. Neste caso, há de se diferenciar a denúncia de todo genérica da denúncia parcialmente genérica. Nos chamados crimes societários, nossos Tribunais Superiores têm admitido a chamada denúncia parcialmente genérica, aquela em que não se exige que o Ministério Público individualize de forma minuciosa a conduta de cada envolvido, desde que deixe clara a sua participação para o fato delituoso. Não é admitida, no entanto, a denúncia de todo genérica, devendo esta ser declarada inepta, pois equivaleria a possibilitar a denúncia pelo simples fato de o agente figurar como sócio ou alto executivo dentro de uma organização empresarial⁶³.

Supremo Tribunal Federal (STF) reconheceu a possibilidade de se processar penalmente uma pessoa jurídica, mesmo não havendo ação penal em curso contra pessoa física com relação ao crime. A decisão determinou o processamento de ação penal contra a Petrobras, por suposta prática de crime ambiental no ano de 2000, no Paraná.”, informação disponível em < <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=244969>>, referente ao RE 548181. Acesso em 25 jan. 2015.

⁶² *Ley Organica 5/2010*. Por esta reforma, foi incluído o artigo 31 bis no Código Penal Espanhol, dispondo sobre a responsabilidade penal da pessoa jurídica.

⁶³ Em 2011, o STJ julgou o HC 171168, no seguinte sentido: “Nos crimes societários, é dispensável a descrição minuciosa e individualizada da conduta delituosa de cada acusado, bastando, para tanto, que ela seja narrada de forma a possibilitar o exercício da ampla defesa. Precedentes. A leitura da denúncia demonstra ser ela peça bem elaborada e de acordo com as regras processuais pertinentes, estando devidamente acertado o comportamento do réu, obedecendo com todo o rigor o artigo 41, do Código de Processo Penal.” (STJ - HC 171168 / -Relator(a) Ministro ADILSON VIEIRA MACABU (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RJ) - QUINTA TURMA 22/02/2011).

Questão tormentosa surge acerca da possibilidade de se considerar os *compliance officers*, internos, diretores de organizações, como autores mediatos dos delitos praticados por seus subordinados. Bacigalupo (2011) descarta tal possibilidade, rechaçando a autoria mediata por omissão. No entanto, hipótese diversa se daria quando o subordinado cumpre fielmente regras estabelecidas pelos superiores, hipótese em que a jurisprudência Alemã e Espanhola admite a responsabilidade penal do superior hierárquico. Outro ponto também de relevo diz respeito às decisões tomadas por órgãos colegiados. Neste caso, como se haveria de proceder na responsabilização de seus integrantes? Todos seriam responsáveis pela decisão tomada pelo órgão ou se deveria individualizar os posicionamentos. Ao discorrer sobre o tema, sustenta a existência de um dever que vai além da mera vigilância, para abranger o dever de tomar decisões aptas a evitarem a produção de riscos. Com isso, a omissão na tomada de decisões corretas não teria o poder de afastar a posição de garantidor. No entanto, a responsabilidade não pode ser considerada como ilimitada, dependendo da averiguação da proporção da organização. Há casos de organizações gigantescas, em que há nítida dificuldade ou até mesmo impossibilidade, em alguns casos, de se acompanhar todas as decisões tomadas diariamente que podem vir a gerar riscos para a organização e para terceiros.

4.3.3 A auto regulação empresarial como meio de prevenção criminal

Compliance induz à ideia de que as organizações se preocupam com a elaboração de regimentos internos que preveem regras de condutas e valores a serem observados pelos colaboradores, assim como, em alguns casos, por terceiros envolvidos no negócio, tais como fornecedores e eventuais prestadores de serviços. Tais regimentos internos demonstram os valores que devem ser desenvolvidos, assim como as condutas que devem ser adotadas, com enfoque na ética empresarial.

Considerando que não há uma autonomia absoluta do Direito Penal Econômico, ele deve se adequar aos princípios básicos do Direito Penal, tais como: o princípio da legalidade da infração econômica, irretroatividade da lei maléfica, o princípio da segurança jurídica, o da proporcionalidade, o da culpabilidade, intervenção mínima, ofensividade ou lesividade, dentre outros.

Sob o enfoque, essencialmente, do princípio da intervenção mínima, o Direito Penal deve funcionar apenas como *ultima ratio*, o que esbarraria no expansionismo penal, derivado de fatores midiáticos e pirotécnicos, que buscam transformar o Direito Penal em *prima ratio*.

Reforçando o argumento de intervenção mínima, o *compliance* pode funcionar como critério de prevenção. No entanto, a mera previsão formal regimental não é apta, por si só, a obedecer tal viés preventivo. Prever ética e moral não significa que valores e condutas passarão a ser observados pelos colaboradores ou por terceiros. Desta forma, torna-se necessária uma implementação eficiente de *compliance*. Somada à previsão regimental, os princípios, valores, condutas que representam um padrão a ser seguido, devem ser internalizadas nos colaboradores. Para isso, a equipe de *compliance* precisa investir no aspecto educacional formador. Ou seja, formar adequadamente seus profissionais, insistir em formas de internalização dos valores é essencial para que as normas internas não sejam tão apenas proforma, mas sim eficientes e aptas a evitarem a prática delituosa no âmbito das empresas.

O critério de *compliance* como fator de prevenção objetivaria também evitar a responsabilidade penal dos dirigentes e da própria pessoa jurídica (no caso de crimes ambientais) pela conduta de seus prepostos.

A maior transparência no âmbito empresarial é necessária em um mundo globalizado, assim como a ética nas relações de trabalho, pois aderir a normas de condutas, dentro da empresa, evita a prática delituosa dentro e fora dela.

A responsabilidade assumida pelas organizações deve ir muito além de se manter conforme às determinações legais. É necessário o desenvolvimento de uma mentalidade e de valores coletivos, para que todos dentro da empresa e que a ela se ligam, evitem comportamentos geradores de risco.

Outro fator importante se liga a formas de fiscalização que tornem possíveis exigir dos colaboradores que se comportem conforme a exigência estabelecida nos códigos internos. Não só o sistema interno de regras, mas também um sistema interno de fiscalização se torna necessário para que se implemente o efetivo estar *compliance*, gerando direto impacto no critério de prevenção penal. Torna-se necessária, para isso, uma gestão eficiente, comprometida e bem formada. O próprio conceito de *Criminal Compliance* já induz à uma expectativa de prevenção penal, a impedir ou pelo menos dificultar a existência de fraudes, corrupção, lavagem de dinheiro e tantos outros delitos correlatos.

Para que o criminal *compliance* se dê de forma adequada e eficiente, as organizações precisam se preocupar com o ponto de partida, qual seja, a contratação de uma equipe habilitada e especializada em *compliance*.

O *Criminal Compliance*, como fator de prevenção penal, possui atuação *ex ante* ampla, abrangendo a análise de todas as atividades, colaboradores, funções, fornecedores, prestadores de serviços, de forma que a implementação de normas internas seja adequada a

estes fatores, assim como os eventuais sistemas de fiscalização, que podem funcionar de forma mais ou menos rígida de acordo com o perfil empresarial. Algumas empresas, por exemplo, vedam acesso a sites pessoais e redes sociais no horário de trabalho, enquanto em outras, o uso é permitido em alguns horários. Alguns preferem estimular o uso consciente, fomentando a percepção racional pelo próprio colaborador. Logicamente, o profissional habilitado tentará acomodar os valores a serem seguidos com a melhor normativa e fiscalização internas.

Segundo Benedetti (2014), a inserção de tais medidas acaba por ocasionar um “gerenciamento coletivo”, caracterizado como um gerenciamento simultâneo de todas as pessoas atuantes na empresa, umas em relação às outras, pois o sucesso no cumprimento das responsabilidades de um, na maioria das vezes, depende da correta realização das responsabilidades de outro, o que possibilita uma maior possibilidade de sucesso da empresa, o que beneficia todos os envolvidos no cenário empresarial, sejam eles diretores e colaboradores de maneira geral, mas também o próprio consumidor, como representante da sociedade.

Quando o *Criminal Compliance* é eficiente, é possível a identificação daqueles colaboradores passíveis de imputação penal. Muitas vezes, no entanto, a internalização das normas e os critérios de fiscalização são aptos a impedirem a efetiva prática delitiva e a consequente responsabilidade penal daqueles identificados, minimizando riscos dentro e fora da organização empresarial.

Para que a prevenção seja possível, caberá ao profissional de *compliance* conhecer amplamente a legislação. Neste caso, a penal. Muitas vezes a própria legislação penal já induz aos critérios de prevenção, como é o caso da lei de lavagem de dinheiro⁶⁴. Quando presente, dentro dos códigos éticos, dos regulamentos e dos demais documentos internos, regras de conduta que se adequem ao que preceitua o aspecto objetivo de *compliance* (legislação de cumprimento obrigatório), haverá indiscutível redução dos riscos e das práticas delituosas. Em alguns casos, quando os sistemas internos de reforço das regras e de fiscalização forem efetivos, é possível que se espere até mesmo a inexistência de práticas delituosas.

Não se deve pensar que o Direito Penal é um solucionador universal de conflitos, sob pena de se esperar a delinquência ocorrer, com o fim quase exclusivo de se exercer uma “vingança penal”. Tais argumentos e ideias consagram um Direito Penal de terceira

⁶⁴ A lei 9613/98, em seu artigo 9º elenca os deveres que devem ser observados pelas pessoas físicas e jurídicas previstas nos dois artigos seguintes. Esses deveres foram ampliados com a alteração promovida pela Lei 12683/2012.

velocidade⁶⁵, um expansionismo penal⁶⁶ desmensurado e ineficaz, um Direito Penal de emergência⁶⁷ e a inflação legislativa que dele decorra. A prevenção de índole extrapenal pode ser muito mais eficaz, uma vez que busca reinserir eticamente aquele que muitas vezes ainda se encontra na fase de cogitação da prática delituosa, impedindo, de forma ética e consciente que ele ingresse nas demais fases do *itercriminis*. Uma prevenção efetiva impede, muitas vezes, até mesmo os atos preparatórios.

Cabe destacar que o Direito Penal do inimigo suscita rígidas críticas. Segundo Luisi (2007), as críticas são ásperas. Citando Cornelius Prittwitz, professor em Frankfurt, sustenta que “o dano que Jakobs causou com suas reflexões e seu conceito de Direito Penal do inimigo é visível. Regimes autoritários adotaram entusiasmados a legitimação filosoficamente altissonante do Direito Penal e processual contrário ao Estado de Direito”

Quanto ao Direito Penal de Emergência, são preciosas as lições de Sica (2002), segundo o qual, com o Direito Penal de Emergência o pan-penalismo acaba por preponderar sobre o minimalismo penal, surgindo como orientação dominante, sem compromisso com qualquer racionalidade e consciência da necessidade de interação subsidiária com outros sistemas de controle social. Desta forma, destaca que eficiência e garantia tornam-se, aparentemente, finalidades antagônicas do sistema penal.

Criminal Compliance serviria como forma de se evitar a incidência do Direito Penal, por considerar a conscientização e internalização dos valores coletivos como fatores que passam a ser defendidos e respeitados por diversos grupos de pessoas. Não se duvida, ainda, que tais valores se explanam para fora do ambiente empresarial, impactando diretamente na vida social e até mesmo familiar daqueles que passam a entender fundamentos éticos. As medidas adotadas de forma intraempresarial teriam, muitas das vezes, o condão de despertar no indivíduo uma ética talvez nunca antes experimentada, impedindo a contaminação futura com ambientes que seriam propensos ao desenvolvimento de corrupção e outras práticas delituosas.

⁶⁵ Siva Sanchez se utiliza desta nomenclatura para se referir ao Direito Penal do Inimigo. Consoante Luisi (2007), Jacobs foi o primeiro que se utilizou da expressão Direito Penal do Inimigo e o fez pela primeira vez em tom crítico, durante uma palestra proferida em 1985, em Frankfurt. Já em 1999 reacendeu o tema em conferência realizada em Berlim, sustentando a necessidade de um Direito Penal voltado ao cidadão e de um outro Direito Penal para o inimigo. Como características desse “direito”, percebe-se a tipificação exagerada de atos preparatórios, penas desproporcionalmente altas e garantias processuais relativizadas ou inexistentes.

⁶⁶ As teorias expansionistas se ligam a um Direito Penal máximo e rígido, com o fim de que a sociedade possa exercer o controle das novas formas de criminalidade

⁶⁷ Nos parece que o Direito Penal de emergência é o conceito que mais se opõe à ideia de formas de controle extrapenal.

Não se pode permitir que normas casuísticas derivadas de um Direito Penal de Emergência⁶⁸. Tal atuação é meramente simbólica, produzindo na opinião pública a impressão de que o legislador está atento.

É perfeitamente admissível e até mesmo adequado que o *criminal compliance* funcione como critério de prevenção a afastar a futura e provável incidência do Direito Penal na sociedade de risco, na tutela dos bens jurídicos difusos e coletivos e especialmente, evitando condutas lesivas à Ordem Econômica, como a adulteração de combustível e o comércio de combustível adulterado. Não se chega a sustentar a exclusão do Direito Penal Econômico, o abolicionismo, mas ele deve funcionar em um cenário secundário, quando todas as medidas administrativas e regulatórias intraempresariais adotadas não ocasionarem efeito para determinados sujeitos ativos. Na sociedade global de risco, a principal preocupação deve estar em prevenir futuros danos com critérios administrativos públicos e privados, ao contrário de fazer do Direito Penal uma forma de gestão de riscos, derivada da ineficácia ou inexistência de critérios administrativos intraempresariais na esfera pública e privada ineficazes.

⁶⁸ No Brasil, é nítida a incidência desta operacionalização do direito. Percebe-se épocas em que claramente o Direito Penal incide como forma de controle de condutas amplamente noticiadas na mídia. Os anos de 2011 a 2013, por exemplo, foram marcados por diversas alterações relacionadas ao Direito Penal Econômico. Como exemplos pode ser citada a alteração da lei de lavagem de dinheiro (Lei 12683/2012), a nova lei antitruste (Lei 12529/2011), a nova lei de organização criminosa (Lei 12850/2013) e algumas outras. É claro ainda que esse cenário deriva de fatos que explodiram na mídia, tais como o julgamento do caso mensalão pelo STF (APN 470).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Hodiernamente, vive-se numa sociedade complexa, dinâmica, volátil, versátil e líquida. Grandes estabelecimentos são criados e desenvolvidos com o intuito de gerar dinheiro, lucro e ditar o andamento da Ordem Econômica de determinada cultura e sociedade, redefinindo perfis sociais que em outrora eram frágeis, delicados e quebradiços, traduzindo, portanto, uma sociedade não tão atenta com o que haveria de suceder.

Assim, contemporaneamente, o mundo tornou-se globalizado, de tal magnitude, que todo o planeta se encontra interligado e unido por novas tecnologias, o que acaba permitindo que o mundo tenha um conhecimento mais rápido e intenso e acabe se desenvolvendo cultural e economicamente.

O grande problema é quando os países mais desenvolvidos imprimem um espírito de dominação e escravidão sobre os países menos desenvolvidos, gerando assim, um sentimento de subjugação, predomínio e império sobre aqueles que são menos favorecidos e que, pelo fato do mundo ser globalizado, devem atender a determinadas especificações internacionais sob pena de viverem estagnados, obsoletos e insulados em suas ilhas abismais terrificantes.

Como consequência desse fenômeno da globalização, as grandes empresas se tornaram globais e verdadeiras pugnadoras do lucro, do crescimento desenfreado e desmesurado e com a filosofia da dominação dos mercados, traduzida na vertente capitalista do ganho de capital e da arrematação dos mercados, sem uma parcela razoável e proporcional de ética e moral nas relações com a sociedade e com o hipossuficiente na relação de consumo, traduzido na figura fragilizada do consumidor.

Dentro deste escopo, aplica-se o Direito Penal Econômico, como objeto de caráter político-econômico, objetivando a prevenção da criminalidade econômica. Esta, constitui o complexo que alberga aspectos que não são apenas jurídicos, mas que norteiam toda uma sociedade complexa e globalizada, necessitada de instruções mais amplas que venham, juntamente com o Direito, salvaguardar toda uma comunidade.

Constatou-se neste objeto de pesquisa que, em decorrência desta busca pelo ganho de capital e pelo lucro, empresas corruptas e descompromissadas com a ética e com a moral ludibriam toda uma sociedade de forma ampla e, individualmente, o hipossuficiente na relação de consumo. Adulteram o combustível e, na maioria das vezes, danificam o bem do consumidor, qual seja, o veículo, cobrando um valor diferente do acordado no momento da aquisição do combustível e proporcionam um mal para o meio ambiente, pelo fato de alterarem erroneamente as substâncias que compõem o combustível. Ao passo que o

estabelecimento e observância de regras de conduta intraempresariais são capazes de prevenir a prática criminosa.

Verificou-se que há previsão legal para a constatação de crimes no comércio de combustível adulterado e que Ordem Econômica, a sociedade e o meio ambiente devem ser tutelado contra estas atuações draconianas que interrompem o crescimento econômico, cultural e humano de um determinado povo.

Vislumbrou-se, outrossim, os aspectos processuais no tocante ao comércio de combustível adulterado. Neste ponto, observou-se que a investigação neste tipo de delito não é única e exclusiva das polícias, pelo contrário, deve-se fomentar uma força tarefa para o alcance investigatório mais preciso sobre a prática da adulteração de combustível. Neste diapasão, trouxe-se à baila o princípio da universalização da investigação, corroborando a ampliação dos atores processuais na prática investigatória.

Falou-se, também, substancialmente sobre a atuação precisa e significativa da Agência Nacional de Petróleo quando da sua participação na elaboração de resoluções técnicas sobre combustível, na sua movimentação nas atividades de fiscalização e investigação juntamente com as polícias, Ministério Público e demais órgãos privados e da sua ação como Agência no controle de combustível.

Insta salientar que os dados pesquisados refletem a realidade da sociedade brasileira atual e que se faz premente a reflexão sobre o direcionamento, aplicação e posicionamento das autoridades neste tipo de questão. Isto quer dizer que, por ser a sociedade dinâmica, o panorama social atual pode vir a transmutar, fazendo com que se tenha um novo paradigma de pensamento acerca dos acontecimentos sociais e jurídicos. Vale aqui, tão somente, a proposta perfunctória de refletir sobre o mundo e as coisas deste mundo, fazer-se uma introspecção do que se está fazendo.

Por derradeiro, se pode concluir que frente a todo esse cenário, o estabelecimento eficaz de fortes regras de conduta, assim como o fortalecimento diário desse atuar ético dentro das organizações empresariais, é o melhor caminho de prevenção, de forma a se evitar a prática delituosa e por consequência, a incidência do Direito Penal e a consequente aplicação da pena. O *compliance* possui impacto direto na prevenção criminal, especialmente naquelas ligadas ao atuar empresarial.

REFERÊNCIAS

- AFTALIÓN, E. R. *Derecho Penal Economico*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1959.
- ALMEIDA, A. Q. *Os crimes de perigo como técnica legislativa na construção dos tipos penais em matéria de criminalidade econômica*. Disponível em: <<http://arnaldoquirino.com/tag/crime-de-perigo/>> Acesso em 12 dez. 2014.
- ASÚA, L. J. *Tratado de Derecho Penal*. Imprenta: Buenos Aires, Losada, 1964.
- BOTTINI, P. C.; BADARÓ, G. H. *Crimes de Perigo Abstrato*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- BECK, U. *La Sociedad Del Riego Mundial*. Barcelona: Paidós, 2007.
- BACIGALUPO, E. *Curso de Derecho Penal Económico*. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 2005.
- BAJO, M.; BACIGALUPO, S. *Derecho Penal Económico*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 2001.
- BATISTA, N.. *Introdução crítica ao Direito Penal Brasileiro*. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.
- _____. BATISTA, N. *Introdução crítica ao Direito Penal Brasileiro*. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004.
- _____. BATISTA, N; ZAFFARONI, E. R. *Direito Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2010. V.I/II.
- BENEDETI, C. R. *Criminal Compliance: Instrumento de Prevenção Criminal Corporativa e Transferência de Responsabilidade Penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2014.
- BIANCHI, E. *Criminal Compliance sob a ótica do estudo do risco*. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br>>. Acesso em: 06 dez. 13.
- BITENCOURT, C. R.. *Tratado de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 2013. V.I.
- BOGADO, M. G.; FERRARI, D. R. Sociedad de riesgo: legitimación de los delitos de peligro hipotético. *Revista Electrónica del Centro de Investigación Interdisciplinaria em Derecho Penal Económico (CIIDPE)*, Argentina, 2009. Disponível em <<http://www.ciidpe.com.ar>> Acesso em: 15 ago. 2011.
- CABRAL, J. *Os tipos de perigo e a pós modernidade*. Rio de Janeiro: Revan, 2005.
- CALLEGARI, A. L. (Org.). *Direito Penal e Globalização. Sociedade do Risco, Imigração Irregular e Justiça Restaurativa*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

CAMARGO, R. O. de. *Compliance empresarial e investigação preliminar*. São Paulo: [s.n.], 2013.

CANOTILHO, J. J. G. *Direito Constitucional*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1992.

CERVINI, R. Desafios Inherentes al Control Normativo del Crimen Organizado Económico Financiero. In: BITENCOURT, C. R. (Org). *Direito Penal no Terceiro Milênio – Estudos em Homenagem ao prof. Muñoz Conde*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 17-35.

COMPARATO, F. K. *Direito Público - Estudos e Pareceres*. São Paulo: Saraiva, 1996.

CRESPO, A. *O contexto jurídico e político do Direito Penal Econômico*. Disponível em: <<http://politicaecriminalidade.blogspot.com.br/2010/07/o-contexto-juridico-e-politico-do.html>>. Acesso em: 05 de out. 2011.

DE SANCTIS, F. M. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1999.

DOTTI, R. A. *Curso de Direito Penal- parte geral*. 2 ed . São Paulo: Forense, 2008.

DUTRA, B. M. A. Os fundamentos do Direito Penal e sua relação com a racionalidade legislativa – fundamentals of criminal law and its relation with legislative rationality. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 96, p. 15-26, ago. 2012.

FRAGOSO, H. C. Direito Penal Econômico e Direito Penal dos negócios. *Revista de Direito Penal e Criminologia*, São Paulo, v. 33, p. 122-29, jan/jun. 1982.

FREITAS, V. P. de; FREITAS, G. P. de. *Crimes contra a Natureza*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

GOMES, L. F. *Direito Penal - parte geral*. Rio de Janeiro: Revan, 2007. V.I.

GRECO, R. *Curso de Direito Penal - parte geral*. Rio de Janeiro: Impetus, 2014.

GONÇALVES, A. B. Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica. Pena – Dano à imagem da empresa. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 93, n. 823, p. 442-467, maio 2004.

GUARAGNI, F. A . As razões históricas do surgimento do Direito Penal Econômico. *Revista Jurídica da Faculdade Dom Bosco*, São Paulo, v. I, n. 2, 2007.

HASSEMER, W. Perspectivas de uma moderna política criminal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 8, p. 44, out./dez.1994.

JAKOBS, G. *Direito Penal do Inimigo: Noções e Críticas*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2008.

JESCHECK, H. *Tratado de Derecho Penal - parte general*. Tradução de José Luiz Manzanares Samaniego. 4. ed. Granada: Comares Editorial, 1993.

JUNIOR, M. R. *Despenalização no Direito Penal Econômico: Uma terceira via entre o crime e a infração administrativa?* Revista Brasileira de Ciências Criminais – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, n. 2. p. 122-135. Mai. 1999

LOPES JR., A.; GLOECKNER, R. J. *Investigação Preliminar no Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2013.

MELLO, S. B. A. de. *A matriz constitucional, e não axiomática, dos princípios implícitos de direito penal*. Editora Revista dos Tribunais: Ciências Penais. vol. 3 . p. 159. Jul / 2005.

MIR PUIG, S. *Derecho Penal – Parte General*. Barcelona: Editora Reppertor, 2011.

MORAES, A. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2000.

NEGRÃO, C. L. *Compliance, controles internos e riscos / A importância da área de gestão de pessoas*. São Paulo: Editora SENAC, 2014.

PAGOTTO, L. *Temas de anticorrupção e Compliance*. São Paulo: Martins Fontes Paulista, 2013.

PIMENTEL, M. P. *Direito Penal Econômico*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1973.

PRADO, L. R. *Direito Penal Econômico*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. *Direito Penal Econômico*. 2 ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2007.

_____. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica: Fundamentos e implicações*. RT, 3. São Paulo: Revista dos tribunais, 2010.

RIBEIRO, J. D.. *Princípio da insignificância e sua aplicabilidade no delito de contrabando e descaminho*, in: Doutrinas Essenciais: Direito Penal Econômico e da Empresa. Volume IV. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

RODRIGUES, A. M. *Contributo para a fundamentação de um discurso punitivo em matéria fiscal*. In: Direito Penal Económico e Europeu. Coimbra: Coimbra, 1999. V.2.

ROXIN, C. *Derecho Penal: Parte General*. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Diaz y Garcia Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Editorial Civitas, 1999.

_____. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*. São Paulo: Livraria do Advogado Editora, 2013.

_____. *Problemas fundamentais de Direito Penal*. Lisboa: Veja, 2004.

SAAVEDRA, G. A. Reflexões iniciais sobre criminal compliance . *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 18, n. 218, p. 11-12, jan.2011.

SANTOS, J. C. *A responsabilidade penal da pessoa jurídica*. Disponível em: <<http://www.cirino.com.br>>. Acesso em 12 dez. 2011.

SAYEG, R. H. *Aspectos contratuais da exclusividade no fornecimento de combustíveis automotivos*. Bauru SP: Edipro, 2002.

SICA, L. *Direito Penal de Emergência e Alternativas à prisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SOUZA, A. de B. G. *Da criminologia à política criminal: Direito Penal Econômico e o novo Direito Penal*. Brasília: ESMPU, 2011.

SANTIN, V. F. *Crime Econômico no Comércio de Combustível Adulterado*. São Paulo: Editora Verbatim, 2006.

SANTOS, J. C. dos. *Direito Penal – Parte geral*. 2 .ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Iuris, 2007.

SILVA SÁNCHEZ, J. M.. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal em las sociedades post industriales*. Madrid: Civitas, 1999.

_____. *Hacia el derecho penal del “Estado de prevención”. La protección penal de las agencias administrativas de control em la evolución de la política criminal*. In: *¿Libertad económica o fraudes punibles? Riesgos penalmente relevantes o irrelevantes em la actividad económico-empresarial*. Madrid: Marcial nos, 2003.

SILVA, L. N.. *O moderno Direito Penal Econômico*. 12/2003. Disponível em: <<http://www.jus.com.br>>. Acesso em 15 jan. 2011.

SOUZA, A. de B. G. *Da criminologia à Política Criminal: Direito Penal Econômico e o novo Direito Penal*. In SOUZA, Artur de Brito Gueiros (Org.). *Inovações no Direito Penal Econômico – Contribuições criminológicas, político criminais e dogmáticas*. Brasília: ESMPU, 2011.

STAMPA BRAUN – BACIGALUPO. *La reforma del derecho penal económico español*. Madrid, 1980.

TAKESHITA, E. V. *Adulteração de gasolina por adição de solventes: análise do parâmetro físico-químico*. In: <http://www2.enq.ufsc.br/teses/m159.pdf>. Acesso em: 10 mai. de 2013.

TIEDEMANN, K. *El concepto de derecho económico, de derecho penal económico y de delito económico*. Chile. Revista Chilena de Derecho, V. 10, p. 10-52. 1983.

_____. *Manual de Derecho Penal Económico, Parte General y Especial*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2010.

_____. *El concepto de delito económico y de derecho penal económico*. Revista de derecho y ciencias penales, v. 4. p. 465. Fev. 1975.

_____. *Responsabilidad penal de personas jurídicas y empresas em el Derecho comparado*. In GOMES, L. F. (coord.). *Responsabilidade penal da pessoa jurídica e medidas provisórias e Direito Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1999. P. 27.

_____; MARTÍN, A. N. Eurodelitos. *El Derecho Penal Económico en la Unión Europea*. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2004.

TOLEDO, F. de A. *Princípios básicos de Direito Penal*. São Paulo: Editora Saraiva, 1999.

ZAFFARONI, E. R.; PIERANGELI, J. H.. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. 5 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.