

DIREITO PENAL E ECONOMIA: TUTELA PENAL DA ORDEM ECONÔMICA

Ana Elisa Liberatore S. Bechara*

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Breve evolução histórica; 3. Dos crimes econômicos na legislação brasileira; 4. Conceito de Direito Penal Econômico e delimitação do bem jurídico tutelado; 5. Tipo e tipicidade no Direito Penal Econômico; 6. Análise crítica do Direito Penal Econômico: conclusões; 7. Bibliografia.

1. Introdução

A criminalidade econômica é tema de marcada atualidade, no tocante à modalidade econômica tradicional, ou no que se refere às novas formas delitivas. A importância no trato da matéria dá-se não apenas em face da dimensão dos danos ou riscos potenciais envolvidos, mas, também, e fundamentalmente, pelas dificuldades de apuração no contexto das mutações experimentadas pela denominada sociedade pós-moderna ou sociedade de risco, na linha abordada pelo sociólogo Ulrich Beck.¹ Daí surge especial preocupação quanto aos mecanismos e tutela jurídica da ordem econômica e, nos casos de maior gravidade e, assim, de maior relevância, quanto à intervenção jurídico-penal.

À indagação sobre as fronteiras da intervenção penal na economia antecede o próprio exame da variação do entorno social. Justamente a partir desse aspecto é que se iniciará a abordagem da matéria.

2. Breve evolução histórica

As origens do modelo econômico atual, assim como ocorre com o próprio Direito Penal, remontam ao modelo liberal de exercício do poder, baseado, em última análise, na própria Ilustração.

* Professora Doutora de Direito Penal da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FD — USP); Diretora do Instituto Manoel Pedro Pimentel, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FD — USP).

¹ *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*. Trad. Jorge Navarro, Daniel Jiménez y Maria Rosa Borrás. Barcelona: Paidós, 1998.

A despeito do registro de alguma legislação esparsa sobre a economia, é a partir da Primeira Guerra Mundial que se verifica o surgimento de um Direito Penal Econômico. Com efeito, nessa fase tem-se passo fundamental para a superação do liberalismo clássico, assumindo o Estado nítido papel intervencionista na economia.²

Seguindo-se o processo de expansão e centralização da economia, observa-se, após a Segunda Guerra Mundial, uma intervenção estatal ainda mais acentuada nesse domínio. E a partir da segunda metade do século XX, impulsionadas pela passagem da sociedade industrial para a sociedade pós-industrial, definitivamente são percebidas novas nuances na realidade social, implicando novos riscos.

Pode-se apontar, nesse sentido, os exemplos emblemáticos dos casos *Enron* e *Worldcom*, que levaram, inclusive, à elaboração do *Sarbanes-Oxley Act*, em 2002, no âmbito dos Estados Unidos da América, alterando-se diversos dispositivos do *United States Code*, para o fim de majorar as penas previstas nessas hipóteses criminosas. Tais acontecimentos colocaram em maior evidência a necessidade de reflexão quanto à funcionalidade do Direito Penal Econômico, por causa de um dito “surto” dessa nova criminalidade.

Tratando especificamente do ordenamento jurídico brasileiro, verifica-se, a partir da Constituição de 1934, acentuado crescimento do intervencionismo estatal na esfera econômica. De fato, no próprio texto constitucional da época observam-se referências à proteção da economia popular³. Na Constituição Federal de 1988, tem-se consagrada, no artigo 170, a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, de forma a assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames de justiça social, observados diversos princípios dentre os quais se destacam o de livre concorrência e de tratamento favorecido a empresas de pequeno porte. No mesmo sentido, tem-se em seguida, no texto constitucional, o artigo 173, que, em seus parágrafos 4º e 5º, trata da repressão ao abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros, prevendo, além da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, a responsabilidade desta última.

A análise dos tipos penais em matéria econômica, não apenas no Brasil, como também nos ordenamentos jurídicos estrangeiros, dos quais seguimos o exemplo, revela tratar-se de intervenção penal em campo supra-individual, no qual não se identificam ou individualizam as vítimas, e nem mesmo se afere dano real ao bem jurídico protegido.

² Nessa linha, confira-se a exposição de Jorge de Figueiredo Dias e Manuel da Costa Andrade. Problemática geral das infrações contra a economia nacional. *Direito penal econômico e europeu: textos doutrinários*. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 69.

³ A partir da mencionada referência constitucional, tem-se, no dia 18 de novembro de 1938, o Decreto-Lei 869, que traz a tipificação inicial dos crimes contra a economia popular. Em seguida, registram-se alterações com o advento da Lei Federal nº 1.521/51, denominada Lei de Economia Popular. Anote-se, ainda, nesse contexto evolutivo, a Lei nº 4.137/62 (Lei de Repressão ao Abuso do Poder Econômico).

Essa constatação enseja dúvidas acerca da necessidade e da legitimidade do Direito Penal no âmbito econômico. Surge, então, a indagação: deve o Direito Penal cingir-se ao denominado núcleo tradicional ou clássico, deixando a tutela da matéria econômica a outros ramos do Direito, ou a outros mecanismos formais de controle? A fim de buscar resposta a essa questão, faz-se necessária a análise da própria natureza da tipificação dos chamados delitos econômicos, do que trataremos a seguir.

3. Dos crimes econômicos na legislação brasileira

O ordenamento jurídico-penal pátrio seguiu a mesma tendência expansionista de outros ordenamentos, tutelando os delitos econômicos em diversos diplomas extravagantes, de forma mais acentuada a partir da década de 80. Por serem diversas as leis penais referentes à matéria, proceder-se-á a exame de caráter geral de cada uma, a fim de estabelecer um panorama da própria política criminal adotada pelo legislador brasileiro na seara penal econômica.

Nessa linha, tem-se, inicialmente, a Lei Federal nº 7.492, de 16 de maio de 1986, que prevê os crimes contra o Sistema Financeiro Nacional. É de se observar, antes de mais nada, que os tipos penais, previstos nos artigos 2º ao 23 do diploma legal, não revelam opção legislativa clara voltada à tipificação de condutas na modalidade de dano ou de perigo. De fato, a título exemplificativo, verifica-se nos artigos 2º e 3º crimes de perigo. De outro lado, tantos outros crimes, como o previsto no artigo 13, podem ser considerados crime de dano. Porém, talvez a mais severa crítica dirigida à denominada “Lei dos Crimes de Colarinho Branco” resida na excessiva indeterminação dos tipos penais, o que prejudica a própria análise do conteúdo do injusto. A esse respeito, recorrente na doutrina e jurisprudência é o debate sobre o artigo 4º do diploma legal, que tipifica as condutas de gestão fraudulenta (*caput*) e gestão temerária (parágrafo único) de instituição financeira. Em razão da construção típica inexata, indaga-se sobre os conceitos e diferenças entre “fraudulenta” e “temerária”, bem como sobre o próprio tipo subjetivo de cada uma das modalidades delituosas.

Sob outro prisma, poder-se-ia mencionar, ainda no corpo da citada lei, a excessiva acessoriedade administrativa, restando típicas condutas a partir de regras próprias e exclusivas da Administração Pública. Veja-se, de outro lado, que a despeito da previsão constitucional expressa, ainda não há, na legislação penal econômica, o estabelecimento de responsabilidade da pessoa jurídica, o que, caso venha a ser levado a efeito, deverá obedecer à adoção de critérios próprios, em atenção à natureza específica desses entes,

conforme se verifica na legislação francesa em matéria penal ambiental.⁴

Quanto à responsabilidade individual nos crimes previstos na Lei Federal nº 7.492/86, tem-se, ainda, confusão interpretativa provocada pela deficiência de redação do artigo 25, que estabelece serem “penalmente responsáveis, nos termos desta lei, o controlador e os administradores de instituição financeira, assim considerados diretores e gerentes”. Mesmo após o veto da parte final do referido artigo, subsiste um suposto mandamento legal equivocado, voltado à responsabilidade objetiva dos dirigentes de instituições financeiras. Com efeito, a partir da mera leitura do dispositivo legal, poder-se-ia estender automaticamente a responsabilidade penal referida nos artigos 2º a 23 da lei aos dirigentes da instituição financeira, ferindo frontalmente o princípio penal da culpabilidade.

Na década de 1990, tem-se a Lei Federal nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, que prevê, nos artigos 4º ao 6º, crimes contra a ordem econômica. Também nesses casos, vislumbram-se dificuldades na verificação do conteúdo material do injusto, somando-se a elas discussões quanto à possibilidade de tutela concomitante (ou dupla tutela) de condutas de abuso de poder econômico nas esferas penal e administrativa. A esse respeito, registra-se a indagação sobre a possível incidência de multa, prevista pela Lei Federal nº 8.137/90, em presença da incidência da multa prevista pela Lei Federal nº 8.884/90 (Lei Antitruste), essa última de caráter administrativo. Verifica-se, aqui, divergência doutrinária sobre o assunto, anotando-se as posições de Rui Stoco, para quem seria possível a dupla incidência das multas, em razão da diversidade das naturezas (administrativa e penal) e das pessoas atingidas (jurídica e física)⁵, e, por outro lado, de Miguel Reale Júnior, que sustenta a ocorrência de *bis in idem*, em determinados casos em que as penas possam incidir duplamente sobre o mesmo agente.⁶

Assim como na Lei Federal nº 7.492/86, enfrentam-se, na Lei Federal nº 8.137/90 dificuldades expressivas no que tange ao tratamento da denominada criminalidade de empresa. De fato, vislumbra-se problemática a análise da ação e da autoria delitiva, dentro de uma estrutura hierárquica típica da atividade empresarial. Veja-se, nesse sentido, que as decisões no âmbito da empresa decorrem muitas vezes de votos secretos, nos conselhos de administração, tornando tormentoso o exame da responsabilidade penal⁷.

⁴ Sobre o tema, tem-se a crítica de Sérgio Salomão Shecaira à legislação brasileira em matéria penal ambiental. *Teorias da pena*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 443 e ss.

⁵ Abuso do poder econômico e sua repressão: mecanismos penais e administrativos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, nº 11. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 224.

⁶ Despenalização no direito penal econômico: uma terceira via entre o crime e a infração administrativa? *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, nº 28. São Paulo: Revista dos Tribunais, s/d, p. 117 e ss.

⁷ Nesse mesma linha, observa Renato de Mello Jorge Silveira. *Direito penal econômico como direito penal de perigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 31.

Ainda dentro do Direito Penal Econômico tem-se, no Brasil, a Lei Federal nº 8.176, de 08 de fevereiro de 1991, que tipifica crimes contra a ordem econômica, nos artigos 1º e 2º, e cria o Sistema de Estoque de Combustíveis.

Sob outro prisma, tem-se a tutela de crimes contra a ordem econômica, ou crimes econômicos, por meio da tipificação de crimes tributários (dispostos na Lei Federal nº 8.137/90, arts. 1º a 3º) e previdenciários (previstos na Lei Federal nº 9.983/00), bem como o próprio delito de lavagem de capitais, tipificado na Lei Federal nº 9.613/98. Sem pretender proceder ao exame pontual de cada uma das mencionadas condutas delituosas, importa observar não ser tarefa simples a identificação do próprio bem jurídico tutelado pela norma. A título ilustrativo, digna de nota é a Lei Federal nº 9.613/98, sobre a qual não se tem a definição do bem jurídico passível de tutela. Assim, no tratamento do tema pela doutrina, passou-se da consideração da administração da Justiça à da ordem econômica e da tutela do crime antecedente como bens jurídicos tutelados⁸, atingindo a discussão na atualidade o estágio de reconhecimento da ausência de bem jurídico específico. Tudo a demonstrar como é complexa e multifacetada a análise do Direito Penal Econômico.

Nessa mesma linha, e finalmente, poder-se-ia mencionar a Lei Federal nº 10.303, de 31 de outubro de 2001, que, dentre os três tipos penais previstos, traz a figura do *insider trading*, a tutelar o acesso e uso irregular de informações relevantes do mercado financeiro. Questiona-se, aqui, a própria lesividade da conduta ao bem jurídico tutelado, haja vista que o agente, agindo nos termos da conduta delituosa ocasiona maior circulação ou aquecimento do mercado. O mesmo diploma legal traz, ainda, o crime de manipulação do mercado, com pena de reclusão de 1 a 8 anos, e multa de até 3 vezes o montante da vantagem ilícita obtida, bem como o exercício irregular de cargo, profissão, atividade ou função no mercado de valores mobiliários, podendo ambas as figuras delitivas revelar exemplos de tipos penais de duvidosa lesividade, no caso concreto. E tratando da lesividade, seria de questionar, preliminarmente, a própria definição do bem jurídico tutelado pela norma e não raras vezes confundido pelo legislador como mera função da Administração Pública.

4. Conceito de Direito Penal Econômico e delimitação do bem jurídico tutelado

Conforme anteriormente verificado, o Direito Penal Econômico, defendendo a

⁸ Nesse sentido, vejam-se as diversas posições na obra de Antônio Sérgio Altieri de M. Pitombo. *Lavagem de dinheiro. A tipicidade do crime antecedente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

política econômica do Estado, assume características peculiares e conquista na atualidade amplo campo de atuação, revelando-se como um Direito Penal dos poderosos, conforme observa Renato de Mello Jorge Silveira.⁹

Nessa mesma linha, Bernd Schünemann registra referida mudança de valores, haja vista que, a despeito de o Direito Penal originar-se como mecanismo de tutela dirigido à criminalidade das classes mais baixas, com o advento do Direito Penal Econômico ocorre radical transformação, passando-se à tutela de uma criminalidade das classes média, média-alta e alta.¹⁰ Edwin Sutherland, por sua vez, propõe uma definição do *white collar crime*, com contornos claramente subjetivos, centrados nas características do agente.¹¹ São crimes praticados por pessoas respeitáveis e de elevado *status* social no seio de sua profissão. A esse raciocínio se conduz o autor porque, para ele, o próprio custo financeiro do crime econômico muitas vezes se revela maior do que o custo de todos os outros crimes normalmente tidos como crimes-problema. É, justamente no sentido da alteração do paradigma da tutela penal nos crimes econômicos, direcionada “aos poderosos”, Cláudia Maria Cruz Santos noticia maior severidade estatal contra esses agentes, o que denota profunda alteração sistemática.¹²

A par da verificação dos destinatários da norma penal, é preciso, antes, indagar do que cuida, afinal, o Direito Penal Econômico.

Poder-se-ia, em abordagem inicial, tratar da ordem econômica, tomada em seus aspectos estrito – tida como regulação jurídica do intervencionismo estatal na economia – e amplo – incluindo-se a regulação da produção, distribuição e consumo de bens e serviços. Referida ordem econômica, presente no texto constitucional de 1988, tem nítida afetação ideológica, conforme aponta Eros Roberto Grau.¹³

Conceituada num primeiro momento a ordem econômica, observa-se a complexidade de uma delimitação do bem jurídico nos crimes econômicos. Poder-se-ia, como anotam Jorge de Figueiredo Dias e Manuel da Costa Andrade, pensar o Direito Penal Econômico a partir do Direito Econômico. Essa linha aproxima-se do pensamento de

⁹ *Direito penal econômico...*, ob. cit., p. 27.

¹⁰ Del derecho penal de la clase baja al derecho penal de la clase alta. Un cambio de paradigma como exigencia moral? Trad. Lourdes Baza. *Temas actuales y permanentes del derecho penal después del milenio*. Madrid: Tecnos, 2002, p. 54.

¹¹ Sutherland, Edwin H. *Il crimine dei colletti bianchi*. Trad. Gabrio Forti. Milano: Giuffrè, 1987, p. 15 e ss.

¹² *O crime de colarinho branco: da origem do conceito e sua relevância criminológica à questão da desigualdade na administração da justiça penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 191. Vale mencionar, porém, que os denominados “crimes de colarinho branco” não se confundem com delinquência profissional.

¹³ *A ordem econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 46. Afirma o autor que “sob esse uso, de expressão nova, repousa, indiscutida – e como se fora indiscutível – a afirmação de que a ordem econômica (mundo do ser) do capitalismo foi rompida. Para tanto contribuí, com enorme eficácia, a Constituição de Weimar, de 1919. Entre nós, a referência a uma ordem econômica e social, nas Constituições de 1934 até a de 1967, com a Emenda nº 1, de 1969 – salvo a de 1937, que apenas menciona a ordem econômica – e a duas ordens – uma econômica, outra social, na Constituição de 1988, reflete de modo bastante nítido a afetação ideológica da expressão. O que se extrai da leitura despida de senso crítico, dos textos constitucionais, é a indicação de que o capitalismo se transforma na medida em que assume novo caráter, social”.

Baumann, que considera o Direito Penal Econômico como soma das normas jurídico-penais situadas no espaço coberto pelo Direito Econômico (definido este como conjunto de normas que regulam a vida e as atividades econômicas e dos preceitos que de alguma forma se relacionam com a produção e distribuição dos bens econômicos).¹⁴

Essa concepção é criticável, em razão de sua excessiva extensão, que depende de um conceito incerto, vago e polivalente de Direito Econômico. A mesma crítica é feita por Raul Peña Cabrera, citando Tiedmann. Para Cabrera, o Direito Penal Econômico é interdisciplinar, punitivo e protege a ordem econômica como *ultima ratio*, após lançar mão de todos os outros instrumentos de controle. É, assim, justificável pelas graves disfunções e crises socioeconômicas que se apresentam concretamente na atualidade.¹⁵

De toda forma, o substrato fático dos crimes econômicos é, na verdade, e antes de tudo, normativo, sustentando-se na anterior violação de regras de natureza administrativa que visam à implementação dos valores socioeconômicos consagrados na Constituição Federal.

E assim, na linha sociológica de Niklas Luhmann¹⁶, o homem, como ser social, relaciona-se e interage economicamente. Por isso, considerando-se a sociedade a partir da formação e estruturação de expectativas, ter-se-ia justificada a intervenção do Direito Penal na esfera econômica, quando presente uma situação de risco.

Feitas essas considerações, pode-se considerar que o bem jurídico tutelado pelo Direito Penal Econômico é um bem supra-individual, de terceira geração. Nesse sentido, assim já se estabeleceu em 1982, durante o Colóquio da Associação Internacional de Direito Penal, no qual restou identificada a ordem econômica como bem supra-individual a ser tutelado e, por meio da Resolução nº 08, admitiu-se como válida a tipificação de crimes de perigo abstrato para o fim de tutelar a matéria econômica, desde que a conduta proibida seja claramente definida pelo legislador e se relacione diretamente com interesses protegidos identificados.

Sem prejuízo do quanto já se expôs, observa-se ainda a dificuldade, no campo de bens jurídicos supra-individuais, de delimitação do objeto de tutela penal. A essa dificuldade soma-se a acessoriedade administrativa, que por vezes leva ao ferimento do

¹⁴ *Apud* Jorge de Figueiredo Dias e Manuel da Costa Andrade. Problemática geral das infrações contra a economia nacional, ob. cit., p. 85.

¹⁵ El bien jurídico en los delitos económicos (con referencia al código penal peruano). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, nº 11. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p.42.

¹⁶ Luhmann, Niklas. El concepto del riesgo. Trad. Celso Sánchez Capdequí. In: Berian, Josexto. *Las consecuencias perversas de la modernidad*. Barcelona: Anthropos, 1996.

princípio da legalidade – ao se transferir ao Poder Executivo e à Administração o poder de definir o próprio comportamento proibido. A esse respeito, Juarez Tavares adverte sobre a necessária diferença entre bem jurídico – dotado de universalidade e, assim, de relevância penal – e função – submetida a uma relação, a critério de oportunidade.¹⁷ E, não cabendo ao Direito Penal a tutela de meras funções, seria de se indagar se, no caso do Direito Penal Econômico, poderia haver a conversão do bem jurídico em simples capacidade de controle da ordem econômica pela Administração.

Não há dúvida de que vivemos numa sociedade de risco, em que os potenciais danos individuais e coletivos se revelam particularmente graves, reclamando, por isso, maior preocupação do Direito. Tal constatação não autoriza, porém, converter o Direito Penal em mecanismo de controle administrativo, funcionalizado às necessidades da Administração, em detrimento das garantias e princípios historicamente conquistados, a começar da lesividade, fragmentariedade e subsidiariedade.

Assim, seria questionável a subsistência de delitos sem a referência necessária a bens jurídicos (e não quaisquer bens, mas sim bens jurídicos dotados de relevância penal). A essa altura importa afirmar que a previsão de tutela jurídica contida no artigo 173 da Constituição Federal não obriga à criminalização¹⁸, mormente se não estiver presente a lesividade da conduta a ser proibida.

Da mesma forma, os denominados delitos por acumulação ou de mera desobediência, pretensamente justificáveis a partir da aceitação do princípio da precaução, em decorrência da sociedade de risco, também não haverão de ser aceitos no contexto de um Estado Democrático de Direito.

A admissão de tipos penais desprovidos de bens jurídicos (bens estes que, antes de mais nada, constituem garantia negativa quanto ao próprio conteúdo do injusto) leva à admissão de uma suposta alteração de paradigma do Direito Penal contemporâneo, conforme sustenta Jorge de Figueiredo Dias, incluída aí a própria modificação da missão do Direito Penal.¹⁹ Admitir-se-ia, com isso, o abandono da missão de tutela subsidiária de bens jurídicos e, assim, a adoção de um Direito Penal numa concepção funcional sistêmica, na qual desempenha ele a função de revalidação das normas, o que é defendido por Günther Jakobs, tido como funcionalista radical.²⁰

¹⁷ *Teoria do injusto penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 153.

¹⁸ Defendendo a mesma posição, cf. Paschoal, Janaina Conceição. *Constituição, criminalização e direito penal mínimo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

¹⁹ *Questões fundamentais de direito penal revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

²⁰ Jakobs, Günther. *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional*. Trad. Manuel Cancio Meliá e Bernardo Fijó Sánchez. Madrid: Civitas, 1996.

Mesmo admitindo o Direito Penal Econômico como Direito Penal de perigo (e parece não haver saída para a referida constatação prática), seria de se refletir se se pretende chegar à absoluta funcionalização do indivíduo ao sistema, mesmo que seja este autoritário ou moralizador, podendo-se alcançar, com isso, um Direito Penal do Inimigo.

5. Tipo e tipicidade no Direito Penal Econômico

É conhecida a função garantidora da tipicidade, que, conforme Juarez Tavares²¹, delimita o conteúdo da conduta proibida, aproximando-se da antijuridicidade na medida em que esta última define o próprio conteúdo do injusto. Justamente por isso, o tipo deve ser, tanto quanto possível, preciso, certo, de forma a dar a entender ao operador do Direito o exato âmbito de proteção da norma incriminadora. Nessa linha, devem ser evitados tipos vagos e o uso excessivo de normas penais em branco.

A despeito dessa constatação, assiste-se à expansão do Direito Penal em diversas áreas, dentre as quais se destaca a econômica. Mencionada expansão é fruto de política criminal²² voltada a conferir respostas à demanda social, de modo a propiciar uma sensação de segurança, ainda que simbólica.²³

A partir dessa política criminal adotada, passa-se à antecipação da tutela penal, seja por meio do esmaecimento de garantias e princípios, seja pela desconsideração do bem jurídico, seja, enfim, pela tutela crescente de crimes de perigo abstrato e de normas penais em branco. Nessa linha de exceção, os crimes de perigo abstrato passam a ser regra, em detrimento dos crimes de dano tradicionais.

Surge, então, a crítica oposta a essa modalidade de perigo abstrato, apontando-se uma ausência de lesividade (pois tais tipos penais implicariam uma presunção absoluta de perigo, não necessitando de verificação de potencial dano no caso concreto) e, assim, sua inconstitucionalidade, até em virtude da violação do princípio fundamental da culpabilidade.

A par da concordância com tal constatação de inconstitucionalidade, se tomados

²¹ *Teoria do injusto penal...*, ob. cit., p. 129 e ss.

²² Se bem que, no Brasil, questiona-se se há política criminal coerente, tamanhas as disparidades entre as diversas leis penais.

²³ Sobre o Direito Penal simbólico e seus efeitos, cf. Silva Sánchez, Jesús-María. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. Barcelona: Bosch, 1992.

os crimes de perigo abstrato em sua concepção tradicional ou clássica, e sem defender um Direito Penal da Precaução, é fato que, na sociedade de risco, com as nuances próprias da criminalidade pós-moderna, não é possível e suficiente a tutela penal tradicional por meio da tipificação de crimes de dano.

Despontam, assim, as novas concepções de perigo, refletidas em crimes de mera conduta perigosa e crimes de resultado de perigo. Tais modalidades delitivas, mais do que se assemelharem aos tradicionais crimes de perigo concreto (cujo perigo é previsto no próprio tipo) e de perigo abstrato (cujo perigo é presumido), ensejam a aferição, mesmo que *ex ante*, de uma “perigosidade” baseada na experiência estatística.

Alterando-se essa concepção de perigo, vislumbra-se possível sua legitimidade, já que não mais se vê exposto à violação o princípio da lesividade. Ocorre que tal modificação dogmática não basta, sozinha, para legitimar a aplicação do Direito Penal Econômico. A fim de afastar, definitivamente, a tutela de condutas sem lesividade da órbita penal, evitando-se um Direito Penal autoritário, é preciso adotar critérios objetivos para, no caso concreto, avaliar *ex post* a lesividade da conduta. Esses critérios repousam na teoria da imputação objetiva, cujas origens remontam a Larenz e Richard Honig, e cuja aplicação, mais aceita, talvez seja dada por Claus Roxin, que segue a linha teleológico-funcional, apoiando-se na política criminal.

Utilizando-se, então, de critérios de aumento, diminuição e criação de risco proibido, bem como da análise do âmbito de proteção da norma, pode-se aplicar a teoria da imputação objetiva na análise da relação de causalidade, constituindo essa a primeira etapa do processo de imputação.²⁴

Porém, mesmo em face de uma atual aceitação dos crimes de mera conduta perigosa, assiste-se hoje à crise de legitimidade do Direito Penal no trato da criminalidade da sociedade de risco, incluída a criminalidade econômica.

6. Análise crítica do Direito Penal Econômico: conclusões

A expansão disfuncional do Direito Penal e as dificuldades de sua efetiva aplicação (confira-se, a esse respeito, as elevadas cifras negras e o déficit de execução) levam à constatação de uma crise de legitimidade do Direito Penal na sociedade pós-moderna.

²⁴ Entre nós, veja-se, por todos, Antonio Luís Chaves Camargo. *Imputação objetiva e direito penal brasileiro*. São Paulo: Cultural Paulista, 2001, p. 53 e ss.

De fato, tem-se na atualidade, e tratando especificamente dos delitos econômicos, uma legislação casuística, um Direito Penal de Emergência, utilizado para imediata solução de uma dada situação. Sem dúvida, esse Direito Penal de Emergência se revela meramente simbólico, nas palavras de Alessandro Baratta e Sérgio Moccia, implicando prejuízo à sua própria subsistência.

A par dessa observação, e no que tange à tutela penal econômica, vêem-se nos dias atuais diversos conceitos, princípios e institutos “importados” de ordenamentos jurídicos de *Common Law*, fenômeno também denominado de “internacionalização reflexa do Direito Penal”. Essa importação de conceitos, tais como o da própria “análise econômica do Direito”, advindo da Escola de Chicago, decorre do processo de globalização, evidenciando-se também aqui crescente domínio do pensamento norte-americano.

Porém, a despeito de quaisquer benefícios que possam trazer nos regimes jurídicos originários e mesmo em outros ramos do Direito brasileiro, não podem tais conceitos e princípios de origem estrangeira ser automaticamente aplicados na esfera penal, mesmo com a promessa de maximizar a eficiência do sistema (vide o exemplo de legislação de caráter autoritário da *Sarbanes-Oxley Act*, de 2002).

Assim, poder-se-iam pregar alternativas à tutela penal da ordem econômica, por meio de outros instrumentos formais de controle, como defende Winfried Hassemer, com o “Direito de Intervenção”, ou Jesús-Maria Silva Sánchez, com um “Direito Penal de Duas Velocidades”.

Parece, contudo, que a tutela da ordem econômica, assim como a de outras modalidades delitivas típicas da pós-modernidade, se faz possível dentro do âmbito do Direito Penal, se este puder ser entendido como um sistema aberto, que se aplica aos delitos como parte de uma relação social de comunicação. Nessa linha, flexibiliza-se o conceito e o conteúdo dos bens jurídicos implicados, mantendo-se a coerência do sistema, sem descuidar do respeito à dignidade humana, que é fundamento do Estado Democrático de Direito.

Podendo-se entender os bens jurídicos supra-individuais dentro do âmbito jurídico-penal, mantém-se a missão do Direito Penal enquanto instrumento de tutela subsidiária de valores e interesses fundamentais dotados de dignidade penal. Evidente que se poderá considerar também função do Direito Penal a manutenção e revalidação das normas, mantendo-se, assim, o próprio sistema. Esse sistema, contudo, sempre existirá em função das pessoas e a elas estará subordinado. Portanto, esta segunda função do Direito Penal haverá sempre de complementar e subordinar-se à primeira.

A manutenção de um sistema penal coerente, livre do tecnicismo jurídico e de apriorismos, é o que lhe permitirá ser legítimo e o tornará livre de um autoritarismo simbólico, que impeça sua eficácia nos casos em que realmente se revelar necessário.

7. Bibliografia

BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*. Trad. Jorge Navarro, Daniel Jiménez y Maria Rosa Borrás. Barcelona: Paidós, 1998.

CAMARGO, Antonio Luís Chaves. *Imputação objetiva e direito penal brasileiro*. São Paulo: Cultural Paulista, 2001.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais de direito penal revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. Problemática geral das infrações contra a economia nacional. *Direito penal económico e europeu: textos doutrinários*. Coimbra: Coimbra Editora, 1998.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 1997.

JAKOBS, Günther. *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional*. Trad. Manuel Cancio Meliá e Bernardo Fijó Sánchez. Madrid: Civitas, 1996.

LUHMANN, Niklas. El concepto del riesgo. Trad. Celso Sánchez Capdequí. In: BERIAN, Josexto. *Las consecuencias perversas de la modernidad*. Barcelona: Anthropos, 1996.

PASCHOAL, Janaína Conceição. *Constituição, criminalização e direito penal mínimo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

PEÑA CABRERA, Raul. El bien jurídico en los delitos económicos (con referencia al código penal peruano). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, nº 11. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

PITOMBO, Antônio Sérgio Altieri de Moraes. *Lavagem de dinheiro. A tipicidade do crime antecedente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

REALE JÚNIOR, Miguel. Despenalização no direito penal econômico: uma terceira via entre o crime e a infração administrativa? *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, nº 28. São Paulo: Revista dos Tribunais, s/d.

ROYSEN, Joyce. História da criminalidade econômica. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, nº 42. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SANTOS, Cláudia Maria Cruz. *O crime de colarinho branco: da origem do conceito e*

sua relevância criminológica à questão da desigualdade na administração da justiça penal. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

SCHÜNNEMANN, Bernd. Del derecho penal de la clase baja al derecho penal de la clase alta. Un cambio de paradigma como exigencia moral? Trad. Lourdes Baza. *Temas actuales y permanentes del derecho penal después del milenio.* Madrid: Tecnos, 2002

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Teorias da pena.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximación al derecho penal contemporáneo.* Barcelona: Bosch, 1992.

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

STOCO, Rui. Abuso do poder econômico e sua repressão: mecanismos penais e administrativos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, nº 11. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

SUTHERLAND, Edwin H. *Il crimine dei colletti bianchi.* Trad. Gabrio Forti. Milano: Giuffrè, 1987.

TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal.* Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

