

Luciano Nascimento Silva

Mestre em Direito Penal pela Universidade de São Paulo – USP, bolsista de Graduação e Mestrado da FAPESP e de Doutorado da CAPES, Doutorando em Direito Penal Econômico pela Universidade de Coimbra, Colaborador da Editora Jurídica Manole, Professor Universitário.

O MODERNO DIREITO PENAL ECONÔMICO

(a ciência criminal entre o econômico e o social)

SUMÁRIO: 1. Considerações introdutórias. – 2. A crítica ao processo de globalização da economia. – 3. Uma nova espécie de criminalidade: a delinquência (moderna) econômica. – 4. O Direito Penal Clássico e o Direito Penal Econômico, ou Moderno. – 5. Considerações conclusivas. – 6. Indicações bibliográficas.

Não é a consciência dos homens que determina o seu ser, mas, ao contrário, é o seu ser social que determina sua consciência.

KARL MARX, *O Pensamento Vivo*, São Paulo : Martin Claret, 1990

1. Considerações introdutórias

Fala-se da crise enfrentada pelo direito penal, no entanto, a crise não é apenas do direito penal, trata-se da crise vivida pelo Direito, não pelo direito como ciência, mas a crise vivida pelo direito como sistema de normas, já que o direito como ciência deixou de ser estudado desde o início da segunda metade do século XX. A crise tão prolatada é a da credibilidade da *norma jurídica* como instrumento de regulação social, trata-se de uma ausência total de credibilidade da lei, ou de sua aplicação pela autoridade competente, e, de seu cumprimento pelos destinatários. É a materialidade da *clientela do sistema de justiça criminal*,¹ que não é admitida pelo modelo de *Estado Social e Democrático de Direito Material*² reivindicado pela sociedade pós-moderna e contemporânea.

O direito penal é afetado principalmente no campo da sua dualidade, numa indefinição material das possibilidades de conversações entre o que é conhecido como sendo Direito Penal Clássico e Direito Penal Econômico, ou Moderno. A luta travada pelo *sistema dualista da ciência criminal* é por uma busca de fundamentos constitucionais (em direito pátrio, legislação estrangeira e comparada e direito comunitário) para uma organização do Direito Penal (Moderno) Econômico, com a finalidade de reformulação das estruturas clássicas do Direito Penal comum em seu novo perfil. A interação dos valores constitucionais na proteção dos bens jurídicos individuais e supra-individuais.

As exigências inerentes da sociedade pós-moderna e contemporânea no campo da proteção dos seus valores fundamentais apontam para a criação de um sistema penal econômico constitucional, que requer como núcleo ético de sua formulação a Constituição do Estado, lastreado pela efetivação de uma conseqüente política criminal e dogmática jurídico-penal. Um sistema de caráter transnacional numa sociedade da integração e supranacional, com a característica fundamental da interdisciplinaridade envolvendo: a história, a antropologia, a criminologia, a psiquiatria, a psicologia, a sociologia, a ciência política, o serviço social etc. . E, fundamentalmente, o ressurgimento da filosofia aliada a teoria e a sociologia do direito. Uma ciência da apropriação.

¹ Expressão cunhada por ALESSANDRO BARATTA.

² Expressão cunhada por JORGE DE FIGUEIREDO DIAS.

2. A crítica ao processo de globalização da economia

O final do século XX e o início do novo milênio apresentam à humanidade uma nova forma de poder hegemônico: *a globalização*. Um poder hegemônico sedutor pelas suas características – que veremos em seqüência – superficiais e efêmeras, e devastador pela sua própria essência. Esta, de dominação plena e de forma irreversível. A busca é por um pensamento contra-reformador que, até então, parece não existir. Mas, existe. Assim veremos.

Esse novo poder hegemônico que ZAFFARONI batizou de *poder planetário*, representado no fenômeno da globalização como forma de poder e pensamento único existente, como discurso de legitimação de uma nova ordem internacional, de um novo modelo social pós-moderno e contemporâneo, apresenta-se numa relação de um *poder geral* e outro *particular*. “El fenómeno general es la *globalización*. Pero *globalización* es una *expresión ambigua*, porque se emplea tanto para designar *el hecho de poder mismo* como también la *ideología que pretende legitimarlo*. Es indispensable no confundir ambos conceptos y, por ello, preferimos llamar *globalización* al *hecho de poder en sí mismo*, y denominar *fundamentalismo de mercado* o *pensamiento único* a la ideología legitimante. En este entendimiento, la *globalización* no es un discurso, sino nada menos que un **nuevo momento de poder planetario**. Se trata de una realidad de poder que ilegó y que, como las anteriores, no es reversible. *La revolución mercantil y el colonialismo* (siglos XV y XVI), *la revolución industrial y el neocolonialismo* (siglos XVIII y XIX) y *la revolución tecnológica y la globalización* (siglo XX), **son tres momentos de poder planetario**”.³

A *globalização*⁴ como novo modelo social ou poder hegemônico se inicia de forma incisiva como *fenômeno econômico* de maximização dos mercados. Num primeiro momento, com a expansão do *sistema de comunicação* funcionando como instrumento de dominação, numa sistemática de oferecimento da informação e notícia como os principais produtos de consumo da nova era, provocada por uma conseqüência inerente, que é a da *evolução tecnológica*. E, num segundo, de completude e materialidade, de forma a realizar o fechamento do poder hegemônico, o surgimento da *integração*, em regime de blocos econômicos discutindo a livre circulação de bens, serviços e fatores produtivos entre países, através, entre outros, da eliminação dos direitos alfandegários, restrições não tarifárias à circulação de mercadorias e de qualquer outra medida de efeito equivalente. É a existência de um poder hegemônico centrado e planejado num espaço integrado e homogêneo.

Trata-se de um poder designador de um *processo de uniformização* entre as nações e os povos, com a conseqüente transformação dos Estados em Super-Estados e Nações em Sociedades. Apresenta-se, assim, na figura de um processo avassalador nunca antes visto – em termo de velocidade dos acontecimentos –, na história da humanidade. As transformações impostas pelo processo de *globalização* são ferozes e ininterruptas. Daí, em virtude de suas características, surgirem as mais diversas conseqüências. Podendo ser apontadas as conseqüências de ordem *social* e *política*. Quanto a primeira, a *relação escravocrata contemporânea* (disfarçada na extinção gradual do instituto do emprego, na política de baixos salários, nas dificuldades intencionais em escala crescente do aperfeiçoamento profissional, na negação do acesso tecnológico etc.), pautada no vínculo *explorador* e

³ “La Globalización y las Actuales Orientaciones de la Política Criminal”. In: PIERANGELI, José Henrique (Coord.). *Direito Criminal*. Belo Horizonte : Del Rey, 2.000, p. 12. Para um maior entendimento analógico da doutrina zafaroniana (numa idéia de dominação reiterada e permanente) do *poder planetário*, veja-se o excelente trabalho de: FERRO, Marc. *História das Colonizações: das conquistas às independências – séculos XIII a XX*. Tradução por ROSA FREIRE D’AGUIAR. São Paulo : Companhia das Letras, 1996. Em anotações minuciosas e específicas como: “O amplo movimento das independências nacionais e da chamada descolonização do pós-guerra é, também, examinado em detalhe. Se ao hegemonismo europeu seguiu-se o norte-americano, parece que às relações pós-coloniais segue-se o que FERRO denomina de ‘imperialismo multinacional’, um dos efeitos mais perversos da mundialização da economia e da globalização nas instâncias de poder político e da indústria cultural” (Op. cit., orelha) (grifamos).

⁴ Sobre os caminhos da globalização e a sociedade civil, veja-se: VIEIRA, Liszt. *Os argonautas da cidadania: a sociedade civil na globalização*. Rio de Janeiro : Record, 2001.

explorado; e uma relação de *inclusão* e *exclusão*. Quanto a segunda, a figura impotente do *Estado Soberano* no exercício do seu poder político diante de um *poder econômico global*, numa situação de substituição da *economia real* pela *economia financeira*, como se funcionasse como um *Estado virtual*.

Ao falar das características da *globalização* surge um discurso unânime, a existência de uma congruência inequívoca entre os pensadores. Por um lado, ZAFFARONI procura realizar uma síntese das características do *novo poder planetário* com a assinalação de onze itens pontuais: “**a**) la revolución tecnológica es, ante todo, comunicacional: la velocidad de comunicación aumenta hasta límites insospechados hace pocos años; **b**) se produjo una reducción del poder regulador económico de todos los estados, aunque en diferente medida, invocando la necesidad de favorecer un mercado mundial; **c**) se acelera la concentración de capital, con evidente predominio del financiero; **d**) se desplazan los capitales con costo cero hasta donde se hallan mayores rentas, por lo general a costa de reducción de costos por recortes de personal; **e**) el poder político compite por atraer esos capitales, o sea que los políticos compiten por reducir su poder, especialmente en los países periféricos; **f**) el uso del salario y del empleo como variable de ajuste provoca creciente desempleo y deterioro salarial; **g**) como resultado de todo lo anterior, los estados perdieron su capacidad de mediación entre capital y trabajo; **h**) los sindicatos carecen de poder para reclamar contra esa situación; **i**) la especulación financiera adopta formas que cada vez tornan más borrosos los límites entre lo lícito y lo ilícito; **j**) los refugios fiscales para capitales de origen ilícito son conocidos por todos y nadie los obstaculiza; **k**) el afán de atraer capitales lleva a reducciones de la recaudación fiscal, que no alcanzan a compensar los crecientes impuestos al consumo, pagados por los de menor renta”.⁵ Por outro, semelhante é o ensinamento de SILVA SÁNCHEZ “La *globalización* – como salto cualitativo de la internacionalización – es, como antes se indicaba, una de las características definitorias de los modelos sociales postindustriales. En esa medida, se trata, obviamente, de un fenómeno, en principio, económico, que se define por la eliminación de restricciones a las transacciones y la ampliación de los mercados. Cuestión distinta es que, a partir de esta consideración de la economía, otro importante fenómeno, cual es el de la **la globalización de las comunicaciones**, como consecuencia de las **innovaciones técnicas**. Pero, en última instancia, la globalización de las comunicaciones no es sino un correlato de la globalización de la economía, que hace preciso abaratar los costes de transacción (y requiere, por tanto, esa mayor rapidez de comunicaciones). Por su parte, también la *integración* es básicamente una noción económica. La integración aparece inicialmente guiada por la idea de conseguir un mercado común de varios países, con libre tráfico de personas, capitales, servicios y mercancías y la consiguiente eliminación de las barreras arancelarias internas y otros obstáculos al libre cambio. La integración regional no es, pues, sino un aspecto de la general *globalización*, que da cuenta de una especial intensidad de las relaciones”.⁶

O novo modelo social do poder hegemônico tem por intenção realizar a fusão entre o *capital* e a *democracia*, de forma que a segunda figure a serviço do primeiro, situação na qual se possa implantar na mente humana a idéia de que a democracia continua a impor formas plurais de organização da sociedade, com a manutenção da multiplicidade de institutos, só que agora num ambiente macro, transnacional, de *integração*. É a democracia servindo como instrumento virtual para encobrir o processo de *uniformização* das nações e dos povos. É a humanidade da diversidade da uniformidade.⁷ É como se os humanos entrassem num túnel em que na entrada são todos diferentes e diversos, e na saída já se encontrassem uniformizados.

O que surge desse novo modelo social – para ser constatado durante o século XXI –, é uma intensificação da *diplomacia do canhão* dirigida àqueles (idéia construída) que ameaçam o *modelo democrático global*, com a conseqüente ampliação do conceito de terrorismo; o mercado como a *mão invisível* que tudo pode e determina, sem nenhum controle a não ser o do próprio, sem nenhum exame de legitimidade, mas apenas uma análise da legalidade; o domínio do *valor de uso* pelo *valor de troca* imposto por uma política de armamento nuclear; o capital comandando o metabolismo social humano; o parlamento como instituição (mas em perigo de extinção) democrática, controlada pelo capital; a

⁵ Op. cit., p. 14-5.

⁶ *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Madrid: Civitas, 1999, p. 68-9.

⁷ Sobre o tema, de maneira extremamente aprofundada, veja-se o excelente trabalho de: TOURAINE, Alain. *Igualdade e Diversidade – o sujeito democrático*. Tradução por MODESTO FLORENZANO. São Paulo : EDUSC, 1998.

modernização como uma fantasia, a idéia de que o mundo (o globo terrestre) por completo se encontra modernizado; a falsa idéia de que a *igualdade de oportunidade* exterioriza a *igualdade de resultado*; e, o *voto* como liberdade imaculável, mesmo às vezes de forma obrigatória, maquiando a legitimidade da democracia.⁸ Todo esse processo determinando o falecimento da *igualdade e fraternidade*.

Esse modelo social de poder hegemônico econômico global avassalador gera resultados como “indústrias inteiras que são brutalmente arruinadas, em todas as regiões. Com os sofrimentos sociais que delas resultam: desemprego maciço, subemprego, precariedade, exclusão. Cinquenta milhões de desempregados na Europa, um bilhão de desempregados e de subempregados no mundo (...) Exploração de homens, de mulheres – e mais escandalosa ainda – de crianças: trezentos milhões delas estão em condições de uma grande brutalidade (...) A mercantilização generalista das palavras e das coisas, dos corpos e dos espíritos, da natureza e da cultura, provoca uma agravação de desigualdades. Quando a produção mundial de produtos alimentares de base representa mais de 110% das necessidades, trinta milhões de pessoas continuam a morrer de fome a cada ano e mais de oitocentos milhões são subalimentadas. Em 1960, 20% da população mais rica do mundo dispunha de uma renda 30 vezes mais elevada do que a dos 20% mais pobres. Hoje a renda dos ricos é 82 vezes mais elevada! Dos 6 bilhões de habitantes do planeta, apenas 500 milhões vivem confortavelmente, enquanto que cinco bilhões e quinhentos milhões permanecem na necessidade. O mundo caminha de cabeça para baixo, às avessas”.⁹

Diante do quadro pintado, qual a opção do século XXI? A opção aponta para uma convergência e uma elevação da convivência na vida humana. No século XXI, preparar-se-á a civilização do universal, um sistema em que as partes são interdependentes, numa constante discussão de ideários, valores etc. É a busca por um ideário homogêneo, para se alcançar uma comunidade de partilha de ideários, numa formação de grupos interdependentes, a predominância do homem como finalidade única e nunca como meios ou instrumentos, uns dos outros.

A proposta pode parecer ingênua, romântica e utópica, mas para utilizar uma expressão atribuída a EDUARDO GALEANO, *um outro mundo é possível*. A alternativa colocada para o século XXI, tem sido chamada por KONDER COMPARATO de *civilização capitalista versus civilização comunitária*, o que quer significar “o confronto histórico entre, de um lado, o movimento iniciado em fins da Idade Média européia, caracterizado pela concentração do poder em todos os níveis, com a conseqüente dissociação da humanidade, e, de outro lado, o esforço de institucionalização do sistema de direitos humanos. A comunidade é o espaço social de realização da liberdade, da igualdade e da solidariedade, princípios cardeais do sistema de direitos humanos. Ela é, por conseguinte, uma sociedade aberta, em que os indivíduos e os grupos sociais não se fecham sobre si mesmos, mas abrem-se, não só uns para os outros, mas sobretudo para o futuro, não justamente um futuro acabado, que é a sua própria negação (‘o fim da História’), mas sim uma abertura para o infinito (o ‘ponto ômega’) (...) Além disso, do mesmo modo a sociedade comunitária é um permanente *projeto*, ou seja, ela se lança sempre para o futuro (*pro + jectum*, participio passado do verbo latino *projicio* = lançar para longe, arremessar, estender)”.¹⁰ A construção teórica dos princípios diretores de uma *civilização comunitária* realizada pelo representante das Arcadas, é fundada na noção de princípio em filosofia e na teoria jurídica, que são eles: *o princípio da comunhão*, *o princípio da solidariedade* e *o princípio do amor*.

O que também não deixa de significar, que no século XXI estar-se-á a assistir a substituição da *cidadania* pela *dignidade da pessoa humana*. Não que a cidadania seja menos importante, mas é que, em função de um processo avassalador de ordem econômica e política, a luta pela dignidade humana se

⁸ Veja-se MÉSZÁROS, István. Filósofo húngaro. “Programa Roda Viva”. São Paulo : TV Cultura, Canal 2, às 22h30min, 08 de julho de 2.002. Os diversos temas tratados no referido programa estão relacionados com a sua obra de 1995 publicada recentemente no Brasil: *Para além do capital – rumo a uma teoria da transição*. Tradução por PAULO CÉSAR CASTANHEIRA e SÉRGIO LESSA. São Paulo : BoiTempo, 2002.

⁹ RAMONET, Ignácio. “L’an 2000. Le Monde Diplomatique”, n° 549, Paris, p. 1, dez., 1999. *Apud* SILVA FRANCO, A. “Globalização e criminalidade dos poderosos”. In: PODVAL, Roberto. *Temas de Direito Penal Econômico*. São Paulo : RT, 2000, p. 250.

¹⁰ Curso de Pós-Graduação. Disciplina “Ética e Direito”. São Paulo : Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – FADUSP, aula de 27 de junho de 2.002.

apresenta de forma mais utópica.¹¹ No caso brasileiro – face o processo de integração do cone sul –, o auferir dessa dignidade humana vai residir numa *nacionalidade latino-americana* e na manutenção da *cidadania brasileira*. A luta agora é para impor os limites de atuação do Estado, ou das Organizações Supranacionais, ou Organizações Internacionais num Estado Global.

3. Uma nova espécie de criminalidade: a delinquência (moderna) econômica.

Toda e qualquer análise elaborada para a origem do Direito Econômico,¹² como ciência jurídica surgida no início do século XX, leva a conclusão da crescente intervenção do Estado no domínio Econômico, diante das diversas transformações presenciadas pela humanidade a partir do acontecimento da Primeira Grande Guerra. O intervencionismo estatal, então, passou a ser uma realidade na economia do Estado Moderno. Lembra KARDEC DE MELO que, “o planejamento de setores fundamentais da economia levou o Estado a exercer atividades nitidamente econômicas e a estabelecer políticas destinadas a direcionar tais atividades, cuja *regulamentação jurídica* passou a constituir arcabouço do Direito Econômico”.¹³

A partir da efetivação de tais atividades estatais, iniciara o surgimento de *normas penais* objetivando a criação de um sistema protetor desse *intervencionismo estatal*. E, um ponto principal – paralelo a essa atividade econômica estatal –, foi a estruturação de grandes empresas, detentoras de um forte poder econômico, que provocou o Estado a formular um *sistema jurídico* eficaz de proteção aos interesses de uma sociedade de massas, foi quando acontecera o fenômeno da *norma legal* como instrumento de proteção da economia nacional e popular.¹⁴

Tal acontecimento ou acontecimentos remotos que deram origem ao *intervencionismo estatal*, em virtude das crises do liberalismo, parecem estar anos luz da lembrança e convivência social atual, preceito ou preceitos determinados a uma preservação da iniciativa privada – como postulado irrevogável do regime democrático –, significando a exteriorização de uma diretriz de proteção a determinados setores econômicos, também, como forma de criação de um escudo protetor da soberania nacional, com diplomas constitucionais trazendo títulos como *da ordem econômica e social*, sob o argumento da distribuição de justiça social, parecem não expressar, mais, o menor significado. O preceito que a iniciativa privada figura como pilastra do regime democrático lhe competindo a organização e a exploração das atividades econômicas, com uma devida premissa de liberdade não ilimitada, submetendo-se aos princípios e preceitos constitucionais, imbuída do desenvolvimento e fortalecimento da Ordem Pública, não mais existe. O fenômeno *globalização* pois um ponto final a esse ensinamento *constitucional-econômico-penal-administrativo*.

¹¹ Veja-se TOURAINE, Alain. Filósofo francês. “Programa Roda Viva”. São Paulo : TV Cultura, Canal 2, às 22h30min, 24 de abril de 2.002.

¹² Apontam-se como causas do intervencionismo estatal na ordem econômica do século XX, diante da constatada falência do sistema econômico liberal, acontecimentos como: a Primeira Grande Guerra (1914-18); a crise econômica de 1929 com a queda da bolsa de New York, e a Segunda Grande Guerra (1939-45). Isso não quer significar se está diante de um *Direito de Guerra*. Diversos fatores contribuíram para tal *intervencionismo*, como as transformações ideológicas, as modificações ocorridas nas relações econômicas etc. Para um aprofundamento acerca do tema num entendimento do Direito Econômico como ciência de caráter interdisciplinar, veja-se o excelente trabalho de: CABRAL DE MONCADA, Luís S. *Direito Econômico*. 3ª edição. Coimbra : Coimbra Editora, 2000.

¹³ “Direito Penal Econômico: origem do direito penal econômico”. Revista CCJ, Florianópolis, ano 2, nº 3, p. 120, 1º semestre, 1981.

¹⁴ Tal sistema jurídico, no caso brasileiro, teve um disciplinamento constitucional: a Constituição de 1934, em seu artigo 117, estabelecia proibição a *usura*, com punição na forma da lei; a Constituição de 1937, ao versar sobre direitos fundamentais e garantias individuais, em seu artigo 122, inciso XVII, fazia referência aos *crimes contra a segurança, integridade do Estado, guarda, economia popular*, etc. O mesmo diploma constitucional, em seu artigo 141, em capítulo destinado a Ordem Econômica, equiparou *crimes contra a economia popular aos crimes contra o Estado*. O artigo 142, determinou punição para a *usura*; a Constituição de 1946, em seu artigo 148, estabeleceu reprimenda ao *abuso do poder econômico*. E, em lei ordinária federal (Lei nº 4.137/62) de 1962, em seu artigo 2º, deu-se repressão ao *abuso do poder econômico*, dispositivo que foi amparado pela Constituição de 1967, assim como a E.C. nº 1/69, em seu artigo 160.

Definitivamente, a intenção estatal – pois não se pode chamar de política criminal um emaranhado de leis¹⁵ especiais criminalizadoras –, de ameaça coativa com sanções usando o poder supremo, ora por disposições administrativas, ora através de prescrições como forma de garantia preventiva, não transparece mais o menor significado, sem nem ressaltar a importância da eficácia. A criatura cresceu e agora engole o criador. Não há mais uma visão real da dimensão do problema. No caso brasileiro, as advertências contidas dos estudos originais de ROBERTO LYRA FILHO,¹⁶ MANOEL PEDRO PIMENTEL¹⁷ e GERSON PEREIRA DOS SANTOS,¹⁸ tiveram seu desenvolvimento acelerado a partir do final dos anos oitenta, com o retrato irrefutável da vinculação dos desajustes da economia com a criminalidade. No limiar dos anos noventa, a edição do pioneiro trabalho de MÁRCIA DOMETILA LIMA DE CARVALHO,¹⁹ seus escritos de tese nas Arcadas propugnando por uma fundamentação constitucional do Direito Penal, numa abordagem envolvendo: a influência dos valores constitucionais no conceito de delito; o princípio da legalidade formal e material; o exame da culpabilidade no Estado Democrático de Direito; a atribuição de relevância do crime econômico-constitucional; e, um exame da responsabilidade penal dos entes coletivos numa afirmação de realidade da criminalidade empresarial.

Um pouco mais a frente (meados da década de noventa), mas, não menos importante, os estudos de JOÃO MARCELO DE ARAÚJO JÚNIOR.²⁰ Alertas no sentido de uma criminalidade ou forma de delinquência sofisticada, de um poderio ofensivo ao extrato social de difícil reparação, de reprovação máxima, com uma necessidade irrenunciável de um exame criminológico e científico, diante de uma ausência latente de tipificação nos dispositivos penais econômicos. Ao final dos anos noventa, surge o competentíssimo trabalho de ELA WIECKO DE CASTILHO,²¹ com uma pesquisa empírica sobre o assunto poucas vezes vista no direito pátrio, confirmando o magistério dos referidos pensadores. Com uma radiografia acerca dos *crimes contra o sistema financeiro* de causar repugnância. É a ratificação – dentre tantas outras que serão referidas no presente trabalho dissertativo –, da existência de uma criminalidade que é fundada na conjugação de dois fatores fundamentais: **a) a existência de um poder hegemônico global avassalador que imprime ao Estado um processo irreversível de minimização dos seus deveres com ressonância imediata na sua soberania; b) a incapacidade estatal de enxergar na**

¹⁵Constam do repertório pátrio sobre criminalidade econômica: a) Dec.-lei nº 7661/45 (crimes falimentares); Lei nº 1521/51 (crimes contra a economia popular); Lei 4595/64 (crimes relativos às instituições bancárias e financeiras); Lei nº 4591/64 (crimes e contravenções penais no setor imobiliário); Lei nº 4728/65 (crimes relacionados com a alienação fiduciária em garantia e ações de sociedades anônimas); Lei nº 4729/65 (crime de sonegação fiscal); Dec.-leis nº 16/66 e 47/66 (incriminação acerca da produção, do comércio e transporte ilegal de açúcar e álcool); Dec.-lei nº 73/66 (incriminação de condutas de administradores de sociedades seguradoras com insuficiência de reserva); Lei nº 5741/71 (esbulho possessório no SFH); Lei nº 6453/77 (energia nuclear); Lei 6649/79 (contravenções penais no setor de locação de imóveis urbanos); Lei nº 6766/79 (crimes no parcelamento e loteamentos irregulares do solo urbano); Leis nº 6895/80 e 9610/98 (direitos autorais); Lei 7492/86 (crimes contra o sistema financeiro nacional); Leis nº 7646/87 e 9609/98 (propriedade intelectual sobre programas de computador); Lei nº 8078/90 (defesa e proteção do consumidor); Lei 8.137/90 (crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo); Lei nº 8176/91 (crimes contra a ordem econômica); Lei nº 8212/91 (seguridade social); Lei nº 8245/91 (locações de imóveis urbanos); Lei 8884/94 (prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica); Lei nº 9613/98 (crimes de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores).

¹⁶ *Criminologia*. Rio de Janeiro : Forense, 1964.

¹⁷ *Direito Penal Econômico*. São Paulo : RT, 1973.

¹⁸ *Direito Penal Econômico*. São Paulo : Saraiva, 1981.

¹⁹ *Da Fundamentação Constitucional do Direito Penal Econômico e da Relevância do Crime Econômico e Ambiental*. São Paulo, 1990. Tese (Doutorado em Direito Penal) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – FADUSP.

²⁰ Em co-autoria com BARBERO SANTOS, Marino. *A reforma penal: ilícitos penais econômicos*. Rio de Janeiro : Forense, 1987; “Os crimes contra o sistema financeiro no esboço da nova parte especial do Código Penal de 1994”, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 3, nº 11, p. 145-165, jul/set., 1995; *Dos crimes contra a ordem econômica*. São Paulo : RT, 1995.

²¹ *O controle penal nos crimes contra o sistema financeiro nacional: Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986*. Belo Horizonte : Del Rey, 1998.

Constituição o núcleo ético para a formulação de um sistema penal econômico constitucional, e sua conseqüente política criminal e dogmática jurídico-penal.

Como antes mencionado, a criatura cresceu e agora engole o criador, a criminalidade econômica é global, “de um lado, não se pode deixar de reconhecer que o modelo globalizador produziu novas formas de criminalidade que se caracterizam, fundamentalmente, por ser uma criminalidade supranacional, sem fronteiras limitadoras, por ser uma criminalidade organizada no sentido de que possui uma estrutura hierarquizada, quer em forma de empresas lícitas, quer em forma de organização criminosa e por ser uma criminalidade que permite a separação tempo-espaço entre a ação das pessoas que atuam no plano criminoso e a danosidade social provocada. Tal criminalidade, desvinculada do espaço geográfico fechado de um Estado, espraia-se por vários outros e se distancia nitidamente dos padrões de criminalidade que tinham sido até então objeto de consideração penal”.²²

No final do século XX e início do novo milênio, o binômio: poder hegemônico global e delitos macroeconômicos, passam a pintar um quadro aterrorizante para o sistema penal. Este se apresenta diante do fenômeno em estado de hipertrofia, suas estruturas clássicas não conseguem alcançar a nova criminalidade. TERRADILLOS BASOCO, ao se referir aos limites do domínio do Direito Penal Econômico, permite uma interpretação de tal elasticidade de seus contornos que se poderia perfeitamente dividir a teoria do Direito Penal em dois grandes rumos absolutamente distintos – nem tão antagônicos, nem tão complementares –, uma teoria para o *Direito Penal Clássico* outra para o *Direito Penal Econômico*. Na máxima abrangência que lhe dá o pensador da escola de CÁDIZ, enfeixa categoria de delitos determinada pela natureza do estatuto social da empresa (*crimes societários e crimes falimentares*) e outros que são determinados pela natureza das atividades perpetradas pela empresa. Estes poderão ser delitos contra outros sujeitos econômicos (*crimes contra a propriedade industrial, concorrência desleal, consumidor, relações de trabalho, livre concorrência e os crimes ambientais*), ou, de outra banda, crimes cometidos contra instituições (*crimes financeiros, tributários e, eventualmente, contra a administração pública*). Enquanto que, SILVA SANCHES lecionando sobre o fenômeno, relaciona os fenômenos econômicos da globalização e da integração econômica como algo a produzir uma nova esfera para a conformação de modalidades novas de delitos clássicos, bem como o aparecimento de novas condutas delituosas. “Así, la integración genera una delincuencia contra los intereses financieros de la comunidad producto de la integración (fraude al presupuesto – criminalidad aarancelaria –, fraude de subvenciones), al mismo tiempo que contempla la corrupción de funcionarios de las instituciones de la integración. Por lo demás, generan la aparición de una nueva concepción de lo delictivo, centrada en elementos tradicionalmente ajenos a la idea de delincuencia como fenómeno marginal; en particular, los elementos de organización, transnacionalidad y poder económico. Criminalidad organizada, criminalidade internacional y criminalidad de los poderosos son, probablemente, las expresiones que mejor definen los rasgos generales de la delincuencia de la globalización”²³.

O que se nota é uma hipertrofia total do sistema penal em alcançar os sujeitos (pessoas física e jurídica) dessa nova espécie de criminalidade. A aparência é que existe uma barreira internacional invisível que impede uma agilização na formulação e criação de instrumentos e mecanismos de combate a criminalidade transnacional.²⁴ Talvez essa barreira internacional invisível e intransponível seja “a inexistência de um Estado mundial ou de organismos internacionais suficientemente fortes que disponham do *ius puniendi* e que possam, portanto, emitir normas penais de caráter supranacional, a carência de órgãos com legitimação para o exercício do *ius persequendi* e a falta de concretização de

²² SILVA FRANCO, A. Globalização e criminalidade dos poderosos..., cit., p. 256-57.

²³ Op. cit., p. 69-70.

²⁴ Quando da realização do Primeiro Fórum Latino-Americano de Política Criminal (Ribeirão Preto/SP), pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM, “na discussão sobre crime organizado, Juarez Cirino Dos Santos apontou, com contundência, a falsidade desse conceito, erigido apenas para encobrir outras mazelas e reforçar a idéia do ‘inimigo comum’. Revelou, assim, a função encobridora do sistema penal. Bem por isso, Fernando Acosta propôs a desconstrução de mitos (como ‘criminalidade transnacional’ ou ‘organizada’) que de nada servem, não favorecem nem auxiliam a busca de resposta ao fenômeno do crime, demonstrando, pois, a necessidade da criação de novos espaços para o enfrentamento dessas novas formas de criminalidade” (PAULA ZOMER, Ana. e SICA, Leonardo. “Formação da Rede Latino-Americana de Política Criminal”. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM*, ano 10, nº 116, julho, 2.002.

tribunais penais internacionais agravam ainda mais as dificuldades do enfrentamento dessa criminalidade gerada pela globalização. Além disso, o Estado-nação, derruído na sua soberania e tornado mínimo pelo poder econômico global, não tem condições de oferecer respostas concretas e rápidas aos crimes dos poderosos, em relação aos quais há, no momento, um clima que se avizinha à anomia”.²⁵

Essa nova espécie de criminalidade introduzida pelo processo de globalização da economia, desenvolvida em ambiente macro, mais especificamente, nos processos de integração econômica, tem como protagonistas personagens que sempre figuraram a frente do processo de desenvolvimento econômico das chamadas nações civilizadas. No entanto, nunca fora alcançada uma magnitude tão maléfica dos seus efeitos como a atual. Uma ofensividade de ordem econômica, política e social, nunca vista. É verdadeiramente a *criminalidade dos poderosos*.²⁶ A realidade do novo poder hegemônico global é denunciada por ZAFFARONI, pela forma irracional em comparação com os modelos imediatamente anteriores de poder mundial, a constatação do atual modelo é que as condutas que antes eram tipificadas como delitos contra a economia nacional, como alterações artificiais de mercados, acesso à informações confidenciais, evasões impositivas, monopólios e oligopólios, incluindo condutas que norteiam as tipicidades nacionais de delitos menos sofisticados, como extorsão, são agora condutas lícitas na economia mundial. Tudo isso é denunciado face a ausência de um poder regulador de amplitude internacional, é a materialização do foro internacional da impunidade, com uma prática reiterada em proporções inidentificáveis.

Por um lado, a síntese realizada por ZAFFARONI é de constatação do falecimento do direito positivo, a interpretação colhida de suas palavras é a de que se está acompanhando o enterro do positivismo jurídico dos séculos XIX e XX, quando leciona que “en el orden planetario puede afirmarse el claro efecto de la *anomia generalizada*, como dato objetivo. La realidad nunca coincide con la norma, porque el deber ser es un ser que no es o que, al menos, aún no es. Pero cuando la realidad se *dispara* respecto de la norma, deviene *disparate*, prescribe un ser que nunca será y la norma queda cancelada por inútil y le aguarda el destino de los desperdicios (*anomia*). La perspectiva de este proceso anómico de poder, proyectada sin contención hacia el futuro, se traduce: **a)** en el creciente dominio del delito económico que tiene a adueñarse de la economía mundial, ante la impotencia de los estados nacionales y de los organismos internacionales (cada día más las actividades económicas a nivel planetario irán asumiendo mayor similitud con las prácticas criminales mafiosas); **b)** en el marcado deterioro del medio ambiente, que anuncia la producción de graves alteraciones en la biósfera”.²⁷ Por outro, FARIA COSTA leciona sobre a existência de uma *teia criminosa* que tece imbuída de um fio criminoso buscando o desencadeamento de lucratividade astronômica, tratando-se não de um processo *artesanal*, mas de um sistema que poderia ser chamado de projeto racional conectivo de dominação econômica criminosa internacional, fundado em três grupos de atuação independente, mas com ramificações e conexões ativas. “Fundamentalmente, os diferentes três grupos assumem-se funcionalmente da seguinte maneira: o **grupo central ou nuclear** tem como finalidade principal levar a cabo o provisionamento, o transporte e a distribuição dos bens ilegais. Ligam-se, aqui claramente, coação e corrupção para expansão de poder e lucro. **Um outro grupo** tem como propósito servir de proteção institucional a toda rede ou teia. É a tentativa de chamar à organização, de forma sutil ou direta, a política, a justiça e a economia, as quais através do estatuto dos seus representantes, permitem criar bolsas ou espaços onde a atuação política se torna possível. Finalmente, surge **um terceiro grupo** que tem como fim primeiro estabelecer a lavagem de todo o dinheiro ilegalmente conseguido. Operam-se, por conseguinte, ligações com instituições bancárias, com cassinos e ainda com outras sociedades legalmente constituídas. É o grupo que funciona como placa giratória entre o mundo criminoso e o normal e comum viver quotidiano. O que tudo demonstra a forma particularmente racional e elástica deste tipo de organização. Tão elástica e tão fluida que o fato de algumas vezes se destruir um grupo não quer de modo algum significar que toda a rede tenha sido afetada”.²⁸

²⁵ SILVA FRANCO, A. Op. cit., p. 257.

²⁶ Expressão cunhada por ALBERTO SILVA FRANCO.

²⁷ Op. cit., p. 23.

²⁸ “O fenômeno da globalização e o direito penal econômico”. *Apud* SILVA FRANCO, A. Op. cit., p 261.

O cenário é de uma incerteza inegável, já que não se chega a uma conclusão acerca da convivência do sistema penal dualístico, com os seus modelos de convivência podendo ou devendo, ou não manter um diálogo permanente. Aqui serão feitas minúsculas incursões nos debates das possibilidades de conversações existentes no *sistema dualista*, seja a separação dos modelos, ou a migração de um modelo para outro. Assim como as proposituras de *expansão máxima*²⁹ e *moderada*³⁰ da intervenção penal e a *doutrina de preservação do núcleo do direito penal*.³¹

4. O Direito Penal Clássico e o Direito Penal Econômico, ou Moderno

O direito penal clássico – Pode-se afirmar a existência de uma unanimidade acerca de que o *movimento iluminista*³² provocou o nascimento do Direito Penal moderno, em substituição às formas precedentes de justificação do *ius puniendi*, o que de maneira fundamental vem enobrecer tal movimento para o desenvolvimento da ciência penal. Alguns autores vão identificar tal nascimento no movimento artístico, literário e político, que veio a ficar conhecido como *renascimento*, da Itália do século XV, movimento este em que, artistas, cientistas e filósofos, de forma efetiva, criaram e desenvolveram novas idéias fundadas nas culturas grega e romana. Muito além de uma provocação direta exercida sobre a música, a pintura, a literatura, a escultura, a arquitetura, o *movimento renascentista* exerceu uma influência fundamental quanto ao viver e enxergar o novo mundo.

Os pensadores humanistas desenvolveram idéias de forma a questionar os ditames do poder eclesiástico, colocando o homem como o ente mais importante nas relações humanas. O *renascimento* alcançou seu apogeu no século XVIII, que ficou conhecido como o *século das luzes*, tendo como principal acontecimento a Revolução Francesa de 1789, com a conseqüente edição da *Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão*. Pois, as legislações penais da Europa de meados do século XVIII, pautavam-se em procedimentos de crueldade, de castigos corporais e da pena de morte. “O Direito era um instrumento gerador de privilégios, o que permitia aos juízes, dentro do mais desmedido arbítrio, julgar os homens de acordo com a sua condição social. Inclusive os criminalistas mais famosos da época defendiam em suas obras procedimentos e instituições que respondiam à dureza de um rigoroso sistema repressivo”.³³

Tal cenário veio justificar a intervenção de alguns filósofos que em uma verdadeira reunião configurando um movimento de idéias voltadas para a razão e a humanidade, deram início as idéias iluministas e humanitárias, mais precisamente os pensadores franceses VOLTAIRE, MONTESQUIEU e ROUSSEAU, em defesa da liberdade, igualdade e justiça. Para o Direito Penal se pode afirmar como autores das primeiras idéias penais BECCARIA, HOWARD e BENTHAM. O primeiro se caracterizando como o principal autor contestador dos sistemas repressivos, inspirado nas idéias dos pensadores franceses, em especial de MONTESQUIEU e ROUSSEAU. Tais conquistas do *renascimento* provocaram a substituição da *razão da autoridade* pela *autoridade da razão* e, nesse brocardo, fundou-

²⁹ MARINUCCI, Giorgio. DOLCINI, Emilio. “Diritto penale minimo e nuove forme di criminalità”, *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, ano XLII, fasc. 3, p. 802-820, jul/set, 1999.

³⁰ SILVA SANCHES, Jesus Maria. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Madrid : Civitas, 1999.

³¹ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. “O comportamento criminal e a sua definição: o conceito material de crime”. *Questões fundamentais do Direito Penal revisitadas*. São Paulo : RT, 1999.; HASSEMER, Winfried. “Perspectivas del Derecho Penal futuro”. *Revista Penal*, vol. 1, Huelva-Salamanca-Castilla-La Mancha, Práxis, p. 37-41, jan., 1998.; HERZOG, Félix. “Algunos riesgos del Derecho Penal del riesgo”. *Revista Penal*, n° 4, Huelva-Salamanca-Castilla-La Mancha, Praxis, p. 54-57, 1999.

³² “É, acima de tudo, uma mentalidade, uma atitude cultural e espiritual, que não é somente de filósofos, mas de grande parte da sociedade da época, de modo particular da burguesia, dos intelectuais, da sociedade mundana e até de alguns reinantes.” (BINETTI, Saffo Testoni. In: BOBBIO, Norberto, MATTEUCCI, Nicola, e PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. 5ª edição. Brasília : Edunb, 1993, Vol. 1, p. 608).

³³ RIBEIRO LOPES, Maurício Antonio. *Teoria Constitucional do Direito Penal*. São Paulo : RT, 2000, p. 182.

se o Direito Penal moderno. A partir de BECCARIA, com sua obra fundamental *Dei Delitti e delle Pene* (1764), objetivou-se humanizar o direito penal, procurando-se uma identificação – conseqüentemente uma amenização, ou reparação – para alguns preceitos, dentre eles: a origem da pena, para o poder/dever ou direito de punir, para a finalidade da pena, para uma análise da proporção entre delitos e penas, para uma divisão dos delitos, para as formas de julgamento, para uma revisão da prisão, para a pena de morte, para a interpretação e obscuridade das leis etc.

O movimento iluminista, que propugna uma reforma dos sistemas penais repressivos que teve sua maior repercussão com o trabalho de BECCARIA recebeu o nome de *humanitário*, por alguns motivos, dentre eles, por sua ênfase a idéia de respeito à dignidade humana, a concepção de piedade e compaixão às pessoas submetidas as mais diversas formas de penas cruéis. Mais precisamente, sobre a pena privativa de liberdade, cabe ressaltar os trabalhos (dos que poderiam ser chamados de: os últimos iluministas) de JOHN HOWARD e JEREMIAS BENTHAM. O primeiro, com uma preocupação voltada para as questões penitenciárias, no sentido de proporcionar o cumprimento de uma pena de prisão em estabelecimentos condizentes. O segundo, com a idéia de *utilidade* da pena, contribuiu com a ciência penal no campo da penologia, com a edição de idéias que vigem até os dias atuais, entendendo a pena como um sacrifício necessário e a prevenção como a finalidade que proporciona a legitimidade da pena.

No entanto, com a chegada do século XIX ocorreu a criação dos *suportes ideológicos do Direito Penal*, que proporcionaram a codificação do Direito Penal, caracterizando uma reformulação ou redefinição das relações existentes entre os indivíduos e o Estado. “Pode-se afirmar que a base do sistema legal está dada por quatro vetores fundamentais. Em primeiro lugar pelo princípio *nullum crimen, nulla poena sine lege*. Em segundo, pela fundamentação racional da pena, da qual se deduz a necessidade de proporcionalidade da mesma ao fato cometido. Em terceiro, a concepção do delito como algo diferente do pecado e, conseqüentemente, um tratamento diverso dos delitos contra a religião e contra a moral e bons costumes. Por fim, a humanização das penas sob a preponderância da pena privativa de liberdade”.³⁴

O marco da codificação do Direito penal legislado no século XIX, se encontra na fórmula do Código Penal francês de 1810, que representava a passagem de página da ciência penal medieval. Mais a frente surgiu, então, as concepções de ligação (já que durante um bom tempo perdurou um paralelismo) entre a Constituição Federal e o Direito Penal. Apontamentos no sentido de uma ligação umbilical entre o Direito Penal e o Direito Constitucional, sendo ambos ramos do Direito Público, chegando-se a afirmar as mais diversas relações de diálogos existentes, num sistema positivista, residindo sempre numa visualização de hierarquia de valores, que funciona como suporte de validade (legalidade) das leis penais. Por tal razão alguns autores passaram a afirmar que “o Direito Penal se legitima formalmente mediante a aprovação das leis penais conforme a Constituição”.³⁵

Não se pode negar que o Direito Penal legislado e operado na era medieval era um direito desumano e sua finalidade era exatamente essa, a prática de tortura, atos cruéis e de efetivação das penas: perpétua e capital. Com o iluminismo ocorre a identificação do embrião humanitário nas ciências penais. No entanto, a lembrança real é a de que tal movimento não passou de uma *revolta burguesa*, que não mais satisfeita com o sistema vigente propugnou pela sua queda. É verdade que, também, não há de ser esquecido os trabalhos de todos os filósofos da época, franceses, italianos, alemães, ingleses, etc., porém, o iluminismo teve sua limitação em si mesmo. Há de ser reconhecido um avanço nas relações humanas a partir de tal movimento, um avanço nas relações entre o cidadão e o Estado. Nos dias atuais resta pouco do encanto daquele movimento, de lá para cá o mundo sofreu diversas transformações, e as lições do iluminismo foram sendo deixadas de lado, pouco a pouco, o embrião humanitário identificado nas ciências penais foi morrendo. E hoje, a constatação de sua morte.

³⁴ RIBEIRO LOPES, M. A. Op. cit., p 192.

³⁵ JAKOBS, Gunther. *Derecho penal – Parte general: fundamentos y teoria de la imputación*. Madrid : Marcial Pons, 1997, p. 44.

Infelizmente o iluminismo não sobreviveu as intenções do Estado e da classe que o controla. Os acontecimentos revolucionários da economia no século XIX, os Estados totalitários, as guerras e as ditaduras (principalmente latino-americanas) do século XX, e, os eventos (11 de setembro) do início do século XXI, sepultaram o que ficou conhecido como o *movimento humanitário das ciências penais*.

O Estado se utiliza do poder/dever de punir – como política fundamental de controle social –, através do Direito Penal e do Sistema Penal.³⁶ Daí surgirem as indagações: O que é o Direito Penal? O que é o Sistema Penal? Torna-se imprescindível realizar tal distinção para compreensão tanto de um quanto do outro. Tem-se por Direito Penal, *a priori*, um conjunto de normas jurídicas penais que delimitam as condutas denominadas (crimes) criminosas, imputando-lhes sanções, assim como, um controle de validade das referidas normas, a criação e manutenção da estrutura geral de tais condutas e, finalizando com a aplicação e execução das (penas) sanções cominadas. No entanto, pode-se constatar outros conjuntos de normas integrantes do Direito Penal, que se encontram na esfera forense, são eles: o Direito Processual Penal, a Organização Judiciária, a Lei de Execução Penal e os Estatutos Penitenciários. Para a efetivação de ambos os conjuntos, ou seja, a prevenção da criminalidade, pode-se dizer que existem “as polícias militares que exercem uma atividade preventiva, encarregadas do policiamento ostensivo e da preservação da ordem pública. O exercício da polícia judiciária e a apuração das infrações penais é atribuição adequada ao perfil da polícia civil, igualmente órgão integrante da estrutura constitucional da segurança pública (...) Um e outro têm por vertedouro obrigatório o Poder Judiciário, a quem incumbe o controle da legalidade de todas as detenções. Intervém obrigatoriamente, como titular exclusivo na maior parte dos casos e como *custos legis* nesses e nos demais, o Ministério Público (...)”.³⁷

Portanto, diante dos referidos conjuntos de normas que formam o Direito Penal, pode-se afirmar que o indivíduo autuado – até ser submetido ao cumprimento de uma sanção criminal – percorre as seguintes etapas: policial, judiciária, Ministério Público e penitenciária. Atribui-se ao conjunto dessas instituições, que têm por finalidade a efetivação do Direito Penal, a denominação de Sistema Penal. No entanto tal descrição não se apresenta de forma unânime, existindo aqueles que lecionam com base em outras regras, para identificar o que seja o *sistema penal*. “Entende por sistema penal o controle social punitivo institucionalizado, concernente a procedimentos estabelecidos, ainda que não sejam estritamente legais. Isso lhe permite incluir no conceito de *sistema penal* casos de ilegalidade estabelecidas como práticas rotineiras, mais ou menos conhecidas ou toleradas”.³⁸

Há, ainda, no campo da criminologia e da sociologia, diferentes conceituações do significado do *sistema penal*. Para alguns, tratam-se de mecanismos de seletividade, no exercício de atividades arbitrárias, em que ocorre o fenômeno – para utilizar a expressão de BARATTA – da *clientela do direito penal*, ou seja, o recrutamento dos mais débeis, numa forte criminalização, de maneira a estabelecer uma lição implícita do espaço social de cada um. Já em outra definição – assumida pelos autores marxistas – o *sistema penal* tem por finalidade realizar a missão de hegemonia de um setor sobre o outro. O que não pode ser negado é que se tem buscado uma legitimação do Direito Penal nos diplomas constitucionais, *a priori*, uma legitimidade formal das normas penais, como etapa de desenvolvimento. O Direito Penal se caracteriza como ciência subsidiária e fragmentária, faz parte de toda a ordem jurídica, estabelece relação com todos os outros ramos, mas, principalmente, presta obediência ao Direito Constitucional. O que não quer significar sua legitimidade. No máximo efetiva sua legalidade. É diante da obediência ao diploma constitucional, para adquirir sua legalidade estatal, que o Direito Penal assume os princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito.

³⁶ Veja-se BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 4ª edição. Rio de Janeiro : Revan, 2001.

³⁷ RIBEIRO LOPES, Mauricio Antonio. *Princípios Políticos do Direito Penal*. São Paulo : RT, 1999, p. 36.

³⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Sistemas penales y derechos humanos en América Latina*. Buenos Aires : Depalma, 1984, p. 7.

Daí se cria as mais diversas formas de diálogos entre o diploma constitucional e o Direito Penal, primeiramente, numa concepção do *sistema positivista*,³⁹ depois na elaboração e prática de uma *política criminal*,⁴⁰ em seguida colocando a Constituição como *estrutura fundante*,⁴¹ como *fonte*,⁴² como *filtro*,⁴³ e, finalmente, como *fator de evolução*⁴⁴ do Direito Penal. O movimento constitucional penal, que acelera seu desenvolvimento a partir de meados da segunda metade do século XX, procura fundar sua legitimidade num discurso de evolução chamado de *sensibilidade constitucional da ciência penal*.⁴⁵ É verdade que as idéias constitucionais penais, não representam as idéias dominantes no Direito Penal, mas, porém, estas são utilizadas de forma inteligente por aqueles que não pertencem à *clientela do direito penal*,⁴⁶ pois, os recrutados pelo Direito Penal não têm a oportunidade de uma defesa conhecedora de tais idéias. O exercício da defesa no Direito Penal, apenas não é desproporcional é, realistamente, inconstitucional e injusto.

O direito penal econômico – A lição é antiga e fundamental, para uma pretensão do estudo do Direito Penal Econômico, faz-se necessário antes uma análise acerca do Direito Econômico, que para uma maioria doutrinária traz em seu bojo o significado de que a *parte penal* seria um ramo qualificado. O Direito Econômico moderno⁴⁷ nasce do *intervencionismo estatal* do século XX no domínio econômico. “Ora essa intervenção e mediação não poderia ser feita *ad libitum*, carecendo de normas limitadoras de direitos e deveres. Assim aconteceu, surgindo as leis regulamentadoras da política econômica do Estado, em confronto com os interesses públicos e particulares equacionados. A especificidade dessas normas as distinguia das demais regras comuns do Direito civil, como a simples compra e venda; do Direito comercial, como o mero contrato de transporte marítimo; do Direito administrativo, como a realização de concorrência e do Direito penal, como a tipificação do furto ou da falsidade documental”.⁴⁸

Assim ocorrera o surgimento do Direito Econômico, como ciência nova. Um direito novo face uma nova realidade estatal econômica, possuidor de características próprias e de alcance intervencionista declamado. Os acontecimentos fundamentais (a Primeira Grande Guerra 1914-18; a crise econômica de 1929 com a quebra da bolsa de *New York*, e a Segunda Grande Guerra 1939-45), marcaram a superação do *sistema capitalista* do século XIX com o conseqüente abandono dos seus *princípios diretores*. “Novas relações entre o capital e o trabalho, a revolução dos meios de produção e de transporte, o nascimento das empresas, com investidores anônimos, as novas posições do mercado financeiro, a complexa interação dos fatores do mercado econômico, do trabalho e do mercado financeiro, dos preços dos salários e das rendas, tudo isso tornou necessária a ajuda do Estado com medidas de proteção, surgindo paulatinamente a intervenção estatal com o dirigismo econômico”.⁴⁹

³⁹ Kelsen, Hans. *Teoria pura do direito*. Coimbra : Armênio Amado, 1984.

⁴⁰ Jescheck, Hans. *Tratado de derecho penal*. Barcelona : Bosch, 1981.

⁴¹ Nuvolone, Pietro. *O sistema do direito penal*. Tradução por ADA PELLEGRINI CRINOVER. Notas por RENÉ ARIEL DOTTI. São Paulo : RT, 1981. Assim como Rossi, Pelegrino. *Lineamenti di diritto penale e costituzionale*, Palermo, 1953.

⁴² Aftalión, Enrique. *Tratado de derecho penal especial*. Buenos Aires : Ediar, 1963.

⁴³ Santoro, Arturo. *Manuale di diritto penale*. Torino : UTET, 1938.

⁴⁴ Mantovani, Ferrando. *Diritto penale – Parte generale*. Padova : Cedam, 1980.

⁴⁵ Flora, Giovanni. “Il rilievo dei principi costituzionali nei manuali di diritto penale”. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. Padova : Cedam, 1994, p. 1187.

⁴⁶ Expressão cunhada por ALESSANDRO BARATTA.

⁴⁷ Para uma visão abrangente sobre o assunto, veja-se Nusdeo, Fábio. *Curso de Economia – Introdução ao Direito Econômico*. 2ª edição. São Paulo : RT, 2000.; e, *Fundamentação para uma Codificação do Direito Econômico*. São Paulo : RT, 1995.

⁴⁸ Pedro Pimentel, Manoel. *Direito Penal Econômico*. São Paulo : RT, 1973, p. 7.

⁴⁹ Pedro Pimentel, M. Op. cit., p. 8.

As novas relações complexas entre o *capital* e o *trabalho* exigiam uma nova formulação das *normas jurídicas*, que não aquelas do direito comum. O surgimento do Direito econômico, então, com *status* de ciência nova e um significado irrefutável, qual seja, o de instrumento eficaz de *intervenção estatal* no domínio econômico, instrumento o qual o legislador recorreria ordinariamente. Com a espada do argumento da *defesa da ordem pública econômica e social*. Então, o Direito Econômico se caracterizou como um arsenal de técnicas jurídicas, a serviço do Estado, para a realização de suas diretrizes econômicas. Passou a significar o instrumento normativo da base de sustentação do sistema econômico do Estado pós-moderno e contemporâneo.

Essa participação direta e ativa do Estado no sistema econômico, utilizando-se de um conjunto de dispositivos normativos destinados a uma regulamentação e efetivação dos objetivos políticos econômicos estatal, podem não receber o mesmo significado de *leis econômicas propriamente ditas*, para MIRANDA GALLINO, a economia “es un hecho, un fenómeno cultural y social, en su expresión primaria, ella puede existir con escasa, o aun sin protección jurídica, abandonada al buen criterio de los hombres en sus operaciones de cambio y producción, en el seno de una sociedad ideal”. Enquanto SABAS ARIAS conceitua o Direito Econômico como sendo “el conjunto de normas que tienen por objeto regular las relaciones humanas en la medida en que son económicas, es decir, en que persiguen eficientemente la satisfacción de las necesidades individuales y colectivas”. Ou, ainda, como “el conjunto de normas que se refieren a la regulación de las relaciones económicas, sea que dichas normas se encuentren en las leyes civiles o comerciales generales, o en las leyes económicas específicas”.⁵⁰

Diante de todos os acontecimentos narrados, a doutrina pátria, estrangeira e comparada, passou a viver a dicotomia da conceituação e a questão do *status* de disciplina autônoma do Direito Penal Econômico. Quanto a sua conceituação, os acontecimentos políticos, econômicos e sociais do final do século XX determinaram a impossibilidade da formulação de um conceito estático para o Direito Penal Econômico. Já, quanto a sua autonomia como ramo do Direito, os acontecimentos avassaladores no campo das relações humanas e da diplomacia entre as nações, apontam para uma separação definitiva entre o Direito Penal Clássico e o Direito Penal Econômico. A problemática não reside mais na autonomia, mas, sim, nas possibilidades de conversações, que têm recebido da doutrina às terminologias de: *expansão sem freios da intervenção penal*;⁵¹ *expansão moderada da intervenção penal*;⁵² *função exclusiva de proteção subsidiária aos bens jurídicos fundamentais e defesa dos direitos, liberdades e garantias das pessoas*;⁵³ ou ainda a *ordenação social*.⁵⁴

Toda essa celeuma surge da origem quando se pode identificar que “em sua maioria, os textos penais, particularmente fragmentários em matéria econômica, são desconhecidos, imprestáveis, tecnicamente mancos. Convive-se, em função das leis vigentes, com um passado de amenidades, no qual era o delito um hóspede indesejável, embora eventual, quando mais importante é viver o presente, o tempo que passa, em que a criminalidade, notadamente a econômica, transpõe impunemente as pautas dos diplomas penais, olhando-os à maneira dos antigos invasores que, acostumados às vitórias, contemplavam do alto e dos longes as ruínas da cidadela irremediavelmente conquistada”.⁵⁵

Pois bem, em questão de direito penal econômico, a frase atribuída a ENRIQUE AFTÁLION, de que este seria um *subúrbio imprestável do direito penal*, foi corroída pelos acontecimentos humanos do final do século e começo do novo milênio. Assim como o pensamento daqueles que imaginavam ser o

⁵⁰ Citados por PEDRO PIMENTEL, M. Op. cit., p. 9-10.

⁵¹ GIORGIO MARINUCCI/EMILIO DOLCINI e KLAUS LUDERSSEN.

⁵² JESUS-MARIA SILVA SANCHES.

⁵³ WINFRIED HASSEMER, FÉLIX HERZOG e JORGE DE FIGUEIREDO DIAS.

⁵⁴ CLAUS ROXIN.

⁵⁵ PEREIRA DOS SANTOS, G. Op. cit., p. 92.

delito econômico – num suposto estudo criminológico que, pelo menos no Brasil, nunca houve – um tipo de injusto exclusivo da criminalidade de (*White-collar*) colarinho branco (E. SUTHERLAND). As previsões dos criminólogos do início do século XX, acerca do surgimento de uma nova espécie de criminalidade fundada no enredo das complexidades do mundo dos negócios, com a inerente substituição do emprego da violência pela inteligência e astúcia, encontrou no cenário da século XXI e do terceiro milênio, o ambiente perfeito. É a delinquência econômica com a substituição da vítima-indivíduo pela vítima-coletivo, ou vítima-sistema, ou vítima-mercado.

Referindo-se às previsões lançadas por NICEFORO e FERRI, acerca do novo tipo de criminalidade, com a conseqüente diminuição da criminalidade tradicional, que se confirmou em parte, pois, os delitos contra a vida e o patrimônio não sofreram uma diminuição, PEDRO PIMENTEL já escrevia ao início dos anos setenta “a outra parte das previsões se concretizou integralmente. A criminalidade refinada, técnica hábil, se desenvolveu paralelamente com o aumento da complexidade da vida moderna, especialmente no campo da economia. Disfarçada, aqui, em grupo de homens de negócios, ali em empresa de vulto, acolá em sociedade comercial, a criminalidade prosperou largamente, impunemente, valendo-se das falhas da legislação, das deficiências do sistema, da corrupção, da pressão política, da exploração das mais diversas formas de prestígio social”.⁵⁶

Então, como formular uma definição para o Direito Penal Econômico? A dinâmica do mundo atual não autoriza uma conceituação estática para um fenômeno jurídico-penal-econômico que em pouquíssimas ocasiões fora submetido a um exame da criminologia. Os delitos econômicos são concretos e reais, cabendo ressaltar, que sua existência não se resume a uma *concepção unitária*. A questão reside, fundamentalmente, no exame minucioso dos interesses envolvidos merecedores de uma formulação da tutela penal. É de ser dito que a principal dificuldade encontra-se em situar o fenômeno dos preceitos legais existentes, de maneira a elevá-lo a categoria de estudo científico, já que o crime é um fato punível, e a pena uma sanção correspondente determinada. “O que ocorre, todavia, com o delito econômico é que, em termos normativos, muitas das suas modalidades não foram ainda albergadas como violações a uma lei preexistente e, *ex consequentia*, não se pode cogitar da legitimidade de uma sanção, à falta de prévia cominação legal. Se a tipicidade fática, a antijuridicidade e a culpabilidade são notas determinantes que devem ser apreciadas, de modo analítico e sintético, ‘como elementos distintos de uma unidade estrutural’, tal unidade estrutural pode e deve ser objeto de um estudo histórico, lógico e dogmático, a fim de que possa ser proposta uma adequada legislação, reclamada pela consciência social, vale dizer, por quantos assistem ao crescimento das novas manifestações delinqüenciais. Pensar de outro modo seria, erroneamente, defender uma dogmática petrificada e esquecer o compromisso da ciência criminal com o mundo da realidade, com o *politische Umwelt*, de que Exner tanto nos falou, em páginas magistrais”.⁵⁷

No caso brasileiro, além de diversas disposições no Código Penal (*Dec.-lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1.940*), inúmeras outras leis interferem na conformação do sistema legislativo do Direito Penal Econômico. Há diversas comissões, formais⁵⁸ e informais, promovendo estudos sobre a reforma da Parte Especial do Código Penal e praticamente todas elas buscam uma nova disciplina para o Direito Penal Econômico, mas apenas no campo normativo especial, sem qualquer referência a uma nova concepção do instrumental clássico do Direito Penal, a Parte Geral. Assim, fala-se apenas em reestruturação dos tipos incriminadores, mas o processo de transformação deveria começar pela fixação de princípios para uma nova *Teoria Geral do Direito Penal Econômico*, desvinculando-se o Direito Penal Econômico do Direito Penal Clássico.

⁵⁶ Op. cit., p. 4-5.

⁵⁷ PEREIRA DOS SANTOS, G. Op. cit., p. 98-9.

⁵⁸ O saudoso professor JOÃO MARCELO DE ARAÚJO JÚNIOR, que compôs uma delas, em publicação (*Dos Crimes contra a Ordem Econômica*. São Paulo : RT, 1995), propõe a reestruturação dos delitos contra a ordem econômica em cem novos tipos penais (quando toda a Parte Especial do Código vigente tem duzentos e quarenta).

De outro lado, o ingresso do Brasil num sistema de relações econômicas internacionais em zona contínua e embrião de modelo comunitário obriga-o, e aos demais Estados Partes que compõem essa zona econômica, a encetar um processo de unificação do sistema repressivo a essa delinquência como condição indispensável ao equilíbrio das relações entre seus membros. Apresentando-se, de forma imprescindível, para o alcance de tal objetivo a figura do *Parlamento do Mercosul*, e um estudo sobre a instituição do *Tribunal de Justiça (Supranacional) do Mercosul*, que vem sendo objeto de proveitosos debates, grãos, especialmente, aos estudos da *Escola Nacional da Magistratura e Jurisul*.

Daí a necessidade irrefutável de alinhamentos para uma reestruturação do instrumental clássico do Direito Penal, em quatro momentos distintos: num primeiro, com o intuito de demonstrar *A racionalidade da Teoria Geral do Direito Penal Econômico*, de forma a identificar uma teoria para o Direito Penal Clássico e uma outra para o Direito Penal Econômico; num segundo, a demonstração da existência de uma *especial legalidade dos delitos econômicos*, mediante o estudo da aceitação das normas penais em branco, a parcial ruptura do princípio da taxatividade, e a admissão dos tipos penais abertos como integração analógica; num terceiro, a *definição das estruturas clássicas do Direito Penal* (legalidade, ilicitude, culpabilidade, relação de causalidade, concurso de pessoas, penas e seus substitutivos) *em seu novo perfil*, mediante um conceito dinâmico, atual e próprio em face da especialidade do Direito Penal Econômico; e, num quarto e último momento, a *Reestruturação do Sistema de Penas para o Direito Penal Econômico*, face a ineficácia (comprovada) da pena privativa de liberdade, com o propósito de estudo de um sistema alternativo que represente: prevenção, reparação e repressão.

Ao início dos anos sessenta (1963), JIMÉNEZ DE ASÚA, lecionando sobre a sua formulação peculiar do Direito Penal Econômico, já levantava todas, ou quase todas as questões discutidas nos dias atuais, falando da sua divisão em *princípios especiais* e por disposições de *Direito Penal Clássico*, mencionando acerca das proporções alcançadas pelos delitos econômicos, que para ele figurava como merecedores da atenção dos legisladores e estudiosos do Direito. Porém, não admitindo a autonomia do Direito Penal Econômico, face a sua origem totalitária. “Derecho penal económico. En los países de régimen autoritario, e incluso en aquellos de economía ‘dirigida’ o ‘encauzada’ por el Estado, surgió la idea de reunir todos los preceptos penales que a ese objetivo se refieren, bajo el título de *Derecho penal económico*, formado – en el sentir de SIEGERT – en parte por principios especiales y en parte por disposiciones de Derecho penal común. Aunque es cierto que el delito ‘económico’ ha tomado grandes proporciones y que, por ello, tiene que merecer la atención de legisladores y juristas como han señalado muchos autores, entre los cuales se encuentra MANHEIN, ello no supone ni la primacia y proliferación de especies delictivas que se contempla en ciertos Códigos de épocas autoritarias, como el italiano de 1939 y el brasileño de 1940, ni tampoco que nos decidamos a constituir un *Derecho penal económico* autónomo, olvidando el origen totalitario de ese supuesto ‘Derecho’ que parecía condenado al ostracismo al imperar los regímenes democráticos. No ha sido así, sin embargo, pues parece salvarse, como parte del Derecho penal administrativo, por el empeño de EBERHARD SCHMIDT, de cuvas convicciones democráticas nadie duda, y por la ley de 26 de julio de 1949 (*Wirtschaftsstrafrechtsgesetz*) dictada en la Alemania occidental, cuya aparente democracia ha hecho pensar que sus leyes han abjurado de toda tendencia totalitaria. Por eso, de buena fe, pero acso con ingenuidad, ha hablado QUINTANO RIPOLLÉS de ‘nueva dogmática del Derecho penal económico’. Con harta razón habla MAURACH de que es preciso evitar que proliferen excesivamente las leyes penales y del retroceso, que considera saludable, de esas disposiciones de Derecho penal económico, hijas de las restricciones de post-guerra que crearon el ‘mercado negro’”.⁵⁹ Diante do fenômeno da *globalização* como modelo social de poder hegemônico, o magistério de JIMÉNEZ DE ASÚA afirmando a salvação do Direito Penal Econômico como parte do Direito Penal Administrativo, encontra-se em cheque.

Realmente não se pode dizer que seja fácil a definição do Direito Penal Econômico. Interessante estudo fazem FIGUEIREDO DIAS e COSTA ANDRADE, procurando uma definição no sentido etimológico de forma a efetuar um plano demarcatório ou delimitado abdicando do que seria uma ambiciosa conceituação, diante da constatação de que o Direito Penal Econômico e sobretudo o conceito correspondente de crime contra a economia são apresentados de maneira diversa na criminologia, na

⁵⁹ *Tratado de Derecho Penal*. 3ª edición. Buenos Aires : Losada, tomo I, 11º-15º millar, 1964, p. 57.

criminalística e na dogmática jurídico-penal. Descartando, de imediato, a definição criminológica pautada no conceito do *White-collar crime* (E. SUTHERLAND), colocando o delito econômico como um tipo de injusto praticado por *peças de escalões sociais superiores*, ou por agentes de determinadas profissões numa atuação específica no âmbito da empresa (F. H. BERKAUER). Para os pensadores lusos, ambas as conceituações são insuficientes e inadequadas, principalmente, à luz de uma perspectiva jurídico-penal ou político-criminal. Assumem a idéia de KLAUS TIEDEMANN quando lecionam que “sem esquecer ainda que a criminologia, mais concretamente a fenomenologia criminal, é pressuposto de uma definição de delito econômico com um mínimo de segurança. Enquanto não houver idéias seguras sobre as formas, frequência etc. da criminalidade econômica, todo o conceito de Direito Penal Econômico será, pelo menos, provisório”.⁶⁰

Os representantes da Escola de COIMBRA, falam da pretensão de conceituação dos delitos econômicos através da criminalística, em virtude da identificação da complexidade em que estão envolvidos, o que ensejaria numa questão de competência, em que os mesmos só poderiam ser investigados e julgados mediante procedimentos especiais, envolvendo corporações policiais e magistrados detentores de conhecimentos apurados acerca da economia e da vida moderna, sempre em apurações envolvendo quantias vultuosas. Seria uma forma qualificada dos crimes patrimoniais, e se apresenta de maneira insatisfatória para uma formulação dogmática e político-criminal. Uma perspectiva, totalmente, inadequada. No entanto, falam que “a não adopção dum critério criminalístico ou criminológico não exclui, porém, o reconhecimento de que, em certos casos, tais critérios assumem grande relevância. É o que acontece, como TIEDEMANN recorda, com os chamados subjectivos, certas qualidades do autor. Assim nos tipos que exigem, v.g., que o agente exerça profissionalmente o comércio, pertença à administração ou conselho fiscal duma empresa ou, inclusivamente, seja uma sociedade comercial”.⁶¹

Ainda, falam sobre a utilização de um critério que vai trazer preocupações à criminologia, que é o critério da *violação da confiança*. Critério este, que coloca a vida econômica como imprescindível para a existência do delito econômico. De igual forma inadequado. Dessa maneira realizam uma crítica direta a GUNTER KAISER, que coloca a *confiança* como um valor fundamental da vida econômica merecedora de tutela penal. Apresentando-se como um critério plausível, os estudos dos autores (B. R. RIMANN, B. NIGGERMEYER e W. ZIRPINS), que dão uma definição ao delito econômico de forma a entender na *violação de confiança* uma ofensa ao bem jurídico denominado *vida econômica* ou *ordem econômica*. Reconhecem que os critérios criminológico, criminalístico ou eclético, desempenham uma importante função nessa construção da definição do Direito Penal Econômico, de maneira a realizar uma aproximação com a realidade que se torna objeto do estudo. No entanto, apontam um outro caminho, “parece-nos, porém, que só numa perspectiva jurídica lograremos uma definição que, além do mais, seja útil num plano de política criminal e de reforma legislativa”.⁶²

A perspectiva jurídica como ponto de partida para a realização de tal definição, não quer significar uma convergência de opiniões. Pois, o pensamento inicial reside no campo do Direito Econômico, disciplina de construção conceitual ampla e extensa, por demais, excessiva. FIGUEIREDO DIAS e COSTA ANDRADE preterem o conceito fornecido ao Direito Econômico como caminho para se chegar a definição de Direito Penal Econômico, por entenderem que “um conceito que já vimos definir: ora como *direito da empresa*, ora como o conjunto de *normas que conformam a economia e regulam o seu processo*, ora como *direito da direcção da economia do Estado*, ora como um simples *espírito particular* de tratamento do direito, como um meio *méthode d'approche* e não como qualquer ramo ou

⁶⁰ “Problemática Geral das Infracções contra a Economia Nacional”. In: PODVAL, Roberto. *Temas de Direito Penal Econômico*. São Paulo : RT, 2000, p. 82.

⁶¹ FIGUEIREDO DIAS e COSTA ANDRADE, op. cit., p. 83.

⁶² Idem, p. 84.

domínio específico do direito”.⁶³ O que se pode entender de tal recusa é que se faz necessário uma conceituação, também, mais delimitada do Direito Económico, “não veríamos quaisquer reservas fundadas em remeter para o Direito Económico desde este se definisse claramente e em termos de tutela de valores fundamentais duma colectividade organizada, valores tão importantes que o próprio Estado se torna o seu portador e promotor. Desde que, em suma, se desse ao Direito Económico o sentido e o conceito tradicional na doutrina germânica. Nesta doutrina, de há muito é pacífico considerar o Direito Económico como o direito da direcção da economia, pelo Estado, como o conjunto das normas através das quais se traduz juridicamente a *intervenção* do Estado na economia – direcção e promoção (v.g. por meio de subvenções). No recurso ao direito penal para tutela destes mesmos valores se traduziria o Direito Penal Económico como defesa penal ‘da economia nacional no seu conjunto ou das suas instituições fundamentais’. Seriam assim delitos económicos os ‘que danificam ou põem em perigo a ordem económica como um todo’. Concretizando, pertenceriam ao Direito Penal Económico todas as normas incriminadoras que se inserem ‘na direcção por parte do Estado dos investimentos, no controle de mercadorias e serviços, no controle dos preços, na luta contra cartéis e práticas restritivas da concorrência e, a partir sobretudo de 1950, na promoção da economia através, principalmente, das subvenções”.⁶⁴

A problemática da definição do Direito Penal Económico é, por demais, árdua e complexa, tendo de maneira direta como fonte do seu surgimento, o Direito Económico. E, tal complexidade, também, tem raízes na dicotomia do *carácter secundário do direito penal* e na *autonomia das normas e dos valores jurídico-penais*. O que quer significar que, a adoção doutrinária tanto de um quanto da outra, resultaria num retrato muito parecido do campo jurídico-penal repressivo. A questão é que no Direito Penal Económico se está diante de *bens jurídicos superindividuais*, o que significa um nítido conflito com os *bens jurídicos individuais* do Direito Penal Clássico. Aparentemente a identificação de uma distinção irrefutável dos bens jurídicos poderia facilitar uma definição completa para o Direito Penal Económico, mas a aparência é falsa. Pois, é esta identificação que provoca na doutrina uma restrição ou expansão do Direito Penal Económico.

Sábua é a lição de FIGUEIREDO DIAS e COSTA ANDRADE lecionando com base na doutrina de KLAUS TIEDEMANN e ENRIQUE BACIGALUPO quando dizem que, “esta idéia leva a dogmática jurídico-penal para um espaço sensivelmente coincidente com aquele a que se chega a partir dum conceito estrito de direito económico. Não que com isto fiquem definitivamente superadas todas as dificuldades de definição. O critério encontrado permite, na sua aplicação prática, a identificação dum *núcleo* fundamental e geralmente reconhecido como Direito Penal Económico – direito penal dos preços, das subvenções, do comércio externo – mas não resolve – à margem de toda dúvida – certas zonas cinzentas. É o que acontece, entre outros casos, com a *protecção da concorrência*: será Direito Penal Económico enquanto defesa da instituição como tal, e já não enquanto punição de formas desleais de concorrência em detrimento dos demais concorrentes. São estas hesitações que permitem que autores, colocados na mesma perspectiva e adoptando o mesmo critério – o da intervenção do Estado –, restrinjam o Direito Penal Económico a um mínimo ou o alarguem exageradamente, de modo a incluir nele a maior parte do direito patrimonial do Código Penal”.⁶⁵ O entendimento dos pensadores lusitanos, é o de reconhecer um *qualitativo* de carácter económico das normas sancionadoras. No entanto, ressalvam que a protecção de tais bens ou interesses não pode restringir-se ao uso do Direito Penal.

Porém, o que não pode ser deixado de lado é a idéia de se construir um *sistema penal económico*, que encontre seu fundamento e legitimidade na Constituição do Estado (em capítulos como: Da Tributação e do Orçamento; Da Ordem Económica e Financeira; e, Da Ordem Social), que é um núcleo ético próprio da condição peculiar de Estado Social e Democrático de Direito Material.⁶⁶ É a idéia da construção do conceito de bem jurídico no Direito Penal Económico, pela busca por um *sistema penal económico* fundado na Constituição do Estado, que represente instrumento limitador do *ius puniendi* que, fundamentalmente, passa pelo momento de *afetação*⁶⁷ desse bem jurídico (envolvendo a tipicidade

⁶³ Idem, ibidem.

⁶⁴ Idem, p. 86-7.

⁶⁵ Idem, p. 87

⁶⁶ RIBEIRO LOPES, M. A. *Teoria Constitucional do Direito Penal...*, cit., p. 729.

⁶⁷ RIBEIRO LOPES citando BAUMANN, op. cit., p. 287.

e a concepção de antijuridicidade) como caracterizadora do injusto. A intenção é buscar uma harmonização concreta da dupla função do bem jurídico, o equilíbrio do referencial *pessoal e social*,⁶⁸ e a condensação de acontecimentos em devir, as chamadas *posições finais*⁶⁹ tão exigidas pelo Estado Social e Democrático de Direito Material. O que caracteriza a ordem econômica (seja na sua manifestação *estricta* ou *ampla*),⁷⁰ como objeto de proteção do Direito Penal Econômico.

O resultado da construção de tal idéia, é a demonstração da Ordem Econômica como bem jurídico fundamental tutelado pela lei penal. Para isso, faz-se necessário traçar um histórico temático da ordem econômica que possibilite a melhor compreensão da criminalidade econômica, enfocando tanto o aspecto criminológico como normativo. Tal propósito poderá – a idéia está longe ser unânime – possibilitar uma definição do delito econômico satisfazendo, assim, a tutela da ordem econômica. A intenção é colher subsídios para apontamento de uma **política criminal** para o Direito Penal Econômico, diante de uma coordenação da atividade econômica nacional e transacional. É a identificação da desregulação ou desregulamentação como forma de um novo modelo de Estado, ao mesmo tempo a constatação de mudanças nas sociedades, nas cadeias produtivas, na ciência e na tecnologia, com atenção especial para o que se denomina de **corpo empresarial globalizado** que não se satisfazendo mais com sua posição nacional ou internacional, amplia sua atuação objetivando uma **atividade econômica planetária**.

A análise dessas categorias de bens jurídicos não pode ser produzida de modo desvinculado, qual fossem situações estanques, desplugadas de um macro-sistema político, ideológico, social e econômico determinante de um particular modelo de intervenção estatal através daquela que – na esfera do direito tradicional –, é a mais incisiva demonstração do poderio estatal sobre o indivíduo, a pena criminal. Ocorre que a criminalidade individual (na sujeição ativa e/ou passiva) é muito mais severamente reprimida do que a de índole econômica (na qual existe necessariamente uma sujeição passiva coletiva e uma despersonalização individual no pólo ativo), o que, por certo aponta para a existência dos grandes paradoxos do direito punitivo.⁷¹

Devem ser outras as regras para determinação do princípio da legalidade pela maior profusão das leis penais em branco e da parcial ruptura da taxatividade de sua estrutura normativa. Outras também devem ser as regras no que tange ao estabelecimento da relação de causalidade, da tipicidade e da própria culpabilidade,⁷² com reflexos na participação e co-autoria delitiva. Igualmente, o sistema de penas exige profunda análise de amoldação dos meios às finalidades. As penas privativas de liberdade são absolutamente inadequadas como molde repressivo para a delinquência econômica, mormente nos casos de reconhecimento da responsabilidade penal da pessoa jurídica. Imperioso estabelecer um novo modelo sancionador.

Tal idéia pode representar um núcleo de *critérios qualitativos*, de maneira a provocar o ressurgimento da discussão envolvendo o Direito Penal e um Direito de mera ordenação social, discussão esta que sempre foi vista como tradição doutrinal de enormes subsídios para uma distinção definitiva. “Com o que nos afrontamos com o problema,

⁶⁸ RIBEIRO LOPES citando CLAUS ROXIN, MUÑOZ CONDE, NAVARRETE, FIGUEIREDO DIAS e TAIPA DE CARVALHO, op. cit., p. 336.

⁶⁹ Referência feita por RIBEIRO LOPES aos últimos estudos de CLAUS ROXIN, op. cit., p. 335.

⁷⁰ Veja-se BAJO FERNANDES, Miguel. BACIGALUPO, Silvina. *Derecho Penal Económico*. Madrid : Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2.001, p. 17.

⁷¹ Tome-se como exemplo que a pena cominada à prática de um crime de furto cometido mediante fraude é o dobro daquela prevista para um crime de falência fraudulenta.

⁷² A Constituição Federal em algumas passagens abre a perspectiva para a responsabilidade penal dos entes coletivos (arts. 173, §§ 4º e 5º, e 225, §3º). Tal espécie de responsabilidade é extremamente recente no direito pátrio e há registro de experiências assim apenas no moderno Código Penal francês (1994) e no sistema do *common law*.

já aflorado, da distinção entre o Direito Penal (Económico) e um *Direito de mera ordenação social* (Económico). Problema que tem vínculos históricos muito estreitos com este setor do direito, porquanto foi no domínio da legislação económica que o problema surgiu e tem sido (quase exclusivamente) no seu âmbito que ele se tem desenvolvido. Este problema da distinção entre um Direito Penal e um Direito de mera ordenação social assenta numa tradição doutrinal que tem acumulado contributos dirigidos à descoberta duma linha clara de distinção. Tais contributos situaram-se durante muito tempo na perspectiva duma diferença qualitativa entre os dois domínios. Perspectiva que tem as suas raízes nos esforços de GOLDSCHMIDT e WOLF e culminaram nos trabalhos de E. SCHMIDT. Falou-se, assim, dum direito que tinha a seu cargo uma função legitimista de proteção de interesses ou bens jurídicos essenciais; falou-se duma *ordem da administração* ao serviço do bem-estar público – contraposta a uma *ordenação jurídica-material* ao serviço da segurança duma esfera individual; falou-se dum ilícito *eticamente indiferente* – contraposto a um ilícito penal radicado na censurabilidade ética; falou-se ainda dum ilícito *construído* e positivo, sem fundamentação ética, contraposto a um ilícito preexistente e meramente *reconhecido* pelo legislador. Todas estas notas, de inequívoco valor tendencial, foram porém perdendo a capacidade como critério *qualitativo* separador de duas realidades essencialmente distintas. E hoje, assiste-se a uma certa tendência para abandonar ou esquecer esta distinção *qualitativa* (radicada na essência dos dois tipos de ilícitos) e trazer ao primeiro plano diferenças formais, processuais etc. (diferenças reveladas no direito positivo) que inequivocamente separam os dois ordenamentos. Aceita-se que se trata de dois regimes jurídicos profundamente diferentes, mas dá-se prevalência na sua distinção a critérios como as sanções, entidades competentes para a sua aplicação, formas processuais. O que significa reconhecer que a inclusão duma infracção num ou noutra dos domínios passa necessariamente pelo critério – e discricionariedade – do legislador. Aceita-se uma distinção de carácter qualitativo ou antes, formal, o que não pode esquecer-se é que o *Direito de mera ordenação social* é, na expressão de E. CORREIA, *um aliud*, uma coisa diferente do Direito Penal. Diferença que emerge em pontos fundamentais como a possibilidade de sancionamento das pessoas colectivas, o carácter específico do processo, o seu sistema de reacções, a natureza *aberta* de muitas de suas tipificações, as instâncias encarregadas da promoção processual e da decisão (...). Este abandono – não sabemos se definitivo –, dum critério *qualitativo* não colide, porém – como já acentuamos –, com o reconhecimento do *Direito de mera ordenação social* como uma realidade *juridicamente* diferente, com um conjunto significativo de especialidades em relação ao *Direito Penal* e com a recepção *adaptada de algumas, das exigências fundamentais daquele direito – legalidade, culpa etc.*”⁷³

O que não pode ser negado é que, assim como a separação prolatada entre a Constituição do Estado e o Direito Penal Clássico – durante épocas –, provocou o surgimento e a efetivação da arbitrariedade exercida pelo poder estatal através dos maus tratos, das penas cruéis, da tortura etc., a separação realizada entre a Constituição do Estado e o Direito Penal Económico – fundamentalmente a partir do início do século XX até os dias atuais –, tem provocado a efetivação da impunidade e a manutenção do nepotismo, em que se constata uma vontade explícita, por parte da maioria dos integrantes do poder político, dos representantes do judiciário e dos estudiosos do Direito, em efetivar esta separação de maneira que se concretize em divórcio definitivo, para uma argumentação de inconstitucionalidade sempre acolhida. “Aliás, FERRI já apregoava menos justiça penal, mais justiça social. Trazido à nossa realidade, o aforismo ficaria melhor expresso nos seguintes termos: justiça penal para a grande criminalidade – a criminalidade económica – justiça social para a criminalidade clássica – a criminalidade dos pobres. Portanto, não se pode olvidar que o ataque à ordem económico-financeira, colocada, pela Constituição, nos seus artigos 170 e 192, a serviço da justiça social e dos interesses da coletividade, é causa de desajuste social (por sua vez causa da criminalidade enfurecida), obstáculo à consecução dos fins primordiais do Estado, registrados, através de normas-objetivo, no texto constitucional”⁷⁴.

A propositura apresentada aqui é de natureza de transporte, uma transferência da teoria zafaroniana de uma *resposta marginal*. A finalidade objetivada com tal propositura é a sua realização em uma outra esfera, ou seja, uma resposta marginal económica. Por se estar inserido no núcleo da marginalização do poder global económico, para uma definição do Direito Penal Económico, faz-se necessário uma *resposta marginal económica*. “Evidentemente, em nossa região marginal não dispomos de ‘elites do

⁷³ FIGUEIREDO DIAS e COSTA ANDRADE, op. cit., p. 88-90.

⁷⁴ CARVALHO, M. D. L. *Da fundamentação Constitucional do Direito Penal ...*, cit., p. 91.

pensamento' pagas para elaborar respostas teóricas. Com a elaboração e a completitude lógica das respostas centrais, nossas respostas marginais sempre aparecerão como defeituosas. Como dependemos de referências teóricas centrais e de seus elementos, torna-se demasiadamente titânica a tentativa de criar algo semelhante a um marco teórico que permita uma aproximação da nossa realidade. Esta dependência nos obriga a lançar mão desses elementos, selecionando-os e combinando-os de acordo com algum critério que, em nosso caso, nos permita 'ver' os componentes teóricos – ou úteis –, necessários para hierarquizar e defender a *vida humana* e a *dignidade do homem*".⁷⁵ Trata-se de uma necessidade inquestionável da formulação de um *realismo marginal econômico*, que não é de fácil construção, mas também, não é impossível.

A busca por uma definição do Direito Penal Econômico, não passa pela finalidade da realização de justiça, como sempre foi entendido no Direito Penal Clássico, e que já a partir da segunda metade do século XX fora abandonada. O próprio Direito Penal contemporâneo⁷⁶ renunciou a *busca pela justiça* diante da constatação de um novo modelo social. A existência de um poder hegemônico global. As discussões acerca do poder/dever de punir – em matérias de biotecnologia; econômica; ambiental; consumidor; relações de trabalho; propriedade intelectual; concorrência: livre e desleal; formas de tráfico (órgãos, mulheres e crianças); sistemas de informação e transferência de dados; contra o Estado Democrático; crime organizado e transnacional etc. –, não reside no núcleo metafísico. A busca por um fundamento de punir no campo do Direito Penal Econômico tem de ser entendida como um imperativo social da continuidade da existência da humanidade.

Mesmo no campo do Direito Penal Clássico, numa visão contemporânea, antecipando-se ao seu tempo, já no século XIX – antes de qualquer um outro –, TOBIAS BARRETO formulara uma *resposta marginal* para o fundamento do *ius puniendi*, afirmando que o fundamento de punir não é *filosófico, nem jurídico, mas político*. Dissertando sobre o *Fundamento do Direito de Punir*, escreve o insigne representante da Escola do RECIFE, “há homens que têm o dom especial de tornar incompreensível as coisas mais simples deste mundo, e que ao conceito mais claro que se possa formar esta ou aquela ordem de fatos, sabem dar sempre uma feição pelo qual o axioma se converte de repente num enigma da esfinge. A esta classe pertencem os metafísicos do direito, que ainda na hora presente encontram não sei que delícia na discussão de problemas insolúveis, cujo manejo nem sequer tem a vantagem comum a todos os exercícios de *equilibrística*, isto é, a vantagem de se aprender a cair com certa graça. No meio de tais questões sem saída, parvamente suscitadas, e ainda mais parvamente resolvidas, ocupa lugar saliente a célebre questão da *origem e fundamento de punir*. É uma espécie de advinha, que os mestres crêem-se obrigados a propor aos discípulos, acabando por ficarem uns e outros no mesmo estado de perfeita ignorância, o que aliás não impede que os ilustrados doutores, na posse das soluções convencionadas, sintam-se tão felizes e orgulhosos, como os padres do Egito a respeito dos seus hieróglifos. Eu não sou um daqueles, é bom notar, não sou um daqueles, que julgam fazer ato de adiantada cultura científica, elidindo e pondo de parte todas as questões de caráter másculo e sério, sob o pretexto de serem outras tantas bolhas de sabão teóricas, outros tantos quadros de fantasmagoria metafísica. **É preciso não confundir a impossibilidade de uma solução com a incapacidade de leva-la a efeito.** A metafísica não é, por si só, um motivo suficiente de menosprezo ou de indiferença para com certos assuntos (...). O direito de punir é um conceito científico, isto é, uma fórmula, uma espécie de notação algébrica, por meio da qual a ciência designa o fato geral e quase quotidiano da imposição de penas aos criminosos, aos que perturbam e ofendem, por seus atos, a ordem social (...). A indagação da origem do direito de punir é um fenômeno sintomático, de natureza idêntica ao da velha pesquisa psicológica da origem das idéias. E, coisa singular, estas duas manias tornaram-se epidêmicas numa mesma época, em tempos doentios de ilusões e divagações metafísicas (...). O direito de punir, como em geral todo o direito, como todo e qualquer fenômeno da ordem física ou moral, deve ter um princípio; mas é um princípio histórico, isto é, um primeiro momento na série evolucionar do sentimento que se transforma em idéia, e do fato que se transforma em direito. Porém essa base histórica ou antes pré-histórica, considerada em si mesma, explica tampouco o estado atual do instituto da pena, como o embrião explica o homem, como a semente a árvore (...). Os criminalistas que ainda se julgam obrigados a fazer exposição dos diversos engendrados para explicar o direito de punir, o fundamento

⁷⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. Tradução por VÂNIA ROMANO PEDROSA e AMIR LOPES DA CONCEIÇÃO. Rio de Janeiro : Revan, 1991, p. 160-1.

⁷⁶ Veja-se ARAÚJO JÚNIOR, João Marcelo de. “O Direito Penal Contemporâneo: fundamentos”. Disponível na internet: <http://www.femperj.org.br/>, 28.08.2002.

jurídico e o fim racional da pena, cometem um erro, quando na frente da série colocam a *vindita*. Porquanto a *vindita* não é um sistema; não é, como a defesa direta ou indireta, e as demais fórmulas explicativas ideadas pelas teorias *absolutas, relativas e mistas*, um modo de conceber e julgar de acordo com esta ou aquela doutrina abstrata, o instituto da pena; a *vindita* é a pena mesma, considerada em sua origem de fato, em sua gênese histórica, desde os primeiros esboços de organização social, baseada na comunhão de sangue e na comunhão de paz, que naturalmente se deram logo depois do primeiro albor da consciência humana, logo depois que o *pithecanthrope* falou ... *et homo factus est* (...). A combinação binária da *justiça moral* com a *justiça social*, que se costuma dar como uma solução satisfatória do problema da penalidade, eu deixo aos **metaquímicos do direito**, que conhecem perfeitamente a natureza daqueles dois *sais* e as proporções exatas, em que eles devem ser combinados, a tarefa de explicá-la e demonstra-la perante os seus discípulos, dignos de melhores mestres (...). **O conceito da pena não é um conceito jurídico, mas um conceito político.** Este ponto é capital. O defeito das teorias correntes em tal matéria consiste justamente no erro de considerar a pena como uma consequência de direito, logicamente fundada; erro que é especulado por um certo humanitarismo sentimental, a fim de livrar o malfeitor do castigo merecido ou pelo menos torna-lo mais brando. Como consequência lógica do direito, a pena pressupõe a imputabilidade absoluta, que entretanto nunca existiu, que não existirá jamais. O sentimentalismo volve-se contra este lado fraco da doutrina, combatendo a imputabilidade em todo e qualquer grau. Para isso lança mão de razões, psiquiátricas, históricas, pedagógicas, sociais e estatísticas; e todas estas razões é força confessar, são de uma perfeita exatidão. Mas isto na hipótese da pena regulada pela medida do direito, o que é de todo inadmissível, porque é de todo inexecutável (...). **Quem procura o fundamento jurídico da pena deve também procurar, se é que já não encontrou, o fundamento jurídico da guerra.** Que a pena, considerada em si mesma, nada tem que ver com a idéia do direito, prova-o de sobra o fato de que ela tem sido muitas vezes aplicada e executada em nome da religião, isto é, em nome do que há mais alheio à vida jurídica. Em resumo, todo o direito penal positivo atravessa regularmente os seguintes estádios: primeiro, domina o princípio da *vindicta* privada, a cujo lado também se faz valer, conforme o caráter nacional, ou etnológico, a expiação religiosa; depois, como fase transitória, aparece a *compositio*, a acomodação daquela vingança por meio da multa pecuniária; e logo após um sistema de direito penal público e privado; finalmente, vem o domínio do direito social de punir, estabelece-se a princípio da punição pública (...). E ao concluir, para ir logo de encontro a qualquer censura, observarei que de propósito deixei de lado a questão do melhoramento e correção do criminoso por meio da pena, porque isto pertence à questão metafísica da *finalidade penal*, que é ociosa, além do mais, pela razão bem simples de que **a sociedade, como organização do direito, não compartilha com a Escola e com a Igreja da difícil tarefa de corrigir e melhorar o homem moral.** Aqui termino; o que deixo escrito é bastante para dar a conhecer o meu modo de pensar em tal assunto”.⁷⁷

A discussão em que está envolvido o poder/dever de punir na esfera – de biotecnologia; econômica; ambiental; consumidor; relações de trabalho; propriedade: intelectual e industrial; concorrência: livre e desleal; formas de tráfico (órgãos, mulheres e crianças); sistemas de informação e transferência de dados; contra o Estado Democrático; crime organizado e transnacional etc. –, da nova criminalidade, discussão esta pautada na busca por uma definição determinada, infalível, uma fórmula matemática, para o exercício do *ius puniendi*, é o desejo mais profundo dos teóricos positivistas, em revelar à humanidade (com um grau de certeza incontestável) quem é o pai de Deus. A definição do Direito Penal Econômico para o exercício do *ius puniendi*, com base nas determinações da Constituição do Estado – Título VII – Da Ordem Econômica e Financeira; e, Título VIII – Da Ordem Social –, no atual momento da história da humanidade, o direito que a nação/sociedade exerce com a sua punição quer significar, justamente, o exercício do direito de *legítima defesa*.

5. Considerações conclusivas

O Direito Econômico e o conseqüente Direito Penal Econômico da era pós-moderna e contemporânea de final de século e começo de novo milênio, representa algo totalmente diferente daquele fenômeno surgido no início do século XX objeto de estudos dos filósofos alemães. O que antes era possível, atualmente já não o é mais, o propósito de estabelecer um conceito imutável seja do Direito Econômico ou do Direito Penal Econômico é algo realistamente não recomendável. O que antes não se admitia,

⁷⁷ *Estudos de Direito: Parte II – Direito Criminal: fundamento do direito de punir*. Campinas : Bookseller, 2000, p. 163-180 (negrito e grifos nosso).

como uma propositura de autonomia da ciência penal econômica, hoje é pauta de discussão acadêmica e doutrinária, como também representa preocupação da formulação político-criminal e da dogmática jurídico-penal. E mais do que nunca, identifica-se um déficit de investigação criminológica (inter) nacional do fenômeno penal econômico, que o mantém ligado a terminologias vazias como: direito penal do mundo dos negócios, criminalidade empresarial, criminalidade econômica, criminalidade moderna, criminalidade organizada, criminalidade de empresa, a criminalidade do *White collar* etc.

A sua identificação remota, com o surgimento do que ficou conhecido como sendo Direito Penal *extravagante, acessório* ou *secundário*, que também é chamado de *direito penal administrativo*, não comporta mais tal conceituação numa visão global do Direito Penal Econômico, corroborando a idéia de EDUARDO CAVALCANTI,⁷⁸ *a problemática do fenômeno penal econômico não pode ser submetida a uma análise divorciada dos demais temas jurídico-penais de relevante conflagração*, que estabelecem atualmente pontos fundamentais de discordância entre o Direito Penal Clássico e o Direito Penal Econômico, não é admissível um exame desprovido do ambiente contextual, sobretudo das condições culturais e sociais.

A problemática do fenômeno penal econômico, assim como da sociedade moderna é de extrema complexidade. Pois, por primeiro, requer-se a constatação de uma existente não-subordinação da política criminal frente à dogmática jurídico-penal. Como sustentado por FIGUEIREDO DIAS,⁷⁹ *a primeira sendo vista como a ciência que delimitou seu objeto a partir do que já foi especificado pelo Direito Penal, gozando, portanto, atualmente de uma posição de autonomia e transcendência em relação ao domínio jurídico-criminalmente relevante*. Na atualidade o que se tem é uma relação de igualdade (política criminal e dogmática jurídico-penal) de importância para a ciência penal, cada uma com a sua tarefa peculiar, mas associativa; por segundo, daí resultar um retrato *dos tópicos filosófico-jurídicos do Direito Penal Moderno* (EDUARDO CAVALCANTI). Tal relação de igualdade fazendo exteriorizar os pontos fundamentais do Direito Penal a partir da Modernidade. Torna-se um processo evolutivo, já que se identifica uma relação genética entre Modernidade e Pós-Modernidade.

A Pós-Modernidade exercendo influência direta sobre o Direito Penal Econômico, num destaque da maneira pela qual esse novo paradigma filosófico atinge as nuances conflituosas (sistemas: clássico e moderno), desse fenômeno que tem sido denominado de ramo específico do Direito Penal, precipuamente daquelas questões destacadas da dogmática jurídico-penal. O que faz amarrar um ponto de fundamental importância identificado nas relações intrínsecas (criminologia, política criminal e dogmática jurídico-penal) entre Modernidade e Direito Penal Econômico, com a conseqüente identificação do surgimento do Tecnicismo Jurídico.

Todo esse arcabouço faz determinar a importância do Direito Penal Econômico na nova era, impõe à doutrina e à legislação um reexame constante e periódico (geralmente voltado para a ampliação) do seu conceito; provocou o surgimento da terceira geração de bens jurídicos, não mais individual ou social, mas coletivo e difuso; acrescentou contributos de fundamentação aos aspectos de constitucionalidade das espécies delituosas de perigo, mais precisamente dos delitos de perigo abstrato; faz determinar de uma vez por todas o Direito Penal Econômico como objeto de investigação interdisciplinar, envolvendo criminologia, dogmática e sociologia-jurídica.

⁷⁸ *Pós-Modernidade e Direito Penal Econômico*. Monografia apresentada no curso de especialização em Direito Penal Econômico – Instituto Brasileiro de Ciências Criminais e Instituto de Direito Penal Econômico e Europeu da Universidade de Coimbra. São Paulo : IBCCRIM/IDPEE, 2001.

⁷⁹ “O comportamento criminal e a sua definição: o conceito material de crime”. *Questões fundamentais do Direito Penal revisitadas*. São Paulo : RT, 1999.

Os instrumentos fornecidos pelo Direito Penal Clássico – para um combate à criminalidade moderna –, são identificados e demonstram um verdadeiro estado de hipertrofia, o que provoca uma preocupação por parte das instâncias operacionais (agências policiais, advocacia, magistério jurídico, ministério público, magistratura etc.) do Direito Penal. Surge, então, uma visão do Direito Penal Econômico no campo da realidade estatal e econômica do mundo globalizado, enxergando sua problemática (sistema dualista) residindo seja na autonomia ou nas possibilidades de conversações, que têm recebido da doutrina às terminologias de: *expansão sem freios da intervenção penal* (GIORGIO MARINUCCI e EMILIO DOLCINI⁸⁰ e KLAUS LUDERSSEN)⁸¹; *expansão moderada da intervenção penal* (SILVA SÁNCHEZ),⁸² *função exclusiva de proteção subsidiária aos bens jurídicos fundamentais e defesa dos direitos, liberdades e garantias das pessoas* (FÉLIZ HERZOG,⁸³ HASSEMER⁸⁴ e FIGUEIREDO DIAS),⁸⁵ ou ainda a chamada *ordenação social* imbuída em garantir a paz, a continuação da existência humana e a conservação da liberdade (CLAUS ROXIN).⁸⁶ O posicionamento adotado no presente trabalho dissertativo, como iniciação de uma construção teórico-doutrinária, foi o do entendimento do Direito Penal Econômico como disciplina autônoma.

Procurou-se, objetiva e especificamente demonstrar de forma doutrinária a autonomia do Direito Penal Econômico, com a estipulação de pontos teóricos fundamentais como: a demonstração da racionalidade da Teoria do Direito Penal Econômico numa comprovação de sua indispensabilidade para o sistema legislativo global, determinando a separação definitiva entre Direito Penal Econômico e Direito Penal Clássico, a emissão de uma *Carta de Alforria* para o Direito Penal Econômico, seja pelo bem jurídico protegido, seja pelas estruturas internas, seja pelos desideratos penais tradicionais de prevenção e repressão; a demonstração da especial legalidade dos delitos econômicos numa diferenciação irrefutável com os delitos clássicos, envolvendo aceitação das normas penais em branco, interpretação analógica, ruptura do princípio da taxatividade, qualidade de bem jurídico tutelado etc.; uma definição das estruturas clássicas do Direito Penal em seu novo perfil, no estabelecimento de um conceito dinâmico, atual e próprio para legalidade, tipicidade, ilicitude, culpabilidade, concurso de pessoas, penas e seus substitutivos.

A comprovação é a de que não existe mais um Direito Penal Econômico nacional, num momento de desenvolvimento e expansão de um *poder planetário* (ZAFFARONI), fundado nos objetivos da globalização econômica, constata-se que a existência do Direito penal Econômico é internacional, a criminalidade econômica não enxerga fronteiras. A demonstração é a da ausência de um exame criminológico (inter) nacional, de uma política criminal e sua conseqüente dogmática jurídico-penal no

⁸⁰ Diritto penale ‘minimo’ e nuove forme di criminalità. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, anno XLII, fasc. 3, p. 802-20, luglio/settembre, 1999.

⁸¹ El derecho penal entre el funcionalismo y el pensamiento vinculado a los principios “europeus tradicionales” O: adiós al derecho penal “europeu tradicional”. Traducción de MANUEL CANCIO MELIÁ. *Cuadernos de Dctrina y Jurisprudencia penal*, Buenos Aires, nº 9, p. 59-94, mayo, 1995.

⁸² *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Madrid: Civitas, 1999.

⁸³ Algunos riesgos del Derecho Penal del riesgo. *Revista Penal*, nº 4, Huelva-Salamanca-Castilla-La Mancha, Praxis, p. 54-57, 1999.

⁸⁴ “Perspectivas del Derecho penal futuro”. Tradución de ENRIQUE ANARTE BORRALLO. *Revista Penal*, Huelva-Salamanca-Castilla-La Mancha, ano 1, nº 1, p. 37-41, janeiro, 1998. “Crítica al derecho penal de hoy”. Tradução por P. S. ZIFFER. Bogotá: Universidad Externato de Colômbia, 1998.

⁸⁵ “O Direito Penal entre a “Sociedade Industrial” e a “Sociedade do Risco””. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 9, nº 33, p. 38-65, jan./mar., 2001. “Para uma dogmática do direito penal secundário. Um contributo para a reforma do direito penal econômico e social português”. In: PODVAL, Roberto. *Temas de Direito Penal Econômico*. São Paulo: RT, 2000.

⁸⁶ “Problemas atuais da política criminal”. *Revista Ibero-Americana de Ciências Penais*, Porto Alegre, vol. 2, fasc. 4, p. 11-18, set./dez., 2001.

sentido da criação de um *sistema penal econômico* organizado e de caráter transnacional, que fez do século XX o *século do crime* (JOSÉ ARBEX JR. e CLAUDIO JULIO TOGNOLLI)⁸⁷ econômico, o inevitável reconhecimento da existência de uma *globalização do crime* (JEFFREY ROBINSON)⁸⁸ econômico. Surgindo, como desafio a criação de um *sistema penal econômico constitucional* fundado na Constituição do Estado, e a criação de organismos internacionais com base na universalidade da jurisdição.

O Direito Penal Econômico diante do processo de globalização da economia e da formação dos blocos de integração regional, obriga à identificação de uma aproximação ou contaminação dos sistemas jurídicos. É o caso do embate clássico travado entre os princípios *societas delinquere non potest* e *societas delinquere potest*, que envolve a responsabilidade penal dos entes coletivos representando tema polêmico na doutrina e no ordenamento jurídico pátrios. Representa uma tradição do direito anglo-saxão e do sistema do *common law*, que se espalha pelos sistemas ocidentais de forma a representar uma necessidade irrenunciável para os próximos decênios de anos.

Em outras palavras, quer significar o *Direito Penal Econômico como Direito Penal da Empresa delimitado* (ASTOLFO DI AMATO⁸⁹ e TERRADILLOS BASOCO),⁹⁰ representando passo fundamental para a criação do *sistema penal econômico constitucional* nos países ocidentais. Aqui, pode-se identificar perfeitamente os *dogmas* do sistema penal clássico na visão do garantismo de que não existe um *ius puniendi* (LUIGI FERRAJOLI⁹¹ e VICENTE GRECO FILHO),⁹² tratando-se de um dever do Estado reparar a situação originária, que não reconhece uma teoria para o Direito Penal Econômico e outra para o Direito Penal Clássico, começando pela admissão ou não da responsabilidade penal da pessoa jurídica; o enfoque da responsabilidade penal: objetiva e subjetiva; a utilização ou não da imputação objetiva num âmbito extremamente propício etc. .

A sociedade do terceiro milênio, é uma *sociedade de riscos acentuados* (NIKLAS LUHMANN,⁹³ ANTHONY GIDDENS,⁹⁴ ULRICH BECK⁹⁵ e JEAN GIMPEL),⁹⁶ representada pela insegurança jurídica extremada, pela composição de *sujeitos passivos* (SILVA SÁNCHEZ), pela inevitabilidade do processo de globalização da economia na formação dos blocos regionais. É uma sociedade da integração supranacional, inaugura a *era da incerteza* (KENNETH GALBRATH,⁹⁷ ERIC ROBSBAWN⁹⁸ e ILYA PRIGOGINE),⁹⁹ da minimização dos deveres do Estado e do fim da soberania na formulação clássica do conceito. Mas também, presencia a sua subdivisão no embate entre *civilização capitalista* versus *civilização comunitária*, que quer representar os modelos de sociedade

⁸⁷ *O Século do Crime*. São Paulo : BoiTempo, 2000.

⁸⁸ *A globalização do crime*. Tradução por RICARDO INOJOSA. Rio de Janeiro : Ediouro, 2001.

⁸⁹ *Diritto Penal dell'Impresa*. Milano : Giuffrè, 1995.

⁹⁰ *Derecho Penal de la Empresa*. Madrid : Trotta, 1.995. *Empresa y Derecho Penal*. Buenos Aires : Ad-Hoc, 2001.

⁹¹ *Derecho y Razón: teoría del garantismo penal*. Madrid : Trotta, 1995.

⁹² Curso de Pós-Graduação. Disciplina “Crimes contra a Ordem Tributária”. São Paulo : Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – FADUSP, aula de 17 de abril de 2.002.

⁹³ *Procedimenti giudici e legittimazione sociale*. Milano : Giuffrè, 1995.

⁹⁴ *O mundo na era da globalização*. Tradução de SAUL BARATA. Lisboa : Editorial Presença, 2000.

⁹⁵ *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*. Traducción de JORGE NAVARRO, DANIEL JIMÉNEZ e MARIA ROSA BORRÁS. Barcelona : Ediciones Paidós Ibérica, 1998.

⁹⁶ *A Revolução Industrial da Idade Média*. 3ª edição. Lisboa : Publicações Europa-América, 2001.

⁹⁷ *A Era da Incerteza*. Tradução por F. R. NICKELSEN. 9ª edição. São Paulo : Pioneira, 1998.

⁹⁸ *A Era das Revoluções (1789-1848)*. Tradução por MARIA TEREZA LOPES TEIXEIRA e MARCOS PENCHEL. 12ª edição. Rio de Janeiro : Paz e Terra, 2000.

⁹⁹ *O fim das certezas: tempo, caos e as leis da natureza*. Tradução por ROBERTO LEAL FERREIRA. 3ª edição. São Paulo : UNESP, 1996.

fechada (capitalista) e sociedade aberta (comunitária) (KONDER COMPARATO),¹⁰⁰ sendo que os modelos são incompatíveis.

6. Indicações bibliográficas

- AFTALIÓN, Enrique. *Tratado de derecho penal especial*. Buenos Aires : Ediar, 1963.
- ARAÚJO JÚNIOR, João Marcelo de. “Os crimes contra o sistema financeiro no esboço da nova parte especial do Código Penal de 1994”, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 3, nº 11, p. 145-165, jul/set., 1995.
- _____, *Dos crimes contra a ordem econômica*. São Paulo : RT, 1995.
- _____, O Direito Penal Contemporâneo: fundamentos. Disponível na internet: <http://www.femperj.org.br/>, 28.08.2002.
- ARBEX JR., José. JULIO TOGNOLLI, Cláudio. *O Século do Crime*. São Paulo : BoiTempo, 2000.
- BAJO FERNANDES, Miguel. BACIGALUPO, Silvina. *Derecho Penal Económico*. Madrid : Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2.001.
- BARBERO SANTOS, Marino. *A reforma penal: ilícitos penais econômicos*. Rio de Janeiro : Forense, 1987.
- BARRETO, Tobias. *Estudos de Direito: Parte II – Direito Criminal: fundamento do direito de punir*. Campinas : Bookseller, 2000.
- BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 4ª edição. Rio de Janeiro : Revan, 2001.
- BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*. Tradución de JORGE NAVARRO, DANIEL JIMÉNEZ e MARIA ROSA BORRÁS. Barcelona : Ediciones Paidós Ibérica, 1998.
- BINETTI, Saffo Testoni. Iluminismo In: BOBBIO, Norberto, MATTEUCCI, Nicola, e PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. 5ª edição. Brasília : Edunb, 1993.
- CABRAL DE MONCADA, Luís S. *Direito Económico*. 3ª edição. Coimbra : Coimbra Editora, 2000.
- CASTILHO, Ela Wiecko V. de. *O controle penal nos crimes contra o sistema financeiro nacional: Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986*. Belo Horizonte : Del Rey, 1998.
- CAVALCANTI, Eduardo Medeiros. *Pós-Modernidade e Direito Penal Económico*. Monografia apresentada no curso de especialização em Direito Penal Económico – Instituto Brasileiro de Ciências Criminais e Instituto de Direito Penal Económico e Europeu da Universidade de Coimbra. São Paulo : IBCCRIM/IDPEE, 2001.
- DI AMATO, Astolfo. *Diritto Penal dell'Impresa*. Milano : Giuffrè, 1995.
- FARIA COSTA, José Francisco de. O fenômeno da globalização e o direito penal econômico. *Apud SILVA FRANCO, A. “Globalização e criminalidade dos poderosos”*. In: PODVAL, Roberto. *Temas de Direito Penal Económico*. São Paulo : RT, 2000.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón: teoría del garantismo penal*. Madrid : Trotta, 1995.
- FERRO, Marc. *História das Colonizações: das conquistas às independências – séculos XIII a XX*. Tradução por ROSA FREIRE D’AGUIAR. São Paulo : Companhia das Letras, 1996.
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. O comportamento criminal e a sua definição: o conceito material de crime. *Questões fundamentais do Direito Penal revisitadas*. São Paulo : RT, 1999.
- _____, O Direito Penal entre a “Sociedade Industrial” e a “Sociedade do Risco”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 9, nº 33, p. 38-65, jan./mar., 2001.

¹⁰⁰ Curso de Pós-Graduação. Disciplina Ética e Direito. São Paulo : Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – FADUSP, aula de 27 de junho de 2.002.

- _____, Para uma dogmática do direito penal secundário. Um contributo para a reforma do direito penal económico e social português. In: PODVAL, Roberto. *Temas de Direito Penal Económico*. São Paulo : RT, 2000.
- _____, COSTA ANDRADE, Manuel da. Problemática Geral das Infracções contra a Economia Nacional. In: PODVAL, Roberto. *Temas de Direito Penal Económico*. São Paulo : RT, 2000.
- FLORA, Giovanni. “Il rilievo dei principi costituzionali nei manuali di diritto penale”. In: *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. Padova : Cedam, 1994.
- GALBRATH, Kenneth. *A Era da Incerteza*. Tradução por F. R. NICKELSEN. 9ª edição. São Paulo : Pioneira, 1998.
- GIDDENS, Anthony. *O mundo na era da globalização*. Tradução de SAUL BARATA. Lisboa : Editorial Presença, 2000.
- GIMPEL, Jean. *A Revolução Industrial da Idade Média*. 3ª edição. Lisboa : Publicações Europa-América, 2001.
- GRECO FILHO, Vicente. Curso de Pós-Graduação. Disciplina “Crimes contra a Ordem Tributária”. São Paulo : Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – FADUSP, aula de 17 de abril de 2.002.
- HASSEMER, Winfried. Perspectivas del Derecho Penal futuro. *Revista Penal*, vol. 1, Huelva-Salamanca-Castilla-La Mancha, Práxis, p. 37-41, jan., 1998.
- _____, Crítica al derecho penal de hoy. Tradução por P. S. ZIFFER. Bogotá : Universidad Externato de Colômbia, 1998.
- HERZOG, Félix. “Algunos riesgos del Derecho Penal del riesgo”. *Revista Penal*, nº 4, Huelva-Salamanca-Castilla-La Mancha, Praxis, p. 54-57, 1999.
- JAKOBS, Gunther. *Derecho penal – Parte general: fundamentos y teoria de la imputación*. Madrid : Marcial Pons, 1997.
- JESCHECK, Hans. *Tratado de derecho penal*. Barcelona : Bosch, 1981.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Tratado de Derecho Penal*. 3ª edición. Buenos Aires : Losada, tomo I, 11º-15º millar, 1964.
- KARDEC DE MELLO, “Direito Penal Económico: origem do direito penal econômico”. *Revista CCJ*, Florianópolis, ano 2, nº 3, p. 120, 1º semestre, 1981.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Coimbra : Armênio Amado, 1984.
- KONDER COMPARATO, Fábio. Curso de Pós-Graduação. Disciplina “Ética e Direito”. São Paulo : Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – FADUSP, aula de 27 de junho de 2.002.
- LIMA DE CARVALHO, Márcia Dometila. *Da Fundamentação Constitucional do Direito Penal Económico e da Relevância do Crime Económico e Ambiental*. São Paulo, 1990. Tese (Doutorado em Direito Penal) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – FADUSP.
- LUDERSSEN, Klaus. El derecho penal entre el funcionalismo y el pensamiento vinculado a los principios “europeus tradicionales” O: adiós al derecho penal “europeu tradicional”. Traducción de MANUEL CANCIO MELIÁ. *Cuadernos de Dctrina y Jurisprudencia penal*, Buenos Aires, nº 9, p. 59-94, mayo, 1995.
- LUHMANN, Niklas. *Procedimenti giudici e legittimazione sociale*. Milano : Giuffrè, 1995.
- LYRA FILHO, Roberto. *Criminologia*. Rio de Janeiro : Forense, 1964.
- MANTOVANI, Ferrando. *Diritto penale – Parte generale*. Padova : Cedam, 1980.
- MARINUCCI, Giorgio. DOLCINI, Emilio. Diritto penale minimo e nuove forme di criminalità. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, ano XLII, fasc. 3, p. 802-820, jul/set, 1999.
- MÉSZÁROS, István. “Programa Roda Viva”. São Paulo : TV Cultura, Canal 2, às 22h30min, 08 de julho de 2.002.
- _____, *Para além do capital – rumo a uma teoria da transição*. Tradução por PAULO CÉSAR CASTANHEIRA e SÉRGIO LESSA. São Paulo : BoiTempo, 2002.

- NUSDEO, Fábio. *Curso de Economia – Introdução ao Direito Econômico*. 2ª edição. São Paulo : RT, 2000.
- _____, *Fundamentação para uma Codificação do Direito Econômico*. São Paulo : RT, 1995.
- NUVOLONE, Pietro. *O sistema do direito penal*. Tradução por ADA PELLEGRINI CRINOVER. Notas por RENÉ ARIEL DOTTI. São Paulo : RT, 1981.
- PAULA ZOMER, Ana. e SICA, Leonardo. “Formação da Rede Latino-Americana de Política Criminal”. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM*, ano 10, nº 116, julho, 2.002.
- PEDRO PIMENTEL, Manuel. *Direito Penal Econômico*. São Paulo : RT, 1973.
- PEREIRA DOS SANTOS, Gerson. *Direito Penal Econômico*. São Paulo : Saraiva, 1981.
- PRIGOGINE, Ilya. *O fim das certezas: tempo, caos e as leis da natureza*. Tradução por ROBERTO LEAL FERREIRA. 3ª edição. São Paulo : UNESP, 1996.
- RAMONET, Ignácio. “L’an 2000. Le Monde Diplomatique”, nº 549, Paris, p. 1, dez., 1999. *Apud SILVA FRANCO, A. “Globalização e criminalidade dos poderosos”*. In: PODVAL, Roberto. *Temas de Direito Penal Econômico*. São Paulo : RT, 2000.
- RIBEIRO LOPES, Maurício Antonio. *Teoria Constitucional do Direito Penal*. São Paulo : RT, 2000.
- _____, *Princípios Políticos do Direito Penal*. São Paulo : RT, 1999.
- ROBINSON, Jeffrey A *globalização do crime*. Tradução por RICARDO INOJOSA. Rio de Janeiro : Ediouro, 2001.
- ROBSAWN, Eric. *A Era das Revoluções (1789-1848)*. Tradução por MARIA TEREZA LOPES TEIXEIRA e MARCOS PENCHEL. 12ª edição. Rio de Janeiro : Paz e Terra, 2000.
- ROSSI, Pelegrino. *Lineamenti di diritto penale e costituzionale*, Palermo, 1953.
- ROXIN, Claus. Problemas atuais da política criminal. *Revista Ibero-Americana de Ciências Penais*, Porto Alegre, vol. 2, fasc. 4, p. 11-18, set./dez., 2001.
- SANTORO, Arturo. *Manuale di diritto penale*. Torino : UTET, 1938.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesus-Maria. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Madrid: Civitas, 1999.
- TERRADILLOS BASOCO, Juan Maria. *Derecho Penal de la Empresa*. Madrid : Trotta, 1.995.
- _____, *Empresa y Derecho Penal*. Buenos Aires : Ad-Hoc, 2001.
- TOURAINÉ, Alain. *Igualdade e Diversidade – o sujeito democrático*. Tradução por MODESTO FLORENZANO. São Paulo : EDUSC, 1998.
- _____, Programa Roda Viva. São Paulo : TV Cultura, Canal 2, às 22h30min, 24 de abril de 2.002.
- VIEIRA, Liszt. *Os argonautas da cidadania: a sociedade civil na globalização*. Rio de Janeiro : Record, 2001.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. Tradução por VÂNIA ROMANO PEDROSA e AMIR LOPES DA CONCEIÇÃO. Rio de Janeiro : Revan, 1991.
- _____, *Sistemas penales y derechos humanos en América Latina*. Buenos Aires : Depalma, 1984.