

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO PARANÁ
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
DOUTORADO**

DANIEL ADDOR SILVA

**LEGITIMAÇÃO CONSTITUCIONAL DO DIREITO PENAL ECONÔMICO:
ELEMENTOS PARA INTERPRETAÇÃO DE UM DIREITO PENAL EM SINTONIA COM A
ECONOMIA DE MERCADO**

CURITIBA

2012

DANIEL ADDOR SILVA

**LEGITIMAÇÃO CONSTITUCIONAL DO DIREITO PENAL ECONÔMICO:
ELEMENTOS PARA INTERPRETAÇÃO DE UM DIREITO PENAL EM SINTONIA COM A
ECONOMIA DE MERCADO**

Tese apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Doutor em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da PUCPR.

Orientador: Prof. Dr. Rodrigo Sánchez Rios

CURITIBA

2012

Dados da Catalogação na Publicação
Pontifícia Universidade Católica do Paraná
Sistema Integrado de Bibliotecas – SIBI/PUCPR
Biblioteca Central

Silva, Daniel Addor
S586L 2012 Legitimação constitucional do direito penal econômico : elementos para interpretação de um direito penal em sintonia com a economia de mercado / Daniel Addor Silva ; orientador, Rodrigo Sánchez Rios. – 2012. 218 f. ; 30 cm

Tese (doutorado) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2012
Bibliografia: f. 199-218

1. Direito penal econômico. 2. Capitalismo. 3. Hermenêutica (Direito).
4. Direito tributário. I. Rios, Rodrigo Sánchez. II. Pontifícia Universidade Católica do Paraná de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

Doris 4. ed. – 341.554

DANIEL ADDOR SILVA

**LEGITIMAÇÃO CONSTITUCIONAL DO DIREITO PENAL ECONÔMICO:
ELEMENTOS PARA INTERPRETAÇÃO DE UM DIREITO PENAL EM SINTONIA COM A
ECONOMIA DE MERCADO**

Tese apresentada como requisito parcial para
obtenção do título de Doutor em Direito pelo
Programa de Pós-Graduação em Direito da
PUCPR.

COMISSÃO EXAMINADORA

Professor Doutor Rodrigo Sánchez Rios
PUCPR

Professor Doutor Vladimir Passos de Freitas
PUCPR

Professor Doutor Antonio Carlos Efig
PUCPR

Professor Doutor André Luís Callegari
UNISINOS

Professor Doutor Fábio André Guaragni
UNICURITIBA

Curitiba, 15 de março de 2012.

A meus pais, pelo passado;
à Ana Paula, pelo presente e pelo futuro.

AGRADECIMENTOS

Ser grato é fundamental e o sentimento de gratidão se encontra no cerne de algumas filosofias como o caminho de uma vida feliz. Nesse sentido, em minha dissertação, acabei por me estender em páginas e páginas para agradecer aqueles que estavam à minha volta e que influíram, não apenas no meu trabalho acadêmico, mas na minha situação pessoal de então.

No entanto, agora, acredito firmemente que devo manifestar a gratidão por meio de pequenos atos que reconheçam como sou grato pela presença de determinadas pessoas na minha vida. E isso deverá ocorrer – em breve, creio – uma vez superado o processo de gestação da tese, que ora finda.

Nessa medida, agradeço a quem me trouxe até aqui: a Deus – fonte única da Verdade –, a meu padroeiro São Jerônimo e a minha família, especialmente meus pais, Edison e Glória, que me deram a vida, o sustento e a oportunidade do estudo.

Agradeço especialmente à Ana Paula, minha esposa: passado, presente e futuro, pelo incentivo, por não me deixar esmorecer e – por que não? – pelos muitos momentos em que me tirou a atenção do presente trabalho.

Espero agradecê-los todos pessoalmente, à minha maneira. Aproveitarei então para agradecer meus amigos e colegas, estando mais presente, não somente física, mas mentalmente, pois até agora sempre estava pensando nesta tese. Um especial agradecimento ao “irmão” Humberto Ciccarino Neto, pela disposição e paciência em ler a versão original desta tese.

Agradeço à Pontifícia Universidade Católica do Paraná, à qual estou vinculado desde 1995, com apenas dois anos “sabáticos” de afastamento em 2000 e 2007, nos quais fui ao mundo gastar as riquezas que recebi da *alma mater* e após os quais retornei à fonte, como o filho pródigo à casa torna. Agradeço ao meu orientador, Prof. Dr. Rodrigo Sánchez Rios, farol que ilumina minha navegação pela carreira acadêmica, exemplo de conduta como professor e como advogado. Muitos acertos desta tese são mérito exclusivo dele e os erros são todos meus. Agradeço a todos os professores do PPGD, aqui representados pelas Professoras Doutoras Marcia Carla Pereira Ribeiro, Cláudia Maria Barbosa e Flávia Piovesan e pelos Professores Doutores Vladimir Passos de Freitas e Alvacir Alfredo Nicz. Por fim, minha especial gratidão a Eva de Fátima Curelo, pelas “cobranças” amigas, pelas conversas francas e pela condução segura da Secretaria.

Finalmente, agradeço à Justiça Federal do Paraná, especialmente à Biblioteca, o que faço em nome da caríssima Diretora do Núcleo de Documentação, Mônica Lopes Simião, da Supervisora da Seção, Maria Emília Loyola Ponestk – sempre gentil e mais que eficiente, auxiliar na difusão do conhecimento – e da Supervisora-Assistente, Ester Rosario de Godoy.

RESUMO

O estudo analisa a legitimação constitucional do direito penal econômico, tendo em mente a identificação de elementos que possam subsidiar uma interpretação de um direito penal em sintonia com a economia de mercado. Para tanto, busca-se analisar de que forma o direito penal econômico se insere no campo constitucional e de que maneiras a Constituição confere possibilidades e limites para sua aplicação. Assim, trata-se do conceito e do objeto do direito penal econômico, a partir da aproximação ao tema e sua delimitação, passando pela sua conformação constitucional e, após, pela contextualização do direito penal econômico. Conclui-se que o direito penal econômico tem como objeto: trabalho e livre iniciativa; livre concorrência; consumo; circulação do capital; arrecadação tributária; seguridade social; e capital produtivo. Nessa medida, o estudo remete a uma reflexão necessária acerca das funções do próprio direito penal, com destaque para as funções da pena (retributiva e preventiva) e para as funções simbólica e “social” do direito penal. Da mesma forma, analisa-se a eficiência do direito penal, a partir dos contributos da análise econômica do direito penal, assim abordados por Jesús-Maria Silva Sánchez, raciocínio transposto para o âmbito do direito penal econômico e o denominado “estado judicial de direito”, a partir da inserção do Poder Judiciário no Estado de Direito, vendo a atuação judicial desde uma perspectiva do direito dúctil de Gustavo Zagrebelsky, com breves traços sobre o ativismo judicial e como a interpretação judicial se insere em meio às forças de poder. Conclui-se que cabe ao Judiciário, como em outras políticas públicas, proceder aos ajustes necessários à execução da política econômica e da política criminal, equilibrando-a entre a proteção insuficiente e a proteção excessiva, de acordo com as diretrizes constitucionais. É incumbência do Judiciário identificar as situações nas quais não se justifica a intervenção penal, conforme a conjuntura econômica, bem como os casos nos quais a atuação se revela deficiente, ajustando seu curso de modo a assegurar a efetiva persecução penal, sem olvidar da proteção aos direitos e garantias fundamentais dos acusados.

Palavras-chave: Direito penal econômico. Legitimação constitucional. Interpretação. Economia de mercado.

ABSTRACT

The study analyzes the constitutional legitimacy of the economic criminal law, bearing in mind the identification of elements that may support an interpretation of a criminal law in tune with the market economy. Therefore, it seeks to analyze how economic criminal law fits into the constitutional field and in which ways the Constitution confers possibilities and limits to its application. Thus, it declines the concept and the object of economic criminal law, from an approach to the topic and its boundaries, through its constitutional conformation and, afterwards, through the contextualization of economic criminal law. It concludes that the economic criminal law has as its object: labour and free enterprise; free competition; consumption; capital flow; tax collection; social security; and productive capital. As such, the study proceeds to a necessary reflection of the functions of criminal law itself, with emphasis on the functions of punishment (retribution and deterrence) and on symbolic and "social" functions of criminal law. Likewise, it analyzes the efficiency of the criminal law, from the contributions of economic analysis of criminal law, thus discussed by Jesús-Maria Silva Sánchez, reasoning transposed to the field of economic criminal law and the so-called "judicial state of law", from the insertion of Judicial Power in State of Law, viewing the judicial enforcing from the perspective of the ductile law by Gustavo Zagrebelsky, with brief lines on judicial activism and how judicial interpretation inserts itself in the middle of the forces of power. The study also concludes that it is up to the Judiciary, such as in other public policies, to make the necessary adjustments to economical policy and criminal policy enforcing, balancing it between an insufficient protection and an excessive protection, according to constitutional guidelines. It is incumbent on the Judiciary to identify the situations in which the criminal intervention is not justified, accordingly to the economic conjuncture, as well as the cases in which the actuation found to be deficient, adjusting its course to ensure the effective criminal persecution, without forgetting the protection of fundamental rights and guarantees of the accused.

Key-words: Economic criminal law. Constitutional legitimacy. Interpretation. Market economy.

RESUMEN

El estudio analiza la legitimación constitucional del derecho penal económico, teniendo en mente la identificación de elementos que puedan fundar una interpretación de un derecho penal en sintonía con la economía de mercado. Para tanto, se busca analizar de qué forma el derecho penal económico se insiere en el campo constitucional y de que maneras la Constitución confiere posibilidades y límites para su aplicación. Así, se trata del concepto y del objeto del derecho penal económico, a partir de la aproximación al tema y su delimitación, pasando por su conformación constitucional y, después, por la contextualización del derecho penal económico. Se concluye que el derecho penal económico tiene como objeto: trabajo y libre iniciativa; libre competencia; consumo; circulación del capital; recaudación tributaria; seguridad social; y capital productivo. En esa medida, el estudio remete a una reflexión necesaria acerca de las funciones del propio derecho penal, con destaque para las funciones de la pena (retributiva y preventiva) y para las funciones simbólica y “social” del derecho penal. De la misma forma, se analiza la eficiencia del derecho penal, a partir de las contribuciones de la análisis económica del derecho penal, así abordados por Jesús-Maria Silva Sánchez, raciocinio transpuesto para el ámbito del derecho penal económico y el denominado “estado judicial de derecho”, a partir de la inserción del Poder Judicial en el Estado de Derecho, viendo la actuación judicial desde una perspectiva del derecho dúctil de Gustavo Zagrebelsky, con breves trazos sobre el activismo judicial y como la interpretación judicial se inserta en medio a las fuerzas de poder. Se concluye que cabe al Judicial, como en otras políticas públicas, proceder a los ajustes necesarios a la ejecución de la política económica y de la política criminal, equilibrándola entre la protección insuficiente y la protección excesiva, de acuerdo con las directrices constitucionales. Es incumbencia del Judicial identificar las situaciones en que no se justifica la intervención penal, conforme la coyuntura económica, así también los casos en que la actuación se revela deficiente, ajustando su curso de modo a asegurar la efectiva persecución penal, sin olvidar de la protección a los derechos y garantías fundamentales de los acusados.

Palabras-clave: Derecho penal económico. Legitimación constitucional. Interpretación. Economía de mercado.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 CONCEITO E OBJETO DO DIREITO PENAL ECONÔMICO	20
2.1 APROXIMAÇÃO AO OBJETO E SUA DELIMITAÇÃO	20
2.2 CONFORMAÇÃO CONSTITUCIONAL	31
2.3 CONTEXTUALIZAÇÃO DO DIREITO PENAL ECONÔMICO	41
3 FUNÇÕES DO DIREITO PENAL	50
3.1 FUNÇÕES DA PENA	52
3.2 FUNÇÃO SIMBÓLICA DO DIREITO PENAL	64
3.3 FUNÇÃO “SOCIAL” DO DIREITO PENAL	65
4 FUNÇÕES DO DIREITO PENAL ECONÔMICO	70
5 EFICIÊNCIA DO DIREITO PENAL (CONTRIBUTOS DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO PENAL)	83
6 EFICIÊNCIA DO DIREITO PENAL ECONÔMICO	109
6.1 PESQUISA DO CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL	115
6.2 PESQUISA DE ELA WIECKO VOLKMER DE CASTILHO	116
6.3 PESQUISA DA FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS	117
7 ESTADO JUDICIAL DE DIREITO E ATIVISMO JUDICIAL	123
7.1 O PODER JUDICIÁRIO E SUA INSERÇÃO NO ESTADO DE DIREITO	123
7.2 A ATUAÇÃO JUDICIAL DESDE UMA PERSPECTIVA DO DIREITO DÚCTIL DE GUSTAVO ZAGREBELSKY	128
7.3 INTERPRETAÇÃO E CRIAÇÃO JUDICIAL DO DIREITO: ATIVISMO JUDICIAL EM MEIO ÀS FORÇAS DE PODER	140
8 INTERPRETAÇÃO JUDICIAL COMO LEGITIMAÇÃO DO DIREITO PENAL ECONÔMICO	147
8.1 NOMENCLATURA DE OPERAÇÕES	154
8.2 DETALHES DA OPERAÇÃO DALLAS E SUA REPERCUSSÃO	158
8.3 <i>HABEAS CORPUS</i> Nº 5001250-48.2011.404.0000	162
8.4 <i>HABEAS CORPUS</i> Nº 0007307-70.2011.404.0000 E O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DA PROTEÇÃO INSUFICIENTE	164
9 CONCLUSÕES	194
REFERÊNCIAS	199

1 INTRODUÇÃO

Inicialmente, impende esclarecer que a proposta originária da presente tese era tratar da aplicação do princípio da insignificância no direito penal econômico. Entretanto, submetido o projeto à banca de qualificação, constatou-se, mormente em razão da relevante contribuição do Dr. Eliezer Gomes da Silva, que o foco deveria ser direcionado não para as condutas insignificantes, mas para aquelas penalmente relevantes, no sentido de buscar a legitimação constitucional do próprio direito penal econômico.

A partir dessa constatação e da necessidade de se efetuar os ajustes na rota, com o inevitável abandono do levantamento bibliográfico e do material já preparado, passou-se a debruçar no tema ora apreciado. Na verdade, evitou-se a leviandade da criação de uma super-teoria, um sistema válido universalmente – absolutamente inconsistente, segundo Zaffaroni¹ –, que pudesse explicar tudo, especialmente tendo em vista a extensão do direito penal econômico. Portanto, tornou-se necessária a delimitação do tema, com a criação de novas hipóteses. Além disso, algumas conclusões prévias do autor, quiçá dogmas², como a existência, delimitação ou autonomia do direito penal econômico demandaram melhor análise, dedicando-se capítulo para tanto.

De uma maneira geral, a impressão que se teve, a partir da referida banca, é que o trabalho se tornou mais denso e proveitoso, o que se espera ter alcançado à altura. Se algo há de novo é a releitura do direito penal econômico, a discussão sobre seus limites e possibilidades, sob o prisma constitucional e tendo como norte o desenvolvimento econômico, ainda que tal ilação seja fruto da ingenuidade do autor.³

O presente trabalho é passível de uma crítica principal e que se antecipa nesta introdução como defesa prévia e necessária, sob pena de se ter que a repetir a cada

¹ ZAFFARONI, Eugénio Raúl. La ciencia penal alemana y las exigencias político-criminales de América Latina, **Revista latinoamericana de derecho penal y criminología**, 14 dez. 2007b. Disponível em: <<http://www.ijeditores.com.ar/articulos.php?idarticulo=42172>>. Acesso em: 16 jan. 2012.

² No sentido de dogmatismo, criticado por Coutinho: “Em definitivo, faz-se hora de, para todo e sempre, não se confundir *dogmática* e *dogmatismo*. Aquela é imprescindível ao *campo jurídico* e hoje anda alquebrada pela falta de qualidade e imensa dificuldade de uma *formação adequada aos tempos atuais*. Este, o *dogmatismo*, serve de *mecanismo de descarga* pois, como doutrina, cobra, pelo *lugar da segurança*, o afastamento completo da *crítica* de seus postulados, justo por isso transformados em *dogmas*.” (COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Temas de direito penal e processo penal** (por prefácios selecionados). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 157, grifos do autor.)

³ Não se pode olvidar a advertência de Hassemer com relação à impossibilidade de solução ao se tratar do problema da criminalidade, porquanto as contribuições dos penalistas sobre a origem e o desenvolvimento da criminalidade devem levar em conta outros fatores como bem-estar geral, política de jovens e tolerância social aos desviantes. Assim, diante da complexidade e incompletude do caso – entendido este como evento sujeito à apreciação jurídica –, não se fala em “solução”, mas em “elaboração” com a finalidade de uma melhora. (HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do direito penal** (*Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005, p. 366-367.)

parágrafo do texto.

Vivemos em uma sociedade de contrastes, de marcante disparidade, o que se reflete nos mais variados ramos do Direito. Com efeito, coexistem pautas de discussão contraditórias: ao mesmo tempo em que se discute a situação prisional e a criminalização da pobreza, concede-se *habeas corpus* no Supremo Tribunal Federal a renomado empresário com aparente supressão de instância. São vicissitudes inerentes ao nosso modelo econômico, em que a pujança convive com a miséria e no qual o condomínio de luxo se avizinha à favela (ou à comunidade, como se costuma chamá-la atualmente, na esperança de que a pobreza se torne menos sofrida se for solidarizada, nos moldes a que o termo implicitamente remete).⁴

Frise-se: essas distorções do sistema devem ser combatidas, incluso no âmbito do direito penal, para que se possa alcançar a almejada justiça social. Portanto, o estudo do direito penal econômico e, quiçá, a propositura de redução do seu campo de incidência ou – melhor ainda – de racionalização no seu uso, não visam perpetuar a disparidade nem manter o abismo social.

Nesse sentido, inclusive, Gomes defende:

É de enorme importância, assim, uma reestruturação da Administração da Justiça para acabar com a discriminação perante a lei penal. Estabelecer o fiel cumprimento do princípio da igualdade e acabar com o reprovável desvalor do “*status social*” são tarefas imediatas da Justiça penal, para pôr sob controle a tão custosa como sutil, a tão grave como universal, delinquência econômica. É evidente que não será tarefa fácil, porém, já seria de grande valor tomar consciência da injustiça sistemática e do absoluto fracasso da política atual, guiada, como sabemos, pela ideologia dos interesses econômicos hegemônicos de alguns, em detrimento dos interesses gerais do grupo social.⁵

A escolha do tema, logo, não tem como objetivo, declarado ou implícito, defender a exclusão social econômica.^{6 7} Trata-se simplesmente de um corte no campo do

⁴ Não se pode, porém, negar que as opções de política econômica certamente influem na manutenção ou aumento da disparidade. A respeito, Barroetaveña lembra que, na ocasião dos golpes militares: “Os governos militares se valeram de economistas radicalmente liberais para levar a cabo as políticas econômicas que não somente debilitaram as indústrias nacionais senão que, ao mesmo tempo, concentraram o poder econômico em pouquíssimas mãos e, como consequência, incrementaram a brecha entre ricos e pobres.” (BARROETAVERÑA, Diego Gustavo. Derecho penal económico: delitos tributarios. Propuestas para un derecho penal tributario respetuoso de los principios y garantías penales. **Revista brasileira de ciências criminais**, a. 18, n. 86, set. / out. 2010, p. 66, tradução nossa.) “Los gobiernos militares se valieron de economistas radicalmente liberales para llevar a cabo las políticas económicas que no solo desbastaron las industrias nacionales sino que, a la vez, concentraron el poder económico en muy pocas manos y, como consecuencia, incrementaron la brecha entre ricos y pobres.”

⁵ GOMES, Luiz Flávio. A impunidade da macrodelinquência econômica desde a perspectiva criminológica da teoria da aprendizagem. **Revista dos tribunais**, a. 100, v. 906, abr. 2011, p. 245.

⁶ Ao longo do texto serão abordadas questões referentes à seletividade. De início, deve-se concordar com Zaffaroni: “A extrema seletividade do poder punitivo é uma característica estrutural, ou seja, ela pode ser atenuada, mas não suprimida. Por isso, a questão penal é o campo preferido das pulsões

conhecimento, de uma delimitação temática oriunda da predileção do autor e necessária para que a tese não padecesse do pecado de buscar abraçar um aspecto demasiadamente amplo da realidade jurídica.

Além disso, ao revés, caminha-se na esteira do que o Professor Jacinto Nelson de Miranda Coutinho defendeu no I Congresso Brasileiro de Direito Penal Econômico, realizado pelo Instituto Brasileiro de Direito Penal Econômico, em Curitiba, em 05 de novembro de 2009, e que o mestre pode desmentir, porque não se guardou registro da fala além da falível memória deste doutorando. Pois bem, se não houve erros de compreensão, disse Coutinho que o direito penal econômico, devido à complexidade de seus temas e à qualidade que uma defesa técnica cara geralmente pode trazer, serve de laboratório para todo o direito penal.⁸ Assim, o posicionamento jurisprudencial criado para a criminalidade econômica alcançará também a criminalidade tradicional.⁹ Essa esperança corajosamente externada, e

do Estado de polícia, pois é o muro mais frágil de todo Estado de direito. Quanto mais habilitações o poder punitivo tiver nas legislações, maior será o campo de arbítrio seletivo das agências de criminalização secundária e menores poderão ser os controles e contenções do poder jurídico a seu respeito.” (ZAFFARONI, Eugénio Raúl. **O inimigo no direito penal**. 2 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007a, p. 170.)

⁷ Deve-se lembrar que a criminalidade econômica não é necessariamente exclusividade dos ricos e poderosos. A respeito, ao tratar da criminalidade tributária, com suporte em Eduardo Correia, Cesar Herrero Herrero e Gonçalo Bandeira, Santos assevera: “A política criminal de tratamento das infrações fiscais não pode deixar de lado, o amplo rol de agentes que fogem ao fisco, sobre as mais diversas razões, para orientar suas atividades por um único perfil de criminoso, sob pena de tratar profissionais liberais, pequenos comerciantes e trabalhador como privilegiados por um alto estatuto social.” (SANTOS, Marcelo Almeida Ruivo dos. Criminalidade fiscal e colarinho branco: a fuga ao fisco é exclusividade do *white-collar*? In: COSTA, José de Faria; SILVA, Marco Antônio Marques da. (coord.) **Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais**: visão luso-brasileira. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 1214.)

⁸ No mesmo sentido, Bajo e Bacigalupo mencionam que a delinquência econômica é o banco de prova das teorias criminológicas e de grande parte das instituições jurídico-penais. (BAJO, Miguel; BACIGALUPO, Silvina. **Derecho penal económico**. Madri: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2001, p. 23.)

⁹ A respeito, veja-se o julgado do Superior Tribunal de Justiça, RHC 21.489/RS, Rel. Ministro Nilson Naves, Sexta Turma, julgado em 16/10/2007, DJe 24/03/2008. Na oportunidade, acolheu-se o parecer do Ministério Público Federal quanto à inépcia da denúncia. Entretanto, o Relator e a Ministra Maria Thereza de Assis Moura teriam concedido a ordem em maior extensão, considerando a extinção da punibilidade pelo pagamento antes do recebimento da denúncia dos proveitos colhidos em caso de estelionato, de maneira assemelhada ao REFIS, nos moldes do parecer do Procurador de Justiça Lênio Luiz Streck. Colhe-se do inteiro do voto trecho do parecer que merece transcrição: “Há que se indagar: se o indivíduo que sonogou milhões de reais não responde pelo crime de sonogação caso pague o valor sonogado antes do recebimento da denúncia, por que não dispensar o mesmo tratamento a alguém que comete um delito contra o patrimônio, sem violência, na hipótese da vítima não sofrer prejuízo (por devolução ou restituição dos bens/valores)?

E é nesse contexto se encontra o caso dos autos. Com efeito, e aqui reitero o parecer já lançado às fls. 32/37, conforme consta do termo de acordo celebrado entre réus e vítima, houve o pagamento dos valores indevidamente obtidos:

.....
Entendo, em verdade, que existe uma isonomia no plano dos fatos. E, por isso, insisto: se é justo/legal/constitucional que o sonogador de impostos beneficie-se da mesma *ratio* que deu origem à Súmula 554 do Supremo Tribunal Federal, então que se estenda o mesmo benefício aos demais delitos contra o patrimônio, em clara obediência ao artigo 5º, da Constituição Federal, que estabelece

por muitos compartilhada, pode ser considerada a força motriz do estudo do direito penal econômico.

Coutinho não pode, porém, desmentir que, em prefácio reproduzido em seu livro de prefácios, ao tratar da manipulação do discurso que leva os cidadãos a apoiar leis que os desgraçarão, defendeu:

Bom exemplo disto diz com a voracidade estatal pela cobrança dos tributos na via do processo criminal, onde tem encontrado, em uma das mais vergonhosas das inconstitucionalidades reinantes desde que a festa neoliberal começou, como aliados ou fiéis escudeiros, muitos (mas não todos, pela sorte da esperança) magistrados e órgãos do ministério público, os quais não conseguem distinguir, quiçá pela cegueira positivista-legalista (quando vamos nos livrar deste mal?), entre o criminoso e o devedor. Em nome do que assim se tem agido?; em nome de quem?; para quê?¹⁰

Nesse ponto, cumpre fazer uma breve digressão. Nem sempre a realidade confirmará o que se espera. Exemplo de como se podem adotar dois pesos e duas medidas foi a recente decisão do Min. Luiz Fux, amplamente noticiada no sítio do Supremo Tribunal Federal¹¹, negando seguimento ao *Habeas Corpus* nº 107.733, impetrado pela Defensoria Pública da União. Na oportunidade, o Relator fez constar o seguinte trecho da decisão recorrida:

A consideração isolada do valor da res furtiva não é suficiente para não se aplicar a lei penal, pois o fato típico existiu, embora envolvendo seis barras de chocolate que seriam vendidas para comprar drogas (o que afasta o furto famélico) e porque se trata de réu useiro e vezeiro na prática de furtos, o que impede o reconhecimento da bagatela para não se estimular a

o princípio da igualdade de tratamento dos cidadãos perante a lei. Dito de outro modo, se é dado ao legislador ordinário fazer leis absolutamente discriminatórias, cai por terra o princípio da isonomia.

.....
Agregue-se, por fim, que a aplicação analógica do artigo 9º da Lei nº 10.684 é exatamente a aplicação da principiologia constitucional ao caso concreto, proporcionando, desse modo, que se alcance, no caso *sub judice*, a resposta correta (*the right answer*). A interpretação e reconstrução do direito (a integridade e a coerência de que fala Dworkin, imbricadas com a fenomenologia hermenêutica), em uma filtragem hermenêutico-constitucional, aponta para isso. O sistema jurídico não pode tratar desigualmente situações idênticas. Mais do que isto, o sistema não pode tratar com mais rigor o cidadão que emitiu cheques alheios ou que furtou do que o cidadão que sonegou tributo, delito de índole transindividual.

Impõe-se, pois, a aplicação (analógica) dos já mencionados artigos 34 da Lei nº 9.249/95 e 9º da Lei nº 10.684/03 e, ainda, da inteligência da Súmula 554 do Supremo Tribunal Federal, que traz a análise também para os delitos de feição individual: condenação alguma poderia ser lançada, visto que a punibilidade estaria extinta."

Streck retomou o tema em artigo fartamente publicado (STRECK, Lenio Luiz. Bem jurídico e Constituição: da proibição de excesso (Übermaßverbot) à proibição de proteção deficiente (Untermaßverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. **Boletim da Faculdade de Direito**, Universidade de Coimbra, vol. LXXX, 2004, p. 328-333.).

¹⁰ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Temas de direito penal e processo penal** (por prefácios selecionados). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 19.

¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ministro nega HC de condenado por furto de chocolates em MG. **Notícias STF**. 18 abr. 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=177556>>. Acesso em: 20 abr. 2011.

profissão de furtador contumaz. De se observar por último que a aplicação desse princípio ainda não é pacífica na jurisprudência brasileira sob o argumento de ausência de previsão legal.¹²

Na oportunidade, ainda reiterou o argumento: “A prática reiterada de furtos para comprar drogas, independentemente do valor dos bens envolvidos, não pode, obviamente, ser tida como de mínima ofensividade, nem o comportamento do paciente pode ser considerado como de reduzido grau de reprovabilidade.”¹³ Denota-se, assim, que o grau de reprovabilidade se extrai muito mais em razão da dependência química, da impossibilidade de sustento do vício com recursos próprios e do fim a ser dado à *res furtiva*, do que propriamente em relação à reincidência.

Entretanto, pode-se destacar, de plano, que o fato de o direito penal econômico raramente resultar em condenações, como adiante se verá, e ainda menos acarretar privações de liberdade, não o despe de seu caráter simbólico, tampouco o desnatura como direito penal.

Repita-se: há pautas igualmente relevantes no estudo do direito penal. Certamente é difícil discutir a criminalidade organizada em sua matriz violenta.¹⁴ É árduo debater o que

¹² Apud BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 107.733. 1ª Turma. Relator Ministro Luiz Fux. Decisão em 04 abr. 2011. Diário judicial eletrônico nº 68, de 08 abr. 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4050735>>. Acesso em: 27 nov. 2011.

¹³ BRASIL, loc. cit.

¹⁴ Importa salientar que existe uma corrente que sustenta haver violência nos crimes econômicos. Cláudia Maria Cruz Santos destaca que os resultados da conduta do criminoso de colarinho branco podem, “muitas vezes, traduzir-se num efeito violento sobre o objecto” e que a maior distância entre a conduta e um resultado violento “ameniza ou atenua a visibilidade” nos crimes econômicos, o que torna “menos perceptível a existência do conflito que deveria justificar a intervenção jurídico-penal” (SANTOS, Cláudia Maria Cruz. **O crime de colarinho branco: da origem do conceito e sua relevância criminológica à questão da desigualdade na administração da justiça penal**. Coimbra: Coimbra, 2001, p. 102). Ao tratar especificamente da suposta inexistência de violência, a autora recorda um caso em que a montadora Ford se negou a proceder ao *recall* e à alteração de um detalhe em veículo por ela produzida que poderia explodir em caso de colisão. Ao final, conclui: “Ora, ainda que se considere não existir, em casos como este, qualquer violência na execução, não serão os resultados suficientemente violentos, em si mesmos considerados, para afastar a pretensa menor gravidade da conduta? Mais uma vez, parece-nos que a diversidade de que o crime de colarinho branco se reveste impõe que <<se separe o trigo do joio>>: se há casos de menor necessidade punitiva por força da menor gravidade da infracção, outros há de natureza radicalmente diversa.” (Ibid., p. 211)

Com base nessas ponderações, Douglas Fischer (**Delinquência econômica e estado social e democrático de direito**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006, p. 163-165.) defende uma releitura do art. 44, I, do Código Penal para determinar a impossibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos, porque, dentre outros aspectos, estaria presente a violência. A respeito, salienta (Ibid., p. 164, grifos do autor): “Há de se considerar que os bens jurídicos macrosociais, ligados ao funcionamento do sistema, estão em relação teleológica com os bens que constituem sua base de existência, os bens microsociais. Estando aqueles a serviço destes, a funcionalidade do sistema é vital para a proteção dos próprios bens jurídicos microsociais. A despeito de posicionamentos em contrário, desse silogismo deflui que, em face de suas conseqüências, não se pode negar *delitos econômicos* especialmente graves causam aumento das desigualdades sociais, fomento de mais miséria e violência nas camadas mais baixas da população, por conta da exclusão social que daí decorre.”

fazer com as penitenciárias. Entretanto, o estudo do direito penal econômico possivelmente fornecerá subsídios para o enfrentamento de tais questões por aqueles honrosos estudiosos que se debruçam sobre esses temas. Assim como problemas inerentes à execução penal e às organizações criminosas violentas são transportados para o âmbito do direito penal econômico, este certamente serve de laboratório para o estudo de todo o direito penal.

Cumprido, portanto, questionar o porquê do crescimento do direito penal econômico e de sua aplicação. O interesse principal é combater a criminalidade econômica, porque nociva ao desenvolvimento econômico? Ou o interesse principal é mostrar, apenas para mostrar, sob os holofotes da mídia, que os poderosos também são punidos – quando, na verdade, não o são – e que, portanto, o direito penal tradicional deve permanecer imutável?

Cogitar que a função do direito penal econômico é meramente simbólica significa constatar, inicialmente, sua ineficácia. Muitos elementos demonstram isso, dentre os quais se destacam os trabalhos de Castilho¹⁵ e, mais recentemente, da Fundação Getúlio Vargas^{16 17}.

A questão não respondida por esses estudos é se os mecanismos de controle não são eficientes por uma deficiência operacional ou porque assim foram criados e destinados. Certamente por ambos os aspectos.

Por exemplo, as instâncias administrativas, notadamente o Banco Central e as Receitas Federal, Estadual e Municipal, além das Polícias Federal e Estadual, não são aparelhadas adequadamente para a fiscalização e repressão. Essa inadequação decorre não somente de escolhas do Executivo, como também de limitações orçamentárias impostas pelo Legislativo, seja no próprio orçamento, seja na Lei de Responsabilidade Fiscal.¹⁸

Existe um duplo aspecto inerente a essa limitação. Por um lado, é correto reduzir os

No momento, apesar da relevância dos argumentos, cabe uma crítica. Não se pode confundir o meio da prática do crime com seu resultado, sendo igualmente relevante distinguir entre o desvalor da conduta e o desvalor do resultado. A respeito, confira-se GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. Ademais, o resultado deve estar, ao menos em sede eventual, dentro do campo cognitivo e volitivo do agente, bem como devidamente inserido em um nexos de causalidade. Caso contrário, estar-se-ia a admitir a punição do fabricante do revólver pelo homicídio com ele praticado. Tal discussão, que refoge ao âmbito do presente trabalho, remeteria inclusive à análise de ações neutras. A respeito, ver: GRECO, Luís. **Cumplicidade através de ações neutras: a imputação objetiva na participação**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

¹⁵ CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de. **O controle penal nos crimes contra o sistema financeiro nacional: Lei n. 7.492, de 16 de junho de 1986**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

¹⁶ MACHADO, Máira Rocha. Crimes financeiros nos tribunais brasileiros. **Revista brasileira de ciências criminais**, São Paulo, a. 17, n. 76, p. 58-78, jan./fev. 2009.

¹⁷ FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. Pesquisa em debate: a aplicação da lei de crimes contra o sistema financeiro pelos tribunais brasileiros / Núcleo de estudos sobre o crime e a pena. **Cadernos Direito GV 33**, v. 7, n. 1, jan. 2010.

¹⁸ BRASIL. **Lei complementar nº 101, de 4 de maio de 2000**. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp101.htm>. Acesso em: 12 jan. 2012.

gastos do Estado, mormente por questões econômicas dentre as quais se destaca a redução do déficit e também porque a destinação regrada de recursos deveria acarretar a diminuição de desvios e economia por parte da Administração. Por outro lado, a má remuneração dos agentes públicos é uma das causas da corrupção.¹⁹

Ademais, um Estado que gasta menos arrecada menos, porque não investe nos mecanismos necessários para a arrecadação, que exige a conjugação mínima de estruturas entre fiscalização (Receitas Municipal, Estadual e Federal) e cobrança administrativa e judicial (Procuradorias Fiscais Municipais, Estaduais e da Fazenda Nacional, além do Judiciário Estadual e Federal).²⁰

Nesse sentido, Fortuna recomenda:

Para aumentar as receitas é necessária uma Reforma Tributária que melhore a capacidade arrecadadora. Para reduzir as despesas, uma Reforma Administrativa que diminua salários e custeio e uma política monetária mais suave que trabalhe com taxas de juros menores. A Reforma da Previdência poderá ajudar tanto na redução do custo quanto no aumento da receita.

Caso o Governo Federal gaste mais do que arrecada, ele será obrigado a recorrer ao endividamento, absorvendo recursos do setor privado e prejudicando a formação da poupança interna necessária ao financiamento do investimento produtivo.²¹

Essa distorção pode ser transportada para o Poder Judiciário. Exemplificando, em outubro de 2011, segundo dados da própria instituição, a Justiça Federal da 4ª Região, composta pelos Estados da Região Sul (Paraná, Santa Catarina e Rio Grande do Sul) possuía 61 Subseções, totalizando 173 Varas, das quais 17 são especializadas em feitos criminais e 60 possuem competência plena, tendo as demais Varas competência exclusiva cível, previdenciária, execuções fiscais ou, nas capitais, sistema financeiro de habitação e ambiental. Portanto, de todas as 173 Varas, somente 77 tratam de processos criminais e apenas 17 de forma exclusiva.²² No Tribunal Regional Federal, a questão se torna um pouco mais evidente, porque a divisão é mais igualitária. Existem 8 Turmas: a 1ª e a 2ª possuem

¹⁹ A respeito, dentre outros autores, ELLIOT, Kimberly A. **A corrupção e a economia global**. Brasília: UnB, 1997, p. 81-96; 301-308.

²⁰ Uma pergunta que se deve fazer é qual o custo da arrecadação. Se para arrecadar R\$ 10,00 (dez reais) se despende R\$ 20,00 (vinte reais), essa atividade não é economicamente útil. Assim, do ponto de vista meramente econômico, a sonegação deveria ser aceita, porque o custo da recuperação do tributo é maior do que a quantia auferida com a exação. Exemplo recente disso é a edição da Portaria MF nº 49, de 01 de abril de 2004, na qual se dispensou a inscrição em dívida ativa dos débitos com a Fazenda Nacional no montante consolidado igual ou inferior a R\$ 1.000,00 (mil reais) e, da mesma forma, não seriam ajuizadas execuções fiscais referentes a valor consolidado igual ou inferior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais). Em uma simplificação quiçá exagerada, poder-se-ia dizer que uma execução fiscal custa mais de R\$ 10.000,00 e que, portanto, valores inferiores custariam mais para cobrar judicialmente que o valor efetivamente arrecadado.

²¹ FORTUNA, Eduardo. **Mercado financeiro: produtos e serviços**. 15 ed. Rio de Janeiro: Qualitymark, 2002, p. 54.

²² BRASIL. Tribunal Regional Federal (4ª Região). **Varas**. Disponível em: <<http://www.trf4.jus.br>>. Acesso em: 01 nov. 2011.

competência trabalhista e tributária e juntas compõem a 1ª Seção; 3ª e 4ª, administrativa, civil e comercial, 2ª Seção; 5ª e 6ª, previdência e assistência social, 3ª Seção; 7ª e 8ª, penal, 4ª Seção. Em setembro de 2011, a 1ª Seção possuía 100 processos; a 2ª Seção, 194; a 3ª Seção, 297; a 4ª Seção, 138; a 1ª Turma, 2714; a 2ª Turma, 890; a 3ª Turma, 2215; a 4ª Turma, 2900; a 5ª Turma, 5960; a 6ª Turma, 5349; a 7ª Turma, 805 e, finalmente, a 8ª Turma, 603. Dessarte, havia 3704 feitos de matéria trabalhista e tributária, 5309 processos sobre questões administrativas, civis e comerciais, 11606 processos da competência previdenciária e assistencial, para somente 1546 feitos criminais.²³ Saliente-se que a Justiça Federal é paradigmática para essa análise, porquanto a sua competência, por força do art. 109, da Constituição Federal, restringe-se aos feitos relacionados à União e à Fazenda Pública nacional, ressalvadas as hipóteses de crimes a bordo de navios ou aeronaves (inciso IX), as questões relacionadas ao ingresso e permanência irregular de estrangeiros, à execução de cartas rogatórias e sentença estrangeira, à nacionalidade e à naturalização (inciso X) e aos direitos indígenas (inciso XI).

Assim, o direito penal econômico, ao contrário do que alertou Jesus, serve a Deus e a Mamom.²⁴ Pode servir àqueles que nele veem a vingança dos tradicionalmente injustiçados por meio do encarceramento dos poderosos, com as crueldades inerentes ao cárcere. Igualmente pode servir aos que dele se utilizam para mascarar a realidade e fazer de conta que estão punindo, quando na verdade não estão.

Dessa forma, o direito penal econômico demanda uma análise sobre sua legitimação constitucional. Vale dizer, mister analisar de que forma o tema se insere no campo constitucional e de que maneiras a Constituição confere possibilidades e limites para sua aplicação. Assim, o capítulo 2 trata do conceito e do objeto do direito penal econômico, a partir da aproximação ao objeto e sua delimitação, passando pela sua conformação constitucional e, após, pela contextualização do direito penal econômico.

Nessa medida, o estudo da matéria remete a uma reflexão necessária acerca das funções do próprio direito penal, o que será tratado no capítulo 3, com destaque para as funções da pena (3.1) e para as funções simbólica (3.2) e “social” (3.3) do direito penal. Da mesma forma, no capítulo 5, analisa-se a eficiência do direito penal, a partir dos contributos

²³ BRASIL. Tribunal Regional Federal (4ª Região). **Estatística**. Disponível em: <<http://www.trf4.jus.br>>. Acesso em: 25 nov. 2011.

²⁴ Lucas, capítulo 16, versículo 13 e Mateus, capítulo 6, versículo 24. Mamom significaria riqueza e é considerada uma divindade a ela associada. A referência à mensagem de Jesus serve para demonstrar como a questão econômica se encontra enraizada na cultura judaico-cristã, seja para propor o desapego às questões materiais, seja para trazer uma prosperidade divina, como atualmente professam as religiões neo-pentecostais. João Gualberto Garcez Ramos (Algumas observações críticas e outras provocativas sobre a lavagem de dinheiro. In: **Notáveis do Direito Penal: Livro em homenagem ao emérito Professor Doutor René Ariel Dotti**. Brasília: Consulex, 2006.) vale-se deste e de outros trechos bíblicos para discutir a natureza do dinheiro – santa ou diabólica, limpa ou suja – e, a partir disso, tratar da lavagem de dinheiro.

da análise econômica do direito penal, assim abordados por Jesús-Maria Silva Sánchez.

Esse raciocínio pode ser transposto para o âmbito do direito penal econômico, com breves linhas sobre suas funções, no capítulo 4, e sobre a eficiência, no capítulo 6. Notadamente com relação à sua eficiência, três pesquisas conduzidas pelo Conselho da Justiça Federal (6.1), por Ela Wiecko Volkmer de Castilho (6.2) e pela Fundação Getúlio Vargas (6.3) permitem acenar para a importância da atuação judicial.

No capítulo 7, segue, pois, uma ponderação sobre o denominado “estado judicial de direito”, com breves traços sobre o ativismo judicial e como a interpretação judicial se insere em meio às forças de poder.

Ao final, no capítulo 8, uma operação realizada em conjunto por Receita Federal, Polícia Federal e Ministério Público Federal, obviamente sob o crivo do Judiciário, denominada Operação Dallas, serve para exemplificar como a interpretação judicial pode servir para conferir legitimação ao direito penal econômico ou, ao revés, retirar-lhe toda a aplicabilidade.

2 CONCEITO E OBJETO DO DIREITO PENAL ECONÔMICO

2.1 APROXIMAÇÃO AO OBJETO E SUA DELIMITAÇÃO

Inicialmente, afigura-se necessário um acordo semântico, no sentido de se delinear o que se entende por direito penal econômico. Ao contrário do que se poderia facilmente concluir, os crimes econômicos não se restringem àqueles com nítido conteúdo econômico, ou seja, àqueles que têm como bem jurídico tutelado o patrimônio, dispostos em sua maioria no Título II da Parte Especial do Código Penal. Tampouco podem ser reduzidos aos crimes contra a ordem econômica, previstos na Lei nº 8.137/90 ou mesmo na Lei nº 8.176/91, que possuem tal rubrica. Ao revés, o direito penal econômico abrange todos aqueles crimes que atingem a economia, ou melhor, a política econômica.

Diego Gustavo Barroetaveña²⁵ sustenta que a história indica o emprego do Direito Penal no âmbito da economia, inicialmente, para situações críticas, nas quais se demonstrava necessário o uso de remédios extremos e limitados no tempo, tais como épocas de guerra ou no enfrentamento de grandes crises econômicas. “Quer dizer, se recorria ao Direito penal como mecanismo tendente a normalizar e regular a ordem econômica e, de tal modo, recobrar a confiança nela.”²⁶

Somente a partir da segunda metade do século XX, notadamente com o renomado trabalho de Edwin H. Sutherland e a constatação de que várias empresas mostravam comportamentos delitivos variados e repetidos, o direito penal econômico deixou de ser empregado apenas para situações transitórias. Barroetaveña ainda coloca a inserção em primeiro plano do direito penal econômico a partir dos fins dos anos 70 e início dos 80, quando se teria irrompido uma “catarata neoliberal”, momento em que os escândalos políticos e financeiros produziam estragos nos países industriais e nos países subdesenvolvidos com tremendas consequências políticas e econômicas.

Observe-se ser inegável a influência de Sutherland para a projeção do tema, do que resultam paradigmáticas e sempre atuais suas considerações acerca da categorização dos criminosos de colarinho branco.²⁷ No entanto, o surgimento do direito penal econômico se dá no início do século XX, como resposta ao ideário liberal-burguês do século XIX de matriz

²⁵ BARROETAVEÑA, Diego Gustavo. Derecho penal económico: delitos tributarios. Propuestas para un derecho penal tributario respetuoso de los principios y garantías penales. **Revista brasileira de ciências criminais**, a. 18, n. 86, p. 61-98, set. / out. 2010.

²⁶ BARROETAVEÑA, op. cit., p. 63, tradução nossa. “Es decir, se acudía al Derecho penal como mecanismo tendente a normalizar y regular el orden económico y, de tal modo, recobrar la confianza en él.”

²⁷ SUTHERLAND, Edwin Hardin. White-collar criminality. **American Sociological Review**, vol. 5, n. 1, fev. 1940.

essencialmente individualista e patrimonialista, como explica Fábio André Guaragni.²⁸ Sob essa ótica, pode-se afirmar que o modelo implantado pela Revolução Francesa visava, é certo, assegurar a igualdade, mas não de forma concreta, porquanto a tomada de poder almejava garantir a minimização estatal e a não intervenção na economia. Nessa medida, tem-se como resultado a acumulação crescente de capital pela burguesia. Essa desigualdade social foi criticada por vários autores acadêmicos (Marx, Saint-Simon, Roberto Owen e Proudhon) e literários (Émile Zola e Vitor Hugo). Notadamente o comunismo, implantado na Rússia em 1917, propõe um modelo econômico oposto ao liberalismo, com a intervenção plena do Estado na economia, em substituição ao empresário ou capitalista.²⁹ Guaragni sustenta ainda que, como resposta a esse totalitarismo de esquerda advieram estados igualmente interventores de direita, v.g. nazismo alemão e fascismo italiano. Assim, os Estados fortes após a 1ª Guerra Mundial configuram um contraponto aos Estados minimalistas liberais do século XIX, com a imposição de suas ordens econômicas, o que culminou no surgimento de um direito penal voltado “à garantia do sucesso das atividades interventoras realizadas na economia” e “à preservação dos modelos econômicos desenhados para os ciclos produtivos e distributivos de bens e serviços, atados fortemente aos destinos políticos postos avante pelos respectivos governos.”³⁰

Enrique Bacigalupo, em apresentação a obra por ele dirigida e dedicada ao tema³¹, destaca o seu momento de expansão: “já não é somente um Direito penal aplicado à economia senão que presta especial atenção às conexões entre a atividade econômica e a política.”³² Segundo o autor, além dos delitos cometidos no âmbito das empresas ou a ela diretamente relacionados, passou-se também a abranger, desde o fim do século XX, os crimes de corrupção³³, sobretudo com o financiamento irregular de partidos políticos, na

²⁸ GUARAGNI, Fábio André. A origem do direito penal econômico: razões históricas. p. 139-152. In: CÂMARA, Luiz Antônio (Coord). **Crimes contra a ordem econômica e tutela de direitos fundamentais**. Curitiba: Juruá, 2009.

²⁹ GUARAGNI, op. cit., p. 149.

³⁰ GUARAGNI, op. cit., p. 150.

³¹ BACIGALUPO, Enrique. Presentación. In: BACIGALUPO, Enrique. (org.) **Derecho penal económico**. Buenos Aires: Hammurabi, 2004, p. 9-13.

³² BACIGALUPO, op. cit., p. 9, tradução nossa, grifo do autor. “ya no es solo um Derecho penal aplicado a la economía, sino que presta especial atención a las conexiones entre la actividad económica y la política.”

³³ No mesmo sentido, BARROETAVEÑA, Diego Gustavo. Derecho penal económico: delitos tributarios. Propuestas para un derecho penal tributario respetuoso de los principios y garantías penales. **Revista brasileira de ciências criminais**, a. 18, n. 86, set. / out. 2010, p. 67, tradução nossa, destaca: “Mister relevar que na atualidade o campo do Direito penal econômico se estendeu aos delitos de ‘corrupção’, termo que alude às práticas corruptas entre operadores econômicos e funcionários públicos e entre empresas e partidos políticos.

Se bem que não se pode dizer que a corrupção seja um fenômeno criminológico novo, a perspectiva moderna permite diferenciar dimensões supra-individuais do fenômeno da corrupção.”

“Ha menester poner de relieve que en la actualidad el campo del Derecho penal económico se ha extendido a los delitos de “corrupción”, término que aluda a las prácticas corruptas entre operadores económicos y funcionarios públicos y entre empresas y partidos políticos.

medida em que este pode condicionar as decisões políticas do financiado em favor dos sujeitos ou empresas financiadores.

Pérez Del Valle, partindo da evolução das formas de delinquência, destaca:

Nesse sentido, hoje se considera criminalidade econômica a criminalidade de empresa, entendida esta como a célula essencial na estrutura e desenvolvimento econômicos, sem prejuízo de que geralmente existe uma grande dificuldade na hora de conseguir uma clara delimitação do que devem ser considerados delitos econômicos sem uma enumeração.³⁴

Entretanto, cumpre salientar que não existe uma ligação indissociável entre direito penal econômico e empresa. Vale dizer, os crimes econômicos não se reduzem àqueles praticados no âmbito de empresas. De uma forma geral, como característica do capitalismo, as empresas são o cerne da atividade econômica. No entanto, todos os indivíduos podem praticar atividades economicamente relevantes, dentre as quais algumas assumem relevância penal. No Brasil, dado o elevado grau de informalidade, aliada à exigência tributária imposta aos cidadãos, existe um grande número de crimes econômicos praticados por indivíduos, v.g. crimes fiscais (Lei nº 8.137/90), evasão de divisas (art. 22, da Lei nº 7.492/86), contrabando e descaminho (art. 334, do Código Penal). Por certo, os crimes tradicionais contra o patrimônio, dentre os quais furto, roubo, apropriação indébita e estelionato ficam relegados ao direito penal tradicional. Ressalve-se a exceção do crime de apropriação indébita previdenciária (art. 168-A, do Código Penal), de natureza nitidamente econômica, porquanto concernente à relação tributária entre empresa e Previdência Social, nada obstante afete também o patrimônio individual do segurado.

Nesses moldes, o que determina se o tipo será objeto ou não do direito penal econômico é a capacidade de afetar bens jurídicos supra-individuais.

Dissemos em outro lugar que “no que se refere à práxis y ao papel que nossa ciência cumpre dentro do controle social; o direito penal vem sendo utilizado para fins distintos aos que deve responder em um Estado democrático de direito; já que paulatinamente se foi convertendo no braço armado da Administração; atuando antes e mal, quando não cumprindo um mero papel simbólico”; cfe. Pablo GALAIN, Estudios de la parte especial del

Si bien la corrupción no puede decirse que sea un fenómeno criminológico novedoso, la perspectiva moderna permite diferenciar dimensiones supraindividuales del fenómeno de la corrupción.”

No entanto, deve-se adotar um campo menos amplo do direito penal econômico, para os fins do presente trabalho, que não abarque o estudo da corrupção, mormente porque demasiado amplo, sem que tal escolha implique em negar a importância do estudo desse tema e tampouco que as consequências desta tese não possam ser em alguma medida aplicáveis também à corrupção.

³⁴ PÉREZ DEL VALLE, Carlos. Introducción al Derecho penal económico. In: BACIGALUPO, Enrique. (org.) **Derecho penal económico**. Buenos Aires: Hammurabi, 2004, p.29-30, tradução nossa. “En ese sentido, hoy se considera criminalidad económica la criminalidad de empresa, entendida ésta como la célula esencial en la estructura y el desarrollo económicos, sin perjuicio de que con carácter general existe una gran dificultad a la hora de conseguir una clara delimitación de lo que deben ser considerados delitos económicos sin una enumeración.”

derecho penal uruguayo, t. II, p 165.³⁵

Pablo Galain destaca a visão pública dessa modalidade de crime:

Esta forma de criminalidade não somente fulmina o conceito de vítima, senão que o torna de difícil reconhecimento, o que diminui, no coletivo social, a ideia de que se reproche eticamente, mediante o juízo de culpabilidade, aos responsáveis, pois tudo entra no livre jogo da oferta e da demanda, dos ganhos ou perdas, estreitando as fronteiras entre o lícito e o ilícito.

Apesar de que, em particular, pensamos que é muito maior a danosidade que ocasiona a delinquência econômica que a delinquência comum ou tradicional, não podemos negar que a sociedade em geral sempre reagirá com maior veemência e exigirá maior castigo para os delinquentes comuns que para os econômicos; e como expressara com meridiana clareza C. WRIGHT MILLS, “é melhor, conforme a imagem imposta tirar um centavo de cada um de dez milhões de habitantes a ‘ponta de uma corporação’ que \$100.000 a cada um de dez bancos a ponta de revólver”.³⁶

Essa mentalidade se justifica em grande medida porque resulta de um círculo vicioso. No âmbito do direito penal econômico, via de regra, os criadores e os aplicadores das normas são oriundos do mesmo estrato social e econômico que os criminosos e com eles se identificam, ainda que inconscientemente.³⁷ Ademais, o sistema carcerário possui

³⁵ PREZA RESTUCCIA, Dardo; GALAIN PALERMO, Pablo; ADRIASOLA, Gabriel. **Delitos económicos**. Montevideo-Buenos Aires: B de f, 2004, p. 101, tradução nossa, grifo do autor. “Hemos dicho en otro lugar que ‘en lo que refiere a la praxis y al papel que nuestra ciencia cumple dentro del control social; el derecho penal ha venido siendo utilizado para fines distintos a los que debe responder en un Estado democrático de derecho; ya que paulatinamente se ha ido convirtiendo en el brazo armado de la Administración; actuando antes y mal, cuando no cumpliendo un mero rol simbólico’; cfe. Pablo GALAIN, *Estudios de la parte especial del derecho penal uruguayo*, t. II, p 165.

³⁶ Ibid., p. 137, tradução nossa. “Esta forma de criminalidad no sólo difumina el concepto de víctima, sino que lo torna de difícil reconocimiento, lo cual disminuye, en el colectivo social, la idea de que se reproche éticamente, mediante el juicio de culpabilidad, a los responsables, pues todo entra en el libre juego de la oferta y la demanda, de las ganancias o pérdidas, estrechando las fronteras entre lo lícito y lo ilícito.

A pesar de que, em particular, pensamos que es mucho mayor dañosidad la que ocasiona la delincuencia económica que la delincuencia común o tradicional, no podemos negar que la sociedad en general siempre reaccionará con mayor vehemencia y exigirá mayor castigo para con los delinquentes comunes que para los económicos; y como expresara con meridiana claridad C. WRIGHT MILLS, ‘es mejor, conforme a la imagen impuesta quitar un centavo de cada uno de diez millones de habitantes a ‘punta de una corporación’ que \$100.000 a cada uno de diez bancos a punta de revólver’.”

³⁷ Uma eventual análise do processo de identificação entre o juiz e o acusado no direito penal econômico constitui um objeto de estudo interessante, mormente sob o viés psicológico. No entanto, refoge aos limites do presente trabalho.

Porém, aqui vale a ressalva de Hassemmer, devidamente contextualizada:

“O campo da política do Direito Penal, de modo mais claro que nos outros âmbitos do Direito, é dominado por três tipos de forças: de “*burocratas*”, de “*advogados*” e de “*empreendedores da moral*”, o que para os alemães significa: uma classe relativamente homogênea de profissões jurídicas (exemplo: burocracia ministerial); uma publicidade ativa que pela matéria ou reputação social pode exercer influência na legislação (exemplo: grupos de professores de Direito Penal); instituições ou grupos que tentam assegurar sobre o Direito Penal determinadas normas que pertencem à sua própria compreensão e também à sua categoria social (exemplo: igreja).” (HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do direito penal** (*Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005, p. 387-388, grifos do autor.)

estabelecimentos inadequados ao número de condenados, aos fins da pena e ao respeito aos direitos e garantias fundamentais, sendo visto como destino necessário dos criminosos tradicionais, em sua maioria de natureza violenta. Além disso, quiçá por razões de natureza populista, o tema recebeu atenção recente da mídia e, de certa forma, das instâncias de controle, o que se manifestou geralmente de forma açodada e desarticulada, muitas vezes eivada de vícios procedimentais. Portanto, por absoluta inoperância do sistema penal, o direito penal econômico não possui o tratamento adequado. Como forma de atribuir-lhe efetividade, pode-se intentar buscar meios alternativos como a adoção de um Direito de Intervenção, sugerido por Hassemer^{38 39}.

Com fundamento em Otto, Pérez Del Valle conceitua:

*são delitos econômicos aqueles comportamentos descritos nas leis que lesionam a confiança na ordem econômica vigente com caráter geral ou em alguma de suas instituições em particular e, portanto, põem em perigo a própria existência e as formas de atividade dessa ordem econômica. Portanto, o Direito penal econômico em sentido estrito está dedicado ao estudo destes delitos e das consequências jurídicas que as leis preveem para seus autores.*⁴⁰

Transportando o discurso para a margem do direito penal econômico: para a advocacia, o criminoso é aquele que remunera bem e proporciona o debate de assuntos interessantes; para a acusação, é o verdadeiro responsável pelas mazelas da sociedade com o desvio de recursos indispensáveis ao futuro da nação; para a opinião pública, é o exemplo de sucesso profissional, injustamente vitimado e equiparado aos verdadeiros inimigos, os criminosos violentos. É necessário encontrar uma unidade nesse discurso estereotipado para dele extrair um verdadeiro fundamento para a repressão à criminalidade econômica.

³⁸ HASSEMER, Winfried. Perspectivas de uma moderna política criminal. **Revista brasileira de ciências criminais**, a. 2, n. 8, p. 41-51, out. / dez. 1994. _____. **Direito penal libertário**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. _____. **Três temas de direito penal**. Porto Alegre: Fundação Escola Superior do Ministério Público, 1993.

³⁹ REALE JÚNIOR, Miguel. Despenalização no direito penal econômico: uma terceira via entre o crime e a infração administrativa. **Revista brasileira de ciências criminais**, a. 7, n. 28, p. 116-129, out. / dez. 1999. O autor destaca, com fundamento em Hassemer, que o Direito Penal não se deveria voltar para o campo da moderna criminalidade, sob pena de se transformar em instrumento ineficiente. Opõe-se, no entanto à denominação dada pelo alemão, porque todo direito repressivo pressupõe uma intervenção. Grau corrobora tal assertiva, assentando que intervir é atuar em área de outrem e que, nessa medida, o Estado, ao atuar além da esfera do público, no privado, intervém, pois “toda atuação estatal pode ser descrita como um ato de intervenção na ordem social” (GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)**. 13 ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 72). Acrescenta Reale Júnior (op. cit., p. 125): “A característica fundamental a ser retida é que as infrações são administrativas e não penais, sendo julgadas por um tribunal administrativo como, por exemplo, o Cade. Todavia, revestem-se de algumas garantias e limitações próprias do Direito Penal, o que significa dizer que contém, simbioticamente, qualidades de infração administrativa quanto de penal. O acento primordial recai, no entanto, sobre a natureza administrativa, razão pela qual denominaria este ramo de ‘Direito Administrativo-Penal’, que se distinguiria do Direito Administrativo disciplinar, porquanto este pressupõe uma relação de subordinação do agente frente à Administração Pública.” Sustenta, ainda, ser necessária uma Parte Geral nas leis tipificadoras de infrações administrativo-penais, com os princípios próprios do Direito Penal e aqueles ordenadores do conjunto normativo, o que permitira dotar de eficácia as normas infracionais e limitar a sua incidência. O autor ainda aborda o conteúdo dessa parte, o qual deveria conter o princípio da legalidade, elemento subjetivo, responsabilidade solidária, tratamento do erro, excludentes, dentre outros aspectos.

⁴⁰ PÉREZ DEL VALLE, Carlos. Introducción al Derecho penal económico. In: BACIGALUPO, Enrique. (org.) **Derecho penal económico**. Buenos Aires: Hammurabi, 2004, p. 35, tradução nossa, grifo do

No campo do direito comparado, Esteban Righi⁴¹ destaca vários critérios de delimitação dos crimes econômicos, de modo a conceituá-los.

Sob essa perspectiva, existe um critério *criminológico*. Advém da noção de criminosos de colarinho branco que remete a Sutherland⁴², havendo o traço característico do elevado *status social* do agente e o fato de ter cometido o crime em sua atividade profissional ou empresarial.

Haveria, igualmente, um critério *prático*, advindo “da necessidade de agrupar os distintos tipos que se foram incorporando ao direito positivo em função de necessidades de criminalização primária de comportamentos lesivos à ordem econômica”⁴³.

Por sua vez, o critério *processual* surge da peculiaridade de determinados crimes patrimoniais, que exigem conhecimentos especiais em matéria econômica e levam à criação de juízos especializados.⁴⁴

Há, outrossim, um critério *material*, que remete ao conceito de bem jurídico, como interesse social protegido pela norma, o qual deve ser definido com maior precisão possível, segundo Righi, tarefa que se revela complexa. Nesse sentido, menciona que Kaiser propõe um conceito *pragmático* de delito econômico, o único que teria sentido diante do grande número de normas penais aplicáveis e da distinta gravidade dos fatos envolvidos.⁴⁵ No entanto, com espreque em Lampe, sustenta o autor que o agrupamento de acordo com o bem jurídico “é o único que permite evitar ambiguidades e contradições, possibilitando uma

autor. “*son delitos económicos aquellos comportamientos descritos en las leyes que lesionan la confianza en el orden económico vigente con carácter general o en alguna de sus instituciones en particular y, por tanto, ponen en peligro la propia existencia y las formas de actividad de ese orden económico. Por tanto, el Derecho penal económico en sentido estricto está dedicado al estudio de estos delitos y de las consecuencias jurídicas que las leyes prevén para sus autores.*”

⁴¹ RIGHI, Esteban. **Derecho penal económico comparado**. Madrid: Editoriales de derecho reunidas, s/d, p. 317-325.

⁴² Remete-se ao brevíssimo estudo sobre Edwin Sutherland feito em trabalho anterior (SILVA, Daniel Addor. **Criminalidade econômica e manutenção no exterior de depósitos não declarados**. Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2006, p. 52-55) e ao discurso por ele proferido quando da presidência da Sociedade Americana de Sociologia, em 27 de dezembro de 1939 (SUTHERLAND, Edwin Hardin. White-collar criminality. **American Sociological Review**, vol. 5, n. 1, fev. 1940.) Como cediço, a noção de criminalidade de colarinho branco é abordado por vários autores, dentre os quais se destacam SANTOS, Cláudia Maria Cruz. **O crime de colarinho branco: da origem do conceito e sua relevância criminológica à questão da desigualdade na administração da justiça penal**. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra: Stvdia Ivridica 56. Coimbra: Coimbra, 2001; e COLEMAN, James William. **A elite do crime: para entender o crime do colarinho branco**. 5 ed. Barueri: Manole, 2005.

⁴³ RIGHI, op. cit., p. 317, tradução nossa. “de la necesidad de agrupar los distintos tipos que fueron incorporándose al derecho positivo en función de necesidades de criminalización primaria de comportamientos lesivos al orden económico[.]”

⁴⁴ Nesse ponto cumpre salientar que, por iniciativa do Min. Gilson Dipp, à época à frente do Conselho da Justiça Federal, com a edição da Resolução nº 314, de 12 de maio de 2003, houve a especialização de varas federais para o julgamento de crimes contra o sistema financeiro nacional, previstos na Lei nº 7.492/86, e lavagem de dinheiro, disciplinados na Lei nº 9.613/98.

⁴⁵ RIGHI, op. cit., p. 318.

conclusão homogênea”⁴⁶. Afirma que, assim, pode-se falar como bem jurídico tutelado a “ordem pública econômica” (Aftalión, Ampuero, Novoa Monreal), “ordem econômica” (Miranda Gallino), “ordem econômica nacional” (Bergalli), “ordem pública econômica social” (Cousiño), dentre outros similares.

A partir dessa noção, passou-se a precisar melhor o conceito, advertindo-se que os bens jurídicos protegidos pelos crimes econômicos são coletivos ou supra-individuais (Tiedemann). Assim, conforme salientado, descartam-se, a princípio, bens individuais e os crimes patrimoniais tradicionais. Entretanto, a norma penal econômica pode tutelar bens jurídicos supra-individuais em primeiro lugar e também bens individuais, sem que isso a desnature. Ademais, alguns clássicos tipos patrimoniais podem assumir modalidades que o caracterizam como crimes econômicos, *v.g.* o crime de apropriação indébita previdenciária (art. 168-A, do Código Penal).

De igual sorte, salienta Righi que não se logrou alcançar um conceito neutro do bem jurídico protegido, porque varia de acordo com os fins perseguidos pela política criminal, se voltado à proteção da ordem econômica ou se destinado à promoção do desenvolvimento. Destaca:

Nos modelos contemporâneos de constitucionalismo social, o Estado não se limita a uma proteção conservadora de situações preexistentes, senão que assume funções de promoção da justiça social. Nestas condições se sustenta que o bem jurídico se converte em uma entidade dinâmica, sendo para a norma penal não somente um ponto de partida, podendo representar uma meta, um ponto de chegada (expressamente PEDRAZZI, 287).⁴⁷

Assim, desenvolveu-se o conceito *restrito* de direito penal econômico, o qual “compreende as normas jurídico penais que protegem a ordem econômica, entendida como regulação jurídica do intervencionismo estatal na economia (cfr. BAJO FERNÁNDEZ, 37; MARTOS NÚÑEZ, 128).”^{48 49} Seguindo essa esteira, “delito econômico é a infração que lesiona ou põe em perigo essa atividade interventora e reguladora do Estado na economia

⁴⁶ RIGHI, Esteban. **Derecho penal económico comparado**. Madrid: Editoriales de derecho reunidas, s/d, p. 318, tradução nossa. “es el único que permite evitar ambigüedades y contradicciones, posibilitando una conclusión homogénea[.]”

⁴⁷ RIGHI, op. cit., p. 320, tradução nossa. “En los modelos contemporâneos de constitucionalismo social, el Estado no se limita a una protección conservadora de situaciones preexistentes, sino que asume funciones de promoción de la justicia social. En estas condiciones se sostiene que el bien jurídico se convierte en una entidad dinámica, siendo para la norma penal no sólo un punto de partida, pudiendo representar una meta, un punto de llegada (expresamente PEDRAZZI, 287).”

⁴⁸ RIGHI, op. cit., p. 320, tradução nossa. “comprende las normas jurídico penales que protegen el orden económico, entendido como regulación jurídica del intervencionismo estatal en la economía (cfr. BAJO FERNÁNDEZ, 37; MARTOS NÚÑEZ, 128).”

⁴⁹ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. **Derecho penal económico: parte general**. Valencia: Tiranc lo blanc, 1998, p. 34.

(cfr. BAJO FERNÁNDEZ, 42; TIEDEMANN, 1975, 464; 1985, 12; MARTOS NÚÑEZ, 128).”^{50 51}

Porém, desenvolveu-se uma noção *ampla* de direito penal econômico, como “o conjunto de normas jurídico penais que protegem a ordem econômica entendida como regulação jurídica da produção, distribuição e consumo de bens e serviços”^{52 53}, o que, segundo Righi, coloca a proteção de interesses individuais em primeiro lugar e somente depois tutela os interesses coletivos relacionados à regulação econômica do mercado. A crítica que faz a tal noção é a imprecisão e confusão que produz, porquanto torna impossível distinguir um delito patrimonial clássico de um crime econômico.⁵⁴ Além disso, insere no conceito delitos voltados prioritariamente a interesses supra-individuais, como a formação de cartéis, assim também bens jurídicos notoriamente coletivos, como aqueles que inserem os crimes ambientais na classe.

No direito penal econômico em sentido amplo, como salienta Martínez-Buján Pérez, não se trata de tutelar o intervencionismo estatal, mas salvaguardar a atividade econômica no marco da economia do mercado. Ampliam-se os limites dos crimes econômicos e a ordem econômica sempre surge como bem jurídico mediato.⁵⁵ Apesar de parecer mais adequada essa noção, ela pode ser compatibilizada com o conceito estrito, consoante se verá em seguida ao se analisar a conformação constitucional. Com efeito, a regulação jurídica da produção, distribuição e consumo de bens e serviços deve ocorrer no âmbito da atividade interventiva do Estado, tendo a política econômica o objetivo de buscar e assegurar a consecução dos fins constitucionalmente previstos para a economia.

Renato Jorge de Mello Silveira, ao analisar a corrupção⁵⁶ e a crescente preocupação

⁵⁰ RIGHI, Esteban. **Derecho penal económico comparado**. Madrid: Editoriales de derecho reunidas, s/d, p. 321, tradução nossa. “delito económico es la infracción que lesiona o pone en peligro esa actividad interventora y reguladora del Estado en la economía (cfr. BAJO FERNÁNDEZ, 42; TIEDEMANN, 1975, 464; 1985, 12; MARTOS NÚÑEZ, 128).”

⁵¹ BAJO, Miguel; BACIGALUPO, Silvina. **Derecho penal económico**. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2001, p. 14.

⁵² RIGHI, loc. cit, tradução nossa. “el conjunto de normas jurídico penales que protegen el orden económico entendido como regulación jurídica de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios [.]”

⁵³ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. **Derecho penal económico: parte general**. Valencia: Tiranc lo blanc, 1998, p. 35.

⁵⁴ BAJO; BACIGALUPO, op. cit., p. 14-16.

⁵⁵ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, loc. cit.

⁵⁶ Deve-se destacar que a corrupção, apesar de não se inserir em nosso conceito de direito penal econômico, por opção metodológica, tem com ele relação intrínseca, seja como crime conexo, em razão da instrumentalidade necessária, seja porque muitas vezes é utilizado como justificativa para a sonegação e o incremento ilegal de lucros.

Nesse sentido, veja-se que a Convenção de Mérida, de 2003, da Organização das Nações Unidas, ratificada pelo Decreto Legislativo nº 348/2005 e promulgada pelo Decreto nº 5.687/2006, em seu preâmbulo, alerta para os vínculos entre a corrupção e outras formas de delinquência, notadamente a criminalidade organizada e a criminalidade econômica – que denomina “corrupção econômica” –, incluída a lavagem de dinheiro.

Portanto, atua como fonte criminógena. Com efeito, a tributação se esvai grande parte por meio da corrupção e isso pode ser visto por alguns como justificativa bastante para que as exações não sejam pagas devidamente.

com a tipificação de condutas, alerta que:

A justificativa para tanto, vai desde a boa governança (já bradada por Aristóteles), defendida pelo Banco Mundial, que nada mais pretende refletir do que a própria qualidade do governo, mas, também, o funcionamento da economia de mercado, às relações mercantis e da Economia como um todo. Daí a se entender o problema da corrupção como um fator de Direito penal econômico.

Como se sabe, existem várias formas de se entender o Direito penal econômico. Pode-se, desde a perspectiva de Sutherland, ter que o crime econômico nada mais é do que aquele realizado pelo delinquente de colarinho branco, pessoa respeitável e de elevado *status* social, no marco de sua profissão. Entretanto, em termos mais presentes, melhor parece ser a distinção entre um direito econômico em sentido amplo e em sentido estrito. O primeiro poderia ter sido simplesmente o direito das atividades econômicas ou da empresa, vale dizer, como o conjunto de normas jurídico-penais que protegem a ordem econômica entendida como regulação jurídica da produção, distribuição e consumo de bens e serviços. Já o segundo – em sentido estrito – poderia ser visto como o conjunto de normas jurídico-penais que protegem a ordem econômica entendida como

Gómez de la Torre e Fabián Caparrós destacam os efeitos econômicos negativos da corrupção e destacam que “é indubitável que a corrupção supõe um *plus* no gasto público; há que se pagar o preço objetivo da obra pública mais o excesso correspondente ao benefício do corrupto.” (GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio; FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A. *Corrupción y derecho penal: nuevos perfiles, nuevas respuestas. Revista brasileira de ciências criminais*, a. 17, n. 81, nov. / dez. 2009, p. 14-15, tradução nossa: “es indudable que la corrupción supone un *plus* en el gasto público; hay que pagar el precio objetivo de la obra pública más el exceso correspondiente al beneficio del corrupto.”)

Apontam, ainda, como efeitos adversos, a supressão da concorrência e a retração do investimento externo, inicialmente atraído pelos ganhos fáceis. (GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio; FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A. *Corrupción y derecho penal: nuevos perfiles, nuevas respuestas. Revista brasileira de ciências criminais*, a. 17, n. 81, p. 7-35, nov. / dez. 2009.)

Luiz Flávio Gomes identifica, assim como a Grande Depressão de 1929 teria ensejado a revolução criminológica iniciada por Sutherland, uma quarta etapa de estudos criminológicos sobre a criminalidade de colarinho branco a se iniciar a partir da crise econômica de 2008. “Espera-se, agora, o aparecimento de muitos estudos da Grande Depressão de 2008, para evidenciar a imanência do crime (sobretudo da corrupção) em todas as estruturas sociais, em todas as instituições (públicas ou privadas), tendo como marca indelével a impunidade decorrente do funcionamento seletivo do sistema criminal.” (GOMES, Luiz Flávio. *A impunidade da macrodelinquência econômica desde a perspectiva criminológica da teoria da aprendizagem. Revista dos tribunais*, a. 100., v. 906, p.232-251, abr. 2011, p. 235.)

Entretanto, saliente-se, apesar de sua relevância, a corrupção não se insere no conceito restrito de direito penal econômico para os fins da presente tese, como opção de corte metodológico. Nada obstante a citada Convenção de Mérida remeta à corrupção privada no âmbito da gestão empresarial, não se pode olvidar que, de acordo com o Código Penal, a corrupção em seu sentido estrito classifica-se como crime contra a Administração, seja praticado por particular, ativamente, ou pelo servidor público, passivamente. Portanto, apesar do seu reflexo inarredável na economia, tutela-se a atividade administrativa, que se deve pautar pelos princípios previstos no art. 37, da Constituição Federal. Trata-se, assim, de violação indireta à política econômica.

Na mesma linha, com espeque em Martínez Buján-Perez, Sánchez Rios defende que determinadas condutas, apesar do conteúdo econômico, ficam excluídas porque visam tutelar predominantemente outros bens jurídicos. Segundo o autor: “É o caso de alguns delitos tradicionalmente inseridos entre os delitos praticados por servidores públicos contra a Administração (ex. corrupção passiva e enriquecimento ilícito etc.) e de condutas cometidas por particulares contra a fé pública, ou contra o patrimônio individual, entre outras.” (SÁNCHEZ RIOS, Rodrigo. *Reflexões sobre o delito econômico e a sua delimitação. Verba Iuris*, ano II, n. 2, mar. 2000a, p. 15.)

regulação jurídica do intervencionismo estatal na Economia.⁵⁷

Sánchez Rios⁵⁸ ainda pondera que a “ordem econômica” nem sempre figurará como bem jurídico imediato, mas como bem jurídico mediato, vinculado à *ratio legis* ou à finalidade objetiva da norma, o que levou à sua edição. Desempenhará, pois, uma função sistemática ou categorial.

Em obra clássica, Manoel Pedro Pimentel⁵⁹ adota uma noção estrita de direito penal econômico, mas o relaciona com o direito penal financeiro e o direito penal tributário, os quais seriam parte daquele. Apesar de salientar a dificuldade de precisar a natureza dos bens e interesses por ele tutelados, proceda a uma “delimitação no campo de incidência das leis que visam à segurança e à regularidade da boa execução da política econômica do Estado”⁶⁰ e exemplifica com as leis sobre mercado de capitais, antitrustes e sobre instituições financeiras.

Percebe-se, assim, a dificuldade em se delimitar o campo do direito penal econômico.

A partir de Figueiredo⁶¹ e Castilho⁶², que se reporta, por sua vez, a Nilo Batista, em esforço exemplificativo e não exaustivo, enumeram-se os diversos diplomas legais, quais sejam: a) Decreto-Lei nº 7.661/45 (crimes falimentares); b) Lei nº 1.521/51 (crimes contra a economia popular); c) Lei nº 4.591/64 (crimes e contravenções penais nas incorporações, construções e vendas imobiliárias em condomínios); d) Lei nº 4.595/64 (crimes relativos às instituições bancárias e financeiras); e) Lei nº 4.728/65 (crimes relacionados à alienação fiduciária em garantia e à impressão, fabrico ou comercialização irregular e não autorizada de ações de sociedades anônimas); f) Lei nº 4.729/65 (crime de sonegação fiscal); g) Decreto-Lei nº 16/66 (crime de produção, comércio e transporte clandestino de açúcar e álcool); h) Decreto-Lei nº 47/66 (crime de comercialização proibida de café); i) Decreto-Lei nº 73/66 (crimes de insuficiência de reservas pelos administradores de sociedades seguradoras); j) Lei nº 5.741/71 (crimes de esbulho possessório de imóvel financiado pelo Sistema Financeiro de Habitação); k) Lei nº 6.453/77 (crimes na exploração e utilização

⁵⁷ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. A ideia penal sobre a corrupção no Brasil. Da seletividade pretérita à expansão de horizontes atual. **Revista brasileira de ciências criminais**. a. 19, n. 89, mar./abr. 2011, p. 418.

⁵⁸ SÁNCHEZ RIOS, Rodrigo. Reflexões sobre o delito econômico e a sua delimitação. **Verba Iuris**, ano II, n. 2, mar. 2000a.

_____. Reflexões sobre o delito econômico e a sua delimitação. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v.775, p.432-448, mai. 2000b.

⁵⁹ PIMENTEL, Manoel Pedro. **Direito penal econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p. 10-29.

⁶⁰ *Ibid.*, p. 22.

⁶¹ FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Lições de direito econômico**. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 529.

⁶² CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de. **O controle penal nos crimes contra o sistema financeiro nacional** (Lei n. 7.492, de 16 de junho de 1986). Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 110-116.

irregular de energia nuclear); l) Lei nº 6.649/79 (contravenções penais na locação de imóveis urbanos); m) Lei nº 6.766/79 (crimes no parcelamento irregular do solo urbano e nas vendas de loteamentos irregulares); n) Lei nº 7.492/86 (crimes contra o sistema financeiro nacional); o) Lei nº 7.646/87 (crimes contra a propriedade intelectual sobre programas de computador e sua comercialização); p) Lei nº 8.078/90 (crimes contra o consumidor); q) Lei nº 8.137/90 (crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo); r) Lei nº 8.176/91 (crimes contra a ordem econômica); s) Lei nº 8.212/91 (crimes contra a seguridade social); t) Lei nº 8.245/91 (crimes e contravenções nas locações de imóveis urbanos); u) Lei nº 9.279/96 (lei de propriedade industrial); v) Lei nº 9.613/98 (crimes de lavagem e ocultação de bens e valores – “lavagem de dinheiro”); w) Lei nº 10.303/2001 (acrescentou os crimes contra o mercado de capitais à Lei nº 6.385/76); x) Lei nº 11.101/2005 (crimes falimentares).

Justamente a esse respeito, em trabalho anterior, sustentou-se:

Denota-se, pois, que há uma verdadeira “colcha de retalhos” no ordenamento jurídico-penal, com diplomas legais revogando outros e alguns com questionável recepção constitucional. Por tal razão, seria de extrema necessidade a reformulação e a consolidação com a criação de um Direito Penal Econômico brasileiro unificado, quiçá incorporado à parte especial do Código Penal.⁶³

Ainda a título exemplificativo, Prado, em compilação pioneira nacional⁶⁴, sob a rubrica do tema, lança comentários aos crimes contra a ordem econômica (arts. 4º a 6º, da Lei nº 8.137/90 e arts. 1º e 2º, da Lei nº 8.176/91), contra as relações de consumo (arts. 61 a 74, da Lei nº 8.078/90 e art. 7º, da Lei nº 8.137/90), contra o sistema financeiro nacional (Lei nº 7.492/86), contra o sigilo das operações de instituições financeiras (art. 10, da Lei Complementar nº 105/2001), contra as finanças públicas (arts. 359-A a 359-H, do Código Penal), contra a ordem tributária (arts. 1º a 3º, da Lei nº 8.137/90), de contrabando e descaminho (art. 334, do Código Penal), contra a previdência social (arts. 168-A e 337-A, do Código Penal), de lavagem de dinheiro (Lei nº 9.613/98) e crime organizado (Lei nº 9.034/95).

Como se percebe, não existe um consenso quanto à delimitação do objeto do direito penal econômico. De qualquer forma, um esforço em declinar todos os tipos por ele abarcados certamente resultará incompleto, senão excessivamente temporário, mormente tendo em vista a possível alteração dos diplomas legislativos.

Veja-se que a Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara dos Deputados constituiu, em 10 de agosto de 2011, Subcomissão Especial de Crimes e Penas, para reforma da parte especial do Código Penal, que dedica atenção especial ao direito

⁶³ SILVA, Daniel Addor. **Criminalidade econômica e manutenção no exterior de depósitos não declarados**. Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2006, p. 22.

⁶⁴ PRADO, Luiz Régis. **Direito penal econômico**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

penal econômico, a cargo do Dr. Juliano Breda, indicado pela Ordem dos Advogados do Brasil, cujo relatório final está em vias de ser publicado. Da mesma forma, o Senado Federal instalou, em outubro de 2011, sob a presidência do Min. Gilson Dipp, Comissão de Reforma do Código Penal, em cujo seio certamente serão tratadas questões inerentes ao direito penal econômico.

Entretanto, apesar dos fatos acima elencados, um corte metodológico pode ser feito para os fins da presente tese, o que é realizável através da análise dos dispositivos constitucionais que conformam a economia e, logo, o direito penal econômico.

Com efeito, Araújo Júnior, ainda sob a égide da Emenda Constitucional nº 1/69 e apesar do déficit de legitimidade daquele texto, preleciona que, por ter a Constituição – de então, como a atual – um título dedicado à ordem econômica e social, “qualquer trabalho intelectual destinado a fixar a noção e os elementos constitutivos do crime econômico deverá partir do texto da Lei Maior, pois esta delimitará essa noção.”⁶⁵ Em seguida, assevera:

No “reformismo” brasileiro, o Estado intervém no domínio econômico para a regulação do mercado e proteção das forças sociais mais frágeis, com o fim de obter o desenvolvimento nacional e realizar a justiça social. *Assim, a sanção penal deverá ser reservada para garantir a consecução desses objetivos.*

Eis, aqui fixados, os limites dentro dos quais deverá atuar o legislador penal, ou seja, *a repressão à criminalidade econômica deverá ser instrumentalizada no sentido de, regulando o mercado e protegendo os menos favorecidos pela fortuna, promover o desenvolvimento nacional e a justiça social.*⁶⁶

Nessa medida, portanto, é que se passa a analisar a conformação constitucional do direito penal econômico.

2.2 CONFORMAÇÃO CONSTITUCIONAL

Afigura-se necessário cotejar a noção acima delineada à realidade constitucional brasileira.

Inicialmente, não se pode olvidar que a ideia de legitimação constitucional do direito penal econômico necessariamente remete a uma função atribuída à Constituição de conferir legitimidade a uma ordem política e dar legitimação aos titulares do poder político.

Com efeito, consoante Feldens:

O discurso sobre a legitimação do Direito Penal é, antes de qualquer coisa, o discurso sobre sua adaptação material à Constituição. Ambos compartilham,

⁶⁵ ARAÚJO JÚNIOR, João Marcello de; BARBERO SANTOS, Marino. **A reforma penal: ilícitos penais econômicos**. Rio de Janeiro, Forense, 1987, p. 86.

⁶⁶ ARAÚJO JÚNIOR, op. cit., p. 87, grifos do autor.

entre si, uma relação axiológico-normativa por meio da qual a Constituição, ao tempo em que garante o desenvolvimento dogmático do Direito Penal a partir de estruturas valorativas que lhe sejam próprias, estabelece, em contrapartida, limites materiais inultrapassáveis pelo legislador penal. E o faz com exclusividade, porquanto em ordenamentos jurídicos a exemplo do nosso, onde se adota, a partir de uma Constituição normativa, um conceito formal de lei, apenas da Constituição haveriam de provir restrições *previamente dadas* ao legislador, uma vez certo que apenas o poder constituinte está habilitado a condicionar a atividade de um poder constituído como o Poder Legislativo.⁶⁷

Nessa perspectiva, de acordo com Canotilho a própria legitimidade ou validade material da Constituição “pressupõe uma conformidade substancial com a **ideia de direito**, os valores, os interesses de um povo num determinado momento histórico.”⁶⁸ Vale dizer, o texto constitucional não é mera positivação do poder, mas também “a positivação dos valores jurídicos radicados na consciência jurídica geral da comunidade.”⁶⁹ Assim, de acordo com o autor, pode-se dizer que a Constituição tem legitimidade quando “logra obter *validade* como ordem justa e *aceitação*, por parte da colectividade, da sua bondade ‘intrínseca’”.⁷⁰ Consequentemente, a Constituição “contribui para sua aceitação real (consenso fáctico ou aceitação fáctica ou sociológica) e para uma *boa ordenação da sociedade* assente em princípios de justiça normativo-constitucionalmente consagrados.”⁷¹

Além disso, a Constituição funda, regula e limita o poder, ou seja, justifica ou dá legitimação ao exercício da coação física legítima. Segundo essa função legitimatória, “no *estado constitucional* não existe qualquer ‘poder’ que, pelo menos, não seja ‘constituído’ pela constituição e por ela juridicamente vinculado.”⁷²

Não se pode, ainda, olvidar que a premissa da qual parte o texto constitucional é a produção social capitalista. Nesse sentido, Eros Grau assevera:

O modo de produção social capitalista, que eleger como *ratio fundamentalis* do ordenamento político o lucro, coloca o direito positivo a seu serviço; é isso que explica a estruturação do direito posto pelo Estado moderno. Ele existe fundamentalmente – desejo deixar este ponto bem vincado – para permitir a fluência da circulação mercantil, para tentar “domesticar” os determinismos econômicos. Porta em si a pretensão de dominar a realidade e expõe marcante contradição, que pode ser enunciada nos seguintes termos: o capitalismo [leia-se: o Terceiro Estado, a burguesia] necessita da ordem, mas a detesta, procurando a qualquer custo exorcizá-la.⁷³

Logo adiante, o autor esclarece:

⁶⁷ FELDENS, Luciano. **A constituição penal**: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 38.

⁶⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1439, grifo do autor.

⁶⁹ Ibid., p. 1439.

⁷⁰ Ibid., p. 1439.

⁷¹ Ibid., p. 1440-1441.

⁷² Ibid., p. 1440, grifos do autor.

⁷³ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)**. 13 ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 34.

Dizendo-o de outro modo: o mercado exige, para satisfação de seu interesse, o afastamento ou a redução de qualquer entrave social, político ou moral ao processo de acumulação de capital. Reclama atuação estatal para garantir a fluência de suas relações, porém, ao mesmo tempo, exige que essa atuação seja mínima.⁷⁴

Essa assertiva explica, sobremaneira, o déficit de atuação do direito penal econômico porque se funda em um sentimento contraditório quanto à sua necessidade, assim como ocorre no regramento jurídico da atividade econômica. Por um lado, reconhece-se ser devido o controle penal da economia. De outra banda, esse controle não pode ser visto como obstáculo à pujança econômica e, em linhas gerais, deve ser aplicado para o “outro”, não para aquele determinado agente econômico.

Nessa medida, Grau⁷⁵ aponta que a função de legitimação visa o reconhecimento de que o sistema capitalista e sua ordem política são corretos e justos. Assim agindo, o Estado daria sustentação à hegemonia do capital, o que se dá por meio da Constituição, modo de institucionalização do mundo capitalista. Não se pretende, nos limites desta tese, aprofundar-se mais nessa visão marcadamente marxista.⁷⁶ É inegável, porém, a tensão entre capital e trabalho. Assim, apesar de o sistema capitalista não se revelar correto nem justo, na maioria das vezes, é esse modo de produção que se encontra plasmado na Constituição e é ela que dá suporte, por meio de seus preceitos, à sua manutenção.

Pois bem, a Constituição Federal do Brasil, em seu título VII, trata da ordem econômica e financeira. Partindo da premissa de que os bens jurídicos devem ser selecionados do arcabouço constitucional, o constituinte trouxe os elementos necessários para que o direito penal possa definir as condutas a serem tipificadas. Há, portanto, mandatos constitucionais para a criminalização de condutas.

Saliente-se que a promulgação do texto constitucional nos moldes em que será visto não se encontra isolada de uma realidade econômica internacional. De acordo com Barroetaveña⁷⁷, a partir dos anos 80, em razão de uma sofisticada forma de especulação (tráfico de influência, compra de ações para controle acionário, fusões, venda de ativos para descapitalizar empresas), os Estados Unidos percebeu a necessidade de intervenção para salvar o capitalismo de sua própria voracidade, razão pela qual o Congresso sancionou leis contra essa criminalidade, que permitiram bloquear os ativos advindos de crimes e devolveu certa tranquilidade ao sempre agitado mundo dos mercados e das finanças. Da mesma

⁷⁴ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)**. 13 ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 35.

⁷⁵ Ibid., p. 37-38.

⁷⁶ A respeito, vide BAJO, Miguel; BACIGALUPO, Silvina. **Derecho penal económico**. Madri: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2001, p. 42-44.

⁷⁷ BARROETAVERÑA, Diego Gustavo. Derecho penal económico: delitos tributários. Propuestas para un derecho penal tributario respetuoso de los principios y garantías penales. **Revista brasileira de ciências criminais**, a. 18, n. 86, set. / out. 2010, p. 66-67.

forma, na Europa, percebeu-se a deficiência do aparato judicial para lidar com a criminalidade econômica, não havendo legislação hábil a incriminar os delitos fiscais, pelo que 60% dos rendimentos não salariais escapavam do controle fiscal.

Nesse panorama, o autor destaca que as Constituições do Brasil e da Argentina não estabelecem um modelo determinado de política econômica. No entanto, salienta:

Em qualquer caso, as leis fundamentais de ambos países rechaçam de plano um modelo radicalmente liberal, pois certos interesses gerais exigem uma intervenção estatal (política fiscal, estabilidade monetária, proteção do meio ambiente, pleno emprego etc.). De outro lado, não admitem um sistema econômico de planificação total, centralizada e imperativa que afogue qualquer iniciativa empresarial.⁷⁸

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 1º, já esboça o que se pretende da economia, ao definir que a República Federativa do Brasil tem como fundamento, dentre outros, “os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa” (IV). Acrescente-se, com Magalhães:

Este princípio expressa a ideia de uma ordem social e econômica em que trabalho e iniciativa privada tenham a mesma importância, e em que estes dois elementos se realizam com a finalidade única do bem-estar social. O trabalho e a iniciativa privada, como valores sociais, não podem ser compreendidos fora da lógica sistêmica de proteção e construção do bem-estar para toda a sociedade. Logo, trabalho e iniciativa privada não são valores em si mesmos, mas sempre protegidos e condicionados pela realização do bem-estar social.⁷⁹

Adiante, no art. 170, este binômio trabalho-livre iniciativa é reproduzido como fundamento da ordem econômica, com o objetivo de “assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”. O dispositivo enumera ainda como princípios gerais da atividade econômica: a soberania nacional, a propriedade privada e sua função social, a livre concorrência, a defesa do consumidor e do meio ambiente, a redução das desigualdades regionais e sociais, a busca do pleno emprego, o tratamento favorecido para empresas de pequeno porte e o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos legais.⁸⁰

⁷⁸ BARROETAVEÑA, Diego Gustavo. Derecho penal económico: delitos tributarios. Propuestas para un derecho penal tributario respetuoso de los principios y garantías penales. **Revista brasileira de ciências criminais**, a. 18, n. 86, set. / out. 2010, p. 67, tradução nossa. “En cualquier caso, las leyes fundamentales de ambos países rechazan de plano un modelo radicalmente liberal, pues ciertos intereses generales exigen una intervención estatal (política fiscal, estabilidad monetaria, protección del medio ambiente, pleno empleo etc.). De otro lado, no admiten un sistema económico de planificación total, centralizada e imperativa que ahogue cualquier iniciativa empresarial.”

⁷⁹ MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. In: BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura (coord.). **Comentários à Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 24.

⁸⁰ Saliente-se que o suposto “livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei”, estatuído no parágrafo único do art. 170 da Constituição Federal é um dispositivo utópico. Com efeito, nada obstante sejam inclusive incentivadas as atividades econômicas, é certo que a burocracia brasileira impõe uma série de

Ainda, o art. 173, da Constituição Federal, trata da exploração direta de atividade econômica pelo Estado como situação excepcional, quando imperiosa em virtude da segurança nacional ou relevante interesse coletivo. Nesse dispositivo existem igualmente claros mandatos de criminalização. O § 4º remete à edição de lei visando reprimir “o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”, o que se materializou nas Leis nº 8.137/90 e 8.884/94. Por sua vez, o § 5º determina a responsabilização legal da pessoa jurídica e de seus dirigentes, “nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular”, o que está concretizado nas Leis nº 1.521/51 e 7.492/86, recepcionadas pela Constituição, e nas Leis nº 8.137/90 e 8.176/91.

Para conceituar ordem econômica, Eros Grau se vale dos ensinamentos de Vital Moreira para reconhecer três sentidos possíveis e sintetiza:

- em um primeiro sentido, “ordem econômica” é o modo de ser empírico de uma determinada economia concreta; a expressão, aqui, é termo de um *conceito de fato* e não de um conceito normativo ou de valor (é conceito do mundo do ser, portanto); o que o caracteriza é a circunstância de referir-se não a um conjunto de regras ou normas reguladoras de relações sociais, mas sim a uma relação entre fenômenos econômicos e materiais, ou seja, relação entre fatores econômicos concretos; conceito do mundo do ser, exprime a realidade de uma inerente articulação do econômico como fato;
- em um segundo sentido, “ordem econômica” é a expressão que designa o conjunto de todas as *normas* (ou regras de conduta), qualquer que seja a sua natureza (jurídica, religiosa, moral etc.), que respeitam à regulação do comportamento dos sujeitos econômicos; é o sistema normativo (no sentido sociológico) da ação econômica;
- em um terceiro sentido, “ordem econômica” significa *ordem jurídica* da economia.⁸¹

Destaca o autor que, no citado art. 170, da Constituição Federal, a expressão é utilizada em seu duplo aspecto, referindo-se ao mundo do ser e ao do dever ser. Nessa medida, descreve ordem econômica como “conjunto de normas que define,

procedimentos para tanto, que passam desde o cadastro na Receita Federal, o registro de contratos sociais em Juntas Comerciais, até mesmo alvarás de funcionamento nas Prefeituras, estes sujeitos aos planos diretores dos Municípios, de acordo com zoneamento e questões ligadas ao trânsito de veículos.

Há uma verdadeira “gincana” para o início do exercício de uma atividade econômica, situação destacada no caso de uma inovadora empresa de planos de funeral, nos autos nº 96.00.07610-3, da 1ª Vara Federal Criminal da Subseção Judiciária de Curitiba e, posteriormente, no Recurso em Sentido Estrito nº 1999.04.01.011798-9, da 7ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, a qual não buscou autorização do Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor do Ministério da Justiça, mas obteve alvará da Prefeitura Municipal de Curitiba e registro na Receita Federal. Observe-se que o próprio Ministério Público Federal não lograva descobrir se a autorização deveria partir da Superintendência de Seguros Privados – SUSEP, do Ministério da Fazenda ou do Ministério da Justiça. (SILVA, Daniel Addor. **Criminalidade econômica e manutenção no exterior de depósitos não declarados**. Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2006, p. 97-99.)

⁸¹ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)**. 13 ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 64-65.

institucionalmente, um determinado modo de produção econômica”⁸².

Imperioso frisar que o tratamento constitucional da ordem econômica não se limita ao título VII, mas se espalha em vários dispositivos.⁸³ Ademais, como cediço, a (nova) ordem econômica “não se esgota no nível constitucional, compondo-se por inúmeras normas infraconstitucionais.”⁸⁴ Fala-se em nova ordem econômica, com o mesmo autor⁸⁵, para se referir àquela oriunda de uma Constituição (Econômica) diretiva ou programática, que define o quadro de diretrizes das políticas públicas, coerentes com determinados objetivos enunciados, ou seja, que visa implantar essa nova ordem mediante a conformação da ordem existente aos fins da política econômica que enuncia.

Nessa perspectiva, pode-se concluir que os mandatos de criminalização não se restringem àqueles previstos no art. 173, da Constituição Federal. Assim, o direito penal econômico visa tutelar a ordem econômica, no sentido de assegurar a política econômica do Estado.

Didaticamente, José Paschoal Rossetti define política econômica como “a atuação deliberada do governo, no sentido de que se alcancem objetivos de natureza econômica, consistentes com outros fins não necessariamente econômicos, definidos ao nível mais amplo da política pública.”⁸⁶ Segundo o autor, tais objetivos dependem das “ideologias políticas”, não havendo assim um conjunto universalmente aceito, porquanto estariam sujeitos ainda “a variáveis conjunturais, aos problemas conjunturais e à concepção das transformações estruturais de longo prazo consideradas necessárias”⁸⁷ para o seu atingimento. A política econômica estaria igualmente submetida ao estágio de desenvolvimento econômico e, portanto, “geralmente envolve questões relacionadas ao crescimento econômico (dado como uma das pré-condições para o desenvolvimento), à repartição de renda e da riqueza e à estabilidade do processo econômico.”⁸⁸

Desde logo, observe-se que, se o direito penal econômico se revela como braço armado da política econômica seu âmbito de atuação não pode ser estanque, imutável. Por certo, a lei penal não se derroga pelos costumes, não se podendo, porém, olvidar do

⁸² GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)**. 13 ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 70.

⁸³ Com efeito, Grau salienta que, “tomando-se a Constituição de 1988, nela encontramos inúmeras disposições que operam a institucionalização da ordem econômica (mundo do ser) e não se encontram englobadas no chamado Título da Ordem Econômica (e Financeira). Assim, v.g., com aquelas inscritas nos arts. 1º e 3º, em inúmeros artigos do Título da Ordem Social, especialmente o 8º e o 9º etc.” (GRAU, op. cit., p. 86)

⁸⁴ Ibid., p. 74.

⁸⁵ Ibid., p. 76-77.

⁸⁶ ROSSETTI, José Paschoal. **Introdução à economia**. 10 ed. São Paulo: Atlas, 1984, p. 74.

⁸⁷ Ibid., p. 74.

⁸⁸ Ibid., p. 75.

impacto da adequação social.⁸⁹ Em linhas gerais, o que se pode verificar é que, de qualquer forma, a interpretação que se dá às normas de direito penal econômico deve ser orientada pela política econômica, ou seja, de acordo com o que se espera da economia.

Complementando a definição apresentada, Eduardo Fortuna fornece elementos para se possa definir o âmbito de abrangência da política econômica. Segundo o autor, o objetivo fundamental da política econômica global consistiria “em promover o desenvolvimento econômico, garantir o pleno emprego e sua estabilidade, equilibrar o volume financeiro das transações econômicas com o exterior, garantir a estabilidade de preço e o controle da inflação e, promover a distribuição da riqueza e das rendas.”⁹⁰ A política econômica dividir-se-ia então em políticas monetária, fiscal, cambial e de rendas.

A política monetária visa “o controle da oferta da moeda e das taxas de juros que garantam a liquidez ideal de cada momento econômico.”⁹¹ A cargo do Banco Central, seria executada por meio do depósito compulsório, do redesconto ou empréstimo de liquidez, das operações do mercado aberto e do controle e seleção de crédito. Em linhas gerais, o depósito compulsório se relaciona à taxa de recolhimento de reserva obrigatória do Conselho Monetário Nacional, aos depósitos bancários e aos recursos de terceiros. O redesconto é o empréstimo efetuado pelo Banco Central diretamente aos bancos, de acordo com suas necessidades momentâneas de caixa. O mercado aberto consiste basicamente na colocação e resgate de títulos públicos, o que influencia diretamente no volume de reservas bancárias, na liquidez do mercado e na taxa de juros primária. No que tange às operações creditícias, o Banco Central pode contingenciá-las, controlando o volume e destino do crédito, as taxas de juros, bem como fixando limites e condições dos créditos.

Por outro lado, a política fiscal consiste nas receitas e despesas do Estado. “Envolve a definição e a aplicação da carga tributária exercida sobre os agentes econômicos, bem como a definição dos gastos do Governo, que tem como base os tributos captados.”⁹²

De outra banda, a política cambial se baseia na administração das taxas de câmbio e no controle das operações cambiais. Dessa forma, regula diretamente as transações econômicas do Brasil com os demais países, regulando o fluxo de moeda com o exterior, o qual ocorre em importações, exportações, compras financeiras, oferta de títulos no exterior,

⁸⁹ A respeito, podem ser compulsados, por todos, os ensinamentos de SÁNCHEZ RIOS, Rodrigo. **Advocacia e lavagem de dinheiro**: questões de dogmática jurídico-penal e de política criminal. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 202-212; WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico-penal**: uma introdução à doutrina da ação finalista. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 58-61; ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general**. Tomo I: Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito. Madrid: Civitas, 2003, p. 292-297.

⁹⁰ FORTUNA, Eduardo. **Mercado financeiro**: produtos e serviços. 15 ed. Rio de Janeiro: Qualitymark, 2002, p. 47.

⁹¹ *Ibid.*, p. 47.

⁹² *Ibid.*, p. 54.

investimentos estrangeiros, dentre outros aspectos.^{93 94}

Por fim, a política de rendas é aquela exercida por meio de “controles diretos sobre a remuneração dos fatores diretos de produção envolvidos na economia, tais como salários, depreciações, lucros, dividendos e preços dos produtos intermediários e finais.”⁹⁵

Ao tratar desses elementos, Rosseti os insere como instrumentos para a execução dos fins pretendidos pela política econômica. Prossegue o autor:

Os instrumentos de ação mais significativos e empregados com maior frequência estão correlacionados em sua maior parte, com os troncos teóricos da Análise Macroeconômica. São deste tronco os instrumentos *monetários* (ligados à Teoria da Moeda), os *fiscais* (ligados à Teoria das Finanças Públicas) e os *cambiais* (ligados, por sua vez, à Teoria das Relações Internacionais. Esses instrumentos são secundados por um outro grupo, basicamente correlacionado com a Análise Microeconômica. Trata-se dos instrumentos *coadjuvantes*, inspirados em sua maior parte nas Teorias do Consumidor, da Empresa, da Produção e da Repartição.⁹⁶

Pinheiro e Sassi ainda fornecem maiores elementos, aportando a contribuição de Ronald Coase, para quem a política econômica teria como objetivo a maximização do bem-estar social, atingido por meio de estruturas administrativas, além de regras e procedimentos legais. Adiante, citam:

O objetivo da política econômica é garantir que as pessoas, quando decidem que caminho seguir, escolham aquele que resulta na melhor escolha para o sistema como um todo. (...) Já que, na maior parte das vezes, as pessoas optam por fazer aquilo que elas pensam que promove o seu próprio bem-estar, a forma de alterar o seu comportamento na esfera econômica é fazer com que seja do seu interesse fazer isso (agir como é

⁹³ FORTUNA, Eduardo. **Mercado financeiro**: produtos e serviços. 15 ed. Rio de Janeiro: Qualitymark, 2002, p. 57.

⁹⁴ Segundo Cruz o mercado de câmbio deriva uma opção política em se impor o curso forçado da moeda nacional, o que acarreta a necessidade de se comprar e vender moeda estrangeira para que os comerciantes possam vender seus produtos no exterior e satisfazer suas obrigações no Brasil, movimento sujeito, portanto, à lei da oferta e da procura. Nesse sentido, destaca a relevância da política cambial brasileira, “a definição do preço da moeda irá depender de um conjunto de fatores econômicos (os tais fundamentos da economia): níveis de preço, meio circulante, balança de pagamentos. Será influenciado e influenciará tais fatores. Basta atentar para a circunstância de que – caso haja um ataque especulativo (*investimento de curtíssimo prazo*) – poderá surgir um aumento considerável e precário da quantidade de moeda estrangeira em circulação; com apreciação brusca da moeda nacional.”

Em seguida, ilustra essa situação: “As importações ficariam mais baratas, enquanto que as exportações seriam drasticamente reduzidas, desconsideradas outras variáveis. A queda nas exportações repercutiria, em tal hipótese, sobre a empregabilidade (demissões em massa, v.g.), e sobre o controle inflacionário, causando oscilações bruscas nas taxas de câmbio e outras eventuais repercussões. Facilidades demasiadas na importação de bens podem caracterizar concorrência desleal com a indústria nativa etc.

Logo, a fiscalização do nível de divisas acessíveis aos residentes o Brasil e, também, dos capitais brasileiros mantidos no exterior é importante para a macroeconomia, podendo comprometer inúmeros outros vetores, seja da política fiscal; política de crédito e de trabalho.” (CRUZ, Flávio Antônio da. *Gestão temerária, evasão de divisas e aporias. Revista brasileira de ciências criminais*, a. 18, n. 86, set. / out. 2010, p. 122-123.)

⁹⁵ FORTUNA, op. cit., p. 60.

⁹⁶ ROSSETTI, José Paschoal. **Introdução à economia**. 10 ed. São Paulo: Atlas, 1984, p. 76.

melhor para o sistema). A única forma disponível para os governos fazerem isso (que não por meio da exortação, em geral completamente ineficaz) é alterar a lei ou sua aplicação.⁹⁷

Esses pilares permitem delimitar o campo de atuação do direito penal econômico, o qual deve agir de modo a assegurar a execução da política econômica, mormente nas suas vertentes monetária, fiscal, cambial e de rendas. Assim, para que não se veja esvaziado, necessária a busca por conteúdo, de modo a preenchê-lo. Esse conteúdo pode assim ser extraído do arcabouço constitucional.

Seguramente, a proteção da economia não se restringe à tutela penal. Deve, pois, o legislador incluso dar preferência a outros meios não tão restritivos, como a responsabilização civil e administrativa. Assim, nem todas as condutas ofensivas à política econômica devem ser tipificadas. No entanto, consoante se explicitará adiante, não pode o legislador, tampouco o aplicador da lei, mormente o Judiciário, esquivar-se de concretizar os mandatos de criminalização, sob pena de proteção insuficiente.

No que tange à precedência das normas de outros ramos do Direito, cumpre citar que a exposição de motivos que precede a Recomendação R81 do Comitê de Ministros do Conselho da Europa e os Estados membros, sobre a criminalidade em matéria econômica, adotada pelo Conselho de Ministros em 25 de junho de 1981, pôs em relevo os seguintes aspectos, entre outros:

Que as infrações econômicas prejudicam numerosas pessoas (sócios, credores, assalariados, comerciantes da concorrência), à comunidade em seu conjunto e incluso ao Estado, ao que impõe pesadas cargas financeiras e inflige perdas consideráveis de entradas, gravando, por conseguinte, à economia nacional e internacional; que ocasionam uma certa perda de confiança no mesmo sistema econômico; que criam importantes problemas jurídicos; e que em uma primeira fase estas infrações devem-se prevenir com medidas de Direito civil, mercantil e administrativo que, caso necessário, devem ser apoiadas ou completadas por normas penais.⁹⁸

Pode-se, assim, concluir que o direito penal econômico deve tutelar capital (renda e moeda) e trabalho, pilares da economia. No que tange ao trabalho, certamente o bem jurídico tutelado será muitas vezes imediatamente titularizado pelo trabalhador, por exemplo,

⁹⁷ COASE, Ronald. *The firm, the market and the Law*. Chicago: Chicago University Press, 1988, p. 27-28. Apud PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, economia e mercados**. Rio de Janeiro, Elsevier, 2005, p. 12.

⁹⁸ CABANA, Patricia Faraldo. Os delitos societários. 1996, p. 32. Apud SOUZA, Artur César de. Nova hermenêutica para os crimes de colarinho-branco – Crimes contra ordem tributária, econômica e financeira. **Revista tributária e de finanças públicas**, a. 19, n. 96, jan. / fev. 2011, p. 322, tradução nossa. “Que las infracciones económicas perjudican a numerosas personas (socios, acreedores, asalariados, comerciantes de la competencia), a la comunidad en su conjunto e incluso al Estado, al que impone pesadas cargas financieras e inflige pérdidas considerables de ingresos, gravando, por consiguiente, a la economía nacional e internacional; que ocasionan una cierta pérdida de confianza en el mismo sistema económico; que crean importantes problemas jurídicos; y que en una primera fase estas infracciones deben prevenirse con medidas de Derecho civil, mercantil y administrativo que, en caso necesario, deben ser apoyadas o completadas por normas penales.”

no caso de retenção dolosa de salário (art. 7º, X, da Constituição Federal). Nada obstante, favorecer ao capital e negar ao trabalho a condição de merecedor da tutela penal econômica seria reduzir sua qualidade de valor social como fundamento da República, perpetuar ainda mais as disparidades e, por consequência, deixar de concretizar o seu objetivo fundamental de “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais” estatuído pelo art. 3º, III, da Constituição Federal.

Portanto, sem qualquer pretensão de se estabelecer um rol exaustivo, infere-se que o direito penal econômico tem como objeto: a) trabalho e livre iniciativa, tidos como fundamentos da economia e devendo ser impedidas todas as formas ilegais de seu cerceamento, como as condutas tipificadas nos crimes contra a organização do trabalho; b) livre concorrência, de modo a combater, *v.g.*, abusos do poder econômico, o uso irracional dos meios de produção⁹⁹, a formação de cartéis e, até mesmo, a licitação para contratação direta pelo Estado; c) consumo, força motriz do mercado e da circulação de bens e serviços, sendo vedadas, *e.g.*, venda casada, fraude de preços ou propaganda enganosa¹⁰⁰; d) circulação do capital, com a tutela, dentre outros fatores, do mercado financeiro, dos valores mobiliários, do investimento em empresas, da transferência e ingresso de valores destinados ao exterior ou provenientes de outros países; e) arrecadação tributária, com o combate às diversas formas de sonegação das exações necessárias ao custeio e manutenção das despesas do Estado; f) seguridade social, com a proteção da assistência aos desvalidos e à previdência social (regime geral e regimes próprios), de modo a garantir o mínimo existencial aos segurados; e g) capital produtivo, sendo tuteladas a propriedade intelectual, os direitos autorais, até mesmo nos casos de falência e a recuperação judicial.¹⁰¹

Em termos gerais, essas são as linhas mestras referentes aos interesses tutelados

⁹⁹ Sem considerar a efetiva importância do bem jurídico ambiental para as presentes e futuras gerações, a partir de um ponto de vista estritamente econômico, aqui se poderia inserir o direito penal ambiental, porquanto o meio ambiente importa à economia sobremaneira em razão dos insumos e da maneira como é conduzida a produção. Reduzir os impactos ambientais é tarefa que necessariamente envolve custos. De igual sorte, o princípio poluidor-pagador envolve a recomposição de danos e eventual ressarcimento, o que igualmente pode acarretar impacto financeiro. Tampouco se pode olvidar o mercado originado pelos créditos de carbono. Nesses moldes, uma empresa que respeita todas as medidas de proteção ao meio ambiente necessariamente terá um custo de produção maior que aquela que não procede corretamente, o que pode afetar a concorrência e reduzir a margem de lucro daqueles que respeitam as normas ambientais.

¹⁰⁰ Veja-se, a propósito, a obra de ANDRADE, Pedro Ivo. **Crimes contra as relações de consumo: art. 7º da Lei 8.137/90**. Curitiba: Juruá, 2007. 155 p. Outrossim, TORON, Alberto Zacharias. Aspectos penais da proteção ao consumidor. **Revista brasileira de ciências criminais**, a. 3, n. 11, p. 80-90, jul. / set. 1995.

¹⁰¹ Ao identificar os interesses econômicos previstos na Constituição espanhola, Bajo e Bacigalupo colocam o direito penal econômico “como defesa dos **empresários, trabalhadores, consumidores, poupadores** ou **competidores**, ou da inteira coletividade contra a atividade empresarial mal intencionada.”(BAJO, Miguel; BACIGALUPO, Silvina. **Derecho penal económico**. Madri: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2001, p. 23, tradução nossa, grifos do autor: “como defensa de los **empresarios, trabajadores, consumidores, ahorradores** o **competidores**, o de la entera colectividad contra la actividad empresarial malintencionado.”)

pela política econômica do Estado. Portanto, são esses os principais objetos de tutela do direito penal econômico.

2.3 CONTEXTUALIZAÇÃO DO DIREITO PENAL ECONÔMICO

Impende ainda apresentar o contexto em que se insere o direito penal econômico.

Inicie-se com Uwe Volkmann, o qual destaca que:

O problema se concentra exatamente sobre a pergunta, de difícil resposta, sobre a possibilidade de que modificações no campo exterior podem conduzir a uma modificação dogmática e, ao mesmo tempo, do programa da norma nela refletido. Do ponto de vista de um normativismo puro essa pergunta deveria ser respondida de forma negativa. Afinal o direito deveria regular a realidade, mas não deveria, ao contrário, ser por ela influenciado. Essa exigência não se sustenta, porém, na prática da aplicação do direito. O direito é, de modo típico, feito para o domínio de determinados contextos de problemas. Modificado ou suprimido o contexto, são possíveis duas reações opostas: ou o direito se confronta com essa situação ou faz ouvidos moucos. Neste caso ele permanece intacto como programa normativo, mas se torna irrelevante. Ou o direito se adapta ao desenvolvimento e se auto-modifica. Ele permanece, então, relevante, mas perde em normatividade.¹⁰²

Portanto, o texto não se dissocia do contexto em que se pretende seja aplicado. A evolução constante dos fatos sociais certamente ultrapassa a edição normativa. Assim, o desenvolvimento da sociedade e a complexidade das relações devem conduzir, senão à evolução da prática legislativa, ao menos a uma interpretação não dissociada dessa realidade.

Nesse ponto, necessário lembrar que Zaffaroni conclui que:

O discurso jurídico-penal falso não é nem um produto de má-fé nem de simples conveniência, nem o resultado da elaboração calculada de alguns gênios malignos, mas é sustentado, em boa parte, pela incapacidade de ser substituído por outro discurso em razão da necessidade de se defenderem os direitos de algumas pessoas.¹⁰³

Essa realidade se transporta em larga medida ao direito penal econômico. Nesse campo, ao tempo em que aparentemente se pretende tutelar a economia, não se parece pretender sujeitar os agentes econômicos às duras sanções penais. Quanto a isso, na verdade, já nos anos 80 do século passado, Costa e Andrade advertiram:

Apesar de tudo, não deixou de pairar sobre o Colóquio um certo mal-estar a que não era alheio um coeficiente de crítica mais ou menos larvada. Sempre, com efeito, esteve presente a consciência do abismo entre o

¹⁰² *Veränderungen der Grundrechtsdogmatik*, p. 262-263. Apud BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Crime organizado**. Porto Alegre: TRF – 4ª Região, 2008 (Currículo Permanente. Caderno de Direito Penal: módulo 4), p. 16-17.

¹⁰³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**. 2 ed. Rio de Janeiro: Revan, 1996, p. 14.

optimismo dos legisladores mais voluntaristas e a fria verdade da *law in action*. A consciência de que a pleora de normas incriminatórias e drasticamente sancionatórias que, por todo o lado, enchem as folhas oficiais não encontra correspondência significativa nas cifras das estatísticas oficiais da criminalidade. A ponto de a generalidade dos participantes se confrontar com a dúvida – verbalizada ou não – sobre se o direito penal económico terá, afinal, outra função que não a de uma subtil legitimação do *statu quo* e de um sistema penal que não está aí para punir os que, por terem fortuna, usufruem do poder ou, por terem poder, usufruem da fortuna.¹⁰⁴

Nilo Batista, em artigo incorporado a livro em homenagem a Alessandro Baratta, trata da evolução dos sistemas penais brasileiros.¹⁰⁵ Ao abordar o novo sistema penal, “que corresponde à passagem ao capitalismo de serviços das sociedades pós-industriais, dominadas pelo video-capital financeiro transnacional, cuja reprodução, afora as orgias especulativas, se alavanca no consumo massivo”¹⁰⁶, apresenta seus quatro traços distintivos, em seu entender.

Em primeiro lugar, está a hipercriminalização. O autor destaca: “Pedir o governante à pena aquilo que ela não pode dar, a solução de conflitos, pouco importa: importante, sim, é a solução simbólica que a criminalização representa, sem nada resolver.”¹⁰⁷

Em segundo lugar, tem-se, na visão do autor, um sistema de dupla face. Em suas palavras:

Para os consumidores, alternativas à privação da liberdade, transação penal, suspensão condicional do processo, e diversos outros dispositivos para que ele possa cumprir sua pena no *shopping*, com ou sem pulseira eletrônica. Para os consumidores falhos, suspeitos ou convictos desses crimes aos quais uma estúpida quizila de constituintes denominou hediondos, um encarceramento neutralizante.¹⁰⁸

Como terceira característica, Batista destaca a mudança das finalidades da prisão, que abandona os “mitos ressocializadores” e passa a ser uma “pena de neutralização do condenado”. Pode-se refletir em que medida isso se aplica ao direito penal económico. A sofisticação dos crimes económicos – situação que se reproduz, de um modo geral, no âmbito de todas as organizações criminosas – permite a um preso manter o mesmo poder de decisão e atuação que possuiria se estivesse em liberdade. Assim, salvo eventuais casos de incomunicabilidade e outras modalidades de combate à criminalidade económica

¹⁰⁴ COSTA, José de Faria; ANDRADE, Manuel da Costa. Sobre a concepção e os princípios do direito penal económico. Notas a propósito do Colóquio preparatório da AIDP (Freiburg, setembro de 1982). In: PODVAL, Roberto. (Org.) **Temas de direito penal económico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 118.

¹⁰⁵ BATISTA, Nilo. Os sistemas penais brasileiros. In: ANDRADE, Vera Regina Pereira de. (Org.) **Verso e reverso do controle penal: (des)aprisionando a sociedade da cultura punitiva**. Vol. 1. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002a, p. 147-158.

¹⁰⁶ *Ibid.*, p. 154.

¹⁰⁷ *Ibid.*, p. 154.

¹⁰⁸ *Ibid.*, p. 154-155.

diversas da privação de liberdade, como o bloqueio de ativos, cuja análise refoge ao campo de estudo desta tese, a pretensa neutralização também resulta em novo mito.

Por fim, o quarto caractere desse novo sistema seria os novos papéis da mídia, que chamou para si o discurso do controle social penal. “Os esgares do âncora de um telejornal com boa audiência são mais importantes para a política criminal brasileira do que a produção somada de nossos melhores criminólogos e penalistas.”¹⁰⁹ A mídia teria substituído a universidade e introduzido um personagem para conceder autoridade a esse discurso: o especialista. Salienta, ainda, a executivização dessas agências de comunicação, cujas microcâmeras executam diretamente funções de agências policiais. Ao final, Batista acrescenta:

Este novo sistema penal, com seus poderosos instrumentos de comunicação, participa intensamente desse fenômeno, na elaboração de uma mentalidade que trata de reduzir à equação penal *crime-pena* toda a riqueza inquietante dos conflitos, toda a complexidade dos enfrentamentos políticos. A culpabilização individual é a lente que pretende decifrar os cruzamentos das classes, e, desde que se tome a competição como o grande horizonte da sociabilidade humana, a inculpação do fracasso é o adequado contraponto da inocência do sucesso. O individualismo levado ao âmbito da culpabilidade converte o episódio criminal numa questão ético-pessoal; o desempregado já vive num estado de culpa, pelo delito de “incompetência”, e basta seguir vivo para aproximar-se de outros. Mais do que nunca, o sistema penal contribui para dar coerência a este estado de necessidade permanente feito projeto político, moldando sentimentos, expectativas e moralidades, que acabam por configurar-se como estética.
110

A respeito da nova realidade da criminalidade econômica, de seu combate e da influência de operações sobre a morosidade processual, Vaz argumenta:

Toda esta nova realidade reflete-se negativamente na justiça criminal, em termos de morosidade. Diariamente, convivemos com operações policiais midiáticas, com centenas de prisões e apreensões de bens e valores. Toda esta movimentação policial é judicializada. Desde a origem, tem-se uma autorização judicial para busca e apreensão, autorização de quebra de sigilo ou outra medida que demande autorização judicial; depois é instaurado um inquérito policial sob a presidência do juiz competente, e sobre tudo que nele ocorre este é chamado a decidir, e são impetrados tantos *habeas corpus* quantos forem os acusados, presos ou soltos e, na mesma medida das apreensões, ajuizados pedidos de liberação de bens. Profusão de presos, processos-crime e de incidentes processuais. Algumas vezes, formam-se litisconsórcios multitudinários com dezenas de réus num único processo, tornado excessivamente volumoso, complexo e demorado. Ficam prejudicadas a celeridade, a segurança e, sobretudo, a defesa dos

¹⁰⁹ BATISTA, Nilo. Os sistemas penais brasileiros. In: ANDRADE, Vera Regina Pereira de. (Org.) **Verso e reverso do controle penal: (des)aprisionando a sociedade da cultura punitiva**. Vol. 1. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002a, p. 155.

¹¹⁰ Ibid., p. 156.

acusados.¹¹¹

Apesar dos excessos, não se pode subtrair da imprensa seu papel de divulgação dos fatos, sob pena de incorrer em cerceamento à liberdade de imprensa e acusações de censura, verdadeiro fantasma que continua assombrando a mídia mesmo após a queda da ditadura e o processo de redemocratização. Ademais, é natural, até salutar, que a Polícia e o Ministério Público divulguem sua atuação, não somente para demonstrar o cumprimento de suas atribuições constitucionais, mas também para concretizar a prevenção geral, confirmando a confiança da sociedade no cumprimento das normas. Devem, porém, ser coibidas a atuação meramente midiática, as ingerências políticas e a violação a direitos e garantias fundamentais dos investigados. Além disso, é louvável que se concentre nos maiores casos, justamente os de maior repercussão no que tange a seus efeitos danosos e ao número de pessoas envolvidas. Trata-se de recomendável racionalização de custos e efetivos, nos moldes dos mutirões realizados pelos magistrados. Afigura-se necessário, portanto, um maior aparelhamento do Judiciário, como destinatário final de todas as medidas, para que aprimore sua atividade em celeridade e em termos quantitativos e qualitativos. Assim agindo, deve dar conta do volume de trabalho, sob pena de inoperância e ineficácia de todo o sistema, com o conseqüente descrédito das instituições de controle. O próprio autor sugere alternativas para contribuir com o funcionamento da justiça criminal, *v.g.*, cisão dos processos com multiplicidade de réus.¹¹²

Nesse panorama, Castilho¹¹³ traz a contribuição de Mireille Delmas-Marty, em 1982, em relatório para a Associação Internacional de Direito Penal. Na oportunidade, salientou que o direito penal econômico advém de diversas correntes. A primeira aplica a moral não somente à família, aos costumes e à propriedade, mas também à disciplina social, “numa concepção positivista de civismo e de fraternidade.”¹¹⁴ Outra corrente intenta, mediante a criminalização dos comportamentos dos ricos e poderosos, “superar a desigualdade substancial dos cidadãos diante da lei penal formalmente igual para todos”.¹¹⁵ De outra banda, a corrente sócio-econômica “defende a intervenção o Estado na economia para

¹¹¹ VAZ, Paulo Afonso Brum. **O sistema penal brasileiro e a prescrição: violação ao dever de proteção no Estado Democrático de Direito**. Dissertação (mestrado profissional) – Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2008, p. 55.

¹¹² *Ibid.*, p. 145.

¹¹³ DELMAS-MARTY, Mireille. Rapport général. *Revue internationale de droit penal*. [Actes du Colloque international tenu à Freiburg-en-Brigau, République Fédérale d'Allemagne 20-23 septembre 1982]. Toulouse: Erès, p. 41-42, 1^o e 2^o trim., 1983. Resumida por CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de. *Criminologia crítica e a crítica do direito penal econômico*. In: ANDRADE, Vera Regina Pereira de. (Org.) **Verso e reverso do controle penal: (des)aprisionando a sociedade da cultura punitiva**. Vol. 1. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002, p. 62-72.

¹¹⁴ CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de. *Criminologia crítica e a crítica do direito penal econômico*. In: ANDRADE, Vera Regina Pereira de. (Org.) **Verso e reverso do controle penal: (des)aprisionando a sociedade da cultura punitiva**. Vol. 1. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002, p. 63.

¹¹⁵ *Ibid.*, p. 63.

evitar ou corrigir as disfunções do sistema econômico inclusive utilizando sanções penais.”

¹¹⁶ Exsurge dessas correntes o fundamento do direito penal econômico nas ideias de utilidade social, de justiça e de humanidade.

Ao se manifestarem sobre o mesmo colóquio preparatório, Costa e Andrade, após traçarem as dificuldades de definição do direito penal econômico, mormente em razão dos sistemas econômicos capitalistas e socialistas em variados matizes, salientam:

Como se sabe, o direito penal económico ao proteger bens jurídicos supra-individuais ou, segundo outros, direitos colectivos, depara-se imediatamente com a dificuldade de uma definição rigorosa do conteúdo daqueles direitos ou bens jurídicos. E, mesmo que haja o referente normativo constitucional (é o caso de Portugal), a delimitação dos direitos económicos permanece bastante imprecisa já que aqueles se traduzem, a maior parte das vezes e para largos sectores doutrinários, numa obrigação de meios. Por outro lado, há que ter presente que a ordem económica é uma realidade histórico-social muito anterior à eventual existência de um direito penal económico. E mais. Essa mesma ordem económica, quer num sistema capitalista quer num socialista, é regida por uma infinidade de normas de direito civil, administrativo e comercial que nada têm a ver, numa primeira aproximação, com o direito penal económico. Este vem depois, como *ultima ratio* do sistema sancionador estadual. Nesta perspectiva, a ilicitude do direito penal económico é derivada e periférica.¹¹⁷

Ao analisar os mecanismos de exclusão nos crimes contra o meio ambiente – os quais neste trabalho, conforme destacado, não se inserem no conceito de crimes econômicos – nos EUA, Castilho, com espeque em Peter Yeager¹¹⁸, salienta a ambiguidade moral das condutas dos criminosos de colarinho branco. Em primeiro lugar, em razão da natureza técnica das operações e transações comerciais, torna-se difícil definir ou simples de encobrir o caráter moral das condutas. Em segundo lugar, considera-se indevida a regulação estatal porque se atribui excessivo valor à produção do setor privado nas economias de mercado e, por força da condescendência, encontra-se justificativa a fatos claramente contrários à lei. Segundo a autora, isso encoraja a violação da lei e a concessão de tratamento mais favorável aos criminosos pelas diversas instâncias de controle, judiciais e extrajudiciais.

Castilho¹¹⁹ ainda destaca a diferença de zelo dos advogados dos réus e o cuidado dos juízes no exame da culpabilidade deles nos casos de colarinho branco em relação aos

¹¹⁶ CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de. Criminologia crítica e a crítica do direito penal econômico. In: ANDRADE, Vera Regina Pereira de. (Org.) **Verso e reverso do controle penal: (des)aprisionando a sociedade da cultura punitiva**. Vol. 1. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002, p. 63.

¹¹⁷ COSTA, José de Faria; ANDRADE, Manuel da Costa. Sobre a concepção e os princípios do direito penal econômico. Notas a propósito do Colóquio preparatório da AIDP (Freiburg, setembro de 1982). In: PODVAL, Roberto. (Org.) **Temas de direito penal econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 109.

¹¹⁸ YEAGER, Peter. Law, crime and inequality. The regulatory state. In: Crime and inequality. Ed. by John Hagan and Ruth D. Peterson. Stanford: Stanford University Press, 1995, p. 247-276. Resumido por CASTILHO, op. cit., p. 62-72.

¹¹⁹ CASTILHO, op. cit., p. 69.

processos de crimes convencionais. Haveria um favorecimento dos delinquentes econômicos porque a avaliação moral das condutas repercute no julgamento sobre o caráter moral dos réus.

A autora¹²⁰ aponta igualmente a influência da dimensão estrutural da organização social na aplicação desigual da lei, de modo a privilegiar não somente os réus de colarinho branco, mas especialmente as grandes empresas em detrimento das menores. Uma maior organização da empresa dificultaria a detecção da infração e uma eventual punição. Em se tratando de organizações industriais ou estruturas de mercado, haveria mesmo a desconsideração da lei para comportamentos que em menor escala são considerados ilegais.

Torna-se necessário insistir no posicionamento trazido por Castilho¹²¹, porque relevantes seus argumentos para a compreensão do tema. Segundo a autora, há vantagens atribuídas a empresas maiores não concedidas a empresas menores e, por vezes, estas são legalmente obrigadas a se adequar a padrões estabelecidos para os maiores, sendo necessário investir capital para tanto, sob pena de infração. Por outro lado, as grandes empresas, por força do seu prestígio e do poder econômico podem estar protegidas da fiscalização do Estado, por meio da barganha de prazos para adequação, com vistas a evitar o fechamento de indústrias e a perda de empregos, justificativa frequentemente invocada, ou então para evitar demorados litígios.

Observe-se que o argumento dos efeitos financeiros de uma eventual medida punitiva sobre as empresas e sobre o mercado é recorrente no sentido de se deslegitimar uma atuação mais incisiva no âmbito do direito penal econômico. Essa preocupação encontra eco em Cruz, que assim a defende:

A preocupação estatal com a higidez do sistema financeiro não é absolutamente irrelevante, portanto. Ao contrário do que insinua Hefendehl, não está em causa apenas o crédito do banqueiro. A quebra de uma única instituição – suscetível de ser provocada por uma grande fraude, por exemplo – pode causar a debandada de aplicadores e demissões em massa, com consequências funestas para a renda e a qualidade de vida de milhões de pessoas. Assim, desde que respeitados os demais vetores do Direito Penal – ultima ratio, fragmentariedade etc. – será válido o recurso à sanção penal, abstraídas aqui as críticas lançadas por Baratta ao sistema punitivo, globalmente considerado.¹²²

¹²⁰ CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de. Criminologia crítica e a crítica do direito penal econômico. In: ANDRADE, Vera Regina Pereira de. (Org.) **Verso e reverso do controle penal: (des)aprisionando a sociedade da cultura punitiva**. Vol. 1. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002, p. 69.

¹²¹ *Ibid.*, p. 69.

¹²² CRUZ, Flávio Antônio da. Gestão temerária, evasão de divisas e aporias. **Revista brasileira de ciências criminais**, a. 18, n. 86, p. 99-147, set. / out. 2010, p. 108.

Entretanto, de volta a Castilho¹²³, a organização influiria não apenas na disparidade de tratamento entre empresas de portes distintos, mas também no âmbito da própria sociedade, porquanto a complexidade das práticas comerciais diminuiria a visibilidade da prova das infrações e da responsabilidade individual, razão pela qual se afigura difícil a identificação do funcionário responsável e, quando isso ocorre, usualmente são punidos aqueles em nível inferior na cadeia hierárquica. Destaca Castilho que “[o]s dirigentes são protegidos por subordinados, anteriormente pressionados a produzir resultados a todo custo, que não tiveram coragem de relatar suas dificuldades e a utilização de procedimentos ilegais, temendo serem chamados de incompetentes.”¹²⁴

Nesse ponto, resulta necessária uma breve digressão. No presente trabalho se está a analisar a relação entre o direito penal e a economia. Portanto, pode-se falar que se analisa também a relação entre os sistemas jurídico e econômico, logicamente sob o influxo do sistema político.

Lembra-se, pois, do pensamento sistêmico de Niklas Luhmann, adiante analisado por Baratta¹²⁵ e igualmente abordado em trabalho anterior.¹²⁶

Retornando a Yeager mediante Castilho¹²⁷, a autora conclui pela existência de um relacionamento privilegiado das empresas com o sistema penal, em razão da influência em definir o comando das leis e da conseqüente imunidade à sanção. Em contrapartida, tais vantagens são aumentadas pelo funcionamento e pela estrutura das instituições estatais. Em decorrência da crônica falta de recursos humanos e financeiros para os órgãos de fiscalização, reduz-se a ciência das infrações pelas autoridades ou opta-se por punições menos rigorosas, para evitar custosas e desgastantes batalhas judiciais. Assim, “as pressões sistêmicas resultam em tratamento leniente aos criminosos sofisticados e tratamento severo aos não sofisticados.”¹²⁸

Ainda de acordo com o que se depreende de Yeager¹²⁹, a própria lei proporciona caminhos de acesso privilegiado para empresas poderosas, o que ocorre na possibilidade de negociação quanto a eventual ajuste de conduta e seus termos. Outrossim, em virtude da existência de vários órgãos governamentais com competência para fiscalizar e fazer

¹²³ CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de. Criminologia crítica e a crítica do direito penal econômico. In: ANDRADE, Vera Regina Pereira de. (Org.) **Verso e reverso do controle penal: (des)aprisionando a sociedade da cultura punitiva**. Vol. 1. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002, p. 69-70.

¹²⁴ Ibid., p. 70.

¹²⁵ BARATTA, Alessandro. Nuevas reflexiones sobre el modelo integrado de las ciencias penales, la política criminal y el pacto social. In: _____. Criminología y sistema penal. Buenos Aires: B de f, 2006, p. 180-181.

¹²⁶ SILVA, Daniel Addor. Decisões urgentes em matéria criminal: a economia e o crime de gestão temerária. In: DUARTE, Francisco Carlos. **Tutela de urgência e risco: em defesa dos direitos fundamentais**. Curitiba: Juruá, 2005.

¹²⁷ CASTILHO, op. cit., p. 70.

¹²⁸ Ibid., p. 70.

¹²⁹ Ibid., p. 70.

exigências, as lógicas de atuação de cada um levam à diluição dos esforços. Os aplicadores da lei optam pela via consensual para evitar a discussão judicial dessas matérias altamente complexas com empresas detentoras de recursos financeiros, as quais se revelam “adversário poderoso, para discutir o mérito de exigências supostamente causadoras de estagnação ou quebra econômica.”¹³⁰

A sistemática adotada revela assim uma desigualdade substancial de tratamento e resulta no fracasso das políticas públicas e na falha em distribuir equitativamente direitos e deveres entre os vários segmentos da sociedade em conflito. Segundo Castilho: “O fosso existente entre a lei e sua aplicação comumente favorece os interesses privados mais organizados e poderosos da economia, em detrimento do interesse público.”¹³¹

A questão da seletividade na operacionalidade do direito penal econômico foi também enfrentada por Callegari. Nesse sentido:

No Brasil, o governo freqüentemente tenta solucionar os problemas relacionados com a economia criando novos tipos penais (vide delitos previdenciários). Ocorre que o problema está na própria administração que, na esfera administrativa, não consegue resolver os problemas dos impostos, da sonegação fiscal, do não-recolhimento de contribuições previdenciárias, ou, de outra natureza, e passa, então, à criação de tipos penais. Ocorre que na maioria dos casos a lei penal não soluciona os problemas e, além disso, acaba por incidir, ao menos no Brasil, sobre os pequenos e médios empresários, pois os grandes acabam sempre se beneficiando de soluções políticas, ou, quando apanhados, a repercussão é tão grande que deixa outros seguirem atuando, como se a prisão de um resolvesse temporariamente o problema e demonstrasse à sociedade que o Direito Penal também atinge as pessoas de classes sociais elevadas.¹³²

De fato, no Brasil, a noção de *ultima ratio* assume uma noção diferente da esperada. Segundo essa ideia largamente difundida, o direito penal deve atuar quando nenhuma outra forma de coerção jurídica estatal foi capaz de tutelar o bem jurídico ou, de uma forma mais ampla, dirimir a questão social. Ao revés, o legislador, premido por interesses populistas e pelas demandas sociais, atua de maneira preventiva, *ex ante*, quando sabe que nenhuma das formas de atuação estatal será capaz de atuar. Erige, portanto, o direito penal à condição de *prima ratio*. Olvida-se, porém, de proporcionar as condições necessárias para tanto. Não satisfeito em não aparelhar o direito penal para enfrentar as novas situações – além de todas as demais já existentes –, mas cômico do seu dever cumprido na criminalização das condutas, o legislador esvazia todos os outros meios de solução dos conflitos.

¹³⁰ CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de. Criminologia crítica e a crítica do direito penal econômico. In: ANDRADE, Vera Regina Pereira de. (Org.) **Verso e reverso do controle penal: (des)aprisionando a sociedade da cultura punitiva**. Vol. 1. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002, p. 70.

¹³¹ *Ibid.*, p. 70.

¹³² CALLEGARI, André Luís. **Direito penal econômico e lavagem de dinheiro: aspectos criminológicos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 18.

Callegari, ao abordar a redação de tipos imprecisos, conclui:

Portanto, os critérios norteadores do princípio da legalidade são deixados de lado e o legislador, dentro de uma “política criminal” sem qualquer critério, diante de conflitos que não consegue resolver, encontra a solução na incriminação de condutas, olvidando-se, no caso, de avaliar a efetividade da solução.¹³³

Exemplo dessa situação é trazido por Cruz, ao tratar da fiscalização de carros-forte na fronteira Brasil-Paraguai:

Note-se o despautério: preconizou-se que a Secretaria da Receita Federal, em plena ponte da amizade, deveria abrir carros fortes [sic] e conferir o volume transportado. Não se criou qualquer estrutura para a fiscalização daqueles valores, submetidos à autorização especial, notadamente quanto à origem do numerário. Quando ouvido perante a CPI do SFN, o então Secretário da Receita Federal, Everardo Maciel, sustentou ser um absurdo da imposição (Requerimento 127/99, Senado Federal).¹³⁴

Ressalta à vista e retorna assim a questão do direito penal simbólico, sendo necessária a transcrição das palavras de Hassemer:

Em uma época de temor generalizado à criminalidade e aos interesses mais expostos das vítimas, é muito capaz de se aniquilarem a curto prazo os trabalhos de algumas décadas em torno de um Direito Penal equilibrado e moderno. Além disso o Direito Penal pode se reduzir a uma mera *função simbólica*: normas penais e cominações penais sobre cuja efetividade em face do crime existem sérias dúvidas, somente têm o sentido de que o sistema penal registra a sua presença e o seu campo de reação em face do interesse socializado da vítima, isto é, que ele simplesmente transmite a aparência de efetividade e proteção social e demonstra à opinião pública que o legislador satisfaz uma “necessidade de ação” rápida e eficaz. Um Direito Penal que em âmbitos importantes tenha efeitos meramente simbólicos não poderá mais cumprir a longo prazo suas tarefas, mesmo em face do interesse socializado da vítima, porque perderá sua credibilidade.¹³⁵

Assentado o contexto em que se insere o direito penal econômico e a partir da retomada do caráter simbólico do direito penal, mister tratar das funções do direito penal.

¹³³ CALLEGARI, André Luís. **Direito penal econômico e lavagem de dinheiro: aspectos criminológicos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 442.

¹³⁴ CRUZ, Flávio Antônio da. Gestão temerária, evasão de divisas e aporias. **Revista brasileira de ciências criminais**, a. 18, n. 86, set. / out. 2010, p. 136.

¹³⁵ HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do direito penal (Einführung in die Grundlagen des Strafrechts)**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005, p. 115.

3 FUNÇÕES DO DIREITO PENAL

A questão das funções do direito penal é por demais tormentosa para se esgotar nas presentes linhas e perpassa necessariamente pelas funções do Estado e sua conformação, bem como pelas próprias funções do Direito. Aníbal Bruno destaca a determinação do fim do Direito como “um dos problemas nucleares da filosofia jurídica”. A partir de concepções tradicionais certamente questionáveis – mormente a unificação de pena e medida de segurança, com um viés nitidamente profilático, a rechaçar assim um caráter retributivo e, logo, proporcional, da pena –, o autor aponta como fim do Direito “a ordem e a segurança social, a segurança de todo e de cada um dos seus membros, dos seus bens e dos seus legítimos interesses”.¹³⁶

Alessandro Baratta¹³⁷ destaca que o pacto social da modernidade, o Direito moderno e as Constituições se ligam ao intento de controlar a guerra, civilizar e submeter a regras institucionais os conflitos políticos e sociais. Nesse processo, “a segurança dos cidadãos constitui a promessa central do Estado.”¹³⁸ De acordo com essa perspectiva, a validade e eficácia de tal pacto condicionam-se à eliminação da violência por meio do monopólio estatal do uso da força de maneira imparcial, o que pode ter levado, na verdade, à ocultação da violência, com a exclusão dos sujeitos mais fracos.

Ainda, conforme a visão de Baratta, a paz é condição necessária, mas não suficiente, do pacto social, o qual depende também da eficácia das normas que regulam a organização e a divisão dos poderes do Estado e garantem os direitos fundamentais. Assim, a existência de um “direito penal normal” não está sujeita apenas ao implemento da paz, mas do percurso de um caminho da luta política pacífica, que passa:

também por uma interpretação e uma aplicação dinâmica das Constituições dos Estados sociais de direito, por uma política de desenvolvimento social e de proteção integral dos direitos (direitos civis, sociais, econômicos, culturais e de participação política), proteção que não é somente a finalidade (indicada ao menos sob a forma de princípios gerais da ação estatal), senão também a garantia de funcionamento de ditas constituições.¹³⁹

¹³⁶ BRUNO, Aníbal. **Direito penal: I** – parte geral. Tomo 1º (Introdução – Norma penal – Fato punível). 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 16.

¹³⁷ BARATTA, Alessandro. Nuevas reflexiones sobre el modelo integrado de las ciencias penales, la política criminal y el pacto social. In: _____. **Criminología y sistema penal**. Buenos Aires: B de f, 2006, p. 175 e ss.

¹³⁸ Ibid., p. 176, tradução nossa. “la seguridad de los ciudadanos constituye la promesa central del Estado.”

¹³⁹ Ibid., p. 178, tradução nossa. “también por una interpretación y una aplicación dinámica de las Constituciones de los Estados sociales de derecho, por una política de desarrollo social y de protección integral de los derechos (derechos civiles, sociales, económicos, culturales y de participación política), protección que no es solamente la finalidad (indicada al menos bajo la forma de principios generales de la acción estatal), sino también la garantía de funcionamiento de dichas constituciones.”

Portanto, necessário se faz o enfrentamento do assunto, ao menos de forma introdutória, para que se possa, adiante, questionar acerca das funções do direito penal econômico.

Inicialmente, deve-se salientar que o plural não se encontra desprovido de importância. Com efeito, não se pode falar em função única do direito penal, mas em variadas funções. Vale dizer, ele não se destina a um fim específico; ao revés, atende a variadas finalidades.¹⁴⁰

Neste sentido, Gomes e Bianchini enumeram as seguintes funções ou “*finalidades legítimas*” do Direito Penal:

- 1.^a) a proteção (subsidiária e fragmentária) de bens jurídicos;
- 2.^a) a proteção do indivíduo contra a reação social que o crime desencadeia;
- 3.^a) construção de um sistema normativo dotado de garantias que lhe concedam racionalidade.¹⁴¹

Não se pode olvidar que o direito penal pode ser visto do ponto de vista formal e material.¹⁴² A função de proteção subsidiária a bens jurídicos se alia a um conceito material de direito penal. Por outro lado, o sentido formal advém da cominação de penas ou medidas de segurança.

Cruz identifica um direito penal indutor e destaca que “os legisladores têm criminalizado comportamentos que não são alvo de uma prévia reprovação na coletividade.”

¹⁴³ Apesar de rechaçar uma noção de crime natural, sustenta ser:

indiscutível que, em muitos casos, a censura jurídica decorre de um prévio desvalor coletivo. Longe de moralismos, isso apenas significa que o Direito Penal nuclear busca tutelar um pretense mínimo ético, ainda que histórica e geograficamente situado, não se desconhece. O mesmo não ocorre com um Direito penal indutor e administrativizado.¹⁴⁴

Dotti fala ao mesmo tempo em missão¹⁴⁵ e em fins¹⁴⁶. Ambos os conceitos se confundem. Segundo o autor, a missão e os fins imediatos do direito penal são a proteção

¹⁴⁰ Afigura-se necessário um acordo semântico. Obviamente, função e finalidade são vocábulos com conceitos diferentes. Entretanto, para o presente trabalho, ambos se confundem, porquanto a função depende do fim a que se destina e pressupõe o fito de o atingir. Assim, uma faca de cozinha se presta para o corte de alimentos na culinária e, assim, pode-se dizer que essa é sua função e sua finalidade. No entanto, pode também servir como meio da prática de um homicídio. Dessarte, no caso concreto, a sua função, conquanto não seja precípua, é a de instrumento pérfuro-cortante.

¹⁴¹ GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice. **O direito penal na era da globalização**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 92.

¹⁴² A respeito, leia-se, por todos, ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito**. Tomo I. Madri: Civitas, 2003, p. 41 e ss.

¹⁴³ CRUZ, Flávio Antônio da. Gestão temerária, evasão de divisas e aporias. **Revista brasileira de ciências criminais**, a. 18, n. 86, set. / out. 2010, p. 103.

¹⁴⁴ Ibid., p. 104.

¹⁴⁵ DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal: parte geral**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 67.

¹⁴⁶ Ibid., p. 116.

de bens jurídicos fundamentais ao indivíduo e à comunidade, o que é obtido “através de um conjunto de normas (incriminatórias, sancionatórias e de outra natureza)”.¹⁴⁷ Além da previsão e sanção de comportamentos ilícitos, atribui ao direito penal função garantidora de assegurar a efetivação dos princípios constitucionais limitadores do exercício do poder punitivo. Na proteção dos bens jurídicos, com base no escólio de Aníbal Bruno, vê como fim do direito penal a defesa da sociedade.

3.1 FUNÇÕES DA PENA

A respeito de uma essência retributiva da pena, assevera Roxin que “as instituições jurídicas não têm ‘essência’ alguma independente de seus fins, senão que essa ‘essência’ se determina mediante o fim que com elas se quer alcançar.”¹⁴⁸

Nessa esteira, Paulo Queiroz¹⁴⁹, ao tratar das funções do direito penal, discorre na verdade sobre teoria da pena e traz contribuições relevantes para que se possa descobrir o porquê de se punir. Fornece ainda material para orientar o estudo sobre o abolicionismo e o minimalismo radical, teorias que no seu entender deslegitimariam a tutela penal e que não serão abordadas nesta tese, justamente por conta do seu fito de deslegitimação. Dentre a farta bibliografia acerca da teoria da pena, a obra de Queiroz se revela interessante, não somente por seu didatismo e brevidade, mas especialmente por sua visão crítica.

No mesmo sentido, Figueiredo Dias sustenta que o sentido, o fundamento e as finalidades da pena são indispensáveis para determinar de que forma ela deve atuar para cumprir a função do direito penal e, reagindo sobre o conceito material de crime, “co-determinam, por aí, a resposta à questão da função do direito penal.”¹⁵⁰

Imperioso, pois, abordar as funções da pena para que se possa concluir pelas funções do próprio direito penal e, a partir disso, extrair algumas funções do direito penal econômico. Fica, porém, a lição de Roxin, no sentido de que indagar sobre as funções da pena é indagar sobre a legitimação e os limites do poder estatal, o que não se satisfaz apenas com as respostas do passado, mas exige a imersão intelectual em um complexo

¹⁴⁷ DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal: parte geral**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 67.

¹⁴⁸ ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general**. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Madri: Civitas, 2003, p. 98-99, tradução nossa. “las instituciones jurídicas no tienen ‘esencia’ alguna independiente de sus fines, sino que esa ‘esencia’ se determina mediante el fin que con ellos quiere alcanzarse.”

¹⁴⁹ QUEIROZ, Paulo. **Funções do direito penal: legitimação versus deslegitimação do sistema penal**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

¹⁵⁰ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Fundamento, sentido e finalidades da pena criminal. In: _____. **Questões fundamentais do direito penal revisitadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 90.

multifacetado, baseado em projetos em transformação contínua.¹⁵¹

Em linhas gerais, dividem-se as teorias acerca da pena em absolutas e relativas. As absolutas têm a pena como um fim em si mesmo, associadas à noção de retribuição e expiação. As relativas veem outros fins, notadamente a prevenção para que o criminoso não volte a delinquir (prevenção especial) e para que outros delinquentes potenciais sejam coibidos da prática de crimes (prevenção geral).

A noção de pena como retribuição remonta ao adágio *punitur, quia peccatum est*, trazido por Protágoras e Platão, transmitido por Sêneca.¹⁵² Pune-se porque se pecou, o que possui raízes no pensamento judaico-cristão ocidental e é ideia conhecida na Lei de Talião (olho por olho, dente por dente). Kant, em sua “Metafísica dos costumes”, vê a lei penal como um imperativo categórico, uma exigência de justiça, retribuição jurídica ao mal do crime como compensação pelo mal praticado e reparação moral, que determina a imposição da pena por um crime mesmo após a dissolução do Estado e da sociedade, para que todos sofram o que merecem.¹⁵³ De forma similar, Hegel vê a pena como forma de “anular” o crime; se o crime é a negação do direito, a essência da pena é a negação da negação ao direito, segunda violência, jurídica e necessária, que suprime a primeira e reafirma o direito.

154155 156 157 158

O mérito da teoria retributiva estaria em se vincular à culpabilidade como condição para a imposição da pena e como limite máximo à sanção, em respeito à liberdade e à dignidade humana.^{159 160} No entanto, Figueiredo Dias impõe a recusa à doutrina da

¹⁵¹ ROXIN, Claus. Sentido e limites da pena estatal. In: _____. **Problemas fundamentais do direito penal**. Lisboa: Vega, 1986, p. 15-16.

¹⁵² SENECA, Lucius Annaeus. De ira. **L. Annaei Senecae pars prima sive Opera philosophica quae recognovit selectis tum J. Lipsii, Geonovii, Gruteri, B. Rhenami, Ruhkopffii, aliorumque commentariis tum suis illustravit notis M. N. Bouillet in Sanctae Barbarae Collegio Philosophiae Professor**. v. 1. Parisiis: Colligebat Nicolaus Eligius Lemaire, 1827, p. 42.

¹⁵³ Nesse sentido: “Mesmo se uma sociedade civil tivesse que ser dissolvida pelo assentimento de todos os seus membros (por exemplo, se um povo habitante de uma ilha decidisse separar-se e se dispersar pelo mundo), o último assassino restante na prisão teria, primeiro, que ser executado, de modo que cada um a ele fizesse o merecido por suas ações, e a culpa sangüinária não se vinculasse ao povo por ter negligenciado essa punição, uma vez que de outra maneira o povo pode ser considerado como colaborador nessa violação pública da justiça.” KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. Bauru: Edipro, 2003, p. 176.

¹⁵⁴ HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Princípios da filosofia do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 83-95.

¹⁵⁵ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Fundamento, sentido e finalidades da pena criminal. In: _____. **Questões fundamentais do direito penal revisitadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 91-92.

¹⁵⁶ ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoria del delito**. Madri: Civitas, 2003, p. 81-85.

¹⁵⁷ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal: parte geral**. 3 ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2008, p. 461-463.

¹⁵⁸ QUEIROZ, Paulo. **Funções do direito penal: legitimação versus deslegitimação do sistema penal**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 21-23.

¹⁵⁹ FIGUEIREDO DIAS, op. cit., p. 93.

¹⁶⁰ ROXIN, 2003, p. 84.

retribuição, porque constitui meio inidôneo para proporcionar as condições de existência comunitária. Assevera o autor:

O Estado democrático, pluralista e laico dos nossos dias não se pode arvorar em entidade sancionadora do pecado e do vício, tal como uma qualquer instância os define, mas tem de se limitar a proteger bens jurídicos; e para tanto não se pode servir de uma pena conscientemente dissociada de fins, tal como é apresentada pela teoria absoluta (do latim *absoluta*, terminologicamente: des-ligada).¹⁶¹

De igual sorte, Roxin¹⁶² afirma que a teoria da retribuição não se sustenta cientificamente, porque, a partir da premissa de que o direito penal deve tutelar bens jurídicos, para atingir esse fim, o Estado não pode se servir de uma pena que declaradamente prescindida de todos os fins sociais. Assim, por não cumprir a função do direito penal, a pena perde sua legitimação social. Pressupõe a necessidade de pena e, logo, não define sob que pressupostos a culpa autoriza o castigo estatal, fracassando na “tarefa de estabelecer um limite, *quanto ao conteúdo*, ao poder punitivo do Estado.”¹⁶³ Não se justifica a ideia de que se possa compensar um mal (o crime) com outro mal (o sofrimento da pena), pois isso deriva de uma crença ou fé, inexistente, na medida em que o Estado não mais recebe seu poder de Deus, mas dos cidadãos.¹⁶⁴ Tampouco a culpabilidade pode, por si só, fundamentar a pena, porquanto está ligada à existência de liberdade de vontade, o livre arbítrio, que constitui apenas uma hipótese não comprovável, suposição insuficiente para justificar graves intervenções.¹⁶⁵ Roxin resume: “a teoria da retribuição não nos serve, porque deixa na obscuridade os pressupostos da punibilidade, porque não estão comprovados os seus fundamentos e porque, como profissão de fé irracional e além do mais contestável, não é vinculante.”¹⁶⁶

Além disso, lembra Queiroz, a teoria absoluta da pena pressupõe a validade de todas as normas jurídicas existentes ou que venham a ser editadas e, assim, legitima-as, sem questionar as razões de sua edição, nem mesmo se são oriundas de regime democrático ou totalitário. Isso implicaria em “conceder um cheque em branco em favor do arbítrio do legislador.”^{167 168}

¹⁶¹ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Fundamento, sentido e finalidades da pena criminal. In: _____. **Questões fundamentais do direito penal revisitadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 94.

¹⁶² ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general**. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoria del delito. Madri: Civitas, 2003, p. 84.

¹⁶³ ROXIN, Claus. Sentido e limites da pena estatal. In: _____. **Problemas fundamentais do direito penal**. Lisboa: Vega, 1986, p. 17.

¹⁶⁴ ROXIN, 1986, p. 19.

¹⁶⁵ ROXIN, 1986, p. 18-19.

¹⁶⁶ ROXIN, 1986, p. 19.

¹⁶⁷ QUEIROZ, Paulo. **Funções do direito penal: legitimação versus deslegitimação do sistema penal**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 33.

¹⁶⁸ ROXIN, 1986, p. 18.

Por outro lado, as teorias relativas são teorias de fins, logo, relativas à finalidade a que se destinam, no caso a prevenção de delitos. Encontra-se seu fundamento na citada frase transmitida por Sêneca, “Pois, como disse Platão, ninguém prudente pune porque se pecou, senão para que não se peque”.¹⁶⁹ ¹⁷⁰ ¹⁷¹ ¹⁷² ¹⁷³ O fundamento da sanção penal é prevenir a criminalidade, ou seja, corrigir o apenado e prevenir a reincidência (prevenção especial ou individual), bem como afastar a intenção dos demais indivíduos em delinquir (prevenção geral).

No que tange à prevenção especial, sua propagação remete a Von Liszt, em seu Programa de Marburgo, que propôs a tripartição das funções preventivo-especiais: intimidação, correção e inocuização; *assegurando* a comunidade pelo afastamento dos criminosos, *intimidando* pela pena individual e *corrigindo* pela ressocialização. Propõe *corrigir* ou ressocializar quem é ressocializável, *intimidar* o criminoso ocasional e *neutralizar* o irresocializável, aquele que não se enquadra na sociedade, o que pode servir como fundamento da pena de morte e da imposição de medida de segurança.¹⁷⁴ ¹⁷⁵ ¹⁷⁶ ¹⁷⁷

Subdividem-se em teorias da prevenção especial negativa e positiva. As negativas afirmam a função de *neutralização* do transgressor: custódia em lugares separados, isolamento, aniquilamento físico. As positivas, particularmente desenvolvidas desde a Escola Positiva italiana e retomadas no pós-guerra pela teoria da Nova Defesa social representada entre outros por Marc Ancel afirmam, ao revés, a função de *tratamento* do condenado para sua correção, reeducação e readaptação à normalidade da vida social.¹⁷⁸¹⁷⁹

Existem sérias objeções a essa teoria, mesmo no que tange à (re)socialização do indivíduo.

¹⁶⁹ Tradução nossa: “Nam, ut Plato ait, Nemo prudens punit, quia peccatum est, sed ne peccetur”. SENECA, Lucius Annaeus. De ira. **L. Annaei Senecae pars prima sive Opera philosophica quae recognovit selectis tum J. Lipsii, Geonovii, Gruteri, B. Rhenami, Ruhkopffii, aliorumque commentariis tum suis illustravit notis M. N. Bouillet in Sanctae Barbarae Collegio Philosophiae Professor.** v. 1. Parisiis: Colligebat Nicolaus Eligius Lemaire, 1827, p. 42.

¹⁷⁰ ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general.** Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoria del delito. Madri: Civitas, 2003, p. 85.

¹⁷¹ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Fundamento, sentido e finalidades da pena criminal. In: _____. **Questões fundamentais do direito penal revisitadas.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 97.

¹⁷² ROXIN, 2003, p. 85.

¹⁷³ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal: parte geral.** 3 ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2008, p. 465.

¹⁷⁴ ROXIN, Claus. Sentido e limites da pena estatal. In: _____. **Problemas fundamentais do direito penal.** Lisboa: Vega, 1986, p. 20.

¹⁷⁵ FIGUEIREDO DIAS, op. cit., p. 102, nota de rodapé 24.

¹⁷⁶ QUEIROZ, op. cit., p. 54-55.

¹⁷⁷ ROXIN, 2003, p. 85-86.

¹⁷⁸ QUEIROZ, Paulo. **Funções do direito penal: legitimação versus deslegitimação do sistema penal.** 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 55.

¹⁷⁹ SANTOS, op. cit., p. 464-469.

A despeito da prevenção da reincidência, Queiroz¹⁸⁰ menciona que a prevenção especial, porque pressupõe uma condenação, nada diz sobre os limites da atuação estatal ou sobre os critérios e razões político-criminais orientadores da intervenção jurídico-penal. Por se referir apenas ao destino a ser dado ao criminoso, tratar-se-ia, na verdade, de uma teoria da execução penal.

Outrossim, não incumbiria ao Estado impor ao indivíduo a alteração de seu comportamento ou de sua personalidade, sequer sujeitá-lo a uma moralidade determinada pelo Estado.¹⁸¹ Não seria aceitável à pena uma função ética, terapêutica ou correccional, sob pena de se violar a autodeterminação do apenado. Ao revés, pode lhe ser colocada à disposição uma oportunidade de se (re)inserir na sociedade, sem caráter coativo.^{182 183 184 185}

Da mesma forma, a prevenção especial, levada às últimas conseqüências, violaria o princípio da isonomia e geraria um direito penal de autor, porquanto a medida da pena seria apenas em razão da personalidade do agente e de sua periculosidade, independentemente da natureza do crime.^{186 187 188} Ademais, não se compatibiliza com a técnica legislativa de se estabelecer, no preceito secundário, penas mínimas e máximas. Com efeito, se o objetivo fosse reintegrar o indivíduo, se ele alcançasse a meta, deveria ser imediatamente posto em liberdade; por outro lado, se expirado o prazo e ele continuasse inapto, deveria ser mantido em confinamento. Observe-se que alguns estados norte-americanos adotam essa noção com a política *three strikes*, no qual o sujeito é punido com prisão perpétua na terceira condenação, não importando a gravidade do crime, à semelhança do jogo de beisebol, do qual se extraiu o nome, em que o rebatedor é eliminado se não lograr rebater três bolas arremessadas.

Ademais, a teoria preventivo-especial não explica o que fazer com aqueles que não necessitam de ressocialização.^{189 190 191} As hipóteses nas quais não se revela a carência de socialização são várias. Como cediço, nos crimes culposos, nos crimes passionais, no

¹⁸⁰ QUEIROZ, Paulo. **Funções do direito penal: legitimação versus deslegitimação do sistema penal**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 56.

¹⁸¹ ROXIN, Claus. Sentido e limites da pena estatal. In: _____. **Problemas fundamentais do direito penal**. Lisboa: Vega, 1986, p. 22.

¹⁸² QUEIROZ, op. cit., p. 58.

¹⁸³ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Fundamento, sentido e finalidades da pena criminal. In: _____. **Questões fundamentais do direito penal revisitadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 105-106.

¹⁸⁴ ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoria del delito**. Madri: Civitas, 2003, p. 87.

¹⁸⁵ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal: parte geral**. 3 ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2008, p. 466.

¹⁸⁶ FIGUEIREDO DIAS, op. cit., p. 106.

¹⁸⁷ QUEIROZ, op. cit., p. 56-57.

¹⁸⁸ ROXIN, 2003, p. 88.

¹⁸⁹ FIGUEIREDO DIAS, op. cit., p. 106-107.

¹⁹⁰ QUEIROZ, op. cit., p. 57.

¹⁹¹ ROXIN, 2003, p. 89.

excesso de legítima defesa e em outras situações excepcionais, v.g. os criminosos nazistas, a probabilidade de reincidência é ínfima e, via de regra, os indivíduos já se encontram devidamente inseridos na sociedade.¹⁹² No que interessa especialmente ao tema, os delinquentes econômicos geralmente tem grande inserção social, usualmente em nível maior que as pessoas, pelo que seria desnecessária sua ressocialização.

Outra hipótese é levantada por Baratta, de que a prisão reproduz a sociedade capitalista, especialmente nas características negativas de relações sociais baseadas no egoísmo e na violência ilegal, com a submissão e exploração dos mais fracos. “*Antes de falar de educação e de reinserção é oportuno fazer um exame do sistema de valores e dos modelos de comportamento presentes na sociedade na qual se quer reintegrar o detento.*”¹⁹³ Nessa medida, dever-se-ia corrigir a sociedade excludente, sob pena de se considerar que a verdadeira função dessas medidas é perpetuar a exclusão e o etiquetamento do criminoso. Assim, na linha do que propõe Foucault, o cuidado na assistência antes e depois da prisão visaria, na verdade, controlar e observar toda a sociedade.

Sintetiza Roxin:

a teoria da prevenção especial não é idónea para fundamentar o direito penal, porque não pode delimitar os seus pressupostos e consequências, porque não explica a punibilidade de crimes sem perigo de repetição e porque a ideia de adaptação social coactiva, mediante a pena, não se legitima por si própria, necessitando de uma legitimação jurídica que se baseia noutro tipo de considerações.¹⁹⁴

Com relação à prevenção geral, esta se volta não ao criminoso, mas geralmente a toda a sociedade, por meio de uma intimidação coletiva, buscando a prevenção de novos delitos.

Seu desenvolvimento pode ser encontrado inicialmente em Paul Johann Anselm Von Feuerbach, com a teoria da coação psicológica, na qual se sustenta que a pena deve servir como um mal inevitável superior ao desagrado do prazer não satisfeito pela comissão do crime, ou seja, pressupõe que o crime causa um prazer que deve ser desmotivado pela incidência da pena, o que incluso encontrou respaldo nas conclusões da psicanálise. A função da pena é a intimidação ou dissuasão provocada nos infratores potenciais pela mensagem contida na lei penal, em especial pela cominação da pena em abstrato, que

¹⁹² ROXIN, Claus. Sentido e limites da pena estatal. In: _____. **Problemas fundamentais do direito penal**. Lisboa: Vega, 1986, p. 21-22.

¹⁹³ BARATTA, Alessandro. Observaciones sobre las funciones de la cárcel en la producción de las relaciones sociales de desigualdad. In: _____. **Criminología y sistema penal**. Buenos Aires: B de f, 2006, p. 371, tradução nossa, grifo do autor. “*Antes que hablar de educación y de reinserción es oportuno hacer un examen del sistema de valores y de los modelos de comportamiento presentes en la sociedad en la que se quiere reintegrar al detenido.*” Na mesma linha, do mesmo autor, Resocialización o control social. Por un concepto crítico de “reintegración social” del condenado, op. cit., p. 376-393.

¹⁹⁴ ROXIN, op. cit., p. 22.

estaria então dirigida a criar uma contramotivação ao comportamento contrário à lei. Vista como uma concepção negativa da prevenção geral, essa teoria pressupõe a certeza da pena e sua efetiva aplicação para que possa servir de coação.^{195 196 197 198 199}

As evidências comprovam, porém, que não são todos aqueles que se sentem coibidos pela possibilidade de sanção. Ao revés, contam com a probabilidade de impunidade.²⁰⁰ Ademais, apenas visando alcançar uma prevenção geral, não se afigura possível aferir qual o *quantum* de pena necessário para atingir esse fim. Assim, corre-se o risco de se recorrer a penas cada vez maiores e a um direito penal do terror.²⁰¹ Assim, o foco adequado não parece ser a gravidade da pena, mas a certeza da persecução penal.²⁰²
203 204 205

Outra crítica que se lança, com fundamento em Kant e Hegel, é que o sujeito que efetivamente sofre a pena se torna mero instrumento para transmitir a mensagem à sociedade, o que violaria a sua dignidade.²⁰⁶ Figueiredo Dias sustenta, todavia, que tal argumento não afasta o fim da pena, porque lhe é estranho e deve ser resolvido independentemente dela. Relaciona-se muito mais aos limites da pena e às condições de sua aplicação, que perpassa necessariamente pela extensão, pelo conteúdo e pelo sentido do princípio da culpabilidade.^{207 208 209 210}

Por outro lado, na sua vertente positiva, a prevenção geral se destina não aos criminosos potenciais, mas àqueles obedientes à lei. Em linhas gerais, a pena não tem mero efeito intimidatório e sua função é a de declarar e afirmar regras e valores sociais ou bens jurídicos e de reforçar sua validade, contribuindo para a integração do grupo social e para o

¹⁹⁵ FEUERBACH, Paul Johann Alselm Ritter Von. **Tratado de derecho penal común vigente en Alemania**. Buenos Aires : Hammurabi, 1989, p. 60-62.

¹⁹⁶ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Fundamento, sentido e finalidades da pena criminal. In: _____. **Questões fundamentais do direito penal revisitadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 99-100.

¹⁹⁷ QUEIROZ, Paulo. **Funções do direito penal: legitimação versus deslegitimação do sistema penal**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 35-36.

¹⁹⁸ ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general**. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoria del delito. Madri: Civitas, 2003, p. 89-91.

¹⁹⁹ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal: parte geral**. 3 ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2008, p. 467.

²⁰⁰ ROXIN, Claus. Sentido e limites da pena estatal. In: _____. **Problemas fundamentais do direito penal**. Lisboa: Vega, 1986, p. 24.

²⁰¹ ROXIN, 1986, p. 23-24.

²⁰² FIGUEIREDO DIAS, op. cit., p. 101.

²⁰³ QUEIROZ, op. cit., p. 37.

²⁰⁴ ROXIN, 2003, p. 91.

²⁰⁵ SANTOS, op. cit., p. 467.

²⁰⁶ ROXIN, 1986, p. 24-25.

²⁰⁷ FIGUEIREDO DIAS, op. cit, p. 97-98.

²⁰⁸ QUEIROZ, loc. cit.

²⁰⁹ ROXIN, 2003, p. 93.

²¹⁰ SANTOS, op. cit., p. 467-468.

restabelecimento da confiança institucional desprezada pelas transgressões ao ordenamento jurídico.

Roxin²¹¹ ²¹² identifica três efeitos na prevenção geral positiva: a) efeito de aprendizagem, de motivação sócio-pedagógica, no exercício na fidelidade ao direito produzido pela atividade da justiça penal; b) efeito de confiança, que surge quando o cidadão vê que o Direito se aplica; c) efeito de pacificação, que se produz quando da imposição da sanção e da solução do caso com o autor. Da mesma forma, o autor identifica duas vantagens em relação à prevenção especial, porquanto não exige a possibilidade de reincidência, bastando a noção de que a impunidade favorece a imitação, bem como porque, por ser direcionada à coletividade, não substitui descrições claras do fato por prognósticos de periculosidade vagos e arriscados para o Estado de Direito.

Outra teoria tida como preventivo-geral é aquela defendida por Günther Jakobs. Vale dizer, em linhas gerais, que ele vê no direito penal a função de assegurar a confiança na validade do ordenamento jurídico e garantir a vigência da norma, o que transcende a mera função preventivo-geral. Lembre-se que a evolução de suas teses levou-o a defender um “direito penal do inimigo”, que retira a condição de indivíduo daqueles que se colocam à margem da lei, contra a sociedade, aplicando-lhe as sanções de forma contundente, com a drástica redução e supressão de direitos e garantias fundamentais.

De acordo com os intérpretes de sua obra:

Na concepção de Jakobs, o Direito Penal obtém sua legitimação material de sua necessidade para garantir a vigência das expectativas normativas essenciais (aquelas de que depende a própria configuração ou identidade da sociedade) diante das condutas que expressam uma regra de comportamento incompatível com a norma correspondente e colocam nesta, portanto, uma questão como modelo geral de orientação no contato social.²¹³

Trata-se de prevenção geral “positiva”, assim denominada porque não meramente intimidatória. Possui um triplo aspecto: “exercício de confiança na norma”, pois a pena confirmaria a confiança na vigência da norma; “exercício na fidelidade do direito”, a imposição da pena acarretaria a compreensão geral de que o comportamento é inaceitável; e “exercício na aceitação das consequências”, relacionado à conexão entre a conduta violadora da norma e a obrigação de arcar com a pena²¹⁴. Há menor preocupação entre a relação do autor com a norma, bem como quanto à intimidação dos possíveis futuros

²¹¹ ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general**. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Madri: Civitas, 2003, p. 91-93.

²¹² SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal: parte geral**. 3 ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2008, 468.

²¹³ PEÑARANDA RAMOS, Enrique; SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Um novo sistema do direito penal: considerações sobre a teoria de Günther Jakobs**. Barueri: Manole, 2003, p. 1.

²¹⁴ Ibid., p. 2-3.

infratores. Ao revés, os destinatários são os membros da sociedade, como potenciais vítimas dos crimes, quanto ao efetivo cumprimento das leis.

A partir do pensamento sistêmico de Niklas Luhmann, para Jakobs, a pena passa a assumir um caráter autônomo às conseqüências do fato delituoso e se volta para confirmar a validade da norma. Em sua linha de pensamento:

A pena serve precisamente para que as expectativas normativamente fundadas não fiquem anuladas por sua defraudação, no caso concreto; para sua manutenção “contrafática”, isto é, para sua manutenção, apesar da evidência de sua defraudação de fato, mediante a definição como defeituosa da conduta do autor, e não da expectativa de que este se comportasse conforme a norma. A pena consiste, portanto, em uma contradição da violação da norma que se executa a custa de seu autor.²¹⁵

Nessa medida, a função do direito penal se desvincula da proteção de bens jurídicos e se destina à confirmação da vigência da norma. Adota, assim, Jakobs, o conceito de bem jurídico penal, “que seria o asseguramento das expectativas normativas essenciais diante de suas defraudações ou, o que resulta igual, a vigência efetiva das normas em que essas expectativas se fundamentam.”²¹⁶

Imperioso salientar que a teoria de Jakobs encontra forte oposição. Dentre outros, Baratta dedica um estudo sobre a fundamentação da pena dentro da teoria sistêmica.²¹⁷

Da mesma forma, Schünemann sustenta que o normativismo puro de Jakobs “conduz em última instância ao estabelecimento de toda uma série de argumentações circulares, detrás de cuja fachada as verdadeiras decisões são tomadas de modo puramente decisionista.”²¹⁸

Por sua vez, Zaffaroni, ao discutir a validade das teorias penais alemãs à realidade latino-americana, reconhece a importância dessa corrente defendida por Jakobs em razão das discussões que gera quanto a determinados conceitos. Entretanto, assevera:

Se bem por certo existe a tentação de pretender superar a incômoda impressão de desordem – e até de caos – que provoca o real funcionamento de nossos sistemas penais e o mundo (sociedade real) em que se insere, apelando a uma pura ratificação da vigência das normas e ao conseqüente fortalecimento da autoridade configuradora do estado (algo assim como “aqui todos devemos nos submeter às normas para ordenarmos”), não é menos certo que nossos estados distam muito de ser racionais e que em grande medida somente os mais fracos resultam

²¹⁵ PEÑARANDA RAMOS, Enrique; SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Um novo sistema do direito penal: considerações sobre a teoria de Günther Jakobs**. Barueri: Manole, 2003, p. 8-9.

²¹⁶ *Ibid.*, p. 9.

²¹⁷ BARATTA, Alessandro. Integración-prevención: una “nueva” fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica, p. 1-30. In: _____. **Criminología y sistema penal**. Buenos Aires: B de f, 2006.

²¹⁸ SCHÜNEMANN, Bernd. **Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana**. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 1996, p. 46, tradução nossa. “conduce en última instancia al establecimiento de toda una serie de argumentaciones circulares, detrás de cuya fachada las verdaderas decisiones son tomadas de modo puramente decisionista.”

submetidos às normas e com arbítrio seletivo, sem contar com que essas mesmas normas assim entendidas podem ser somente o pretexto para abusar do poder e reduzir os espaços democráticos necessários para a crítica e o conseqüente melhoramento institucional e progresso social. O estado racional entre nós se encontra em plena construção, sendo necessário paliar seus defeitos atuais para permitir – e fomentar – justamente seu mais rápido desenvolvimento. Reforçar somente a autoridade configuradora do estado nesta etapa teria por resultado o reforço de seu defeito de racionalidade. Passar essa falência por alto significaria ilusionar um estado que não existe e dificultar o desenvolvimento institucional do estado e o progresso da sociedade que realmente existem.²¹⁹

Seguem-se às anteriores as teorias unificadoras (unitárias, mistas ou ecléticas), que buscam compatibilizar retribuição e prevenção. Consoante lembra Santos, o Código Penal a consagra no *caput* do art. 59, quando prevê a fixação da pena “conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime”; assim, “a *reprovação* exprime a idéia de *retribuição* da culpabilidade; a *prevenção* do crime abrange as modalidades de *prevenção especial* (neutralização e correção do autor) e de *prevenção geral* (intimidação e manutenção/reforço da confiança na ordem jurídica) atribuídas à pena criminal.”²²⁰ Na mesma linha, assevera Queiroz que “a pena é também retribuição, mas retribuição simplesmente limitadora do direito de punir. O legislador não se guia por ela, ao definir infrações penais, mas a toma em conta ao cominar penas, dosá-las e eleger os critérios de individualização da pena.”²²¹

Trata-se do que Figueiredo Dias denomina de doutrina diacrônica dos fins da pena:

no momento da sua ameaça abstrata a pena seria, antes de tudo, instrumento de prevenção geral; no momento de sua aplicação ela surgiria

²¹⁹ ZAFFARONI, Eugénio Raúl. La ciencia penal alemana y las exigencias político-criminales de América Latina, **Revista latinoamericana de derecho penal y criminología**, 14 dez. 2007b. Disponível em: <<http://www.ijeditores.com.ar/articulos.php?idarticulo=42172>>. Acesso em: 16 jan. 2012, tradução nossa. “Si bien por cierto existe la tentación de pretender superar la incómoda impresión de desorden – y hasta de caos – que provoca el real funcionamiento de nuestros sistemas penales y el mundo (sociedad real) en que se inserta, apelando a una pura ratificación de la vigencia de las normas y al consiguiente fortalecimiento de la autoridad configuradora del estado (algo así como “aquí todos debemos someternos a las normas para ordenarnos”), no es menos cierto que nuestros estados distan mucho de ser racionales y que en gran medida sólo los más débiles resultan sometidos a las normas y con arbitrio selectivo, sin contar con que esas mismas normas así entendidas pueden ser sólo el pretexto para abusar del poder y reducir los espacios democráticos necesarios para la crítica y el consiguiente mejoramiento institucional y progreso social. El estado racional entre nosotros se halla en plena construcción, siendo necesario paliar sus defectos actuales para permitir – y fomentar – justamente su más rápido desarrollo. Reforzar sin más la autoridad configuradora del estado en esta etapa tendría por resultado el reforzamiento de su defecto de racionalidad. Pasar esa falencia por alto significaría ilusionar un estado que no existe y dificultar el desarrollo institucional del estado y el progreso de la sociedad que realmente existen.”

²²⁰ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal: parte geral**. 3 ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2008, p. 471, grifos do autor.

²²¹ QUEIROZ, Paulo. **Funções do direito penal: legitimação versus deslegitimação do sistema penal**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 77.

basicamente na sua veste retributiva; na sua execução efetiva, por fim, ela visaria predominantemente fins de prevenção especial.²²²

Ainda, Santos apresenta a crítica a tal posicionamento em duas razões:

primeiro, o feixe de funções conflitantes das *teorias unificadas* não permite superar as debilidades específicas de cada função *declarada* ou *manifesta* da pena criminal – ao contrário, as *teorias unificadas* significam a soma dos defeitos das teorias particulares; segundo, não existe nenhum fundamento filosófico ou científico capaz de unificar concepções penais fundadas em teorias contraditórias, com finalidades práticas reciprocamente excludentes.²²³

Roxin propõe, porém, que a função de uma teoria mista ou unificadora consiste em renunciar ao pensamento retributivo e, assim agindo, anular os pensamentos absolutos e divergentes das teorias, mantendo os aspectos acertados e atenuando as deficiências por meio de um sistema de recíproca complementação e restrições, nos moldes da teoria unificadora preventiva que defende.²²⁴ No mesmo sentido, de crítica às doutrinas unificadoras aditivas, Figueiredo Dias sustenta que a retribuição não pode ser finalidade da pena e que, por se tratar de critério absoluto, não pode conviver com critérios relativos. Ademais, por ser a pena uma instituição unitária, deve ter em mente suas finalidades em qualquer momento de sua existência.²²⁵

Roxin parte do pressuposto de que o fim da pena somente pode ser preventivo, conjuntamente geral e especial, mesmo quando uma prevenção especial não se revele necessária por não haver perigo de reincidência ou quando houver recusa à (re)socialização. Havendo conflito entre ambas, a prevenção especial deve prevalecer, somente até onde a necessidade mínima preventivo-geral o permita. Na cominação das penas, prepondera a prevenção geral; na aplicação da pena, ambas devem ser consideradas; na execução da pena, prevalece a prevenção especial. Deve-se renunciar à ideia de retribuição, mesmo porque da pena como desaprovação de conduta (reprovação social) resulta a sua futura prevenção no sentido de influência ressocializadora. Nessa teoria, o princípio de culpabilidade serve como limite máximo da pena, deixando a cargo da prevenção o limite mínimo.²²⁶

²²² FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Fundamento, sentido e finalidades da pena criminal. In: _____. **Questões fundamentais do direito penal revisitadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 109.

²²³ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal: parte geral**. 3 ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2008, p. 467-468, grifos do autor.

²²⁴ ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general**. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoria del delito. Madri: Civitas, 2003, p. 95-103.

²²⁵ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Fundamento, sentido e finalidades da pena criminal. In: _____. **Questões fundamentais do direito penal revisitadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 109-110.

²²⁶ ROXIN, loc. cit.

Resume o autor:

a pena serve aos fins de prevenção especial e geral. Limita-se em sua magnitude pela medida da culpabilidade, mas pode ficar abaixo desse limite se necessário por exigências preventivo-especiais e a isso não se oponham as exigências mínimas preventivo-gerais.²²⁷

Figueiredo Dias, apesar de reconhecer a importância da teoria roxiniana, critica a adoção de uma moldura da culpa como medida da culpabilidade para aplicação da pena. Sustenta que isso acarreta o retorno da retribuição, “degradando os propósitos preventivos, que deviam ser únicos, para meros ‘corretores’ da fundamental correspondência entre culpabilidade e pena.”²²⁸

De sua parte, propõe igualmente a natureza exclusivamente preventiva das finalidades da pena, devendo coexistir e combinar prevenção geral e especial. A finalidade primordial da pena deve ser o restabelecimento da paz jurídica comunitária, como prevenção geral positiva, sendo a estabilização das expectativas, ao contrário de Jakobs, uma forma plástica da tutela de bens jurídicos. A prevenção geral negativa, com a intimidação geral, surgiria como um efeito lateral da necessidade dessa tutela. A prevenção especial determinará a medida da pena, com ênfase na função positiva de socialização, se necessária. A culpabilidade surge, então, não como fundamento, mas como limite inultrapassável de considerações ou exigências preventivas, como “barreira intransponível ao intervencionismo punitivo estatal”.²²⁹

Em resumo:

- 1) Toda pena serve a finalidades exclusivas de prevenção, geral e especial.
- 2) A pena concreta é limitada, no seu máximo inultrapassável, pela medida da culpabilidade.
- 3) Dentro deste limite máximo ela é determinada no interior de uma moldura de prevenção geral de integração, cujo limite superior é oferecido pelo ponto ótimo de tutela dos bens jurídicos e cujo limite inferior é constituído pelas exigências mínimas de defesa do ordenamento jurídico.
- 4) Dentro desta moldura de prevenção geral de integração a medida da pena é encontrada em função de exigências de prevenção especial, em regra positiva ou de socialização, excepcionalmente negativa ou de intimidação ou segurança individuais.²³⁰

²²⁷ ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general**. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Madri: Civitas, 2003, p. 103, tradução nossa. “la pena sirve a los fines de prevención especial y general. Se limita en su magnitud por la medida de la culpabilidad, pero se puede quedar por debajo de este límite en tanto lo hagan necesario exigencias preventivoespeciales y a ello no se opongan las exigencias mínimas preventivogenerales.”

²²⁸ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Fundamento, sentido e finalidades da pena criminal. In: _____. **Questões fundamentais do direito penal revisitadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 112.

²²⁹ FIGUEIREDO DIAS, op. cit., p. 129-136.

²³⁰ FIGUEIREDO DIAS, op. cit., p. 135.

Finalmente, não se pode olvidar de uma teoria negativa e agnóstica da pena. Negativa, porque é um conceito obtido por exclusão e por não conceder qualquer função positiva à pena. Agnóstica por confessar não conhecer sua função.²³¹ Apesar da relevância dos argumentos trazidos pelos autores, trata-se de teoria que visa, em última instância, a deslegitimação do poder punitivo. Portanto, seus fundamentos não serão aprofundados no presente estudo.

3.2 FUNÇÃO SIMBÓLICA DO DIREITO PENAL

Entretanto, ao lado da função de tutela de bens jurídicos, o Direito Penal, em razão de sua expansão, igualmente assume uma (dis)função simbólica. A intervenção penal atua, então, como mero símbolo, não para proteger os bens jurídicos, mas para afirmar valores, confirmar expectativas, gerar representações valorativas, confirmar valores, ordens deontológicas e éticas, programas políticos, modelos econômicos, relegando à função instrumental ou material uma posição subordinada.²³²

A propósito, Hassemer indica que:

há uma tendência do legislador em termos de política criminal moderna em utilizar uma reação simbólica, em adotar um Direito Penal simbólico. Quero dizer com isso, que os peritos nessas questões sabem que os instrumentos utilizados não são aptos para lutar efetiva e eficientemente contra a criminalidade real. Isso quer dizer que os instrumentos utilizados pelo Direito Penal são ineptos para combater a realidade criminal.²³³

O uso excessivo da força extrema banaliza o Direito Penal, ao invés de conferir-lhe credibilidade. Quando a sociedade verifica que o Direito Penal assume, de fato, sua posição como *ultima ratio*, deveria haver uma expansão dos mecanismos de proteção não-jurídicos ou jurídicos, mas não necessariamente jurídico-penais (ética social, Direito Civil e Direito Administrativo). Entretanto, “tais opções ou são inexistentes, ou parecem insuficientes, ou se acham desprestigiadas”.²³⁴

Ainda segundo o autor, o que advém de tais mecanismos é desalentador,

porque a visão do Direito Penal como único instrumento eficaz de pedagogia político-social, como mecanismo de socialização, de civilização,

²³¹ ZAFFARONI, Eugénio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

²³² TERRADILLOS BASOCO, Juan María. Globalización, administrativización y expansión del derecho penal económico. In: _____; ACALE SÁNCHEZ, María. **Temas de derecho penal económico – III encuentro hispano-italiano de derecho penal económico**. Madrid: Editorial Trotta, 2004, p. 235.

²³³ HASSEMER, Winfried. Perspectivas de uma moderna política criminal. **Revista brasileira de ciências criminais**, a. 2, n. 8, out. / dez. 1994, p. 43.

²³⁴ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 58.

supõe uma expansão *ad absurdum* da outrora *ultima ratio*. Mas, principalmente, porque tal expansão é em boa parte inútil, na medida em que transfere ao Direito Penal um fardo que ele não pode carregar.²³⁵

A função simbólica pode ainda ser entendida por uma máscara ideológica da realidade do sistema penal criando a aparência de resolução de conflitos que, na verdade, permanecem intocados, de modo a levar a crer no impossível cumprimento de objetivos inacessíveis, porquanto estes não são os realmente perseguidos e, conseqüentemente, não se articulam os meios para alcançá-los.²³⁶ Neste caso, apesar de haver aparente expansão, há, em verdade, inibição do Direito Penal, não proclamada e plasmada nas leis penais, senão negada, mas objetiva e materialmente aceita. Trata-se, em verdade, de função mascaradora – porque se dirige a cobrir objetivos alheios aos declarados –, por meio de uma “desproteção programada”, pois geralmente uma tipificação inadequada é seguida pela ausência de outras políticas sociais ou de prevenção mais custosas.²³⁷

Por tal razão, Baratta²³⁸ defende a adoção do princípio de implementabilidade administrativa da lei. Reconhecendo a seletividade do sistema para punir determinados “bodes expiatórios” e a existência de uma vastíssima cifra negra de criminalidade, admite duas possibilidades: adequar os recursos aos programas de ação legislativos ou redimensionar os programas de ação sobre a base dos recursos disponíveis para o sistema. A primeira alternativa seria economicamente inviável, além de apresentar um custo social insustentável, com a militarização da justiça penal de do Estado. Restando apenas a segunda possibilidade, aponta que a aplicação correta do referido princípio “bastaria por si mesmo para reduzir drasticamente ao mínimo a área de intervenção da lei penal.”²³⁹

3.3 FUNÇÃO “SOCIAL” DO DIREITO PENAL

Por fim, cumpre mencionar que, em trabalho anterior²⁴⁰, apresentado em grupo de estudos de políticas públicas, defendeu-se uma denominada função “social” do direito penal.

É natural à pretensão punitiva estatal, ainda que seja utópico, o desejo de extirpar da

²³⁵ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 61.

²³⁶ TERRADILLOS BASOCO, Juan María. Globalización, administrativización y expansión del derecho penal económico. In: _____; ACALE SÁNCHEZ, Maria. **Temas de derecho penal econômico – III encuentro hispano-italiano de derecho penal económico**. Madrid: Editorial Trotta, 2004, p. 235.

²³⁷ TERRADILLOS BASOCO, op. cit., p. 236.

²³⁸ BARATTA, Alessandro. **Criminología e sistema penal**. Montevideo-Buenos Aires: B de F, 2004, p. 312-314.

²³⁹ Ibid., p. 314, tradução nossa. “bastaría por sí mismo para reducir drásticamente al mínimo el área de intervención de la ley penal.”

²⁴⁰ SILVA, Daniel Addor. Política criminal como política pública: função “social” do direito penal. In: XVII Congresso Nacional do CONPEDI, 2009, Brasília. **Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008. p. 6171-6190.

sociedade a criminalidade. Ao contrário de outros ramos, o Direito Penal existe por ser estritamente necessário à convivência em sociedade. Em sua maioria, os demais ramos do Direito reconhecem a existência de direitos e, via de consequência, deveres para que estes sejam assegurados. Já o Direito Penal prevê espaços de negação do Direito, ou seja, condutas que visam negar direitos e, portanto, devem ser coibidas. Nesse sentido, seria ideal que a criminalidade cessasse e, logo, o Direito Penal não mais existisse.

Pensar em uma função “social” do Direito Penal implica, portanto, em abandonar a sua visão “negativa”, de negar a existência de condutas nocivas. Ao contrário, adotar-se-ia uma visão “positiva”, no sentido de que, por meio da norma penal, seria possível assegurar ao Estado a consecução dos fins – legítimos, por óbvio – a que se destina.

Essa função dita “social” não seria propriamente semelhante à função “promocional”. Segundo Manfredi Parodi Giusino apud Gomes e Bianchini, normas penais promocionais são “as que se propõem orientar por meio de ameaça da sanção penal o comportamento dos cidadãos em direção a um mais alto *standard* de vida, ou seja, à realização de bens ou valores ainda não consolidados no seio de uma sociedade historicamente determinada”.²⁴¹

Nesse sentido, Callegari identifica uma tendência em se utilizar o direito penal, “mesmo que se trate de políticas populistas (simbólicas) sem qualquer efeito de comprovação.” E conclui:

Portanto, devemos evitar cair na tentação de estender ao Direito Penal o papel promocional que corresponde a outros setores do direito em um Estado Social. É exatamente contrária a aspiração do Direito Penal aquela posição que considera este ramo do direito como idôneo para resolver os principais problemas de uma sociedade em crise.²⁴²

Como bem assinala Francisco de Assis Toledo:

da mesma forma que é possível utilizarmo-nos das leis da natureza, em certa medida, para a obtenção de resultados valiosos, e influirmos nos fenômenos sociais, para criar respeitáveis instituições, canalizando poderosas forças para objetivos valiosos, contendo algumas tendências, direcionando outras, eliminando certos fatores deletérios, assim também deve ser possível intervir na área da criminalidade para submetê-la às instâncias de controle.²⁴³

Desse modo, a política criminal figura como uma das mais relevantes políticas

²⁴¹ GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice. **O direito penal na era da globalização**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 100, nota de rodapé 38, tradução nossa. “las que se proponen orientar por medio de amenaza de la sanción penal el comportamiento de los ciudadanos en dirección a un más alto standard de vida, o sea, hacia la realización de bienes o valores no todavía consolidados en el seno de una sociedad históricamente determinada[.]”

²⁴² CALLEGARI, André Luís. Legitimidade constitucional do direito penal econômico: uma crítica aos tipos penais abertos. **Revista dos tribunais**, a. 95., v. 851, set. 2006, p. 442.

²⁴³ ASSIS TOLEDO, Francisco de. Criminalidade e política criminal. **Revista de informação legislativa**, Brasília, a. 25, n. 99, jul. / set. 1988, p. 251.

públicas²⁴⁴, dado que se pode direcionar o Direito Penal como sanção aos que visam, direta ou indiretamente, prejudicar a execução de determinado política.

Essa noção não é propriamente nova, pois o Estado já se preocupou em tutelar a Administração Pública de maneira diferenciada. O Código Penal dedica um título aos crimes contra a Administração Pública, dando um tratamento mais gravoso aos que lesarem a atividade estatal. Da mesma forma, mais recentemente, foram tipificadas novas condutas, tais como a divulgação de segredo estatal²⁴⁵ e alteração, falsificação ou uso indevido de símbolos²⁴⁶.

De igual sorte, como exemplo específico, a instituição do Programa Bolsa Família, por meio da Lei nº 10.836/2004, não se furtou de estatuir, em seu art. 14, que a autoridade responsável pela organização e manutenção do cadastro dos beneficiários do programa “que inserir ou fizer inserir dados ou informações falsas ou diversas das que deveriam ser inscritas, com o fim de alterar a verdade sobre o fato, ou contribuir para a entrega do benefício a pessoa diversa do beneficiário final, será responsabilizada civil, penal e administrativamente”.

Outro exemplo notório de política criminal voltada às políticas públicas é o combate à corrupção²⁴⁷ que se tem acentuado nos últimos anos. Desnecessário tecer comentários sobre os efeitos nocivos da corrupção – que, por certo, conforme salientado, transcenderiam o foco do presente trabalho –, mas impende salientar que o combate adequado ao desvio de recursos públicos²⁴⁸ é inegavelmente uma das melhores maneiras de se assegurar amplas

²⁴⁴ Leonardo Augusto Gonçalves já abordou o assunto pela via oposta, ou seja, de como a implementação de políticas públicas pode combater a criminalidade. “Mostra-se necessário que o Brasil, enquanto país em processo de desenvolvimento, garanta a seus cidadãos a possibilidade de superarem a pobreza e a miséria sendo que, para tanto, devem ser promovidos mecanismos de concretização dos direitos fundamentais, sendo esta uma das principais estratégias no combate ao vertiginoso aumento da criminalidade, uma vez que, afastado o estado de penúria, o cidadão deixará de encontrar tantos estímulos para a prática de delitos.” (A concretização dos direitos sociais como estratégia de combate à criminalidade. In: **Anais do XVII Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do CONPEDI**, 2008, p. 5446.)

²⁴⁵ Código Penal. Art. 153 [...] § 1º-A. Divulgar, sem justa causa, informações sigilosas ou reservadas, assim definidas em lei, contidas ou não nos sistemas de informações ou banco de dados da Administração Pública:

Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

§ 2º Quando resultar prejuízo para a Administração Pública, a ação penal será incondicionada.

²⁴⁶ Código Penal. Art. 296 [...] Pena - reclusão, de dois a seis anos, e multa.

§ 1º - Incorre nas mesmas penas: [...] III - quem altera, falsifica ou faz uso indevido de marcas, logotipos, siglas ou quaisquer outros símbolos utilizados ou identificadores de órgãos ou entidades da Administração Pública.

²⁴⁷ A respeito de corrupção, destacam-se os trabalhos de SPECK, Bruno Wilhelm. *Mensurando a corrupção: uma revisão de dados provenientes de pesquisas empíricas*. In: **Cadernos Adenauer**, v. 10, 2000; e de ELLIOT, Kimberly A. **A corrupção e a economia global**. Brasília: UnB, 1997, notadamente p. 81-96 e 301-308.

²⁴⁸ O senso comum reconhece nessa sangria do erário uma das grandes incoerências no discurso do Estado quando invoca a propalada “reserva do possível” para se negar a estender políticas públicas, v.g. o fornecimento de medicamentos necessários para determinada doença, mas não previstos nas relações do Sistema Único de Saúde. Além disso, a corrupção é sabidamente um dos grandes

e eficazes políticas públicas.

Outra preocupação é que o foco não seja desviado da política pública para a criminalidade e, conseqüentemente, não sejam mais investidos os recursos destinados ao atendimento dos interesses da sociedade. Não somente os recursos econômicos podem ser desviados de áreas mais prioritárias.

Assis Toledo alerta que:

Há, também, um preço, de natureza diversa, que não pode ser quantificado numericamente. Qualquer estratégia séria de prevenção do crime exige iniciativas em áreas melindrosas, de que são exemplos: a participação dos meios de comunicação de massa; a paternidade responsável; a educação e assistência ao menor; as correntes migratórias desordenadas, com a evasão do campo para centros urbanos explosivos; as estruturas sociais arcaicas; a necessidade de maior participação de empresas e de particulares que preferem estabelecer, com elevados dispêndios, um tipo de segurança própria que não se projeta para a coletividade; a humanização dos presídios etc.²⁴⁹

É necessário, porém, que se busque o equilíbrio no uso da política criminal como meio de assegurar a implementação de outras políticas públicas. Como restou salientado anteriormente, o uso excessivo do Direito Penal pode banalizá-lo, tornando inócua a tentativa de utilizá-lo para assegurar determinados fins do Estado.

Por meio desse balanceamento, ou seja, o uso adequado do direito penal, é que se pode atingir a sua chamada função “social”, alcançando não somente seus objetivos propostos, mas também os objetivos estabelecidos por políticas públicas.

Não se pode, porém, confundir essa função “social” do direito penal, com sua função de sustentação do poder na realidade social. Nessa linha, Zaffaroni e Pierangeli afirmam:

Em parte, o sistema penal cumpre esta função, fazendo-o mediante a *criminalização seletiva dos marginalizados*, para conter aos demais. E também em parte, quando os outros meios de controle social fracassam, o sistema não tem dúvida em *criminalizar pessoas dos próprios setores hegemônicos*, para que estes sejam mantidos e reafirmados no seu rol, e não desenvolvam condutas prejudiciais à hegemonia dos grupos a que pertencem, ainda que tal fenômeno seja menos frequente (criminalização de pessoas ou de grupos contestadores pertencentes às classes média e alta). Também, em parte, pode-se chegar a casos em que a criminalização de marginalizados ou contestadores não atenda a nenhuma função em relação aos grupos a que pertencem, mas unicamente sirvam para levar uma *sensação de tranqüilidade aos mesmos setores hegemônicos*, que podem sentir-se inseguros por qualquer razão (geralmente, por causa da

fatores para a sonegação fiscal por parte do comércio informal e de alguns profissionais liberais. Para justificar o não-recolhimento, tais contribuintes correntemente se valem do argumento de que os tributos recolhidos não são convertidos em melhorias para os cidadãos, mas são destinados aos que subtraem os recursos públicos.

²⁴⁹ ASSIS TOLEDO, Francisco de. Criminalidade e política criminal. **Revista de informação legislativa**, Brasília, a. 25, n. 99, jul. / set. 1988, p. 252.

manipulação dos meios massivos de comunicação).²⁵⁰

Obviamente outras funções podem extraídas do direito penal, conforme o enfoque que lhe seja dado e os objetivos pretendidos. Por exemplo, com base em Cuello Contreras, Cunha confere ao direito penal uma função de orientação, que leva à perda da sua credibilidade se o cidadão percebe que as instâncias de controle não logram combater o crime e se o legislador deixa de punir condutas que se entende desvaloradas.²⁵¹ Essa busca de confiança na norma necessariamente remete ao posicionamento de Günther Jakobs, já abordado, que não serve aqui como referencial teórico e que, logo, não cumpre aprofundar.²⁵²

Assim traçadas algumas funções do direito penal, devem então ser abordadas as funções específicas do direito penal econômico.

²⁵⁰ ZAFFARONI, Eugénio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 78.

²⁵¹ CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. **Constituição e crime: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização**. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995, p. 356.

²⁵² Maiores elementos, incluso com a comparação entre o funcionalismo de Jakobs e o proposto por Roxin, mormente no que tange à teoria da imputação objetiva, confira-se PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de. **Teoria da imputação objetiva do resultado: uma aproximação crítica a seus fundamentos**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 136-184.

4 FUNÇÕES DO DIREITO PENAL ECONÔMICO

Por se tratar de um campo do direito penal, de relativa autonomia, as funções acima delineadas igualmente servem ao direito penal econômico e sua reprodução neste item seria tautológica. Entrementes, podem ser tecidas algumas considerações específicas para adequar a noção geral ao tema em estudo.

Nesse ponto, devem ser resgatadas as perguntas trazidas na introdução, com relação aos fatores que determinam o crescimento do direito penal econômico e de sua aplicação. Isso pode levar a uma melhor análise das suas reais funções. Pois bem, o principal interesse é o combate à criminalidade econômica, vista como entrave à execução da política econômica do Estado, ao alcance dos objetivos constitucionais e, ao fim e ao cabo, ao desenvolvimento econômico? Ou então o interesse principal é apenas mostrar que haveria punição aos poderosos, a qual, na verdade, não se concretiza e, assim agindo, perpetuar somente a aplicação do direito penal tradicional voltado aos “suspeitos de costume”? Seria o direito penal econômico tão só uma forma de “dar satisfação” aos investidores e aos organismos internacionais, de modo a conferir uma imagem de confiabilidade e respeitabilidade à economia brasileira? Certamente outras perguntas poderiam ser feitas, conforme as situações se apresentam ao investigador.

Vale, porém, a advertência de Costa:

Devemos, pois, pedir ao direito penal aquilo que ele nos pode dar. Sejamos humildes no pedir na medida em que só esta virtude pode racionalmente travar a soberba de o quisermos transformar alquimicamente em coisa outra, com consistência e recortes, esses sim, bem indefinidos, a que se deve juntar a imprevisibilidade das conseqüências em todo o nosso modo de ser colectivo e individual.²⁵³

A respeito, o promotor maranhense Cláudio Alberto Gabriel Guimarães defende que “os interesses econômicos daqueles que detêm o poder sempre se constituíram como razão de ser do Direito Penal e que por interesses ideológicos durante muito tempo foram propositalmente ocultados, encontrando-se, hodiernamente, em um paulatino processo de explicitação.”²⁵⁴ Nessa medida, a subida à Presidência de um operário oriundo do movimento sindical, alçando ao poder a perspectiva social que representava então na oposição, no sentido de se oportunizar uma melhor distribuição de renda, mais justa e equitativa, certamente facilitou essa “explicitação”. No entanto, ainda que tenha havido relativa evolução, mormente em políticas públicas sociais – de viés paternalista e questionável eficácia no longo prazo, saliente-se –, a prática revelou que os interesses

²⁵³ COSTA, José de Faria. Apontamentos para umas reflexões mínimas e tempestivas sobre o direito penal de hoje. **Revista brasileira de ciências criminais**, a. 17, n. 81, nov. / dez. 2009, p. 47.

²⁵⁴ GUIMARÃES, Claudio Alberto Gabriel. **Funções da pena privativa de liberdade no sistema penal capitalista**. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 22.

econômicos foram mantidos e, apesar de desvelada em parte a ideologia que sustentava o sistema, o modo de produção capitalista prevaleceu, com o respeito à “cartilha econômica” e tendências ortodoxas na condução da economia.

Diante dessa realidade, Callegari nega a utilização do direito penal econômico como instrumento para arrecadação de tributos ou, em suas palavras, “salvaguarda para situações de descontrole do Estado”. Identifica tal efeito como simbólico ou populista, “atendendo mais aos anseios sociais de respostas políticas do que de fato as medidas para as quais se dirige.” Além disso, sustenta que o seu uso como reforço de outros ramos seria indevida, “porque estaríamos diante de uma constante tensão entre as liberdades necessárias de mercado dentro de um Estado Social e Democrático de Direito e ameaça de intervenção reguladora da economia através do Direito Penal.”²⁵⁵

Cruz, ao tratar do bem jurídico tutelado pela Lei nº 7.492/86, com suporte em Bitencourt e Tórtima, salienta que este:

não é – *não pode ser!* – a efetividade de opções políticas sazonais. O Direito Penal não pode ser o braço armado de episódicas opções governamentais, não raras vezes autoritárias e inadequadas (vide o confisco da poupança empreendido no governo Collor). No âmbito daquela lei, cada dispositivo possui um bem jurídico específico e distinto: em alguns artigos, a confiança dos investidores; noutros, o controle das informações cambiárias ou mesmo a transparência e credibilidade da escrituração contábil. Todos aqueles preceitos convergem, porém, para um interesse maior: o da higidez do Sistema Financeiro Nacional, o que se traduz em estabilidade e crescimento econômico.²⁵⁶

Entretanto, não importa a resposta, se afirmativa para qualquer uma das questões, a conclusão a qual se chega – e da qual se parte como premissa fundamental da presente tese – é: para não se abandonar o direito penal econômico é necessário discutir como se deve aplicá-lo. E, como aplicação do direito penal econômico, deve-se entender, em última instância, como interpretação. Interpretação esta que não se restringe, como adiante se verá, aos juízes, mas que certamente culmina no Poder Judiciário.

Nesse ponto, fica a ressalva de Coutinho:

Ora, falseando-se a realidade cria-se um sem número de dificuldades porque a *construção do Direito* pela *criação normativa* (quando do ato interpretativo) é de tal forma falha que o *decisionismo*, sem embargo de ser um desastre e uma fraude democrática, como se sabe, acaba aparecendo aos incautos como uma das formas (senão a *única*) sensata de *dicere ius*. A um *deformado* o *decisionismo* pode parecer sua imagem refletida no espelho, e ele a ama. Tal *dogmática* só é pior quando acompanhada – o que não é difícil – do *dogmatismo*. É dela, com a cara que tiver, que se deve

²⁵⁵ CALLEGARI, André Luís. Legitimidade constitucional do direito penal econômico: uma crítica aos tipos penais abertos. **Revista dos tribunais**, a. 95., v. 851, set. 2006, p. 443.

²⁵⁶ CRUZ, Flávio Antônio da. Gestão temerária, evasão de divisas e aporias. **Revista brasileira de ciências criminais**, a. 18, n. 86, set. / out. 2010, p. 106.

escapar; é com ela que ninguém se deve iludir; [...] ²⁵⁷

O Estado brasileiro se encontra em crise quanto às suas reais funções, mormente no campo da economia, o que resulta diretamente da tentativa de inserção do país no cenário internacional e seu reconhecimento como economia de mercado. Nessa esteira, fomenta determinadas condutas em detrimento de toda sua legislação.

Pois bem, deve-se ter uma economia estável, inaugurada com a criação do Plano Real. Para tanto, necessária uma série de medidas complexas, que vão desde o controle de gastos do Estado até o incentivo ou não ao consumo. Partindo do consumo, este se encontra diretamente relacionado ao trabalho. Uma maior inserção das pessoas no mercado de trabalho leva a um aumento no consumo, que, por sua vez, deve influir no mercado de trabalho, com o crescimento dos postos na produção de bens e prestação de serviços. Ainda, o consumo deveria levar à elevação da arrecadação de tributos diretos e indiretos.

Essa é uma das razões pelas quais se pune o contrabando e o descaminho, previstos no art. 334, do Código Penal. No caso de produto proibido, a incriminação da conduta visa indiretamente assegurar o comércio daqueles permitidos no país. Por outro lado, em se tratando de descaminho, o objetivo primordial é garantir a incidência da exação referente à importação ou à exportação, a qual enseja, além do respectivo imposto, aqueles referentes aos produtos industrializados e às contribuições previdenciárias (PIS e COFINS). Assim, além de assegurar a efetiva arrecadação tributária, mantém-se o equilíbrio na balança comercial, pois, como cediço, tais tributos possuem natureza extrafiscal, atuando de forma a coibir ou incentivar a entrada ou saída de produtos do país.

No entanto, sabe-se que grande parte dos produtos trazidos clandestinamente ao país procede da China, com quem o Brasil tem mantido relações crescentes, seja por conta do crescimento de sua economia e as perspectivas comerciais que dele podem advir, seja por causa de uma pretensa inserção na política internacional por meio de um assento permanente no Conselho de Segurança da Organização das Nações Unidas, do qual participam, além da própria China, Rússia, Estados Unidos da América, França e Reino Unido. Portanto, afigura-se contraditório um combate direto ao contrabando e ao descaminho e uma menor investida nessa área se justificaria pelo intuito de não se prejudicar diretamente a economia chinesa.

Além disso, não se pode olvidar que o comércio desses produtos é largamente difundido, havendo nas grandes cidades locais especialmente dedicados para tanto, os popularmente denominados “camelódromos”. Na verdade, a despeito de haver em tais estabelecimentos comerciantes voltados à venda de artesanato ou mercadorias devidamente legalizadas, é certo que larga parte deles comercializa produtos de introdução

²⁵⁷ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Temas de direito penal e processo penal (por prefácios selecionados)**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 56, grifo do autor.

clandestina no país, incorrendo nas mesmas penas do descaminho, consoante art. 334, § 1º, c, do Código Penal. Nada obstante, os Municípios concedem alvará a tais estabelecimentos. Além disso, a União editou legislação no intuito de inserir na formalidade todo esse comércio, facilitando sobremaneira a regularização fiscal desses empresários, por exemplo, com a criação da empresa individual de responsabilidade limitada pela Lei nº 12.441/2011. Portanto, está-se diante de um contrassenso: uma conduta não pode ser ao mesmo tempo fomentada e proibida; um ato não pode ser socialmente aceito e considerado um risco intolerável. No entanto, de um lado, o Estado fomenta o exercício do comércio de bens de introdução clandestina no país. De outra banda, relega ao direito penal econômico o combate a tal realidade.

Por uma questão de simetria, cumpre abordar algumas linhas acerca das funções da pena no direito penal econômico.

Anote-se, com Fischer, que:

a pena não pode ter outro fim que não a efetiva realização dos objetivos traçados pelo Estado Democrático e Social de Direito, mediante a observância das garantias insertas na Carta Maior, com a consideração essencial de que não se pode entender que a Constituição imponha somente o dever de respeitar os direitos fundamentais, mas também de sancionar penalmente (de modo eficaz) a sua vulneração.²⁵⁸

Valendo-se, pois, dos ensinamentos de Figueiredo Dias²⁵⁹, podem ser delineadas algumas questões. Inicialmente, parte o autor da autonomia do direito penal econômico e de suas sanções. Reitera que a pena deve partir de uma concepção de prevenção geral de integração, ligada a uma pena da culpa e voltada predominantemente à (re)socialização do delinquente, nos moldes em que já foi abordado.

Parte o doutrinador da necessidade de proteção de bens jurídicos como justificção da pena, devendo a intimidação somente atuar “dentro do campo marcado por certos orientamentos culturais, por *standards* ou modelos ético-sociais de comportamento que a pena visa reforçar, em vista de uma eficaz defesa da ordem jurídica.”²⁶⁰ A aplicação da pena deve supor um elemento ético de censura pessoal do fato ao seu agente e se impõe quando socialmente necessária, no limite da culpa. Ainda, a execução deve oferecer ou proporcionar ao criminoso, não impor, as condições para o prosseguimento de sua vida sem reincidência e em conformidade com o ordenamento jurídico-penal. Tais questões já foram oportunamente abordadas no capítulo anterior.

²⁵⁸ FISCHER, Douglas. **Delinqüência econômica e estado social e democrático de direito**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006, p. 105.

²⁵⁹ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Breves considerações sobre o fundamento, o sentido e a aplicação das penas em direito penal econômico. p. 121-135. In: PODVAL, Roberto. (Org.) **Temas de direito penal econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

²⁶⁰ Ibid., p. 124.

No âmbito do direito penal econômico, salienta Figueiredo Dias, os bens jurídicos “se relacionam com a actuação da personalidade do homem *enquanto fenómeno social*, em comunidade e em dependência recíproca dela” e, assim como no direito penal geral, ligam-se “à ordem de valores, ao ordenamento axiológico que preside à Constituição democrática do Estado”. Surgem, portanto, “como concretização dos valores ligados aos direitos sociais e à organização económica contidos ou pressupostos na Constituição.” Ao tratar do art. 18º - 2, Constituição Portuguesa, que será oportunamente abordado quanto ao princípio da proporcionalidade²⁶¹, sublinha, em reforço do que se sustentou acima²⁶²: “Se, pois, o direito penal económico é direito penal, isso significa por força que há-de haver uma essencial correspondência de sentido entre a ordem legal dos bens jurídico-económicos e a ordem axiológica constitucional.”²⁶³

Prossegue Figueiredo Dias a reconhecer que o direito penal económico deve responder a exigências de intimidação e dissuasão, em razão da menor visibilidade dos delitos, do elevado *status* sócio-económico da maioria dos agentes, da dificuldade das instâncias persecutórias formais e da dificuldade da prova judiciária, que conduzem a uma percentagem excepcionalmente alta de absolvições. No entanto, sustenta que não se deve abandonar a ideia da prevenção de integração em favor de uma prevenção de pura intimidação, por conta da violação à dignidade da pessoa humana que passaria a ser mero meio para um fim, de eficácia e utilidade em detrimento da justiça, bem como de uma maior capacidade de motivação do delincente económico pela norma.²⁶⁴

Repete o autor que, a despeito da dificuldade de comprovar a culpa, os crimes económicos “dizem respeito, diferentemente, a verdadeiros bens jurídicos e a valores jurídicos-constitucionais de natureza económico-social, sendo portanto axiologicamente significativas. A censura da culpa está, pois, nelas justificada.”²⁶⁵ Defende que ao direito penal económico “compete na verdade, em muitos domínios, desencadear ou promover a transformação das representações colectivas no sentido de actualizar a consciência comunitária da especial gravidade das práticas anti-económicas e mobilizar um contributo activo na luta contra elas.”²⁶⁶ Sustenta que, no caso, por conta de o delincente económico poder reduzir o efeito estigmatizante da pena, a culpa assume “carácter *fundamentador* e

²⁶¹ Cf. 8.4, adiante.

²⁶² Vide 2.2, acima.

²⁶³ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Breves considerações sobre o fundamento, o sentido e a aplicação das penas em direito penal económico. p. 121-135. In: PODVAL, Roberto. (Org.) **Temas de direito penal económico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 126.

²⁶⁴ *Ibid.*, p. 127.

²⁶⁵ *Ibid.*, p. 128.

²⁶⁶ *Ibid.*, p. 129.

constitutivo da responsabilidade do agente e revelador da razão da censura social de que tornou passível pela sua actuação.”²⁶⁷

Figueiredo Dias considera mais fácil de alcançar uma prevenção especial no direito penal econômico, porque a pena acarreta uma reação de indignação moral e de negação ou neutralização da culpa, bem como que o receio de má publicidade pode afastar o criminoso da reincidência. Da mesma forma, neste campo seria mais aceitável uma pena de incapacitação ou inocuização, inclusive com a pena de morte para a pessoa jurídica criminosa, de acordo com a manutenção ou não da legitimidade do agente para desempenhar papéis formalizados na economia.²⁶⁸

No que tange à (re)socialização, como cediço, sustenta-se que os delinquentes econômicos já seriam devidamente integrados à sociedade, via de regra, em razão do seu *status social* elevado, do seu modo de vida respeitável e da sua inserção estável na comunidade. O autor sustenta que essa compreensão se alia à noção de socialização como recuperação social, tratamento imposto como forma de alterar o delinquente. Nos crimes econômicos também existiria um “*defeito de socialização*” do agente que se relaciona “concretamente com a sua atitude pessoal perante uma especial orientação estadual em matéria sócio-econômica.” Por conta desse defeito, o Estado tem a obrigação de proporcionar ao criminoso o máximo de condições favoráveis para que não torne a delinquir. Defende igualmente que tal estratégia teria mais sucesso que no direito penal comum.²⁶⁹

Ousa-se concluir que se denota desse otimismo do autor quanto à ressocialização no direito penal econômico um certo preconceito, na mesma medida daqueles que a veem como um método de formatação do sujeito à sociedade, porque desconsidera em parte as variadas razões que levam o sujeito a delinquir. Parece mais provável que aquele, quase reduzido à condição de miserabilidade, que foi levado ao crime por absoluta ausência de oportunidades, não volte a praticar crimes se lograr obter seu sustento de forma legal. Ao revés, se o que determinou o crime econômico foi a vontade de auferir lucros cada vez maiores, torna-se, portanto, de difícil implementação para o Estado o fornecimento de condições favoráveis para que esse sujeito decida se adequar, voluntariamente, ao regramento jurídico.

Passa então Figueiredo Dias a discutir de que forma se podem implementar os fins da pena no direito penal econômico. De início, refuta que se possa adotar apenas o efeito preventivo. Reitera o acréscimo das “exigências de retribuição da culpa, com as consequentes implicações no nível de prevenção de integração necessário para defesa da

²⁶⁷ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Breves considerações sobre o fundamento, o sentido e a aplicação das penas em direito penal econômico. p. 121-135. In: PODVAL, Roberto. (Org.) **Temas de direito penal econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 129.

²⁶⁸ Ibid., p. 129-130.

²⁶⁹ Ibid., p. 130-131.

ordem jurídica e reforço dos modelos desejados de comportamento.”²⁷⁰ Destaca que a prisão não terá para o delinquente econômico o mesmo efeito criminógeno da criminalidade comum, “porque as técnicas de aprendizagem não podem ser transmitidas ou desenvolvidas na prisão; quer porque não haverá em princípio que reze os efeitos negativos irreversíveis da experiência prisional”.²⁷¹ Nesse sentido, sustenta que a pena de prisão deve ser preferida à pena de multa.

No Brasil, a prisão como pena imposta na condenação não costuma prevalecer. Poder-se-ia cogitar de, ao menos, duas razões para tanto.

Uma primeira delas, certamente não expressamente declarada, seria a situação atual das penitenciárias, que não seriam “ambiente adequado” para os delinquentes econômicos, acostumados a melhores condições de vida. Para mudar tal panorama, seria necessário mudar toda a visão do tratamento dado ao recluso, com a melhora do ambiente das penitenciárias, mesmo contra uma opinião pública que deseja ter esses locais como fonte de sofrimento para o criminoso. No entanto, em um país com elevada taxa de exclusão econômica, como o Brasil, no qual não se concretiza o direito a uma moradia adequada, tornar as penitenciárias melhores que as casas de muitos brasileiros não seria uma medida de fácil aceitação e demandaria a prévia resolução das questões fundiárias e de habitação, o que resulta improvável. Ademais, e provavelmente pelas razões anteriores, não é fácil capitalizar dividendos políticos com a construção de penitenciárias, especialmente em se tratando de estabelecimentos melhores do ponto de vista da qualidade de vida.

Uma segunda razão para não se impor penas privativas de liberdade aos delinquentes econômicos é a existência de pena pecuniária alternativa ou o fato de o *quantum* de pena máxima cominada aos crimes permitir, na maioria dos casos, sua substituição ou suspensão. Fischer traça percuciente crítica a essa postura e sustenta que isso pode ser visto como um estímulo à prática delitiva, não alcançando eficácia preventiva.

²⁷²

No Brasil, o que se tem feito, na prática e quiçá irregularmente, por substituição à pena curta, é a adoção irrestrita de prisões cautelares, notadamente a temporária, nos casos permitidos pela Lei nº 7.960/89 (quadrilha e crimes contra o sistema financeiro nacional). Apesar do impacto da medida para os presos, certamente lhes causa menos repulsa que uma prisão definitiva, porquanto a prisão cautelar no direito penal econômico costuma ser cumprida em salas especiais ou centros de triagem, ou seja, ficam apartados

²⁷⁰ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Breves considerações sobre o fundamento, o sentido e a aplicação das penas em direito penal econômico. p. 121-135. In: PODVAL, Roberto. (Org.) **Temas de direito penal econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 131.

²⁷¹ *Ibid.*, p. 132.

²⁷² FISCHER, Douglas. **Delinquência econômica e estado social e democrático de direito**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006, p. 153-165.

dos criminosos ditos “comuns”. Saliente-se, porém, a crítica de Câmara no sentido de que usualmente as prisões temporárias somente atingem seu fim de produção de prova se não observarem os direitos e garantias dos presos, o que reforça a posição do suspeito como mero objeto e, por tal razão, é antidemocrática e inconstitucional.²⁷³ No entanto, deve-se reconhecer que, desde que presentes seus pressupostos e respeitados os direitos e as garantias fundamentais, ainda que se trate de prisão processual e não se imponha futuramente a privação da liberdade, a prisão cautelar cumpre fins preventivos geral e especial.

Não defende, porém, Figueiredo Dias a imposição de prisão curta para todos os agentes econômicos, devendo ser levada em conta não o seu estatuto pessoal, mas a natureza da infração. Assim, não pode ser imposta a prisão ao criminoso de colarinho branco quando seria imposta multa para outro condenado. Destaca, todavia, o especial papel, aptidão e necessidade, em certos casos, da pena de prisão com a função de “desencadear a transformação das representações coletivas [*rectius* coletivas] e da consciência comunitária face ao crime econômico.”²⁷⁴

Conclui Figueiredo Dias, portanto, que as penas em direito penal econômico possuem função diferente do direito penal tradicional, o que reforça a sua autonomia relativa. Resume então as razões para tanto:

- 1) o nível exigido de prevenção geral de integração será em muitos casos mais elevados;
- 2) as exigências de retribuição da culpa fazem-se sentir noutros casos com acrescida intensidade;
- 3) a realização das finalidades de prevenção especial e a estratégia de (re)socialização surgem a uma luz particularmente favorável;
- 4) a preferência pela pena de prisão – mesmo se se trata de penas curtas –, em confronto com a pena de multa, impõe-se numa gama mais larga de hipóteses;
- 5) são maiores as expectativas de evitar o efeito de-socializador e criminógeno da privação de liberdade.²⁷⁵

Finaliza o doutrinador lusitano sua exposição com um trecho que cumpre igualmente citar:

Em todos os Estados se pressente um sentimento generalizado de injustiça estrutural, relativamente ao qual a impunidade dos delinquentes económicos ou a sua injustificada punição menor adquire acentuada

²⁷³ CÂMARA, Luiz Antonio. Reflexões acerca das medidas cautelares pessoais nos crimes contra o sistema financeiro nacional, p. 238-239. In: Coord. GEVAERD, Jair; TONIN, Marta Marília. **Direito empresarial & cidadania: questões contemporâneas**. 1 ed. Curitiba: Juruá, 2006.

²⁷⁴ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Breves considerações sobre o fundamento, o sentido e a aplicação das penas em direito penal econômico. p. 121-135. In: PODVAL, Roberto. (Org.) **Temas de direito penal econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 132-133.

²⁷⁵ *Ibid.*, p. 134.

ressonância simbólica; o que – diga-se de passagem – é particularmente visível nos Estados democráticos, atento o papel aí desempenhado pelos meios de (livre) comunicação social. É para inverter este estado de coisas e para obviar à generalização de atitudes de cinismo e evasão que a sociedade deve formular particulares exigências ao seu ordenamento penal económico. Com o que, afinal, em nada se contraria, mas antes substancialmente se realiza um princípio de *igualdade material* entre os cidadãos.²⁷⁶

Nessa linha, cumpre indagar se o direito penal económico não seria um meio de concretização do princípio de igualdade. Bajo e Bacigalupo sustentam que “é necessário que o Direito penal deixe de ser mais um instrumento de opressão de uma classe para se converter em um autêntico meio de liberdade e progresso social permitindo uma ordem mínima de convivência.”²⁷⁷

Já restou assentado por Nicz que:

A igualdade a ser perseguida pelo Poder Executivo deve ser também no sentido de buscar uma efetiva igualdade económica entre todos, por meio dos mecanismos de que dispõe, de modo a estabelecer o real equilíbrio dentro da sociedade.

Ao Judiciário cabe também função primordial para o alcance pleno da isonomia dentro da sociedade. Assim é que a ele incumbe a fiscalização e concretização de tal princípio. [...]

O princípio da igualdade perante a lei, portanto, há de ser interpretado em sua máxima amplitude, não admitindo limites e nem exceções, uma vez que a lei será igual para todos, devendo a todos ser aplicada com igualdade.

Fazendo-se um resgate, pode-se dizer que Aristóteles tinha razão ao afirmar que por natureza os homens são desiguais. São mesmo. Mas a sociedade e o Direito, como seu principal instrumento de sobrevivência, devem atuar no sentido de impedir que essas diferenças individuais se projetem para a vida coletiva.²⁷⁸

Roberto da Matta há tempos diagnostica a aristocracia e a hierarquização da sociedade brasileira, na contradição entre a casa e a rua, o que produz comportamentos externados em verdadeiras instituições como o “jeitinho” e o “você sabe com quem está falando?”. Em seu trabalho mais recente, um estudo sobre o trânsito brasileiro contratado pelo Governo do Espírito Santo, tece argutas considerações sobre a (des)igualdade e a obediência das leis. Com efeito, preleciona:

²⁷⁶ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Breves considerações sobre o fundamento, o sentido e a aplicação das penas em direito penal económico. p. 121-135. In: PODVAL, Roberto. (Org.) **Temas de direito penal económico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 135.

²⁷⁷ BAJO, Miguel; BACIGALUPO, Silvina. **Derecho penal económico**. Madri: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2001, p. 59, tradução nossa: “es necesario que el Derecho penal deje de ser un instrumento más de opresión de una clase para convertirse en un autêntico medio de libertad y progreso social permitiendo un ordem mínimo de convivencia.”

²⁷⁸ NICZ, Alvacir Alfredo. Iniciativa privada versus iniciativa estatal na Constituição. Brasília, **Revista de Informação Legislativa**, a. 41, n. 163, jul./set. 2004, p. 267.

Na base dessas recorrentes expectativas de superioridade social que implicam um movimento irresistível de rebaixamento dos outros e que permanecem fiéis a uma imagem hierarquizada da sociedade, estão congelados séculos de desigualdade – não apenas como uma consequência (ou resultado) da exploração econômica e política planejada, mas, sobretudo, como um modo de ordenar o mundo que ainda não foi devidamente criticado ou até mesmo percebido em suas implicações sociopolíticas. Falamos de séculos de um estilo aristocrático e escravocrata, lido, entretanto, como *patriarcal* ou de *exploração de classe* ou, mais recentemente, de *subordinação social*, que fizeram com que esse modo de organização fosse muito mal discutido ou sequer admitido pela teoria e pela boa discussão nacional. Com isso, o problema da desigualdade foi encarado sobretudo como político: uma injustiça que importava corrigir pela lei e pelo Estado, sem ser vista como uma dimensão e um estilo centrais da ordem social brasileira.²⁷⁹

Adiante, explicita o estilo de comportamento ou navegação social aristocrático, nos seguintes moldes:

Um deles é antigo, tomado como natural e muito pouco discutido. Baseia-se no princípio do *um lugar para cada coisa*, e cada coisa em seu lugar e na idéia geral de que o mundo é mesmo feito de *ricos* e *pobres* e de *autoridades* e *pessoas comuns*, tudo baseado numa patente desigualdade. Nesta visão, as polaridades não são lidas como exceções ou acidentes que, um dia, irão desaparecer, mas como elementos constitutivos do próprio mundo social. Numa frase, poder-se-ia dizer que, no Brasil, a idéia geral é a de que sempre irão existir imprudentes ou pobres. A perfeição da vida não estaria em sua eliminação, de resto impossível, mas na subordinação às regras.²⁸⁰

Poder-se-ia, assim, cogitar que uma função do direito penal econômico é justamente explicitar essa realidade. A partir da premissa de que o Estado está a serviço do cidadão e que a economia visa assegurar o desenvolvimento social, com a consecução dos fins e objetivos traçados na Constituição, notadamente a redução das desigualdades, caberia então ao direito penal econômico mostrar que a lei vale para todos, indistintamente. Desvelaria a realidade de que o crime se encontra inserido em todas as esferas sociais e, portanto, deve ser combatido, porque nocivo à sociedade, independentemente da condição social do agente.

No entanto, assim como no direito penal tradicional, exsurge a função simbólica. É sintomático que o direito penal econômico exerça funções simbólicas. Na sociedade, atualmente se vive – e seria o caso de se perguntar desde quando – uma cultura de aparências, que não se restringe à questão física. Esse sintoma se exacerbou recentemente

²⁷⁹ MATTA, Roberto da. **Fé em Deus e pé na tábua ou como e por que o trânsito enlouquece no Brasil**. Rio de Janeiro: Rocco, 2010, p. 55, grifos do autor.

²⁸⁰ Ibid., p. 61, grifos do autor.

com a crescente exposição da intimidade, operada via redes sociais, *sites* de relacionamento e o acesso quase pleno à tecnologia, que permite a captação de imagens e vídeo em celulares, com a imediata divulgação em meio virtual.

Mas não somente os indivíduos vivem de aparências. As empresas mantêm programas sociais para criar a imagem de “responsabilidade social”, nada obstante o façam por vezes mediante renúncia fiscal, o que não deixa de cumprir uma função social similar à figura do Robin Hood, que retira os tributos dos corruptos e os repassa a quem irá empregar devidamente o dinheiro. Entretanto, essa “responsabilidade social” nem sempre é feita também no “chão de fábrica”, com melhoria das condições de trabalho e divisão dos lucros com os empregados.

Na iniciativa pública, os “spin doctors”²⁸¹ atuam com notável desenvoltura. A construção da imagem é feita desde a propaganda político-partidária e persiste durante os mandatos. Nesse aspecto, cumpre grande função a manipulação de dados para conferir uma confiabilidade aos governantes. O “pleno emprego” é alcançado em alguns lugares: sobram empregos, não porque não há desempregados, mas porque a complexidade de algumas atividades exige uma qualificação que os trabalhadores não possuem. Da mesma forma, o grau de analfabetismo é reduzido, não mediante um incremento da escolarização, mas pela adoção de critérios diferentes: analfabetos funcionais que não são capazes de produzir ou compreender um texto passam a ser considerados alfabetizados.

No Judiciário, cujo ingresso se dá, à exceção do Supremo Tribunal Federal e dos quintos constitucionais (Advocacia e Ministério Público), mediante difícil processo seletivo, deixou-se de se estar imune à influência da opinião pública.²⁸² A publicidade salutar deu

²⁸¹ Em inglês, a atividade de relações públicas é comumente conhecida como *spin*, verbo que também significa girar, distorcer. Portanto, “to spin a situation” é, na verdade, manipular a realidade para que dela se extraia algo positivo.

²⁸² “O Poder Judiciário recebe todos os impactos dessa política criminal e de seus fundamentos econômicos. No processo de minimização do Estado, está o Judiciário, imobilizado na camisa de força orçamentária tão cara ao FMI, sujeito a perdas e reduções, seja para soluções arbitrais, seja para jurisdições internacionais ou regionais. Perante o desmerecimento do espaço público, qualquer procedimento que possa envolver a responsabilização de um magistrado terá divulgação similar à de uma catástrofe: hoje, no Brasil, aqueles que têm a responsabilidade funcional de velar pelo princípio da presunção de inocência dos cidadãos não desfrutam dessa garantia. Definitivamente, pretende-se que o Judiciário abandone sua missão, insubstituível para o estado de direito democrático, de conter todo o poder punitivo exercido inconstitucional, ilegal ou irracionalmente, para policizar-se, para ser um complacente espectador da criminalização secundária; para ser, numa palavra, uma espécie de capitão-do-mato dos foragidos da nova economia. Isto seria a ruína do Judiciário, seguida da ruína do estado de direito, com a implantação de um estado policial submisso à nova ditadura financeiro-virtual planetária.” (BATISTA, Nilo. *Novas tendências do direito penal*. In: _____. **Novas tendências do direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2004, p. 25.)

Na verdade, na fala de Batista pode-se verificar o problema de todos os operadores do Direito. Com efeito, não são somente os Juízes que se veem tolhidos, direta ou indiretamente, em sua liberdade de consciência e atuação, no exercício do livre convencimento motivado. A opinião pública, sob o influxo da mídia, pretende a punição célere e exemplar em um salto lógico que confunde prisão preventiva ou cautelar com condenação: os detidos devem ser sumariamente condenados e, como um passe de mágica, removidos definitivamente das vistas da população. Assim, a imprensa acompanha o

ensejo à exposição excessiva de julgamentos e, conseqüentemente, a que alguns julgadores cogitem dos efeitos de suas decisões não sob a perspectiva de Justiça, mas da opinião pública decorrente; passaram a, no jargão popular, “jogar para a plateia”. Nesse plano, o Conselho Nacional de Justiça contribui com a divulgação excessiva de procedimentos que visam conferir uma melhor imagem ao Judiciário, seja pela adoção de mutirões e metas, seja pela “punição exemplar” de magistrados, sem que tal implique necessariamente em uma melhoria efetiva.

Dentro desse panorama, a mídia possui papel importante.²⁸³ A formação da opinião pública é feita por vezes de modo sub-reptício, com a utilização de imagens. O conteúdo é divulgado de forma simplificada, sem o devido aprofundamento, produzindo um recorte da realidade que, por interpretação equivocada, deliberadamente ou não, não corresponde à

cumprimento de penas com menor interesse que as condenações e, por óbvio, eventuais absolvições recebem ainda menor destaque, salvo para alegar conluios, sugerir corrupção ou apontar erros judiciais. Nessa ótica, a Polícia é tida como órgão de controle por excelência e, apesar de sabidamente desaparelhada e insuficientemente remunerada, sobre ela recaem todas as expectativas de segurança, muitas vezes captadas suas imagens em vídeo. Sob essa visão, o Ministério Público não pode exercer sua função de *custus legis*, tampouco exercitar a conveniência já limitada pelo princípio da obrigatoriedade; ao contrário, deve incorporar a histeria punitiva e assumir a função de bastião da moralidade, pilar de segurança da sociedade, com a busca de severas condenações a qualquer custo. A Advocacia deixa de ser vista como indispensável à administração da Justiça e ao exercício do direito de defesa, passando a ser considerada um instrumento de impunidade, adoção de medidas protelatórias e chicanas judiciais, sem olvidar a possibilidade de lhe ser exigida delação, sob pena de lhe ser atribuída a condição de coautor, especialmente nos crimes econômicos. A respeito, veja-se RIOS, Rodrigo Sánchez. **Advocacia e lavagem de dinheiro: questões de dogmática jurídico-penal e de política criminal**. São Paulo: Saraiva, 2010. Some-se a isso a inoperância das Defensorias Públicas, que não possuem a estrutura necessária para dar conta daqueles que necessitariam de defesa, ainda que tenham sido invocadas a tanto em todos os casos (arts. 289-A, § 4º e 306, § 1º, do Código de Processo Penal). No Paraná, especificamente, o órgão funcionava precariamente com a requisição de servidores advogados de outros órgãos e somente teve sua criação efetiva em 2011, com a edição da Lei Complementar nº 136/2011.

Destaque-se, porém, que, apesar dos influxos da mídia, a opinião pública pode não ter necessariamente uma expectativa de punição exemplar. Apesar de salientar que jamais se descobrirá se essa imagem que o legislador tem corresponde à realidade, ao menos em Alemanha, Hassemer sustenta que pode estar (parcialmente) incorreta a imagem de “uma sociedade que espera como resposta à violação ao Direito (não só um processo de investigação e uma audiência pública, não só uma condenação, senão também) a execução de uma pena privativa de liberdade e é perturbada com a frustração desta expectativa pela confiança na função do Direito Penal estatal.” (HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do direito penal** (*Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005, p. 393).

²⁸³ Em palestra curiosamente proferida no Centro de Estudos Judiciários, em 2003, Nilo Batista destaca os efeitos nefastos da mídia.

“Para favorecer a privatização dos diversos setores sobre os quais o estado de bem-estar intervinha diretamente, era preciso, e foi cabalmente realizada pela mídia, uma campanha de desmerecimento das instituições públicas e da vida política, de cujos efeitos ainda não nos conscientizamos completamente. Para aferir a intensidade e, mais ainda, a intencionalidade desta campanha, basta compararmos o espaço concedido a delitos praticados no âmbito empresarial – salvo os casos de perda de invulnerabilidade por disputas de poder – e delitos praticados por ou envolvendo funcionários públicos. A verdade é que a mídia em geral integrou-se aos grandes negócios das comunicações (publicidade, telefonia etc.), como uma espécie de seu braço armado, e é parte importante deste processo, do qual tem a pretensão delirante de ser cronista imparcial.” (BATISTA, Nilo. *Novas tendências do direito penal*. In: _____. **Novas tendências do direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2004, p. 21.)

informação correta. Essa lógica distorcida é importada para dentro da esfera pública, com a adoção de órgãos de “comunicação social” que, da mesma forma, reproduzem esse recorte, equivocado e superficial, dos fatos.

Portanto, nessa perspectiva, a única alternativa viável para combater o sentimento de impunidade é criar um sentimento de punição. Ilusão não exige medidas efetivas, bastando para tanto soluções ilusórias.

Conclui-se, pois, que, assim como o direito penal tradicional, o direito penal econômico possui várias funções, conforme os objetivos que a ele se pretenda atribuir. De qualquer forma, de nada servem se não se revelam eficientes para alcançar essas finalidades desejadas. Por isso, afigura-se necessário abordar a sua eficiência.

5 EFICIÊNCIA DO DIREITO PENAL (CONTRIBUTOS DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO PENAL)

Eficiência depende de finalidade. Somente será eficiente aquilo que atende aos fins a que se destina. Portanto, uma discussão acerca da eficiência do direito penal necessariamente deve passar pela discussão sobre as finalidades ou funções do direito penal, as quais foram oportunamente abordadas.²⁸⁴

Por se tratar de um estudo voltado ao direito penal econômico, é interessante destacar, com Amartya Sen:

As duas principais definições de eficiência empregadas em economia são, respectivamente: (1) “eficiência técnica”, segundo a qual não é possível gerar mais de um determinado produto sem produzir menos de algum outro (considerando os insumos como produtos negativos); (2) “eficiência econômica”, identificada com a “otimalidade de Pareto” [Pareto optimality], condição na qual ninguém pode melhorar seu estado sem piorar o de outra pessoa.²⁸⁵

Jesús-Maria Silva Sánchez dedicou artigo sobre o tema, denominado “Eficiencia y Derecho Penal”²⁸⁶, o qual pode servir de norte para delinear os principais aspectos sobre a questão.

Inicialmente, Silva Sánchez situa o problema do papel desempenhado no Direito Penal por considerações de eficiência. Apesar da vinculação do Direito Penal à ética de princípios de matriz kantiana, o que levaria a concluir que o sistema penal “teria uma configuração fechada e apriorística, segundo a qual as considerações de eficiência ficariam absolutamente excluídas”²⁸⁷, o desenvolvimento da Política Criminal sempre levou em consideração raciocínios consequencialistas, particularmente Bentham, Beccaria e Feuerbach fundaram suas teses em argumentos de conteúdo econômico.

Além disso, sustenta que a própria dogmática da teoria do delito tende a se elaborar a partir de perspectivas teleológicas, aptas a acolher considerações de eficiência. Outrossim, identifica a importância do estudo do assunto, porque haveria um apogeu na discussão entre principialistas e consequencialistas, apesar de estes serem mais ligados ao funcionalismo que à análise econômica.

²⁸⁴ Capítulo 3.

²⁸⁵ SEN, Amartya. **Sobre ética e economia**. São Paulo: Companhia das Letras, 1999, p. 37, nota de rodapé 20.

²⁸⁶ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. Eficiencia y Derecho Penal. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, tomo 49, fascículo 1, Madri, Ministerio de Justicia, jan./abr. 1996, p. 93-127. Publicado no Brasil, em tradução de Mauricio Antonio Ribeiro Lopes. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **Eficiência e Direito Penal**. Barueri: Manole, 2004. Deve-se atentar especialmente nas citações o texto original, por conta de terem sido identificados alguns problemas na tradução, consoante se verá na transcrição oportuna.

²⁸⁷ Id., 2004, p. 2. Id., 1996, p. 94: “tendría una configuración cerrada y apriorística en la que las consideraciones de eficiencia quedarían absolutamente excluidas.”

Adiante, passa a uma definição de eficiência, para a qual se faz necessário determinar se a análise econômica dos fenômenos humanos “parte tão-somente da *eficiência como princípio*, que opera como se fosse uma planilha de correção ideal de atos ou regulações ou, então, se parte da *atuação eficiente como um fenômeno real*, existente.”²⁸⁸

A seguir, sugere estabelecer o que se entende por eficiência como princípio jurídico ou adaptação jurídica de um conceito econômico. Nesse aspecto, destaca a contraposição entre Pareto e Kaldor-Hicks²⁸⁹, preferindo este àquele, porquanto, quando se fala em

²⁸⁸ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **Eficiência e Direito Penal**. Barueri: Manole, 2004, p. 5. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *Eficiencia y Derecho Penal*. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, tomo 49, fascículo 1, Madri, Ministerio de Justicia, jan./abr. 1996, p. 95: “parte tan sólo de la *eficiencia como principio normativo*, que opera a modo de baremo de corrección ideal de actos o regulaciones, o, además, parte del *actuar eficiente como un fenómeno real*, existente.”

²⁸⁹ Segundo o teorema de Kaldor-Hicks, uma medida é correta quando os ganhos dos beneficiários superam as perdas dos prejudicados, de modo que os primeiros possam indenizar os segundos. Nesse ponto, Salama esclarece que o critério (ou compensação) de Kaldor-Hicks completa o ótimo de Pareto: “Suponha que uma mudança qualquer (por exemplo, a edição de uma nova lei) beneficie um determinado grupo de indivíduos (os “ganhadores”) mas prejudique outro grupo (os “perdedores”). Pelo critério de Pareto, tal mudança não poderia jamais ser eficiente (afinal, há “perdedores”, isto é, indivíduos que pioram sua situação com as mudanças). Assim, por este critério, qualquer norma que estabeleça um privilégio, por mais nefasto que seja, jamais poderia ser alterada (afinal, o detentor deste privilégio sairia prejudicado pela mudança legislativa, mesmo que ela beneficiasse toda a sociedade). A lei perderia toda a sua plasticidade e a sociedade estaria fadada ao total imobilismo.

O critério de Kaldor-Hicks busca superar a restrição imposta pelo ótimo de Pareto de que mudanças somente são eficientes se nenhum indivíduo fica em posição pior. Pelo critério de Kaldor-Hicks, o importante é que os ganhadores possam compensar os perdedores, mesmo que efetivamente não o façam. Isso quer dizer que o critério de Kaldor-Hicks permite que mudanças sejam feitas *ainda que haja perdedores*.” (SALAMA, Bruno Meyerhof. *O que é pesquisa em direito e economia? Cadernos Direito GV* 22, v. 5, n. 2, mar. 2008, p. 24.)

Exemplifica com a proibição em São Paulo da colocação de cartazes de propaganda. A perda dos empresários e trabalhadores envolvidos nesse ramos teria sido compensada pelo ganho resultante do sólido apoio da população ao novo regramento. Aponta, porém, que, em se tratando de políticas públicas, esse critério é criticado porque leva em consideração apenas o nível de riqueza, sem tratar do problema de sua distribuição.

“A utilização da eficiência de Kaldor-Hicks como guia para políticas públicas também não está livre de problemas. A crítica mais comum é a de que este critério apenas leva em consideração o nível de riqueza, mas deixa de lado o problema da sua distribuição. Além disso, a comparação cardinal de níveis agregados de bem-estar traz consigo uma série de problemas, como por exemplo o fato de que o valor marginal do dinheiro é diferente para ricos e pobres (ou seja, ‘R\$1,00 vale mais para um indivíduo pobre do que para um indivíduo rico’) e o fato de que a mensuração se dá em um momento limitado no tempo, mas o que é eficiente hoje pode deixar de sê-lo amanhã se um único indivíduo, por exemplo, alterar suas preferências.” (SALAMA, op. cit., p. 24-25.)

Da mesma forma, Sen destaca: “Um modo de ampliar a economia paretiana do bem-estar sem introduzir comparações interpessoais é mediante o uso de um “teste de compensação”. Já se aventou que a possibilidade de os ganhadores mais do que compensarem os perdedores pode ser vista como uma melhora social (ver KALDOR, 1939, e HICKS, 1939). Esses critérios de melhora social geram inconsistências (sobre este aspecto, ver SCITOVSKI, 1941, SAMUELSON, 1950, GORMAN, 1955). Mas esse é apenas um dos problemas dos critérios de compensação. Outro problema – que se poderia afirmar ser mais básico – relaciona-se à questão de por que a mera *possibilidade* de compensar os perdedores deveria ser adequada para estabelecer uma melhora social mesmo se a compensação não fosse *de fato* paga. Entre os perdedores poderiam incluir-se as pessoas menos favorecidas e mais miseráveis da sociedade, e não é nenhum consolo para eles ouvir que é possível compensá-las plenamente, mas (“Deus do céu!”) não há nenhum plano para fazê-lo. Se, por outro lado, os perdedores forem *efetivamente* compensados, o resultado geral – após a compensação – é

eficiência do direito penal, não se trata da conduta que traz benefícios a todos e não prejudica ninguém, mas da conduta cujos benefícios globais (sociais) superam os custos, mesmo que os custos recaiam sobre alguém concreto, de modo a prejudicá-lo.

Da mesma forma, esclarece que a eficiência pode ser medida em relação à totalidade do sistema penal de controle, de modo a determinar seu grau. Entretanto, o estudo não o faz, adotando uma perspectiva metodológica, ou de princípio, aplicável tanto à política criminal, “entendida como conjunto de princípios fundamentais do *ius puniendi*”, como à dogmática, “como conjunto de estruturas e princípios de imputação do fato delitivo.”²⁹⁰

Silva Sánchez passa então a tratar do delito como classe de atos ineficientes. Assenta que os crimes são fatos socialmente indesejáveis, porque as consequências deles advindas são superiores aos benefícios sociais que eles podem aportar. Por isso, o crime pode ser qualificado como ato ineficiente “caracterizada pela transferência puramente coativa de riqueza, realizada à margem do mercado, o que constitui o meio mais eficiente de consignação de recursos.”²⁹¹

Indaga o autor como enfrentar a prática de crimes ou ao menos reduzir sua frequência a fim de que o sistema seja o mais eficiente possível. Introduce, então, o que considera um dos axiomas fundamentais da análise econômica, na definição de Richard Posner:

A economia – diz-se – é a ciência da eleição racional de um mundo em que os recursos são limitados em relação às necessidades e desejos humanos. A conduta humana segue o critério da eleição racional, que é a busca dos próprios interesses na maior medida possível. Para empreender essa busca, os sujeitos são motivados por estímulos.²⁹²

Partindo dessa premissa, a análise econômica do direito penal sustenta que os delinquentes são sujeitos racionais e que, mesmo no curso da atuação delitiva, seguem

uma melhora paretiana, portanto não há *necessidade* do teste de compensação como suplemento do princípio de Pareto. Assim, os critérios de compensação ou *não são convincentes* ou *são supérfluos*. O princípio de Pareto não pode ser ampliado para abranger juízos sobre distribuição sem que realmente se façam juízos distributivos comparativos interpessoais (sobre este aspecto, ver LITTLE, 1957, PHELPS, 1973, MEADE, 1976, NG, 1979).” (SEN, Amartya. **Sobre ética e economia**. São Paulo: Companhia das Letras, 1999, p. 49, nota de rodapé 4, grifos do autor.)

²⁹⁰ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **Eficiência e Direito Penal**. Barueri: Manole, 2004, p. 8. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **Eficiencia y Derecho Penal. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, tomo 49, fascículo 1, Madri, Ministerio de Justicia, jan./abr. 1996, p. 97: “entendida como conjunto de principios fundadores del *ius puniendi*”; “como conjunto de estructuras y principios de imputación del hecho delictivo”

²⁹¹ Id., 2004, p. 9-10. Id., 1996, p. 98: “caracterizado por la transferencia puramente coactiva de riqueza, realizada al margen del mercado, que constituye el medio de la más eficiente asignación de recursos.”

²⁹² Id., 2004, p. 10. Id., 1996, p. 98: “La economía – se dice – es la ciencia de la elección racional en un mundo en el que los recursos son limitados en la relación con las necesidades y deseos humanos. La conducta humana sigue el criterio de la elección racional, tratando de conseguir su propio interés en la mayor medida posible. Tratando de conseguirlo, los sujetos responden a incentivos.”

considerações de eficiência, calculando os custos e benefícios de cada ação. Assim, diante de dois comportamentos possíveis, se um deles se afigura menos vantajoso, diminuiria a probabilidade de o agente optar pela sua prática. De igual sorte, um sujeito cometeria um delito somente se a sanção esperada for inferior aos benefícios esperados pelo ato perpetrado, descrição que responde à teoria do comportamento racional e à imagem de um *homo oeconomicus* ao invés de um *homo sociologicus*. De acordo com esse modelo, não haveria distinção entre o delinquente e o sujeito dito normal. Ao revés, são “fatores situacionais – ou de confluência de motivações favoráveis e contrárias – que dão lugar ou não à realização do fato delitivo.”²⁹³

No entanto, novamente se contrapõem as noções de *homo oeconomicus* e de *homo sociologicus*. Aquele se vincula à racionalidade própria do Estado Liberal. Este, ao contrário, associa-se ao Estado social, à adoção de medidas de segurança, à ideologia terapêutica e à ideia proposta por Gustav Radbruch de que o sujeito não é capaz de ponderar friamente as possibilidades e o escolher o caminho mais benéfico; deve, logo, o Estado providenciar sua correção, para que entenda seu interesse e siga seu interesse corretamente entendido.

Silva Sánchez, porém, passa ao largo dessa discussão sobre as “imagens de homem” no Direito. Indaga, assim, se o criminoso pode ser considerado um *homo oeconomicus* e, se assim for, em que medida. Essa noção é largamente rechaçada pela doutrina notadamente quando se trata de criticar a prevenção geral negativa ou intimidatória.

Salienta que a ideia de *homo oeconomicus* é mais aceitável para a delinquência econômica. Nos demais casos, por outro lado, sofre críticas, por ser demasiado simples (Kunz e Wittig) ou simplesmente por não estar de acordo com os desenvolvimentos e as pesquisas empíricas das ciências sociais, notadamente a psicologia cognitiva (Luderssen, Herzog e Wittig). Esta crítica trazida por Wittig merece destaque, porque revela que, devido ao desconhecimento do sistema de preferências e do estado de informação do sujeito, não é possível conhecer que alternativa de comportamento aparece como mais útil no caso concreto. Nessa perspectiva, em razão das limitações em obter e processar informação, o homem nunca age de modo plenamente racional, mas de acordo com variáveis em função de valores, convicções ou outros fatores. Silva Sánchez destaca que:

A consequência dessa apresentação seria, definitivamente, o redescobrimto da diversidade dos indivíduos, permitindo rechaçar a novidade revolucionária da teoria econômica, a saber, seu mecanicismo

²⁹³ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **Eficiência e Direito Penal**. Barueri: Manole, 2004, p. 13. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. Eficiencia y Derecho Penal. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, tomo 49, fascículo 1, Madri, Ministerio de Justicia, jan./abr. 1996, p. 99: “factores situacionales, o de confluencia de motivaciones favorables y contrarias, los que dan lugar o no a la comisión del hecho delictivo.”

assentado sobre o cálculo da “probabilidade do comportamento criminal”.²⁹⁴

Frisa o autor que não pretende afirmar que o comportamento delitivo se determina apenas por cálculos de custo-benefício e admite a existência de outros fatores para a prática de crimes. Além disso, sustenta que mesmo os autores contrários à tese do delinquente racional não deixam de admitir a influência sobre o indivíduo de eventuais aumentos ou diminuições do grau de probabilidade de ser pego e punido. Portanto, há um reconhecimento tácito que o criminoso não é de todo alheio a um cálculo racional de custos. Ainda, evidencia-se o fato que a criminalidade não somente é afetada por variáveis na dissuasão, que introduzam maiores custos sobre a ação delituosa, mas também por variantes nas alternativas legais, que pareçam mais satisfatórias, como a redução do desemprego. Por fim, salienta que os partidários da análise econômica do direito estão lastreados em arsenal empírico que não foi sobejamente desmentido pelos críticos.

Outras possíveis objeções, segundo o autor, podem ser consideradas. Se o modelo parte de um cálculo realizado por cada sujeito, pode-se cogitar na hipótese de que os conceitos de custos e benefícios podem ser distintos para cada indivíduo. Ademais, a quantificação dos chamados “custos morais” pode levar à dissolução do próprio modelo, porque se afigura por demais discutível atribuir-lhes um preço. Haveria ainda outros questões a serem ponderadas, porquanto, em determinadas situações, para se aferir a eficiência, não se considera elementos relevantes para o direito penal, bem como outras objeções para levar à relação jurídico-penal as condições do mercado ideal.

De qualquer forma, Silva Sánchez considera que rechaçar a racionalidade do delinquente teria efeitos radicais e inassumíveis. Assim, se o delinquente não é, em nenhuma medida, racional, a prevenção por normas carece de sentido, restando apenas a prevenção “técnica” e a prevenção especial por tratamento ou inocuização, porque não seria razoável cominar com penas inúteis a quem não as inclui no cálculo da tomada de decisões.

Por outro lado, inclina-se a adotar, além de uma racionalidade instrumental ou utilitária, uma racionalidade valorativa, de maneira a que a norma penal tenha efeito dissuasório não somente em razão do fator intimidatório da ameaça de pena, mas também no aspecto de comunicação do valor, relativo à declaração de gravidade do fato. Assim considerando, o cálculo do criminoso abarcaria não apenas aspectos econômicos como aspectos valorativos que poderiam desempenhar algum papel. Sustenta o autor que essa ideia é mais coerente com uma imagem de homem como pessoa e com uma orientação

²⁹⁴ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **Eficiência e Direito Penal**. Barueri: Manole, 2004, p. 18. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. Eficiencia y Derecho Penal. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, tomo 49, fascículo 1, Madri, Ministerio de Justicia, jan./abr. 1996, p. 103: “La consecuencia de esta planteamiento sería, en definitiva, el redescubrimiento de la diversidad de los individuos, permitiendo rechazar la novedad revolucionaria de la teoría económica, a saber, su mecanicismo asentado sobre <<la calculabilidad del comportamiento criminal>>.”

personalista do direito penal; a par de se assentar sobre a recíproca atribuição de liberdade, o modelo de sociedade igualmente se assentaria sobre a recíproca atribuição de racionalidade utilitarista. Isso não seria incompatível com a atribuição de racionalidade valorativa, tampouco com a noção de haver no agente – e no conjunto de sujeitos organizados em comunidade legiferante – elementos de rotina, imitação ou emocionalidade, irracionalidade.

Nesse ponto, conclui Silva Sánchez “que a acolhida, no repúdio ou, ao menos, o atuar *como se* os homens fôssemos utilitariamente racionais – ainda que não apenas isso – é uma condição prévia para a busca de um Direito Penal liberal.”²⁹⁵

A respeito dos incentivos, deve-se salientar o interessante estudo de Steven D. Levitt e Stephen J. Dubner – com a ressalva de abordar a visão criminal norte-americana –, que não trata exclusivamente do tema, mas que apresenta curioso aporte econômico para o estudo das causas da criminalidade. Explanam os autores, tratando do sistema de punições e recompensas, que:

Os incentivos existem em três tipos de sabores básicos: econômico, social e moral. É muito comum que um único esquema de incentivos inclua as três variedades. [...]

Alguns dos mais convincentes incentivos foram postos em prática para coibir a criminalidade. Considerando esse fato, seria válido pegar uma pergunta batida – por que há tantos crimes na sociedade moderna? – e virá-la ao contrário: por que não existem muitos mais crimes?

Afinal, cada um de nós descarta regularmente várias oportunidades de lesar, roubar e fraudar. A possibilidade de acabar preso – e com isso perder o emprego, a casa e a liberdade, punições essas de caráter econômico – decerto é um incentivo de peso. Mas quando se trata de criminalidade, as pessoas também reagem a incentivos morais (não querem cometer um ato que consideram errado) e a incentivos sociais (não querem ser vistas pelos outros como alguém que age errado).²⁹⁶

A seguir, Silva Sánchez analisa o uso da pena como reação aos atos ineficientes e a sua relação com a prevenção geral. Identifica que a eficiência depende de neutralizar esses atos ineficientes. Essa neutralização pode se dar por meio da prevenção fática, pelo impedimento direto da prática de crimes, o que se mostra muito custoso, inclusive considerando o custo da perda de liberdade. Da mesma forma isso ocorre também com a inocuização dos delinquentes ou daqueles suscetíveis de delinquir. Por tais razões, o modelo adotado de modo central é o de prevenção geral por normas, na qual a busca de

²⁹⁵ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **Eficiência e Direito Penal**. Barueri: Manole, 2004, p. 24. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. Eficiencia y Derecho Penal. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, tomo 49, fascículo 1, Madri, Ministerio de Justicia, jan./abr. 1996, p. 106: “que la acogida, el no rechazo o, al menos, el actuar *como si* los hombres fuéramos utilitariamente racionales – aunque no sólo eso – aparece como una asunción previa, que constituye la condición de posibilidad de un Derecho penal liberal.”

²⁹⁶ LEVITT, Steven D.; DUBNER, Stephen J. **Freakonomics**: o lado oculto e inesperado de tudo que nos afeta: as revelações de um economista original e politicamente incorreto. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 23.

eficiência se revela melhor, porque a neutralização ou redução dos atos ineficientes se dá por uma via menos custosa que as anteriores. Destaca o autor: “Entre outras coisas, porque trata-se de ter de impor – de impor definitivamente – as menores penas possíveis, e que baste como ameaça, cuja seriedade se vê incidentalmente confirmada.”²⁹⁷ Para tanto, a partir da constatação de que os seus destinatários são sujeitos que buscam uma eficiência pessoal, ou seja, que seguem cálculos de custo-benefício, introduz-se com as normas custos adicionais que eventualmente venham a dissuadir as pessoas de decidir pela prática de crimes.

No entanto, isso necessariamente remete à ideia de auto-interesse de Adam Smith. Amartya Sen analisa a questão, de modo a questionar a interpretação costumeiramente adotada e salienta:

É importante distinguir entre dois aspectos no problema do comportamento auto-interessado. Existe, primeiro, a questão de se as pessoas de fato se *comportam* de um modo exclusivamente auto-interessado. Há uma segunda questão: se as pessoas se comportassem de um modo unicamente auto-interessado, alcançariam certos êxitos específicos, como, por exemplo, eficiência de algum tipo?²⁹⁸

Segue Silva Sánchez a sustentar que essa noção – destinatários das normas penais como sujeitos que realizam *cálculos de eficiência* – “conduz a um Direito preventivo – ou, mais concretamente, preventivo-geral – e, enfim, embasado de modo central na dissuasão: prevenção geral negativa ou intimidatória (*deterrence*).”²⁹⁹

Assim, deveria o sistema jurídico-penal assumir o comportamento de mercado e concretizar o aforismo de que o crime não compensa, de modo a carregar com custos adicionais a prática de crime, a fim de que os seus custos superem os benefícios que o agente espera obter. Porém, o autor reitera que o objetivo pode ser alcançado não apenas pelo aumento dos custos mas também pelo incremento dos benefícios à prática do ato pretendido.

Lembra Silva Sánchez que esta tese foi formulada por Feuerbach e sua teoria da coação psicológica, porquanto a ideia central é que o crime configura um benefício para o delinquente. Assim, deve-se carregar a conduta com custos adicionais, de modo a que superem os benefícios esperados e o criminoso em potencial o saiba. Se ele é racional, fará

²⁹⁷ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **Eficiência e Direito Penal**. Barueri: Manole, 2004, p. 26. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *Eficiencia y Derecho Penal*. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, tomo 49, fascículo 1, Madri, Ministerio de Justicia, jan./abr. 1996, p. 106, nota de rodapé 63: “Entre otras cosas, porque se trata de tener que imponer – de imponer, en definitiva – las menos penas posibles, y que baste con la amenaza, cuya seriedad se vea incidentalmente confirmada.”

²⁹⁸ SEN, Amartya. **Sobre ética e economia**. São Paulo: Companhia das Letras, 1999, p. 36-37, grifo do autor.

²⁹⁹ SILVA SÁNCHEZ, 2004, p. 26. SILVA SÁNCHEZ, 1996, p. 107: “conduce a un Derecho preventivo, más concretamente, preventivo-general, y, en fin, basado de modo central en la disuasión: prevención general negativa intimidatoria (*deterrence*).”

como qualquer operador no mercado, abstendo-se de cometer o delito como se absteria de comprar o produto.

No entanto, destaca que a prevenção por normas não exige necessariamente o uso de normas penais, sendo, ao revés, recomendado o uso prioritário de outros ramos do Direito, que não possuem os custos inerentes ao Direito Penal. Salaria: “Assim, se com os mecanismos menos dispendiosos de outros setores do Direito conseguíssemos introduzir elementos de custo suficientes para inclinar o cálculo do destinatário das normas do lado do Direito, o Direito Penal não teria razão de existir.”³⁰⁰ Assim, a prioridade seria a neutralização dos atos por mecanismos indenizatórios e de responsabilidade civil, levando em consideração o valor do proveito econômico e a probabilidade de imposição efetiva da indenização (probabilidade de descobrimento do fato). Tendo em vista uma equação que pondera indenização, dano e probabilidade, o autor defende que, havendo casos em que as indenizações ultrapassem a possibilidade de o indivíduo pagá-las, serão devidas as sanções penais, incluída a pena de multa.

Para Silva Sánchez, a aplicação de multa em detrimento de sanções civis se justifica quando o mecanismo jurídico-civil não lograr alcançar o efeito perseguido e exemplifica as situações em que os sujeitos não tenham capacidade econômica suficiente. Sustenta que, nesses casos, a multa teria valor dissuasório superior ao das indenizações, bem como teria valor inferior ao destas, por pelo menos duas razões: “o aumento da probabilidade de apreensão garantido pelos instrumentos do Direito Penal diante daqueles outros próprios do Direito Civil; e o estigma próprio de toda sanção penal, o que constitui um inutilidade adicional.”³⁰¹

Ressalve-se que Hassemer, ao abordar a pena de multa como alternativa da pena privativa de liberdade, impõe como limite insuperável à sua ampliação “o limite entre a pobreza e a riqueza.”³⁰² No lado da riqueza, a multa perderia sua capacidade de resolver o problema, a não ser quando imposta de maneira elevada. No lado da pobreza, aquele que não consegue obter o dinheiro se vê impossibilitado de recolher a multa.³⁰³ Assim, restaria

³⁰⁰ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **Eficiência e Direito Penal**. Barueri: Manole, 2004, p. 28-29. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. Eficiencia y Derecho Penal. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, tomo 49, fascículo 1, Madrid, Ministerio de Justicia, jan./abr. 1996, p. 108: “Así, si con los mecanismos, menos costos, de otros sectores del Derecho se consiguiera introducir elementos de coste suficientes para inclinar el cálculo del destinatario de las normas del lado del Derecho, el Derecho penal no sería necesario.”

³⁰¹ Id., 2004, p. 30. Id., 1996, p. 109: “el incremento de la probabilidad de aprehensión que garantizan los instrumentos del Derecho penal frente a los propios del Derecho civil; y el estigma propio de toda sanción penal y que constituye una disutilidad adicional.”

³⁰² HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do direito penal** (*Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005, p. 390.

³⁰³ O autor destaca no direito alemão a possibilidade de pena privativa de liberdade substitutiva (§43 do StGB) como arma de compensação (Ibid., p. 390-391). No Brasil, impende salientar que havia a possibilidade de conversão da pena de multa em detenção, se o condenado, solvente, não a adimplisse. No entanto, adveio a Lei nº 9.268/96, que conferiu nova redação ao art. 51, do Código

esvaziado o argumento de Silva Sánchez pela indicação da pena de multa àqueles que não podem arcar com os custos de indenizações. Ademais, é necessário ponderar que o emprego da multa apenas para os pobres agrava ainda mais a aplicação seletiva do direito penal.

Adiante, Silva Sánchez destaca os requisitos necessários para a legitimação da intervenção penal. Primeiro, o Direito Penal deve ser eficaz para enfrentar os atos ineficientes, devendo, para tanto, introduzir em suas cominações custos adicionais bastantes a afastarem as vantagens do delito, o que depende da gravidade da pena e da probabilidade de sua imposição. Segundo, o Direito Penal deve ser eficiente em geral e em cada caso, ou seja, em geral, seus custos devem ser inferiores aos que resultariam de deixar impunes os fatos delituosos e, em particular, os custos da persecução de um determinado fato e imposição da sanção correspondente devem ser inferiores aos de tolerar sua prática.

Salienta o autor:

Precisamente por este motivo não cabe perseguir penalmente fatos que não se mostrem ineficientes (pois em tal caso a ineficiência do Direito Penal, por mais eficaz que este fosse, seria algo gritante) e deve ser objeto de permanente discussão a persecução penal e suas modalidades, em casos de limitada ineficiência do fato perseguido.³⁰⁴

Assim, o remédio não pode ser pior que a doença, razão pela qual mesmo no uso do Direito Penal se deve privilegiar os mecanismos mais eficientes, ou seja, os que tenham menos custos sociais.

Estas questões traduziriam os princípios da necessidade, da subsidiariedade e da proporcionalidade em viés utilitarista. De acordo com Koller, a partir de uma perspectiva preventivo-geral, a cominação e a imposição de penas se justificariam atendidas quatro condições: a) que as penas dissuadam outras pessoas de infringir o Direito, ou seja, que sejam eficazes; b) que por esta via evitem mais sofrimento que o por elas causado, isto é, que sejam eficazes e, em última instância, eficientes; c) que não exista outra forma de pena que, com a mesma eficácia preventiva, produzisse um dano menor; d) que a pena não seja substituível por outro meio que tivesse o mesmo efeito preventivo e causasse menos sofrimento, ou seja, que observem os princípios de necessidade e subsidiariedade, externa e

Penal e revogou os parágrafos que previam a referida conversão. Assim, consoante tal dispositivo, sem que se desfigure a pecha de pena, a multa passa a ser dívida de valor, sujeita às regras inerentes à dívida ativa da Fazenda Pública.

³⁰⁴ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **Eficiência e Direito Penal**. Barueri: Manole, 2004, p. 31. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **Eficiencia y Derecho Penal**. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, tomo 49, fascículo 1, Madri, Ministerio de Justicia, jan./abr. 1996, p. 110: "Precisamente por este motivo no cabe perseguir penalmente hechos que no se muestran ineficientes (pues en tal caso la ineficiencia del Derecho penal, por muy eficaz que éste fuera, sería clamorosa) y debe ser objeto de permanente discusión la persecución penal y su concreta modalidad en casos de limitada ineficiencia del acto perseguido."

interna.

A doutrina não discute sobre tais considerações, mas a respeito da insuficiência desses pressupostos para legitimar a intervenção do direito penal. No entanto, discute-se a respeito da eficácia preventiva do Direito Penal, que é, segundo o autor, *conditio sine qua non* de sua eficiência. Se a intervenção jurídico-penal, cujos custos sociais são conhecidos, mostra-se ineficaz para, pelo menos, reduzir o custo social em tal medida que compense seu emprego, então não se pode fundamentar sua existência. A partir dessa premissa surgem correntes abolicionistas, ou próximas, ou aquelas que propugnam uma resposta meramente terapêutica posterior, negando a eficácia preventivo-intimidatória do Direito Penal sob o fundamento de que as pessoas não delinquem por outras razões e não pelo peso da motivação jurídico-penal. Em sentido contrário, correntes reconhecem a eficácia da prevenção, mas por razões distintas: não somente pela ameaça de sanção, mas também pela comunicação do valor, unidos à integração da norma penal em um contexto geral de socialização, por exemplo. Silva Sánchez é inclinado a considerar esta última possibilidade, mormente tendo em mente a relevância da racionalidade valorativa, porque nem sempre nas decisões humanas há considerações de pura utilidade, mas de uma utilidade psicológica ou moral distante do *wealth maximization principle* ou da recondução a um preço. Assevera o autor:

Como assinala Kuhlen, é certo que muitas pessoas cumprem as normas não só em virtude de um cálculo racional, instrumental. Todavia, também é certo que a disposição para o cumprimento das normas não opera quando a infração destas normas se faz especialmente atrativa; e que essa disposição diminui quando se percebe que aquele que as infringe não é sancionado.³⁰⁵

Segue o autor a sustentar que o Direito Penal deve impor ao delinquente custos adicionais de modo que o custo esperado do delito seja superior aos benefícios que dele espera obter. De outra banda, estes custos devem ser inferiores ao custo da tolerância do delito, do que surgem várias dificuldades, tais como a existência de um máximo absoluto de pena ou de crimes em que a utilidade individual presumivelmente obtível possa ser elevada. Com fundamento em Seidman, Silva Sánchez remete às hipóteses de “infra-intimidação” (*undeterrence*) e “supra-intimidação” (*overdeterrence*). De acordo com a primeira, quanto mais grave seja o delito, o custo deve ser proporcionalmente superior. Conforme a segunda, o bem-estar social aparece definido pelos benefícios sociais associados à prática de atos, menos o dano esperado causado por tais atos, o custo social

³⁰⁵ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **Eficiência e Direito Penal**. Barueri: Manole, 2004, p. 35. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. Eficiencia y Derecho Penal. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, tomo 49, fascículo 1, Madri, Ministerio de Justicia, jan./abr. 1996, p. 112: “Como señala Kuhlen, es cierto que hay muchas personas que cumplen las normas no sólo en virtud de un cálculo racional – instrumental –. Sin embargo, también lo es que la disposición disminuye cuando se advierte que el que las infringe no resulta sancionado.”

de imposição das sanções e os gastos de persecução e condenação. De plano, observa-se que tais questões se assemelham em muito aos princípios alemães de proibição de excesso (*Übermassverbot*) e de insuficiência (*Untermassverbot*), oportunamente apreciados.

Destaca o autor:

A este respeito, deve-se assinalar que exatamente isso, o elevado custo do Direito Penal para rebaixar os níveis de delinquência, embora tais níveis sejam um tanto altos, não deve induzir à crença de que o sistema de justiça criminal é ineficiente.³⁰⁶

Indaga se é possível a compatibilização desses fatores aparentemente contrapostos, pois aparentemente o custo da tolerância do delito é sempre superior ao benefício concreto individual do criminoso. Acrescenta:

A partir dessas premissas, é claro que pode haver diversas hipóteses de ineficiência do Direito Penal, como quando ocorre a sanção:

- a) de fatos não ineficientes;
- b) de fatos ineficientes com penas superiores ao custo da tolerância;
- c) de fatos ineficientes com penas inferiores ao custo de sua tolerância, mas ineficientes por serem também inferiores às vantagens esperadas pelo delinqüente com a prática do delito;
- d) de fatos ineficientes com penas inferiores ao custo de sua tolerância, mas não com as menores possíveis (noção de subsidiariedade). Precisamente, o objetivo de maximização de prevenção e garantias, uma vez que, de minha parte, assinalai que o Direito Penal apela para essa idéia de “controle da criminalidade com o menor custo possível”.³⁰⁷

Salienta, porém, que os custos para o delinquente não advêm diretamente da gravidade da pena. Caso contrário, o grau de controle do delito derivaria apenas do aumento ou diminuição dessa gravidade. Aliado a ela se encontra o fator de probabilidade de que a pena se faça efetiva, o que depende da configuração do sistema policial, processual e inclusive social, onde se encontra boa parte dos custos de combate ao crime. Sustenta que se há algo que influi como motivo para o delinquente potencial é a elevada probabilidade de ser descoberto e punido, mais que a sanção em si. Por outro lado,

³⁰⁶ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **Eficiência e Direito Penal**. Barueri: Manole, 2004, p. 38. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. Eficiencia y Derecho Penal. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, tomo 49, fascículo 1, Madri, Ministerio de Justicia, jan./abr. 1996, p. 112-113: “A este respecto hay que señalar que es precisamente el hecho de lo elevado de los costes del Derecho penal para rebajar los niveles de delincuencia lo que explica que, aunque tales niveles sean, en alguna medida, altos, ello no deba conducir a pensar que el sistema de justicia criminal es ineficiente.”

³⁰⁷ Id., 2004, p. 39. Id., 1996, p. 113: “A partir de estas premisas, es claro que puede haber diversos supuestos de Derecho penal ineficiente. Así: a) La sanción de hechos no ineficientes. b) La sanción de hechos ineficientes con penas superiores al coste de la tolerancia. c) La sanción de hechos ineficientes con penas inferiores al coste de su tolerancia, pero ineficaces por ser asimismo inferiores a los beneficios esperables por el delincuente de ese delito. d) La sanción de hechos ineficientes con penas inferiores al coste de su tolerancia, pero no con las menores posibles (noción de subsidiariedad). Precisamente, el objetivo de maximización de prevención y garantías que, por mi parte, he asignado al Derecho penal apela a esa idea de <<control de la criminalidad con el menor coste posible>>.”

enquanto os incrementos no grau de probabilidade são muito custosos, os incrementos de gravidade aumentam a medida de sofrimento adicional para o delincente e os custos adicionais ligados à maior duração das penas privativas de liberdade.

Aponta como resultados paradoxalmente unidos e paradoxalmente derivados de uma análise de eficiência do Direito Penal, o terror penal e a legislação simbólica. Exemplifica que as cruéis execuções públicas da pena de morte e as penas corporais durante o antigo regime pretendiam compensar a escassez de casos em que o delincente era apreendido. A partir da evolução dos Estados no século XIX teria aumentado a probabilidade da apreensão e, conseqüentemente, reduzido a gravidade da sanção. Da mesma forma, os cidadãos passaram a titular bens e direitos diversos do seu próprio corpo e liberdade, o que permitiu a adoção de sanções mais suaves, sem que se tenha alterado o custo do delito.

Destaca que, a partir da lógica de eficiência, deve-se privilegiar o emprego de instituições menos custosas e, portanto, a adoção de sanções pecuniárias em detrimento das não pecuniárias, pelo que a pena de multa ocupa o lugar central em um sistema de sanções derivado de uma aproximação econômica ao Direito Penal. Frisa que a eficácia da multa depende de que esta seja fixada sobre o cálculo de eficiência subjetiva dos destinatários da norma, de forma a garantir que seu montante seja superior aos benefícios esperados pelo crime. Sublinha, porém, Silva Sánchez que, em muitos casos, em razão da reduzida probabilidade de descobrimento e punição do fato, as multas alcançarão somas elevadas, razão pela qual se deve igualmente adotar penas privativas de liberdade, porquanto a solvência dos afetados não alcançará tais montantes. Repitam-se aqui as críticas anteriores quanto à disparidade da aplicação do Direito Penal sobre ricos e pobres, porquanto os ricos invariavelmente terão a capacidade econômica de adimplir as multas ou penas pecuniárias a eles impostos e, portanto, não se verá utilidade para o emprego de outras penas, notadamente a privação de sua liberdade.

Na mesma linha, o autor destaca a possibilidade de reparação do dano como sanção. Não se olvide que o Código Penal Brasileiro, em seu art. 91, I, arrola dentre os efeitos da condenação, de forma extrapenal e genérica, “tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime”. Silva Sánchez destaca a sua importância, em razão do aumento da probabilidade de descobrimento e sanção, bem como por força do estigma inerente ao sistema penal, mormente para os casos em que a despenalização parecesse uma renúncia excessiva ao controle e as sanções penais convencionais demasiadamente graves em relação ao conteúdo lesivo dos fatos.

Repete o autor que as penas privativas de liberdade, por força de seus custos econômicos e sociais, determinam sua redução ao estritamente imprescindível. Insiste em afirmar, com esboço em Posner, que a privação da liberdade “é ineficiente sobretudo no caso de delinqüentes econômicos que poderiam pagar as multas correspondentes por mais

elevadas que estas fossem.”³⁰⁸

Nesse contexto, destaca que a pena curta privativa de liberdade é uma das formas ineficientes de sanção e advoga um princípio de cumprimento efetivo das penas impostas, sem olvidar a existência de benefícios penitenciários orientados à ressocialização, preferencialmente tomando como ponto de partida a colaboração com a Justiça ou a compensação das vítimas e da sociedade.

No que tange às penas alternativas, o autor destaca que sua adoção, a partir de uma perspectiva econômica, deveria se dar sobretudo pela possibilidade de redução de custos (custos do sofrimento humano, da possibilidade de dessocialização e o custo estritamente econômico da manutenção em prisão), bem como que delas podem advir benefícios de natureza econômica (v.g. prestação de serviços à comunidade), mantendo-se em vista a ideia de não reduzir a dissuasão. A respeito, pode-se acrescentar, no Brasil, o custo advindo do benefício previdenciário de auxílio-reclusão, previsto pelo art. 201, IV, da Constituição Federal, “para os dependentes dos segurados de baixa renda” e concretizado pelo art. 80, da Lei nº 8.213/91, “nas mesmas condições da pensão por morte”, conforme regulamentação dos arts. 116 a 118, do Decreto nº 3.048/99, de acordo com valores fixados em Portaria Interministerial, atualmente sendo considerado de baixa renda o segurado remunerado com no máximo R\$ 915,05 (novecentos e quinze reais e cinco centavos), nos termos do art. 5º, da Portaria Interministerial MPS/MF nº 2/2012.

Em seguida, o autor analisa que papéis desempenham na eficiência os argumentos de prevenção especial. Saliencia que a ressocialização não ocupa lugar no gênero de análise econômica de direito, porquanto aquela partiria da ideia de que o autor mostraria uma conduta desviada ou algum tipo de patologia e, assim, não teria sentido se considerado o pressuposto de que o sujeito delinquente não possui diferenças com o não delinquente e somente pratica o crime porque o complexo de motivos determina que essa solução lhe seja a mais vantajosa. Ao revés, a inocuidade seria benefício adicional da imposição da pena, dado que o delinquente não poderia cometer delitos fora da prisão durante o tempo de seu cumprimento. A lógica e a prática, no entanto, não corroboram as palavras de Silva Sánchez, tendo em vista ser notório que a imposição de penas privativas de liberdade não determina necessariamente a cessação da atividade delitiva extramuros, sobremaneira em se tratando de organizações criminosas, porque dispensam a execução direta dos crimes e ainda resulta possível pelo condenado o domínio do fato a ser praticado por terceiros. Saliencia-se que a adoção de um regime disciplinar diferenciado ou o total isolamento do

³⁰⁸ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **Eficiência e Direito Penal**. Barueri: Manole, 2004, p. 45-46. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *Eficiencia y Derecho Penal*. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, tomo 49, fascículo 1, Madri, Ministerio de Justicia, jan./abr. 1996, p. 117: “resulta ineficiente en el caso de delincuentes económicos que podrían pagar las multas correspondientes por elevadas que éstas fueran.”

preso, a par de qualquer discussão acerca de se tratar ou não de pena cruel ou degradante – vedada, portanto, pelo art. 5º, XLVII, e e XLIX, da Constituição Federal –, não impedem totalmente a comunicação do apenado, seja por meio de “advogado”³⁰⁹ que integre a organização ou mediante a cooptação de agentes prisionais.

Destaca, porém, Silva Sánchez, o intento de construção da Política Criminal a partir de perspectivas utilitaristas de eficiência, de maneira bem distinta do que examina. Notadamente Von Liszt, a partir da imagem de *homo sociologicus*, pretende incidir sobre ele penas e medidas de segurança ressocializadoras, inocuidadoras ou intimidatórias, em função do tipo de delinquente, da sua personalidade e suas circunstâncias sociais. Em vistas à redução do custo social global, preconizou-se inclusive a substituição das penas por medidas de segurança. Neste ponto, Silva Sánchez destaca a seguinte frase de Von Liszt, que denotaria esse marco geral utilitarista, a qual o tradutor, porém, não se desincumbiu do ônus de traduzir, omitindo o trecho de ênfase (“muy claro en la siguiente frase del propio Von Liszt”) e fazendo mera remissão ao original (“Cf. também Von Liszt, *op. cit.*, p. 161”):

A pena é um meio para um fim. A noção de propósito, porém, requer adaptação do agente ao objetivo e o máximo de economia em seu uso. Este requisito tem valor particular em relação à pena, porque é uma faca de dois gumes: tutela jurídica de bens pela lesão jurídica aos bens.³¹⁰

Segue Silva Sánchez a destacar o fenômeno de expansão do direito penal, o que se dá por dois fatores relacionados à noção de eficiência. De um lado, o Direito Penal é muito mais barato que a implantação de mecanismos jurídicos-administrativos alternativos. De outra banda, seus efeitos sociais sobre a opinião pública podem ser superiores aos tais mecanismos alternativos, pelo que pareceria um instrumento apto a alcançar a confiança da população no funcionamento do ordenamento jurídico (prevenção geral de integração). No entanto, essa eficiência seria apenas aparente, a incidir unicamente no âmbito psicológico-social dos sentimentos de insegurança. Converte-se em um mecanismo puramente simbólico e abandona o terreno do instrumental. Frisa o autor, com base em ponderações dos déficits de execução de Hassemer:

Assim, se é certo que um Direito eficiente seguramente será sempre funcional, não está tão claro que um Direito funcional precise ser realmente, e não apenas de forma aparente, eficiente. Está claro que, se um Direito Penal de prevenção geral positiva converte-se em Direito meramente

³⁰⁹ O uso de aspas serve para destacar que o advogado que integra a organização criminosa não é propriamente advogado, apesar de inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil.

³¹⁰ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **Eficiência e Direito Penal**. Barueri: Manole, 2004, p. 51, nota de rodapé 6. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. Eficiencia y Derecho Penal. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, tomo 49, fascículo 1, Madri, Ministerio de Justicia, jan./abr. 1996, p. 119, tradução nossa: “Die Strafe ist uns Mittel zum Zweck. Der Zweckgedanke aber verlangt Anpassung des Mittels an den Zweck und möglichste Sparsamkeit in seiner Verwendung. Diese Förderung gilt ganz besonders der Strafe gegenüber; denn sie ist ein zweischneidiges Schwert: Rechtsgüterschutz durch Rechtsgüterverletzung.”

simbólico, de pura aparência de eficiência, então a médio ou longo prazo tampouco terá cumprido sua função preventiva. Desse modo, evidentemente, constituirá um dos mais claros exemplos de Direito ineficiente, pois, com custos supostamente (apenas supostamente) mais baixos, na verdade não terá conseguido vantagem real alguma.³¹¹

Adiante, Silva Sánchez aborda a integração entre a eficiência e as garantias do Direito Penal. Inicialmente, destaca ser necessário determinar se, e em que medida, a eficiência pode integrar tais garantias. Além disso, se não puder integrá-las, seria necessário verificar a possibilidade de limitar a eficiência por outros princípios externos, ou seja, estabelecer a difícil relação prática de hierarquia entre a eficiência e as garantias. Assentado que uma característica da análise econômica do Direito é postular um predomínio da eficiência frente a outros fins jurídico-políticos e que, sem embargo, tal corrente a atribui um valor tão importante à tomada de decisões sociais, ressalta que se reconhece também que tem limitações como critério ético e que há decisões em relação à ilicitude de determinados atos que não cabe explicar pela eficiência. Dessarte, considera errônea a postura que parte de rechaçar a possível relevância político-criminal das análises de custo-benefício. Ademais, sustenta que:

a fundamentação da legítima existência genérica de um Direito Penal, assim como a fundamentação e a crítica do *Direito Penal especificamente existente*, pode dar-se a partir de um ponto de vista especificamente econômico. Mais ainda, a legitimação econômica alcançável por meio da eficiência é o componente necessário de toda tentativa de justificação do Direito Penal.³¹²

A partir de seu posicionamento pessoal, Silva Sánchez sustenta que o Direito Penal tem, por um lado, a finalidade de prevenir delitos e reações informais da sociedade, sempre com a ideia de que os instrumentos jurídico-penais de controle gerarão um custo inferior a tais delitos e reações informais. Mas, por outro lado, também tem a função de reduzir a própria violência estatal e, logo, visa reduzir os custos empregados com a neutralização do custo do delito. Assim, o princípio que sustenta de maximização de prevenção e garantias

³¹¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **Eficiência e Direito Penal**. Barueri: Manole, 2004, p. 54. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *Eficiencia y Derecho Penal*. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, tomo 49, fascículo 1, Madri, Ministerio de Justicia, jan./abr. 1996, p. 119-120: “Así, pues, si bien es cierto que un Derecho eficiente seguramente será siempre funcional, no está tan claro que un Derecho funcional precise ser realmente, sino sólo aparentemente, eficiente. Claro está que si un Derecho penal de prevención general positiva degenera en Derecho meramente simbólico, de pura apariencia de eficiencia, a medio o largo plaz tampoco habrá cumplido su función de prevención de integración. De ser así, evidentemente constituirá uno de los más claros ejemplos de Derecho ineficiente, pues, con costes supuestamente (sólo supuestamente) bajos, en realidad no habrá conseguido beneficio real alguno.”

³¹² Id., 2004, p. 56, grifo do autor. Id., 1996, p. 120-121: “la fundamentación de la legitimación de la existencia genérica de un Derecho penal, así como la fundamentación y, en su caso, crítica del Derecho penal especificamente existe, puede acometerse desde un punto de vista especificamente económico. Más aún, la legitimación económica alcanzable por la vía de la eficiencia es componente necesaria de todo intento de justificación del Derecho penal.”

reflete uma clara argumentação de custo-benefício e a aspiração de obter um Direito Penal com o menor custo possível: eficiente em grau máximo.

No entanto, verifica dificuldades em implementar o raciocínio de eficiência como princípio necessário e suficiente de legitimação do Direito Penal, porque este tem a ver com interesses não patrimoniais e insuscetíveis de lhes atribuir preço. O tema central é se o cálculo de eficiência é suficientemente amplo para abarcar todos os princípios de garantia e de imputação do Direito Penal e se isso não implicaria em uma “desnaturalização” do princípio de eficiência.

Nessa esteira, a crítica mais comum à análise econômica do Direito é sua incapacidade de integrar valores. Conforme salientado, as teses utilitaristas sobre a prevenção que se desenvolveram no século XVII foram uma reação contra as penas desumanas e cruéis do antigo regime. Então, a humanização do Direito Penal se baseou em considerações de eficiência, pois se o custo ou o preço era o instrumento da intimidação, esta não precisava ser cruel, infamante ou inocuidadora. Da mesma forma, os critérios de proporcionalidade foram desenvolvidos como produto de considerações utilitaristas, pelo que, acrescenta o autor, a relação proporcional entre gravidade do fato e da pena resulta como consequência de uma análise de custo-benefício. Assim, “um elemento de controle permanente do sistema a adotar perspectivas de eficiência é o preceito de que os custos sociais globais da repressão aos delitos não podem ser superiores a sua tolerância, sob pena de incorrer em crassa ineficiência.”³¹³ O princípio da fragmentariedade e outros próximos tem fundamentação econômica, assim como regras de proporcionalidade interna do sistema de sanções derivam da mesma aproximação utilitarista, como imposição da “dissuasão marginal” (*marginal deterrence*).

Resulta, porém, necessário determinar, de acordo com o autor, o que se entende por custo e por benefício e em que medida o respeito a direitos pode ser considerado benefício e a sua vulneração custo. A princípio, o *wealth maximization principle* não comportaria princípios, direitos ou garantias. No entanto, se considerar-se que todas as atividades humanas constituem “mercados implícitos” e que todo fenômeno humano remete a uma redução de custos de transação ou tem a ver com a existência de grandes custos de informação, a ideia de que tudo admite um preço poderia ser inserida na lógica da análise econômica do Direito. Destaca, todavia, Silva Sánchez:

A dificuldade residiria, então, na determinação dos custos e vantagens que

³¹³ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **Eficiência e Direito Penal**. Barueri: Manole, 2004, p. 60. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. Eficiencia y Derecho Penal. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, tomo 49, fascículo 1, Madri, Ministerio de Justicia, jan./abr. 1996, p. 122: “un elemento de control permanente del sistema desde perspectivas de eficiencia es el de que los costes sociales globales de la represión del delito no pueden ser superiores a los de la tolerancia de ese delito so pena de incurrir en crasa ineficiencia.”

resultam da aceitação ou rejeição de um determinado Direito, de um determinado valor ou princípio de garantia em Direito Penal. E torna-se muito difícil essa determinação do “custo (e do benefício) da liberdade”.³¹⁴

No entanto, seria mais fácil incluir na análise de custo-benefício o princípio da culpabilidade, como responsabilidade pessoal por um fato cometido por ele próprio, assim também a imputação pessoal e a inexigibilidade de conduta diversa, o que se verifica desde o utilitarismo clássico em Bentham. Ao revés, se não se desse tal conexão, o sujeito não teria nenhum motivo para não infringir as normas protegidas pela ameaça penal.

Nessa medida, haveria uma coincidência entre a análise econômica e o respeito à autonomia da pessoa. Ao contrário, na perspectiva do *homo sociologicus* houve uma limitação considerável das garantias individuais, com propostas como a castração punitiva. Assim, o mérito da eficiência seria gerar ou integrar em seu bojo princípios político-criminais de garantia do cidadão.

Corrente contrária a esse posicionamento defende a construção de limites externos. A partir de uma visão estrita do significado da eficiência econômica, partidários dessa corrente, como Eidenmüller, entendem que não cabe justificar metodologicamente que a eficiência é o único fim ou o fim superior da política jurídica. Assim, os direitos fundamentais apareceriam como limite infranqueável das considerações de eficiência. Segundo o autor essa é a tese mais difundida, razão pela qual se aceita a eficiência como elemento integrante da noção de justiça, mas se entende que apenas por meio da eficiência não se pode alcançar o pleno cumprimento de todos os fins do Direito.

Logo, Silva Sánchez reconhece um conflito entre eficiência econômica e direitos individuais e seria, portanto, necessário fixar o limite normativo-valorativo das considerações de eficiência e a partir de que premissas se pode construir tal limite, se é que realmente existe. Nada obstante, inclina-se a aceitar a possibilidade de que um princípio de eficiência pode ser suficiente para legitimar normativamente a intervenção punitiva do Estado, o que pressupõe, no entanto, rechaçar uma interpretação reducionista do juízo de eficiência, para sustentar sua abertura à sociedade, a fim de integrar a ele os princípios de garantia. Resulta conhecer o valor econômico que se atribuiu, no contrato social, a todos e a cada um dos direitos ou princípios de garantia jurídico-penais, ou seja, que benefícios se associam a sua vigência e que custos implica sua privação. A aplicação do cálculo de custo-benefício a atos ou instituições teria como pressuposto o conhecimento desse valor, que define um marco cultural do qual resultará a eficiência de um determinado sistema jurídico-penal. Destaca,

³¹⁴ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **Eficiência e Direito Penal**. Barueri: Manole, 2004, p. 62-63. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. Eficiencia y Derecho Penal. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, tomo 49, fascículo 1, Madrid, Ministerio de Justicia, jan./abr. 1996, p. 124, grifo do autor: “La dificultad residiría entonces en la *determinación de los costes y los beneficios que resultan de la acogida o rechazo de un determinado derecho, de un determinado valor o principio de garantía en Derecho penal*. Y esta determinación del <<coste (y el beneficio) de la libertad>> se hace muy difícil.”

todavia, que essa eficiência, como qualquer outro princípio jurídico-normativo, não é um fim em si mesmo, mas possui a pessoa como horizonte, razão pela qual incidem os limites ontológicos derivados da ideia de pessoa, os quais operam em relação a qualquer construção normativista. Ao final, conclui Silva Sánchez que a questão é estabelecer tais limites, que descrevem o âmbito do indisponível para o consenso e, em concreto, para o jogo das preferências individuais.

Afinal, impende consignar que a menor ou maior eficiência do direito penal não é facilmente quantificável. Por certo, existem indícios para tanto, mediante a constatação, *v.g.*, de mecanismos de seleção, que levam a concluir pela existência da seletividade e da denominada “cifra negra”. A mera existência de fatos deixados à margem do sistema penal, ou seja, a própria “cifra negra” sugere a inoperância do direito penal.

Nesse panorama, Gomes identifica:

É irrefutável a incapacidade operacional do sistema penal, é dizer, o que está programado para ingressar em seu controle é infinitamente superior à sua capacidade operacional (basta lembrar que se todos os autores de furto, roubo, estupro, uso e tráfico de drogas, lesões, falsidades, ameaças, delitos de trânsito, armas ilícitas, corrupção, evasão de divisas, sonegação e defraudação fossem processados, quase que a população inteira se veria afetada).³¹⁵

Grande parte da frustração advém da própria inflação do direito penal.³¹⁶ Trata-se de um círculo vicioso: quanto mais se vale do direito penal, mais assoberbado ele fica e menos ele é capaz de atender os anseios do legislador e, logo, da população que o escolheu, o que leva ao aumento da ineficácia do direito penal e, paradoxalmente, ao seu recrudescimento.

³¹⁵ GOMES, Luiz Flávio. A impunidade da macrodelinquência econômica desde a perspectiva criminológica da teoria da aprendizagem. **Revista dos tribunais**, a. 100., v. 906, abr. 2011, p. 240.

³¹⁶ Alberto Silva Franco, em prefácio, critica as novas tendências político-criminais que ensejaram a inserção no texto constitucional de crimes imprescritíveis e hediondos, da predeterminação da espécie da pena, dentre outros aspectos criticáveis. A respeito, inclusive, assevera: “Sabia-se, de antemão, no entanto, que a Lei de Crimes Hediondos não atenderia aos objetivos de sua formulação, mas o que menos interessava, nessa altura, era utilizar o mecanismo controlador penal como instrumento de tutela de bens jurídicos valiosos. O mais importante era apenas acalmar a coletividade amedrontada, dando-lhe a nítida impressão de que o legislador estava atento à problemática da criminalidade violenta e oferecia, com presteza, meios penais cada vez mais radicais para sua superação. [...] Os ‘déficits de funcionamento’ incentivaram o aumento da repressão (‘more of the same’), com igual insucesso.” (In: ZAFFARONI, Eugénio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 11.)

Da mesma forma, Callegari destaca, com espeque em Baratta, as normas de caráter meramente publicitário, que trazem em seu bojo a supressão de direitos e garantias fundamentais. Acrescenta: “Isso fica claramente demonstrado em nosso país como as legislações próprias de emergência, que visam “acalmar” a população ou “conter” um determinado tipo de criminalidade, porém, trazem sob um manto cinzento a supressão de direitos e garantias fundamentais preconizados na Carta Política. Veja-se, por exemplo, a Lei dos Crimes Hediondos, onde o caráter publicitário ganhou força, porém, não se demonstrou uma efetividade com a edição de referida lei.”(CALLEGARI, André Luís. Legitimidade constitucional do direito penal econômico: uma crítica aos tipos penais abertos. **Revista dos tribunais**, a. 95., v. 851, set. 2006, p. 436-437.)

Com base em conceitos da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann³¹⁷, Baratta vê na reação a essa desilusão uma resposta normativa, na qual o eficientismo penal:

se nega a aprender e, em vez de buscar outra reação mais eficaz, intenta tornar mais eficaz aquela reação penal, aumentando sua intensidade também em detrimento da legalidade constitucional, do bom funcionamento e da legitimação dos órgãos judiciais. À inevitável desilusão segue uma reação punitiva mais grave que a precedente, e a espiral repressiva segue aumentando, como mostra a experiência dos últimos anos em muitos países ocidentais, com os Estados Unidos à frente.³¹⁸

No entanto, diante dessa realidade, ao invés de se buscar meios adequados para reflexão e mudança de atitude, continua-se no “pensamento mágico” que conclui “que a simples institucionalização formal realiza o programa, quando simplesmente o enuncia.”³¹⁹

320

Segundo Callegari, com base em Baratta:

chega-se à conclusão de que o passo seguinte só poderia redundar na expansão do Direito Penal, com a criminalização de estágios prévios ao início do delito, de criação de novos tipos penais, de supressão de garantias processuais, tudo em nome da eficiência do Direito Penal como resposta eficaz ao descontrole da sociedade, que, na realidade, traduz-se no descontrole do Estado.³²¹

Extrai-se do original³²² uma crítica ao “eficientismo” ou “funcionalismo” como forma de perversão que constitui uma nova modalidade de “direito penal da emergência”. De

³¹⁷ A respeito de uma breve introdução ao pensamento de Niklas Luhmann e a uma ideia de sistema autopoietico que remete a noções da Biologia de Maturana e Varela e até ao pensamento marcadamente esotérico de Capra, confira-se trabalho anterior já mencionado. SILVA, Daniel Addor. *Decisões urgentes em matéria criminal: a economia e o crime de gestão temerária*. In: DUARTE, Francisco Carlos. **Tutela de urgência e risco: em defesa dos direitos fundamentais**. Curitiba: Juruá, 2005, bem como todos os demais capítulos da obra. Dentre outros, ainda, podem ser compulsados: DUARTE, Francisco Carlos. **Justiça & decisão: teoria da decisão judicial**. Curitiba: Juruá, 2001. _____. **Reforma do Judiciário: por um novo paradigma**. Curitiba: Juruá, 2002. ZYMLER, Benjamin. **Política & Direito: uma visão autopoietica**. Curitiba: Juruá, 2003.

³¹⁸ BARATTA, Alessandro. Nuevas reflexiones sobre el modelo integrado de las ciencias penales, la política criminal y el pacto social. In: _____. **Criminología y sistema penal**. Buenos Aires: B de f, 2006, p. 180-181, tradução nossa: “se niega a aprender y, en vez de buscar otra reacción más eficaz, intenta hacer más eficaz aquella reacción penal, aumentando su intensidad también en detrimento de la legalidad constitucional, del buen funcionamiento y de la legitimación de los órganos judiciales. A la inevitable desilusión sigue una reacción punitiva más grave a la precedente, y la espiral represiva sigue aumentando, como muestra la experiencia de los últimos años en muchos países occidentales, con los Estados Unidos a la cabeza.”

³¹⁹ ZAFFARONI, Eugénio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 82.

³²⁰ Ao tratar dessa reação – da classe política por meio de leis-manifesto – à acusação pela opinião pública de fraqueza do sistema penal e a evocação de uma espécie de “*direito penal mágico*”, Baratta aponta que sua principal função “parece ser o exorcismo”. (BARATTA, Alessandro. Nuevas reflexiones sobre el modelo integrado de las ciencias penales, la política criminal y el pacto social. In: _____. **Criminología y sistema penal**. Buenos Aires: B de f, 2006, p. 180, tradução nossa.)

³²¹ CALLEGARI, André Luís. Legitimidade constitucional do direito penal econômico: uma crítica aos tipos penais abertos. **Revista dos tribunais**, a. 95., v. 851, set. 2006, p. 438.

³²² BARATTA, op. cit., p. 179 e ss.

acordo com o autor, liga-se a uma dupla crise: “do sistema econômico-social, produto da globalização e das políticas neo-liberais dominantes no mercado” e “da política dos partidos do sistema representativo.”³²³

Para Baratta, o sistema punitivo se apropria desses espaços livres e, abandona seu caráter subsidiário, de *ultima ratio*, converte-se em “uma panaceia com a qual se quer enfrentar os mais diversos problemas sociais.”³²⁴

O eficientismo seria, assim, um problema de atitude, parte integrante da crise social e política, e dos processos de comunicação social que a acompanham. Baratta identifica um problema de percepção dos conflitos sociais, com a sua criminalização, mediante a adoção do código binário crime/pena.

Esse fenômeno de criminalização consiste em quatro fatores relacionados aos conflitos: a) eticização e absolutização; b) descontextualização e despolitização; c) tecnificação; d) despenalização.

A absolutização estaria configurada pela polarização ideológica entre bem e mal, com a expansão da esfera moral, o que pode “favorecer mecanismos psicossociais de projeção, produzir etiquetamentos e formar *maiorias silenciosas*”³²⁵. Na despolitização, advinda de uma visão redutiva do conflito, “o acercamento penal se converte em um *passé par tout* para a compressão de fenômenos complexos”³²⁶. Por sua vez, na tecnificação, a solução dos problemas, se confiada à criminologia e aos órgãos especializados do sistema penal, sem os aportes da política e a discussão pública, seria apenas parcial e aparente. Finalmente, o eficientismo “eleva os níveis da seletividade estrutural do sistema punitivo, enquanto permanecem constantes as suas variáveis tradicionais; também o direito penal eficientista lota as prisões, sobretudo, de sujeitos socialmente fracos.”³²⁷

Outro efeito nefasto do eficientismo, de acordo com Baratta, seriam as concessões no que tange às garantias individuais e dos princípios limitadores do poder punitivo, razão pela qual estaria “em contradição direta com os elementos constitutivos do pacto social e do

³²³ BARATTA, Alessandro. Nuevas reflexiones sobre el modelo integrado de las ciencias penales, la política criminal y el pacto social. In: _____. **Criminología y sistema penal**. Buenos Aires: B de f, 2006, p. 179, tradução nossa: “del sistema económico-social, producto de la globalización y de las políticas neo-liberales dominantes en el mercado”; “de la política de los partidos del sistema representativo.”

³²⁴ Ibid., p. 179, tradução nossa: “una panacea con la cual se quieren enfrentar los más diversos problemas sociales.”

³²⁵ Ibid., p. 181, grifo do autor, tradução nossa: “favorecer mecanismos psicossociales de proyección, producir etiquetamientos y formar *mayorías silenciosas*”.

³²⁶ Ibid., p. 182, tradução nossa: “el acercamiento penal se convierte en un *passé par tout* para la compresión de fenómenos complejos”.

³²⁷ Ibid., p. 182, tradução nossa: “eleva los niveles de la selectividad estructural del sistema punitivo, mientras permanecen constantes las variables tradicionales de ella; también el derecho penal eficientista llena las cárceles, sobre todo, de sujetos socialmente débiles.”

sistema dos direitos fundamentais.”³²⁸ Qualquer resultado positivo quanto à luta contra a criminalidade advindo da violação aos direitos não permite verificar se o mesmo objetivo poderia ser atingido mediante o respeito às normas constitucionais em matéria penal. Além disso, influi negativamente na confiança dos cidadãos e sobre o consenso social quanto às próprias normas constitucionais e a eficácia do próprio pacto social.³²⁹

Segundo Pavarini, a seletividade não é passível de redução razoável e, ao contrário, os sistemas migram para ampliar os critérios de seletividade. No entanto, a seletividade não é controlável no âmbito do sistema penal, mas remete a critérios sociológicos (consciência social, recursos econômicos disponíveis, nível de conflitividade, grau de (des)confiança no próprio sistema penal). Da mesma forma, salienta:

Se o sistema de justiça penal alguma vez devesse ser julgado desde a ótica de sua produtividade – como tendem a fazer alguns retóricos tecnocráticos que falam da “empresa” da justiça – a falência já deveria ter sido decretada inexoravelmente há muito tempo. Com efeito, não conheço outra instituição tão dramaticamente ineficiente que não está em condições de “tratar” – em regime de monopólio! – nem sequer o um por cento do próprio mercado!³³⁰

Não se pode olvidar que um juízo de eficiência se encontra associado a uma

³²⁸ BARATTA, Alessandro. Nuevas reflexiones sobre el modelo integrado de las ciencias penales, la política criminal y el pacto social. In: _____. **Criminología y sistema penal**. Buenos Aires: B de f, 2006, p. 183, tradução nossa: “en contradicción directa con los elementos constitutivos del pacto social y del sistema de los derechos fundamentales.”

³²⁹ No texto em exame (BARATTA, op. cit., p. 184 e ss.), o autor propõe, ao invés de uma política criminal alternativa, uma alternativa à política criminal, mediante a proteção integral aos direitos, não somente impedindo a sua violação, mas também garantindo as prestações positivas, notadamente direitos econômicos, sociais e culturais. Ao final, conclui: “Não se pode ignorar aquela parte da insegurança urbana devida efetivamente a comportamentos delituosos, mas entendendo que a necessidade de segurança dos cidadãos, não é somente uma necessidade de proteção da criminalidade e dos processos de criminalização. A segurança dos cidadãos corresponde à necessidade de estar e se sentir garantidos no exercício de *todos* os direitos próprios: direito à vida, à liberdade, ao livre desenvolvimento da personalidade e das próprias capacidades, direito a se expressar e a se comunicar, direito à qualidade da vida, assim como o direito a controlar e a influir sobre as condições das quais depende, em concreto, a existência de cada um.” Ibid., p. 192, tradução nossa: “No se puede ignorar aquella parte de la inseguridad urbana debida efectivamente a comportamientos delictuosos, pero entendiendo que la necesidad de seguridad de los ciudadanos, no es solamente una necesidad de protección de la criminalidad y de los procesos de criminalización. La seguridad de los ciudadanos corresponde a la necesidad de estar y de sentirse garantizados en el ejercicio de *todos* los derechos propios: derecho a la vida, a la libertad, al libre desarrollo de la personalidad y de las propias capacidades; derecho a expresarse y a comunicarse, derecho a la calidad de la vida, así como el derecho a controlar y a influir sobre las condiciones de las cuales depende, en concreto, la existencia de cada uno.”

³³⁰ PAVARINI, Massimo. El grotesco de la penología contemporánea. **Revista brasileira de ciências criminais**, a. 17, n. 81, nov. / dez. 2009, p. 258, tradução nossa. “Si el sistema de justicia penal alguna vez debiese ser juzgado desde la óptica de su productividad – como tienden a hacer algunos retóricas tecnocráticas que hablan de la “empresa” de la justicia – la quiebra ya se debiera haber declarado inexorablemente hace mucho tiempo. En efecto, no conozco otra institución tan dramáticamente ineficiente que no está en condiciones de “tratar” – ¡en régimen de monopolio! – ni siquiera el uno por ciento del propio mercado!”

concepção utilitarista. A respeito, o juiz, egresso deste PPGD, Flávio Antônio da Cruz³³¹ recorda que a crença da utilidade e indispensabilidade da sanção criminal supõe que as pessoas são calculadoras hedonistas, ou seja, que em todos os atos deliberadamente sopesam dor e prazer.³³² No entanto, sustenta que “não somos absolutamente racionais” e, muitas vezes, agimos “de forma irrefletida e automatizada”³³³. Para o autor, “[a] maioria das ações humanas não é fruto de um planejamento contemplativo e calculista, o que compromete a suposição de que a ameaça de imposição de dor seja sempre um indutor eficaz da conduta humana”.³³⁴

Esse raciocínio pode ser transposto para o comportamento econômico. A racionalidade econômica remete à maximização do auto-interesse, de acordo com Adam Smith. No direito penal econômico, as condutas seriam igualmente adotadas mediante um juízo econômico, de satisfação de tais interesses.

Não se pode igualmente olvidar que assim como o *homo oeconomicus* pressupõe sua racionalidade na atuação, o *homo criminalis* é também alguém dotado de semelhante

³³¹ CRUZ, Flávio Antônio da. Gestão temerária, evasão de divisas e aporias. **Revista brasileira de ciências criminais**, a. 18, n. 86, p. 99-147, set. / out. 2010.

³³² Da mesma forma, Guimarães destaca que “as teorias economicistas tradicionais adotam como pressuposto, quiçá como fundamento, a total racionalidade ou possibilidade completa de entendimento daqueles que porventura venham a delinquir, levando em consideração – de forma paradoxalmente objetiva – somente uma análise dos ganhos e vicissitudes que podem advir da prática de um delito.” GUIMARÃES, Claudio Alberto Gabriel. **Funções da pena privativa de liberdade no sistema penal capitalista**. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 26-27.

Com redação similar: _____. Análise crítica às teorias econômicas do direito penal. **De jure : revista jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais**, Belo Horizonte, n. 12, 2009. p. 71.

Essa ótica parte ainda da premissa de que os criminosos sopesam se os ganhos compensam diante de uma atividade lícita e, inclusive, dentre os crimes quais trariam maior ganho econômico. No entanto, além das questões econômicas e da possível punição, o criminoso levaria em conta outras formas de controle social (família, religião, trabalho, escola) a depender do grau de interiorização e conformidade do indivíduo com as normas reguladoras da sociedade.

Da mesma forma, o Estado apresenta custos econômicos com os gastos com o sistema de justiça criminal e, ainda, não monetários, como o custo institucional de manter a paz e a harmonia social. Portanto, em um viés economicista, assim como os criminosos, o Estado também deveria efetuar esses cálculos para quantificar de que maneira a pena deve incidir no caso concreto. Entretanto, salienta o autor:

“O desiderato de toda essa formulação teórica não é, nada mais nada menos, do que concluir: o sistema penal deve, preferencialmente, aplicar penas pecuniárias para aqueles que possam arcar com tal consequência e penas privativas de liberdade para os delinquentes que não dispõem de tais recursos. Todo o cálculo deve ser feito a partir de uma estimativa do custo em dinheiro de um dia na prisão, tanto na perspectiva do delinquentes, como na perspectiva do Estado. (BLOCK; HEINEKE, 1975, p. 314).” (Id., 2007, p. 31; com redação similar, Id., 2009, p. 74.)

Observe-se que a nova lei que alterou o Código de Processo Penal (Lei nº 12.403/2011), ao tratar de fianças, adotou esse posicionamento. Aplicada de forma distorcida, ou seja, sem a adoção das outras medidas restritivas, aquele que não puder saldar a fiança não será beneficiado com a liberdade provisória. De igual sorte, deve-se cogitar que o dia do rico em prisão não equivale ao dia do pobre. Primeiro, é de se considerar a existência já citada do auxílio-reclusão destinado pela Previdência Social aos dependentes dos segurados de baixa renda. Em segundo lugar, na medida em que, dependendo da classe econômica, o capital trabalha sozinho, o criminoso de alta classe não será privado de continuar suas atividades econômicas, mediatamente, da prisão, podendo manter, incluso, suas atividades criminosas.

³³³ CRUZ, op. cit., p. 101.

³³⁴ CRUZ, loc. cit.

racionalidade. Com efeito, o agente criminoso deve ser capaz de escolher os seus objetivos e os meios pelos quais pretende atingi-los, considerando ainda nessa seleção os resultados concomitantes.³³⁵ Além disso, deve agir, mediante vontade livre e consciente, e considerando aspectos cognitivos relacionados não somente às circunstâncias do fato, mas principalmente às normas legais aplicáveis permissivas ou proibitivas. Da mesma forma, deve cogitar da eventual possibilidade de agir de outro modo. Em suma, assim como a atuação econômica exige um sujeito altamente racional também a conduta criminosa demanda um agente dotado de similar racionalidade.³³⁶

No entanto, é digna de nota a existência da Psicologia Econômica, campo do conhecimento situado na intersecção entre a psicologia e a economia, destinado à compreensão da natureza e do comportamento humano no âmbito econômico.³³⁷ De plano, pode-se constatar que uma decisão econômica não é totalmente racional, ou seja, encontra-se sujeita a diversos influxos que certamente visam a maximização do auto-interesse, mas que podem induzir a determinados comportamentos não necessariamente pensados em sua

³³⁵ Trata-se da antecipação biocibernética na estrutura da conduta exposta por ZAFFARONI, Eugénio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. **Manual do direito penal brasileiro: parte geral**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 415-416.

³³⁶ Nesse sentido, Silva Sánchez, ao tratar do que se entende por eficiência se considerada como princípio normativo ou como fenômeno real: “Tem sentido apresentar a questão porque, como veremos, por um lado, ao analisar, entre outras coisas, a conduta delictiva, parte-se da *atuação eficiente como uma realidade (empírica)* característica do indivíduo, que se concebe como *homo oeconomicus*. Por outro lado, ao contrário, ao analisar as regulações jurídicas – indubitáveis produtos humanos –, em absoluto se dá por definitivo que elas sejam produtos eficientes, mas sim que elas se confrontam com o *princípio (normativo) de eficiência*, a fim de promover precisamente sua maior eficiência. Isso ocorre porque, inclusive a partir da idéia de que os homens se comportam como indivíduos racionais maximizadores de seus interesses privados, a eficiência social requer um mercado de competição perfeita (caracterizado por um elevado número de compradores e vendedores, de forma que nenhum deles possa influenciar o preço, que possuam informação completa sobre o processo de determinação do preço e num contexto em que todos os recursos sejam livremente transferíveis.” (SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **Eficiência e Direito Penal**. Barueri: Manole, 2004, p. 5-6, nota de rodapé 10, grifos do autor.) “Tiene sentido plantear la cuestión porque, como veremos, por un lado, al analizar, entre otras, la conducta delictiva se parte del *actuar eficiente como una realidad (empírica)* caracterísitca del hombre, que se concibe como *homo oeconomicus*; por otro lado, en cambio, al analizar las regulaciones jurídicas – indudables productos humanos – en absoluto se da por sentado que sean productos eficientes, sino que por el contrario se confrontan con el *principio (normativo) de eficiencia*, a fin de promover precisamente su mayor eficiencia. Ello es debido a que, incluso a partir de la idea de que los hombre se comportan como individuos racionales maximizadores de sus intereses privados, la eficiencia social requiere un mercado de competencia perfecta (definido por un elevado número de compradores y vendedores de forma que ninguno pueda influir sobre el precio, que poseen una información completa en el proceso de determinación del precio y en el que todos los recursos son libremente transferibles)”. (SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **Eficiencia y Derecho Penal**. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, tomo 49, fascículo 1, Madrid, Ministerio de Justicia, jan./abr. 1996, p. 95-96, nota de rodapé 10, grifos do autor.)

³³⁷ A respeito, leia-se FERREIRA, Vera Rita de Mello. **Psicologia econômica: estudo do comportamento econômico e da tomada de decisão**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

Mesmo na economia se torna difícil prever determinados comportamentos. Já foi dito, jocosamente – e, como sói acontecer nas anedotas, fica difícil citar a fonte –, que “a profissão de economista foi criada para que os meteorologistas pudessem ter maior credibilidade em suas previsões”. O chiste faz clara referência à dificuldade destes em definir se o “tempo nublado com possibilidade de chuvas no decorrer do período” indica a efetiva precipitação fluvial ou não. Consequentemente, questiona a eficácia da economia como ciência preditiva.

totalidade, com relação a implicações e consequências.

A partir de estudos relacionados à análise econômica do direito, que remetem até ao utilitarismo de Bentham, Guimarães destaca os raciocínios de custo e benefício realizados, nos quais a pena é vista como preço a ser pago pela conduta criminosa. Nessa perspectiva, o sistema penal deve constituir

em um conjunto de mecanismos que, de maneira análoga a quaisquer outras atividades de natureza econômica, fixe preços que venham a inibir as atividades economicamente ineficientes (delitos), assim como, em seu revés, deve incentivar as transações que suponham o mínimo custo e a maior utilidade, fazendo o melhor uso possível dos recursos disponíveis para a manutenção da segurança dos cidadãos.³³⁸

Em missiva aberta enviada à Secretária de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça, pleiteando sua exclusão do rol de responsáveis pelo anteprojeto de código penal, Nilo Batista critica a exposição de motivos elaborada pelo então Ministro José Gregori e o uso que faz da palavra eficácia e seus cognatos. Sustenta que “o ‘*eficaciômetro*’ possível de um direito penal só pode ter como indicadores os instrumentos que desde logo contenham todo o poder punitivo inconstitucional ou ilegal, e em seguida habilitem o menor poder punitivo possível.”³³⁹ Ao criticar o aumento de penas e a falsa premissa de que o tempo de permanência nos regimes seria insuficiente, afirma desconhecer a existência de pesquisa direcionada à correlação tempo de encarceramento – eficácia do tratamento penitenciário e duvida que alguém pudesse “chegar a esse precioso construto metodológico que sinalizasse qual o período de privação deteriorante da liberdade, da responsabilidade, da vida afetiva e sexual, acrescido de severos riscos ambientais à saúde e à integridade física (pois é disso que se trata numa penitenciária, pois não?) suficiente para ...podermos falar de ‘eficácia’.”³⁴⁰ Adiante, traça breve reflexão sobre a evolução das prisões e a similitude delas com as fábricas, defendendo que, atualmente, “num capitalismo alavancado por um capital financeiro transnacional”³⁴¹ o *shopping* veio substituir a praça que albergava a fábrica e a prisão. Nesse panorama, “o sistema penal da nova praça criará medidas alternativas para que o consumidor [...] não entre na prisão.”³⁴² Encerra por criticar a adoção do lugar retórico da impunidade ou do sentimento de impunidade e salienta:

Há muito me dei conta de que “impunidade” é um verbete de certo léxico político-criminal, que fecha os olhos para a inexorável punição que recai nos

³³⁸ GUIMARÃES, Claudio Alberto Gabriel. **Funções da pena privativa de liberdade no sistema penal capitalista**. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 25.

_____. Análise crítica às teorias econômicas do direito penal. **De jure : revista jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais**, Belo Horizonte, n. 12, 2009, p. 70.

³³⁹ BATISTA, Nilo. Prezada Senhora Viégas: o anteprojeto de reforma no sistema de penas. In: _____. **Novas tendências do direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2004, p. 246.

³⁴⁰ *Ibid.*, p. 246.

³⁴¹ *Ibid.*, p. 247.

³⁴² *Ibid.*, p. 247.

brasileiros pobres e negros surpreendidos num cometimento criminal; o “sentimento de impunidade”, disseminado pelas agências de comunicação do sistema penal, é estratégico para o avanço do controle social penal sobre essa clientela selecionada. Impunidade é uma constante em todos os sistemas penais nas sociedades de classes, circunscrita entretanto ao patriciado; as exceções cumprem a importante função de simular que o sistema penal é igualitário, e não seletivo, além de reforçarem pelo avesso o mito da mobilidade social. É confortável para certas tendências que se proclamam progressistas acreditar que transformarão o sistema penal sem transformar a sociedade.³⁴³

A questão da eficiência remete à proporcionalidade, em seu duplo aspecto, a ser oportunamente abordada.³⁴⁴ Hassemer aborda o referido princípio no âmbito da culpabilidade sob a visão “da proibição do excesso ou da igualdade no sacrifício”, o qual “exige uma concordância substancial entre ação e reação, entre causa e consequência, entre delito e reação jurídico-penal”; como postulado de justiça, na medida em que “ninguém pode ser sobrecarregado ou lesionado por medidas jurídicas desproporcionais.”³⁴⁵ Salienta, porém, que, assim como ao se tratar de justiça e igualdade, a filosofia jurídica não formula critérios positivos, mas sempre atua negativamente como “uma Filosofia da indignação e acusação em face da injustiça concreta”.³⁴⁶

Hassemer³⁴⁷ aborda novamente o que preceitua Von Liszt quanto ao Direito Penal como limite intransponível da Política Criminal e, sob a ótica da teoria dos sistemas, afirma que essa posição seria própria de um Estado de Direito e da divisão de poderes. Nessa medida, a funcionalização do Direito Penal pela Política Criminal, atrelado aos seus fins, retiraria a proteção do criminoso “aos interesses políticos que pretendem tratá-lo e melhorá-lo e intimidar os demais através da sua pessoa.”³⁴⁸ Assim, o Direito Penal seria a única proteção contra esses interesses e “em face da vítima e de todos aqueles que se vêem como vítimas”.³⁴⁹ Sua necessidade seria inversamente proporcional ao “fato do delinqüente não poder expressar seus interesses políticos e conflitivos”.³⁵⁰ Ainda que vinculado a conceito não atual de Política Criminal, o autor sustenta que o interesse político criminal na prevenção à reincidência, ou em seus dizeres, na “neutralização da pessoa” fracassa no Direito Penal.

Por fim, vale lembrar que Baltazar Júnior, ao tratar da impunidade e de uma possível restrição ao direito de defesa do acusado como meio de alcançar “um mínimo de eficácia da

³⁴³ BATISTA, Nilo. Prezada Senhora Viégas: o anteprojeto de reforma no sistema de penas. In: _____. **Novas tendências do direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2004, p. 250.

³⁴⁴ Vide 8.4, *infra*.

³⁴⁵ HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do direito penal** (*Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005, p. 300.

³⁴⁶ *Ibid.*, p. 301.

³⁴⁷ *Ibid.*, p. 313 e ss.

³⁴⁸ *Ibid.*, p. 313.

³⁴⁹ *Ibid.*, p. 313.

³⁵⁰ *Ibid.*, p. 314.

Justiça Penal”, menciona:

Com isso o que se quer dizer é que também a Justiça Penal, como serviço público, deve ser eficiente. Claro está que a eficiência da Justiça Penal não é medida, de forma simplista, pela quantidade de condenações por ela imposta. Mas quanto maior for o número de fatos delitivos que não são noticiados, investigados e julgados – com condenação se existir prova para tanto – mais ineficiente é a Justiça Penal. Em consequência, maior a descrença dos cidadãos no Poder Judiciário e menor a sensação de que aqueles bens jurídicos protegidos pelo Direito Penal estão sendo objetos de uma atenção positiva por parte do Estado.³⁵¹

Nesse sentido, pode-se concluir que a questão da eficiência no direito penal necessariamente inclui a atuação do Poder Judiciário. Ademais, o atuar jurisdicional não pode prescindir da necessária tutela aos direitos e garantias fundamentais dos acusados. Esse difícil equilíbrio será melhor analisado ao final desta tese.

³⁵¹ BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. Hipergarantismo e Impunidade. **O Sul**, Porto Alegre, 03 mai. 2007. Apud VAZ, Paulo Afonso Brum. **O sistema penal brasileiro e a prescrição: violação ao dever de proteção no Estado Democrático de Direito**. Dissertação (mestrado profissional) – Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2008, p. 36-37.

6 EFICIÊNCIA DO DIREITO PENAL ECONÔMICO

Muitas das questões atinentes à eficiência do direito penal certamente podem ser transportadas para o âmbito do direito penal econômico. Entretanto, mormente diante da pretensa autonomia do campo de estudo, afigura-se necessário declinar alguns aspectos especificamente inerentes à área em exame.

Tratar de uma suposta eficiência do direito penal econômico certamente perpassa pela análise da notória impunidade.

Andrade³⁵² pinta um cenário do controle penal no capitalismo globalizado neoliberal, no qual verifica uma demanda criminalizadora agigantada e uma busca incansável por segurança, em que se fundem Mercado (poder econômico e financeiro), Estado (poder político e punitivo) e Comunidade (micropoderes sociais informais). Nesse panorama, ao invés de medo, há um sentimento difuso de indignação contra a impunidade da criminalidade econômica e uma compensação difusa da seletividade penal. Esse campo aglutina de um lado algumas respostas instrumentais, mormente da Polícia e do Ministério Público, e de outro respostas simbólicas, “na forma de criação de leis penais, modelos ditos minimalistas, como penas alternativas e pecuniárias, juizados e jurisprudências especiais, tribunais penais internacionais, que replicam a lógica da seletividade penal em nível planetário”.³⁵³ Sob a divulgação da mídia, opera-se em nível de criminalização primária apenas simbolicamente, “gerando a ilusão de que esta criminalidade está sendo olhada e combatida”³⁵⁴ e, em nível de criminalização secundária, “o sistema penal lhe preserva inúmeros mecanismos de impunidade, com toda sorte de artifícios jurídicos e proteções.”³⁵⁵

Nessa perspectiva, insere-se a análise de um direito penal de duas ou três velocidades³⁵⁶, demanda que, de acordo com a autora, advém do mesmo mimetismo entre Estado, mercado e comunidade.³⁵⁷ Houve a migração da luta de classe para a luta contra a criminalidade, a fratura da sociedade passou de classe a moral (entre bons e maus). Esse

³⁵² ANDRADE, Vera Regina Pereira de. O controle penal no capitalismo globalizado. **Revista brasileira de ciências criminais**, a. 17, n. 81, p. 339-355, nov. / dez. 2009.

³⁵³ Ibid., p. 347.

³⁵⁴ Ibid., p. 347.

³⁵⁵ Ibid., p. 347-348.

³⁵⁶ Observe-se que se trata de conceitos retirados diretamente de SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, sobremaneira o capítulo 6, ao qual se remete para aprofundamento.

³⁵⁷ “O Estado e a comunidade, com seus múltiplos atores, parecem ser os enunciadores mais visíveis desta demanda, mas ela se mimetiza, também, como uma demanda ‘antropofágica’, do capital contra o capital. Ela expressa uma correlação de forças e uma luta intestina travada entre capitais e burguesias (do capital transnacional e global contra o capital nacional, mas também do capital nacional contra o capital nacional e local), em que está em jogo a fragilização/anulação competitiva do *Outro* (capital), o que é mais contundente perante a avassaladora desterritorialização do capital globalizando e crescentemente móvel, que pode se alojar, estrangeiramente, onde for mais ‘atraente’.” (ANDRADE, op. cit., p. 348.)

discurso é sustentado igualmente por conservadores e progressistas, “uma vez que todos parecem crescentemente seduzidos pelas promessas ilusionistas de combate à violência, segurança e proteção de direitos ofertada no crescente mercado do sistema penal.”³⁵⁸

Luiz Flávio Gomes identifica, em rol obviamente não exaustivo, dezenove fatores (filtros) que contribuiriam para a impunidade da macrodelinquência econômica.³⁵⁹ Esses filtros vão desde a complexidade do mundo organizacional e operacional até a falta de independência dos órgãos de repressão, passando por questões como: deliberado anonimato (distanciamento entre autor e vítima); debilidade da reação social; imagem favorável dos criminosos; estrutura organizacional, com a execução dos atos executórios por pessoas diversas do beneficiado; hipossuficiência da vítima ante a corporação.

Necessário destacar, dentre os fatores, a importância da manipulação da opinião pública. Utilizando-se da manipulação da imagem ou da linguagem, valendo-se dos meios de comunicação de massas, os agentes ocultam, dissimulam ou justificam comportamentos criminosos de forma sutil e sofisticada. Essa questão se encontra imbricada com a “moral de fronteira”, aos baixos níveis éticos que supostamente imperam no mundo dos negócios, que permitem a compreensão da conduta criminosa como “prática normal e generalizada” e indicam a necessidade de se assumir riscos empresariais para criar riqueza. Ainda, apela-se à biografia do indivíduo, notadamente ao seu êxito comercial, bem como às possíveis implicações econômicas advindas da denúncia, com o encerramento das atividades da empresa e a perda de postos de trabalho.

Outra possível medida a ser destacada é a desqualificação do julgador do caso, o que ocorreu recentemente no âmbito do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por ocasião da Operação Satiagraha e que envolveu reiteradas matérias jornalísticas acerca dos métodos de trabalho do juiz, o que somente veio a encerrar com sua promoção para Desembargador e conseqüente retirada do caso. Ainda se devem relevar aspectos legislativos como a deficiente regulação e a técnica utilizada.

³⁵⁸ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. O controle penal no capitalismo globalizado. **Revista brasileira de ciências criminais**, a. 17, n. 81, nov. / dez. 2009, p. 351.

³⁵⁹ GOMES, Luiz Flávio. A impunidade da macrodelinquência econômica desde a perspectiva criminológica da teoria da aprendizagem. **Revista dos tribunais**, a. 100., v. 906, p.232-251, abr. 2011.

Adotar a denominação, macrodelinquência econômica, como faz o autor, para todo o direito penal econômico, parece equivocada. O termo certamente contribui para uma “demonização” dessa modalidade de crime e, de pronto, remete à necessidade de iniciativas igualmente *macro*. Conseqüentemente, conduz diretamente à impotência, diante das fragilidades dos meios e, portanto, da realidade de enfrentamento da matéria. Ademais, nem toda delinquência econômica é *macro*, nada obstante se refira a questões macroeconômicas. A nomenclatura, assim, exclui de sua apreciação toda uma série de condutas *micro* que igualmente lesionam em grande medida a economia.

Observe-se que, nada obstante, a expressão é costumeiramente utilizada. Confira-se, a respeito, CERVINI, Raúl. Macrocriminalidad económica: apuntes para una aproximación metodológica. **Revista brasileira de ciências criminais**, a. 3, n. 11, p. 50-79, jul. / set. 1995.

A partir de uma perspectiva de prevalência da ordem jurídica, Artur César de Souza propõe que:

Se o Poder Judiciário permanecer estagnado ou restrito ao modelo clássico de combate à criminalidade, sem se preocupar em evoluir na utilização dos métodos de interpretação das normas referentes aos delitos de colarinho-branco, dificilmente irá se conseguir resultados satisfatórios no combate deste tipo moderno de criminalidade.³⁶⁰

Para tanto, o magistrado sugere que não se pode adotar no caso dos crimes macroeconômicos a mesma perspectiva dos demais crimes. Devem, pois, “ser observados num amplo espectro, focando-se toda atenção para sua conjuntura, ampliando a visão para todos os fatores que possam contribuir para a realizações de operações à margem da legalidade.”³⁶¹ Acertadamente, isso implicaria a reavaliação das categorias penalísticas tradicionais, sem, no entanto, abandonar as garantias a direitos fundamentais dos cidadãos, no que consiste o grande desafio dessa atuação de repressão à macrocriminalidade.

Propõe, por fim, com base no disposto pelo art. 239, do Código de Processo Penal, e lastreado em tradicional escólio de Mittermayer sobre os indícios:

Assim, para que o Poder Judiciário possa ingressar com seriedade, firmeza e disposição no combate e na repressão do crime de white-collar, deverá mudar sua postura hermenêutica, a fim de que passe a adotar com mais frequência os indícios que este tipo de infração penal deixa empiricamente na sua metodologia, fazendo com que a prova indiciária ganhe terreno na interpretação dos crimes praticados contra a ordem econômica, financeira e tributária.³⁶²

Entretanto, não se pode adotar esse posicionamento sem ressalvas, incluso destacando o que o próprio autor salientou sobre os direitos fundamentais. Ao Poder Judiciário não se pode indistintamente outorgar uma função de combate e repressão à criminalidade econômica, à qual deveria aderir “com seriedade, firmeza e disposição”. Ao contrário, sua função precípua e constitucional é decidir a lide no caso concreto. Abstraindo eventuais discussões sobre o conteúdo da lide no processo penal³⁶³, a função precípua do juiz é assegurar o cumprimento das regras do jogo, no que tange à produção da prova e os critérios de incidência da norma, para ao final e ao cabo extrair se deve culminar em condenação ou absolvição, tendo em mente a ameaça ou violação ao bem jurídico tutelado

³⁶⁰ SOUZA, Artur César de. Nova hermenêutica para os crimes de colarinho-branco – Crimes contra ordem tributária, econômica e financeira. **Revista tributária e de finanças públicas**, a. 19, n. 96, jan. / fev. 2011, p. 322.

³⁶¹ Ibid., p. 324.

³⁶² Ibid., p. 331.

³⁶³ A respeito, leia-se a obra de COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **A lide e o conteúdo do processo penal**. Curitiba: Juruá, 1998.

e um possível retorno ao *status quo ante*.³⁶⁴

No entanto, cumpre indagar se porventura o juiz possua, como pano de fundo necessário, a firmeza e a disposição em combater e reprimir a criminalidade econômica, para ele não se tornaria por demais fácil assumir uma presunção de culpabilidade e, portanto, produzir-se-ia uma inversão de valores inaceitável no Estado Democrático de Direito. No campo da dogmática penal, a corroborar o perigo da desvirtuação do discurso, Barrilari alerta para a violação paulatina de princípios garantidores do direito penal, “sob a justificativa de que a peculiaridade das relações que envolvem o direito penal econômico autoriza a quebra de tais princípios.”³⁶⁵ Essas funções de combate e repressão podem ser melhor relegadas às instâncias de controle administrativo, à Polícia e ao Ministério Público, este último certamente sem se olvidar de sua função de *custus legis*.

No direito penal econômico, a seletividade atinge níveis impensáveis. Conforme salientado anteriormente, a seletividade tradicional opera geralmente em função da natureza do agente, em maior intensidade sobre as classes sociais mais baixas. Por outro lado, no campo da criminalidade econômica, a seletividade é inerente a tal modalidade de crime, porquanto usualmente praticado pelas classes sociais mais elevadas.

Nesse sentido, Gomes salienta:

Na aplicação seletiva do direito *a classe social do acusado e do acusador é um dado fundamental*, até porque os *delinquentes do colarinho branco* vêm de círculos de poder social e político que consideram que a lei só vai em paralelo a eles e que nunca lhes vai encontrar. Diante de uma eventual denúncia reagem indignados com acusações penais por difamação, que às vezes interpõem contra o ousado acusador. Resulta-lhes inconcebível não só serem condenados senão o fato mesmo de serem processados. Porque sempre acreditam que os tribunais existem para julgar os *outros*. E tudo isso vale tanto para os colarinhos brancos capitalistas como socialistas.³⁶⁶

No entanto, além de uma seletividade, vigora verdadeira aleatoriedade.³⁶⁷ Com

³⁶⁴ Prossegue Callegari, no que tange ao princípio da legalidade: “Uma norma imprecisa que dane a segurança jurídica de seus destinatários será inconstitucional e não deverá ser aplicada, porque faltará a tipicidade do comportamento analisado. Por sua vez, o juiz fica vinculado pelas fronteiras da lei penal, sem que lhe seja permitido castigar fora das previsões legislativas, ainda que considere pessoalmente que o comportamento em questão é lesivo e reprovável e que esta consideração corresponde as vigentes valorações sociais.” (CALLEGARI, André Luís. Legitimidade constitucional do direito penal econômico: uma crítica aos tipos penais abertos. **Revista dos tribunais**, a. 95., v. 851, set. 2006, p. 441.)

³⁶⁵ BARRILARI, Claudia Cristina. Algumas considerações sobre os crimes de perigo e o direito penal econômico. **Revista dos Tribunais**, a. 100, vol. 903, jan. 2011, p. 413.

³⁶⁶ GOMES, Luiz Flávio. A impunidade da macrodelinquência econômica desde a perspectiva criminológica da teoria da aprendizagem. **Revista dos tribunais**, a. 100., v. 906, abr. 2011, p. 245.

³⁶⁷ A respeito, Cruz menciona que: “Por outro lado, o programa penal está orientado a não ser totalmente cumprido. No dizer de Zaffaroni, acaso todas as fraudes, todos os furtos, todos os pequenos e grandes delitos fossem sancionados sem exceção, a sociedade ruiria. A afirmação não traduz qualquer comiseração com delitos. Trata-se, antes, da simples compreensão de que o Direito Penal é essencialmente randômico e arbitrário, guardando, em seu íntimo, o estado de polícia pronto para eclodir. As cifras negras cumprem certo papel, dado que a aplicação inexorável do *punitur quia peccatum est* (pune-se porque pecou) teria efeitos nefastos para a própria comunidade política.”

efeito, a ausência de critérios na aplicação, especialmente diante da descrição não pormenorizada de condutas e da miríade legislativa, faz com que o direito penal econômico incida de maneira aleatória. Nesse sentido, não são passíveis de punição pessoas selecionadas diretamente, mas aqueles que tiveram o azar de serem colhidos na loteria da imputação.

Ao tratar do aumento de penas em virtude da baixa probabilidade de sua aplicação, Silva Sánchez assevera:

Isso deu lugar à objeção de que o sistema do Direito Penal converte-se em uma loteria, porque produz manifestas desigualdades *ex post* entre todos os sujeitos que cometeram um delito, em virtude dos déficits de prisão e julgamento processual. Todavia, contra isso tem sido contra-argumentado que as loterias não são injustas, tanto que *ex ante* todos os sujeitos têm a mesma probabilidade de se verem contemplados (pelo prêmio, ou pela pena); por outro lado, a participação tanto na loteria quanto no Direito Penal depende de atos voluntários, pois as pessoas mantêm-se à margem deste último simplesmente não cometendo delitos.³⁶⁸

A existência de elevada cifra negra ainda contribuiu para o agravamento dessa situação, tendo em vista que o reduzido número de casos e a sua resolução por formas alternativas – *v.g.*, suspensão de feitos em razão de delação premiada, rejeição de denúncia e arquivamento de inquéritos pelos mais variados fatores – não permitem a construção de verdadeira jurisprudência, no sentido de decisões reiteradas sobre o mesmo assunto. Logo, conclui-se que ainda não existe a profundidade necessária na discussão judicial dos temas de direito penal econômico.

Propõe Gomes, como uma das respostas possíveis à impunidade no direito penal econômico, o redimensionamento da resposta estatal para as pessoas físicas. Propugna, assim, a utilização da pena de prisão como *ultima ratio*, de forma intensa e curta, mas efetiva, com a reparação dos danos e o confisco dos bens ganhos ilicitamente. No que tange à privação de liberdade, destaca: “A prisão é muito custosa e é reconhecidamente ineficaz (em termos de evitar a reincidência). Logo, só para quem representa perigo sério

(CRUZ, Flávio Antônio da. Gestão temerária, evasão de divisas e aporias. **Revista brasileira de ciências criminais**, a. 18, n. 86, set. / out. 2010, p. 102.)

³⁶⁸ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **Eficiência e Direito Penal**. Barueri: Manole, 2004, p. 41-42. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **Efficiencia y Derecho Penal. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, tomo 49, fascículo 1, Madri, Ministerio de Justicia, jan./abr. 1996, p. 115: “Ello ha dado lugar a la objeción de que se convierte el sistema del Derecho penal en una lotería, porque produce manifestas desigualdades *ex post* entre sujetos todos los cuales han cometido el delito, en virtud de los déficits de aprehensión y enjuiciamiento. Sin embargo, frente a ello se há esgrimido el contraargumento de que las loterías no son injustas en tanto que *ex ante* todos los sujetos tienen la misma probabilidad de verse afectados (por el premio, o el castigo); por otro lado, tanto la lotería como el Derecho penal son voluntarios, pues uno se mantiene al margen de este último simplemente no cometiendo delitos.”

para a convivência social é que ela se justifica.”³⁶⁹

Igualmente, o autor sugere uma mudança da resposta conflitiva tradicional para uma resposta negociada, aos moldes do *plea bargaining* do direito norte-americano. Indica como premissas para tanto a existência de um processo-crime e a adoção do instituto da suspensão condicional do processo, com a assistência necessária do defensor, devendo o crime ser praticado sem violência, com pena mínima inferior a dois anos, desde que os requisitos subjetivos assim o indiquem e tendo em mente como preocupação “resposta repressiva-preventiva (sem a imposição da pena de prisão), reparação dos danos em favor da vítima e confisco de bens (até o limite dos ganhos ilícitos)”³⁷⁰. No lugar da pena de prisão, haveria o recolhimento domiciliar com monitoramento eletrônico, associado a outras medidas acautelatórias (v.g. interceptação telefônica frequente), bem como, no que tange às finalidades patrimoniais, seriam adotadas outras medidas reais (tais como inalienabilidade de bens, sequestro e fiança).

Sem necessariamente revelar como chegou a tal conclusão, Krempel conclui pela eficácia das penas privativas de liberdade, devido à ausência de intimidação dos criminosos em cumprir as penas em liberdade e “a fim de que crie nos agentes do crime econômico a denominada consciência ética-moral de valores.” Justifica essa posição por acreditar “que só assim é que poderemos vislumbrar uma efetiva realização da justiça, na sua dimensão de igualdade, em relação aos delitos cometidos pelos criminosos comuns.” Mesmo assim, defende a pena aplicável subsidiariamente, “desde que não havendo outra solução mais adequada diante do caso concreto.”³⁷¹

A única função preventiva que se pode extrair de uma eventual privação de liberdade no direito penal econômico é a prevenção geral. De fato, somente pode causar algum tipo de receio na sociedade e eventualmente evitar a delinquência de outros agentes.

No entanto, em virtude da natureza dos atos praticados, grande parte dos crimes econômicos permite, inclusive, que os agentes continuem na prática delitiva, mesmo submetidos à privação de liberdade, por meio de interpostas pessoas. A única forma de se assegurar a cessação de determinadas condutas seria a ampla e irrestrita incomunicabilidade do preso, o que não somente não se justifica em respeito aos direitos fundamentais como também agravaria a possibilidade de cooptação dos agentes prisionais por força do poderio econômico dos presos.

³⁶⁹ GOMES, Luiz Flávio. A impunidade da macrodelinquência econômica desde a perspectiva criminológica da teoria da aprendizagem. **Revista dos tribunais**, a. 100., v. 906, abr. 2011, p. 247-248.

³⁷⁰ *Ibid.*, p. 250.

³⁷¹ KREMPEL, Luciana Rodrigues. O crime de colarinho branco: aplicação e eficácia de pena privativa de liberdade. **Revista brasileira de ciências criminais**, a. 13, n. 54, mai. / jun. 2005, p. 119.

A título ilustrativo, veja-se que o juiz argentino Barroetaveña³⁷² indica que as estatísticas naquele país apontam que, desde 1985, os juízes federais somente condenaram 5% dos delitos econômicos por eles investigados. Como se vê, tudo aponta para um baixo nível de eficiência. Para uma melhor compreensão sobre a eficiência no direito penal econômico, podem ser analisadas algumas pesquisas realizadas nesse âmbito.

6.1 PESQUISA DO CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL

Especificamente quanto ao crime de lavagem de dinheiro, o Conselho da Justiça Federal, por meio do Centro de Estudos Judiciários, realizou pesquisa com um universo de respostas mais significativo: 20 delegados federais, 65 procuradores da república e 103 juízes federais.³⁷³

Interpretando os dados apresentados, pode-se inferir que a opinião varia conforme o cargo, v.g., quanto ao sigilo bancário, 94% dos membros da Polícia Federal e 90% dos membros do Ministério Público Federal eram favoráveis à sua flexibilização, ao passo que somente 56% dos entrevistados da Magistratura Federal assim entendiam.³⁷⁴ Percebe-se que isso revela uma tendência nos órgãos responsáveis pelo início da persecução criminal em se restringir ou flexibilizar direitos ou garantias fundamentais como forma de se atingir efetividade à norma penal. Aparentemente, e não poderia ser diferente, existe um compromisso maior da Polícia e do *Parquet* em se obter resultados favoráveis na investigação, ou seja, em se lograr a efetiva apuração do fato criminoso e, muito provavelmente, uma futura condenação. Por outro lado, ao menos nesse item da pesquisa, a magistratura indica um compromisso em se manter o nível dos direitos e das garantias fundamentais. Na verdade, os números sugerem que a categoria se encontra dividida, com a maioria dos juízes admitindo uma possível flexibilização desses direitos.

No que tange à comunicação de operações suspeitas, prevista pela lei de lavagem, no entanto, todas as carreiras concluíram pela sua constitucionalidade, com 89% dos delegados federais, 98% dos procuradores da república e 87% dos juízes federais.³⁷⁵ De igual sorte, com relação às sanções administrativas, referentes às comunicações, consideraram adequadas 61% dos delegados e brandas 39%; 78% dos procuradores reputaram adequadas, 2% excessivas e 21% brandas; dentre os juízes, 74% afirmaram ser

³⁷² BARROETAVERÑA, Diego Gustavo. Derecho penal económico: delitos tributários. Propuestas para un derecho penal tributário respetuoso de los principios y garantías penales. **Revista brasileira de ciências criminais**, a. 18, n. 86, set. / out. 2010, p. 68.

³⁷³ CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **Uma análise crítica da lei dos crimes de lavagem de dinheiro**. Série Pesquisas do CEJ, 9. Brasília: CJF, 2002, p. 47-50.

³⁷⁴ Ibid., segundo tabelas 1.A, 1.B e 1.C, respectivamente, p. 60-62.

³⁷⁵ Ibid., de acordo com gráficos 8.A, 8.B e 8.C, respectivamente, p. 65, 66 e 68.

adequadas, 3% excessivas e 15% brandas.³⁷⁶ Nesse ponto, todas as autoridades parecem concordar pela necessidade de se ter uma maior participação dos agentes econômicos, com a atribuição do dever de comunicar as operações. Advindo dos responsáveis pela aplicação da lei, isso implica o reconhecimento de que tais instâncias de controle não conseguiriam fazer frente à criminalidade econômica sem o necessário concurso das pessoas que efetivamente atuam na economia. No entanto, cumpre destacar a ressalva da Sánchez Rios, no sentido de que “a busca de um ‘equilibrado compromisso’ depende de não assumir posturas extremadas de colaboração dos particulares, a ponto de flexibilizar valores individuais e coletivos inerentes ao Estado Constitucional.”³⁷⁷

No tocante à efetividade da lei, considerando a prevenção da prática de novos crimes, a pesquisa apontou a sua insuficiência para reprimir – para 68% dos delegados, 85% dos procuradores e 88% dos juízes – e punir – 95% dos delegados, 94% dos procuradores e 81% dos juízes – os autores dos crimes.³⁷⁸ Outra questão que encontra unanimidade é, portanto, o fato de que a lei não se revela suficiente para reprimir e punir os autores do crime, no que tange especificamente à lavagem de dinheiro. Revela-se, assim, o desalento dos profissionais quanto à aplicação da lei.

6.2 PESQUISA DE ELA WIECKO VOLKMER DE CASTILHO

Com relação à impressão de baixa eficiência na repressão e punição, essa questão evoca o tema da “cifra negra”, destacada por um dos entrevistados no presente trabalho e que remete a outra pesquisa realizada, a qual pode ser fonte para cotejar os resultados ora obtidos. Em sua tese de doutoramento na Universidade Federal de Santa Catarina, a Subprocuradora-Geral da República Ela Wiecko Volkmer de Castilho analisou o resultado das comunicações do Bacen, por um período de nove anos desde a edição da Lei nº 7.492/86. Conforme se pode verificar das tabelas³⁷⁹, de todos os ofícios encaminhados, apenas 29,62% se encontravam em fase judicial e 11,29% em fase de sentença. Além disso, dentre as sentenças, 80,52% determinaram o arquivamento do feito, com apenas 19,48% enfrentando o mérito e somente 3,9% do total (20% das sentenças de mérito) condenaram os réus. Uma análise superficial dos dados indica que apenas uma pequena

³⁷⁶ CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **Uma análise crítica da lei dos crimes de lavagem de dinheiro**. Série Pesquisas do CEJ, 9. Brasília: CJP, 2002, conforme tabelas 6.A, 6.B e 6.C, respectivamente, p. 109-111.

³⁷⁷ SÁNCHEZ RIOS, Rodrigo. **Advocacia e lavagem de dinheiro**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 53.

³⁷⁸ CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL, op. cit., nos moldes dos gráficos 11.A, 11.B e 11.C, respectivamente para a Polícia Federal, o Ministério Público Federal e a Magistratura Federal, p. 85-87.

³⁷⁹ CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de. **O controle penal nos crimes contra o sistema financeiro nacional: Lei n. 7.492, de 16 de junho de 1986**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 171-223, especialmente tabelas 51 a 53, p. 221-223.

parcela dos casos encontra um resultado positivo. O alto índice de arquivamentos e absolvições sugere, no mínimo, uma falha na produção de provas ou na exata configuração dos fatos.

Castilho aponta ainda outros fatores que impediriam uma proteção efetiva à criminalidade econômica, mecanismos de seleção que atuariam nas diversas instâncias de controle.³⁸⁰ No Bacen – assim também, acrescente-se, nos demais órgãos administrativos –, haveria falta de fiscalização ou fiscalização ineficiente, bem como demora e ausência na comunicação e problemas quanto à forma da comunicação, excessivamente genérica ou sem alguns elementos necessários. Na Polícia, a seleção produziria efeitos pela morosidade na apuração e pelo desaparecimento, com reduzido número de peritos e despreparo de delegados. No Ministério Público, além do desaparecimento, *v.g.* a organização de um banco de dados já produziria efeitos, existe uma tendência do *Parquet* em desqualificar condutas, com interpretação excessivamente favorável aos acusados, segundo aponta a autora. No Judiciário, seriam mecanismos de seleção a morosidade na instrução e, igualmente, a desqualificação de condutas, mormente com a rejeição aos crimes de perigo abstrato.

A pesquisa da autora é incomparável em vários aspectos. Primeiramente, porque introduz no âmbito do direito penal brasileiro a análise estatística, usual apenas em outros ramos e em outros países. Ademais, apresenta uma visão da doutrina associada à prática efetiva, o que costumava sempre vir dissociado. De forma geral, apresenta conclusões no sentido da baixa compreensão por parte dos operadores sobre os efeitos lesivos das condutas sobre o sistema financeiro e do próprio funcionamento deste. Conclui, ainda, que “a submissão das pessoas físicas ao processo penal e mesmo sua condenação não atingem a repercussão necessária à prevenção e reprovação do crime.”³⁸¹

6.3 PESQUISA DA FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS

Em 2008, com recursos da Seção de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça, no projeto Pensando o Direito, o Núcleo de Estudos sobre o Crime e a Pena da Direito GV realizou uma pesquisa sobre a aplicação dos crimes contra o sistema financeiro nacional previstos na Lei nº 7.492/86. Além da divulgação dos resultados no *site* da Faculdade e da publicação de livro pelo referido ministério, a organizadora publicou artigo na Revista

³⁸⁰ CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de. **O controle penal nos crimes contra o sistema financeiro nacional: Lei n. 7.492, de 16 de junho de 1986.** Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 227-283.

³⁸¹ *Ibid.*, p. 290.

Brasileira de Ciências Criminais.³⁸² ³⁸³ Na oportunidade, esclareceu algumas questões metodológicas e outros pormenores da investigação.

Por meio de pesquisa jurisprudencial, nos respectivos sítios da *internet*, foram selecionados 380 acórdãos de 1989 a 2005, sendo 251 oriundos dos cinco Tribunais Regionais Federais e 129 decisões do Superior Tribunal de Justiça, agrupados em quatro grupos: a) mérito, acórdãos que tratam de absolvição ou condenação, nestes inserido o reconhecimento da extinção da punibilidade pela prescrição; b) prosseguimento, decisões que abordam o trancamento ou prosseguimento da ação penal ou do inquérito; c) cautelar, referentes à concessão de medidas cautelares sobre o patrimônio e a liberdade; d) competência, discussão sobre competência.³⁸⁴ Importa salientar a dificuldade encontrada para a seleção dos casos, porquanto a alimentação dos dados nos Tribunais não abrange a totalidade das decisões e ocorre, via de regra, segundo o “critério da novidade”, obedecendo uma amostragem equitativa entre os relatores. A respeito, assevera: “Portanto, no momento em que efetuamos a busca por palavras-chave no site dos Tribunais Regionais Federais, estamos selecionando as decisões que passaram pelo filtro interno dos tribunais e não a totalidade das decisões proferidas sobre o tema da pesquisa.”³⁸⁵

Frise-se que esse procedimento dificulta sobremaneira a atuação de todos os intérpretes do Direito, inclusive os magistrados de 1º grau, porquanto não se consegue ter acesso fácil à verdadeira jurisprudência dos Tribunais, ou seja, às decisões reiteradas sobre assuntos já pacificados. Ao revés, o que se verifica nas decisões são as questões-limite que, longe de serem paradigmáticas e costumeiras na prática forense, referem-se a situações pitorescas³⁸⁶ ou que espelham divergências nos colegiados. Para os advogados e

³⁸² MACHADO, Maíra Rocha. Crimes financeiros nos tribunais brasileiros. **Revista brasileira de ciências criminais**, São Paulo, a. 17, n. 76, p. 58-78, jan./fev. 2009.

³⁸³ Remete-se ao artigo e ao relatório FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. Pesquisa em debate: a aplicação da lei de crimes contra o sistema financeiro pelos tribunais brasileiros / Núcleo de estudos sobre o crime e a pena. **Cadernos Direito GV 33**, v. 7, n. 1, jan. 2010, para um maior detalhamento dos dados levantados.

³⁸⁴ Referente a este último grupo, oportunamente será tratada decisão proferida no âmbito do Tribunal Regional Federal, mais especificamente como uma decisão referente ao prosseguimento da investigação criminal – em última instância, sobre liberdade, porquanto discutida em *habeas corpus* – pode descambar no formalismo procedimental e, logo, no déficit de atuação da justiça criminal.

³⁸⁵ MACHADO, op. cit., p. 63.

³⁸⁶ Exemplo disso pode ser encontrado no Direito Previdenciário, na ementa da 2ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais do Paraná, referente à averbação de tempo de serviço para artista circense. A ementa assumiu o seguinte teor:

ARTISTA CIRCENSE. TRAÇOS DISTINTIVOS. COMPROVAÇÃO DO VÍNCULO EMPREGATÍCIO. RESPONSABILIDADE PELO RECOLHIMENTO DAS CONTRIBUIÇÕES. TRABALHO EM FAMÍLIA. MÚTUA DEPENDÊNCIA E COLABORAÇÃO. APROVEITAMENTO DE DOCUMENTOS DE PARENTES DO MESMO GRUPO ARTÍSTICO. SUBORDINAÇÃO FUNCIONAL AO DONO DO EMPREENDIMENTO.

1. O ramo circense apresenta traços que o diferenciam. Ao trabalhar em família é comum que as tratativas se dêem com o chefe da trupe e o dono do circo que dita as regras da companhia e às quais todos os artistas se submetem.

estudiosos dos comportamentos dos Tribunais, tampouco resolve frequentar as sessões de julgamento, tendo em vista que os debates somente se operam sobre as hipóteses “destacadas”, isto é, apenas em relação aos feitos nos quais outro julgador requer algum esclarecimento, tece um comentário ou apresenta divergência. Em virtude do elevado número de processos julgados, bem como em razão das facilidades da informática e dos processos eletrônicos, os outros membros dos colegiados têm acesso prévio ao teor dos votos. Assim, todos os demais feitos, unânimes, não são submetidos a debates e, via de regra, não têm a mesma divulgação dada às novidades.

Observe-se que essa lógica distorcida é reproduzida, de certa forma, nos Tribunais Superiores, mormente por força dos “informativos”. Antigamente, não se tinha acesso às decisões, sendo necessário recorrer aos repositórios oficiais de jurisprudência ou, pessoalmente, às seções destinadas a tanto nos Tribunais, para efetuar consulta aos livros de registro. Por outro lado, apesar do avanço da informática e a agilidade das informações, usualmente por meio de órgãos de “comunicação social” sugerirem um maior acesso ao pensamento jurídico e ao posicionamento jurisprudencial, nem sempre isso ocorre, por conta das situações já destacadas. Além disso, os citados informativos são fruto do trabalho de servidores, certamente habilitados para tanto, mas sem o crivo dos respectivos julgadores e que não necessariamente espelham o cerne do julgamento, seja em razão da insuficiente compreensão, seja pela excessiva simplificação. Nada obstante, antes mesmo da eventual publicação da íntegra dos acórdãos, tais informativos são publicados em livros especializados e integram o conteúdo das provas dos concursos públicos que visam selecionar os futuros aplicadores do Direito. Muitas vezes, todavia, a informação divulgada no informativo não sobrevive ao cotejo com o inteiro teor do voto condutor do julgamento. Tampouco se dá valor ao necessário *distinguishing*. Com efeito, revela-se usual a utilização de julgados a partir de suas ementas, sem realizar a necessária conferência com o inteiro teor dos votos, os quais, por vezes, revelam que as situações lá descritas não se amoldam ao caso que se pretende resolver. Portanto, não valem como precedentes.

2. No regime laboral do grupo artístico há nítida divisão de tarefas, por isso aproveitável início de prova material de outros da companhia à semelhança do regime rural e como forma equânime de julgamento.

3. O responsável pelo empreendimento circense é o responsável pelo recolhimento das contribuições previdenciárias de seus empregados artistas e a ele subordinados.

(Justiça Federal da 4ª Região, Seção Judiciária do Paraná, 2ª Turma Recursal, autos nº 200970530033452, Rel. Juíza Federal Andréia Castro Dias, julg. 25/10/2011.)

Por tratar de uma questão rara, seria de se cogitar qual o real alcance da ementa, a não ser a divulgação do aspecto lírico e pitoresco da demanda. Durante o mandato da Relatora (janeiro de 2009 a janeiro de 2011), além desta, somente nove situações foram selecionadas como “precedente relevante”, ou seja, aquelas merecedoras de ementa e que ficam disponíveis para pesquisa no *site* do Tribunal Regional Federal. No entanto, questões rotineiras às lides previdenciárias – que ensejam a interposição de recursos repetitivos e, logo, um número expressivo de decisões unânimes, o que possibilitaria incluso a edição de súmulas, com a estabilidade das demandas a elas inerentes – não merecem igual destaque.

Retornando à pesquisa, a autora aponta a diferença metodológica em relação ao estudo de Castilho³⁸⁷, erroneamente apontada como Carvalho. Esta, conforme salientado, selecionou os casos a partir das comunicações feitas pelas instâncias de controle administrativas, notadamente do Banco Central ao Ministério Público Federal.

Outro aspecto que se deve mencionar é referente à interpretação dos dados encontrados. Por exemplo, de acordo com os resultados, 94,6% das decisões analisadas do Superior Tribunal de Justiça são unânimes, ao passo que esse valor é de somente 86,5% nos Tribunais Regionais Federais. Isso pode sugerir, na “prática decisória”, desde uma menor divergência de posicionamentos até o maior costume de “acompanhar o relator”.

Saliente-se que a divergência, se vencedora, atrai para si a relatoria do acórdão. Assim, se os três Desembargadores de uma Turma levaram em uma sessão, cada um, 500 processos e um deles diverge em 250 votos dos colegas, sagrando-se vencedor em todos eles, na prática será responsável por 750 processos, ao invés de 500, e aquele montante será “retirado” do passivo dos relatores originais, ficando a cargo do vencedor a lavratura do acórdão e os demais recursos posteriormente interpostos, *v.g.*, embargos de declaração.

Com relação aos dados, destaca Machado que o Superior Tribunal de Justiça decidiu pelo prosseguimento da ação penal ou do inquérito policial em 31% das situações, contra 9,3% de decisões determinando o trancamento do feito. Ainda, 33% dos casos se refere a competência, com 24,8% deles determinando a remessa do processo para a Justiça Estadual.^{388 389} Por fim, há decisão condenatória, com reforma ou manutenção das decisões anteriores, em 13,2% das hipóteses analisadas. Por outro lado, nos Tribunais Regionais Federais, conforme a autora, a condenação aumenta para 26,5%, havendo ainda 8,7% nos quais, a despeito da condenação, reconhece-se a extinção da punibilidade pela prescrição.³⁹⁰

Impende salientar que, no Superior Tribunal de Justiça, as decisões de mérito se limitam a apenas 14% contra 48,7% nos Tribunais Regionais Federais, oriundos de apelação criminal. Em ambos, número expressivo se refere ao prosseguimento da investigação ou da ação penal, com 41,1% no Superior Tribunal de Justiça e 38,9% nos Tribunais Regionais Federais.

Então, a autora chega aos resultados erroneamente reproduzidos pela imprensa, sendo um dos objetivos – “menos importante” – do artigo “responder publicamente a

³⁸⁷ CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de. **O controle penal nos crimes contra o sistema financeiro nacional: Lei n. 7.492, de 16 de junho de 1986**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

³⁸⁸ MACHADO, Máira Rocha. Crimes financeiros nos tribunais brasileiros. **Revista brasileira de ciências criminais**, São Paulo, a. 17, n. 76, jan./fev. 2009, p. 68-69.

³⁸⁹ Destaque-se que, de acordo com o art. 26, da Lei nº 7.492/86, a competência nos crimes contra o sistema financeiro nacional é da Justiça Federal. Assim, a remessa à Justiça Estadual em quase um quarto dos casos implica em desclassificação do fato para outro crime daquela competência.

³⁹⁰ *Ibid.*, p. 69-70.

conclusões inválidas e a utilizações pouco adequadas dos resultados produzidos” na pesquisa.³⁹¹ Assim, dentre as decisões de mérito do Superior Tribunal de Justiça, que representariam apenas 14% do total, 13,2% delas seriam pela condenação, o que representaria 94,4%. Nos Tribunais Regionais Federais, seguindo os mesmos critérios, o já citado 26,5% total de condenações representaria 54,5% das decisões e o 9,5% das absolvições seria um recorte de 18,6% do total.

Da mesma forma, com relação às decisões pelo prosseguimento ou trancamento do inquérito ou da ação penal, o Superior Tribunal de Justiça teria decidido 66% das vezes pelo prosseguimento contra 32,1% pelo trancamento.³⁹²

Ainda, o que se afigura relevante para a posterior análise das decisões proferidas na Operação Dallas, frise-se o que Machado aponta:

Importante destacar que 44,2% das decisões do STJ analisadas na pesquisa foram geradas por *Habeas Corpus* e 75,9% foram proferidas antes da sentença de primeira instância (26,3% antes do recebimento da denúncia e 49,6% no decorrer da ação penal).

No tocante aos Tribunais Regionais Federais, 52% das decisões foram proferidas após a sentença de primeira instância. Trata-se de resultado consistente com o elevado número de apelações criminais, quase 50%.³⁹³

Observe-se também que, dentre os 251 acórdãos analisados de todos os Tribunais Federais, o número de julgados que tratam de competência foi demasiadamente reduzido, o que não permitiu sua desagregação para fins estatísticos. A pesquisa indicou que a maioria delas ocorreu no Tribunal Regional Federal da 4ª Região e que raramente as decisões sobre competência foram tomadas em *habeas corpus*, sendo que em apenas um deles, isoladamente, foi fixada a competência de vara especializada.³⁹⁴

No que tange à especialização de Varas, em comentário à pesquisa, o juiz federal José Paulo Baltazar Júnior, ele próprio titular de vara especializada no Rio Grande do Sul, ele elogia a medida adotada pelos Tribunais Regionais Federais e sustenta:

Com a especialização da Justiça, logo seguida pelo MPF e pela Polícia Federal, houve um ganho de qualidade, pois matéria dessa complexidade requer preparo e estudo específico. Buscou-se, assim, atender ao princípio da eficiência (CF, art. 37) e do direito a uma adequada e eficaz prestação

³⁹¹ MACHADO, Maíra Rocha. Crimes financeiros nos tribunais brasileiros. **Revista brasileira de ciências criminais**, São Paulo, a. 17, n. 76, jan./fev. 2009, p. 77.

³⁹² Observe-se que há certa divergência entre os dados, não devidamente esclarecida pela autora. A tabela 1, referente à distribuição de acórdão no Superior Tribunal de Justiça (Ibid., p. 68) indica, conforme citado, 31% pelo prosseguimento e 9,3% pelo trancamento, o que totalizaria 40,3% das decisões. Por outro lado, a tabela 5 com o resultado consolidado (Ibid., p. 72) aponta 27,1% e 13,2%, respectivamente, montante que também alcançaria 40,3% do total. Haveria, portanto, um percentual ainda mais expressivo (31%) de decisões pelo prosseguimento.

³⁹³ Ibid., p. 72.

³⁹⁴ FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. Pesquisa em debate: a aplicação da lei de crimes contra o sistema financeiro pelos tribunais brasileiros / Núcleo de estudos sobre o crime e a pena. **Cadernos Direito GV 33**, v. 7, n. 1, jan. 2010, p. 167.

dos do serviços públicos, que constitui um direito do consumidor (CDC, art. 6º, X), pois os direito à segurança (CF, art. 144), somente pode ser concretizado mediante um funcionamento adequado da justiça criminal. Acusados e vítimas, titulares do direito a uma duração razoável do processo (CF, art. 5º, LXXVIII) contam, na justiça especializada, com um meio que garante a celeridade de sua tramitação, ao menos em primeira instância. É necessário, porém, progredir mais nesse campo, pois ainda há excessiva demora no âmbito dos TRFs e dos tribunais superiores, em especial no julgamento de feitos complexos, o que, não raro, acaba por frustrar todo o esforço feito em primeira instância para a instrução e julgamento desse tipo de ação penal, que conta, freqüentemente, com grande volume de documentos e réus, e defensores de alto nível técnico e extremamente combativos.³⁹⁵

Enfim, esse estudo dá um passo adiante na pesquisa de Castilho e reafirma a importância de se pensar a aplicação da lei inclusive por um viés estatístico. Os números podem determinar eventuais alterações legislativas, *v.g.* indicando quais são os crimes mais frequentes e quais tipos poderiam ser até mesmo revogados. Além disso, principalmente, as estatísticas podem auxiliar no aprimoramento da atuação jurisdicional, por exemplo determinando a especialização de varas ou sugerindo quais feitos devem ser priorizados.

A atuação judicial necessariamente remete a um tema atualmente muito em voga: o ativismo judicial, o qual merece melhor análise adiante.

³⁹⁵ BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. Comentários aos resultados da pesquisa. In: FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. Pesquisa em debate: a aplicação da lei de crimes contra o sistema financeiro pelos tribunais brasileiros / Núcleo de estudos sobre o crime e a pena. **Cadernos Direito GV 33**, v. 7, n. 1, jan. 2010, p. 73.

7 ESTADO JUDICIAL DE DIREITO E ATIVISMO JUDICIAL

7.1 O PODER JUDICIÁRIO E SUA INSERÇÃO NO ESTADO DE DIREITO

Ao tratar do direito penal econômico, torna-se necessário perquirir dos limites e possibilidades da atuação jurisdicional, no que se convencionou denominar Estado Judicial de Direito. René Marcic, em 1957, inaugurou o termo em sua obra, *Vom Gesetzstaat zum Richterstaat – Do estado de leis ao estado de juízes*, em tradução livre. Peter Häberle destaca:

Se bem se tem exagerado a imagem do “Estado judicial” (R. Marcic), cresce cada vez mais o reconhecimento da função “pretoriana” do terceiro poder, de que suas tarefas também são criativas; somente a “defesa do direito” (cf. artigo 164 do Tratado da Comunidade Europeia) não é suficiente; também se trata de um prudente desenvolvimento do direito até chegar ao direito judicial como “fonte do direito” própria.³⁹⁶

Essa noção se vincula mais com o papel do Supremo Tribunal Federal e da jurisdição constitucional. No entanto, não se pode olvidar que o controle de constitucionalidade não se opera apenas pela via direta ou concentrada. Ao contrário, o meio mais amplo de controle é pela via difusa ou concreta, ou seja, são os juízes e os tribunais que exercem de maneira mais extensa o juízo de constitucionalidade dos atos e das normas, decisões que, invariavelmente, são submetidas ao STF – por meio de recurso extraordinário ou mesmo mediante *habeas corpus* –, caso ocorra violação ao texto constitucional.

Por certo, o poder de criação judicial do direito se revela mais intensamente quando se está diante de efeito *erga omnes* e vinculante. No entanto, mesmo *inter partes*, no direito penal econômico é importante a capacidade de a jurisprudência consolidar a interpretação de determinados institutos e dispositivos legais. Isso implica analisar de que maneira se tem sedimentado esse poder de atuação jurisdicional.

No equilíbrio entre os poderes do Estado, ao Judiciário tradicionalmente, na tripartição atribuída a Montesquieu, restou relegada a aplicação do Direito (leia-se, aplicação da lei). No entanto, sabe-se que os poderes têm funções precípuas e secundárias, atuando em um sistema de freios e contrapesos. Nesse ponto, de acordo com a conjuntura política ou evolução do Estado em questão, algumas funções podem preponderar sobre as outras.

Nessa medida, o Executivo, por meio de medidas provisórias, passa a legislar. O

³⁹⁶ HÄBERLE, Peter. **El estado constitucional**. Peru: Fondo; Universidad Nacional Autónoma de México; Pontificia Universidad Católica de Perú, 2003, p. 222, tradução nossa. “Si bien se ha exagerado la imagen del ‘Estado judicial’ (R. Marcic), crece cada vez más el reconocimiento de la función ‘pretoriana’ del tercer poder, de que sus tareas también son creativas; la sola ‘defensa del derecho’ (cfr. artículo 164 del Tratado de la Comunidad Europea) no es suficiente; también se trata de un prudente desarrollo del derecho hasta llegar al derecho judicial como ‘fuente del derecho’ propia.”

Legislativo, em parte premido pelo excesso de medidas provisórias e parcialmente imbuído do impulso de investigar a atuação do Executivo, com a instauração de Comissões Parlamentares de Inquérito, deixa de legislar, o que retroalimenta esse círculo vicioso.³⁹⁷ Nesse panorama, relega-se ao Judiciário assumir as funções não executadas ordinariamente pelos demais poderes: administra, determinando a trajetória de políticas públicas e, ao mesmo tempo, assume a posição de legislador positivo.

García de Enterría salienta:

Um Estado de Direito entendido como Estado de Justiça, sem um aparato judicial capaz de concretizá-la, para a impôr como uma realidade social efetiva, seria uma burla e, finalmente, uma fonte de grave frustração. Ao mesmo tempo, uma jurisprudência de valores, única capaz de fazer passar os postulados de um Estado material de Direito até a aplicação, exige um sistema judicial forte e preparado.³⁹⁸

Publius, *persona* construída por Alexander Hamilton, James Madison e John Jay, em texto atribuído a Hamilton, destaca:

³⁹⁷ Nesse ponto, Roxin, ao tratar da Escola de Frankfurt, demonstra preocupação com essa realidade, na medida em que reconhece que “nossa legislação, enquanto se mova fora do ‘núcleo do Direito penal’, segue sendo pouco satisfatória. Ela carece de um assessoramento suficiente em questões de política legislativa e dogmática penal. Por política legislativa, teria que se revisar com muito mais cuidado se a renúncia a determinadas possibilidades ou a aplicação de meios de regulação extrapenal não poderiam ser mais efetivos que uma disposição penal quando se trate de afrontar as ameaças da produção de danos.” (ROXIN, Claus. **La teoría del delito en la discusión actual**. Lima: Jurídica Grijley, 2007, p. 66-67, tradução nossa: “nuestra legislación, en tanto se mueva fuera del <<núcleo del Derecho penal>>, sigue siendo poco satisfactoria. Ella carece de un asesoramiento suficiente en cuestiones de política legislativa y dogmática penal. Por política legislativa, tendría que revisarse con mucho más cuidado si la renuncia a determinadas posibilidades o la aplicación de medios de regulación extrapenal no podrían ser más efectivos que una disposición penal cuando se trate de afrontar las amenazas de la producción de daños.”) Assim, “sob a pena de um legislador desorientado” e por meio de uma jurisprudência “em um sobrezele desenfreado de Estado de Direito”, o desenvolvimento da dogmática nos crimes de perigos abstratos e nas novas áreas jurídicas restou obstado “porque nem o legislador nem o juiz foram capazes de prover as ferramentas para preservar os estândares clássicos do Estado de Direito” (Ibid., p. 67, tradução nossa: “bajo la pluma de un legislador desorientado”; “en un sobrezele desenfreado de Estado de Derecho”; “porque ni el legislador ni el juez han sido capaces de proveer las herramientas para preservar los estândares clásicos del Estado de Derecho”). Roxin defende – na linha do que se pretende desenvolver na presente tese – ao invés da retirada total do direito penal desses campos, tais como o direito penal econômico, o seu cultivo de maneira dogmática (certamente sob orientação político-criminal), de modo que esta dogmática, “em um tempo não muito distante, possa oferecer ao legislador e ao juiz soluções que façam justiça, por igual, aos mandatos de efetiva proteção de bens jurídicos e sua adequada limitação punitiva em um Estado de Direito” (Ibid., p. 68, tradução nossa: “en un tiempo no muy lejano, pueda ofrecer al legislador y al juez soluciones que hagan justicia, por igual, a los mandatos de efectiva protección de bienes jurídicos y su adecuada limitación punitiva en un Estado de Derecho”).

³⁹⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Principio de legalidad, estado material de derecho y facultades interpretativas y constructivas de la jurisprudencia en la constitución. **Revista española de derecho constitucional**, n. 10, jan. / abr. 1984, p. 23, tradução nossa. “Un Estado de Derecho entendido como Estado de Justicia, sin un aparato judicial capaz de concretar ésta, para imponerla como una realidad social efectiva, sería una burla y, finalmente, una fuente de grave frustración. A la vez, una jurisprudencia de valores, única capaz de hacer pasar los postulados de un Estado material de Derecho hasta la aplicación, exige un sistema judicial fuerte y preparado.”

É muito mais racional supor que as cortes foram destinadas a desempenhar o papel de órgão intermediário entre o povo e o Legislativo, a fim de, além de outras funções, manter este último dentro dos limites fixados para sua atuação. O campo de ação próprio e peculiar das cortes se resume na interpretação das leis. Uma constituição é, de fato, a lei básica e como tal deve ser considerada pelos juizes. Em conseqüência cabe-lhes interpretar seus dispositivos, assim como o significado de quaisquer resoluções do Legislativo. Se acontecer uma irreconciliável discrepância entre estas, a que tiver maior hierarquia e validade deverá, naturalmente, ser a preferida; em outras palavras, a Constituição deve prevalecer sobre a lei ordinária, a intenção do povo sobre a de seus agentes.

Todavia, esta conclusão não deve significar a superioridade do Judiciário sobre o Legislativo. Somente supõe que o poder do povo é superior a ambos; e que, sempre que a vontade do Legislativo, traduzida em suas leis, se opuser à do povo, declarada na Constituição, os juizes devem obedecer a esta, não àquela, pautando suas decisões pelas lei básica, não pelas leis ordinárias.³⁹⁹

Resulta daí a importância da interpretação, certamente jurídica, mas não necessariamente jurisdicional, o que permite a participação de todas as forças sociais, consoante poderia defender Peter Häberle. Nesse ponto, importante refletir, com Luiz Edson Fachin:

As operações jurídicas não são nem podem ser assépticas. A percepção reflexiva, atenta com seu próprio tempo, se pergunta sobre o sentido do respectivo objeto. Termina aí o mito da análise neutra e do exame insípido, notável lição para a doutrina. Mais ainda, a sensibilidade crítica, não apenas teleológica, pode também desvelar pressupostos que nem sempre são postos à discussão. Não raro, o avesso e a dobra expressam mais.⁴⁰⁰

Michel Mialle, em uma visão igualmente mais direcionada ao direito civil, critica a excessiva importância dada ao sistema jurisdicional. Acrescenta:

Por cada processo, quantas situações há, aliás, mais ou menos regulares no plano jurídico, que não levarão nunca os seus autores perante o juiz? Por cada impugnação no Tribunal de Cassação, quantos factos consumados são aceites pelos membros do grupo social? E então se se falasse do direito administrativo! A deformação contenciosa no estudante é nefasta. Encarando o direito sob este aspecto patológico, chega-se a pensar que todo o direito é o direito ditado pelo juiz e <<esquece-se>> tudo o resto; dramatizando o direito na sua função repressiva, <<esquecem-se>> todos os os outros meios pelos quais se cria e funciona o sistema jurídico.⁴⁰¹

No direito penal, essa reflexão por certo remete à cifra negra da criminalidade – ou, no caso do direito penal econômico, à cifra dourada –, ou seja, a todos os crimes praticados que não chegam ao conhecimento das instâncias oficiais de controle social (Polícia, Ministério Público e Judiciário). Entretanto, nessas hipóteses, mormente por se tratar de

³⁹⁹ HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O federalista**. Brasília: UnB, 1984, p. 578.

⁴⁰⁰ FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 228-229.

⁴⁰¹ MIALLE, Michel. **Introdução crítica ao direito**. 2 ed. Lisboa: Estampa, 1994, p. 227.

ramo no qual o monopólio da força pelo Estado, o *jus puniendi*, revela-se mais presente, o crime não existe se não tiver passado pelo crivo judicial. Melhor dizendo, ainda que uma conduta criminosa tenha sido perpetrada, se o fato não for levado ao conhecimento da autoridade judicial, não é penalmente relevante, no sentido de fugir ao campo do conhecimento restrito à esfera penal.

Prossegue ainda Mialle, criticando a ausência de reflexão, “de um debate sobre a função jurisdicional, sobre a perturbação de um serviço público ainda arcaico nas suas manifestações, sobre as relações entre as diversas formas repressivas organizadas pela sociedade”⁴⁰² – situação que seguramente tem-se gradualmente revertido em um momento recente. Segundo o autor, o sistema jurisdicional é não somente um aparelho repressivo, mas também inegavelmente um aparelho ideológico. Assim, “por muita que seja a sua boa vontade, os homens encontram-se num sistema objectivo, que funciona de um dado modo e os obriga a vergarem-se em definitivo à sua lógica”.⁴⁰³

Propõe, por fim, Mialle: “O que a ciência jurídica nos deve revelar é a maneira como funciona realmente a <<justiça>>, enquanto parte do aparelho administrativo de Estado. É justamente o que os nossos juristas não fazem”.⁴⁰⁴ Discutir a aplicação do direito nos crimes econômicos importa justamente em trazer à discussão essa questão. A aplicação indiscriminada da lei penal como meio de combater a impunidade implica em alimentar um mito da completude do sistema. Reforça a crença de que o Poder Judiciário – como estrutura composta por magistrados e servidores, com o auxílio da Polícia, do Ministério Público e da Advocacia – é capaz de abarcar toda essa realidade criada indiscriminadamente pelo legislador como forma de aplacar a sensação de insegurança da opinião pública.

Entretanto, certamente, a atividade jurisdicional sempre assumiu a função de legislador negativo, determinando os limites da aplicação das leis, seja mediante um juízo de constitucionalidade, seja por meio da interpretação.

Todo cidadão é um intérprete do direito, posto que não se esquivava da incidência da lei por desconhecê-la; possui, portanto, o dever de verificar, caso a caso, a adequação de sua conduta ao ordenamento jurídico. O Executivo, por meio de seus agentes, vincula-se à lei para agir e, assim, obriga-se a interpretá-la, até mesmo para verificar as oportunidades nas quais pode discricionariamente escolher como e quando atuar. Dentre os intérpretes, porém, possuem posição privilegiada, por força de sua formação, a Advocacia, o Ministério Público e, de uma forma geral, os doutrinadores. No entanto, o juiz, como cediço, é o intérprete máximo do direito, na medida em que, por força do princípio da inafastabilidade da

⁴⁰² MIALLE, Michel. **Introdução crítica ao direito**. 2 ed. Lisboa: Estampa, 1994, p. 228.

⁴⁰³ Ibid., p. 228.

⁴⁰⁴ Ibid., p. 233.

jurisdição, é o Judiciário quem dará a palavra final em todas as lesões ou ameaças a direitos que são submetidas a sua apreciação.⁴⁰⁵

Nesse ponto, imperioso frisar que Roxin salienta que a lei e a Constituição têm “mandatos político-criminais” que possibilitam o progresso da dogmática na elaboração dessas exigências. Assim destaca-se a importância da atividade legislativa e, conseqüentemente, da interpretação que dela resulta, a qual, por sua vez deve realimentar a produção legiferante:

Dado que o legislador deixou (e necessariamente deve deixar) amplos âmbitos – sobretudo na parte geral – para que sejam concretizados pela interpretação da ciência e da jurisprudência, a dogmática tem muitas possibilidades de desenvolvimento que não tem p. ex. um modelo ontológico, baseado em supostas leis objetivas eternas, ou um modelo de teoria sistêmica que descreve o status quo.

Mas ali onde os objetivos legais não permitam a realização do que tenha sido reconhecido pela política criminal como correto e desejável, deve-se oferecer ao legislador o não realizado de lege lata em forma de projeto de reforma. Isto explica meu trabalho e colaboração em numerosos projetos alternativos. Esta atividade política de reforma me tem acompanhado desde o princípio até o final de meu labor ativo como catedrático, e para mim se subentende como parte necessária do trabalho científico do jurista.^{406 407}

⁴⁰⁵ É certo que essa conclusão parte do pressuposto necessário de que as questões sejam, de fato, submetidas ao crivo do Poder Judiciário. Portanto, não se pode olvidar que, em se tratando da cifra negra da criminalidade, as outras instâncias de controle se encarregam das situações. Nesses moldes, os “intérpretes máximos do Direito” aos quais se referiu passam a ser os membros das Polícias, das Receitas Municipal, Estadual e Federal, do Banco Central do Brasil, dentre outras agências de controle. Ainda, a Mídia e a opinião pública passam a ser também “intérpretes máximos” na medida em que considerarem reprováveis ou não as condutas incriminadas.

⁴⁰⁶ ROXIN, Claus. **La teoría del delito en la discusión actual**. Lima: Jurídica Grijley, 2007, p. 45-46, tradução nossa: “Dado que el legislador ha dejado (y necesariamente debe dejar) amplios ámbitos – sobre todo en la parte general – para que sean concretados por la interpretación de la ciencia y la jurisprudencia, la dogmática tiene muchas posibilidades de desarrollo que no tiene p. ej. un modelo ontológico, basado en supuestas leyes objetivas eternas, o un modelo de teoría sistêmica que describe el status quo.

Pero allí donde los objetivos legales no permitan la realización de lo que haya sido reconocido por la política criminal como correcto y deseable, debe ofrecerse al legislador lo no realizado de lege lata en forma de proyecto de reforma. Esto explica mi trabajo y colaboración en numerosos proyectos alternativos. Esta actividad política de reforma me ha acompañado desde el principio hasta el final de mi labor activa como catedrático, y para mí se sobreentiende como parte necesaria del trabajo científico del jurista.”

⁴⁰⁷ Não se pode, porém, olvidar, o que defende Eliezer Gomes da Silva salienta: “Mantemos a convicção de que sem uma Filosofia do Direito Criminal, uma Ética do Direito Penal, operável no transparente plano dialógico-argumentativo, uma sistematização de princípios que informem, orientem sobre o possível (e não apenas necessário) âmbito do ‘criminalizável’, torna-se de escassa possibilidade qualquer proposta do jurista, do criminólogo ser ouvida, levada em consideração, redundando na velha e cômoda justificativa da ‘vontade do legislador’. Daí entendermos que os enfoques de crítica substantiva, ética (e não meramente política), possuem um maior potencial transformador que os enfoques (notadamente ‘garantistas’) de mera crítica às Políticas criminais vigentes.” (SILVA, Eliezer Gomes da. Direitos humanos como fundamento ético-argumentativo para um conceito material de crime – uma proposta de superação da teoria do bem jurídico-penal. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho (coord.). **Direitos humanos e democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 263; no mesmo sentido, com pequenas alterações na redação, _____. **Fundamentos éticos do direito penal : o conteúdo material do conceito de crime e a busca histórica por uma orientação humanista à criminalização**. São Paulo: USP, 2002, p. 275.)

Nessa medida, afigura-se indispensável a análise da atuação judicial, a qual se mostra mais frutífera sob a visão de um direito dúctil, proposto por Gustavo Zagrebelsky.

7.2 A ATUAÇÃO JUDICIAL DESDE UMA PERSPECTIVA DO DIREITO DÚCTIL DE GUSTAVO ZAGREBELSKY

Gustavo Zagrebelsky⁴⁰⁸ introduz a noção de direito dúctil – em italiano, *diritto mite*, ou seja, manso, tranquilo, sossegado, doce, dócil, compreensivo –, a partir da noção de que as sociedades se tornaram pluralistas, sem um grupo dominante, de molde que cabe à Constituição realizar as condições de possibilidade da vida em comum, pelo que se fala em soberania da Constituição. A imagem da ductibilidade serve, portanto, para indicar o sentido desse caráter essencial do direito dos Estados constitucionais atuais.⁴⁰⁹

Funda-se a ductibilidade na coexistência de valores e princípios – que, por força da pluralidade, não podem ser absolutos –, e no compromisso de fazer valer essa ideia. A única política possível é a inclusiva de integração através da rede de valores e procedimentos comunicativos.⁴¹⁰

Zagrebelsky visa alcançar a convivência dos princípios. Observa que:

Se cada princípio e cada valor se entendessem como conceitos absolutos seria impossível admitir outros junto a eles. É o tema do conflito de valores, que gostaríamos de resolver dando a vitória a todos, mesmo quando não ignoremos sua tendencial inconciliabilidade. No tempo presente parece dominar a aspiração a algo que é conceitualmente impossível, mas altamente desejável na prática: não a prevalência de somente um valor e de somente um princípio, senão a salvaguarda de vários simultaneamente. O imperativo teórico de não contradição – válido para a *scientia juris* – não deveria obstaculizar o labor, próprio da *jurisprudencia*, de intentar realizar *positivamente* a “concordância prática” das diversidades e incluso das contradições que, mesmo sendo assim em teoria, não por isso deixam de ser desejáveis na prática. “Positivamente”: não, portanto, mediante a simples amputação de potencialidades constitucionais, senão principalmente mediante prudentes soluções acumulativas, combinatórias, compensatórias, que conduzam aos princípios constitucionais a um desenvolvimento conjunto e não a um declive conjunto.⁴¹¹

⁴⁰⁸ ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil: ley, derechos, justicia**. 9 ed. Madrid: Trotta, 2009.

⁴⁰⁹ *Ibid.*, p. 14.

⁴¹⁰ *Ibid.*, p. 15.

⁴¹¹ *Ibid.*, p. 16, tradução nossa, grifos do autor. “Si cada principio y cada valor se entendiesen como conceptos absolutos sería imposible admitir otros junto a ellos. Es el tema del conflicto de valores, que querríamos resolver dando la victoria a todos, aun cuando no ignoremos su tendencial inconciliabilidad. En el tiempo presente parece dominar la aspiración a algo que es conceptualmente imposible, pero altamente deseable en la práctica: no la prevalencia de un sólo valor y de un sólo principio, sino la salvaguardia de varios simultáneamente. El imperativo teórico de no contradicción – válido para la *scientia juris* – no debería obstaculizar la labor, propia de la *jurisprudencia*, de intentar realizar *positivamente* la <<concordancia práctica>> de las diversidades e incluso de las contradicciones que, aun siendo tales en teoría, no por ello dejan de ser deseables en la práctica. <<Positivamente>>: no, por tanto, mediante la simple amputación de potencialidades

Para o autor, essa concordância prática, no campo da ação, deve estar aliada a uma atitude mental possibilista ou da possibilidade. Para tanto, faz-se necessária uma dogmática fluida ou líquida que possa conter os elementos do direito constitucional atual, mesmo heterogêneos, agrupando-os em uma construção necessariamente não rígida que dê lugar às combinações que derivem não do direito constitucional, mas da política constitucional. “Trata-se do que se poderia chamar a instabilidade das relações entre os conceitos, consequência da instabilidade resultante do jogo pluralista entre as partes que se desenvolve na vida constitucional concreta”.⁴¹²

Zagrebelsky incentiva a transdisciplinaridade, na medida em que defende que as ciências sociais devem ampliar seus conhecimentos, e adverte:

Os homens e os juristas “inflexíveis e sem matizes” não se comparam bem com o tipo de vida individual e social que reclama o Estado constitucional de nosso tempo. Sua presença, além de ser fonte de fragilidade e emotividade, constitui um potencial de associalidade, agressividade, autoritarismo e, enfim, não somente de inconstitucionalidade, senão também de anticonstitucionalidade.⁴¹³

No direito penal econômico, pode-se inferir que a ductibilidade se faz ainda mais presente, posto que se afigura indispensável compatibilizar valores absolutos, aparentemente inconciliáveis, sendo necessário relativizá-los para possibilitar sua coexistência. Reconhece-se de um lado a necessidade de um direito penal efetivo, no sentido de que ele possa permitir a persecução dos fins legítimos do Estado e alcançar suas verdadeiras funções. Por outro lado, erigindo a noção de *ultima ratio* ao seu lugar de destaque devido, admite-se a possibilidade de que o direito penal não se deva ocupar de tudo indiscriminadamente. Intenta-se compatibilizar a busca de segurança e paz social com a preservação de direitos e garantias fundamentais.⁴¹⁴

Nessa perspectiva, por certo, a interpretação não se limita a um mero silogismo, um juízo de subsunção entre os fatos, premissa menor, e a regra jurídica, premissa maior. Em

constitucionales, sino principalmente mediante prudentes soluciones acumulativas, combinatorias, compensatorias, que conduzcan a los principios constitucionales a un desarrollo conjunto y no a un declive conjunto.”

⁴¹² ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil: ley, derechos, justicia**. 9 ed. Madri: Trotta, 2009, p. 17, tradução nossa. “Se trata de lo que podría llamarse la inestabilidad de las relaciones entre los conceptos, consecuencia de la inestabilidad resultante del juego pluralista entre las partes que se desarrolla en la vida constitucional concreta”.

⁴¹³ Ibid., p. 18, tradução nossa. “Los hombres y los juristas <<inflexibles y sin matices>> no se comparam bien con el tipo de vida individual y social que reclama el Estado constitucional de nuestro tiempo. Su presencia, además de ser fuente de fragilidad y emotividad, constituye un potencial de asocialidad, agresividad, autoritarismo y, en fin, no sólo de inconstitucionalidad, sino también de anticonstitucionalidad.”

⁴¹⁴ A esse respeito, leia-se, dentre outros, SCHÜNEMANN, Bernd. **¡El derecho penal es la ultima ratio para la protección de bienes jurídicos!: Sobre los límites inviolables del derecho penal en un Estado liberal de derecho**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007.

resumo, como salienta Gustavo Zagrebelsky, essa antiga aplicação judicial do direito pode-se conceber assim “à semelhança de uma ação consistente em sobrepôr uma forma a uma matéria para moldá-la segundo seus traços”.⁴¹⁵

Esclarece ainda Zagrebelsky⁴¹⁶ que, segundo a concepção positivista tradicional, a regra jurídica era obtida tendo em conta exclusivamente as exigências do direito. Determinada a regra, sua aplicação concreta se reduzia a um mecanismo lógico sem discricionariedade. Eliminada toda a influência do caso na interpretação do direito, o trabalho da jurisprudência se resumia em servir à vontade do legislador, “em ser expressão do ‘verdadeiro’ significado contido nas fórmulas utilizadas pelo legislador”.⁴¹⁷

Inicialmente, esse legislador era histórico-concreto, aquele cuja vontade real contida na lei se buscava reconstruir. Depois, passou-se a adotar a figura do legislador como abstração, como sujeito ideal que produziu a lei no momento em que era necessário aplicá-la. Essa transformação oriunda das exigências da aplicação do direito, para fazer com que o direito fosse sensível às exigências práticas, objetivava-se por meio de uma ficção, carente de fundamento teórico, para poder tratá-lo mais livremente mediante a interpretação evolutiva.

Produziu-se assim uma contradição entre a vontade de manter uma certa posição ideológica que considerava somente uma vertente da jurisprudência e a vontade de animar a realidade ante o direito legislativo. Ainda segundo Zagrebelsky, essa contradição se manifesta e se torna insustentável quando se passa a adotar uma concepção prática do direito, momento no qual a jurisprudência deve colocar-se a serviço de dois senhores: a lei e a realidade. Adiante, esclarece:

Cabe dizer, em geral, que o caso não se pode compreender juridicamente se não é por referência à norma e esta por referência àquele, pois não é somente o caso que se deve orientar pela norma, senão também a norma que se deve orientar ao caso. A ignorância de cada um de estes elementos da interpretação produziria dois defeitos opostos. Tomar em consideração exclusivamente os casos daria lugar a uma pura e simples “casuística”, incompatível com a existência do direito como ordenamento; tomar em consideração exclusivamente o ordenamento conduziria a uma ciência teórica, inútil para a finalidade do direito. Excesso de concreção em um caso; excesso de abstração no outro. Em qualquer caso, mal entendimento da natureza do direito e mal entendimento da “interpretação” mesma.⁴¹⁸

⁴¹⁵ ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil: ley, derechos, justicia**. 9 ed. Madri: Trotta, 2009, p. 131, tradução nossa. “a semejanza de una acción consistente en superponer una forma a una materia para moldearla según sus trazos”.

⁴¹⁶ Ibid., p. 131-132.

⁴¹⁷ Ibid., p. 132, tradução nossa. “en ser expresión del <<verdadero>> significado contenido en las fórmulas utilizadas por el legislador”.

⁴¹⁸ Ibid., p. 132, tradução nossa. “Cabe decir, en general, que el caso no puede comprenderse jurídicamente si no es por referencia a la norma y ésta por referencia a aquél, pues no es sólo el caso el que debe orientarse por la norma, sino también la norma la que debe orientarse al caso. La ignorancia de cada uno de estos elementos de la interpretación produciría dos defectos opuestos. Tomar en consideración exclusivamente los casos daría lugar a una pura y simple <<casuística>>,”

Essa tensão estabelecida entre a realidade e a norma, de acordo com Zagrebelsky⁴¹⁹, não possibilita a eliminação de um desses fatores. Afastar a norma implicaria em negar a vinculação da atividade judicial ao direito positivo, transformando-a em resolução equitativa de casos. Não se trataria verdadeiramente de interpretação, mas uma criação ocasional do direito pelo juiz que resolve a controvérsia concreta. Por outro lado, afastar a realidade seria negar seu caráter prático, transformando a interpretação em uma mera descrição sistemática de regras válidas por si mesmas. Nesse caso, a interpretação se fecharia em um discurso carente de sentido, desconectada de sua essencial função reguladora e privada de sua razão de ser.

Conforme a concepção prática do direito proposta por Zagrebelsky, “a interpretação jurídica é a busca da norma adequada tanto ao caso como ao ordenamento”.⁴²⁰ Assume, pois, um caráter “bipolar”, direcionada a conjugar ambas as vertentes até chegar a um resultado satisfatório para elas. O intérprete está a serviço do caso e do ordenamento, ao mesmo tempo autônomo e dependente de ambos.

Zagrebelsky⁴²¹ destaca que o próprio vocábulo interpretação, não obstante sua incerta etimologia, por ser constituído da preposição *inter*, sugere uma atividade intermediária ou mediadora entre o caso real e a norma que deve regulá-lo, ou melhor, na linha de tensão que vincula a realidade com o direito, o que representa o replanteamento da luta entre a *ratio* do caso e a *voluntas* da lei. De acordo com o autor, a *ratio* de certa forma se positivou nos princípios constitucionais, ao passo que a *voluntas* deixou de assumir a condição de força cega com imposição cogente. Em razão de a lei se submeter aos princípios constitucionais, essa tensão se realiza, especialmente quando ocorre uma contradição no caso crítico.

Ainda segundo Zagrebelsky⁴²², na interpretação do direito, o caso é o motor que impulsiona o intérprete e marca sua direção. A partir do caso, recorre-se ao direito para interrogá-lo e dele obter uma resposta. Partindo do caso, o intérprete busca as regras e volta a ele, em um procedimento circular (chamado “círculo interpretativo”) de direção bipolar, que finaliza quando se compõem de modo satisfatório as exigências do caso e as pretensões das regras jurídicas.

incompatible con la existencia del derecho como ordenamiento; tomar en consideración exclusivamente el ordenamiento conduciría a una ciencia teórica, inútil para la finalidad del derecho. Exceso de concreción en un caso; exceso de abstracción en el otro. En cualquier caso, malentendimiento de la naturaleza del derecho y malentendimiento de la <<interpretación>> misma.”

⁴¹⁹ ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil: ley, derechos, justicia**. 9 ed. Madri: Trotta, 2009, p. 133.

⁴²⁰ Ibid., p. 133, tradução nossa. “la interpretación jurídica es la búsqueda de la norma adecuada tanto al caso como al ordenamiento”.

⁴²¹ Ibid., p. 133.

⁴²² Ibid., p. 133-134.

De acordo com Zagrebelsky, a interpretação somente é obtida quando o resultado não violenta nem estas nem aquelas. Caso contrário, podem-se verificar as diferenças entre a concepção atual de direito e aquela do Estado de direito decimonônico. Antigamente, nada impedia a aplicação da lei, valendo a máxima *dura lex sed lex*, que é a quintessência do positivismo acrítico. Atualmente – e aqui cumpre salientar que hoje nem sempre se adota a posição ora trazida pelo autor –, a impossibilidade de composição entre o caso e a regra afeta a própria validade da norma. Assim, as exigências dos casos contam mais que a vontade legislativa e podem invalidá-la. No juízo de constitucionalidade a que a própria lei vem submetida, as exigências da lei devem ser sacrificadas em prol das do caso.

No direito penal, em especial no econômico, a posição trazida por Zagrebelsky apresenta maior relevo, uma vez que a aplicação da lei penal não deve ser exigida em toda e qualquer situação, ainda que sob o pretexto da prevenção geral. Esse raciocínio nem sempre pode operar, por uma questão inarredável, em prol da sociedade, mas de forma prevalente em prol do indivíduo cujo comportamento se imputa criminoso. Com efeito, são os direitos e garantias individuais que estão em ameaça quando se interpreta a possível incidência da norma penal e, não obstante a vontade legislativa seja a sua aplicação, esta não opera de plano; ao contrário, o tipo somente incide após criteriosa análise da presença ou não de seus elementos, ou seja, depende sempre da interpretação.

Por tal razão, resulta necessário analisar brevemente os métodos de interpretação, tendo em mente que “o método é, em geral, somente um expediente argumentativo para mostrar que a regra extraída do ordenamento é uma regra possível, quer dizer, justificável em um ordenamento dado”.⁴²³

Ainda com supedâneo em Zagrebelsky⁴²⁴, pode-se afirmar que o pluralismo de métodos é uma característica essencial da nossa cultura jurídica. Nada obstante as tentativas do positivismo legalista, constata-se a ausência de hierarquia entre os métodos. Nesse aspecto, as tentativas do legislador de estabelecer normas legais de interpretação, de fechar o direito positivo em si mesmo, induz à conclusão que “a interpretação não depende da vontade do legislador que pretende regulá-la, senão ao revés, e isso pela simples razão de que também esta vontade deve ser interpretada”.⁴²⁵

A pluralidade de métodos, a ausência de hierarquia e o ecletismo das doutrinas da interpretação são um indício do que hoje aparece como “uma indeterminação da natureza

⁴²³ ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil: ley, derechos, justicia**. 9 ed. Madri: Trotta, 2009, p. 134, tradução nossa. “El método es, en general, sólo un expediente argumentativo para mostrar que la regla extraída del ordenamiento es una regla posible, es decir, justificable en un ordenamiento dado”.

⁴²⁴ Ibid., p. 134-136.

⁴²⁵ Ibid., p. 135, tradução nossa. “La interpretación no depende de la voluntad del legislador que pretende regularla, sino al revés, y ello por la simple razón de que también esta voluntad debe ser interpretada”.

do direito legislativo”.⁴²⁶ Isso porque cada método remete a uma concepção ontológica do direito, *v.g.*, a interpretação sistemática remete à ideia de direito como sistema; a interpretação sociológica, à ideia de direito como produto social.

De acordo com Zagrebelsky, o pluralismo metodológico é uma tendência inarredável, tendo em vista que não se consegue impor a prevalência de um método sobre o outro. Conclui que essa tendência estrutural à multiplicidade de métodos e as concepções substantivas de direito a ela subjacentes situam o problema não mais na natureza, mas na função do direito e de sua interpretação, a qual seria: “o direito escrito nas leis serve para proporcionar aos casos a regra que lhes corresponde, mas carece de poder exclusivo para determiná-la”.⁴²⁷

Nessa esteira, a interpretação legislativa aberta não é um erro que se deva buscar corrigir, mas um aspecto irrenunciável à vista de seu objetivo. Para tanto, o papel do legislador afigura-se indispensável, uma vez que depende da estrutura da lei permitir a interpretação de acordo com as exigências do caso. Isso é possível mediante a adoção de normas elásticas ou abertas, cláusulas gerais como “boa fé” e “interesse público”, oportunidade na qual “é o próprio legislador quem declara sua incapacidade para prever a concreta aplicação e quem autoriza expressamente que os casos e suas exigências obtenham reconhecimento”.⁴²⁸

A compreensão do caso depende, segundo o autor⁴²⁹, de entender seu sentido e atribuir-lhe um valor. Sentido é a conexão entre uma ação e seu resultado social, lógica social que só se alcança relacionando-a com os efeitos que possa produzir. A compreensão de sentido dirige e condiciona a compreensão de valor pelo juízo. As pretensões do caso afetam a quem cria e a quem interpreta o direito; assim, todas as manifestações do direito se sujeitam à lógica do caso. Por outro lado, o direito positivo controla apenas parcialmente os critérios de categorização de sentido e de valor, muito menos os de sentido, uma vez que os valores podem ser estabelecidos positivamente por meio de normas de princípio e os sentidos não podem ser impostos porque isso foge às possibilidades do direito positivo (estabelecido). Afinal, “o direito não se pode separar do ambiente cultural em que se encontra imerso e erigir-se como sistema normativo independente e autossuficiente. É uma parte, conquanto importante, mas somente uma parte, nunca o todo”.⁴³⁰

⁴²⁶ ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil: ley, derechos, justicia**. 9 ed. Madri: Trotta, 2009, p. 135, tradução nossa. “una indeterminación de la naturaleza del derecho legislativo”.

⁴²⁷ Ibid., p. 136, tradução nossa. “el derecho escrito en las leyes sirve para proporcionar a los casos la regla que les corresponde, pero carece de poder exclusivo para determinarla”.

⁴²⁸ Ibid., p. 136, tradução nossa. “es el propio legislador quien declara su incapacidad para prever la concreta aplicación y quien autoriza expresamente que los casos y sus exigencias obtengan reconocimiento”.

⁴²⁹ Ibid., p. 136-138.

⁴³⁰ Ibid., p. 138, tradução nossa. “el derecho no puede separarse del ambiente cultural en que se halla inmerso y erigirse como sistema normativo independiente y autosuficiente. Es una parte, aunque

Conclui Zagrebelsky:

Comprende-se, enfim, que uma vez que aos casos específicos e concretos lhes sejam atribuídas pretensões de sentido e de valor anteriormente desconhecidas, pressionem sobre o direito para que se imponha a solução adequada, não somente mediante reformas legislativas, senão também mediante contínuas reconstruções interpretativas do ordenamento vigente. Para certos casos valerão certas regras. Mas ao mudar os casos, quer dizer, a categorização de sentido e de valor, tender-se-á a buscar novas regras, ainda que as formulações externas do direito positivo permaneçam inalteradas.⁴³¹

Um caso novo é capaz de obscurecer a clareza de um texto que dispensava interpretação, segundo a máxima *in claris non fit interpretatio*. Por isso Zagrebelski fala em “casos críticos”, aqueles que distinguem um antes e um depois na interpretação e permitem promover a chamada interpretação evolutiva a partir da influência das forças de transformação. Podem-se ainda denominar casos críticos aqueles nos quais não existe acordo, mas divisão entre os intérpretes, acerca do sentido e do valor que se lhes deve atribuir.⁴³²

Zagrebelsky⁴³³ destaca, porém, as críticas possíveis quanto ao recurso aos princípios, no sentido de que, assim agindo, estar-se-ia sacrificando a certeza, abrindo caminho ao arbítrio dos intérpretes, autorizados a introduzir pontos de vista mutáveis na reconstrução das regras jurídicas e sua aplicação. No entanto, salienta que, se a interpretação não está ligada ou orientada a um caso, “é um girar no vazio carente de sentido”.⁴³⁴ Esse receio subjetivista está relacionado ao caráter pluralista da sociedade atual e dessa sociedade parcial de juristas e operadores jurídicos, que assumem pontos de vista jurídicos diferentes que se refletem em sua atuação. Além disso, a diversidade se acentua pela novidade de problemas advindos da evolução científica, técnica e econômica. Conclui:

A causa da falta de certeza nos processos de aplicação do direito não radica em uma má disposição mental dos juristas, senão no esgotamento de um quadro de princípios de sentido e de valor compartilhados pela generalidade. Ao faltar o único e seguro “horizonte de expectativa” em ordem aos resultados das operações de interpretação, os caminhos da jurisprudência terminarão se bifurcando e, em muitos casos, perder-se-á

importante, pero sólo una parte, nunca el todo”.

⁴³¹ ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil: ley, derechos, justicia**. 9 ed. Madri: Trotta, 2009, p. 138, tradução nossa. “Se comprende, en fin, que una vez que a los casos específicos y concretos les sean atribuidas pretensiones de sentido y de valor anteriormente desconocidas, presionen sobre el derecho para que se imponga la solución adecuada, no sólo mediante reformas legislativas, sino también mediante continuas reconstrucciones interpretativas del ordenamiento vigente. Para ciertos casos valdrán ciertas reglas. Pero al cambiar los casos, es decir, la categorización de sentido y de valor, se tenderá a buscar nuevas reglas, aunque las formulaciones externas del derecho positivo permanezcan inalteradas.”

⁴³² Ibid., p. 135.

⁴³³ Ibid., p. 144-146.

⁴³⁴ Ibid., p. 145, tradução nossa. “es un girar en el vacío carente de sentido”.

também a possibilidade de distinguir o “principal” dos “desviados”.⁴³⁵

Zagrebelsky sustenta que, apesar desses efeitos negativos à certeza, isso não configura uma anomalia, mas uma consequência dos sistemas jurídicos atuais. Entretanto, deve-se constatar que os princípios que contêm valores de justiça se converteram em direito positivo integrado à Constituição, que a apelação à justiça, junto a outras regras jurídicas, é algo previsto e admitido, bem como que tais princípios consistem fundamentalmente em “noções de conteúdo variável” e, portanto, cumprem uma função dinâmica. Assim, compreende-se que se introduziu no ordenamento uma força permanentemente orientada à transformação. Mister reconhecer a existência de um déficit de certeza, tendência à transformação que pode ser organizada de modo a não destruir outros valores, como a igualdade jurídica, a previsibilidade, a imparcialidade e o caráter não arbitrário da atuação administrativa e judicial.⁴³⁶

Nesse ponto, pode-se destacar a importância do tema central tratado na presente tese à luz do direito penal econômico. No direito penal, existe uma busca natural ao combate à criminalidade. Essa tendência, somada à possibilidade dos magistrados se identificarem com a vítima, mesmo quando se trata de órgãos públicos que desenvolvem funções abstratas, pode acarretar um excessivo rigor nas punições⁴³⁷, como forma de se alcançar uma possível reparação e uma quiçá inalcançável prevenção geral. No direito penal econômico isso opera de forma diferente, porque a natureza dos bens jurídicos tutelados não facilita essa identificação imediata.

A certeza jurídica, do ponto de vista de Zagrebelsky, não é um objetivo realista tampouco desejável. Afinal:

A certeza descarregaria sobre o legislador uma tarefa insuportável de incessante modificação do direito vigente, uma tarefa que se desenvolve, em câmbio, no labor silencioso e soterrado das salas dos tribunais e dos estudos dos juristas. E isso sem levar em conta que muitos dos novos questionamentos feitos ao direito pelo progresso tecnológico (pense-se na tecnologia genética) quiçá possam encontrar de forma mais adequada uma

⁴³⁵ ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil: ley, derechos, justicia**. 9 ed. Madri: Trotta, 2009, p. 146, tradução nossa. “La causa de la falta de certeza en los procesos de aplicación del derecho no radica en una mala disposición mental de los juristas, sino en el agotamiento de un cuadro de principios de sentido y de valor compartidos por la generalidade. Al faltar un único y seguro <<horizonte de expectativa>> en orden a los resultados de las operaciones de interpretación, los caminos de la jurisprudencia terminarán bifurcándose y, en muchos casos, se perderá también la posibilidad de distinguir el <<principal>> de los <<desviados>>.”

⁴³⁶ Ibid. p. 146.

⁴³⁷ Principalmente em se tratando de delitos comuns, tais como crimes contra a liberdade sexual ou aqueles praticados mediante violência e mesmo crimes contra o patrimônio, os juízes podem cogitar como se sentiriam se fossem vítimas do crime ou se tivessem algum familiar nessa condição. Certamente, esse processo de identificação produz efeitos extremamente desfavoráveis ao acusado, que vê cerceadas as possibilidades de real compreensão de sua eventual inocência ou de sua culpabilidade. Nessa linha, o magistrado, identificado com a vítima, tende a fazer uso do processo e da pena como instrumentos de vingança, ou seja, abusando dos meios punitivos, de forma meramente retributiva, sem qualquer medida de razoabilidade.

primeira resposta em um procedimento judicial, no qual se confrontem prudentemente os princípios implicados, do que em assembleias políticas, onde o recurso a princípios é com frequência um instrumento partidário.⁴³⁸

Zagrebelsky⁴³⁹ destaca a importância da razoabilidade, atitude espiritual particular exigida de quem opera juridicamente diante da coexistência entre direitos, justiça e lei, e a adequação entre casos e regras. A razoabilidade “alude à necessidade de um espírito de ‘adaptação’ de alguém com relação a algo ou a algum outro, com o fim de evitar conflitos mediante a adoção de soluções que satisfaçam a todos no maior grau que as circunstâncias permitam”.⁴⁴⁰ Assim, passou a ser requisito objetivo, sendo razoável o direito que não se fecha à coexistência pluralista. Segundo o autor, o caráter razoável se revela na categorização dos casos à luz dos princípios e na busca da regra aplicável ao caso. Na busca dessa razoabilidade de conjunto consiste o trabalho de unificação do direito que tem designada como tarefa a jurisprudência. Essa função unificadora da jurisprudência se orienta pelas exigências de justiça substantiva materializadas nos casos a serem resolvidos juridicamente. A tensão entre o caso e a regra reintroduz a equidade no direito, como consequência da constitucionalização dos direitos e dos princípios de justiça, bem como do final da onipotência da lei. Zagrebelsky adverte:

Mas, sobretudo, e operativamente, o ressurgir da equidade não pode deixar de pôr em questão a atual estrutura organizativa e funcional do poder judicial, concebida em um âmbito ideal completamente distinto, no qual a jurisdição se entendia positivamente como aplicação unilateral, mecânica, passiva, “técnica” da lei por parte de funcionários-burocratas.⁴⁴¹

Essa questão deve ser posta em relevo quando se trata da aplicação do direito penal econômico que demanda, em última análise, o desenvolvimento de uma cultura de interpretação do direito, voltada à concretização dos direitos e garantias previstos na Constituição e afastada da noção anterior de mera aplicação da lei. É necessário, portanto,

⁴³⁸ ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil: ley, derechos, justicia**. 9 ed. Madri: Trotta, 2009, p. 147, tradução nossa: “La certeza descargaría sobre el legislador una tarea insoportable de incesante modificación del derecho vigente, una tarea que se desarrolla, en cambio, en la labor silenciosa y soterrada de las salas de los tribunales y de los estudios de los juristas. Y ello sin tener en cuenta que mucho de los nuevos interrogantes planteados al derecho por el progreso tecnológico (piénsese en la tecnología genética) quizás puedan encontrar de forma más adecuada una primera respuesta en un procedimiento judicial, en el que se confronten prudentemente los principios implicados, que en asambleas políticas, donde el recurso a principios es con frecuencia un instrumento partidista.”

⁴³⁹ Ibid., p. 147-148.

⁴⁴⁰ Ibid., p. 147, tradução nossa: “alude a la necesidad de un espíritu de <<adaptación>> de alguien respecto a algo o a algún otro, con el fin de evitar conflictos mediante la adopción de soluciones que satisfagan a todos en el mayor grado que las circunstancias permitan”.

⁴⁴¹ Ibid., p. 148, tradução nossa: “Pero, sobre todo, y operativamente, el resurgir de la equidad no puede dejar de poner en cuestión la actual estructura organizativa y funcional del poder judicial, concebida en un ámbito ideal completamente distinto, donde la jurisdicción se entendía positivamente como aplicación unilateral, mecánica, pasiva, <<técnica>> de la ley por parte de funcionarios-burócratas.”

rediscutir pontos da dogmática jurídico-penal, que fogem à mera subsunção quando o aplicador se confronta com os casos concretos e que devem necessariamente dialogar com a orientação político-criminal⁴⁴² e com aspectos criminológicos. Nessa perspectiva, mormente em um sistema rígido como o direito penal, exsurge a importância da possibilidade de resgate da verdadeira função do direito penal e da busca de um significado para essa intromissão drástica do direito na esfera individual, pontos que foram anteriormente desenvolvidos.

Nesse sentido, Zagrebelsky questiona essa posição atual do juiz, que se vê responsável pela gestão estatal de um direito que já não é mais apenas vontade do Estado, o que demandaria reformas para aproximar a extraordinária profundidade e criatividade da função judicial atual à organização na qual esta se desenvolve, “originariamente pensada para um grupo de funcionários públicos cuja característica mais apreciada era a apatia social e o hábito de ocultar as próprias decisões detrás de um burocrático *ita lex*”.⁴⁴³ Assim, a magistratura no Estado constitucional assume uma posição dual entre o Estado, poder político-legislativo, e a sociedade, na qual surgem os casos que geram pretensões em nome dos princípios constitucionais. Os juízes devem, pois, ser ao mesmo tempo dependentes, no sentido de fidelidade, e independentes, entendida esta como autonomia, tanto dessa organização que expressa a lei como da sociedade titular de pretensões constitucionalmente garantidas. Além das responsabilidades da ciência jurídica, Zagrebelsky complementa:

As formas de recrutamento dos juízes, a concepção de sua

⁴⁴² Diálogo iniciado com Von Liszt e consolidado com Roxin (ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general**. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Madri: Civitas, 2003.). Hassemmer interpreta a expressão de Von Liszt (direito penal como limite intransponível da política criminal) no sentido de que “a intenção político-criminal e a vontade jurídico-penal encontram na lei os seus limites.” (HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do direito penal** (*Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005, p. 268.) Roxin sustenta englobar “não somente a eleição das sanções preventivo-especiais (ou também, em outras concepções básicas, preventivo-gerais) que sejam mais efetivas para prevenir o delito, senão a totalidade dos aspectos valorativos, segundo nossa Constituição e legislação penal, que sejam determinantes na fixação e configuração tanto dos pressupostos da punibilidade como também das sanções. Logo, também os elementos limitadores da pena de nosso ordenamento penal, como a frase do ‘*nullum crimen*’ ou o princípio de culpabilidade, são, para mim, componentes da política criminal de um Estado de Direito.” (ROXIN, Claus. **La teoría del delito en la discusión actual**. Lima: Jurídica Grijley, 2007, p. 42, tradução nossa: “no solamente la elección de las sanciones preventivo-especiales (o también, en otras concepciones básicas, preventivo-generales) que sean más efectivas para prevenir el delito, sino la totalidad de los aspectos valorativos, según nuestra Constitución y legislación penal, que sean determinantes en la fijación y configuración tanto de los presupuestos de la punibilidad como también de las sanciones. Luego, también los elementos limitadores de la pena de nuestro ordenamiento penal, como la frase del <<nullum crimen>> o el principio de culpabilidad, son, para mí, componentes de la política criminal de un Estado de Derecho.”

⁴⁴³ ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil: ley, derechos, justicia**. 9 ed. Madri: Trotta, 2009, p. 149, tradução nossa: “originariamente pensada para un grupo de funcionarios públicos cuya característica más apreciada era la apatía social y el hábito de ocultar las propias decisiones detrás de un burocrático *ita lex*”

responsabilidade, a valoração de suas aptidões, a estrutura dos órgãos nos quais se desenvolve sua carreira, o modo de organizar seu trabalho, uma nova definição das competências judiciais que elimine da jurisdição tudo o que é somente “legisdição”, e não propriamente “jurisdição”, e que bem poderia ser desenvolvido por órgãos administrativos independentes, são somente alguns dos aspectos implicados.⁴⁴⁴

Essa proposta certamente encontraria obstáculo na já citada inafastabilidade da jurisdição, sem se olvidar que, não obstante a previsão constitucional (art. 5º, XXXV), há exceções aplicadas e louváveis nas hipóteses de mediação e arbitragem, situações nas quais se admite que os casos sejam dirimidos por pessoa diversa do juiz. Ademais, conforme salientado, o Judiciário ocupa posições antes atribuídas ao Executivo e ao Legislativo, em razão da inércia destes. Portanto, exigir da Administração uma atuação mais contundente implica no seu aparelhamento, o que depende de questões de governo e alocação de recursos orçamentários. De qualquer forma, a questão assume especial relevo no que tange ao direito penal econômico, tendo em vista que grande parte das condutas poderia ser facilmente resolvida na seara administrativa, com medidas não inócuas como a imposição de multas, suspensão de atividades e apreensão de bens. Nesse ponto, porém, fica a ressalva do juiz federal Júlio Schattschneider:

A crescente assimilação e a direta realização de atividades tipicamente administrativas pelo Poder Judiciário, além de inconstitucional, têm contribuído para que toda a administração se torne cada vez mais ineficiente. [...]

À Justiça deve ser reservada a tarefa de controlar a legalidade dos atos administrativos seus e dos demais poderes – não lhe cabe praticá-los diretamente. Se não há estrutura material e de pessoal suficientes para que o próprio Poder Executivo exerça as suas atribuições, este é um problema que ele mesmo deve resolver (a Receita Federal do Brasil não teria atingido o nível de excelência que possui hoje se esta fosse uma tarefa impossível).⁴⁴⁵

No entanto, esse delineamento das reais funções do Judiciário, como meio de expressão das expectativas sociais e concretização da Constituição é necessário, tendo em vista que: “Os políticos aproveitam a crise de legitimidade da jurisdição para intentar operações involutivas que suporiam um abandono não somente das exigências do Estado

⁴⁴⁴ ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil: ley, derechos, justicia**. 9 ed. Madri: Trotta, 2009, p. 149-150, tradução nossa: “Las formas de reclutamiento de los jueces, la concepción de su responsabilidad, la valoración de sus aptitudes, la estructura de los órganos en los que se desarrolla su carrera, el modo de organizar su trabajo, una nueva definición de las competencias judiciales que elimine de la jurisdicción todo lo que es sólo <<legisdicción>>, y no propiamente <<jurisdicción>>, y que bien podría ser desarrollado por órganos administrativos independientes, son sólo algunos de los aspectos implicados.”

⁴⁴⁵ SCHATTSCHEIDER, Julio Guilherme Berezoski. Porcos assados, Viktor Navorski e os Juizados Federais. **Revista online IBRAJUS**. 23 jun. 2009. Disponível em: <<http://www.ibrajus.org.br/revista/artigo.asp?idArtigo=124>>. Acesso em: 30 jan. 2010.

constitucional, senão incluso do Estado de direito”.⁴⁴⁶

A redefinição das funções judiciais acarreta a necessidade de compreender em que ponto se situa a atividade do legislador. Zagrebelsky analisa assim o posto do legislador no Estado constitucional, principiando por definir que isso depende da característica aberta ou não da Constituição, da relação entre legislação e jurisdição e, enfim, da escolha entre legalismo e constitucionalismo. O constitucionalismo envolve toda a legislação em uma rede de vínculos jurídicos que deve ser recolhida pelo juiz; a Constituição é um programa positivo de valores que deve ser implementado pelo legislador; os juízes são autorizados a realizar um controle de fundo e ilimitado sobre todas as decisões dos legisladores. Por outro lado, o legalismo se preocupa com a autonomia do legislador e exige que a atuação judicial esteja inserida em limites que respeitem essa autonomia; a Constituição é um bosquejo orientativo que deve ser simplesmente respeitado pelo legislador; os juízes se vêem induzidos a reconhecer ampla liberdade do legislador naquilo que não foi previsto por normas constitucionais.⁴⁴⁷

No entanto, o autor alerta para o excesso de juridificação e constitucionalização da vida política, com o esvaziamento da atividade legislativa, tendo em vista que as regras são extraídas pelos juízes diretamente da Constituição. Reconhece assim a necessidade de se conferir ao legislador a possibilidade de atuação, de exercer seu direito a contribuir politicamente à formação do ordenamento jurídico, por ser um imperativo da democracia. Deve-se resignar, porém, a ver suas leis tratadas como parte do direito e não como todo o direito. Conclui Zagrebelsky:

Hoje, certamente, os juízes têm uma grande responsabilidade na vida do direito desconhecida nos ordenamentos do Estado de direito legislativo. Mas os juízes não são os senhores do direito no mesmo sentido em que era o legislador no século passado. São mais exatamente os garantes da complexidade estrutural do direito no Estado constitucional, quer dizer, os garantes da necessária e dúctil coexistência entre lei, direitos e justiça. É mais, poderíamos afirmar como conclusão que entre Estado constitucional e qualquer “senhor do direito” há uma radical incompatibilidade. O direito não é um objeto propriedade de alguém, senão que deve ser objeto do cuidado de todos.⁴⁴⁸

⁴⁴⁶ ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil: ley, derechos, justicia**. 9 ed. Madri: Trotta, 2009, p. 150, tradução nossa: “Los políticos aprovechan la crisis de legitimidad de la jurisdicción para intentar operaciones involutivas que supondrían un abandono no sólo de las exigencias del Estado constitucional, sino incluso del Estado de derecho”.

⁴⁴⁷ Ibid., p. 150-153.

⁴⁴⁸ Ibid., p. 153, tradução nossa: “Hoy, ciertamente, los jueces tienen una gran responsabilidad en la vida del derecho desconocida en los ordenamientos del Estado de derecho legislativo. Pero los jueces no son los señores del derecho en el mismo sentido en que lo era el legislador en el pasado siglo. Son más exactamente los garantes de la complejidad estructural del derecho en el Estado constitucional, es decir, los garantes de la necesaria y dúctil coexistencia entre ley, derechos y justicia. Es más, podríamos afirmar como conclusión que entre Estado constitucional y cualquier <<señor del derecho>> hay una radical incompatibilidad. El derecho no es un objeto propiedad de uno, sino que debe ser objeto del cuidado de todos.”

O aporte trazido por esta noção de direito dúctil permite concluir pela indispensabilidade da interpretação, plasmada na figura do juiz, no equilíbrio entre os princípios constitucionais e as exigências do caso concreto. Zagrebelsky enfatiza, porém, na linha do que propõe Häberle, a pluralidade da sociedade, o que amplia as possibilidades do direito. Nessa realidade, não é mais possível ignorar a presença dos múltiplos intérpretes.

No entanto, mormente para os fins da presente tese, deve-se por em relevo a atividade do magistrado na concretização do direito. Assim, resta necessário analisar melhor a atuação judicial em sua atividade interpretativa e criativa, no âmbito do chamado ativismo judicial.

7.3 INTERPRETAÇÃO E CRIAÇÃO JUDICIAL DO DIREITO: ATIVISMO JUDICIAL EM MEIO ÀS FORÇAS DE PODER

Quando se pretende tratar de ativismo judicial, entendido este no sentido de uma maior liberdade do juiz na aplicação do direito, mister delinear os limites entre interpretação e criação judicial do direito.

Cappelletti, em sua clássica obra *Juízes legisladores?*, desde logo, esclarece inexistir oposição entre interpretação e criação de direito. Na verdade, o problema é “o do *grau de criatividade* e dos *modos, limites e aceitabilidade* da criação do direito por obra dos tribunais judiciários”.⁴⁴⁹ Apesar de ser intrínseco à interpretação um grau de criatividade – discricionariedade, não arbitrariedade, e escolha –, não há total liberdade ao intérprete, razão pela qual sempre se impõe limites, processuais e substanciais, à liberdade judicial. Entretanto, ressalva que “quando se fala dos juízes como criadores do direito, afirma-se nada mais que uma óbvia banalidade, um truísmo privado de significado: é natural que toda interpretação seja criativa e toda interpretação judiciária ‘*law-making*’”.⁴⁵⁰

Cappelletti salienta que a criatividade judicial – especialmente um alto grau desta – pode ser benéfica ou maléfica, a depender das circunstâncias contingentes, de tempo e lugar, de cultura, de necessidades reais de determinada sociedade, circunstâncias estas que envolvem organização e estrutura das instituições e os tipos de magistratura que exercem tal criatividade.⁴⁵¹

Uma das principais críticas feitas ao poder criativo da atuação jurisdicional é a sua falta de legitimidade democrática, principalmente pela ausência de eleições para o cargo de juiz. No entanto, Cappelletti refuta essa noção.⁴⁵² Inicialmente, tendo em vista que restou

⁴⁴⁹ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993, p. 21, grifos do autor.

⁴⁵⁰ *Ibid.*, p. 24-25.

⁴⁵¹ *Ibid.*, p. 92.

⁴⁵² *Ibid.*, p. 92-107.

superada a ilusão de que os poderes políticos representam totalmente a vontade dos governados ou da maioria deles. Além disso, o Judiciário possui um certo grau de representatividade, por meio da indicação aos membros dos tribunais constitucionais, bem como porque os tribunais superiores – e, acrescente-se, de uma forma geral, os demais juízes – são cada vez mais chamados a convencer o público da legitimidade de suas decisões. Da mesma forma, o Judiciário permite o acesso das minorias – ou, segundo Appio, “maiorias politicamente desorganizadas”⁴⁵³ –, grupos facilmente excluídos dos processos político-legislativos. Ademais, inclusive por conta desse acesso, os juízes desenvolvem suas atividades em conexão direta com as partes interessadas, possibilitando uma participação até maior que nos demais processos da atividade pública. O juiz, apesar de por vezes afastado da realidade da vida social, é obrigado a debruçar sobre ela diariamente, decidindo casos sobre pessoas reais, fatos concretos e problemas atuais da vida. Por isso, “a produção judiciária do direito tem a potencialidade de ser altamente democrática, vizinha e sensível às necessidades da população e às aspirações sociais”.⁴⁵⁴ Segundo este autor, é importante facilitar o acesso de todos os estratos da população ao sistema de seleção de juízes, o que torna necessário o acesso à educação para tanto, assim também proporcionar igual oportunidade de acesso da população aos tribunais. Nesse ponto, porém, fica a ressalva de Appio:

Todavia, o processo de seleção e escolha dos juízes no Brasil ainda é muito conservador, na medida em que “elege” um padrão ideal de comportamento e conhecimento jurídico que só episodicamente representa todos os estratos da sociedade brasileira.⁴⁵⁵

Ao final, Cappelletti conclui:

Parece bem evidente que a noção de democracia não pode ser reduzida a uma simples idéia majoritária. Democracia, como vimos, significa também participação, tolerância e liberdade. Um judiciário razoavelmente independente dos caprichos, talvez momentâneos, da maioria, pode dar uma grande contribuição à democracia; e para isso em muito pode colaborar um judiciário suficientemente ativo, dinâmico e criativo, tanto que seja capaz de assegurar a preservação do sistema de *checks and balances*, em face do crescimento dos poderes políticos, e também controles adequados perante os outros centros de poder (não-governativos ou quase governativos), tão típicos das nossas sociedades contemporâneas.⁴⁵⁶

Quando se aborda a independência do Judiciário, indispensável tratar da influência

⁴⁵³ APPIO, Eduardo. A judicialização da política em Dworkin. **Seqüência**, Florianópolis, n. 47, dez. 2003, p. 90.

⁴⁵⁴ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993, p. 105.

⁴⁵⁵ APPIO, op. cit., p. 95.

⁴⁵⁶ CAPPELLETTI, op. cit., p. 107.

do mercado. É certo que o mercado global influi na tomada de decisões do Estado ao traçar suas políticas, especialmente a econômica.

Se um país oferecer retorno baixo aos investimentos, sofrerá fuga de capital e depreciação da moeda. Em uma economia globalizada, os investimentos podem migrar facilmente de um país a outro, de acordo com o tratamento regulatório dado ao lucro. O capital somente permanece investido no país enquanto for satisfatório e isso produz reflexos no valor da moeda local no cenário internacional e em relação ao dólar. Além disso, a maneira como o governo se relaciona com a economia, ou seja, a maneira como taxa o lucro e de que forma investe as receitas tributárias pode influir nessa tomada de decisões dos investidores em optar ou não por determinado país.⁴⁵⁷ Por essa razão, todas as políticas financeiras, incluindo as tributárias e de gastos dos governos, estão limitadas pela opinião do mercado sobre como deveriam ser.

Além disso, o mercado restringe áreas da política, com a ajuda da pontuação atribuída pelos organismos de avaliação de crédito a governos e entidades públicas. Planos que desagradam têm efeito automático sobre as taxas de juros, independentemente de afetarem ou não os gastos públicos.

Os analistas de mercado estimam um “fator de risco político” para cada país, que se expressa por meio de uma sobretaxa sobre os juros correntes dos títulos do governo, o que visa compensar a possibilidade de futuras mudanças políticas desfavoráveis ao capital. Dessarte, qualquer proposta de aumento da tributação, especialmente sobre o capital, ou qualquer aumento do déficit orçamentário que exija mais empréstimos públicos poderá acarretar aumento da taxa de juros.^{458 459}

Nessa perspectiva, mormente no direito penal econômico, para que os juízes sejam independentes, devem considerar essas forças de poder ao decidirem, no sentido de saber em que medida o mercado está ou não influenciando. Dependendo da sua orientação

⁴⁵⁷ Colin Leys trata bem a relação entre o mercado global e os governos, especialmente a forma como estes pautam suas decisões com base na percepção do mercado ou sob sua influência direta. A partir do acordo de Bretton Woods e da formação do mercado global, aborda como as empresas influem na chamada “política de mercado”. (LEYS, Colin. **A política a serviço do mercado**. Rio de Janeiro: Record, 2004, p. 106-113.)

⁴⁵⁸ Ibid., p. 36.

⁴⁵⁹ A respeito disso, veja-se a recente “crise” desencadeada nos Estados Unidos e, via reflexa, em todo o mundo. Em razão da discussão política entre republicanos e democratas sob a possibilidade de aumento do endividamento público, o que decorre especialmente da adoção pelo Governo Obama de medidas de política social impopulares com os blocos conservadores, cogitou-se de uma possível moratória dos títulos americanos. Nesse clima de instabilidade, a Standard & Poors, principal agência responsável pela avaliação dos países, rebaixou os EUA da maior classificação (AAA) para a imediatamente inferior (AA+). (STANDARD & POORS. **United States of America long-term rating lowered to 'AA+' due to political risks, rising debt burden; outlook negative**. 05 ago. 2011. Disponível em: <<http://www.standardandpoors.com/ratings/articles/en/us/?assetID=1245316529563>>. Acesso em: 20 dez. 2011.) Isso desencadeou e revelou fenômenos antes impensáveis nos EUA, como a existência de sem-tetos devido à especulação imobiliária e o movimento de ocupação de Wall Street, centro nevrálgico da economia mundial.

ideológica, o magistrado poderá considerar nociva tal influência. No entanto, independentemente da opção do juiz, é importante que ele compreenda as possíveis ingerências e, na medida do possível, explicita sua posição adotada, uma vez que se trata de um fator preponderante na fundamentação de suas decisões.

Impende salientar que o juiz federal Eduardo Appio constata que:

as decisões em sede de controle concentrado de constitucionalidade das leis têm sido conservadoras e não raro privilegiam e legitimam uma decisão tomada pelo Executivo, o qual, em muitos casos, apenas executa políticas econômicas ditadas por organizações empresariais estrangeiras.⁴⁶⁰

Nessa linha de raciocínio, o juiz Cláudio Baldino Maciel, em palestra apresentada na Reunião do Grupo Ibero-americano da União Internacional de Magistrados, em 25 de fevereiro de 2000, na Costa Rica, aborda a ingerência do Banco Mundial na reforma do Judiciário na América Latina, o que no Brasil culminou na edição da Emenda Constitucional nº 45/2004, dentre outras reformas pontuais. Adota posição veementemente contrária a tal postura, assim se pronunciando: “O desenvolvimento econômico é, por certo, finalidade a ser obtida pelos governos. Mas não é, decididamente, tarefa do Judiciário. O Judiciário não produz e não deve produzir desenvolvimento econômico. O Judiciário produz e deve produzir justiça.”⁴⁶¹

A despeito de qualquer discussão sobre a busca pelo ideal de Justiça⁴⁶², deve-se discordar da assertiva, na medida em que a atuação judicial tem um papel importante na produção do desenvolvimento econômico e social. O juiz deve assim ter em mente que suas decisões irão influir não somente nas vidas das pessoas envolvidas no processo, mas principalmente no desenvolvimento regular de toda a sociedade, incluso do ponto de vista econômico. Nesse sentido, em pesquisa oriunda da Diretoria de Estudos Macroeconômicos do IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, Pinheiro destaca que:

há também um amplo conjunto de trabalhos que mostra empiricamente a importância dos sistemas legais e jurídicos na determinação da taxa de crescimento econômico. Quer dizer, que variações na qualidade dos sistemas legais e judiciais são importantes determinantes do ritmo de crescimento e do desenvolvimento econômico dos países.⁴⁶³

Entretanto, importa salientar que essa discussão envolve análises de eficiência, que

⁴⁶⁰ APPIO, Eduardo. A judicialização da política em Dworkin. **Seqüência**, Florianópolis, n. 47, dez. 2003, p. 92.

⁴⁶¹ MACIEL, Cláudio Baldino. **O juiz independente no Estado Democrático**. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/w3/fsmrn/biblioteca/28_claudio_maciel.html>. Acesso em: 30 abr. 2008.

⁴⁶² Ideal este que remonta a Aristóteles, conforme trabalho no capítulo V de seu “Ética a Nicômacos”. (ARISTÓTELES. **Ética a Nicômacos**. 3 ed. Brasília: UnB, 1992.)

⁴⁶³ PINHEIRO, Armando Castelar. **Direito e economia num mundo globalizado: cooperação ou confronto?** Texto para discussão nº 963. Rio de Janeiro: Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão; Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, 2003, p. 3.

foram anteriormente analisadas.⁴⁶⁴

Não se pode, porém, negar que as decisões judiciais não são estritamente jurídicas, mas sofrem impactos políticos. Fala-se então em um duplo processo: judicialização da política e politização da justiça. Resta inegável que a Constituição estabelece o marco regulatório da atuação estatal, bem como assegura o exercício dos direitos e garantias fundamentais, razão pela qual ela tem sido chamada de estatuto jurídico do político⁴⁶⁵, “daí, a dificuldade em se estabelecer limites visíveis de separação entre o jurídico e o político, mormente em se tratando de matéria constitucional”.⁴⁶⁶ O juiz federal Artur César de Souza destaca: “Todas as vezes que se evidencia o caráter político das decisões judiciais, vezes conservadoras manifestam-se contrária a essa tendência, sob o argumento de que esta postura teria uma característica antidemocrática.”⁴⁶⁷

Com efeito, Lênio Streck defende a autonomia do direito, com a Constituição como fundamento normativo, como condição de possibilidade, propondo que “isso não pode significar que o jurídico seja aquilo que a jurisdição diga que é. Se assim se admitir, corre-se o risco de suprimir a democracia, *substituindo-se a onipresença da vontade geral pelo governo dos juízes.*”⁴⁶⁸

No entanto, é um fato inegável, sobremaneira após a Constituição de 1988, que inúmeras questões políticas são submetidas à apreciação do Judiciário. Segundo Appio, ao comentar a obra de Ronald Dworkin, isso se justifica em razão da “complexidade das atividades desempenhadas pelo Estado e as colisões de tais atividades com os interesses de milhões de pessoas no Brasil”, sendo que a migração das questões políticas para a esfera judicial configura “um sintoma de democratização na tomada de decisões.”⁴⁶⁹

No outro polo, intimamente ligada à judicialização da política, encontra-se a politização da justiça. Nesse sentido, Ferraz Jr. defende a neutralização política e sustenta:

Uma Justiça politizada, ao contrário, compartilha da responsabilidade pelos resultados do uso da violência, fazendo do juiz um justiceiro e do processo um movimento na direção dos famigerados tribunais de exceção. Ou seja, a Justiça politizada arrisca-se a render-se ao *marketing* das opiniões, reduzindo o direito a elas, o que funciona bem no Legislativo mas que, no Judiciário, torna opaco o uso da força, conduzindo-a à banalidade e à

⁴⁶⁴ Capítulos 5 e 6.

⁴⁶⁵ CASTANHEIRA NEVES apud CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7 ed. Coimbra : Almedina, 2003, p. 1435.

⁴⁶⁶ NOJIRI, Sergio. **A interpretação judicial do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 187.

⁴⁶⁷ SOUZA, Artur César de. **A parcialidade positiva do juiz**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 165.

⁴⁶⁸ STRECK, Lenio Luiz. Prefácio. In: ROSA, Alexandre Moraes da; LINHARES, José Manuel Aroso. **Diálogos com a Law & Economics**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. X, grifos do autor.

⁴⁶⁹ APPIO, Eduardo. A judicialização da política em Dworkin. **Seqüência**, Florianópolis, n. 47, dez. 2003, p. 90.

trivialidade dos jogos de interesses.⁴⁷⁰

Prossegue Ferraz Jr.:

Este *marketing* [de manipulação política da própria política] serve-se dos meios de comunicação e provoca uma hipertrofia do poder que acaba por atingir o próprio Judiciário de forma paradoxal: sua neutralização torna-se, ela mesma, política, isto é, ela é politicamente contaminada, passando a sustentar-se por meios políticos, como a busca de apoio da opinião, a geração de consenso popular, a manutenção da imagem (o juiz “progressista”, a decisão conforme a vontade do povo), a busca do prestígio (a decisão de repercussão nacional, a entrevista na TV), etc. O risco, nisso tudo, fica, no entanto, por conta de uma rendição da Justiça à tecnologia do sucesso, com a transformação do direito em simples e corriqueiro objeto de consumo.

[...] A neutralização política do Judiciário é que institucionaliza a prudência como uma espécie de guardião ético dos objetos jurídicos. Ora, com a politização da Justiça tudo passa a ser regido por relações de meio e fim. O direito não perde sua condição de bem público, mas perde o seu sentido de prudência, pois sua legitimidade deixa de repousar na concórdia *potencial* dos homens, para fundar-se numa espécie de coerção: a coerção da eficácia funcional. Ou seja, politizada, a experiência jurisdicional torna-se presa de um jogo de estímulos e respostas que exige mais cálculo do que sabedoria. Segue-se daí uma relação tornada meramente pragmática do juiz com o mundo. Pois, vendo ele o mundo como um problema político, sente e transforma sua ação decisória em pura opção técnica, que deve modificar-se de acordo com os resultados e cuja validade repousa no bom funcionamento.⁴⁷¹

Boaventura de Sousa Santos segue a mesma linha, salientando que: “A politização da justiça coloca o sistema judicial numa situação de stress institucional que, dependendo da forma como o gerir, tanto pode revelar dramaticamente a sua fraqueza como a sua força.” Segundo o autor, é necessário que o Judiciário revele sua força, demonstrando que sabe atuar celeremente e, mesmo sob stress, atuar tecnicamente, de modo a neutralizar tentativas de pressão ou manipulação. Uma das manifestações da politização é a relação da mídia com o sistema judicial, o que “transforma a plácida obscuridade dos processos judiciais na trepidante ribalta mediática dos dramas judiciais.” A imprensa compartilha com o Judiciário a divisão dicotômica entre ganhadores e perdedores, mas, ao contrário da ação judicial, a ação midiática é dominada por tempos instantâneos e dispensa prolongados procedimentos de contraditório e produção de provas convincentes. Por fim, conclui que “as iniciativas tomadas para atenuar ou regular o conflito entre o judicial e o político não terão qualquer eficácia se os meios de comunicação social não forem incluídos no pacto institucional.”⁴⁷²

É imperioso destacar, todavia, que a neutralidade é um mito que se cultiva. O juiz é

⁴⁷⁰ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência? **Revista USP**, São Paulo, n. 21, mar. / mai. 1994, p. 18.

⁴⁷¹ *Ibid.*, p. 21.

⁴⁷² SOUSA SANTOS, Boaventura de. **A judicialização da política**. Público, 26 mai. 2003. Disponível em: <<http://www.ces.uc.pt/opiniaio/bss/078.php>>. Acesso em: 30 jan. 2010.

ser vivente, não um ente que paira sobre as nuvens para exercer seu mister quando invocado; é alguém que vive e convive com aqueles que julga. Ademais, tem uma origem social e, como já salientado, uma orientação ideológica.⁴⁷³ Pode e deve, porém, ser imparcial. Mas todas suas fontes de interpretação – dos fatos e das normas – são sempre parciais, seja porque defendem seus próprios interesses (partes e procuradores), seja porque estiveram de alguma forma envolvidos na realidade (testemunhas), seja em razão da forma como se aproxima dos fatos (mesmo os peritos, ainda que equidistante das partes, nem sempre são parciais, por força da formação e do convencimento pessoal). Então, o problema não é propriamente o fato de a política contaminar a justiça, mas a forma como o Judiciário vai assimilar tal fato. O incentivo à conciliação e a racionalização da atividade jurisdicional – na qual se insere a adoção do princípio da insignificância – são medidas que podem mitigar a influência política nas decisões judiciais.

Por certo, a questão do ativismo judicial comporta maiores discussões e uma verticalização que, no entanto, foge aos limites da presente tese. Cumpre, porém, repisar que, na atual conjuntura, considerando uma sociedade pluralista, informada e tecnológica, a aplicação do direito, especialmente o direito penal econômico, é uma atividade que não admite o simples silogismo. Ao contrário, exige do juiz uma postura ativa, no sentido de fazer cumprir os verdadeiros objetivos democráticos da Constituição e, conseqüentemente, do direito penal.

⁴⁷³ Aliás, ao criticar a relação estabelecida pela doutrina entre bem jurídico e Constituição, Eliezer Gomes da Silva salienta: “Embora confiem no tirocínio do constituinte em apresentar os valores de índole constitucional com relevância penal, os doutrinadores propõem-se a realizar expurgos, filtros em tais valores constitucionais, sempre que, intuitivamente, consideram que as conseqüências da aplicação desta ou daquela interpretação contrariariam a sua própria concepção de mundo, o que não deixa de denunciar um componente marcadamente ideológico.” (SILVA, Eliezer Gomes da. **Fundamentos éticos do direito penal : o conteúdo material do conceito de crime e a busca histórica por uma orientação humanista à criminalização**. São Paulo: USP, 2002, p. 253; no mesmo sentido, com pequenas alterações na redação, _____. Direitos humanos como fundamento ético-argumentativo para um conceito material de crime – uma proposta de superação da teoria do bem jurídico-penal. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho (coord.). **Direitos humanos e democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 246)

8 INTERPRETAÇÃO JUDICIAL COMO LEGITIMAÇÃO DO DIREITO PENAL ECONÔMICO

Na introdução, já se falou sobre a impossibilidade de se elaborar uma teoria compressiva e de como este trabalho não caminhará nesse sentido. Entretanto, para não se incorrer em um discurso vazio, diante desse panorama apocalíptico e pessimista que se descortinou quanto ao direito penal econômico, no encontro entre as ciências penais (dogmática penal, criminologia e política criminal), resulta inevitável um discurso prospectivo.

Pois bem, verifica-se que o direito penal econômico opera de forma simbólica e, malgrado uma forte corrente no sentido de seu recrudescimento, encontram-se limites administrativos e ausência de vontade política para alcançar qualquer intento em lhe conferir efetividade nos mesmos moldes conferidos à criminalidade tradicional, se é que quanto a esta se pode falar em um elevado grau de efetividade. Por uma questão eminentemente pragmática, para não tornar vazio o discurso pela criminalização das condutas e especialmente em virtude do mandato constitucional, torna-se necessário buscar sua aplicação.

A aplicação necessariamente perpassa pela interpretação e, como se abordou acima, quando se fala em interpretar, o Judiciário possui posição de relevo. Entretanto, a doutrina serve igualmente como fonte para o direito penal econômico e é ela justamente que pretende descortinar de maneira mais clara as formas de sua aplicação.

Pode-se iniciar com a pergunta de Juarez Cirino dos Santos feita a partir de um discurso crítico da teoria da pena: por que fazer dogmática penal? Segundo o autor, a resposta depende do critério informador do trabalho científico. Conclui, assim, que “fazer dogmática penal como *critério de racionalidade* do sistema punitivo significa assumir o ponto de vista do poder repressivo do Estado no processo de criminalização de marginalizados do mercado de trabalho e da pobreza social, em geral”. Por outro lado, defende que:

fazer dogmática penal como *sistema de garantias* do indivíduo em face do poder punitivo do Estado, no sentido de construir um conjunto de conceitos capazes de *excluir* ou de *reduzir* o poder de intervenção do Estado na esfera da liberdade individual – e, portanto, capazes de impedir ou de amenizar o sofrimento humano produzido pela *desigualdade* e pela *seletividade* do sistema penal – constitui tarefa científica de significado democrático nas sociedades contemporâneas.⁴⁷⁴

Este raciocínio parte de uma premissa da qual parte a maioria dos autores, a de que o Estado se põe contra o indivíduo e, logo, deve ter sua potestade punitiva contida, porque

⁴⁷⁴ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal: parte geral**. 3 ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2008, p. 497.

seria impeditiva da realização de todos os potenciais humanos. Zaffaroni⁴⁷⁵ justifica essa particular insistência nas garantias penais tradicionais em razão da longa experiência autoritária de abuso do poder punitivo, que inclusive levou à prática de crimes de lesa humanidade. No entanto, de acordo com o autor, ao comparar a construção dos sistemas da América latina com o que ocorreu em Alemanha após a Segunda Guerra Mundial, se se confia no futuro das democracias e em seu progresso social, político, institucional e econômico, não se pode deixar de reconhecer que se está em pleno processo de construção dos Estados de Direito. Nessa medida, prossegue:

A primordial tarefa política da ciência penal em nosso meio não é a de reafirmar a vigência das normas infraconstitucionais, senão a de descartar as grosseiramente ineficazes ou paradoxais, como modo de reafirmar a progressiva vigência das normas constitucionais. Por isso intentamos assinalar como base de construção de um sistema adequado para esta função, seu assentamento sobre uma teoria do conhecimento realista que permita suficiente abertura para a incorporação de dados sociais e individuais, como instrumento para decisões judiciais racionais ou, pelo menos, com os mais baixos conteúdos de irracionalidade.⁴⁷⁶

Assim, pode-se construir a ciência do direito penal a partir de uma busca de racionalização de sua aplicação. É certo, porém, que a prática demonstra que o direito penal serve como instrumento de controle das camadas sociais mais pobres e que, mesmo assim, revela-se incapaz de fazer frente ao desejo de segurança das camadas dominantes, ou melhor, não é capaz de cessar o sentimento de insegurança que, injustificadamente ou não, assola a sociedade.

Certamente influem na doutrina questões ideológicas e que somente se podem desvelar mediante contato mais próximo com o autor, pessoalmente ou mediante análise de sua produção teórica. Ainda, assim como ocorre na esfera judicial, podem influir questões profissionais quanto ao ramo de atuação ou à formação do operador.⁴⁷⁷

⁴⁷⁵ ZAFFARONI, Eugénio Raúl. La ciencia penal alemana y las exigencias político-criminales de América Latina, **Revista latinoamericana de derecho penal y criminología**, 14 dez. 2007b. Disponível em: <<http://www.ijeditores.com.ar/articulos.php?idarticulo=42172>>. Acesso em: 16 jan. 2012.

⁴⁷⁶ Ibid., tradução nossa. "La primordial tarea política de la ciencia penal en nuestro medio no es la de reafirmar la vigencia de las normas infraconstitucionales, sino la de descartar las groseramente ineficaces o paradójales, como modo de reafirmar la progresiva vigencia de las normas constitucionales. Por ello intentamos señalar como base de construcción de un sistema adecuado para esta función, su asentamiento sobre una teoría del conocimiento realista que permita suficiente apertura para la incorporación de datos sociales e individuales, como instrumento para decisiones judiciales racionales o, por lo menos, con los más bajos contenidos de irracionalidad."

⁴⁷⁷ Em poucos exemplos, observe-se que Nilo Batista é um autor crítico, de influência nitidamente marxista. Em Salo de Carvalho e Jacinto Nelson de Miranda Coutinho verificam-se, declarados ou não, elementos da Psicanálise e o pendor para a Advocacia. Flávio Antônio da Cruz é um magistrado que deixa transparecer em seus escritos sua ampla formação filosófica e posição claramente garantista. De outra banda, Sérgio Fernando Moro é um juiz que sugere claramente seu caráter pragmático, em prol do combate à criminalidade. Douglas Fischer incorpora em seu texto a faceta punitiva do Ministério Público Federal. Por outro lado, Luciano Feldens deixava transparecer uma

Alguns exemplos extraídos da doutrina podem revelar a importância da interpretação como forma de legitimar o direito penal econômico. Trata-se, é verdade, de interpretação científica, não judicial⁴⁷⁸, mas que informa e orienta a interpretação judicial.

Vale a assertiva de Roxin:

Ademais, incluso os princípios que regem o legislador frequentemente são algo do que este, que não é uma pessoa individual, não chegou a ser consciente, senão que somente se podem obter da interpretação de múltiplos preceitos concretos e hão de ser expostos à luz do conhecimento. Do mesmo modo que às vezes o intérprete pode entender melhor um texto literário que o próprio autor, também pode com frequência o cientista ou o juiz instruir ao legislador sobre os princípios que se desprendem de suas normas, mas que ele mesmo não havia tido presentes com clareza.⁴⁷⁹

Passa-se, portanto, a transcrever alguns posicionamentos doutrinários que indicam a importância da interpretação judicial no direito penal econômico.

Após longa fundamentação histórica da origem do crime de contrabando, Batista⁴⁸⁰ sustenta haver equívoco centenário na definição do seu objeto jurídico. Lastreado em estudo de texto de Viveiros de Castro, de 1898, no qual esse autor usou de argumentos para defender a impossibilidade de tipificação conjunta do contrabando e do descaminho, posteriormente adotados por outros autores, Batista defende que o contrabando somente se justifica por razões fiscais e sempre considerando que a mercadoria deve ser aquela coisa móvel comercializável. Observe-se que tal posicionamento foi adotado pelo Superior Tribunal de Justiça, no HC nº 109.205, no qual restou destacada a natureza tributária do crime.⁴⁸¹

postura mais equânime em prol do acusado e ainda é cedo para se aferir sua produção após ter deixado a carreira de Procurador da República.

⁴⁷⁸ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal: parte geral**. 3 ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2008, p. 62-63.

⁴⁷⁹ ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general**. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Madrid: Civitas, 2003, p. 226, tradução nossa: "Además, incluso los principios que rigen al legislador frecuentemente son algo de lo que éste, que no es una persona individual, no ha llegado a ser consciente, sino que sólo pueden obtenerse de la interpretación de múltiples preceptos concretos y han de ser expuestos a la luz del conocimiento. Del mismo modo que a veces el intérprete puede entender mejor un texto literario que el propio autor, también puede a menudo el científico o el juez instruir al legislador sobre los principios que se desprenden de sus normas, pero que él mismo no ha tenido presentes con claridad."

⁴⁸⁰ BATISTA, Nilo. O objeto jurídico do crime de contrabando: um equívoco centenário. In: _____. **Novas tendências do direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

⁴⁸¹ O julgado assumiu a seguinte ementa:

PENAL – HABEAS CORPUS – DESCAMINHO – TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL – AUSÊNCIA DE PRÉVIA CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO NA ESFERA ADMINISTRATIVA – NATUREZA TRIBUTÁRIA DO DELITO – ORDEM CONCEDIDA.

1. Consoante recente orientação jurisprudencial do egrégio Supremo Tribunal Federal, seguida por esta Corte, eventual crime contra a ordem tributária depende, para sua caracterização, do lançamento definitivo do tributo devido pela autoridade administrativa.

2. O crime de descaminho, por também possuir natureza tributária, eis que tutela, dentre outros bens jurídicos, o erário público, deve seguir a mesma orientação, já que pressupõe a existência de um tributo que o agente logrou êxito em reduzir ou suprimir (iludir). Precedente.

Ao tratar da objetividade jurídica do crime previsto no art. 17, da Lei nº 7.492/86, Batista⁴⁸² menciona que, desde a obra de Manoel Pedro Pimentel sobre a referida lei, a doutrina reconhece nesse crime uma característica pluriofensiva. Transportando essa visão para o presente trabalho, ousa-se concluir que todos os crimes de direito penal econômico são pluriofensivos, ou seja, ao lado de outro bem jurídico eventualmente tutelado, sempre se deve ter em mente a ofensa ou perigo à fiel execução da política econômica.

Extraí-se dessa conclusão a necessidade de se efetuar um controle de constitucionalidade das normas penais econômicas. Ao lado desse controle, tem-se que não se pode considerar típica uma conduta que, nada obstante afete o bem jurídico tutelado, não seja hábil a afetar, ainda que potencialmente, os princípios da ordem econômica atinentes ao caso.

Na verdade, o princípio da proibição de excesso esbarra na questão do princípio da reserva legal e, segundo Batista, o respeito a esse princípio deve ser incondicional e “um direito penal econômico que dele se afaste está não apenas deixando de ser penal, mas na verdade deixando de ser direito”.⁴⁸³

Ao tratar da autodenúncia liberadora de pena, mais especificamente quanto a decisão polêmica do Bundesgerichtshof (BGH 1 StR 577/09, de 20/05/2010), Alaor Leite⁴⁸⁴ relembra a distinção entre a teoria fiscal e a teoria propriamente jurídico-penal. Esta se encontra lastreada em critérios análogos aos da desistência voluntária. Aquela, por outro lado, baseia-se em critérios associados à necessidade de arrecadação fiscal, manejados conforme suas necessidades maiores ou menores e de acordo com conjunturas políticas.⁴⁸⁵

3. Ordem concedida para trancar a ação penal ajuizada contra os pacientes no que tange ao delito de descaminho, suspendendo-se, também, o curso do prazo prescricional. (HC 109205/PR, Rel. Ministra JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG), SEXTA TURMA, julgado em 02/10/2008, DJe 09/12/2008 RT vol. 882, p. 569)

⁴⁸² BATISTA, Nilo. Empréstimos ilícitos na Lei nº 7.492, de 16.jun.86. In: _____. **Novas tendências do direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

⁴⁸³ *Ibid.*, p. 62.

⁴⁸⁴ LEITE, Alaor. Abolição da chamada *autodenúncia liberadora de pena* no direito penal tributário alemão? Breves observações por ocasião de uma recente e polêmica decisão. **Revista brasileira de ciências criminais**. a. 19, n. 90, mai./jun. 2011, p. 111-136.

Deve-se mencionar que, segundo o autor, na decisão por ele estudada, certamente diante da facilidade de acesso aos dados fiscais e bancários, mormente resultantes do aumento na cooperação internacional, e incluso decorrentes da compra de dados sigilosos de contas de alemães no exterior, aquele Tribunal afastou a possibilidade de autodenúncia parcial e, portanto, privilegiou o retorno completo à honestidade fiscal em detrimento do fim político fiscal. Essa exigência de retorno à honestidade fiscal teria, no entanto, de acordo com o autor, conotação inegavelmente moralista.

⁴⁸⁵ A respeito, Callegari assevera: “Há uma ideia generalizada que o Direito Penal pode cumprir determinadas funções que deveriam ser destinadas a outros ramos do ordenamento jurídico, porém, como o Estado é ineficiente para a resolução de determinados problemas sociais, sempre se vale do instrumento ameaçador que constitui o Direito Penal. Na área fiscal isso fica cristalino com a criação de tipos penais que visam unicamente a cobrança de tributos, claro, mediante a ameaça da pena estatal. Também na regulação do trânsito de veículos cada vez mais se deixa de lado o direito administrativo para que o Direito Penal resolva o problema, ou seja, não há políticas públicas, mas há o velho e bom Direito Penal.”(CALLEGARI, André Luís. Legitimidade constitucional do direito penal

Sob a luz desta teoria, segundo o autor, “argumentos teóricos valem muito pouco e a troca de roupa daquela teoria ocorre pelas mesmas razões que vestimos um casaco quando está frio e o retiramos quando está calor: por alterações climáticas.”⁴⁸⁶ Ao contrário da Alemanha, no Brasil, as alterações são feitas de forma mais aparente, pelo próprio legislador, conforme se infere da edição da Lei nº 12.382/2011.

Guilherme Brenner Lucchesi⁴⁸⁷ aborda a criminalização da conduta de *insider trading*, tipo previsto no Brasil no art. 27-D, da Lei nº 6.385/76 e, ao tratar do bem jurídico tutelado, questiona se a utilização de informações privilegiadas afeta, de fato, a confiança no mercado de valores mobiliários. Sustenta que o fato de somente ter sido oferecida denúncia em 2009, muitos anos após a edição da Lei nº 10.303/2001, permite concluir que grande parte das condutas se insere na “cifra negra” e que a ausência de condenações não trouxe nenhum descrédito no mercado, razão pela qual a norma se inseriria no âmbito da legislação penal simbólica, inconstitucional segundo o autor.

Observe-se que o direito penal econômico se caracteriza assim, via de regra, por haver lesão ou perigo de lesão à coletividade. Essa assertiva leva Barrilari, com base no HC 1.663/SP, do Superior Tribunal de Justiça, inclusive a concluir: “Quando faltar ao delito supostamente praticado aptidão para atingir um número indeterminado de pessoas não se configura o crime.”⁴⁸⁸ Saliente-se que o referido acórdão dizia respeito a crime contra a economia popular. Em outras situações, pode-se verificar a aptidão de lesão à coletividade em se tratando de bens coletivos, com sujeitos determinados, porquanto a natureza do bem induz a isso. Por exemplo, a instituição financeira com apenas cinco clientes devidamente identificados pode ser passível de gestão fraudulenta ou temerária (art. 4º, da Lei nº 7.492/86), porque o que está em questão é a higidez de todo o sistema financeiro nacional a ser possivelmente afetado pela conduta criminosa.

André Luís Callegari destaca a complexidade das sociedades e o incremento dos riscos, o que se reflete, na economia, nos processos de privatização, falta de regulação e globalização. Acrescenta:

Nesse contexto, o Estado, cuja presença direta na economia como sujeito produtor de bens ou serviços (setor público) se reduziu consideravelmente, igualmente como paulatinamente se reduz sua dimensão prestacional, recuperou a idéia antiquada de “polícia”, cujo objeto, ademais, vê-se

econômico: uma crítica aos tipos penais abertos. **Revista dos tribunais**, a. 95., v. 851, set. 2006, p. 438.)

⁴⁸⁶ LEITE, Alaor. Abolição da chamada *autodenúncia liberadora de pena* no direito penal tributário alemão? Breves observações por ocasião de uma recente e polêmica decisão. **Revista brasileira de ciências criminais**. a. 19, n. 90, mai./jun. 2011, p. 127.

⁴⁸⁷ LUCCHESI, Guilherme Brenner. O objeto de tutela penal no delito de *insider trading*. Uma análise crítica a partir da dogmática penal contemporânea. **Revista brasileira de ciências criminais**. a. 19, n. 90, mai./jun. 2011, p. 137-161.

⁴⁸⁸ BARRILARI, Claudia Cristina. Algumas considerações sobre os crimes de perigo e o direito penal econômico. **Revista dos Tribunais**, a. 100, vol. 903, jan. 2011, p. 419.

consideravelmente ampliado. Acabe se produzindo o trânsito de uma economia “dirigida” (ou de intervenção) a uma economia “controlada”. Assim, chegamos a um Estado regulador, em que a privatização aparece acompanhada de novas instituições de regulação, em ocasiões de acusado formalismo.⁴⁸⁹

Prossegue Callegari:

A pressão social provocada pela insegurança que ronda a sociedade tem servido como justificativa para gerar a legitimação necessária para que o Estado aumente sua “potestade”, ampliando seu espectro de controle penal (através da criação de nos [sic] tipos penais e aumento de pena – no caso do Direito Penal material) na luta contra a criminalidade suprimindo direitos e garantias ao ponto de admitir-se a perda do *status* de pessoa, como defende Jakobs.⁴⁹⁰

Ao abordar o crime de gestão temerária, Callegari assevera: “Utilizar-se de tipos penais abertos para incriminar condutas que atentariam contra a ordem econômica é enfraquecer o princípio da tipicidade, dando ao Direito Penal Econômico um caráter intimidativo.”⁴⁹¹ Da mesma forma, nada obstante aceite a possibilidade de intervenção do direito penal como regulador da economia, o autor defende o respeito ao princípio da taxatividade. Assim, a descrição precisa das condutas proibidas permitiria assegurar a proteção da certeza jurídica e da imparcialidade na aplicação do Direito, sem a introdução de discriminação entre os cidadãos e tampouco a interpretação arbitrária pelo aplicador.⁴⁹²

Um derradeiro exemplo prático pode ilustrar o déficit ético no direito penal econômico, que pode afetar diretamente a sua interpretação e aplicação, comprometendo a sua eficiência.

A sonegação fiscal notoriamente é crime. No entanto, o Estado repassou a outros a obrigação que lhe incumbia de verificar o recolhimento devido. Assim, em se tratando de Imposto de Renda, como cediço, é o próprio contribuinte ou um contador de sua confiança quem irá fazer a declaração de ajuste, na qual se lançam todas as receitas, dívidas, despesas dedutíveis (v.g. médicas e educação). Ao final, o resultado importará em imposto a recolher ou a restituir. Pois bem, se o declarante pretende deduzir despesas médicas, deve ter recebido serviços e exigido o correspondente recibo. Se assim o fez, o profissional respectivo deverá, por sua vez, declarar o recebimento de renda, sobre a qual necessariamente incidirá a tributação, de acordo com as alíquotas do imposto, sem olvidar da incidência de exação municipal sobre os serviços (ISS). Ocorre, porém, que tal prática não se revela usual, seja porque os prestadores de serviço não se oferecem espontaneamente para apresentar a documentação, seja porque exigem para tanto uma

⁴⁸⁹ CALLEGARI, André Luís. Legitimidade constitucional do direito penal econômico: uma crítica aos tipos penais abertos. **Revista dos tribunais**, a. 95., v. 851, p. 432-444, set. 2006, p. 435.

⁴⁹⁰ *Ibid.*, p. 435.

⁴⁹¹ *Ibid.*, p. 440.

⁴⁹² *Ibid.*, p. 443.

quantia superior ao serviço “sem recibo”. Todavia, a maioria retira a pecha criminosa dessas condutas, geralmente associando à sonegação o discurso da excessiva carga tributária.

A respeito, Eros Grau afirma que: “A carga tributária não é relativamente tão elevada, como se tem afirmado (geralmente por ignorância, mas também por má-fé, em alguns casos), mas acentuadamente regressiva. O trabalho é muito mais vigorosamente tributado do que o capital.”⁴⁹³

Da mesma forma, Grzybovski e Hahn abordam a educação fiscal como meio de aprimorar a percepção da questão tributária e questionam:

No Brasil, talvez pela elevada carga tributária, pelo baixo nível de retorno à sociedade e pelos casos de corrupção, prepondera a cultura de não-pagamento de tributos. Uma das pressuposições envolve o desconhecimento da importância do Estado como regulador da vida em sociedade e dos tributos como mantenedores da “máquina pública”.⁴⁹⁴

Adiante, ao apresentar o resultado de suas pesquisas, acrescentam:

As respostas às questões que envolvem o posicionamento do empresário ante a sonegação fiscal e o índice da carga tributária geram contradições e ambigüidades. Noventa e um por cento dos entrevistados não apóiam ações de sonegação, mas admitem fazê-lo; 23,91% rejeitam a sonegação por entenderem que é obrigação de todos cumprir as exigências tributárias, mesmo que signifique ônus elevado ao contribuinte; 67,4% admitem ou aceitam quem pratica a sonegação; 22% sustentam que essa prática gera concorrência desleal entre as empresas, alterando a dinâmica do mercado. Tem-se, assim, que a maior parte dos empresários não considera o cumprimento da legislação tributária parte dos direitos e deveres inerentes às pessoas que convivem em sociedade.⁴⁹⁵

Dessa forma, exsurge a importância da interpretação judicial devidamente informada pela mais abalizada doutrina. A respeito, Andrade critica a “jurisprudência altamente seletiva”, que atua controlando a criminalização da burguesia, a qual, por sua vez, sob o controle jurisprudencial, produz o fenômeno “da passagem da possibilidade do apenamento prisional para o pagamento pontual dos tributos devidos; da impunidade prisional para a quitação do débito, e, portanto, do aprisionamento para o ‘empobrecimento’ (descapitalização, falência, morte de pessoas jurídicas)”.⁴⁹⁶ Assim, a canalização do resultado dos crimes econômicos para os cofres públicos reverteria para o benefício financeiro do Estado. No entanto, remanesceria o sentimento de indignação da comunidade contra as elites ilesas.

⁴⁹³ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)**. 13 ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 44-45.

⁴⁹⁴ GRZYBOVSKI, Denize; HAHN, Tatiana Gaertner. Educação fiscal: premissa para melhor percepção da questão tributária. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 40, n. 5, out. 2006, p. 842.

⁴⁹⁵ *Ibid.*, p. 859-860.

⁴⁹⁶ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. O controle penal no capitalismo globalizado. **Revista brasileira de ciências criminais**, a. 17, n. 81, nov. / dez. 2009, p. 348-349.

Nessa medida, cumpre analisar, como aplicação prática de diferentes modalidades de interpretação, uma operação denominada Dallas, o que se pode iniciar a partir da sua nomenclatura, como em todas as operações.

8.1 NOMENCLATURA DE OPERAÇÕES

Inicialmente, cumpre tratar do costume de nomear as operações realizadas pela Polícia Federal. Já foram adotados nomes como Satiagraha, Anaconda, Big Brother e Arca de Noé. A respeito, a partir de opinião do advogado criminalista Adriano Salles Vanni publicada no jornal Folha de São Paulo, em 13 de janeiro de 2011⁴⁹⁷, o procurador da República Vladimir Aras traçou interessante panorama sobre o tema.⁴⁹⁸

O advogado sustentou que a adoção de nomes para as operações violaria o princípio da dignidade da pessoa humana, porque “o Estado, ao estimular a associação de alguém a réptil, a verme ou a inseto, agride de modo vil sua dignidade”, o princípio da presunção de inocência, porquanto “[r]eferências a animais e a seres desprezíveis incitam a execração e a condenação pública antecipadas” e o princípio da legalidade, tendo em vista inexistir lei autorizando a Administração a adotar tal prática. Acrescenta: “Mas por que perdura essa flagrante ilegalidade? Por agraciar com importante bônus os agentes da persecução penal, influenciando juízes e tribunais. Se para um lado há bônus, para o outro, reduzido a verme, resta apenas ônus, o ônus da prova da inocência.”⁴⁹⁹

Aras oferece um contraponto a essa tese e duvida “que algum juiz brasileiro se deixará conduzir por esse ou aquele rótulo adotado operacionalmente pela Polícia Civil ou pela Polícia Federal, a ponto de condenar um inocente.” Destaca que faz uso dos nomes “para facilitar a **indexação da informação** e a referência ao caso.” Aponta ainda que se trata de costume policial internacionalmente adotado que teve origem nas operações militares e se disseminou a partir da Segunda Guerra Mundial.⁵⁰⁰ Adiante, salienta:

Na verdade, na origem, os batismos serviam como **codinomes ou criptônimos** das investigações ou das ações militares, para ocultar sua verdadeira natureza e propósito antes de sua deflagração. **Tinha-se em mira o sigilo operacional.** Na indústria, empresas também dão nomes secretos aos seus projetos especiais. Depois, essa prática militar/policial evoluiu no sentido comunicativo e de algum modo propagandístico. Mas divulgar suas atividades e sua marca não é crime. O STJ não se auto-

⁴⁹⁷ VANNI, Adriano Salles. Ilegalidade dos rótulos da Polícia Federal. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 13 jan. 2011, Opinião. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniaofz1301201108.htm>>. Acesso em: 19 nov. 2011.

⁴⁹⁸ ARAS, Vladimir. Operações policiais: dando nome aos bois. **Blog do Vlad**, 17 jan. 2011. Disponível em: <<http://blogdovladimir.wordpress.com/2011/01/17/operacoes-policiais-dando-nome-aos-bois/>>. Acesso em: 19 nov. 2011.

⁴⁹⁹ VANNI, op. cit.

⁵⁰⁰ ARAS, op. cit.

intitula o “Tribunal da Cidadania”?⁵⁰¹

Como bem destaca Aras, a crítica a essa prática já foi objeto da Recomendação nº 18, de 04 de novembro de 2008, do Conselho Nacional de Justiça. A redação da norma é breve, apenas recomendando “aos Magistrados Criminais que evitem a utilização das denominações de efeito dadas as operações policiais em atos judiciais.” Antes, porém, tece considerações acerca da atribuição do CNJ para recomendar providências e sobre “a generalização da prática de adoção de denominações de efeito a investigações ou operações policiais, adotadas pela mídia, e sua utilização em atos judiciais”, bem como remete ao princípio da dignidade da pessoa humana e ao dever previsto no art. 41, da Lei Orgânica da Magistratura Nacional, de o magistrado adotar linguagem apropriada e evitar excessos.

O Presidente à época, Ministro Gilmar Mendes, foi entrevistado sobre o assunto e concorda com a possível influência em decisões. De acordo com o periódico:

Segundo ele, isso pode constranger o juiz, criar uma coerção psicológica. “Muitas vezes, a própria denominação pode ser indutora de um quadro de parcialidade”, disse. “Há vários propósitos psicológicos em relação a essas denominações, de caráter propagandístico, indutor de determinado posicionamento, de impor um certo carimbo, independentemente de terem envolvimento ou não.”⁵⁰²

Saliente-se que, a despeito da recomendação, prevalece a praxe de acolher, no Judiciário, as denominações das operações. Com efeito, por exemplo, a Escola da Magistratura do Tribunal Regional Federal da 4ª Região realizou módulo de seu currículo permanente de atualização dos magistrados, no qual, em 24 e 25 de novembro de 2011, abordou-se os casos dos bancos Banestados, Marka e Fontecidam, além das operações Cavalo de Tróia, Hidra e Anaconda.⁵⁰³

Observe-se que o problema não se deve ao uso de nomes às operações. Ao contrário, visa-se evitar a exposição midiática degradante dos suspeitos. Em trabalho anterior, teve-se a oportunidade de se apreciar o uso de algemas⁵⁰⁴ e essa questão foi trazida à baila, notadamente como causou surpresa a divulgação do ex-prefeito de São

⁵⁰¹ ARAS, Vladimir. Operações policiais: dando nome aos bois. **Blog do Vlad**, 17 jan. 2011. Disponível em: <<http://blogdovladimir.wordpress.com/2011/01/17/operacoes-policiais-dando-nome-aos-bois/>>. Acesso em: 19 nov. 2011. grifos do autor.

⁵⁰² GALLUCCI, Mariângela. CNJ: juiz deve evitar usar nomes de operações da PF. **Estadão**, 04 nov. 2008, Política. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/nacional,cnj-juiz-deve-evitar-usar-nomes-de-operacoes-da-pf,272352,0.htm>>. Acesso em: 19 nov. 2011.

⁵⁰³ BRASIL. Tribunal Regional Federal (4ª Região). **Edital**. Edital de inscrição: Currículo permanente – Módulo IV – Direito penal/processual penal: modalidade presencial. Disponível em: <http://www.trf4.jus.br/trf4/upload/editor/apg_CP_PENAL_2011_edital.pdf>. Acesso em: 22 dez. 2011.

⁵⁰⁴ SILVA, Daniel Addor; NICZ, Alvacir Alfredo. Sobre o uso de algemas (restrições a direitos fundamentais e proporcionalidade). **Revista do Direito**, Santa Cruz do Sul, p. 79-98, jul./dez. 2008.

Paulo sendo algemado na porta de seu apartamento, durante a Operação Satiagraha, na manhã de 08/07/2008.

Apenas um mês depois, na sessão do dia 07/08/2008, na apreciação do HC nº 91.952/SP, o pleno do Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, acompanhou voto do Rel. Min. Marco Aurélio, oportunidade na qual ele recordou que se viu “nos veículos de comunicação, algemadas pessoas sem o menor traço agressivo, até mesmo outrora detentoras de cargos da maior importância na República, em verdadeira imposição de castigo humilhante, vexaminoso”.⁵⁰⁵ Poucos dias depois, em 13/08/2008, a partir desse feito e outros dois precedentes, foi aprovada a súmula vinculante nº 11 regrado o uso de algemas.⁵⁰⁶

Durante os debates, o Min. Gilmar Mendes destacou:

Na verdade, quando estamos a falar hoje desta questão da algema, na prática brasileira, estamos a falar da aposição da algema para os fins de exposição pública, que foi objeto inclusive de considerações específicas no voto do Ministro Marco Aurélio. De modo que é preciso que estejamos atentos. Certamente temos encontro marcado também com esse tema. A Corte jamais validou esse tipo de prática, esse tipo de exposição que é uma forma de atentado também à dignidade da pessoa humana. A exposição de presos viola a idéia de presunção de inocência, viola a idéia de dignidade da pessoa humana, mas vamos ter oportunidade, certamente, de falar sobre isto.

Neste caso específico, a aplicação da algema já é feita com o objetivo de violar claramente esses princípios. Em geral, já tive a oportunidade de dizer, algemar significa expor alguém na televisão nesta condição, ou prender significa hoje algemar e colocar alguém na televisão. De modo que é esta a questão que precisa ser de fato enfatizada, e ao Ministério Público incumbe a missão também de zelar pelos direitos humanos. É fundamental que ele coarcte essas ações, inclusive propondo os inquéritos devidos, as ações penais de responsabilidade, se for o caso.⁵⁰⁷

Com relação a essa manifestação, no reportado artigo, Silva e Nicz frisaram:

Parece, assim, que o excesso não está em se algemar, mas em se exibir a pessoa algemada. Não se pode, porém, olvidar da existência de periódicos e programas televisivos especializados na divulgação de fatos policiais. Diariamente, tem-se a exposição de indivíduos, suspeitos da prática de crimes, por assim dizer, “tradicionais”, v.g., furto, lesões corporais etc.

⁵⁰⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 91.952. Pleno. Relator Ministro Marco Aurélio. Julgado em 07 ago. 2008. **Diário judicial eletrônico** nº 241, de 18 dez. 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=91952&classe=HC&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 15 out. 2009.

⁵⁰⁶ É o teor da súmula: “Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado.”

⁵⁰⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Debates e aprovação da súmula vinculante nº 11**. *Diário judicial eletrônico* nº 214/2008, p. 13-19, 12 nov. 2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/DJE_11.11.2008.pdf>. Acesso em: 13 nov. 2008.

Entretanto, em nenhum momento se vê qualquer mobilização no sentido de se coibir os excessos sofridos por estes cidadãos.⁵⁰⁸

Neste sentido é a observação de José Eduardo Faria,

para quem os segmentos excluídos da população, vítimas das mais diversas formas de violência física, simbólica ou moral – resultantes da opressão sócio-econômica – acabam não aparecendo como portadores de direitos subjetivos públicos, não podendo, portanto, nem mesmo ser considerados como “sujeitos de direito”, já que excluídos, em maior ou menor grau, do âmbito de proteção dos direitos e garantias fundamentais.⁵⁰⁹

Observe-se que houve um pouco de açodamento na edição da Súmula vinculante nº 11 e que, assim como a Recomendação nº 18/2008, longe de se fazer uma crítica à imparcialidade ou à seriedade dos Ministros do Supremo Tribunal Federal e dos Conselheiros do Conselho Nacional de Justiça, mormente a Gilmar Mendes que figurava em ambos os órgãos, a oportunidade não se afigurou a mais adequada. Vale dizer, ambas as situações ocorreram logo após a Operação Satiagraha e uma interpretação apressada – e certamente equivocada – poderia traçar um liame entre a súmula, a recomendação e a prisão daqueles tidos como “acima de qualquer suspeita”.

Realizado este pequeno intróito, pode-se abordar uma operação que exemplifica a importância da interpretação voltada à proteção da economia na sua vertente liberal. Trata-se da Operação Dallas. Saliente-se que o nome advém das esteiras utilizadas para transporte de carga e, portanto, não se amolda àquelas hipóteses de denominações vexatórias, não havendo óbice à sua utilização.

Apesar de amplamente divulgada pela mídia e dela advindo investigações pela Assembleia Legislativa do Paraná, consoante se verá adiante, tal operação se encontra ainda sob sigilo, com acesso restrito às autoridades, às partes e seus procuradores. O acesso aos documentos só foi possível ao se demonstrar o interesse exclusivamente acadêmico. Assentado neste postulado foi requerido a um dos advogados das partes e ao juízo acesso a cópias de decisões previamente divulgadas nos *sites* dos Tribunais. Por tal razão, passa-se a detalhar aspectos dos feitos sem, no entanto e por respeito ao dever de sigilo e à ética profissional, descer aos pormenores dos atos processuais ainda em andamento e que não tiveram decisão final do Poder Judiciário. De igual sorte, recorre-se ao que foi noticiado na imprensa e se encontra disponível na internet.

⁵⁰⁸ SILVA, Daniel Addor; NICZ, Alvacir Alfredo. Sobre o uso de algemas (restrições a direitos fundamentais e proporcionalidade). **Revista do Direito**, Santa Cruz do Sul, jul./dez. 2008, p. 86.

⁵⁰⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição, proporcionalidade e direitos fundamentais: o direito penal entre proibição de excesso e de insuficiência. **Boletim da Faculdade de Direito**, Universidade de Coimbra, vol. LXXXI, 2005, p. 333.

8.2 DETALHES DA OPERAÇÃO DALLAS E SUA REPERCUSSÃO

Em 19 de janeiro de 2011, uma força-tarefa integrada pela Receita Federal, a Polícia Federal e o Ministério Público Federal deflagrou a Operação Dallas. De acordo com a assessoria de comunicação social da Receita Federal, a mais pródiga em detalhes, dela participaram 33 Auditores-Fiscais da Receita Federal e 200 servidores da Polícia Federal, com “o objetivo de dismantelar quadrilha responsável pelo desvio de cargas a granel destinadas à exportação e apurar fatos relacionados a fraudes em licitações e favorecimento de empresas responsáveis pela retirada de resíduos do Porto”. Informa a estimativa de que “anualmente os desvios possam chegar a 10.000 toneladas (equivalente a aproximadamente R\$ 8.300.000,00 em soja) de produtos, dentre eles soja, farelo, milho, açúcar e trigo.” Detalha, ainda, a notícia:

As investigações tiveram início há dois anos após o recebimento pela Receita Federal de denúncias e reclamações de alguns exportadores acerca de faltas de cargas nos embarques em navios graneleiros, o que tem prejudicado em muito a imagem do Porto e do País no exterior.

O grupo investigado, proprietário de um terminal de embarque no Porto e de empresas comerciais exportadoras, estaria apropriando-se indevidamente da chamada "retenção técnica", ou seja, um percentual a mais enviado pelos exportadores para cobrir "quebras" normais de operações de armazenagem e embarque de granéis.

Ao fim dos embarques, simplesmente informavam aos exportadores não ter havido sobra alguma da retenção e a comercializavam ilegalmente no mercado interno através de suas empresas.

Ainda, sob o comando desses empresários, funcionários do terminal utilizariam-se de desvios após as balanças de exportação chamados de "dumpers" (bifurcadores) para propositalmente registrarem os pesos de embarque e, após, fazerem a carga retornar ao armazém para a revenderem ilegalmente através de empresas de sua propriedade.

Os maiores prejudicados são os exportadores, usuários dos terminais, que não recebem de seus compradores no exterior o valor completo referente aos produtos exportados devido às faltas constatadas. Além disso, o custo com seguros de cargas também se eleva, reduzindo a competitividade dos produtos brasileiros no mercado internacional.⁵¹⁰

O jornal Gazeta do Povo⁵¹¹ noticiou, com base em informações fornecidas pela Polícia Federal, que o desvio de granéis era feito de três formas diferentes. A primeira delas seria o desvio diretamente das esteiras Dallas. A segunda modalidade seria a retenção do volume extra enviado pelos exportadores para compensar eventuais perdas, as denominadas “quebras”, ocorridas durante o armazenamento, transporte ou embarque dos

⁵¹⁰ BRASIL. Receita Federal do Brasil. **Operação Dallas: Receita realiza operação conjunta para combater fraudes em licitações e desvio de cargas.** 19 jan. 2011. Disponível em: <http://www.receita.fazenda.gov.br/automaticoSRFSinot/2011/01/19/2011_01_19_09_22_36_910540791.html>. Acesso em: 22 dez. 2011.

⁵¹¹ CESCO, Heliberton; PRATEANO, Vanessa. Fraude com grãos gerou R\$ 6,7 milhões. **Gazeta do povo**, Curitiba, 20 jan. 2011, Vida e cidadania. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/vidaecidadania/conteudo.phtml?tl=1&id=1088493&tit=Fraude-com-graos-gerou-R-67-milhoes>>. Acesso em: 31 dez. 2011.

grãos. A terceira consistiria na alteração do *software* que controla a balança responsável pela pesagem das cargas, o que acarretaria o embarque a menor em 1% do volume total. Essa diferença seria tolerável segundo padrões internacionais, mas ocasionou reclamações de importadores europeus, devido à frequência em que ocorriam as quebras. Segundo o delegado responsável, o preço da soja oriunda do porto de Paranaguá teria reduzido por conta dessa desconfiança.⁵¹²

Além do desvio de carga, com a necessária omissão do recolhimento de tributos, o mesmo jornal^{513 514} noticiou que a operação teria apurado que o ex-superintendente do porto teria favorecido uma empresa – que seria de sua efetiva propriedade – para a chamada “varrição”, recolhimento das sobras de grãos, para posterior venda em seu benefício. Da mesma forma, ele seria real proprietário de empresas que prestaram ao porto serviços de estudo de adequação ambiental, as quais ainda teriam cobrado valores excessivos. Outrossim, teria havido fraude na licitação para a compra de uma draga.

A imprensa buscou, como indicam as matérias analisadas, conferir viés político à operação, mormente tendo em vista a menção dentre os investigados ao irmão do ex-

⁵¹² No entanto, a informação não pode ser corroborada por dados obtidos no Centro de Estudos Avançados em Economia Aplicada (CEPEA) da Escola Superior de Agricultura “Luiz de Queiroz”, unidade da Universidade de São Paulo (Esalq/USP), entidade que acompanha a evolução dos preços e indica a tendência do mercado, servindo como referência para a fixação de valores. Ao contrário, aproveitando-se como exemplo o preço praticado para a soja do Paraná, segundo alerta de mercado de 16 de junho de 2008, época em que já se teria detectado o desvio de grãos, o indicador teria fechado em US\$ 31,30, maior valor encontrado desde quando se iniciaram as pesquisas, em 1997. (UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. Escola Superior de Agricultura “Luiz de Queiroz”. Centro de Estudos Avançados em Economia Aplicada. **Soja: indicador em dólar atinge valor recorde**. 16 jun. 2008. Disponível em: <<http://www.cepea.esalq.usp.br/imprensa/?page=340&id=2322>>. Acesso em: 31 dez. 2011.)

De igual sorte, especificamente quanto aos preços praticados no porto de Paranaguá, na BM&FBOVESPA, o indicador alcançou R\$ 53,51, em 15 de maio de 2009, para a saca de 60 kg, maior valor desde o início da série em março de 2006. (_____. **Soja: preços em Paranaguá atingem maior patamar do ano**. 18 mai. 2009. Disponível em: <<http://www.cepea.esalq.usp.br/imprensa/?page=340&id=2804>>. Acesso em 31 dez. 2011.)

No entanto, no boletim mensal de novembro de 2011, o CEPEA informa: “Quanto às exportações brasileiras, durante este ano, alguns embarques de soja e derivados foram postergados, especialmente devido a diversos problemas no porto de Paranaguá. Com isso, em novembro, os embarques de soja em grão voltaram a crescer, ao contrário do observado em anos anteriores, levando a recorde de volume exportado no mês.” (_____. **Agro mensal – CEPEA/ESAQL: informações de mercado**. Nov. 2011. Disponível em: <http://www.cepea.esalq.usp.br/agromensal/2011/11_novembro/Soja.htm>. Acesso em: 31 dez. 2011.)

Apesar de não explicitar no que consistiram tais “problemas”, certamente o desvio de grãos se insere dentre eles, aliado à queda de barreira ocorrida na rodovia BR 277 em março desse ano.

⁵¹³ CESCA, Heliberton. Desvio iria para caixa 2, diz Polícia Federal. **Gazeta do povo**, Curitiba, 20 jan. 2011, Vida e cidadania. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/vidaecidadania/conteudo.phtml?tl=1&id=1088451&tit=Desvio-irria-para-caixa-2-diz-Policia-Federal>>. Acesso em 31 dez. 2011.

⁵¹⁴ CESCA, Heliberton; NUNES, Eduardo. Ex-superintendente é preso com R\$ 65 mil. **Gazeta do povo**, Curitiba, 20 jan. 2011, Vida e cidadania. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/vidaecidadania/conteudo.phtml?tl=1&id=1088452&tit=Ex-superintendente-e-preso-com-R-65-mil>>. Acesso em 31 dez. 2011.

governador do Paraná, que ocupara anteriormente a posição de superintendente do porto. O delegado-chefe teria dito que parte do dinheiro desviado seria destinado ao financiamento irregular de campanha eleitoral (“caixa dois”).

Além disso, informações sobre a operação vazaram para a imprensa, conforme se pode verificar no *blog* da jornalista Joice Hasselmann.⁵¹⁵ Com efeito, em 14 de setembro de 2010, às vésperas das eleições para o Senado Federal e para o Governo do Estado, ela postou que haveria uma prisão em razão de acusações de corrupção e evasão de divisas que poderia influenciar o resultado nas urnas.⁵¹⁶ Depois de deflagrada a operação, retomou o assunto e acrescentou: “O pedido [de prisão] chegou a ser feito. O juiz responsável pela caso, na época pediu férias. Deu tempo para reverter o quadro a favor do figurão e o caso não interferiu na eleição.”⁵¹⁷ Posteriormente, na mesma data, viu-se obrigada a uma espécie de retratação⁵¹⁸, porquanto, como cediço, as férias dos magistrados dependem de prévio deferimento pelo Tribunal e seguem escala semestral marcada com grande antecedência; logo, obviamente, não haveria relação de causa e efeito entre a operação e as férias do juiz.

Quanto a maiores detalhes, as informações prestadas pelo Juiz Federal Marcos Josegrei da Silva no *Habeas Corpus* nº 0007307-70.2011.404.0000, parcialmente reproduzidas no voto do Juiz Luiz Carlos Canalli, vencido consoante se verá adiante, melhor elucidam a questão no que tange ao desvio de grãos. Esclarece a autoridade coatora que a Representação Criminal nº 2009.70.08.002155-9 foi instaurada em dezembro de 2009, na qual foram realizadas pela Polícia Federal diligências, incluindo monitoramentos telefônicos e telemáticos. A autoridade policial teria sido instada a tanto por relatório elaborado pela Alfândega do Porto de Paranaguá que mencionava a possível ocorrência de desvio de carga e de adulteração de balanças no corredor de exportação. Realizadas vistorias nos terminais, inclusive mediante entrevista das pessoas envolvidas nas operações com grãos, a autoridade aduaneira constatou “a prática comum de não devolução da chamada reserva técnica de produtos destinados à exportação e posterior comercialização irregular dessas diferenças, que, apesar de percentualmente serem baixas (0,125%), representam muitas toneladas e altos valores em dinheiro.”

Conforme consta do citado voto, acrescenta o magistrado coator:

⁵¹⁵ HASSELMANN, Joice. Pesquisa pelo verbete “dallas”. **Joice Hasselmann: pimenta nativa**, 02 jan. 2012. Disponível em: <<http://blogdajoice.com/joice/?s=dallas&x=11&y=10&paged=3>>. Acesso em: 02 jan. 2012.

⁵¹⁶ _____. Buemba: figurão da política pode ser preso e mexer com eleição no PR. **Joice Hasselmann: pimenta nativa**, 14 set. 2010. Disponível em: <<http://www.blogdajoice.com/2010/09/buemba-figurao-da-politica-pode-ser-preso-e-decidir-eleicao-no-pr/>>. Acesso em: 02 jan. 2012.

⁵¹⁷ _____. Buemba anunciada. Para relembrar e pensar. **Joice Hasselmann: pimenta nativa**, 19 jan. 2011. Disponível em: <<http://www.blogdajoice.com/2011/01/para-relembrar-e-pensar/>>. Acesso em: 02 jan. 2012.

⁵¹⁸ _____. As férias do juiz. **Joice Hasselmann: pimenta nativa**, 19 jan. 2011. Disponível em: <<http://www.blogdajoice.com/2011/01/as-ferias-do-juiz/>>. Acesso em: 02 jan. 2012.

O Relatório de Pesquisa e Investigação SAVIG nº 001/2009 esclarece que ao menos desde o ano de 2006 vinham-se coletando elementos que indicavam a ocorrência dos fatos, consubstanciados em depoimentos de funcionários da APPA, notícias de ameaças a técnicos que trabalhavam nas balanças, leilões de sobras de grãos oriundos de varredura com indícios de irregularidades, identificação de frequentes faltas de cargas que deveriam ter sido embarcadas nos navios (doc. 1)

Em adição, havia em tramitação na Delegacia de Polícia Federal em Paranaguá o IPL 085/2008 (autos 2008.70.08.000849-6), instaurado em 05/5/2008, em que se buscava a apuração dos mesmos fatos, a partir de notícia crime encaminhada pela Superintendência da APPA, instruída com relatório em tudo assemelhado àquele elaborado pela Alfândega da Receita Federal. (doc. 2)

No dia 13/4/2010 foi protocolada diretamente no Ministério Público Federal em Paranaguá representação oriunda da Associação Nacional dos Exportadores de Cereais versando sobre os mesmos fatos, em que se descreve a sua ocorrência na área do Porto de Paranaguá há muitos anos. Isso levou à instauração naquele âmbito também do Procedimento Administrativo 1.25.007.000071/2010-06, atualmente apensado ao IPL 085/2008, em que foram adotadas diversas medidas por parte do MPF, com base no disposto no art. 8º, II, da LC 75/93 (doc. 3).

Este procedimento hoje está anexado ao IPL 085/08 e perfaz mais 06 volumes. Ou seja, desde muito antes de dezembro de 2009 havia um conjunto de elementos a fornecer indícios suficientes para o início da adoção das medidas de monitoramento deferidas, inclusive com a tramitação de inquérito policial desde maio de 2008 para a sua apuração, cujos resultados tendentes à identificação dos detalhes relacionados ao "modus operandi" do grupo criminoso somente foram incrementadas a partir das diligências realizadas nos autos de representação criminal nº 2009.70.08.002155-9.⁵¹⁹

Denota-se, portanto, que, apesar de a operação propriamente dita (cumprimento de mandados de prisão e de busca e apreensão) ter sido deflagrada somente em janeiro de 2011, as autoridades administrativas já há cinco anos seguiam acompanhando e fiscalizando as irregularidades, bem como, desde 2008, a Polícia Federal, o Ministério Público Federal e a Justiça Federal em Paranaguá dispensavam tempo e pessoal para a apuração dos fatos. Como bem salienta o magistrado informante, a par da interceptação das comunicações telefônicas e telemáticas, foram conduzidas várias diligências tendentes a colher elementos bastantes para conferir a certeza do crime e da participação dos envolvidos, de modo a possibilitar o deferimento das medidas restritivas. Ademais, percebe-se que se trata de questão de grande vulto, com elevado potencial danoso.

A repercussão dos fatos foi de tal monta que, conforme salientado, a Assembleia Legislativa do Paraná, por iniciativa do Deputado Douglas Fabrício, constituiu Comissão Parlamentar de Inquérito, com a finalidade de "investigar e fiscalizar as denúncias de possíveis irregularidades na Administração dos Portos de Paranaguá e Antonina, em

⁵¹⁹ BRASIL. Tribunal Regional Federal (4ª Região). *Habeas Corpus* nº 0007307-70.2011.404.0000. 7ª Turma. Relator Juiz Federal Luiz Carlos Canalli. Relator para acórdão Des. Federal Néfi Cordeiro. Julgado em 13 set. 2011. **Diário eletrônico** 23 set. 2011. Disponível em: <http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/visualizar_documento_gedpro.php?local=trf4&documento=4526789&hash=0c33f1e42a8e1dea1845f58b35b1560e>. Acesso em 22 dez. 2011.

especial as relacionadas à chamada ‘Operação Dallas’ patrocinada pela Polícia Federal”, consoante consta do Ato do Presidente nº 011/2011⁵²⁰ e ata de instalação da referida CPI⁵²¹. À comissão foi franqueado acesso à documentação da operação, de modo a subsidiar as investigações também por aquela Casa legislativa.⁵²²

8.3 HABEAS CORPUS Nº 5001250-48.2011.404.0000

Segundo informações do *blog* citado, em 31 de janeiro de 2011, a defesa de um dos presos, ex-superintendente da Administração dos Portos de Paranaguá e Antonina, único contra o qual foi deferido o pedido de prisão preventiva, impetrou *habeas corpus* no Tribunal Regional Federal da 4ª Região, distribuído sob o nº 5001250-48.2011.404.0000 para a 8ª

⁵²⁰ PARANÁ. Assembleia Legislativa do Paraná. Ato do Presidente nº 011/2011, de 06 de junho de 2011. Declara constituída a Comissão Parlamentar de Inquérito, aprovada, conforme proposição do Deputado Douglas Fabrício, na Sessão do dia 22 de fevereiro de 2011 e autuada, na Diretoria Legislativa, como Requerimento nº 006/2011, com a finalidade de “investigar e fiscalizar as denúncias de possíveis irregularidades na Administração dos Portos de Paranaguá e Antonina, em especial as relacionadas à chamada “Operação Dallas” patrocinada pela Polícia Federal”. **Diário oficial Assembleia**, Curitiba, a. 35, n. 64, p. 11, 07 jun. 2011. Disponível em: <http://www.alep.pr.gov.br/atividade_parlamentar/diarios_da_assembleia>. Acesso em: 02 jan. 2012.

⁵²¹ Id. Ata de instalação de Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI dos Portos de Paranaguá e Antonina). **Diário oficial Assembleia**, Curitiba, a. 35, n. 64, p. 14, 07 jun. 2011. Disponível em: <http://www.alep.pr.gov.br/atividade_parlamentar/diarios_da_assembleia>. Acesso em: 02 jan. 2012.

⁵²² Na sessão ordinária de 31 de agosto de 2011, o Presidente da CPI, autor do requerimento para sua instalação, destacou: “Um grande volume de documentos e que estão sendo analisados e colocados no computador, de forma que possamos ter acesso digital para facilitar o trabalho, mas isso tem demorado, porque está dando muito trabalho. Tivemos órgãos como o Ministério Público Estadual, Ministério Público Federal, da Justiça Federal, da Justiça Estadual, nos ajudando. Quero agradecer aqui o trabalho do Dr. Josegredi, tivemos uma reunião com ele, onde nos passou uma série de informações, estas inclusive, sob segredo de Justiça, agora que tivemos acesso. Ontem tive acesso a um documento, é um CD, Deputado Marcelo Rangel e também, onde consta uma série de informações e gravações, em um trabalho da polícia, do Ministério Público Federal e da Justiça de um modo geral, sobre a Operação Dallas, onde ainda estão sendo feitas algumas investigações. Agora, vamos dar acesso aos Deputados que quiserem. Para isso tivemos que nos comprometer, assinando um documento, para quem tiver acesso às informações, que estão sob segredo de Justiça. Os Deputados terão acesso, mas não poderão de forma alguma divulgar estas informações, apenas para o trabalho na CPI. Há uma multiplicidade de órgãos envolvidos: Appa, Antac, Polícia Federal, Justiça Federal e Estadual, Ministério Público Estadual e Federal, Procuradoria, em um intenso trabalho de acesso a estes documentos. São diversas frentes de indicação, devido a indicações de inúmeras irregularidades.” (Id. Sessão ordinária do dia 31 de agosto de 2011. Ata nº 077. **Diário oficial Assembleia**, Curitiba, a. 35, n. 102, 01 set. 2011, p. 5. Disponível em: <http://www.alep.pr.gov.br/atividade_parlamentar/diarios_da_assembleia>. Acesso em: 02 jan. 2012.) Na sessão de 04 de outubro de 2011, em resposta ao Dep. Evandro Júnior, o Presidente reiterou a preocupação com o sigilo das informações, acrescentando: “Até peço a V. Exa. que algumas coisas procure cuidar para não manifestar, porque pode haver problemas com a Justiça. Acordo inclusive que temos feito com a Justiça, para que o trabalho da Justiça não seja atrapalhado pela CPI. Pelo contrário. Seja um trabalho e que dê resultado positivo. Como já vem dando. [...] Sobre a Operação Dallas, também estamos investigando, mas também está sob segredo de Justiça. Não podemos trazer a público, sob pena de responder à Justiça. É um acordo que temos com a própria Justiça. Então, não temos feito da CPI um palco para a exposição, e sim um palco para investigação, que é o que interessa.” (Id. Sessão ordinária do dia 04 de outubro de 2011. Ata nº 090. **Diário oficial Assembleia**, Curitiba, a. 35, n. 116, 05 out. 2011, p. 4. Disponível em: <http://www.alep.pr.gov.br/atividade_parlamentar/diarios_da_assembleia>. Acesso em: 02 jan. 2012.)

Turma e que se encontra ainda sob sigilo. Deferida parcialmente a liminar, o acusado deveria ser libertado mediante o recolhimento de fiança no valor de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais). O preso teria pretendido dar como garantia um imóvel, o que foi recusado pelo Juízo da Vara Federal de Paranaguá. Posteriormente, o paciente logrou recolher a soma em espécie e foi posto em liberdade.^{523 524 525 526 527 528 529 530}

Apesar de não constar do *site* do TRF4, em razão do sigilo decretado, o voto proferido pela Juíza Federal Salise Monteiro Sanchotene, na sessão de 25 de outubro de 2011, na Questão de Ordem nos Embargos de Declaração em *Habeas Corpus* nº 0007307-70.2011.404.0000 consigna o seguinte trecho do voto condutor do Relator Desembargador Federal Paulo Afonso Brum Vaz, proferido na sessão de 23 de fevereiro de 2011:

Primeiramente, diante da indefinição sobre o local em que teria ocorrido os fatos investigados, a competência deve ser definida pela prevenção, consoante a precisa dicção do artigo 83 do CPP:

Art. 83. Verificar-se-á a competência por prevenção toda vez que, concorrendo dois ou mais juízes igualmente competentes ou com jurisdição cumulativa, um deles tiver antecedido aos outros na prática de algum ato do processo ou de medida a este relativa, ainda que anterior ao oferecimento da denúncia ou da queixa (arts. 70, § 3º, 71, 72, § 2º, e 78, II, c).

Logo, até que se prove o contrário, isto é, que as condutas supostamente ilícitas perpetradas pelo paciente somente foram os crimes contra o Sistema Financeiro Nacional, Lavagem de Dinheiro e falsidade ideológica, o apuratório deverá ser supervisionado pelo juízo impetrado, porquanto foi o primeiro magistrado a tomar conhecimento do fato suspeito sob investigação da autoridade policial de Paranaguá.

A propósito disso, frise-se que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, em paradigmático precedente da lavra do eminente Min. SEPÚLVEDA

⁵²³ HASSELMANN, Joice. Daniel Lúcio deixará prisão a qualquer momento. **Joice Hasselmann: pimenta nativa**, 31 jan. 2011. Disponível em: <<http://www.blogdajoice.com/2011/01/daniel-lucio-deixara-prisao-a-qualquer-momento/>>. Acesso em: 02 jan. 2012.

⁵²⁴ _____. Se pagar fiança, Daniel Lúcio vai ganhar liberdade amanhã. **Joice Hasselmann: pimenta nativa**, 31 jan. 2011. Disponível em: <<http://www.blogdajoice.com/2011/01/se-pagar-fianca-daniel-lucio-vai-ganhar-liberdade-amanha/>>. Acesso em: 02 jan. 2012.

⁵²⁵ _____. Casa na praia será garantia para liberação de Daniel Lúcio. **Joice Hasselmann: pimenta nativa**, 01 fev. 2011. Disponível em: <<http://www.blogdajoice.com/2011/02/casa-na-praia-sera-garantia-para-liberacao-de-ex-superintendente-do-porto/>>. Acesso em: 02 jan. 2012.

⁵²⁶ _____. Justiça quer informações para aceitar casa de Daniel como fiança. **Joice Hasselmann: pimenta nativa**, 02 fev. 2011. Disponível em: <<http://www.blogdajoice.com/2011/02/justica-quer-mais-informacoes-para-aceitar-casa-de-daniel-como-fianca/>>. Acesso em: 02 jan. 2012.

⁵²⁷ _____. Família de Daniel Lúcio desistiu de dar imóvel de Matinhos como fiança. **Joice Hasselmann: pimenta nativa**, 03 fev. 2011. Disponível em: <<http://www.blogdajoice.com/2011/02/familia-de-daniel-lucio-desistiu-de-dar-imovel-de-matinhos-como-fianca/>>. Acesso em: 02 jan. 2012.

⁵²⁸ _____. Família de Daniel Lúcio desiste de dar casa na praia como garantia de fiança. **Joice Hasselmann: pimenta nativa**, 04 fev. 2011. Disponível em: <<http://www.blogdajoice.com/2011/02/familia-de-daniel-lucio-desiste-de-dar-casa-na-praia-como-garantia-de-fianca/>>. Acesso em: 02 jan. 2012.

⁵²⁹ _____. Daniel Lúcio sai da prisão hoje. **Joice Hasselmann: pimenta nativa**, 04 fev. 2011. Disponível em: <<http://www.blogdajoice.com/2011/02/daniel-lucio-sai-da-prisao-hoje/>>. Acesso em: 02 jan. 2012.

⁵³⁰ _____. Daniel Lúcio está em liberdade. **Joice Hasselmann: pimenta nativa**, 04 fev. 2011. Disponível em: <<http://www.blogdajoice.com/2011/02/daniel-lucio-esta-em-liberdade/>>. Acesso em: 02 jan. 2012.

PERTENCE, já decidiu que o ponto de partida para a fixação da competência - não podendo ser o fato imputado, que só a denúncia, eventual e futura, precisará - haverá de ser o fato suspeitado, vale dizer, o objeto do inquérito policial em curso (HC 81260/ES, DJ de 19-04-2002, fls. 590-591).

Assim, o magistrado que atua durante o inquérito que lhe é distribuído em razão dos fatos suspeitos pode e deve, no âmbito do seu poder jurisdicional, adotar as providências cautelares que lhe forem reclamadas, sem qualquer prejuízo de validade dessas diligências, caso o desfecho da investigação venha a demonstrar, posteriormente, que o fato apurado deverá ser processado perante outro órgão do Poder Judiciário com legitimidade constitucional.

Sendo assim, afastado, de plano, qualquer impugnação quanto à competência do juízo que decretou a prisão preventiva do ora paciente.⁵³¹

Consoante se verá adiante, tal posicionamento é importante para o destino da operação. Em face dessa decisão, foi interposto recurso, distribuído em 18/10/2011, na 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, RHC nº 31.403, ao Min. Og Fernandes, sem que se tenha notícia até o presente momento de qualquer decisão proferida, estando concluso com o Relator desde 13/12/2011, já com parecer do Ministério Público Federal.⁵³²

8.4 HABEAS CORPUS Nº 0007307-70.2011.404.0000 E O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DA PROTEÇÃO INSUFICIENTE

Somente em 02 de junho de 2011, quase cinco meses após a operação, a defesa de outros acusados impetrou *habeas corpus*, desta feita distribuído para a 7ª Turma sob o nº 0007307-70.2011.404.0000. Visava reconhecer a nulidade das provas obtidas mediante interceptação telefônica e busca e apreensão, decretados nos autos nº 2009.70.08.002155-9 e 0000290-42.2010.404.7008, sob o fundamento de que não teriam sido atendidos os requisitos previstos na Lei nº 9.296/96, bem como que seria manifesta a incompetência da Vara Federal de Paranaguá, por se tratar de suposta lavagem de dinheiro e crimes praticados por organização criminosa.

Com relação aos requisitos para deferimento e prorrogação das interceptações telefônicas e telemáticas, a Turma não verificou irregularidades no procedimento, tendo considerado atendidos os requisitos legais. Reputou devidamente fundamentadas as

⁵³¹ BRASIL. Tribunal Regional Federal (4ª Região). Questão de Ordem nos Embargos de Declaração em *Habeas Corpus* nº 0007307-70.2011.404.0000. 7ª Turma. Relatora Juíza Federal Salise Monteiro Sanchotene. Relator para acórdão Des. Federal Márcio Antônio Rocha. Julgado em 25 out. 2011. **Diário eletrônico** 04 nov. 2011. Disponível em: <http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/visualizar_documento_gedpro.php?local=trf4&documento=4625284&hash=13a7989b7a6e6e8ca8ae15657b132aab>. Acesso em 22 dez. 2011.

⁵³² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em *Habeas Corpus* nº 31.403. 6ª Turma. Relator Min. Og Fernandes. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=201102561407&pv=01000000000&tp=51>>. Acesso em 25 dez. 2011.

decisões e, de igual sorte, não tachou como excessiva a duração da interceptação de dezembro de 2009 a julho de 2010.

Sem descer a pormenores acerca do tema, deve-se lembrar que, em outra situação, na Operação Sundown, no HC nº 76.686, em 09 de setembro de 2009, a 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça reconheceu a nulidade de toda a prova resultante das interceptações telefônicas levadas a cabo durante dois anos. Na época, segundo notícia publicada pelo STJ⁵³³, os Ministros Paulo Galotti e Maria Thereza de Assis Moura qualificaram como devassa indescritível e proposital à vida e à privacidade do investigado.⁵³⁴

A título de curiosidade, vale lembrar que o Supremo Tribunal Federal, no HC nº 90.216, concedeu, de ofício, a ordem para permitir o tratamento médico dos principais acusados em hospital, às suas expensas. Em 02/07/2007, eles fugiram do local, com possível conivência dos policiais. Atualmente estariam residindo no Uruguai, que negou o pedido de extradição, apesar de ambos os empresários contarem, cada um, com condenação a penas superiores a 40 anos e multas que ultrapassam R\$ 2.000.000,00. Cumpre igualmente mencionar que, contra a decisão do Superior Tribunal de Justiça, o Ministério Público Federal interpôs recurso extraordinário, RE nº 625.263, o qual se encontra pendente de julgamento.

Retornando ao voto ora analisado, no que tange à competência, porém, surgiu uma divergência na Turma.

O Relator, Juiz Federal Luiz Carlos Canalli, na esteira do posicionamento do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, bem como acolhendo o parecer do Parquet, considerou válidas as provas coletadas, porque o Juízo de Paranaguá seria competente no momento em que foram determinadas as interceptações e poderia declinar oportunamente o processamento do feito para a Vara especializada. Na oportunidade, salientou:

⁵³³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Interceptação telefônica por dois anos é devassa à privacidade. **Sala de Notícias: Últimas.** 09 set. 2008. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=89107>. Acesso em: 02 jan. 2012.

⁵³⁴ Em nota, os Procuradores da República Deltan Martinazzo Dallagnol e Orlando Martello Júnior, em franco desabafo, teceram críticas à decisão e consignaram:

“Nós e o povo brasileiro estamos cansados de uma Justiça Criminal que, alegando as mais variadas filigranas jurídicas – que existem e podem ser encontradas e criadas às centenas –, não produz resultados práticos contra criminosos ricos e poderosos. [...]”

A decisão proferida ontem lançou por terra boa parte de um longo e profundo trabalho conduzido com extrema seriedade e que tomou milhares de horas de vários servidores públicos. Foram trabalhos realizados de dia, de noite e de madrugada por Agentes e Delegados de Polícia Federal, Procuradores da República, Técnicos e Analistas do Ministério Público Federal, Auditores e Técnicos da Receita Federal, e ainda Juizes Federais e Servidores da Justiça Federal.” (DALLAGNOL, Deltan Martinazzo; MARTELLO JÚNIOR, Orlando. **Pronunciamento dos Procuradores da República responsáveis pelo Caso Sundown – um manifesto por uma melhor distribuição da Justiça Criminal.** Disponível em: <http://noticias.pgr.mpf.gov.br/noticias/noticias-do-site/copy_of_pdfs/sundown.pdf/at_download/file>. Acesso em: 02 jan. 2012.)

Na espécie, em que pese a alegação defensiva, a meu sentir, não há coação ou abuso de poder sanável na via do *habeas corpus*. Isso porque não há falar em incompetência do Juízo quando, no momento em que autorizou a interceptação telefônica, o foco da investigação era o **desvio de grãos** no corredor de exportação do Porto de Paranaguá.

A queixa Crime apresentada por meio do Ofício nº 157/2008, da Administração dos Portos de Paranaguá e Antonina, noticiava indícios de desvio de conduta funcional e conluio para o desvio de estoques de mercadorias armazenadas nos silos públicos da APPA.

Com efeito, a competência judiciária para autorizar o procedimento de interceptação telefônica deve ser aferida no momento da quebra do sigilo telefônico e, naquele momento, as diligências eram necessárias para identificação do *modus operante* do grupo criminoso apontado como responsável pelo desvio de grãos.

Acaso as conclusões das diligências levadas a cabo no bojo do IPL 085/08 apontem para a efetiva ocorrência de crime de lavagem de capitais, bem como se confirmar que ocorreram os crimes antecedentes previstos na Lei nº 9.613/98, o processo deve ser remetido à Vara Especializada.⁵³⁵

Por sua vez, o Desembargador Federal Néfi Cordeiro pediu vista dos autos e, na sessão de 13 de setembro de 2011, votou por conceder a ordem, no que foi acompanhado pelo Des. Élcio Pinheiro de Castro. O fundamento para a concessão foi a ofensa ao princípio do juiz natural, insculpido no art. 5º, LIII, da Constituição Federal, em razão de se tratar de crimes de evasão de divisas e lavagem de dinheiro, praticados por organização criminosa, supostamente de competência das Varas especializadas, conforme a Resolução nº 56/2006, do Tribunal Regional Federal da 4ª Região.

Destacou o voto vencedor:

Com efeito, não se deve censurar a decisão judicial que autoriza a realização de medida com a finalidade de instruir procedimento investigatório quando, à época do deferimento, o contexto fático-probatório não permitia concluir pela incompetência do Juízo, devendo ser prestigiada a "competência aparente", de forma a não ensejar óbices inviabilizadores à investigação criminal, conforme sedimentada jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça já ressaltada no voto do Relator.

Essa, contudo, não é a hipótese que se apresenta nos presentes autos.

O Relatório de Pesquisa e Investigação SAVIG nº 001/2009, que deu fundamento ao requerimento de interceptação das comunicações telefônicas por parte do Ministério Público Federal, desde sua exposição introdutória (itens 1.3 e 1.5) expõe a intrínseca relação entre os fatos narrados (desvios de grãos, ajustes nas balanças, apropriação da "retenção técnica" e "embarques a maior") e os delitos de lavagem de dinheiro e evasão de divisas, apontando em sua conclusão (item 3) a necessidade de investigação da ocorrência dos delitos previstos nos artigos 1º da Lei 9.613/98 e 22 da Lei 7.492/86, respectivamente.

[...]

Importante salientar que, em que pese o Ministério Público Federal tenha asseverado não estar evidenciado, de plano, a prática de eventual delito de

⁵³⁵ BRASIL. Tribunal Regional Federal (4ª Região). *Habeas Corpus* nº 0007307-70.2011.404.0000. 7ª Turma. Relator Juiz Federal Luiz Carlos Canalli. Relator para acórdão Des. Federal Néfi Cordeiro. Julgado em 13 set. 2011. **Diário eletrônico** 23 set. 2011. Disponível em: <http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/visualizar_documento_gedpro.php?local=trf4&documento=4526789&hash=0c33f1e42a8e1dea1845f58b35b1560e>. Acesso em 22 dez. 2011.

lavagem de dinheiro, como forma de justificar a competência do Juízo para a apreciação do pedido, tal ressalva destoa da fundamentação aventada, bem como não se estende às evidências de evasão de divisa ou de atuação de organização criminosa, causas que, por si só, justificariam o deslocamento da competência. Ademais, a fixação da competência não se dá pela comprovação da existência do delito - cuja certeza depende de análise percuciente do Juízo, o que não se coaduna com a natureza da fase investigatória - mas sim pelo limite do fato investigado, no caso inclusive com apontamento de prévios indícios.

[...]

Destarte, uma vez que o julgador singular tomou por fundamento de decidir, desde sua primeira manifestação, as evidências de ocorrência dos delitos de evasão de divisa, lavagem de dinheiro e formação de quadrilha (com contornos de caracterização de organização criminosa) - justificadoras do deslocamento da competência, em razão da matéria, conforme disposto na Resolução nº 56/2006, deste TRF4, supratranscrita - não há como assumir que, à época do deferimento da medida investigativa, o contexto fático-probatório não permitia a conclusão de sua incompetência para a apreciação do pleito.^{536 537}

A decisão da Turma foi assim ementada:

PENAL. PROCESSO PENAL. ILICITUDE DE PROVAS. INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS E BUSCA E APREENSÃO. REQUISITOS DA LEI 9.296/96. PREENCHIMENTO. INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO. RESOLUÇÃO 56/2006 DO TRF4. POSSIBILIDADE DE

⁵³⁶ BRASIL. Tribunal Regional Federal (4ª Região). *Habeas Corpus* nº 0007307-70.2011.404.0000. 7ª Turma. Relator Juiz Federal Luiz Carlos Canalli. Relator para acórdão Des. Federal Néfi Cordeiro. Julgado em 13 set. 2011. **Diário eletrônico** 23 set. 2011. Disponível em: <http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/visualizar_documento_gedpro.php?local=trf4&documento=4526789&hash=0c33f1e42a8e1dea1845f58b35b1560e>. Acesso em 22 dez. 2011.

⁵³⁷ Aqui se repete a ressalva feita com relação à Operação Satiagraha, quanto ao momento da decisão e como isso pode influir na mídia e na opinião pública. Logo após essa decisão, em 29 de setembro de 2011, o Des. Néfi Cordeiro foi o mais votado em lista tríplice para vaga no Superior Tribunal de Justiça. A respeito disso, a despeito da seriedade e do notório conhecimento do julgador, a jornalista Joice Hasselmann, no mesmo dia, na rádio Band News insinuou: “Esses critérios são critérios políticos. A decisão da presidente é baseada em critério político e não em critério técnico. A gente sabe que aí, um agradinho aqui, um favorzinho ali, a obtenção de um outro favor sempre conta e conta positivamente. É claro que já se esperava, nos bastidores já se falava muito que este Néfi já estava em plena campanha. Ele que é do Tribunal Regional da 4ª Região e que foi o grande articulador pra trabalhar pra derrubar a Operação Dallas, pra anular as provas da Operação Dallas, o que chamou muito a atenção, é muito estranho, muito esquisito. E agora vem essa informação, que coincidência ou não aparece logo depois da nulidade das provas. Coincidência ou não também, durante a Operação Dallas, a nulidade dessa operação significa um benefício gigantesco para a turma que estava no porto, que era ligada a Roberto Requião, o próprio irmão de Roberto Requião, Eduardo Requião, coincidência ou não essa turma é do PMDB, coincidência ou não o PMDB é o partido de Michel Temer, coincidência ou não o PMDB está na Vice-Presidência da República e é aliado do PT. São coincidências da vida política e da vida envolvendo também os Tribunais, seu Luiz Ribeiro.” (HASSELMANN, Joice. *A sapatada: critério político o STJ e decisão de Rossoni na CPI dos Pedagogos*. **Joice Hasselmann: pimenta nativa**, 29 set. 2011. Disponível em: <<http://www.blogdajoice.com/2011/09/a-sapatada-criterio-politico-no-stj-e-decisao-de-rossoni-na-cpi-dos-pedagogos/>>. Acesso em: 03 jan. 2012.) (arquivo de áudio, transcrição nossa.)

Cumprе salientar que, no entanto, consoante informações da agência oficial de notícias, o Des. Néfi Cordeiro recebeu apoio inclusive do atual Governador, Beto Richa, filiado ao PSDB, partido de oposição ao governo federal e à gestão anterior, que supostamente seria beneficiado com a validade da operação. (PARANÁ. Agência de notícias do Paraná. **Richa apoia indicação de paranaense para vaga de ministro do STJ**. 10 out. 2011. Disponível em: <<http://www.aen.pr.gov.br/modules/noticias/article.php?storyid=65990&tit=Richa-apoia-indicacao-de-paranaense-para-vaga-de-ministro-do-STJ>>. Acesso em: 03 jan. 2012.)

VERIFICAÇÃO À ÉPOCA DO DEFERIMENTO DAS DILIGÊNCIAS. OFENSA AO PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL. NULIDADE DAS DECISÕES.

1. Comprovada a existência de elementos indicativos da materialidade e autoria delitivas, referentes a crimes puníveis com reclusão, bem como a necessidade da medida para o desvelamento dos envolvidos na empreitada criminosa e seu *modus operandi*, restam preenchidos os requisitos necessários à autorização de interceptação das comunicações telefônicas, insculpidos no artigo 2º da Lei 9.296/96.

2. As decisões que autorizaram as diligências foram adequadamente fundamentadas, apontando, inclusive, motivação específica relativa à necessidade de início ou prorrogação das medidas, com base nos elementos colhidos no procedimento investigatório.

3. Vigente hoje em nosso ordenamento, no que tange à Organização Judiciária da Justiça Federal desta 4ª Região, a Resolução 56 do Tribunal Regional Federal da Quarta Região, de 06/09/2006, que determina a competência da 3ª Vara Federal Criminal de Curitiba para processar e julgar os crimes praticados por organização criminosa, bem como os crimes contra o sistema financeiro e de lavagem de dinheiro.

4. Não se deve censurar a decisão judicial que autoriza a realização de medida com a finalidade de instruir procedimento investigatório quando, à época do deferimento, o contexto fático-probatório não permitia concluir pela incompetência do Juízo, devendo ser prestigiada a "competência aparente", de forma a não ensejar óbices inviabilizadores à investigação criminal.

5. Na hipótese dos autos, contudo, o julgador singular tomou por fundamento de decidir, desde sua primeira manifestação, as evidências de ocorrência dos delitos de evasão de divisa, lavagem de dinheiro e formação de quadrilha (com contornos de caracterização de organização criminosa) - justificadoras do deslocamento da competência, em razão da matéria, conforme disposto na Resolução nº 56/2006, deste TRF4 - não havendo como assumir que, à época do deferimento da medida investigativa, o contexto fático-probatório não permitia a conclusão de sua incompetência para a apreciação do pleito.

6. Caracterizada ofensa ao princípio constitucional do juiz natural, deve ser declarada a nulidade dos atos decisórios proferidos e, por conseguinte, reconhecida a ilicitude das provas.⁵³⁸

Com relação à especialização de Varas, em trabalho anterior, já se havia apontado que:

Em 12 de maio de 2003, o Presidente do Conselho da Justiça Federal editou a Resolução nº 314/2003, determinando, em seu art. 1º, que os Tribunais Regionais Federais especializariam varas federais criminais, com competência exclusiva ou concorrente, "para processar e julgar os crimes contra o sistema financeiro nacional e de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores". O ato normativo teve sua proposta aprovada na sessão ordinária realizada em 31 de março de 2003, após exposição de motivos feita pelo Ministro Gilson Langaro DIPP.

Conforme determinado, logo em seguida, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por meio de seu Presidente, editou a Resolução nº 20, de 26 de maio de 2003. Nas Seções Judiciárias do Rio Grande do Sul, Santa Catarina e Paraná, respectivamente, o art. 1º especializou a 1ª Vara Criminal de Porto Alegre, a Vara Criminal de Florianópolis e a 2ª Vara

⁵³⁸ BRASIL. Tribunal Regional Federal (4ª Região). *Habeas Corpus* nº 0007307-70.2011.404.0000. 7ª Turma. Relator Juiz Federal Luiz Carlos Canalli. Relator para acórdão Des. Federal Néfi Cordeiro. Julgado em 13 set. 2011. **Diário eletrônico** 23 set. 2011. Disponível em: <http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/visualizar_documento_gedpro.php?local=trf4&documento=4526789&hash=0c33f1e42a8e1dea1845f58b35b1560e>. Acesso em 22 dez. 2011.

Criminal de Curitiba. Notadamente esta última foi instalada solenemente em 12 de junho de 2003.

Embora eventualmente se possa questionar a constitucionalidade da providência, parece haver argumentos suficientes para ampará-la. Por enquanto, a prática tem mostrado saldo positivo, com o aumento da qualidade do debate, o que certamente não seria possível alcançar se os feitos estivessem espalhados por todas as subseções. Atinente à questão, assim decidiu o E. Superior Tribunal de Justiça:

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. JUÍZOS FEDERAIS CRIMINAIS. PENAL. CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA E SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL. CONEXÃO. RESOLUÇÃO 20/2003 DO TRF DA 4ª REGIÃO. ESPECIALIZAÇÃO DE VARAS CRIMINAIS.

Considerando os termos da Resolução 20/2003 do TRF da 4ª Região, que especializou a Vara Federal Criminal de Curitiba/PR, para "...processar e julgar os crimes contra o sistema financeiro nacional e de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores...", este deve ser o juízo competente na hipótese, eis que o referido ato do Conselho da Justiça Federal destina-se, à vista da sua atribuição, a zelar pela eficácia célere da prestação jurisdicional no âmbito da jurisdição federal ordinária. Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo Federal da 2ª Vara Criminal do Estado do Paraná, o suscitado.

(Conflito de Competência – 39367, Processo: 200301262239/SP; Órgão Julgador: Terceira Seção; Data da decisão: 08/10/2003; Documento: STJ000511676; Fonte: DJ 28/10/2003, p. 189, Relator Min. José Arnaldo da Fonseca)⁵³⁹

Posteriormente, o Supremo Tribunal Federal apreciou a constitucionalidade da especialização em acórdão assim ementado:

HABEAS CORPUS. PENAL, PROCESSUAL PENAL E CONSTITUCIONAL. FORMAÇÃO DE QUADRILHA E GESTÃO FRAUDULENTA DE INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. COMPETÊNCIA. ESPECIALIZAÇÃO DE VARA POR RESOLUÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. OFENSA AO PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL E À RESERVA DE LEI [CONSTITUIÇÃO DO BRASIL, ARTIGOS 5º, INCISOS XXXVII E LIII; 22, I; 24, XI, 68, § 1º, I e 96, II, ALÍNEAS a e d]. INOCORRÊNCIA. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E PRINCÍPIOS DA RESERVA DA LEI E DA RESERVA DA NORMA. FUNÇÃO LEGISLATIVA E FUNÇÃO NORMATIVA. LEI, REGULAMENTO E REGIMENTO. AUSÊNCIA DE DELEGAÇÃO DE FUNÇÃO LEGISLATIVA. SEPARAÇÃO DOS PODERES [CONSTITUIÇÃO DO BRASIL, ARTIGO 2º].

1. Paciente condenado a doze anos e oito meses de reclusão pela prática dos crimes de formação de quadrilha (CP, art. 288) e gestão fraudulenta de instituição financeira (Lei n. 7.492/86).

2. Inquérito supervisionado pelo Juiz Federal da Subseção Judiciária de Foz do Iguaçu, que deferiu medidas cautelares.

3. Especialização, por Resolução do Tribunal Regional da Quarta Região, da Segunda Vara Federal de Curitiba/PR para o julgamento de crimes financeiros.

4. Remessa dos autos ao Juízo competente.

5. Ofensa ao princípio do juiz natural [artigo 5º, incisos XXXVII e LIII da Constituição do Brasil] e à reserva de lei. Inocorrência.

6. Especializar varas e atribuir competência por natureza de feitos não é matéria alcançada pela reserva da lei em sentido estrito, porém apenas pelo princípio da legalidade afirmado no artigo 5º, II da Constituição do Brasil, ou seja, pela reserva da norma. No enunciado do preceito --- ninguém será

⁵³⁹ SILVA, Daniel Addor. **Criminalidade econômica e manutenção no exterior de depósitos não declarados**. Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2006. p. 12-13.

obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei --- há visível distinção entre as seguintes situações: [i] vinculação às definições da lei e [ii] vinculação às definições decorrentes --- isto é, fixadas em virtude dela --- de lei. No primeiro caso estamos diante da reserva da lei; no segundo, em face da reserva da norma [norma que pode ser tanto legal quanto regulamentar ou regimental]. Na segunda situação, ainda quando as definições em pauta se operem em atos normativos não da espécie legislativa --- mas decorrentes de previsão implícita ou explícita em lei --- o princípio estará sendo devidamente acatado.

7. No caso concreto, o princípio da legalidade expressa reserva de lei em termos relativos [= reserva da norma] não impede a atribuição, explícita ou implícita, ao Executivo e ao Judiciário, para, no exercício da função normativa, definir obrigação de fazer ou não fazer que se imponha aos particulares --- e os vincule.

8. Se há matérias que não podem ser reguladas senão pela lei --- v.g.: não haverá crime ou pena, nem tributo, nem exigência de órgão público para o exercício de atividade econômica sem lei, aqui entendida como tipo específico de ato legislativo, que os estabeleça --- das excluídas a essa exigência podem tratar, sobre elas dispondo, o Poder Executivo e o Judiciário, em regulamentos e regimentos. Quanto à definição do que está incluído nas matérias de reserva de lei, há de ser colhida no texto constitucional; quanto a essas matérias não cabem regulamentos e regimentos. Inconcebível a admissão de que o texto constitucional contivesse disposição despiciente --- verba cum effectu sunt accipienda. A legalidade da Resolução n. 20, do Presidente do TRF da 4ª Região, é evidente.

9. Não há delegação de competência legislativa na hipótese e, pois, inconstitucionalidade. Quando o Executivo e o Judiciário expedem atos normativos de caráter não legislativo --- regulamentos e regimentos, respectivamente --- não o fazem no exercício da função legislativa, mas no desenvolvimento de função normativa. O exercício da função regulamentar e da função regimental não decorrem de delegação de função legislativa; não envolvem, portanto, derrogação do princípio da divisão dos poderes. Denego a ordem.

(HC 85060, Relator(a): Min. EROS GRAU, Primeira Turma, julgado em 23/09/2008, DJe-030 de 12/02/2009, publ. 13/02/2009, EMENT vol-02348-02 pp-00363, RTJ vol-00209-03 pp-01119)

Em seu voto condutor, o Min. Eros Grau salientou:

Em que pese tratar-se de argumento metajurídico, permito-me chamar a atenção desta Corte para os efeitos concretos que decorreriam de eventual acolhimento das alegações produzidas neste writ. Insista-se em que a vara especializada de Curitiba recebeu centenas de inquéritos oriundos de subseções judiciárias. De outro lado, verificou-se também a especialização de vara federal em Porto Alegre e em Santa Catarina, com o mesmo objetivo. É fácil imaginarmos, diante desse quadro, o caos decorrente da anulação de centenas de ações penais deslocadas para as varas especializadas.

Portanto, deve-se pensar que a especialização das Varas seguiu princípios de administração da Justiça, buscando conferir celeridade, qualidade e maior efetividade ao processamento dos feitos. Claramente, um juiz acostumado a decidir a mesma matéria, poderá fazê-lo com maior segurança e domínio sobre o tema, mormente em comparação com outro que se vê obrigado a apreciar assuntos variados. Ademais, o magistrado deveria se debruçar sobre menos processos, porquanto, apesar de abranger uma parcela maior do

território, todos os processos relacionados a determinados crimes envolveriam um número menor de inquéritos que se levando em conta todos os crimes praticados naquela Subseção.

Partindo desse pressuposto, anular os feitos deslocados para a competência das Varas especializadas envolveria a aniquilação de todo o trabalho decorrente da especialização, que não abarca apenas esforços de qualificação dos magistrados e servidores desses Juízos, mas também do Ministério Público Federal e Polícia Federal, que designam profissionais e setores específicos para essa finalidade. Por essa mesma razão, não seria razoável que as Varas especializadas se vissem assoberbadas pelo envio de todos os feitos de toda a Seção Judiciária, por conta da mera menção a crimes afeitos a sua competência. Ao revés, conforme destacava o voto vencido, a declinação da competência exigiria que as diligências apontassem “para a efetiva ocorrência de crime de lavagem de capitais” ou do crime referente à respectiva competência especializada.

Nesses moldes bem salientou o Juiz Marcos Josegri da Silva em suas informações reproduzidas no *writ* em comento:

Obviamente, a qualificação jurídica desses fatos na fase investigativa foi capitulada de forma preliminar, precária. Nesse contexto, evidentemente que se inclui a possibilidade de que, auferidos lucros indevidamente a partir da comercialização de bens objeto de desvio e apropriação criminosa, mediante fraude, artifício ou ardid, por parte de uma quadrilha que, tudo estava a indicar, reiteradamente assim procedia - os elementos colhidos na fase investigativa assim demonstram à saciedade -, a tanto se sucedesse a lavagem desse capital e a remessa de parte dele para o exterior.

Afinal, não se conhece ninguém que, obtendo proveito criminoso expressivo, não pretenda usufruir desse dinheiro posteriormente e, considerando-se o volume de grãos desviados e seu valor estimado no mercado, seria necessária a realização de uma operação de branqueamento para introduzi-los em circulação novamente, ou, então, remetê-los para fora do Brasil.

De qualquer forma, independentemente disso, somente após o término da investigação levada a cabo no bojo do IPL 085/08 é que se terá um panorama efetivo e concreto sobre a ocorrência, ou não, desse tipo de delito, para o que se deverá também verificar objetivamente se os fatos ocorridos, caso confirmados, se subsumirão a algum dos crimes antecedentes previstos na Lei nº 9.613/98.

Ademais, com a devida vênia, o voto vencedor se equivocou em um aspecto relevante.

Por meio da citada Resolução nº 20/2003, as Varas especializadas na 4ª Região – 1ª Vara Criminal de Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Vara Criminal de Florianópolis, Santa Catarina e 2ª Vara Criminal de Curitiba, Paraná – receberam os feitos referentes a crimes contra o sistema financeiro nacional e de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores. Especificamente quanto ao Paraná, a Vara manteve a competência do Júri e, nos moldes do

art. 6º, § 1º, da resolução, remeteu todos os inquéritos e demais procedimentos, à exceção das ações penais, para as outras Varas criminais de Curitiba.

Posteriormente, por força da Resolução nº 517, de 30 de junho de 2006, do Conselho da Justiça Federal, que por sua vez seguiu a Recomendação nº 3, de 30 de maio de 2006, do Conselho Nacional de Justiça, editou-se a Resolução nº 42, de 19 de julho de 2006. Por meio desse ato normativo, no caso específico do Paraná, a 2ª e a 3ª Varas Criminais passaram a ter competência para processar e julgar os feitos referentes aos crimes contra o sistema financeiro nacional, de lavagem de dinheiro e aqueles praticados por organizações criminosas, independentemente do caráter transnacional das infrações.

Sobreveio então a edição da mencionada Resolução nº 56, de 06 de setembro de 2006, que passou a competência para o crime organizado, no que interessa, somente à 3ª Vara Federal Criminal de Curitiba e à 1ª Vara Federal Criminal de Foz do Iguaçu. Um dos fundamentos para tanto foi “a distância entre o Município de Foz do Iguaçu e o de Curitiba [...] e a necessidade de preservar o sucesso das respectivas operações, principalmente quanto ao cumprimento de prazos legais, sigilo das informações, enfim, à eficiência e à eficácia das atividades jurisdicionais”.

No mês seguinte, porém, editou-se a Resolução nº 63, de 05 de outubro de 2006, alterando a anterior, situação olvidada pelo julgador. Passaram então a ter competência para processar e julgar os feitos relacionados a organizações criminosas a 1ª e a 2ª Varas Federais Criminais de Foz do Iguaçu, além da 2ª e 3ª Varas Federais Criminais de Curitiba, restando a estas últimas, com exclusividade em todo o Estado, os crimes contra o sistema financeiro nacional e de lavagem de dinheiro.

Da mesma forma, olvidou-se o Desembargador de se tratar de dispositivo revogado, com a edição da Resolução nº 18, de 24 de abril de 2007. Esta norma manteve a competência em Curitiba para os crimes previstos na Lei nº 7.492/86 e na Lei nº 9.613/98. Entrementes, dispõe em seu art. 2º, *verbis*: “Nas Subseções Judiciárias do interior, onde inexistir a especialização criminal, a competência para processar e julgar os crimes praticados por organizações criminosas passa a ser da vara comum, sendo concorrente esta competência se houver mais de uma destas varas.” Portanto, com relação à organização criminosa, o descolamento da competência não se justificaria, tendo em vista que a Vara Federal de Paranaguá é vara comum e, logo, competente.

Observe-se que a decisão gerou situação peculiar. Conforme citado, por ocasião do *Habeas Corpus* nº 5001250-48.2011.404.0000 a 8ª Turma já reconheceu que o Juízo de Paranaguá poderia deferir a produção das provas necessárias até que restasse confirmada a competência de outra Vara, “sem qualquer prejuízo de validade dessas diligências”.

Pois bem, em razão da prevenção da outra Turma, o Ministério Público Federal opôs embargos de declaração, alegando erro na distribuição e omissão quanto à Resolução nº

18/2007. Apreciados como questão de ordem na sessão de 25 de outubro de 2011, a Relatora Juíza Salise Monteiro Sanchotene votou por afetar à 4ª Seção, que abrange as duas Turmas com competência penal, com fundamento no art. 16, II, do Regimento Interno, o qual preceitua a remessa “quando convier pronunciamento da Seção, em razão da relevância da questão jurídica, e para prevenir divergência entre as Turmas da mesma Seção”. Por sua vez, o Des. Márcio Antônio Rocha divergiu, reconhecendo o equívoco na distribuição e a omissão do Parquet em não ter trazido à baila o assunto oportunamente, razão pela qual o ponto não foi levado ao conhecimento da Turma, que por desconhecê-lo não se manifestou sobre ele. Assim, por não ter sido apreciada a matéria – apesar de concordar com a tese vencedora quanto à nulidade das provas e tendo sido expressamente cauteloso quanto ao fato de não estar alterando, em substituição, o voto do Des. Néfi –, votou por dar provimento aos embargos, determinando a remessa ao Juízo prevento. A ementa assumiu a seguinte redação:

PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. COMPETÊNCIA. PREVENÇÃO. DISTRIBUIÇÃO. EQUÍVOCO. CORREÇÃO. PROVIMENTO.

De acordo com o Regimento Interno, o julgamento dos processos no âmbito do Tribunal ocorre por suas Turmas Julgadoras. Define-se a competência entre as Turmas pela distribuição, que uma vez realizada, impõe que todas as medidas envolvendo a mesma causa sejam julgadas pela mesma Turma. Não tendo sido observada pelos serviços de distribuição a existência de prevenção, e nem sendo alegada pelas partes, a competência, por ser objetiva, deve ser apreciada enquanto não julgada em definitivo a questão pela Turma.

Os embargos de declaração são meio hábil para submeter ao exame da Turma a existência de prevenção que determinava a competência de outra Turma para o julgamento do "habeas corpus".

Reconhecida a incompetência da 7ª Turma, que apreciou o pedido, determina-se a remessa do feito à 8ª Turma, competente pela prevenção anteriormente firmada.

A despeito de não constarem explicitamente dos fundamentos do voto, sem maiores aprofundamentos para não se fugir do ponto fulcral, cumpre salientar que o Regimento Interno do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, instituído pela Resolução nº 112, de 20 de dezembro de 2010, possui regra explícita quanto à prevenção. No que interessa, preceitua o art. 82 e respectivos parágrafos, *verbis*:

Art. 82. A distribuição do mandado de segurança, *habeas corpus*, medida cautelar e recurso cível ou criminal torna preventa a competência do Relator e do órgão julgador para todos os recursos ou incidentes posteriores, tanto na ação quanto na execução, referentes ao mesmo processo e aos feitos reunidos no primeiro grau.

§ 1º. A distribuição realizada por equívoco não firma nem modifica prevenção.

§ 2º. Firma prevenção, inclusive, a decisão que deixar de conhecer do feito, ou simplesmente declarar prejudicado o pedido.

[...]

§ 10. A prevenção, se não for reconhecida de ofício, poderá ser argüida por

qualquer das partes ou pelo Ministério Público Federal até o início do julgamento, após o que se terá como modificada a competência tão somente para o feito julgado.

Por sua vez, o Código de Processo Penal, como cediço, prevê que a prevenção determina a competência jurisdicional, consoante o art. 69, VI. De igual sorte, de acordo com o art. 83, verifica-se a prevenção “toda vez que, concorrendo dois ou mais juízes igualmente competentes ou com jurisdição cumulativa, um deles tiver antecedido aos outros na prática de algum ato do processo ou de medida a este relativa, ainda que anterior ao oferecimento da denúncia ou da queixa”. Ademais, conforme o art. 91, do mesmo diploma, a prevenção é critério subsidiário para fixação da competência.

No entanto, não há dispositivo processual legal que se assemelhe ao que estabelece o regimento. Por certo, a regra regimental reverbera o teor da súmula nº 706, do Supremo Tribunal Federal, segundo o qual: “É relativa a nulidade decorrente da inobservância da competência penal por prevenção.” Da mesma forma, o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal expressamente prevê, no art. 67, § 6º, a preclusão da faculdade de alegar a prevenção se não o fizer na primeira oportunidade. Outrossim, o art. 77-D determina a distribuição por prevenção dos *habeas corpus* oriundos do mesmo inquérito ou ação penal.

No caso, o Des. Márcio Antônio Rocha encontrou alternativa que compatibilizava todos os dispositivos. Se por um lado apontou a falha na distribuição que não reconheceu a prevenção – possivelmente porque o primeiro feito foi distribuído em meio físico e o segundo no processo eletrônico –, bem como do Ministério Público Federal que não levantou a questão oportunamente, de outra banda, apesar de não determinar a remessa de ofício, não reconheceu a preclusão, justamente sob o pretexto de que a Turma não tinha conhecimento da existência da questão por conta dos equívocos apontados. Assim decidindo, evitou a divergência entre as Turmas e a necessidade de se instaurar incidente de uniformização, nos moldes dos arts. 128 e seguintes, do regimento daquele Colegiado. Caso contrário, gerar-se-iam decisões conflitantes entre as Turmas, tendo em vista que a 8ª já reconheceu a validade da operação e teria sua decisão desconstituída pela 7ª Turma.

Contra essa decisão determinando a redistribuição por prevenção, a defesa impetrou novo *habeas corpus* ao Superior Tribunal de Justiça, distribuído em 10/11/2011, à 5ª Turma, sob o nº 225.316. O Relator, Min. Marco Aurélio Belizze indeferiu a liminar em 14/11/2011. Asseverou o julgador:

Da análise dos autos, ao menos num juízo perfunctório, não vislumbro manifesta ilegalidade na decisão proferida pela autoridade apontada como coatora a ensejar o deferimento da medida de urgência.

Isso porque, em sede de cognição sumária, não verifico a plausibilidade do direito vindicado, porquanto o acórdão impugnado, no voto divergente vencedor, deixou assentado que “não tendo sido observada pelos serviços de distribuição a existência de prevenção, e nem sendo alegada pelas partes, a competência, por ser objetiva, deve ser apreciada enquanto não

julgada em definitivo a questão pela Turma", o que, **primo oculi**, não evidencia ilegalidade manifesta.

Até o momento da redação definitiva desta tese, ainda não houve o julgamento definitivo desse *writ* no Superior Tribunal de Justiça.

Redistribuído à 8ª Turma, o feito foi prontamente levado a julgamento. Consultando o andamento processual, percebe-se que os impetrantes intentaram instaurar incidente de uniformização de jurisprudência. Na sessão de 14 de dezembro de 2012, porém, votaram, por unanimidade, rejeitar tal pedido de instauração e, por maioria, denegar a ordem, nos termos do voto do Relator, vencido o Des. Élcio Pinheiro de Castro, que já havia acompanhado o julgamento anterior pela anulação. O Des. Paulo Afonso Brum Vaz assim ementou o acórdão:

PENAL E PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA. FACULDADE DO JULGADOR. DEMONSTRAÇÃO DE EFETIVA DIVERGÊNCIA. NULIDADE. NÃO-CARACTERIZAÇÃO. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA E MEDIDAS DE BUSCA E APREENSÃO. AUTORIDADE COMPETENTE. PRORROGAÇÕES. POSSIBILIDADE.

A instauração do incidente de uniformização de jurisprudência constitui faculdade do julgador, além de ser necessária para o seu acolhimento a demonstração de dissonância jurisprudencial dominante entre as turmas julgadoras, requisito não atendido.

O magistrado que atua durante o inquérito que lhe é distribuído em razão dos fatos suspeitos pode e deve, no âmbito do seu poder jurisdicional, adotar as providências cautelares que lhe forem reclamadas, sem qualquer prejuízo de validade dessas diligências, caso o desfecho da investigação venha a demonstrar, posteriormente, que o fato apurado deverá ser processado perante outro órgão do Poder Judiciário com legitimidade constitucional.

Não demonstrado que desde o momento inicial estavam sob apuração crimes que autorizariam o deslocamento da competência, com base no estatuído na Resolução nº 42 do TRF-4ª Região, não há que se decretar a nulidade das interceptações telefônicas e das medidas autorizadas de busca e apreensão, sob o fundamento de que foram emanadas de autoridade materialmente incompetente.

Para o deferimento do pedido de quebra do sigilo telefônico/telemático é suficiente o juízo de probabilidade acerca da prática da infração penal e a impossibilidade de a prova ser obtida por outro modo. Atendidos tais requisitos para autorizar a interceptação, a prova obtida por tal meio deve ser considerada lícita e legítima.

O STF já decidiu pela possibilidade de mais de uma prorrogação das interceptações telefônicas (Inq 2424/RJ) desde que devidamente fundamentadas e necessárias. Assim, não comprovado, na via estreita do writ, qualquer ilegalidade nas sucessivas prorrogações, não há nulidade a ser reconhecida na obtenção da prova.⁵⁴⁰

⁵⁴⁰ BRASIL. Tribunal Regional Federal (4ª Região). *Habeas Corpus* nº 0007307-70.2011.404.0000. 8ª Turma. Relator Des. Federal Paulo Afonso Brum Vaz. Julgado em 14 dez. 2011. **Diário eletrônico** 18 jan. 2012. Disponível em: <http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/visualizar_documento_gedpro.php?local=trf4&documento=4723779&hash=352e46d2af900e1685df5390ec6a2e43>. Acesso em 18 jan. 2012.

A despeito de não se ter acesso ao inteiro teor dos votos, em razão do sigilo, pode-se depreender que a validade das provas foi mantida e que o Des. Élcio Pinheiro de Castro lançou divergência, mantendo seu posicionamento anterior. Outrossim, o Des. Paulo Afonso Brum Vaz foi coerente com o voto lançado no HC nº 5001250-48.2011.404.0000, em trecho anteriormente transcrito, quanto a não estar de plano demonstrada a competência da Vara especializada e, portanto, sendo competente o Juízo de Paranaguá naquele momento.

A menção ao Inquérito nº 2.424 é curiosa, pois se refere à Operação Hurricane, que tratou de corrupção passiva e prevaricação no Tribunal Regional Federal da 2ª Região e no Superior Tribunal de Justiça, relacionadas ao jogo ilegal e envolvendo magistrados, advogado e procurador da República. Na oportunidade, na sessão de 26 de novembro de 2008, o Pleno do Supremo Tribunal Federal assentou como posicionamento na ementa: “É lícita a prorrogação do prazo legal de autorização para interceptação telefônica, ainda que de modo sucessivo, quando o fato seja complexo e, como tal, exija investigação diferenciada e contínua.”

A respeito, com a ressalva já trazida quanto à sua não oficialidade e à possibilidade de erros na interpretação dos anotadores, o informativo nº 529, referente à sessão em questão, aduz:

Não se vislumbrou, ademais, na determinação das interceptações, ofensa ao art. 2º, II, da Lei 9.296/96, ao fundamento de que todas as medidas tomadas para apuração dos fatos narrados na denúncia foram sancionadas pela subsidiariedade desse meio para obtenção de prova, sendo óbvio que o envolvimento de magistrados, membros de tribunais, um deles, de Tribunal Superior, implicava a necessidade de se apurar os fatos com rigor perceptivo, de modo que a singularidade e a especificidade da situação demandava um meio excepcional de prova. Enfatizou-se que, sem essas provas, sem indícios mais consistentes, sempre se poderia argüir que se imputava aos ora acusados a mera prática do chamado crime de hermenêutica.⁵⁴¹

Cumprido neste momento transcrever um trecho das informações prestadas pelo Juiz Federal Marcos Josegredi da Silva, presentes no voto vencido da 7ª Turma, o qual se afigura relevante. Menciona o magistrado:

Este Juízo Federal, a despeito de possuir atualmente em tramitação mais de 7.500 feitos nesta única Vara Federal localizada na sede do segundo porto brasileiro do ranking de movimentação de mercadoria, sempre acompanhou com a atenção e acuidade necessárias o andamento do procedimento.

Em quase 12 anos de carreira na magistratura federal nunca este magistrado se limitou a puramente chancelar os pleitos formulados pela Autoridade Policial e pelo MPF. Prova disso é que, NO PRESENTE CASO, o monitoramento telefônico e telemático foi encerrado a partir do

⁵⁴¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Informativo nº 529**. Brasília, 17 a 21 nov. 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo529.htm>>. Acesso em: 23 dez. 2011.

INDEFERIMENTO pelo Juízo de mais um pedido de prorrogação formulado pela autoridade policial e secundado por parecer ministerial (doc. 05).

Da mesma forma, quando da deflagração da operação policial consistente nas buscas e apreensões e prisões temporárias distribuídas nos autos sob nº 0000290-42.2010.404.7008, este Juízo também indeferiu diversas diligências requeridas pela Autoridade Policial e pelo MPF (doc. 6)

Ou seja, o Poder Judiciário Federal, no presente caso, atuou rigorosamente no exercício de sua missão constitucional, aplicando o princípio da proporcionalidade, sopesando as variantes decorrentes das garantias constitucionais envolvidas, em sua feição negativa, consistente na preservação do direito individual da intimidade frente ao Estado ("übermassverbot"), e em seu aspecto positivo, decorrente do dever-poder estatal de se investigarem adequadamente os fatos que se apresentam como criminosos e que lesam a coletividade de maneira significativa ("untermassbervot").

No que diz com os relatórios policiais e as decisões que se sucederam, muitos deles se encontram instruídos, inclusive, com fotografais de diligências de campo levadas a cabo para se demonstrar que o que estavam sendo ditos nos diálogos interceptados possuía efetiva correspondência no mundo dos fatos (doc. 07). Ou seja, não se trata de simples pleitos de prorrogação desprovidos de qualquer substrato fático concreto obtido no último período de monitoramento a que o Juízo se reportava em parte como razões de decidir.

Ademais, contrariamente ao sustentado na inicial da impetração, o Juízo Federal não estava a promover, com os deferimentos das medidas, uma espécie de "prospecção" na intimidade dos pacientes no aguardo de que cometessem crimes. Tampouco o objeto da investigação eram "crimes fiscais ou tributários", que dependem, para comprovação de sua materialidade, da constituição definitiva do crédito pela Receita Federal.

A concreta e efetiva suspeita de práticas de crimes decorrentes do desvio de grãos no corredor de exportação do Porto de Paranaguá pelos ora pacientes é que determinou a instauração de inquérito policial, de procedimento investigativo no âmbito do MPF e de procedimento de monitoramento telefônico e telemático.

E a existência de indícios de tal natureza se originou de diversos locais: Administração dos Portos de Paranaguá e Antonina, Receita Federal e Associação Nacional de Exportadores de Cereais!

Não existe nenhum grau de "fabulação mental" de quem quer que seja que tenha determinado a investigação nos moldes em que efetivada. Inclusive as diligências de campo, realizadas em complementação aos monitoramentos demonstram a efetiva saída de grãos dos armazéns da CBL, tudo indica indevidamente - há fotografias nos autos que evidenciam a movimentação de caminhões e o transporte com notas fiscais de origem espúria.

Não há como se descortinarem fatos complexos que há muito vinham sendo praticados e identificarem seus verdadeiros responsáveis se utilizando de meios de comprovação insuficientes, seja em sua essência, seja no prazo de sua duração.

Talvez, de fato, sem o uso da ferramenta dos monitoramentos se lograsse apurar parte dos fatos ocorridos e, possivelmente, se acabasse por atribuir a responsabilidade por eles ao operador da balança, ao funcionário da manutenção das correias ou, quem sabe ao motorista do caminhão abordado na saída de Paranaguá carregado de grãos que estariam sendo desviados. Jamais, porém, se conhecesse estabelecer os nexos causais e demonstrar quem além dos executores das ações tinha conhecimento delas e as orientava.

Ocorre que não é exatamente esse o papel que se espera do Poder Público em um país democrático e republicano.

Enfim, na fase inquisitorial, durante o tempo em que vigeram as medidas de afastamento das garantias constitucionais dos sigilos das comunicações

telefônicas e telemáticas, foi possível a identificação de práticas delituosas que efetivamente tinham correspondência com o plano fático, que já vinham sendo noticiadas há muito e eram objeto de investigação no âmbito alfandegário, da administração portuária e da Polícia Federal, ao menos para o fim de justificar a adoção posterior das buscas e apreensões e prisões temporárias.

Por fim, esclareço que, além dos fatos que originaram os pedidos de monitoramento e que envolviam diretamente os ora pacientes - desvio de grãos no corredor de exportação do Porto de Paranaguá - a investigação revelou outras práticas ilícitas praticada por terceiros pessoas ligadas ao serviço público prestado pela Administração dos Portos de Paranaguá e Antonina - APPA, as quais acabaram por determinar a instauração de mais três inquérito policiais em tramitação na DPF de Paranaguá (IPLs 04/2011, 05/2011 e 06/2011), que não se relacionam diretamente com os pacientes deste habeas corpus. Estes, ao lado do IPL 085/08, se encontram atualmente em tramitação, aguardando as conclusões das diligências que vem sendo neles realizadas.⁵⁴²

A preocupação do magistrado se afigura relevante. Com efeito, diante do impasse referente à competência da Vara de Paranaguá surgiriam três opções, todas sustentáveis, mas nem todas recomendáveis.

Um caminho possível seria reconhecer, como fez o Des. Paulo Afonso, que seriam válidas as provas produzidas, porque o Juízo de Paranaguá seria competente para deferir sua produção, diante dos elementos que então se apresentavam. Por outro lado, poder-se-ia, como obrou o Des. Néfi, considerar evidenciada a prática de crime de competência da Vara especializada. Então, haveria duas possibilidades. De início, nos moldes do que assentou o julgador, decretar-se-ia a nulidade de todas as provas produzidas, porque determinadas por Juízo incompetente. No entanto, seria plenamente possível a redistribuição ao magistrado competente sem prejuízo da validade das provas.

A primeira delas privilegia todo o trabalho das autoridades e confere efetividade ao direito penal econômico. Um ponto relevante no combate à criminalidade é a articulação entre os órgãos administrativos incumbidos da fiscalização e as instâncias de controle penal. A Operação Dallas afigura-se, assim, um exemplo de como todos podem se concertar para apuração e repressão dos fatos criminosos, levantando os elementos necessários e bastantes para ensejar a persecução penal célere e efetiva.

A segunda delas, apenas aparentemente, parece preservar os direitos fundamentais. A partir do princípio do juiz natural, garantia originariamente destinada para evitar Juízos e tribunais de exceção, a decisão considera que, desde o início, as medidas deveriam ser determinadas pela Vara especializada, ainda que ao final das investigações não fiquem comprovadas a evasão de divisas, a lavagem de dinheiro ou mesmo a existência da

⁵⁴² BRASIL. Tribunal Regional Federal (4ª Região). *Habeas Corpus* nº 0007307-70.2011.404.0000. 7ª Turma. Relator Juiz Federal Luiz Carlos Canalli. Relator para acórdão Des. Federal Néfi Cordeiro. Julgado em 13 set. 2011. **Diário eletrônico** 23 set. 2011. Disponível em: <http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/visualizar_documento_gedpro.php?local=trf4&documento=4526789&hash=0c33f1e42a8e1dea1845f58b35b1560e>. Acesso em 22 dez. 2011.

organização criminosa. O prejuízo à efetividade da persecução seria evidente, porquanto as provas posteriores poderiam ser consideradas resultantes das medidas deferidas e, portanto, por elas terem sido contaminadas, de acordo com a teoria dos frutos da árvore envenenada. Certamente isso macularia a validade de toda a operação e teria como consequência inarredável a impunidade dos efetivamente envolvidos. Curiosamente, conforme salientado, o cerne da especialização das Varas é justamente a prestação jurisdicional célere e eficaz. No entanto, a sua utilização no caso concreto alcançaria o fim oposto, acarretando a demora na apuração e processamento dos fatos com a segura ineficácia de todos os procedimentos. Em nenhum momento isso parece ter passado pela mente do Desembargador.

A terceira delas seria um meio termo entre os outros extremos. Partindo da premissa de que estariam comprovados crimes da competência especializada, seriam mantidos todos os esforços na colheita das provas. O magistrado que recebesse os autos então poderia convalidar todas as medidas e assegurar o prosseguimento do feito.

De fato, conforme destaca o Juiz Marcos Josegri, vem à baila a questão da proporcionalidade, que em sua faceta tradicional foi tratada por Silva e Nicz⁵⁴³, cujas razões se reproduzem adiante.

Inicialmente, deve-se recordar a advertência do publicista francês Xavier Philippe de que “há princípios mais fáceis de compreender do que definir”⁵⁴⁴, servindo certamente como exemplo a proporcionalidade. Todavia, na tentativa de definir, com base em Pierre Muller, Bonavides traz o princípio da proporcionalidade em sentido amplo como “a regra fundamental a que devem obedecer tanto os que exercem quanto os que padecem o poder”⁵⁴⁵. Em dimensão mais restrita, “o princípio se caracteriza pelo fato de presumir a existência de relação adequada entre um ou vários fins determinados e os meios com que são levados a cabo”⁵⁴⁶.

Canotilho trabalha a proporcionalidade como princípio⁵⁴⁷ da proibição do excesso – erigido pela Constituição Portuguesa à condição de princípio constitucional, ao contrário de

⁵⁴³ SILVA, Daniel Addor; NICZ, Alvacir Alfredo. Sobre o uso de algemas (restrições a direitos fundamentais e proporcionalidade). **Revista do Direito**, Santa Cruz do Sul, p. 79-98, jul./dez. 2008.

⁵⁴⁴ Apud BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 356.

⁵⁴⁵ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 357.

⁵⁴⁶ Ibid., p. 357.

⁵⁴⁷ Walter Claudius Rothenburg defende que a proporcionalidade é um “critério”, não um princípio, apesar do título de seu artigo. Justifica sua opção por quatro razões: a) de conteúdo; b) de objeto; c) de pertinência; e d) de incidência. Primeiro, a proporcionalidade se refere a como as normas devem ser aplicadas, destinando-se aos intérpretes do Direito e não aos seus destinatários. Segundo, ao invés de se referir a comportamentos em geral, refere-se às normas jurídicas e como se relacionam na sua aplicação. Terceiro, não funciona como comando de conduta, mas como regra de interpretação/aplicação do Direito. Quarto, a proporcionalidade se aplica de forma constante, sem variações. (ROTHENBURG, Walter Claudius. Princípio da proporcionalidade. In: LOPES, Maria

nossa Constituição Federal –, considerando-o um subprincípio concretizador do princípio do Estado de Direito^{548 549}.

Não se pretende nesta tese, por não ser seu objeto principal, tratar das origens históricas do princípio. Entretanto, é interessante salientar que a proporcionalidade remonta ao século XVIII, como máxima suprapositiva, para limitação do Poder Executivo, como “*medida para as restrições administrativas da liberdade individual*”^{550 551}.

Apesar de não haver consenso na doutrina⁵⁵², pode-se salientar a existência de três corolários, elementos, conteúdos parciais ou subprincípios da proporcionalidade: a) adequação (de meios), pertinência, aptidão, idoneidade ou conformidade; b) necessidade,

Elizabeth de Castro; OLIVEIRA NETO, Olavo de. (coord.) **Princípios processuais civis na Constituição**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 292-294.)

Por sua vez, Sarlet aborda a “discussão em torno da qualificação jurídico-normativa da proporcionalidade, já que se discute a sua condição de princípio ou de regra (tomando-se aqui ambas as noções tal qual formuladas teoricamente por Robert Alexy e seus seguidores), isto sem falar nas considerações mais recentes questionando a condição propriamente principiológica da proporcionalidade (especialmente em se partindo dos referências apresentados por Alexy) que, segundo esta doutrina, notadamente quando se cuidar do controle de constitucionalidade (proporcionalidade) de atos estatais, assume feições de postulado normativo-aplicativo, razão pela qual se faz referência a um dever de proporcionalidade”. (SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição, proporcionalidade e direitos fundamentais: o direito penal entre proibição de excesso e de insuficiência*. **Boletim da Faculdade de Direito**, Universidade de Coimbra, vol. LXXXI, 2005, p. 360.) Cf. ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

⁵⁴⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7 ed. Coimbra : Almedina, 2003, p. 266-273.

Segundo o autor, a Constituição Portuguesa trata do princípio da proibição do excesso especialmente nos seguintes artigos:

Art. 18.º / 2. A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.

Art. 19.º / 4. A opção pelo estado de sítio ou pelo estado de emergência, bem como as respectivas declaração e execução, devem respeitar o princípio da proporcionalidade e limitar-se, nomeadamente quanto às suas extensão e duração e aos meios utilizados, ao estritamente necessário ao pronto restabelecimento da normalidade constitucional.

Art. 266.º / 2. Os órgãos e agentes administrativos estão subordinados à Constituição e à lei e devem actuar, no exercício das suas funções, com respeito pelos princípios da igualdade, da proporcionalidade, da justiça, da imparcialidade e da boa fé.

⁵⁴⁹ *Ibid.*, p. 92, alerta que “qualquer que seja o conceito e a justificação do Estado – e existem vários conceitos e várias justificações – o Estado só se concebe hoje como Estado Constitucional”. O autor destaca que o Estado Constitucional tem duas qualidades que o definem: Estado democrático e Estado de direito.

⁵⁵⁰ *Ibid.*, p. 266.

⁵⁵¹ Na Europa, Canotilho realça que “o **princípio da proporcionalidade ou da proibição do excesso** é, hoje, assumido como um *princípio de controlo* exercido pelos tribunais sobre a adequação dos meios administrativos (sobretudo coactivos) à prossecução do escopo e ao balanceamento concreto dos direitos ou interesses em conflito.” (*Ibid.*, p. 268, grifos do autor.)

⁵⁵² ROTHENBURG, Walter Claudius. Princípio da proporcionalidade. In: LOPES, Maria Elizabeth de Castro; OLIVEIRA NETO, Olavo de. (coord.) **Princípios processuais civis na Constituição**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 300-309, aborda outras divisões. A divisão bipartida desconsidera a proporcionalidade em sentido estrito. De igual sorte, outra divisão, quadripartida, posiciona, ao lado da adequação e da necessidade, a constitucionalidade do fim e a constitucionalidade do meio. O fim deve ser constitucional, à semelhança da possibilidade jurídica do pedido como condição da ação. Além disso, os meios, conquanto aptos a atingir a finalidade, não podem ser contrários ao ordenamento jurídico, *v.g.*, não se pode fazer uso de provas ilícitas para combater a impunidade, diante da vedação do art. 5º, LVI, da Constituição Federal.

exigibilidade ou menor ingerência possível; c) proporcionalidade em sentido estrito (ou restrito).

A idoneidade pressupõe uma adequação entre fim pretendido e meio escolhido para tanto. Analisa-se a possibilidade de se atingir o objetivo perseguido.

A necessidade exige a verificação, para a obtenção do fim, da utilização do meio menos oneroso para o cidadão⁵⁵³. Deve-se analisar, concomitantemente, “a menor restrição ao direito e a maior eficácia de resultado”⁵⁵⁴. Então, “a medida não há de exceder os limites indispensáveis à conservação do fim legítimo que se almeja, ou uma medida para ser admissível deve ser necessária”⁵⁵⁵.

A proporcionalidade em sentido estrito é a “justa medida”, devendo-se perquirir “se o resultado obtido com a intervenção é *proporcional* à <<carga coactiva>> da mesma”^{556 557}

Seria de se questionar, então, se a busca e apreensão e a interceptação das comunicações telefônicas e telemáticas se revelariam proporcionais no caso em comento. Sem delongar no assunto, porquanto os requisitos legais foram apreciados por ambas as Turmas que, ademais, reconheceram sua validade, a proporcionalidade das medidas é evidente. É idônea, porque hábil a alcançar o fim da apuração dos fatos delituosos. É

⁵⁵³ “Dada a natural relatividade do princípio, a doutrina tenta acrescentar outros elementos conducentes a uma maior operacionalidade prática: a) a *exigibilidade material*, pois o meio deve ser o mais <<poupado>> possível quanto à limitação dos direitos fundamentais; b) a *exigibilidade espacial* aponta para a necessidade de limitar o âmbito da intervenção; c) a *exigibilidade temporal* pressupõe a rigorosa delimitação no tempo da medida coactiva do poder público; d) a *exigibilidade pessoal* significa que a medida se deve limitar à pessoa ou pessoas cujos interesses devem ser sacrificados” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7 ed. Coimbra : Almedina, 2003, p. 270, grifos do autor).

⁵⁵⁴ ROTHENBURG, Walter Claudius. Princípio da proporcionalidade. In: LOPES, Maria Elizabeth de Castro; OLIVEIRA NETO, Olavo de. (coord.) **Princípios processuais civis na Constituição**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 297.

⁵⁵⁵ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 360-361.

⁵⁵⁶ CANOTILHO, op. cit., p. 270, grifos do autor.

⁵⁵⁷ Assim, “um juízo definitivo sobre a proporcionalidade da medida há de resultar da rigorosa ponderação e do possível equilíbrio entre o significado da intervenção para o atingido e os objetivos perseguidos pelo legislador (proporcionalidade em sentido estrito)”. (MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo; Brasília: Saraiva; IDP, 2008, p. 332.)

⁵⁵⁸ Cunha, ao tratar da seleção de bens tutelados e da edição de leis criminalizadoras, menciona que o princípio da proporcionalidade em sentido estrito proíbe que haja uma desproporção entre a restrição de direitos e a finalidade da tutela. Acrescenta: “Quer dizer, então, que terá de haver uma proporcionalidade entre bem tutelado penalmente/direito restringido, para além da intervenção penal não poder atingir o núcleo essencial do direito. Para se estabelecer esta relação de proporcionalidade, dever-se-á tomar em consideração, não só o grau de importância do valor a tutelar, como as consequências sociais da sua lesão – para o que terá relevância a forma da lesão – e ainda a culpa do agente e particulares circunstâncias do caso. Todos estes factores deverão influir quer no grau de antecipação da tutela, quer nas formas de lesão a penalizar, quer na escolha e medida da pena.” (CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. **Constituição e crime: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização**. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995, p. 212.)

necessária, tendo em vista que a complexidade das operações não permitiu que os outros meios de prova lograssem demonstrar toda a extensão do que se buscava. Por fim, revela-se proporcional, considerando que a invasão na esfera privada dos investigados não se afigura excessiva, estando devidamente modulada pela apreciação judicial, que ponderou devidamente todos os elementos.

No que tange à dupla face da proporcionalidade, Streck alerta desde logo para a noção liberalista cujos partidários consideram a tutela de bens coletivos uma ampliação indevida das barreiras do direito penal, pensando o direito “*a partir da idéia segundo a qual haveria uma contradição insolúvel entre Estado e Sociedade ou entre Estado e indivíduo*”. Para eles, o Estado é necessariamente mau, opressor e o direito (penal) teria a função de ‘proteger’ o indivíduo dessa opressão.⁵⁵⁹ A respeito, Sarlet fala sobre a transição do papel do Estado de vilão, inimigo das liberdades individuais, para protetor dos direitos, bem como que, no contexto da globalização econômica e do ideário neoliberal, a redução de sua presença, “caracterizada principalmente pela desnacionalização, desestatização, desregulação e redução gradativa da intervenção estatal no domínio econômico e social” teria como efeito colateral “um fortalecimento do poder econômico, notadamente na dimensão supranacional”, lado a lado com o enfraquecimento da soberania.⁵⁶⁰ Esse fenômeno é que se havia verificado, com consequências nefastas aos países emergentes como o Brasil e que agora segue rumo inverso nos Estados Unidos e na zona do Euro, nos quais a presença do Estado na economia se afigura necessária, com a racionalização e austeridade nos gastos públicos, bem como regramento e intervenção nos excessos da iniciativa privada, notadamente no sistema financeiro.

Adiante, Streck, a respeito da necessária vinculação do legislador aos preceitos constitucionais, assevera:

Em outras palavras, não há liberdade absoluta de conformação legislativa nem mesmo em matéria penal, ainda que a lei venha a descriminalizar condutas consideradas ofensivas a bens fundamentais. Nesse sentido, se de um lado há a proibição de excesso (*Übermaßverbot*), de outro há a proibição de proteção deficiente (*Untermaßverbot*). Ou seja, o direito penal não pode ser tratado como se existisse apenas uma espécie de garantismo negativo, a partir da garantia de proibição de excesso.⁵⁶¹

Nessa medida, o autor defende que não há “blindagem” das normas penais para o controle de constitucionalidade em todos os seus matizes. Assim, a filtragem hermenêutico-

⁵⁵⁹ STRECK, Lenio Luiz. Bem jurídico e Constituição: da proibição de excesso (*Übermaßverbot*) à proibição de proteção deficiente (*Untermaßverbot*) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. **Boletim da Faculdade de Direito**, Universidade de Coimbra, vol. LXXX, 2004, p. 309.

⁵⁶⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição, proporcionalidade e direitos fundamentais: o direito penal entre proibição de excesso e de insuficiência. **Boletim da Faculdade de Direito**, Universidade de Coimbra, vol. LXXXI, 2005, p. 333-334.

⁵⁶¹ STRECK, op. cit., p. 310, grifos do autor.

constitucional pode e deve ser realizada pelos Juízes e pelos Tribunais, ressalvando que a proteção insuficiente deve ser preferencialmente objeto de controle concentrado.⁵⁶² Com espeque em Carlos Bernal Pulido, Streck define a proibição de proteção deficiente como “um critério estrutural para a determinação dos direitos fundamentais, com cuja aplicação pode determinar-se se um ato estatal – por antonomásia, uma omissão – viola um direito fundamental de proteção.”⁵⁶³

Essa necessidade de interpretação protetiva dos valores constitucionais, não somente do ponto de vista da garantia dos direitos fundamentais do acusado, mas também considerando as promessas e diretrizes que se materializam no bem violado na prática do crime, induz Streck a uma conclusão que pode ser transposta ao direito penal econômico. De acordo com o autor:

Numa palavra: analisar o direito penal sob a ótica do Estado Democrático de Direito e do constitucionalismo que o engendrou implica, necessariamente, levar em conta as mudanças paradigmáticas ocorridas no campo do Estado e do direito. Conseqüentemente, torna-se necessário romper com a idéia de que há uma contradição insolúvel entre Estado e Sociedade ou entre Estado e Indivíduo.⁵⁶⁴

Sarlet sustenta que – certamente porque o Estado elege preferencialmente os grupos sociais mais fracos como fatores de risco e sobre eles efetiva seus deveres de proteção em detrimento de suas obrigações no campo da segurança social – o garantismo penal em sua dimensão negativa⁵⁶⁵ “acaba não raras vezes privilegiando a elite econômica ou as classes mais influentes da sociedade, deixando de criminalizar (ou mesmo descriminalizando) delitos de cunho econômico e tributário, que por vezes prejudicam a sociedade como um todo e se revestem de alto potencial ofensivo”.⁵⁶⁶ Nessa medida, no caso em apreço, seria de se pensar se a mesma solução alcançada pela 7ª Turma seria adotada caso a investigação não fosse conduzida nos mesmos moldes e se fossem responsabilizados “o operador da balança, ao funcionário da manutenção das correias ou, quem sabe ao motorista do caminhão”, como temia o magistrado oficiante.

⁵⁶² STRECK, Lenio Luiz. Bem jurídico e Constituição: da proibição de excesso (*Übermaßverbot*) à proibição de proteção deficiente (*Untermaßverbot*) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. **Boletim da Faculdade de Direito**, Universidade de Coimbra, vol. LXXX, 2004, p. 310-316.

⁵⁶³ *Ibid.*, p. 315.

⁵⁶⁴ *Ibid.*, p. 342.

⁵⁶⁵ Apesar do inegável valor teórico da contribuição de Luigi Ferrajoli, o garantismo por ele defendido e reiteradamente repercutido na doutrina e na jurisprudência não constitui referencial teórico para a presente tese, até mesmo por conta da sua ampla difusão.

⁵⁶⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição, proporcionalidade e direitos fundamentais: o direito penal entre proibição de excesso e de insuficiência. **Boletim da Faculdade de Direito**, Universidade de Coimbra, vol. LXXXI, 2005, p. 342.

Ainda aponta Sarlet⁵⁶⁷ para uma perspectiva objetiva dos direitos fundamentais que, de acordo com Pérez Luño, passam a se apresentar na ordem constitucional não somente como garantias negativas, mas “como um conjunto de valores objetivos básicos e fins diretos da ação positiva dos poderes públicos”.⁵⁶⁸ A partir dessa visão, consigna que os direitos fundamentais devem ter sua eficácia valorada não apenas do ponto de vista individual em relação ao Estado, mas sob o ponto de vista da sociedade como um todo, porquanto se trata de valores que esta reconhece, devendo respeitar e concretizar, pelo que se pode falar de uma “responsabilidade comunitária dos indivíduos”.⁵⁶⁹ Nessa medida, pode-se afirmar que “a perspectiva objetiva dos direitos fundamentais não só legitima restrições aos direitos subjetivos individuais com base no interesse comunitário prevalente, mas também de certa forma, que contribui para a limitação do conteúdo e do alcance dos direitos fundamentais, ainda que deva sempre ficar preservado o núcleo essencial destes”.⁵⁷⁰ Ressalva, porém, que isso não legitima “uma funcionalização (e subordinação apriorística) dos direitos fundamentais em prol dos interesses da coletividade”.

Ao criticar a nomenclatura adotada por Canotilho⁵⁷¹, “proibição por defeito” como “defeito de proteção”, Sarlet afirma que “defeito também [pode] ocorrer na incorreta aplicação do princípio da proibição de excesso”.⁵⁷²

Ao reconhecer a ausência de aprofundamento no estudo da matéria, com espeque em Eberhard Hain, Sarlet menciona haver uma congruência entre a proibição de excesso e a proibição de insuficiência, porquanto aquela abrangeria esta, “no sentido de que aquilo que corresponde ao máximo exigível em termos de aplicação do critério da necessidade no plano da proibição de excesso, equivale ao mínimo exigível reclamado pela proibição de insuficiência.”⁵⁷³ Por outro lado, Claus-Wilhelm Canaris advogaria a autonomia dogmática da proibição de insuficiência, em razão dos argumentos distintos utilizados e da diversidade de intensidade de vinculação do poder público. A despeito das divergências, Sarlet reconhece que entre a proibição de excesso e de insuficiência reside como ponto comum o critério da necessidade da restrição ou do imperativo de tutela.⁵⁷⁴

Destaca o Desembargador Vaz:

A proibição de insuficiência na implementação dos deveres de proteção do

⁵⁶⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição, proporcionalidade e direitos fundamentais: o direito penal entre proibição de excesso e de insuficiência. **Boletim da Faculdade de Direito**, Universidade de Coimbra, vol. LXXXI, 2005, p. 345 e ss.

⁵⁶⁸ Ibid., p. 345.

⁵⁶⁹ Ibid., p. 350.

⁵⁷⁰ Ibid., p. 350.

⁵⁷¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7 ed. Coimbra : Almedina, 2003.

⁵⁷² SARLET, op. cit., p. 363, nota de rodapé 102

⁵⁷³ Ibid., p. 366-367.

⁵⁷⁴ Ibid., p. 368.

Estado impõe seja revisto o sistema penal em seus pontos de ineficiência. Isto implica reavaliar também a política criminal que o Estado adota para o trato das questões afetas ao sistema penal, que tem se revelado ineficiente e moroso no cumprimento do seu dever constitucional de proteção. Dever este que também se encontra expressamente previsto no art. 144, caput, da Constituição da República, dispondo que a segurança pública constitui dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, sendo exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio. Embora não se possa atribuir ao Direito Penal a condição de instrumento de segurança pública, parece ser adequado e legítimo afirmar ser relevante o seu papel contributivo como fator essencial na redução da criminalidade e da impunidade, refletindo-se diretamente na maior efetividade da atuação estatal na área de segurança pública. A ineficiência do Direito Penal, pode-se dizer, afeta negativamente o cumprimento pelo Estado do dever de segurança pública, a que corresponde, nos termos constitucionais, ao “direito de todos” à proteção, por isto mesmo, inerente à pessoa e fundamental.⁵⁷⁵

Colhe-se de obra do Procurador da República que atuou no caso, Douglas Fischer, que o Supremo Tribunal Federal reverberou os artigos de Streck e Sarlet, tendo o Min. Gilmar Mendes, ao acompanhar voto divergente vencedor no julgamento do Recurso Extraordinário nº 418.376-MS assentado que:

De outro modo, estar-se-ia a blindar, por meio de norma penal benéfica, situação fática indiscutivelmente repugnada pela sociedade, caracterizando-se típica hipótese de proteção deficiente por parte do Estado, num plano mais geral, e do Judiciário, num plano mais específico. Quanto à proibição de proteção insuficiente, a doutrina vem apontando para uma espécie de garantismo positivo, ao contrário do garantismo negativo (que se consubstancia na proteção contra os excessos do Estado) já consagrado pelo princípio da proporcionalidade. A proibição de proteção insuficiente adquire importância na aplicação dos direitos fundamentais de proteção, ou seja, na perspectiva do dever de proteção, que se consubstancia naqueles casos em que o Estado não pode abrir mão da proteção do direito penal para garantir a proteção de um direito fundamental.⁵⁷⁶

É certo, porém, que o recurso tratava de hipótese referente à criminalidade tradicional, no qual se pugnava o reconhecimento da extinção da punibilidade pelo casamento – em situação anterior à edição da Lei nº 11.106/2005 que extinguiu tal modalidade –, no caso união estável, do autor de estupro com a vítima, de nove anos de idade à época do crime. Configurou, assim, uma situação extrema, de fácil aplicação da proporcionalidade e que não se revelaria da mesma forma em outra hipótese menos aviltante.

Saliente-se, não se logrou encontrar outro emprego similar dado ao princípio pelo Supremo Tribunal Federal, mediante consulta pelos verbetes “untermassverbot”, “proteção

⁵⁷⁵ VAZ, Paulo Afonso Brum. **O sistema penal brasileiro e a prescrição: violação ao dever de proteção no Estado Democrático de Direito**. Dissertação (mestrado profissional) – Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2008, p. 97.

⁵⁷⁶ FISCHER, Douglas. **Delinquência econômica e estado social e democrático de direito**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006, p. 220.

deficiente”, “proteção insuficiente” e “dupla face e proporcionalidade”. A pesquisa pelo verbete “garantismo positivo”, porém, remete ao HC nº 89.417, Rel. Min. Carmen Lúcia, em situação similar à Operação Dallas, no qual se alegava a incompetência do Superior Tribunal de Justiça pela decretação de prisão de Deputado Estadual, no bojo da Operação Dominó, em crime praticado em concurso com Desembargador do Tribunal de Justiça e Conselheiro de Tribunal de Contas do Estado de Rondônia. Na oportunidade, questionava o paciente também o reconhecimento do estado de flagrância quanto ao crime de quadrilha (art. 288, do Código Penal) que ensejou a prisão sem a autorização da Assembleia Legislativa, em descumprimento ao disposto no art. 53, §§ 2º e 3º, da Constituição Federal. A Turma, por maioria, vencidos os Min. Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio, denegou a ordem e afastou a necessidade de autorização da Casa Legislativa, porque estavam envolvidos no fato vinte e três dos vinte e quatro deputados. A Relatora cita escólio de Rogério Schiatti Machado no qual sustenta:

Entre esses direitos sobressai o direito à segurança...o que implica afirmar que o Estado está obrigado a assegurar tanto a liberdade do indivíduo contra ingerências abusivas do próprio Estado e de terceiros, quanto a segurança de toda e qualquer pessoa contra ataque de terceiros – inclusive do acusado – mediante a correspondente e necessária ação coativa (potestas coercendi) ou punitiva (ius puniendi). O direito à segurança também constitui uma das formas de realização da dignidade da pessoa humana... assim, ao lado do garantismo negativo, que se traduz na proibição de excesso dos órgãos e agentes estatais em relação ao indivíduo a quem se imputa a prática de infração penal, fala-se, como contraponto, em garantismo positivo, identificado com a proibição de proteção insuficiente de toda a coletividade, pelo mesmo Estado.

Apesar de tratar de “jurisprudência selecionada” – portanto, com as ressalvas já feitas quanto a se tratar de amostra do universo total de decisões⁵⁷⁷ e aqui evidenciada também a falha nos mecanismos de busca do Tribunal (porque o julgado não aparece como resultado da pesquisa pelo verbete “proteção insuficiente”, apesar de haver clara menção ao princípio) –, a ausência de mais julgados divulgados com a adoção da proibição de proteção insuficiente permite concluir que a mais alta Corte brasileira ainda não abraçou o tema com o devido cuidado.

Cumpra igualmente salientar que Fischer denuncia a existência de um “garantismo hiperbólico monocular”, resultante de uma leitura equivocada do garantismo propugnado por Ferrajoli, que seria adotada visando apenas tutelar o réu e de forma desproporcional. Defende a compreensão integral, mediante a conjugação das vertentes negativa e positiva do garantismo. Nesse sentido, na mesma linha do julgado da Min. Carmen Lúcia, advoga:

Quer-se dizer com isso que, em nossa **compreensão (integral) dos postulados garantistas**, o Estado deve levar em conta que, na aplicação

⁵⁷⁷ Vide 6.4, acima.

dos direitos fundamentais (individuais e sociais), há a necessidade de garantir também ao cidadão a eficiência e a segurança, evitando-se a impunidade. O **dever de garantir a segurança** não está em apenas **evitar** condutas criminosas que atinjam direitos fundamentais de terceiros, mas também (segundo pensamos) na devida apuração (com respeito aos direitos dos investigados ou processados) do ato ilícito e, em sendo o caso, na punição do responsável.⁵⁷⁸

Em obra anterior, o autor já havia assentado que “é necessário afastar-se a aplicação de regras que provoquem verdadeira inoperância dos comandos legais criminais existentes e destinados a proteger bens essenciais e de interesses difusos, fundamentados que estão em ordem superior e materialmente vinculativa, a Constituição Federal.”⁵⁷⁹

Sem aprofundar mais o tema, que aqui serve como reforço argumentativo e certamente comporta maior verticalização, sendo trabalhado com mais vagar por Feldens⁵⁸⁰, diante dos elementos apresentados, é possível concluir que a decisão da 7ª Turma pela nulidade das provas produzidas tão somente pela incompetência aparente afigura-se insuficiente para proteger a sociedade lesada pelos crimes praticados. Não se pode, repita-se, olvidar a garantia do juiz natural, que inclusive já foi utilizada para tentar afastar a própria especialização de varas que serviu como fundamento para a incompetência do Juízo de Paranaguá. Percebe-se, porém, que a operação foi aparentemente conduzida segundo os ditames legais, com o respeito aos direitos e garantias dos acusados. Ademais, as provas colacionadas por vários meios, dos quais se destacam as indispensáveis interceptações telefônicas e buscas e apreensões, indicam a efetiva existência de crimes muito danosos à economia e à Administração Pública. Nesse ponto, inclusive, o voto condutor se revela incongruente, porquanto, a despeito de reconhecer a necessidade da violação à privacidade dos pacientes – proporcionalidade das interceptações telefônicas e telemáticas –,

⁵⁷⁸ FISCHER, Douglas. Garantismo penal integral (e não o garantismo hiperbólico monocular) e o princípio da proporcionalidade: breves anotações de compreensão e aproximação dos seus ideais. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 28, mar. 2009. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao028/douglas_fischer.html>. Acesso em: 10 jan. 2012.

Curiosamente, o Des. Paulo Afonso Brum Vaz já havia adotado parte da expressão em sua dissertação de mestrado, ao sustentar: “É imperioso que os operadores do direito pensem o *garantismo*, enquanto irrefutável necessidade de preservação dos direitos fundamentais, superando a visão monocular que o limita apenas à defesa dos litigantes contra os abusos do Estado. Ao garantismo constitucional, no Estado Democrático de Direito, cumpre o papel de impor ao legislador a concepção de instrumentos hábeis a garantir (assegurar) a tutela dos direitos fundamentais, quer sejam as ameaças derivadas da atuação do Estado, quer sejam oriundas de particulares, e em relação a estas dotar o processo de instrumentos capazes de tornar eficaz a tutela penal representativa da proteção constitucionalmente exigida. Ao invés de *hipergarantismo* seria melhor utilizar a expressão *garantismo parcial* ou *subgarantismo*.” (VAZ, Paulo Afonso Brum. **O sistema penal brasileiro e a prescrição: violação ao dever de proteção no Estado Democrático de Direito**. Dissertação (mestrado profissional) – Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2008, p. 37, grifos do autor.)

⁵⁷⁹ FISCHER, Douglas. **Delinquência econômica e estado social e democrático de direito**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006, p. 220.

⁵⁸⁰ FELDENS, Luciano. **A constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, notadamente p. 108-129 e 202-210.

fundamenta a nulidade apenas na questão processual de matriz constitucional, detalhe que as informações da autoridade coatora e o voto condutor do *Habeas Corpus* nº 5001250-48.2011.404.0000 rechaçam ao citar o *leading case* do Supremo Tribunal Federal, HC nº 81.260, de relatoria do Min. Sepúlveda Pertence, pela validade das provas determinadas pela autoridade que posteriormente se haja declarado incompetente. Enfim, se não fosse a atuação concertada das autoridades e o devido esmero na investigação e colheita das provas, seguramente os fatos não seriam levados ao conhecimento da sociedade, representada pela função jurisdicional do Estado, e as condutas se protraíam no tempo, prolongando seus efeitos nocivos.

Exsurge, assim, do caso concreto a importância de uma interpretação voltada para a tutela da economia, entendida como a defesa dos meios necessários para a consecução dos fins constitucionalmente previstos e concretizados na política econômica, por certo sem descuidar do respeito aos direitos e garantias fundamentais. Nessa medida, a decisão da 8ª Turma, que restaurou a validade das provas produzidas, revela-se suficiente, logo proporcional, porquanto logrou compatibilizar os direitos dos acusados com a devida apuração dos graves fatos apontados. Ademais, configura proteção suficiente a preocupação em que as provas sejam mantidas para eventual formação da *opinio delicti* e devida instauração da ação penal, com todos os meios e defesas a ela inerentes.

Percebe-se que, conquanto assim não se manifeste expressamente, a decisão da 7ª Turma parte da premissa, nem sempre correta, de que o direito penal é uma invasão excessiva, portanto indevida, na esfera das liberdades individuais e que, nessa medida, qualquer filigrana processual é bastante para ensejar o prejuízo e, conseqüentemente, a nulidade dos atos praticados. Nessa esteira, a linha de fundamentação não consegue extrair funções para o direito penal, tampouco para o direito penal econômico. Serve, assim, para deslegitimá-lo. Por força dessa deslegitimação, todos os esforços resultariam ineficazes, com evidente prejuízo da atuação administrativa e jurisdicional, quiçá com efeitos reflexos em outros fatos e processos a eles relacionados ou então que foram considerados menos relevantes. Além disso, resultam da deslegitimação, do desperdício de esforços e da ineficácia operacional uma perda de confiança no sistema penal e o aumento do descrédito nas instituições. Tal descrédito acarreta um incremento da sensação de insegurança que, por sua vez, atrai um recrudescimento da legislação penal simbólica e da atuação policial desregrada sobre a criminalidade tradicional, em um círculo vicioso que se retroalimenta.

Por outro lado, a decisão da 8ª Turma representa uma tentativa de legitimação do direito penal, sobremaneira o econômico. Denota-se preocupação com a eficiência das medidas tendentes ao combate à criminalidade econômica. Nesse sentido, Sergio Fernando Moro já advertiu “o que a Justiça criminal precisa é de menos, mas melhores casos. Mais vale um bom caso criminal contra o chefe de uma organização criminosa do que mil

processos contra ‘mulas’ do tráfico ou do contrabando”⁵⁸¹. Apesar de ainda não se ter acesso ao inteiro teor do voto, pode-se inferir que restou privilegiado o resultado da operação, sem prejuízo da análise do preenchimento dos requisitos legais para a concessão das providências cautelares, bem como das questões processuais incidentes no caso.

Obviamente não se está a defender que a defesa da segurança ou o combate à criminalidade, mormente a econômica, justificam a relativização ou mesmo a supressão de direitos e garantias fundamentais. Ao contrário, o cotejo entre ambas as soluções apresentadas pelas Turmas criminais do Tribunal Regional Federal da 4ª Região permitem conclusão diversa. Pode-se inferir de sua análise que é possível privilegiar os valores constitucionais concretizados nas normas penais incriminadoras, bem como a tutela dos bens jurídicos coletivos e supra-individuais, ao mesmo tempo em que se preservam as garantias dos acusados. Ambos os fatores (coletividade e acusado) podem ser ponderados, sem que um necessariamente ceda em relação ao outro, hipótese que caracterizaria proteção excessiva – mediante medidas restritivas manifestamente ilegais – ou então proteção insuficiente – por meio da certa impunidade, porque as provas remanescentes não seriam bastantes para comprovar o fato ou a autoria.

Conclui-se, assim, que a nulidade das provas, conforme determinado pela 7ª Turma, apenas aparentemente preservaria os direitos dos acusados e, na verdade, prejudicaria a eficiência da tutela penal. Ao revés, a validade das provas, nos moldes determinados pela 8ª Turma, porque necessárias, idôneas e proporcionais, assegurando as garantias processuais aos acusados, para posterior aferição da competência, compatibiliza a devida apuração dos fatos criminosos e da responsabilidade dos acusados à necessária proteção dos seus direitos.

O atual Relator dos recursos relativos à Operação Dallas no Tribunal, em sua dissertação de mestrado, salientou:

Embora seja vã a expectativa de que o Direito Penal possa reunir condições de trazer solução para os problemas da criminalidade crescente, que, certamente, estão na dependência de outras medidas e fatores que não lhe são afetos, aprez ressaltar, frisando o aspecto funcionalista do Direito Penal, que sua legitimidade está jungida a um raciocínio conseqüencial utilitarista. Reflete a concreta densidade das suas repercussões sociais; tanto mais legitimidade auferirá quanto maior for a sua capacidade de “produzir conseqüências desejadas e evitar as indesejadas” no mundo dos fatos, alcançando empiricamente os fins almejados de proteção social. Do contrário, constituirá apenas um ônus à sociedade, um dispêndio sem proveito prático, uma falsa promessa de proteção aos bens jurídicos

⁵⁸¹ MORO, Sergio Fernando. **Algumas sugestões sobre a Justiça criminal**. IBRAJUS – Instituto Brasileiro de Administração do Sistema Judiciário. Disponível em: <<http://www.ibrajus.org.br/revista/artigo.asp?idArtigo=40>>. Acesso em: 29 nov. 2009.

fundamentais da sociedade.⁵⁸²

Se a eficiência depende, em última instância, de uma melhor atuação do Judiciário, é necessário melhorar alguns aspectos, mormente no que tange à transparência dos julgados e dos julgamentos. Para se conseguir segurança (não certeza) jurídica, os julgadores precisam ter maior coerência nos julgados, especialmente nos Juízos Colegiados, de modo a permitir que toda a comunidade saiba o que esperar da interpretação e da aplicação das leis no caso concreto. A prática revela, porém, verdadeira loteria, na qual a distribuição do feito para determinada Turma ou mesmo a demora na inclusão em pauta podem ensejar resultados completamente diferentes para situações idênticas.

Ressalta assim a importância do Poder Judiciário, porque é nele que se concretiza a aplicação do direito penal econômico. De nada adiantam uma efetiva atuação na esfera administrativa, uma maior repressão policial e um Ministério Público atento para as atividades criminosas nocivas à economia, se as medidas tomadas não surtirem efeito na esfera judicial.⁵⁸³ Nessa medida, o juiz se revela um intérprete privilegiado, porque suas ações produzem mais resultados que os demais intérpretes.

⁵⁸² VAZ, Paulo Afonso Brum. **O sistema penal brasileiro e a prescrição: violação ao dever de proteção no Estado Democrático de Direito**. Dissertação (mestrado profissional) – Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2008, p. 27-28.

⁵⁸³ Não se ignora, porém, a existência de mazelas no trâmite processual, reveladoras de um problema estrutural do Poder Judiciário. Usualmente feitos podem durar cerca de dez anos apenas na 1ª instância, não somente em evidente proteção insuficiente, mas em clara violação ao direito constitucional à duração razoável do processo, introduzido no art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal, pela Emenda Constitucional nº 45/2004. Essa preocupação com a duração do processo já se encontrava no Pacto de San José da Costa Rica, incorporado ao ordenamento brasileiro pelo Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992, que enumera, dentre as garantias judiciais do art. 8º, 1, o direito de toda pessoa “de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.” A respeito disso, em trabalho anterior, salientou-se que: “Ao contrário do que possa parecer, esta garantia não se limita à parte autora, tampouco a processo de natureza cível, dado que não somente em tais hipóteses interessa que o processo termine de maneira célere e em tempo razoável. Ao réu em processo-crime (ou ao investigado em inquérito policial) deve ser igualmente assegurado o término desta condição, ainda que tal implique em condenação ou indiciamento. Não se pode, pois, admitir a postergação indeterminada destas condições, sujeitando-as à possível superveniência da prescrição, uma vez que pode também ocorrer absolvição ou arquivamento.” (SILVA, Daniel Addor. **Criminalidade econômica e manutenção no exterior de depósitos não declarados**. Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2006, p. 88.)

Da mesma forma, Machado salienta não haver dúvidas dessa demora na tramitação, o que constitui “verdadeira negação de justiça” e conduz a uma descrença no Poder Judiciário com uma possível realização de “justiça privada” pela vítima (MACHADO, Agapito. A nova reforma do Poder Judiciário: Pec n. 45/04. **Revista CEJ**, Brasília, n. 28, jan. / mar. 2005, p. 65.)

Acerca da prescrição, sugerem-se as seguintes obras: GUARAGNI, Fábio André. **Prescrição penal e impunidade: crítica ao sistema prescricional penal brasileiro**. Curitiba: Juruá, 2000. VAZ, Paulo Afonso Brum. **O sistema penal brasileiro e a prescrição: violação ao dever de proteção no Estado Democrático de Direito**. Dissertação (mestrado profissional) – Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2008. _____. O fim da farra da prescrição penal: Lei nº 11.596, de 29 de novembro de 2007, e Lei nº 12.234, de 05 de maio de 2010. **Revista do Tribunal Regional Federal da 4ª Região**, Porto Alegre, a. 21, n. 77, p. 13-62, 2010. _____. MEDINA, Ranier de Souza. **Direito penal econômico e crimes contra o sistema financeiro nacional**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2011.

A respeito do descrédito e da seletividade do sistema, a partir da incidência da prescrição e decorrente impunidade, Vaz acrescenta:

Para além da lesividade direta ao tecido social, tem-se, correlatamente, outra conseqüência negativa deste fenômeno, consubstanciada na crescente perda de legitimidade (aceitação) do Judiciário enquanto Poder, em face da sociedade. Cada vez mais transparece aos olhos de todos a ineficiência da justiça para o cumprimento de seus fins. Ninguém ignora que a impunidade, tirante o exagero midiático, embora não se trate de fenômeno que diz respeito apenas ao Poder Judiciário, invariavelmente é creditada à responsabilidade deste Poder. Isto causa um distanciamento institucional das aspirações sociais. O homem do povo já não acredita mais na justiça penal e tem como certo que não foi ela concebida para punir os poderosos.⁵⁸⁴

Embora não seja função atribuível ao direito penal a manutenção da imagem do Poder Judiciário, é certo que seu descrédito resulta necessariamente na ausência de concretização da função preventiva do direito penal e na insuficiência do dever de proteção do Estado. Na verdade, o Judiciário é o poder representativo por excelência de toda a estrutura normativa, porque confere sentido e concreção às normas, por meio de sua interpretação e aplicação ao caso concreto, materializando assim a proteção estatal. Dessarte, qualquer mácula à confiança dos cidadãos em seus julgadores representa a perda de parte do crédito em todo o Estado.

No direito penal econômico, o ideal seria que as instâncias de controle administrativo operassem eficaz e rapidamente, antes que as condutas criminosas fossem praticadas ou, ainda que houvesse sua prática, que os danos fossem minorados. Por exemplo, a fiscalização efetiva nos balancetes publicados por determinada empresa, devidamente cotejados com outros elementos disponíveis às autoridades, poderia constatar a falsidade de dados, a omissão de informações relevantes, o uso de informações privilegiadas, dentre outros fatores que poderiam ensejar a prática de crimes no interior da organização. Da mesma forma, *v.g.*, um cruzamento de informações entre os vários bancos de dados oficiais alimentados pelos próprios cidadãos, por cartórios de registro de imóveis, por instituições financeiras *etc* poderia revelar indícios suficientes de movimentações financeiras irregulares bastantes a ensejar a conclusão pela ocorrência de sonegação fiscal ou lavagem de dinheiro.

No entanto, isso envolveria um nível de atuação que não ocorre, seja por falta de vontade política, seja porque o mercado não admite e não responde bem a uma ingerência excessiva, seja em razão de dificuldades operacionais da Administração, como restrições orçamentárias e falta de pessoal. Diante disso, é bem provável que os fatos criminosos

⁵⁸⁴ VAZ, Paulo Afonso Brum. **O sistema penal brasileiro e a prescrição: violação ao dever de proteção no Estado Democrático de Direito**. Dissertação (mestrado profissional) – Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2008, p. 74.

sejam levados ao conhecimento das autoridades em estágio já avançado, quando as condutas foram reiteradas e os danos se acumularam. Assim, via de regra, ter-se-á a persecução penal de um crime consumado e exaurido.

Nada obstante, não se pode negar a atribuição de um efeito preventivo ao direito penal econômico, ou melhor, não se pode deixar de reconhecê-lo. Com efeito, no âmbito da prevenção especial, a mera existência de uma investigação criminal pode ensejar a recondução do acusado a uma readequação às normas legais e prevenir sua reincidência. É certo que pode ser que, na verdade, ele passe a adotar cuidados redobrados e aperfeiçoe o *modus operandi*. Todavia, isso é algo que também deve ser levado em conta, com igual aperfeiçoamento dos meios de investigação, não necessariamente voltados àquele sujeito específico – sob pena de se perpetuar a pena e a vigilância, com a violação dos direitos individuais –, mas de modo a obstar o cometimento de novos crimes.

É no âmbito da prevenção geral, porém, que a eficiência e a concretização do direito penal econômico se revelam mais produtivos. A partir do que se colheu sobre a Operação Dallas, depreende-se que a atuação conjunta da Receita Federal, da Polícia Federal e do Ministério Público Federal, com elementos levados ao conhecimento do Judiciário, que autorizou as medidas cautelares restritivas, produziu efeitos positivos com relação à confiança na norma. É certo que não se pode mensurar ou quantificar tais efeitos. Pode-se, porém, ter uma noção *a contrario sensu* de como eles operam. Ao revés, com a anulação das provas, o que se divulgou – e que, saliente-se, não necessariamente corresponde à realidade – foi a notícia reiterada de que o direito penal não se aplica aos poderosos e que existem elementos ou interesses ocultos que podem ensejar a não aplicação da norma. Em suma, se não se pode reconhecer, estreme de dúvidas, que o direito penal econômico tem uma função preventiva é certo que a sua ausência acarreta a desconfiança e o descrédito no sistema penal.

Não se pode ser ingênuo a ponto de professar uma retirada do direito penal da economia e uma redução à sua dimensão nuclear. Isso seria ideal e exigiria, assim, um mundo ideal. Por mais que se tente, sempre vem o legislador, visando ou não fins eleitoreiros, de forma simbólica ou não, a ampliar o âmbito de incidência do direito penal econômico. Ao seu lado, possui o mandato constitucional de criminalização e o princípio da proteção insuficiente, argumentos bastantes e suficientes para calar aqueles que, como este doutorando, algum dia professaram alguma ideia abolicionista ou ainda defendem um direito penal mínimo. A alteração do tema permitiu verificar que a redução da atuação do direito penal econômico pressupõe sua atuação efetiva. A partir do momento em que se logre alcançar um grau elevado de eficiência, poder-se-á discutir meios de racionalização como a aplicação do princípio da insignificância.

Nesse ponto, necessário concordar com Hassemer:

A eliminação do Direito Penal do sistema global de controle social levaria a que os outros âmbitos imediatamente cuidassem dos problemas de controle não solucionados, e na verdade, de acordo com a melodia, não poderia representar exatamente a idéia de formalização: o que também ocupasse o lugar do Direito Penal no sistema de controle social – seria pior que o Direito Penal. A teoria e a política moderna do Direito Penal não são a da abolição, senão a da defesa e aperfeiçoamento da idéia de formalização.⁵⁸⁵

A efetiva concretização da Constituição demanda a proteção à política econômica do Estado em consonância com a tutela aos direitos e garantias fundamentais do acusado. Portanto, afigura-se indispensável essa mirada reflexiva sobre a atuação jurisdicional no direito penal econômico, de modo a conduzi-lo na estreita medida que separa a proteção excessiva da proteção insuficiente.

⁵⁸⁵ HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do direito penal** (*Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005, p. 432.

9 CONCLUSÕES

No decorrer da tese podem-se extrair algumas conclusões. Sublinhe-se, porém, a advertência de que não se pretende construir uma “super-teoria”, que seja capaz de abarcar todas as respostas possíveis. Portanto, eventuais conclusões não são exaustivas, tampouco definitivas. Nada obstante, cumpre tecer estas considerações finais.

Não se pode olvidar que o Estado brasileiro se constrói a partir de bases constitucionais e que essa Constituição, cidadã, representou a ruptura com um regime ditatorial. No texto constitucional se encontram os anseios pela construção do Estado democrático de Direito e as disposições constitucionais não representam mera carta de intenções, mas exigem efetiva concretização. Apesar de a realidade nem sempre assim o revelar, o poder se exerce em nome do povo e o Estado tem como fundamentos a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, bem como objetiva construir uma sociedade livre, justa e solidária, garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza, reduzir as desigualdades e, enfim, promover o bem de todos.

Repita-se, nem sempre a prática revela a eficácia dos preceitos constitucionais. Mas é essa a leitura que deve ser dada e a aplicação do direito penal, sobremaneira o econômico, não pode adotar uma postura pessimista e, sim, buscar um realismo construtivo. A partir da efetiva compreensão da realidade, usando os aportes dos dados de aplicação do direito, pode-se construir algo próximo do que o Constituinte externou em 1988.

Pois bem, a realidade mostra a existência de disparidades. Com efeito, se o Brasil fosse um país onde impera a igualdade, a República não teria o objetivo de reduzir as desigualdades sociais. A seletividade na aplicação do direito penal, a escolha dos membros das classes menos favorecidas como destinatários primordiais da criminalização, é um espelho da desigualdade. Portanto, a redução da seletividade, mormente pela aplicação devida do direito penal econômico, de modo a concretizar as normas existentes no combate à criminalidade econômica e a seus efeitos nocivos, é uma forma válida de redução das desigualdades, de realização desse objetivo constitucional.

Além disso, a Constituição dedica um título à ordem econômica, além de outros dispositivos espalhados, o que reproduz a preocupação constitucional com que a economia seja baseada na valorização do trabalho humano, na livre iniciativa, de modo a assegurar a todos existência digna, tendo em mente, dentre outros princípios, a propriedade privada, respeitada sua função social, a livre concorrência, a defesa do consumidor, a defesa do meio ambiente, a redução das desigualdades e a busca do pleno emprego. Se todos os ramos do direito devem tutelar esses propósitos, afigura-se muito mais relevante que o direito penal também dedique seus esforços no sentido de proteger a boa execução da política econômica do Estado.

Justamente essa noção de tutela da economia, porque tendente à proteção de bens jurídicos supra-individuais, é o que delimita os crimes econômicos e o que os diferencia dos crimes patrimoniais tradicionais. Nada obstante, não existe consenso quanto à delimitação do campo do direito penal econômico. Existe uma ampla gama de tipos que podem ser enquadrados na categoria, o que certamente demandaria um esforço no sentido de ordená-los, quiçá os incorporando ao corpo do Código Penal. A sua inserção no código traz um duplo aspecto. Por um lado, confere uma melhor sistematização dos tipos e uma (possível) maior lógica na sua aplicação. Por outro lado, o que pode ser visto tanto como qualidade quanto defeito, torna mais difícil a alteração legislativa.

Assim, falar em legitimação constitucional do direito penal econômico implica em perquirir acerca de sua pertinência e adequação no âmbito normativo-constitucional. Da mesma forma, é a Constituição que deve conformá-lo, delineando os limites e as possibilidades de sua aplicação. Restando assentado que o texto constitucional estabelece e reconhece uma ordem econômica, de matriz capitalista, deve o direito penal econômico tutelar não a economia como ela se apresenta, com as distorções inerentes a esse modo de produção, mas a ideia de economia que o Constituinte consagrou: aquela que tem como bases fundantes o trabalho e a livre iniciativa, inseridos no marco do livre mercado, tendente a assegurar os meios necessários para a redução de desigualdades sociais e o desenvolvimento socioeconômico.

Como sói ocorrer no Direito, a economia é ser e dever-ser, de modo que incumbe ao direito penal econômico tutelar aquilo que se pretende da economia. Em esforço sistemático, porém não exaustivo, conclui-se que o direito penal econômico tem como objeto trabalho e livre iniciativa; livre concorrência; consumo; circulação do capital; arrecadação tributária; seguridade social; e capital produtivo. Essa definição do objeto permite aproximar as noções estrita e ampla do direito penal econômico.

O estudo e a compreensão do direito penal econômico necessariamente passam pelo entendimento das funções do direito penal e de sua eficiência. Com efeito, para que se tenha uma efetiva proteção da economia, faz-se necessário que se tenha um direito penal eficiente. Da mesma forma, para que se possa aferir o grau de eficiência do direito penal, mister perquirir acerca de suas funções, declaradas ou não.

Nessa esteira, o direito penal possui uma função de pacificação social, que se materializa pela proteção dos bens jurídicos fundamentais à sociedade. De igual sorte, as funções do direito penal se confundem com as funções da pena. Conforme salientado, a pena pode possuir funções retributiva e preventiva, geral e especial. Assume a função de retribuição pelo crime praticado. Ainda, o que melhor se coaduna com o atual estado do direito penal, assume funções preventivas. Previne especialmente no indivíduo criminoso, evitando a reincidência e possibilitando a sua (re)integração na sociedade. Previne

geralmente para toda a sociedade, seja intimidando as pessoas quanto as consequências da prática de crimes, seja restabelecendo a confiança no cumprimento das normas.

No entanto, não há garantia de que efetivamente as penas cumpram suas funções. Assim como existe uma confiança das pessoas nas normas e no seu cumprimento, certamente existe uma confiança de que as penas atinjam os fins a que se destinam. Sobressai, portanto, uma função simbólica do direito penal, na qual dele se faz uso não somente para atingir fins diversos da tutela de bens jurídicos, mas principalmente sabendo que o direito penal não será o instrumento hábil para atingir os fins a que efetivamente se destina.

Como uma proposta de equilíbrio, propôs-se o reconhecimento de uma função “social” do direito penal, que não se confunde com suas funções simbólica, promocional ou de sustentação do poder na sociedade. Essa função dita social seria o uso adequado do direito penal, aliando-se à proteção de bens jurídicos a tutela de políticas públicas, situação que se amolda perfeitamente ao direito penal econômico.

No entanto, afigura-se necessária a explicitação dos objetivos pretendidos com a política econômica. O direito penal econômico somente pode ser eficaz e conforme seus objetivos, se tais finalidades forem aquelas estabelecidas pela Constituição. Não pode servir apenas como meio de assegurar maior controle pelo mercado. Não pode ser somente uma forma de perpetuar as disparidades, servindo como desculpa de aplicação excessiva do direito penal tradicional, “porque a lei também vale para os abastados”.

Na verdade, ao revés, o direito penal econômico deve ser um meio de concretizar o princípio da igualdade. Ao invés de se recrudescer a aplicação do direito penal à criminalidade tradicional, pode-se deixar claro que a criminalidade econômica é algo que deve ser combatido, porque os efeitos dela são tão nocivos quanto os demais crimes e especialmente porquanto a sua eficiência pode ser um meio hábil a assegurar a boa execução da política econômica do Estado.

Silva Sánchez fornece os elementos necessários para que se possa avaliar a eficiência no direito penal. Introduce a questão econômica e de como raciocínios de custo e benefício podem ser considerados pelo delinquente. Certamente a eficiência não se sustenta, por si só, como fonte de legitimação do direito penal. Deve, por certo, ser compatibilizada com o respeito aos direitos e garantias fundamentais dos acusados.

Resulta importante aferir se o direito penal econômico é eficiente, o que é campo fértil para a introdução de pesquisas de campo e levantamento estatísticos na disciplina. Com efeito, a verificação de dados reais permite aferir como e com que grau de eficiência opera o direito penal na esfera econômica.

A pesquisa realizada pelo Conselho da Justiça Federal, até mesmo por não estar restrita aos juízes, permite constatar semelhanças e diferenças inerentes às próprias e

respectivas atividades. Por exemplo, a quase totalidade de delegados federais e procuradores da República se revelaram favoráveis à flexibilização do sigilo bancário contra pouco mais da metade dos juízes entrevistados. De outra banda, a maioria dos operadores se revelou favorável à comunicação de operações suspeitas com a imposição de sanções pelo seu descumprimento, o que sugere a confiança na possibilidade de eficiência no combate à lavagem de dinheiro.

As pesquisas de Castilho e da Direito GV possibilitam várias interpretações e hipóteses. Castilho constatou que poucas condutas eram efetivamente levadas a julgamento, sendo selecionadas pelas demais instâncias de controle. Ainda, encontrou poucos julgados e ainda menos condenações. Não se pode concluir que eficiência necessariamente leve a uma condenação. É fato, porém, que existem várias condutas lesivas à economia e que, portanto, o número de condenações deveria ser maior que o encontrado. A atualização e o aprofundamento da pesquisa, conduzidos pela FGV, lograram encontrar uma ampliação na atuação repressiva, com um número maior de processos e de condenações. No entanto, revelou a fragilidade dos sistemas de seleção, coleta e divulgação de jurisprudência, bem como a resultante dificuldade de todos os pesquisadores e operadores do Direito.

Revela-se essencial a perspectiva de um direito dúctil, proposta por Gustavo Zagrebelsky, no sentido da coexistência de valores e princípios, da transdisciplinaridade, da interpretação sem meros silogismos, que contenha os elementos do direito constitucional. No direito penal econômico, pode-se inferir a importância da ductibilidade diante da necessidade de compatibilizar valores absolutos, aparentemente inconciliáveis. Permite-se o encontro da busca de eficiência e a consecução dos fins legítimos do Estado sem o abandono dos direitos e garantias fundamentais dos acusados. Aliás, estes direitos devem ser potencializados também na esfera pré-processual, conforme entendimento do próprio Supremo Tribunal Federal.⁵⁸⁶ Diga-se ainda, a abertura operada permite a introdução na interpretação de elementos criminológicos e político-criminais.

Embora exista uma tentativa de restrição da atuação do Judiciário no controle de políticas públicas, a tendência caminha no sentido oposto. Os juízes são diuturnamente chamados a opinar sobre o acerto, o excesso ou a deficiência de atuação administrativa, decidindo seu destino. No âmbito das políticas econômicas e da política criminal, não poderia ser diferente. Cabe ao Poder Judiciário, como em outras políticas públicas, proceder aos ajustes necessários à sua execução, equilibrando-a entre a proteção insuficiente e a

⁵⁸⁶ Cf. a súmula vinculante nº 14, que assim preceitua: “É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.”

proteção excessiva, de acordo com as diretrizes constitucionais. É incumbência do Judiciário identificar as situações nas quais não se justifica a intervenção penal, conforme a conjuntura econômica, bem como os casos nos quais a atuação se revela deficiente, ajustando seu curso de modo a assegurar a efetiva persecução penal.

Por meio de fenômenos como a judicialização da política, o campo de discussão dos temas relevantes para a sociedade migrou do plenário político para o plenário dos Tribunais, o que gera igual um movimento reflexo de politicização da justiça. O legislador deixa de debater com a sociedade a edição de novas leis, realizando inclusive o devido controle de constitucionalidade prévio. De igual sorte, o Executivo não se compromete ao fazer o controle de constitucionalidade político com o veto das leis. Portanto, o Judiciário é costumeiramente chamado para dar a palavra final se aquela determinada norma se amolda ou não ao que se depreende do texto constitucional. Assim agindo, atrai para si os holofotes da mídia e a atenção popular.

Nesses moldes, incumbe ao Judiciário legitimar o direito penal econômico por meio da interpretação judicial consentânea com a realidade constitucional. Assim como o Judiciário não pode estar divorciado dos fatos, tampouco pode se afastar da doutrina, no caso da dogmática jurídico-penal. Deve ter em mente questões relacionadas à criminologia e levar em conta ponderações de natureza político-criminal.

Portanto, o direito penal econômico é uma realidade e, como tal, deve ser estudada. Dessarte, cabe aos estudiosos dessa área a fixação dos parâmetros necessários para o seu implemento, de modo a impor freios racionais aos anseios punitivos da sociedade, bem como conferir eficiência na parte em que resulta possível sua devida aplicação, mormente dentro de uma perspectiva constitucional. Ao fim e ao cabo, pretende-se que a presente tese contribua para a racionalidade do direito penal econômico, trazendo os seus limites e possibilidades.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008. 669 p.
- ANDRADE, Pedro Ivo. **Crimes contra as relações de consumo: art. 7º da Lei 8.137/90**. Curitiba: Juruá, 2007. 155 p.
- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. O controle penal no capitalismo globalizado. **Revista brasileira de ciências criminais**, a. 17, n. 81, p. 339-355, nov. / dez. 2009.
- APPIO, Eduardo. A judicialização da política em Dworkin. **Seqüência**, Florianópolis, n. 47, p. 81-97, dez. 2003.
- ARAS, Vladimir. Operações policiais: dando nome aos bois. **Blog do Vlad**, 17 jan. 2011. Disponível em: <<http://blogdovladimir.wordpress.com/2011/01/17/operacoes-policiais-dando-nome-aos-bois/>>. Acesso em: 19 nov. 2011.
- ARAÚJO JÚNIOR, João Marcello de; BARBERO SANTOS, Marino. **A reforma penal: ilícitos penais econômicos**. Rio de Janeiro, Forense, 1987. 219 p.
- ARISTÓTELES. **Ética a Nicômacos**. 3 ed. Brasília: UnB, 1992. 238 p.
- ASSIS TOLEDO, Francisco de. Criminalidade e política criminal. **Revista de informação legislativa**, Brasília, a. 25, n. 99, jul. / set. 1988.
- BACIGALUPO, Enrique. Presentación. In: BACIGALUPO, Enrique. (org.) **Derecho penal económico**. Buenos Aires: Hammurabi, 2004. 568 p.
- BAJO, Miguel; BACIGALUPO, Silvina. **Derecho penal económico**. Madri: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2001. 704 p.
- BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Crime organizado**. Porto Alegre: TRF – 4ª Região, 2008 (Currículo Permanente. Caderno de Direito Penal: módulo 4).
- _____. Comentários aos resultados da pesquisa. In: FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. Pesquisa em debate: a aplicação da lei de crimes contra o sistema financeiro pelos tribunais brasileiros / Núcleo de estudos sobre o crime e a pena. **Cadernos Direito GV 33**, v. 7, n. 1, jan. 2010.
- BARATTA, Alessandro. Integración-prevención: una “nueva” fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica, p. 1-30. In: _____. **Criminología y sistema penal**. Buenos Aires: B de f, 2006. 459 p.
- _____. Nuevas reflexiones sobre el modelo integrado de las ciencias penales, la política criminal y el pacto social. In: _____. **Criminología y sistema penal**. Buenos Aires: B de f, 2006. 459 p.
- _____. Observaciones sobre las funciones de la cárcel en la producción de las relaciones sociales de desigualdad. In: _____. **Criminología y sistema penal**. Buenos Aires: B de f, 2006. 459 p.
- _____. Resocialización o control social. Por un concepto crítico de “reintegración social” del condenado. In: _____. **Criminología y sistema penal**. Buenos Aires: B de f, 2006. 459 p.
- BARRILARI, Claudia Cristina. Algumas considerações sobre os crimes de perigo e o direito penal econômico. **Revista dos Tribunais**, a. 100, vol. 903, p. 411-424, jan. 2011.
- BARROETAVERÑA, Diego Gustavo. Derecho penal económico: delitos tributários. Propuestas para un derecho penal tributário respetuoso de los principios y garantías

penales. In: **Revista brasileira de ciências criminais**, a. 18, n. 86, p. 61-98, set. / out. 2010.

BATISTA, Nilo. Os sistemas penais brasileiros. In: ANDRADE, Vera Regina Pereira de. (Org.) **Verso e reverso do controle penal: (des)aprisionando a sociedade da cultura punitiva**. Vol. 1. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002a. 216 p. p. 147-158.

_____. Novas tendências do direito penal. In: _____. **Novas tendências do direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

_____. Prezada Senhora Viégas: o anteprojeto de reforma no sistema de penas. In: **Novas tendências do direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2004. 250 p.

_____. O objeto jurídico do crime de contrabando: um equívoco centenário. In: _____. **Novas tendências do direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

_____. Empréstimos ilícitos na Lei nº 7.492, de 16.jun.86. In: _____. **Novas tendências do direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2004. 250 p.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

BRASIL. **Decreto legislativo nº 348, de 2009**. Aprova o texto do Terceiro Protocolo Adicional às Convenções de Genebra de 12 de agosto de 1949, relativo à Adoção de Emblema Distintivo Adicional, aprovado em Genebra, em 8 de dezembro de 2005.

_____. **Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945**. Lei de Falências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De17661.htm>. Acesso em: 12 jan. 2012.

_____. **Lei nº 1.521, de 26 de dezembro de 1951**. Altera dispositivos da legislação vigente sobre crimes contra a economia popular. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L1521.htm>. Acesso em: 12 jan. 2012.

_____. **Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964**. Dispõe sobre o condomínio em edificações e as incorporações imobiliárias.. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4591.htm>. Acesso em: 12 jan. 2012.

_____. **Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964**. Dispõe sobre a Política e as Instituições Monetárias, Bancárias e Creditícias, Cria o Conselho Monetário Nacional e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4595.htm>. Acesso em: 12 jan. 2012.

_____. **Lei nº 4.728, de 14 de julho de 1965**. Disciplina o mercado de capitais e estabelece medidas para o seu desenvolvimento. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4728.htm>. Acesso em: 12 jan. 2012.

_____. **Lei nº 4.729, de 14 de julho de 1965**. Define o crime de sonegação fiscal e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4729.htm>. Acesso em: 12 jan. 2012.

_____. **Decreto-Lei nº 16, de 10 de agosto de 1966**. Dispõe sobre a produção, o comércio e o transporte clandestino de açúcar e álcool e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:federal:decreto.lei:1966-08-10;16>>. Acesso em: 12 jan. 2012.

_____. **Decreto-Lei nº 47, de 18 de novembro de 1966.** Dispõe sobre a aplicação e qualifica as penalidades pelas às normas e resoluções de competência do Instituto Brasileiro do Café e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:federal:decreto.lei:1966-11-18;47>>. Acesso em: 12 jan. 2012.

_____. **Decreto-Lei nº 73, de 21 de novembro de 1966.** Dispõe sobre o Sistema Nacional de Seguros Privados, regula as operações de seguros e resseguros e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0073.htm>. Acesso em: 12 jan. 2012.

_____. **Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969.** Emenda à Constituição de 24 de janeiro de 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc01-69.htm>. Acesso em: 12 jan. 2012.

_____. **Lei nº 5.741, de 1 de dezembro de 1971.** Dispõe sobre a proteção do financiamento de bens imóveis vinculados ao Sistema Financeiro da Habitação. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5741.htm>. Acesso em: 12 jan. 2012.

_____. **Lei nº 6.453, de 17 de outubro de 1977.** Dispõe sobre a responsabilidade civil por danos nucleares e a responsabilidade criminal por atos relacionados com atividades nucleares e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6453.htm>. Acesso em: 12 jan. 2012.

_____. **Lei nº 6.649, de 16 de maio de 1979.** Regula a locação predial urbana e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/L6649.htm>. Acesso em: 12 jan. 2012.

_____. **Lei nº 6.766, de 19 de dezembro de 1979.** Dispõe sobre o Parcelamento do Solo Urbano e dá outras Providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6766.htm>. Acesso em: 12 jan. 2012.

_____. **Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986.** Define os crimes contra o sistema financeiro nacional, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7492.htm>. Acesso em: 12 jan. 2012.

_____. **Lei nº 7.646, de 17 de dezembro de 1987.** Dispõe quanto à proteção da propriedade intelectual sobre programas de computador e sua comercialização no País e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7646.htm>. Acesso em: 12 jan. 2012.

_____. **Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989.** Dispõe sobre prisão temporária. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7960.htm>. Acesso em: 12 jan. 2012.

_____. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.** Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 12 jan. 2012.

_____. **Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990.** Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8137.htm>. Acesso em: 12 jan. 2012.

_____. **Lei nº 8.176, de 8 de fevereiro de 1991.** Define crimes contra a ordem econômica e cria o Sistema de Estoques de Combustíveis. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8176.htm>. Acesso em: 12 jan. 2012.

_____. **Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991.** Dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui Plano de Custeio, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8212compilado.htm>. Acesso em: 12 jan. 2012.

_____. **Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991.** Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8213cons.htm>. Acesso em: 12 jan. 2012.

_____. **Lei nº 8.245, de 18 de outubro de 1991.** Dispõe sobre as locações dos imóveis urbanos e os procedimentos a elas pertinentes. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8245.htm>. Acesso em: 12 jan. 2012.

_____. **Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992.** Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 12 jan. 2012.

_____. **Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994.** Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8884.htm>. Acesso em: 12 jan. 2012.

_____. **Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995.** Dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9034.htm>. Acesso em: 12 jan. 2012.

_____. **Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996.** Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9279.htm>. Acesso em: 12 jan. 2012.

_____. **Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996.** Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9296.htm>. Acesso em: 12 jan. 2012.

_____. **Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998.** Dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9613.htm>. Acesso em: 12 jan. 2012.

_____. **Decreto nº 3.048, de 6 de maio de 1999.** Aprova o Regulamento da Previdência Social, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3048.htm>. Acesso em: 12 jan. 2012.

_____. **Lei complementar nº 101, de 4 de maio de 2000.** Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp101.htm>. Acesso em: 12 jan. 2012.

_____. **Lei complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001.** Dispõe sobre o sigilo das operações de instituições financeiras e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp105.htm>. Acesso em: 12 jan. 2012.

_____. **Lei nº 10.303, de 31 de outubro de 2001.** Altera e acrescenta dispositivos na Lei no 6.404, de 15 de dezembro de 1976, que dispõe sobre as Sociedades por Ações, e na Lei no 6.385, de 7 de dezembro de 1976, que dispõe sobre o mercado de valores mobiliários e cria a Comissão de Valores Mobiliários. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10303.htm>. Acesso em: 12 jan. 2012.

_____. **Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004.** Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm>. Acesso em: 12 jan. 2012.

_____. **Lei nº 10.836, de 9 de janeiro de 2004.** Cria o Programa Bolsa Família e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l10.836.htm>. Acesso em: 12 jan. 2012.

_____. **Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005.** Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm>. Acesso em: 12 jan. 2012.

_____. **Lei nº 11.106, de 28 de março de 2005.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11106.htm>. Acesso em: 12 jan. 2012.

_____. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.** Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm>. Acesso em: 12 jan. 2012.

_____. **Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941.** Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 12 jan. 2012.

_____. **Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006.** Promulga a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembléia-Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003 e assinada pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5687.htm>. Acesso em: 12 jan. 2012.

_____. **Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011.** Altera dispositivos do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12403.htm>. Acesso em: 12 jan. 2012.

_____. **Lei complementar nº 35, de 14 de março de 1979.** Dispõe sobre a Lei Orgânica da Magistratura Nacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp35.htm>. Acesso em: 12 jan. 2012.

_____. **Lei nº 12.441, de 11 de julho de 2011.** Altera a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para permitir a constituição de empresa individual de responsabilidade limitada. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12441.htm>. Acesso em: 12 jan. 2012.

_____. Ministério da Previdência Social. Ministério da Fazenda. **Portaria Interministerial MPS/MF nº 2/2012.** Dispõe sobre o reajuste dos benefícios pagos pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) e dos demais valores constantes do Regulamento da Previdência Social (RPS). Disponível em: <<http://www81.dataprev.gov.br/sislex/paginas/65/MF-MPS/2012/2.htm>>. Acesso em: 02 fev. 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* nº 109.205/PR. Sexta Turma. Relator Ministra Jane Silva. Julgado em 02 out. 2008. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200801362550&pv=010000000000&tp=51>>. Acesso em: 02 jan. 2012.

_____. _____. *Habeas Corpus* nº 76.686/PR. Sexta Turma. Relator Ministro Nilson Naves. Julgado em 9 set. 2008. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200700264056&pv=010000000000&tp=51>>. Acesso em: 02 jan. 2012.

_____. _____. *Habeas Corpus* nº 225.316/PR. Quinta Turma. Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze. Indeferida a liminar em 11 nov. 2011. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200801362550&pv=010000000000&tp=51>>. Acesso em: 02 jan. 2012.

_____. _____. Recurso em *Habeas Corpus* nº 21.489/RS. Sexta Turma. Relator Ministro Nilson Naves. Julgado em 16 out. 2007. **Diário judicial eletrônico** de 24 mar. 2008. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200701405807&pv=010000000000&tp=51>>. Acesso em: 27 nov. 2011.

_____. _____. Recurso em *Habeas Corpus* nº 31.403. 6ª Turma. Relator Min. Og Fernandes. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=201102561407&pv=010000000000&tp=51>>. Acesso em 25 dez. 2011.

_____. _____. Interceptação telefônica por dois anos é devassa à privacidade. **Sala de Notícias: Últimas.** 09 set. 2008. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=89107>. Acesso em: 02 jan. 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 107.733. 1ª Turma. Relator Ministro Luiz Fux. Decisão em 04 abr. 2011. **Diário judicial eletrônico** nº 68, de 08 abr. 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4050735>>. Acesso em: 27 nov. 2011.

_____. _____. *Habeas Corpus* nº 90.216. 2ª Turma. Relator Ministro Eros Grau. Julgado em 06 fev. 2007. **Diário judicial** nº 34, de 16 fev. 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2459509>>. Acesso em: 27 nov. 2011.

_____. _____. *Habeas Corpus* nº 89.417. 2ª Turma. Relatora Ministra Carmen Lúcia. Julgado em 22 ago. 2006. **Diário judicial** nº 169, de 01 set. 2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2397394>>. Acesso em: 27 nov. 2011.

_____. _____. *Habeas Corpus* nº 81.260. 2ª Turma. Relator Ministro Sepúlveda Pertence. Julgado em 14 nov. 2001. **Diário judicial** nº 214, de 11 dez. 2001. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1963836>>. Acesso em: 27 nov. 2011.

_____. _____. Inquérito nº 2.424. Pleno. Relator Ministro Cezar Peluso. Julgado em 26 nov. 2008. **Diário judicial eletrônico** nº 55, de 25 mar. 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2405920>>. Acesso em: 27 nov. 2011.

_____. _____. *Habeas Corpus* nº 85.060. 1ª Turma. Relator Ministro Eros Grau. Julgado em 23 set. 2008. **Diário judicial eletrônico** nº 30, de 12 fev. 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2254201>>. Acesso em: 27 nov. 2011.

_____. _____. Recurso Extraordinário nº 418.376. Pleno. Relator Ministro Marco Aurélio. Relator para acórdão Ministro Joaquim Barbosa. Julgado em 09 fev. 2006. **Diário judicial** nº 57, de 23 mar. 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2205553>>. Acesso em: 27 nov. 2011.

_____. _____. **Recurso Extraordinário nº 625.263.** Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=3906320>>. Acesso em: 27 nov. 2011.

_____. _____. *Habeas Corpus* nº 91.952. Pleno. Relator Ministro Marco Aurélio. Julgado em 07 ago. 2008. **Diário judicial eletrônico** nº 241, de 18 dez. 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=91952&classe=HC&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 15 out. 2009.

_____. _____. Ministro nega HC de condenado por furto de chocolates em MG. **Notícias STF.** 18 abr. 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=177556>>. Acesso em: 20 abr. 2011.

_____. _____. **Súmula vinculante nº 11.** Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=11.NUME.E.S.FLSV.&base=baseSumulasVinculantes>>. Acesso em: 27 nov. 2011.

_____. _____. **Debates e aprovação da súmula vinculante nº 11.** Diário judicial eletrônico nº 214/2008, p. 13-19, 12 nov. 2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/DJE_11.11.2008.pdf>. Acesso em: 13 nov. 2008.

_____. _____. **Súmula vinculante nº 14.** É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=14.NUME.E.S.FLSV.&base=baseSumulasVinculantes>>. Acesso em: 10 dez. 2010.

_____. _____. **Informativo nº 529.** Brasília, 17 a 21 nov. 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br//arquivo/informativo/documento/informativo529.htm>>. Acesso em: 23 dez. 2011.

_____. Ministério da Fazenda. **Portaria MF nº 49, de 1 de abril de 2004.** Estabelece limites de valor para a inscrição de débitos fiscais na Dívida Ativa da União e para o ajuizamento das execuções fiscais pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional. Disponível em: <<http://www.receita.fazenda.gov.br/legislacao/portarias/2004/MinisteriodaFazenda/portmf049.htm>>. Acesso em: 20 jan. 2012.

_____. Banco Central do Brasil. **Carta-circular nº 5, de 27 de fevereiro de 1969.** Estabelece normas aplicáveis às contas de depósitos em cruzeiros, no país, de pessoas físicas ou jurídicas residentes, domiciliadas ou com sede no exterior, mantidas exclusivamente em bancos autorizados a operar em câmbio. Disponível em: <http://www.bcb.gov.br/pre/normativos/c_circ/1969/pdf/c_circ_0005_v2_L.pdf>. Acesso em: 30 jan. 2012.

_____. Conselho da Justiça Federal. **Resolução nº 314, de 12 de maio de 2003.** Dispõe sobre a especialização de varas federais criminais para processar e julgar, na Justiça Federal, crimes contra o sistema financeiro nacional e de *lavagem* ou ocultação de bens, direitos e valores. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/download/res314.pdf>>. Acesso em: 20 jan. 2012.

_____. _____. **Resolução nº 517, de 30 de junho de 2006.** Altera a Resolução nº 314, de 12 de maio de 2003, para incluir os crimes praticados por organizações criminosas na competência das varas federais criminais especializadas em crimes contra o sistema financeiro nacional e lavagem de dinheiro ou ocultação de bens, direitos e valores. Disponível em: <<http://www2.cjf.jus.br/jspui/handle/1234/3664>>. Acesso em: 20 jan. 2012.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **Recomendação nº 18, de 04 de novembro de 2008.** Recomenda aos Magistrados Criminais que evitem a denominação dada às operações policiais em atos judiciais. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/322-recomendacoes-do-conselho/12100-recomendacao-no-18>>. Acesso em: 20 jan. 2012.

_____. _____. **Recomendação nº 3, de 30 de maio de 2006.** Recomenda a especialização de varas criminais para processar e julgar delitos praticados por organizações criminosas e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/322-recomendacoes-do-conselho/12083-recomenda-no-3>>. Acesso em: 20 jan. 2012.

_____. Receita Federal do Brasil. **Operação Dallas: Receita realiza operação conjunta para combater fraudes em licitações e desvio de cargas.** 19 jan. 2011. Disponível em: <http://www.receita.fazenda.gov.br/automaticoSRFSinot/2011/01/19/2011_01_19_09_22_36_910540791.html>. Acesso em: 22 dez. 2011.

_____. Tribunal Regional Federal (4ª Região). **Edital.** Edital de inscrição: Currículo permanente – Módulo IV – Direito penal/processual penal: modalidade presencial. Disponível em: <http://www.trf4.jus.br/trf4/upload/editor/apg_CP_PENAL_2011_edital.pdf>. Acesso em: 22 dez. 2011.

_____. _____. **Estatística.** Disponível em: <<http://www.trf4.jus.br>>. Acesso em: 25 nov. 2011.

_____. _____. **Varas.** Disponível em: <<http://www.trf4.jus.br>>. Acesso em: 01 nov. 2011.

_____. _____. **Habeas Corpus nº 5001250-48.2011.404.0000.** 8ª Turma. Relator Des. Federal. Paulo Afonso Brum Vaz. Segredo de Justiça.

_____. _____. Questão de Ordem nos Embargos de Declaração em *Habeas Corpus* nº 0007307-70.2011.404.0000. 7ª Turma. Relatora Juíza Federal Salise Monteiro Sanchotene. Relator para acórdão Des. Federal Márcio Antônio Rocha. Julgado em 25 out. 2011. **Diário eletrônico** 04 nov. 2011. Disponível em: <http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/visualizar_documento_gedpro.php?local=trf4&documento=4625284&hash=13a7989b7a6e6e8ca8ae15657b132aab>. Acesso em 22 dez. 2011.

_____. _____. **Habeas Corpus** nº 0007307-70.2011.404.0000. 8ª Turma. Relator Des. Federal Paulo Afonso Brum Vaz. Julgado em 14 dez. 2011. **Diário eletrônico** 18 jan. 2012. Disponível em: <http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/visualizar_documento_gedpro.php?local=trf4&documento=4723779&hash=352e46d2af900e1685df5390ec6a2e43>. Acesso em 18 jan. 2012.

_____. _____. **Habeas Corpus** nº 0007307-70.2011.404.0000. 7ª Turma. Relator Juiz Federal Luiz Carlos Canalli. Relator para acórdão Des. Federal Néfi Cordeiro. Julgado em 13 set. 2011. **Diário eletrônico** 23 set. 2011. Disponível em: <http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/visualizar_documento_gedpro.php?local=trf4&documento=4526789&hash=0c33f1e42a8e1dea1845f58b35b1560e>. Acesso em 22 dez. 2011.

_____. _____. **Resolução nº 56, de 06 de setembro de 2006.** Dispõe sobre a reorganização das competências especializadas das Varas Federais Criminais da Justiça Federal da 4ª Região, estabelecidas pela Resolução nº 42, de 19/07/2006, e dá outras providências. Disponível em: <<http://thesaurus.trf4.gov.br/netacgi/nph-brs.exe?S1=&S2=&S3=&S4='56'&S5=&l=20&SECT1=IMAGE&SECT4=e&SECT6=HITOFF&SECT3=PLURON&SECT2=THESON&SECT5=BIBL04&S6=legislacao&d=BIBL&p=1&u=bibl04.html&r=17&f=G>>. Acesso em 22 dez. 2011.

_____. _____. **Resolução nº 20, de 26 de maio de 2003.** Dispõe sobre a especialização de varas federais criminais para processar e julgar, na Justiça Federal, crimes contra o sistema financeiro nacional e de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores e dá outras providências. Disponível em: <<http://thesaurus.trf4.gov.br/netacgi/nph-brs.exe?S1=&S2='2003'&S3=&S4='20'&S5=&l=20&SECT1=IMAGE&SECT4=e&SECT6=HITOFF&SECT3=PLURON&SECT2=THESON&SECT5=BIBL04&S6=legislacao&d=BIBL&p=1&u=bibl04.html&r=1&f=G>>. Acesso em 22 dez. 2011.

_____. _____. **Resolução nº 42, de 19 de julho de 2006.** Dispõe sobre a inclusão dos crimes praticados por organizações criminosas, independentemente do caráter transnacional das infrações, na competência das Varas Federais Criminais especializadas, e a reorganização das competências das Varas Federais. Disponível em: <<http://thesaurus.trf4.gov.br/netacgi/nph-brs.exe?S1=&S2='2006'&S3=&S4='42'&S5=&l=20&SECT1=IMAGE&SECT4=e&SECT6=HITOFF&SECT3=PLURON&SECT2=THESON&SECT5=BIBL04&S6=legislacao&d=BIBL&p=1&u=bibl04.html&r=1&f=G>>. Acesso em 22 dez. 2011.

_____. _____. **Resolução nº 56, de 06 de setembro de 2006.** Dispõe sobre a reorganização das competências especializadas das Varas Federais Criminais da Justiça Federal da 4ª Região, estabelecidas pela Resolução nº 42, de 19/07/2006, e dá outras providências. Disponível em: <<http://thesaurus.trf4.gov.br/netacgi/nph-brs.exe?S1=&S2='2006'&S3=&S4='56'&S5=&l=20&SECT1=IMAGE&SECT4=e&SECT6=HITOFF&SECT3=PLURON&SECT2=THESON&SECT5=BIBL04&S6=legislacao&d=BIBL&p=1&u=bibl04.html&r=1&f=G>>. Acesso em 22 dez. 2011.

_____. _____. **Resolução nº 18, de 24 de abril de 2007.** Dispõe sobre a inclusão dos crimes praticados por organizações criminosas, independentemente do caráter transnacional das infrações na competência das Varas Federais e a reorganização das competências das Varas Federais Criminais da Justiça Federal da 4ª Região. Disponível em: <<http://thesaurus.trf4.gov.br/netacgi/nph-brs.exe?S1=&S2='2007'&S3=&S4='18'&S5=&l=20&SECT1=IMAGE&SECT4=e&SECT6=HITOFF&SECT3=PLURON&SECT2=THESON&SECT5=BIBL04&S6=legislacao&d=BIBL&p=1&u=bibl04.html&r=3&f=G>>. Acesso em 22 dez. 2011.

_____. _____. **Resolução nº 112, de 20 de dezembro de 2010.** Regimento Interno do Tribunal Regional Federal da Quarta Região. Disponível em: <http://www.trf4.jus.br/trf4/upload/editor/crp_RITRF4.pdf>. Acesso em 22 dez. 2011.

_____. _____. Seção Judiciária do Paraná. Subseção Judiciária de Paranaguá. **Representação Criminal nº 2009.70.08.002155-9.** Disponível em: <<http://www.jfpr.jus.br>>. Acesso em: 30 dez. 2011.

_____. _____. _____. _____. **Representação Criminal nº 0000290-42.2010.404.7008**. Disponível em: <<http://www.jfpr.jus.br>>. Acesso em: 30 dez. 2011.

_____. _____. _____. 2ª Turma Recursal. Rel. Juíza Federal Andréia Castro Dias. **Autos nº 2009.70.53.003345-2**. Julgado em 25 out. 2011.

BRUNO, Aníbal. **Direito penal: I – parte geral**. Tomo 1º (Introdução – Norma penal – Fato punível). 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959. 407 p.

BUSATO, Paulo César; MONTES HUAPAYA, Sandro. **Introdução ao direito penal: fundamentos para um sistema penal democrático**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

CALLEGARI, André Luís. **Direito penal econômico e lavagem de dinheiro: aspectos criminológicos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. 191 p.

_____. Legitimidade constitucional do direito penal econômico: uma crítica aos tipos penais abertos. **Revista dos tribunais**, a. 95., v. 851, p. 432-444, set. 2006.

CÂMARA, Luiz Antonio. Reflexões acerca das medidas cautelares pessoais nos crimes contra o sistema financeiro nacional, p. 238-239. In: GEVAERD, Jair; TONIN, Marta Marília. (Coord.) **Direito empresarial & cidadania: questões contemporâneas**. 1 ed. Curitiba: Juruá, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7 ed. Coimbra : Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993. 134 p.

CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de. **O controle penal nos crimes contra o sistema financeiro nacional (Lei n. 7.492, de 16 de junho de 1986)**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

_____. Criminologia crítica e a crítica do direito penal econômico. In: ANDRADE, Vera Regina Pereira de. (Org.) **Verso e reverso do controle penal: (des)aprisionando a sociedade da cultura punitiva**. Vol. 1. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002. 216 p.

CERVINI, Raúl. Macrocriminalidad económica: apuntes para una aproximación metodológica. **Revista brasileira de ciências criminais**, a. 3, n. 11, p. 50-79, jul. / set. 1995.

CESCA, Heliberton. Desvio iria para caixa 2, diz Polícia Federal. **Gazeta do povo**, Curitiba, 20 jan. 2011, Vida e cidadania. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/vidaecidadania/conteudo.phtml?tl=1&id=1088451&tit=Desvio-iria-para-caixa-2-diz-Policia-Federal>>. Acesso em 31 dez. 2011.

_____; NUNES, Eduardo. Ex-superintendente é preso com R\$ 65 mil. **Gazeta do povo**, Curitiba, 20 jan. 2011, Vida e cidadania. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/vidaecidadania/conteudo.phtml?tl=1&id=1088452&tit=Ex-superintendente-e-preso-com-R-65-mil>>. Acesso em 31 dez. 2011.

_____; PRATEANO, Vanessa. Fraude com grãos gerou R\$ 6,7 milhões. **Gazeta do povo**, Curitiba, 20 jan. 2011, Vida e cidadania. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/vidaecidadania/conteudo.phtml?tl=1&id=1088493&tit=Fraude-com-graos-gerou-R-67-milhoes>>. Acesso em: 31 dez. 2011.

COLEMAN, James William. **A elite do crime: para entender o crime do colarinho branco**. 5 ed. Barueri: Manole, 2005.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **Uma análise crítica da lei dos crimes de lavagem de dinheiro**. Série Pesquisas do CEJ, 9. Brasília: CJF, 2002.

COSTA, José de Faria. Apontamentos para umas reflexões mínimas e tempestivas sobre o direito penal de hoje. **Revista brasileira de ciências criminais**, a. 17, n. 81, p. 36-47, nov. / dez. 2009.

_____.; ANDRADE, Manuel da Costa. Sobre a concepção e os princípios do direito penal econômico. Notas a propósito do Colóquio preparatório da AIDP (Freiburg, setembro de 1982). In: PODVAL, Roberto. (Org.) **Temas de direito penal econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. 376 p.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **A lide e o conteúdo do processo penal**. Curitiba: Juruá, 1998.

_____. **Temas de direito penal e processo penal (por prefácios selecionados)**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. 191 p.

CRUZ, Flávio Antônio da. Gestão temerária, evasão de divisas e aporias. **Revista brasileira de ciências criminais**, a. 18, n. 86, p. 99-147, set. / out. 2010.

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

DALLAGNOL, Deltan Martinazzo; MARTELLO JÚNIOR, Orlando. **Pronunciamento dos Procuradores da República responsáveis pelo Caso Sundown – um manifesto por uma melhor distribuição da Justiça Criminal**. Disponível em: <http://noticias.pgr.mpf.gov.br/noticias/noticias-do-site/copy_of_pdfs/sundown.pdf/at_download/file>. Acesso em: 02 jan. 2012.

DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal: parte geral**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

DUARTE, Francisco Carlos. **Justiça & decisão: teoria da decisão judicial**. Curitiba: Juruá, 2001. 100 p.

_____. **Reforma do Judiciário: por um novo paradigma**. Curitiba: Juruá, 2002. 160 p.

ELLIOT, Kimberly A. **A corrupção e a Economia Global**. Brasília: UnB, 1997.

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FELDENS, Luciano. **A constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. 223 p.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. 925 p.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência? **Revista USP**, São Paulo, n. 21, p. 12-21, mar. / mai. 1994.

FERREIRA, Vera Rita de Mello. **Psicologia econômica: estudo do comportamento econômico e da tomada de decisão**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. 338 p.

FEUERBACH, Paul Johann Alselm Ritter Von. **Tratado de derecho penal común vigente en Alemania**. Buenos Aires : Hammurabi, 1989. 415 p.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Lições de direito econômico**. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. 675 p.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Fundamento, sentido e finalidades da pena criminal. In: **Questões fundamentais do direito penal revisitadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. Breves considerações sobre o fundamento, o sentido e a aplicação das penas em direito penal econômico. p. 121-135. In: PODVAL, Roberto. (Org.) **Temas de direito penal econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. **Temas básicos da doutrina penal: sobre os fundamentos da doutrina penal sobre a doutrina geral do crime**. Coimbra: Coimbra, 2001. 394 p.

FISCHER, Douglas. **Delinquência econômica e estado social e democrático de direito**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006. 253 p.

_____. Garantismo penal integral (e não o garantismo hiperbólico monocular) e o princípio da proporcionalidade: breves anotações de compreensão e aproximação dos seus ideais. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 28, mar. 2009. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao028/douglas_fischer.html>. Acesso em: 10 jan. 2012.

FORTUNA, Eduardo. **Mercado financeiro: produtos e serviços**. 15 ed. Rio de Janeiro: Qualitymark, 2002. 656p.

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. Pesquisa em debate: a aplicação da lei de crimes contra o sistema financeiro pelos tribunais brasileiros / Núcleo de estudos sobre o crime e a pena. **Cadernos Direito GV 33**, v. 7, n. 1, jan. 2010.

GALLUCCI, Mariângela. CNJ: juiz deve evitar usar nomes de operações da PF. **Estadão**, 04 nov. 2008, Política. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/nacional,cnj-juiz-deve-evitar-usar-nomes-de-operacoes-da-pf,272352,0.htm>>. Acesso em: 19 nov. 2011.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Principio de legalidad, estado material de derecho y facultades interpretativas y constructivas de la jurisprudencia en la constitución. **Revista española de derecho constitucional**, n. 10, p. 11-61, jan. / abr. 1984.

GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. 204 p.

_____. A impunidade da macrodelinquência econômica desde a perspectiva criminológica da teoria da aprendizagem. **Revista dos tribunais**, a. 100, v. 906, p.232-251, abr. 2011, p. 245.

_____; BIANCHINI, Alice. **O direito penal na era da globalização**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. 162 p.

GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio; FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A. Corrupción y derecho penal: nuevos perfiles, nuevas respuestas. **Revista brasileira de ciências criminais**, a. 17, n. 81, p. 7-35, nov. / dez. 2009.

GONÇALVES, Leonardo Augusto. A concretização dos direitos sociais como estratégia de combate à criminalidade. In: **Anais do XVII Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do CONPEDI**, 2008.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)**. 13 ed. São Paulo: Malheiros, 2008. 384 p.

GRECO, Luís. **Cumplicidade através de ações neutras: a imputação objetiva na participação**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. 206 p.

GRZYBOVSKI, Denize; HAHN, Tatiana Gaertner. Educação fiscal: premissa para melhor percepção da questão tributária. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 40, n. 5, p. 841-864, out. 2006.

GUARAGNI, Fábio André. **Prescrição penal e impunidade: crítica ao sistema prescricional penal brasileiro**. Curitiba: Juruá, 2000. 162 p.

_____. A origem do direito penal econômico: razões históricas. p. 139-152. In: CÂMARA, Luiz Antônio (Coord). **Crimes contra a ordem econômica e tutela de direitos fundamentais**. Curitiba: Juruá, 2009. 345 p.

GUIMARÃES, Claudio Alberto Gabriel. **Funções da pena privativa de liberdade no sistema penal capitalista**. Rio de Janeiro: Revan, 2007. 350 p.

_____. Análise crítica às teorias econômicas do direito penal. **De jure : revista jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais**, Belo Horizonte, n. 12, p. 67-87, 2009.

HÄBERLE, Peter. **El estado constitucional**. Peru: Fondo; Universidad Nacional Autónoma de México; Pontificia Universidad Católica de Perú, 2003.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O federalista**. Brasília: UnB, 1984.

HASSELMANN, Joice. Pesquisa pelo verbete “dallas”, 02 jan. 2012. **Joice Hasselmann: pimenta nativa**. Disponível em: <<http://blogdajoice.com/joice/?s=dallas&x=11&y=10&paged=3>>. Acesso em: 02 jan. 2012.

_____. Buemba: figurão da política pode ser preso e mexer com eleição no PR. **Joice Hasselmann: pimenta nativa**, 14 set. 2010. Disponível em: <<http://www.blogdajoice.com/2010/09/buemba-figurao-da-politica-pode-ser-preso-e-decidir-eleicao-no-pr/>>. Acesso em: 02 jan. 2012.

_____. Buemba anunciada. Para relembrar e pensar. **Joice Hasselmann: pimenta nativa**, 19 jan. 2011. Disponível em: <<http://www.blogdajoice.com/2011/01/para-relembrar-e-pensar/>>. Acesso em: 02 jan. 2012.

_____. As férias do juiz. **Joice Hasselmann: pimenta nativa**, 19 jan. 2011. Disponível em: <<http://www.blogdajoice.com/2011/01/as-ferias-do-juiz/>>. Acesso em: 02 jan. 2012.

_____. Daniel Lúcio deixará prisão a qualquer momento. **Joice Hasselmann: pimenta nativa**, 31 jan. 2011. Disponível em: <<http://www.blogdajoice.com/2011/01/daniel-lucio-deixara-prisao-a-qualquer-momento/>>. Acesso em: 02 jan. 2012.

_____. Se pagar fiança, Daniel Lúcio vai ganhar liberdade amanhã. **Joice Hasselmann: pimenta nativa**, 31 jan. 2011. Disponível em: <<http://www.blogdajoice.com/2011/01/se-pagar-fianca-daniel-lucio-vai-ganhar-liberdade-amanha/>>. Acesso em: 02 jan. 2012.

_____. Casa na praia será garantia para liberação de Daniel Lúcio. **Joice Hasselmann: pimenta nativa**, 01 fev. 2011. Disponível em: <<http://www.blogdajoice.com/2011/02/casa-na-praia-sera-garantia-para-liberacao-de-ex-superintendente-do-porto/>>. Acesso em: 02 jan. 2012.

_____. Justiça quer informações para aceitar casa de Daniel como fiança. **Joice Hasselmann: pimenta nativa**, 02 fev. 2011. Disponível em: <<http://www.blogdajoice.com/2011/02/justica-quer-mais-informacoes-para-aceitar-casa-de-daniel-como-fianca/>>. Acesso em: 02 jan. 2012.

_____. Família de Daniel Lúcio desistiu de dar imóvel de Matinhos como fiança. **Joice Hasselmann: pimenta nativa**, 03 fev. 2011. Disponível em: <<http://www.blogdajoice.com/2011/02/familia-de-daniel-lucio-desistiu-de-dar-imovel-de-matinhos-como-fianca/>>. Acesso em: 02 jan. 2012.

_____. Família de Daniel Lúcio desiste de dar casa na praia como garantia de fiança. **Joice Hasselmann: pimenta nativa**, 04 fev. 2011. Disponível em: <<http://www.blogdajoice.com/2011/02/familia-de-daniel-lucio-desiste-de-dar-casa-na-praia-como-garantia-de-fianca/>>. Acesso em: 02 jan. 2012.

_____. Daniel Lúcio sai da prisão hoje. **Joice Hasselmann: pimenta nativa**, 04 fev. 2011. Disponível em: <<http://www.blogdajoice.com/2011/02/daniel-lucio-sai-da-prisao-hoje/>>. Acesso em: 02 jan. 2012.

_____. Daniel Lúcio está em liberdade. **Joice Hasselmann: pimenta nativa**, 04 fev. 2011. Disponível em: <<http://www.blogdajoice.com/2011/02/daniel-lucio-esta-em-liberdade/>>. Acesso em: 02 jan. 2012.

_____. A sapatada: critério político o STJ e decisão de Rossoni na CPI dos Pedágios. **Joice Hasselmann: pimenta nativa**, 29 set. 2011. Disponível em: <<http://www.blogdajoice.com/2011/09/a-sapatada-criterio-politico-no-stj-e-decisao-de-rossoni-na-cpi-dos-pedagios/>>. Acesso em: 03 jan. 2012.) (arquivo de áudio.)

HASSEMER, Winfried. **Três temas de direito penal**. Porto Alegre: Fundação Escola Superior do Ministério Público, 1993.

_____. Perspectivas de uma moderna política criminal. **Revista brasileira de ciências criminais**, a. 2, n. 8, p. 41-51, out. / dez. 1994.

_____. **Introdução aos fundamentos do direito penal** (*Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005. 456 p.

_____. **Direito penal libertário**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. 244 p.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Princípios da filosofia do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. Bauru: Edipro, 2003.

KREMPEL, Luciana Rodrigues. O crime de colarinho branco: aplicação e eficácia de pena privativa de liberdade. **Revista brasileira de ciências criminais**, a. 13, n. 54, p. 93-125, mai. / jun. 2005.

LEITE, Alaor. Abolição da chamada *autodenúncia liberadora de pena* no direito penal tributário alemão? Breves observações por ocasião de uma recente e polêmica decisão. **Revista brasileira de ciências criminais**, a. 19, n. 90, p. 111-136, mai./jun. 2011.

LEVITT, Steven D.; DUBNER, Stephen J. **Freakonomics: o lado oculto e inesperado de tudo que nos afeta: as revelações de um economista original e politicamente incorreto**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

LEYS, Colin. **A política a serviço do mercado**. Rio de Janeiro: Record, 2004.

LUCCHESI, Guilherme Brenner. O objeto de tutela penal no delito de *insider trading*. Uma análise crítica a partir da dogmática penal contemporânea. **Revista brasileira de ciências criminais**, a. 19, n. 90, p. 137-161, mai./jun. 2011.

MACHADO, Agapito. A nova reforma do Poder Judiciário: Pec n. 45/04. **Revista CEJ**, Brasília, n. 28, p. 64-70, jan. / mar. 2005.

MACHADO, Maíra Rocha. Crimes financeiros nos tribunais brasileiros. **Revista brasileira de ciências criminais**, São Paulo, a. 17, n. 76, p. 58-78, jan./fev. 2009.

MACIEL, Cláudio Baldino. **O juiz independente no Estado Democrático**. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/w3/fsmrn/biblioteca/28_claudio_maciel.html>. Acesso em: 30 abr. 2008.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. In: BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura (coord.). **Comentários à Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. 2526p.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. **Derecho penal económico: parte general**. Valencia: Tiranc lo blanc, 1998.

MATTA, Roberto da. **Fé em Deus e pé na tábua ou como e por que o trânsito enlouquece no Brasil**. Rio de Janeiro: Rocco, 2010. 191 p.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo; Brasília: Saraiva; IDP, 2008.

- MIAILLE, Michel. **Introdução crítica ao direito**. 2 ed. Lisboa: Estampa, 1994. 330 p.
- MORO, Sergio Fernando. **Algumas sugestões sobre a Justiça criminal**. IBRAJUS – Instituto Brasileiro de Administração do Sistema Judiciário. Disponível em: <<http://www.ibrajus.org.br/revista/artigo.asp?idArtigo=40>>. Acesso em: 29 nov. 2009.
- NICZ, Alvacir Alfredo. Iniciativa privada versus iniciativa estatal na Constituição. Brasília, **Revista de Informação Legislativa**, a. 41, n. 163, jul./set. 2004.
- NOJIRI, Sergio. **A interpretação judicial do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. 214 p.
- PARANÁ. **Lei complementar nº 136, de 19 de maio de 2011**. Estabelece a Lei Orgânica da Defensoria Pública do Estado do Paraná. Disponível em: <<http://www.legislacao.pr.gov.br/legislacao/pesquisarAto.do?action=exibir&codAto=60033&indice=1&totalRegistros=1>>. Acesso em: 19 dez. 2011.
- PARANÁ. Agência de notícias do Paraná. **Richa apoia indicação de paranaense para vaga de ministro do STJ**. 10 out. 2011. Disponível em: <<http://www.aen.pr.gov.br/modules/noticias/article.php?storyid=65990&tit=Richa-apoia-indicacao-de-paranaense-para-vaga-de-ministro-do-STJ->>. Acesso em: 03 jan. 2012.
- _____. Assembleia Legislativa do Paraná. Ato do Presidente nº 011/2011, de 06 de junho de 2011. Declara constituída a Comissão Parlamentar de Inquérito, aprovada, conforme proposição do Deputado Douglas Fabrício, na Sessão do dia 22 de fevereiro de 2011 e autuada, na Diretoria Legislativa, como Requerimento nº 006/2011, com a finalidade de “*investigar e fiscalizar as denúncias de possíveis irregularidades na Administração dos Portos de Paranaguá e Antonina, em especial as relacionadas à chamada “Operação Dallas” patrocinada pela Polícia Federal*”. **Diário oficial Assembleia**, Curitiba, a. 35, n. 64, p. 11, 07 jun. 2011. Disponível em: <http://www.alep.pr.gov.br/atividade_parlamentar/diarios_da_assembleia>. Acesso em: 02 jan. 2012.
- _____. _____. Ata de instalação de Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI dos Portos de Paranaguá e Antonina). **Diário oficial Assembleia**, Curitiba, a. 35, n. 64, p. 14, 07 jun. 2011. Disponível em: <http://www.alep.pr.gov.br/atividade_parlamentar/diarios_da_assembleia>. Acesso em: 02 jan. 2012.
- _____. _____. Sessão ordinária do dia 31 de agosto de 2011. Ata nº 077. **Diário oficial Assembleia**, Curitiba, a. 35, n. 102, p. 3-7. 01 set. 2011. Disponível em: <http://www.alep.pr.gov.br/atividade_parlamentar/diarios_da_assembleia>. Acesso em: 02 jan. 2012.
- _____. _____. Sessão ordinária do dia 04 de outubro de 2011. Ata nº 090. **Diário oficial Assembleia**, Curitiba, a. 35, n. 116, 05 out. 2011, p. 4. Disponível em: <http://www.alep.pr.gov.br/atividade_parlamentar/diarios_da_assembleia>. Acesso em: 02 jan. 2012.
- PAVARINI, Massimo. El grotesco de la penología contemporánea. In: **Revista brasileira de ciências criminais**, a. 17, n. 81, p. 230-279, nov. / dez. 2009.
- PEÑARANDA RAMOS, Enrique; SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Um novo sistema do direito penal: considerações sobre a teoria de Günther Jakobs**. Barueri: Manole, 2003.
- PÉREZ DEL VALLE, Carlos. Introducción al Derecho penal económico. In: BACIGALUPO, Enrique. (org.) **Derecho penal económico**. Buenos Aires: Hammurabi, 2004. 568 p.
- PIMENTEL, Manoel Pedro. **Direito penal econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973. 244 p.

PINHEIRO, Armando Castelar. **Direito e economia num mundo globalizado: cooperação ou confronto?** Texto para discussão nº 963. Rio de Janeiro: Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão; Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, 2003. 25 p.

_____; SADDI, Jairo. **Direito, economia e mercados.** Rio de Janeiro, Elsevier, 2005.

PRADO, Luiz Regis. **Direito penal econômico.** 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. 416 p.

_____; CARVALHO, Érika Mendes de. **Teoria da imputação objetiva do resultado: uma aproximação crítica a seus fundamentos.** 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. 268 p.

PREZA RESTUCCIA, Dardo; GALAIN PALERMO, Pablo; ADRIASOLA, Gabriel. **Delitos económicos.** Montevideo-Buenos Aires: B de f, 2004. 400 p.

QUEIROZ, Paulo de Souza. **Funções do direito penal: legitimação versus deslegitimação do sistema penal.** 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. 143 p.

RAMOS, João Gualberto Garcez. Algumas observações críticas e outras provocativas sobre a lavagem de dinheiro. In: **Notáveis do Direito Penal: Livro em homenagem ao emérito Professor Doutor René Ariel Dotti.** Brasília: Consulex, 2006. 552 p.

REALE JÚNIOR, Miguel. Despenalização no direito penal econômico: uma terceira via entre o crime e a infração administrativa. **Revista brasileira de ciências criminais**, a. 7, n. 28, p. 116-129, out. / dez. 1999.

RIGHI, Esteban. **Derecho penal económico comparado.** Madrid: Editoriales de derecho reunidas, s/d. 363 p.

ROSSETTI, José Paschoal. **Introdução à economia.** 10 ed. São Paulo: Atlas, 1984.

ROTHENBURG, Walter Claudius. Princípio da proporcionalidade. In: LOPES, Maria Elizabeth de Castro; OLIVEIRA NETO, Olavo de. (coord.) **Princípios processuais civis na Constituição.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

ROXIN, Claus. Sentido e limites da pena estatal. In: _____. **Problemas fundamentais do direito penal.** Lisboa: Vega, 1986.

_____. **Derecho penal: parte general.** Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoria del delito. Madri: Civitas, 2003. 1071 p.

_____. **La teoría del delito en la discusión atual.** Lima: Jurídica Grijley, 2007. 562 p.

SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é pesquisa em direito e economia? **Cadernos Direito GV** 22, v. 5, n. 2, mar. 2008.

SÁNCHEZ RÍOS, Rodrigo. Reflexões sobre o delito econômico e a sua delimitação. **Verba Iuris**, ano II, n. 2, mar. 2000a.

_____. Reflexões sobre o delito econômico e a sua delimitação. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v.775, p.432-448, mai. 2000b.

_____. **Advocacia e lavagem de dinheiro: questões de dogmática jurídico-penal e de política criminal.** São Paulo: Saraiva, 2010.

SANTOS, Cláudia Maria Cruz. **O crime de colarinho branco: da origem do conceito e sua relevância criminológica à questão da desigualdade na administração da justiça penal.** Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra: Stvdia Ivridica 56. Coimbra: Coimbra, 2001. 326 p.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal: parte geral**. 3 ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2008. 784 p.

SANTOS, Marcelo Almeida Ruivo dos. Criminalidade fiscal e colarinho branco: a fuga ao fisco é exclusividade do *white-collar*? In: COSTA, José de Faria; SILVA, Marco Antônio Marques da. (coord.) **Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais: visão luso-brasileira**. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 1177-1215.

SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição, proporcionalidade e direitos fundamentais: o direito penal entre proibição de excesso e de insuficiência. **Boletim da Faculdade de Direito**, Universidade de Coimbra, vol. LXXXI, p. 325-386, 2005.

SCHATTSCHNEIDER, Julio Guilherme Berezoski. Porcos assados, Viktor Navorski e os Juizados Federais. **Revista online IBRAJUS**. 23 jun. 2009. Disponível em: <<http://www.ibrajus.org.br/revista/artigo.asp?idArtigo=124>>. Acesso em: 30 jan. 2010.

SCHÜNEMANN, Bernd. **Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciência jurídico-penal alemana**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996. 63 p.

_____. **¡El derecho penal es la ultima ratio para la protección de bienes jurídicos!: Sobre los limites inviolables del derecho penal en un Estado liberal de derecho**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007. 73 p.

SEN, Amartya. **Sobre ética e economia**. São Paulo: Companhia das Letras, 1999. 143 p.

SENECA, Lucius Annaeus. De ira. **L. Annaei Senecae pars prima sive Opera philosophica quae recognovit selectis tum J. Lipsii, Geonovii, Gruteri, B. Rhenami, Ruhkopffii, aliorumque commentariis tum suis illustravit notis M. N. Bouillet in Sanctae Barbarae Collegio Philosphiae Professor**. v. 1. Parisiis: Colligebat Nicolaus Eligius Lemaire, 1827.

SILVA, Daniel Addor. Decisões urgentes em matéria criminal: a economia e o crime de gestão temerária. In: DUARTE, Francisco Carlos. **Tutela de urgência e risco: em defesa dos direitos fundamentais**. Curitiba: Juruá, 2005.

_____. **Criminalidade econômica e manutenção no exterior de depósitos não declarados**. Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2006.

_____. Política criminal como política pública: função “social” do direito penal. In: XVII Congresso Nacional do CONPEDI, 2009, Brasília. **Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008. p. 6171-6190.

_____.; NICZ, Alvacir Alfredo. Sobre o uso de algemas (restrições a direitos fundamentais e proporcionalidade). **Revista do Direito**, Santa Cruz do Sul, p. 79-98, jul./dez. 2008.

SILVA, Eliezer Gomes da. **Fundamentos éticos do direito penal : o conteúdo material do conceito de crime e a busca histórica por uma orientação humanista à criminalização**. São Paulo: USP, 2002. 310 f. Tese (Doutorado em Direito) – Curso de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2002.

_____. Direitos humanos como fundamento ético-argumentativo para um conceito material de crime – uma proposta de superação da teoria do bem jurídico-penal. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho (coord.). **Direitos humanos e democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 237-276.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. Eficiencia y Derecho Penal. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, tomo 49, fascículo 1, Madri, Ministerio de Justicia, p. 93-127, jan./abr. 1996.

_____. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. 154 p.

_____. **Eficiência e direito penal**. Barueri: Manole, 2004. 72 p.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. A ideia penal sobre a corrupção no Brasil. Da seletividade pretérita à expansão de horizontes atual. **Revista brasileira de ciências criminais**, a. 19, n. 89, mar./abr. 2011, p. 407-428.

SOUSA SANTOS, Boaventura de. **A judicialização da política**. Público, 26 mai. 2003. Disponível em: <<http://www.ces.uc.pt/opiniaobss/078.php>>. Acesso em: 30 jan. 2010.

SOUZA, Artur César de. **A parcialidade positiva do juiz**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. 270 p.

_____. Nova hermenêutica para os crimes de colarinho-branco – Crimes contra ordem tributária, econômica e financeira. **Revista tributária e de finanças públicas**, a. 19, n. 96, jan. / fev. 2011, p. 322-332. P. 322.

SPECK, Bruno Wilhelm. Mensurando a corrupção: uma revisão de dados provenientes de pesquisas empíricas. In: **Cadernos Adenauer**, v. 10, 2000, p. 9-45.

STANDARD & POORS. **United States of America long-term rating lowered to 'AA+' due to political risks, rising debt burden; outlook negative**. 05 ago. 2011. Disponível em: <<http://www.standardandpoors.com/ratings/articles/en/us/?assetID=1245316529563>>. Acesso em: 20 dez. 2011.

STRECK, Lenio Luiz. Bem jurídico e Constituição: da proibição de excesso (*Übermaßverbot*) à proibição de proteção deficiente (*Untermäßverbot*) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. **Boletim da Faculdade de Direito**, Universidade de Coimbra, vol. LXXX, p. 304-345, 2004.

_____. Prefácio. In: ROSA, Alexandre Morais da; LINHARES, José Manuel Aroso. **Diálogos com a Law & Economics**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. 275 p.

SUTHERLAND, Edwin Hardin. White-collar criminality. **American Sociological Review**, vol. 5, n. 1, fev. 1940.

TERRADILLOS BASOCO, Juan María. Globalización, administrativización y expansión del derecho penal económico. In: _____; ACALE SÁNCHEZ, Maria. **Temas de derecho penal econômico – III encuentro hispano-italiano de derecho penal econômico**. Madrid: Editorial Trotta, 2004.

TORON, Alberto Zacharias. Aspectos penais da proteção ao consumidor. **Revista brasileira de ciências criminais**, a. 3, n. 11, p. 80-90, jul. / set. 1995.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. Escola Superior de Agricultura “Luiz de Queiroz”. Centro de Estudos Avançados em Economia Aplicada. **Soja: indicador em dólar atinge valor recorde**. 16 jun. 2008. Disponível em:<<http://www.cepea.esalq.usp.br/imprensa/?page=340&id=2322>>. Acesso em: 31 dez. 2011.

_____. **Soja: preços em Paranaguá atingem maior patamar do ano**. 18 mai. 2009. Disponível em: <<http://www.cepea.esalq.usp.br/imprensa/?page=340&id=2804>>. Acesso em 31 dez. 2011.

_____. **Agro mensal – CEPEA/ESAQL: informações de mercado**. Nov. 2011. Disponível em: <http://www.cepea.esalq.usp.br/agromensal/2011/11_novembro/Soja.htm>. Acesso em: 31 dez. 2011.

VANNI, Adriano Salles. Ilegalidade dos rótulos da Polícia Federal. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 13 jan. 2011, Opinião. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniaofz1301201108.htm>>. Acesso em: 19 nov. 2011.

VAZ, Paulo Afonso Brum. **O sistema penal brasileiro e a prescrição: violação ao dever de proteção no Estado Democrático de Direito**. Dissertação (mestrado profissional) – Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2008.

_____. O fim da farra da prescrição penal: Lei nº 11.596, de 29 de novembro de 2007, e Lei nº 12.234, de 05 de maio de 2010. **Revista do Tribunal Regional Federal da 4ª Região**, Porto Alegre, a. 21, n. 77, p. 13-62, 2010.

_____; MEDINA, Ranier de Souza. **Direito penal econômico e crimes contra o sistema financeiro nacional**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2011. 270 p.

WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**. 2 ed. Rio de Janeiro: Revan, 1996. 281 p.

_____. **O inimigo no direito penal**. 2 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. 222 p.

_____. La ciencia penal alemana y las exigencias político-criminales de América Latina, **Revista latinoamericana de derecho penal y criminología**, 14 dez. 2007b. Disponível em: <<http://www.ijeditores.com.ar/articulos.php?idarticulo=42172>>. Acesso em: 16 jan. 2012.

_____; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____.; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil: ley, derechos, justicia**. 9 ed. Madri: Trotta, 2009. 156 p.

ZYMLER, Benjamin. **Política & Direito: uma visão autopoietica**. Curitiba: Juruá, 2003. 228 p.