



PUC

DEPARTAMENTO DE DIREITO

**Em Busca de Penas Alternativas para o
Direito Penal Econômico.**

por

Maria Clara Mendes de Almeida de Souza Martins

ORIENTADOR: Diogo Malan

2010.1

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO DE JANEIRO

RUA MARQUÊS DE SÃO VICENTE, 225 - CEP 22453-900

RIO DE JANEIRO - BRASIL

Em Busca de Penas Alternativas para o Direito Penal Econômico.

por

Maria Clara Mendes de Almeida de Souza Martins

Monografia apresentada ao
Departamento de Direito da Pontifícia
Universidade Católica do Rio de
Janeiro (PUC-Rio) como requisito
parcial para a obtenção do título de
Bacharel em Direito.

Orientador: Diogo Malan

2010.1

Resumo

Busca a presente pesquisa acadêmica despertar a atenção para a importância e atualidade do tema escolhido. Vivemos em uma época em que as paixões de uns parecem colocar de lado as garantias de outros. O que se pretende a seguir é traçar um panorama geral acerca das finalidades da pena, passando pela importância da definição do bem jurídico no Direito Penal Clássico e no Direito Penal Econômico, encerrando-se com a proposição de formas alternativas para se tutelar os crimes econômicos.

Palavras Chave:

pena – teoria absoluta – teoria relativa – prevenção positiva – prevenção negativa – teoria agnóstica – minimalismo penal – finalidade da pena – pena privativa de liberdade – pena restritiva de direito – pena de multa – bem jurídico – direito penal clássico – correntes sociológicas – constitucionalistas - direito penal econômico – corrente restrita – corrente ampla – histórico – administrativização – penas alternativas – confisco.

Sumário

| | |
|--|----|
| Introdução..... | 5 |
| 1. Da Finalidade das Penas | 10 |
| 1.1. Teorias Absolutas (retributivas) da Pena..... | 14 |
| 1.2. Teorias Relativas (preventivas) da Pena..... | 16 |
| 1.2.1. Prevenção Geral Negativa. | 18 |
| 1.2.2. Prevenção Geral Positiva..... | 20 |
| 1.2.3. Prevenção Especial Positiva. | 23 |
| 1.2.4. Prevenção Especial Negativa..... | 24 |
| 1.3. Minimalismo Penal: A pena como prevenção da violência. | 25 |
| 1.4. A Finalidade da Pena no Direito Brasileiro..... | 27 |
| 1.5. Das penas em espécie. | 30 |
| 1.5.1. Da Pena Privativa de Liberdade. | 32 |
| 1.5.2. Da Pena Restritiva de Direitos..... | 35 |
| 1.5.2.1. Prestação Pecuniária. | 36 |
| 1.5.2.2. Perda de bens e valores..... | 37 |
| 1.5.2.3. Prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas. | 37 |
| 1.5.2.4. Interdição Temporária de Direitos..... | 38 |
| 1.5.2.5. Limitação de fim de semana..... | 38 |
| 1.5.3. Da pena de multa. | 40 |
| 2. Direito Penal Clássico e Direito Penal Econômico: O bem jurídico tutelado... 43 | |
| 2.1. O Bem Jurídico Tutelado no Direito Penal Clássico..... | 43 |
| 2.1.2. As correntes sociológicas. | 44 |
| 2.1.3. Os constitucionalistas. | 45 |
| 2.1.3.1 Teorias de Fundamento Constitucional Estrita..... | 45 |
| 2.1.3.2. Teorias de Fundamento Constitucional Amplo..... | 47 |
| 2.2. A Definição de Bem Jurídico Penal pela Doutrina Brasileira..... | 49 |
| 2.3. O Bem Jurídico Tutelado no Direito Penal Econômico. | 51 |
| 2.3.1. A visão de Raul Cervini. | 54 |
| 2.3.1.1. Conceito da corrente restritiva:..... | 55 |

| | |
|--|-----|
| 2.3.1.2. Corrente Ampla. | 56 |
| 2.3.1.3. Evolução Posterior..... | 57 |
| 2.3.1.4. Questionamentos | 57 |
| 2.4. O Direito Penal Econômico..... | 60 |
| 2.4.1. Um breve histórico. | 60 |
| 2.4.2. A Crítica de Jorge de Figueiredo Dias e Manuel da Costa Andrade..... | 64 |
| 2.4.3. O Direito Penal Econômico Brasileiro | 68 |
| | |
| 3. Outras Formas de Repressão ao Delito Econômico. | 72 |
| 3.1 Administrativização do Direito Penal. | 72 |
| 3.1.1. Um brevíssimo histórico..... | 72 |
| 3.1.2. A Doutrina de Jesús-Maria Silva Sánchez | 75 |
| 3.2.1. O paradigma dos delitos de acumulação. | 78 |
| 3.2. A aplicação da pena no Direito Penal Econômico. | 80 |
| 3.2.1 O posicionamento de Jorge de Figueiredo Dias. | 80 |
| 3.3. A Realidade Brasileira..... | 88 |
| 3.3.1. Os fundamentos da pena no Direito Penal Econômico. | 91 |
| 3.3.2. A pena de prisão nos delitos econômicos..... | 97 |
| 3.3.3. As penas alternativas em espécie aplicadas ao Direito Penal Econômico. | 102 |
| 3.3.3.1. Da pena de multa. | 102 |
| 3.3.3.2. Das penas restritivas de direitos. | 104 |
| 3.3.3.3. Da pena de confisco ou perda de bens..... | 106 |
| | |
| 4. Conclusão | 108 |
| | |
| Bibliografia..... | 111 |

Introdução

O estudo busca uma proposta possível de adequação da repressão aos delitos de Direito Penal Econômico. Inicialmente há breve análise das teorias que fundamentam as penas, com a exposição de sua finalidade originalmente defendida, e o panorama atual. Estuda-se a definição do Direito Penal Econômico e o bem jurídico protegido neste e no Direito Penal Clássico. Em linhas gerais elabora-se uma proposta de tratamento aos crimes econômicos, qual seja, a utilização das penas alternativas, com destaque para a perda de bens, modalidade de pena prevista constitucionalmente. Tal modalidade seria suficiente para reprimir com eficácia estes tipos de crimes.

Assim, no primeiro capítulo analisaremos mais especificamente as teorias absolutas e relativas da pena, esta última em seus desdobramentos da prevenção geral tanto negativa quanto positiva, assim como os desdobramentos da prevenção especial. Em seguida poderá ser observada a teoria do Minimalismo Penal, proposta por alguns autores como uma alternativa às teorias absolutas e relativas. Importante também sopesarmos, mais especificamente, a finalidade da pena no Direito Brasileiro. Do mesmo modo serão apresentadas as penas em espécie, mais especificamente as penas privativas de liberdade, as restritivas de direitos e finalmente a pena de multa.

Após esse primeiro diagnóstico, fundamental para entendermos melhor as teorias que fundamentam a aplicação da pena, passaremos a difícil tarefa que é tentar desvendar, afinal, qual o bem jurídico tutelado no Direito Penal Clássico. Duas correntes podem ser destacadas nesse ponto: as correntes sociológicas e os constitucionalistas, que, por sua vez, subdividem-se nas teorias de fundamento constitucional estrito e amplo. Feita esta análise poderemos notar o que alguns doutrinadores brasileiros pensam acerca da definição do bem jurídico penal. Em seguida, empreenderemos o mesmo esforço, mas dessa vez, para definirmos o bem

jurídico tutelado pelo Direito Penal Econômico. Fechando o segundo capítulo traçaremos um histórico do Direito Penal Econômico, sua evolução e, por fim, como se apresenta esse tema no ordenamento jurídico pátrio.

O último capítulo procura, enfim, novas formas de repressão, para o tema do presente trabalho. Como terá ficado evidenciado, após a leitura desta monografia, não podemos aceitar que, ainda hoje, defenda-se a pena privativa de liberdade como o meio mais eficaz para a ressocialização do indivíduo. Por tal motivo, fomos em busca de novas formas de repressão, que sejam menos invasivas, mas nem por isso, menos eficientes. No ponto, podemos destacar a administrativização do Direito Penal, muito bem analisada pela doutrina de Jesús-Maria Silva Sánchez, e a importância da utilização de penas alternativas como a forma mais eficaz de repressão para os crimes econômicos.

As páginas que se seguem têm a pretensão de tentar convencer o leitor que não há mais qualquer sentido para a manutenção de penas privativas de liberdade no tocante aos crimes econômicos. Como se verá, a história da humanidade é marcada pela evolução dos tipos penais, já houve um dia onde a pena de prisão era a pena mais digna, a menos dolorosa, a melhor opção. Se é verdade que a história se repete, então, não cansaremos de lutar pela continuidade da evolução dos conceitos penais, o que significa dizer que o caminho natural é o caminho do desaparecimento das penas privativas de liberdade em prol de penas cada vez mais alternativas. Afinal não é a história da pena a história de sua constante abolição¹?

¹ Von Ihering.

EM BUSCA DE PENAS ALTERNATIVAS PARA O DIREITO PENAL ECONÔMICO.

“Embora as penas produzam um bem, nem sempre elas são justas, pois para serem justas precisam ser necessárias; e uma injustiça útil não pode ser tolerada pelo legislador que queira fechar todas as portas à tirania vigilante, a qual seduz com um bem momentâneo e com a felicidade de alguns notáveis, desprezando a ruína futura e as lágrimas de uma multidão de gente obscura”².

EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS DA NOVA PARTE GERAL DO CÓDIGO PENAL³

“Das Penas.

26. Uma política criminal orientada no sentido de proteger a sociedade terá de restringir a pena privativa da liberdade aos casos de reconhecida necessidade, como meio eficaz de impedir a ação criminógena cada vez maior do cárcere. Esta filosofia importa obviamente na busca de sanções outras para delinquentes sem periculosidade ou crimes menos graves. Não se trata de combater ou condenar a pena privativa da liberdade como resposta penal básica ao delito. Tal como no Brasil, a pena de prisão se encontra no âmago dos sistemas penais de todo o mundo. O que por ora se discute é a sua limitação aos casos de reconhecida necessidade.

27. As críticas que em todos os países se tem feito à pena privativa da liberdade fundamentam-se em fatos de crescente importância social, tais como o tipo de tratamento penal freqüentemente inadequado e quase sempre pernicioso, a inutilidade dos métodos até agora empregados no tratamento de delinquentes habituais e multirreincidentes, os elevados custos da construção e manutenção dos estabelecimentos penais, as conseqüências malélicas para os infratores primários, ocasionais ou responsáveis por delitos de pequena significação, sujeitos, na intimidade do cárcere, a sevícias, corrupção e perda paulatina da aptidão para o trabalho.

28. Esse questionamento da privação da liberdade tem levado penalistas de numerosos países e a própria Organização das Nações Unidas a uma “procura mundial” de soluções alternativas para os infratores que não ponham em risco a paz e a segurança da sociedade.

² BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução Lucia Guidicini, Alessandro Berti Contessa; revisão Roberto Leal Ferreira, 3a Edição. São Paulo: Martins Fontes, 2005 p. 88.

³ LEI Nº 7.209, DE 11 DE JULHO DE 1984.

29. Com o ambivalente propósito de aperfeiçoar a pena de prisão, quando necessária, e de substituí-la, quando aconselhável, por formas diversas de sanção criminal, dotadas de eficiente poder corretivo, adotou o Projeto novo elenco de penas. Fê-lo, contudo, de maneira cautelosa, como convém a toda experiência pioneira nesta área. Por esta razão, o Projeto situa as novas penas na faixa ora reservada ao instituto da suspensão condicional

da pena, com significativa ampliação para os crimes culposos. Aprovada a experiência, fácil será, no futuro, estendê-la a novas hipóteses, por via de pequenas modificações no texto. Nenhum prejuízo, porém, advirá da inovação introduzida, já que o instituto da suspensão condicional da pena, tal como vem sendo aplicado com base no Código de 1940, é um quase nada jurídico.

30. Estabeleceram-se com precisão os regimes de cumprimento da pena privativa da liberdade: o fechado, consistente na execução da pena em estabelecimento de segurança máxima ou média; o semi-aberto, em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar; e finalmente o aberto, que consagra a prisão-albergue, cuja execução deverá processar-se em casa de albergado ou instituição adequada.

31. Institui-se, no regime fechado, a obrigatoriedade do exame criminológico para seleção dos condenados conforme o grau de emendabilidade e conseqüente individualização do tratamento penal.

32. O trabalho, amparado pela Previdência Social, será obrigatório em todos os regimes e se desenvolverá segundo as aptidões ou ofício anterior do preso, nos termos das exigências estabelecidas.

33. O cumprimento da pena superior a 8 (oito) anos será obrigatoriamente iniciado em regime fechado. Abrem-se, contudo, para condenados a penas situadas aquém desse limite, possibilidades de cumprimento em condições menos severas, atentas às condições personalíssimas do agente e à natureza do crime cometido. Assim, o condenado a pena entre 4 (quatro) e 8 (oito) anos poderá iniciar o seu cumprimento em regime semiaberto.

Ao condenado a pena igual ou inferior a 4 (quatro) anos, quando primário, poderá ser concedido, ab initio, o regime aberto, na forma do art. 33, § 3º, se militarem em seu favor

os requisitos do art. 59.

34. A opção pelo regime inicial da execução cabe, pois, ao juiz da sentença, que o estabelecerá no momento da fixação da pena, de acordo com os critérios estabelecidos no art. 59, relativos à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social e à personalidade do agente, bem como aos motivos e circunstâncias do crime.

35. A decisão será, no entanto, provisória, já que poderá ser revista no curso da execução. A fim de humanizar a pena privativa da liberdade, adota o Projeto o sistema progressivo de cumprimento da pena, de nova índole, mediante o qual poderá dar-se a substituição do regime a que estiver sujeito o condenado, segundo seu próprio mérito. A partir do regime fechado, fase mais severa do cumprimento da pena, possibilita o Projeto a outorga progressiva de parcelas da liberdade suprimida.

36. Mas a regressão do regime inicialmente menos severo para outro de maior restrição é igualmente contemplada, se a impuser a conduta do condenado.

37. Sob essa ótica, a progressiva conquista da liberdade pelo mérito substitui o tempo de prisão como condicionante exclusiva da devolução da liberdade.

38. Reorientada a resposta penal nessa nova direção – a da qualidade em interação com a quantidade – esta será tanto mais justificável quanto mais apropriadamente ataque as causas de futura delinquência. Promove-se, assim, a sentença judicial a ato de prognose, direcionada no sentido de uma presumida adaptabilidade social.

39. O Projeto limita-se a estabelecer as causas que justificam a regressão do regime aberto (art. 36, § 2º), remetendo a regulamentação das demais hipóteses à Lei de Execução Penal.

40. Adota o Projeto as penas restritivas de direitos, substitutivas da pena de prisão, consistentes em prestação de serviços a comunidade, interdição temporária de direitos e limitação de fins de semana, fixando o texto os requisitos e critérios norteadores da substituição.

41. Para dotar de força coativa o cumprimento da pena restritiva de direitos, previu-se a conversão dessa modalidade de sanção em privativa da liberdade, pelo tempo da pena aplicada, se injustificadamente descumprida a restrição imposta. A conversão, doutra parte, far-se-á se ocorrer condenação por outro crime à pena privativa da liberdade, cuja execução não tenha sido suspensa.

42. Essas penas privativas de direitos, em sua tríplice concepção, aplicam-se aos delitos dolosos cuja pena, concretamente aplicada, seja inferior a 1 (um) ano e aos delitos culposos de modo geral, resguardando-se, em ambas as hipóteses, o prudente arbítrio do juiz. A culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e circunstâncias do crime, é que darão a medida de conveniência da substituição.

43. O Projeto revaloriza a pena de multa, cuja força retributiva se tornou ineficaz no Brasil, dada a desvalorização das quantias estabelecidas na legislação em vigor, adotando-se, por essa razão, o critério do dia-multa, nos parâmetros estabelecidos, sujeito a correção monetária no ato da execução.

44. Prevê o Projeto o pagamento em parcelas mensais, bem como o desconto no vencimento ou salário do condenado, desde que não incida sobre os recursos necessários ao seu sustento e ao de sua família.

45. A multa será convertida em detenção quando o condenado, podendo, deixa de pagá-la ou frustra a execução. A cada dia-multa corresponde um dia de detenção. A conversão, contudo, não poderá exceder a 1 (um) ano.

46. As condenações inferiores a 6 (seis) meses poderão ser substituídas por penas de multa, se o condenado não for reincidente e se a substituição constituir medida eficiente (art. 60, § 2º)”.’

1. Da Finalidade das Penas.

No tocante a este tema vale a transcrição do capítulo XII da obra *Dos Delitos e das Penas* onde Cesare Beccaria aborda a finalidade das penas:

“Da simples consideração das verdades até aqui expostas, resulta evidente que o fim das penas não é atormentar e afligir um ser sensível, nem desfazer um delito já cometido. É concebível que um corpo político, que, bem longe de agir por paixão, é o moderador tranqüilo das paixões particulares, possa abrigar essa inútil crueldade, instrumento do furor e do fanatismo ou dos fracos tiranos? Poderiam os gritos de um infeliz trazer de volta de um tempo sem retorno as ações já consumadas? O fim, pois, é apenas impedir que o réu cause novos danos aos seus concidadãos e dissuadir os outros de fazer o mesmo. É, pois, necessário escolher penas e modos de infligi-las que, guardadas as proporções, causem a impressão mais eficaz e duradoura nos espíritos dos homens, e a menos penosa no corpo do réu⁴”

Para quase toda a doutrina do Direito Penal a afirmação de que a pena se justifica por sua necessidade é unânime. A pena seria um instrumento utilizado pelo Estado para coibir condutas lesivas, tornando possível a convivência em sociedade.

Na lição de Mirabete *“perde-se no tempo a origem das penas, pois os mais antigos grupamentos foram levados a adotar certas normas disciplinadoras, de modo a possibilitar a convivência social”*⁵. Nas antigas civilizações, segundo o mesmo autor, predominava a idéia de castigo, de modo que a sanção mais freqüentemente aplicada era a de morte, e a repressão alcançava o patrimônio do infrator, bem como seus descendentes, não havendo, então, a vigência do principio da pessoalidade das penas, que impede a penalização de outras pessoas além do delinqüente.

Não resta dúvidas de que a repressão penal, por vários séculos, foi exercida primordialmente por meio da pena capital, que era, na maioria das vezes, executada de forma cruel. Foi somente no Iluminismo, período em que o Direito Penal se corporificou como ciência autônoma, que se iniciou um movimento verdadeiramente preocupado em relação à função das

⁴ BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução Lucia Guidicini, Alessandro Berti Contessa; revisão Roberto Leal Ferreira, 3a Edição. São Paulo: Martins Fontes, 2005 p. 62..

⁵ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. 17ª Ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 243.

penas, bem como de sua legitimidade. Essas preocupações surgiram com o estabelecimento de um novo racionalismo acerca da Justiça, fundado num modelo jusnaturalista de Estado e de Direito, que estabeleceu o princípio da legalidade como garantia, e abriu a discussão acerca da função das sanções penais.

Deste então, como apregoa Heleno Cláudio Fragoso⁶, a doutrina tem buscado explicar o fundamento das sanções penais por meio de teorias absolutas, relativas e unitárias, as quais gravitam em torno de duas idéias fundamentais: a prevenção e a retribuição.

Segundo Zaffaroni *et alli*, em seu livro Direito Penal Brasileiro, a pena “*delimita o horizonte de projeção do direito penal e seu universo deve abarcar a legislação manifesta, latente e eventualmente penal, indicando a sua forma de delimitação, mas não a própria delimitação em si, que se faz precisar com o conceito de pena*”⁷. Diversas teorias foram criadas no intuito de estabelecer o que é a pena, conferindo a esta uma função manifesta, afastando-a de outras formas de repressão estatal. Para a unanimidade dessas teorias a pena cumpre uma função positiva, ou seja, representa um bem para alguém. Todas essas teorias positivas apresentam teses contraditórias e incompatíveis entre si. Cada teoria positiva da pena lhe impõe uma função manifesta diferente. Foram praticamente exauridos todos os caminhos lógicos para argumentar que a pena tem uma função racional: a função mais difundida nos últimos anos é a simbólica, que não passa de mais uma função positiva. Cada teoria positiva da pena implica uma teoria de direito penal. Tal fato é uma consequência lógica, já que de cada discurso legitimante se deriva uma função e um horizonte. “*Por conseguinte, as omissões dedutivas e as contradições dos autores em*

⁶ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal: parte geral*. Ed. rev. Por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 343.

⁷ ZAFFARONI, E. Raúl, BATISTA, Nilo, ALAGIA, Alejandro, SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, 3ª Ed, novembro 2006, p.92

*particular não o invalidam, sendo apenas prova de sua própria incoerência*⁸”.

Para esses autores o exercício do poder punitivo não é senão um capítulo do modelo de Estado de Polícia que sobrevive dentro de um Estado de Direito. A legitimação do poder punitivo é também legitimação de componentes do Estado de Polícia atuando em detrimento do Estado de Direito. O poder punitivo se legitimaria através da racionalização de suas funções manifestas e com a dissimulação do modo real de seu exercício.

Segundo os doutrinadores, não há dúvidas de que as teorias que seguem o direito penal liberal tradicional são as preferíveis. No entanto, elas não deixam de legitimar um Estado de Polícia. No que diz respeito à coerência interna, elas costumam ser mais contraditórias do que as que adotam claramente a defesa do Estado Policial, elas normalmente geram confusões, pois não podem esconder a contradição que implica invocar o Estado de Direito para legitimar, ainda que parcialmente, um poder próprio de Estado de Polícia. Seria muito mais cristalino renunciar a qualquer teoria positiva da pena, já que todas elas, de algum modo, legitimam o Estado de Política. Nesse sentido, O poder punitivo apenas ocasional e isoladamente cumpre qualquer uma das funções manifestas a ele atribuídas⁹.

Desse modo fica claro que as teorias positivas não são a melhor escolha quando se trata da teoria para a pena. No entanto, não há a necessidade de se pensar uma nova teoria punitiva, mas sim pensar em uma teoria negativa ou agnóstica da pena. A teoria agnóstica surge do fracasso de todas as teorias positivas em torno de funções manifestas. Essa teoria negativa permite delimitar o horizonte do direito penal sem legitimar os elementos do Estado de Polícia próprios do poder punitivo que pretende limitar. Busca-se um conceito de pena sem apelar para suas funções manifestas. A pena é um fenômeno social, total, essencialmente complexo.

⁸ *Idem, ibidem.*

⁹ *Idem, ibidem, p.93-96.*

Para Zaffaroni não se pode isolar as funções reais da pena do poder punitivo, segundo o autor:

“o maior poder do sistema penal não reside na pena, mas sim no poder de vigiar, observar, controlar movimentos e idéias, obter dados da vida privada e pública, processá-los, arquivá-los, impor penas e privar de liberdade sem controle jurídico, controlar e suprimir dissidências, neutralizar as coalizões entre desfavorecidos etc”. e conclui: “A história ensina que os avanços da dignidade humana sempre ocorreram em luta contra o poder punitivo”¹⁰.

Assim, se não se pode conhecer todas as funções da pena, o ideal é procurar o conceito de pena que delimite o universo do direito penal por um caminho diferente de suas funções. Esse caminho seria conseguido através da utilização de dados ônticos.

Com a incorporação de referências ônticas constrói-se um conceito de pena levando em consideração que ela é “*uma coerção, que impõe uma privação de direitos ou uma dor, mas não repara nem restitui, nem tampouco detém as lesões em curso ou neutraliza perigos iminentes*”¹¹. Dessa forma o conceito de pena é obtido por exclusão, ela é um exercício de poder que não abriga função reparadora ou restitutiva nem é coerção administrativa direta. Segundo a teoria agnóstica a pena não corresponde aos outros modelos de solução ou prevenção de conflitos, não integra a coerção estatal reparadora ou restitutiva nem a coerção estatal direta ou policial. A pena é uma coerção que implica em privação de direitos ou dor. Esse conceito de pena é negativo por dois motivos: primeiro porque não atribui à pena qualquer função positiva, segundo porque é obtido por exclusão, é uma coerção estatal que não é obtida nem pelo modelo reparador nem pelo administrativo direto. É agnóstico quanto à sua função, pois, ao contrário das teorias positivas, admite não conhecê-la.

Para os que não admitem a teoria negativa da pena no contexto brasileiro argumentam que ela seria incompatível com os critérios retributivo e preventivo que o Código Penal prevê no que diz respeito à

¹⁰ ZAFFARONI, E. Raúl, BATISTA, Nilo, ALAGIA, Alejandro, SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, 3ª Ed, novembro 2006, p.99.

¹¹ *Idem, Ibidem*.

aplicação da pena (CP art. 59: “conforme seja necessários e suficiente para a reprovação e prevenção do crime”) e também no que diz respeito à finalidade de prevenção especial nitidamente adotada pela Lei de Execução Penal (LEP art. 1º: “proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado”).

Existem dois grandes grupos que legitimam o poder punitivo, constituídos a partir de funções manifestas da pena. O primeiro grupo pretende que o valor positivo da criminalização aja sobre os que ainda não cometeram crimes. Este grupo dá vida às teorias da prevenção geral, que se subdividem em negativas e positivas. Já o segundo grupo afirma que o valor positivo da criminalização atua sobre os que já cometeram crimes, surgem então as teorias da prevenção especial, que se também se subdividem em positivas e negativas.

Cada uma dessas teorias pode ser criticada de acordo com duas perspectivas: a partir do que indicam os dados sociais a respeito da função concedida e a partir das conseqüências de sua legitimação para o estado de direito. Em cada um desses pensamentos é preciso levar em conta a função manifesta atribuída à pena, dela deduzindo suas conseqüências quanto à forma em que concebem a defesa social por eles postulada, ou seja os valores que querem realizar socialmente, e à essência do delito, como contradição com tais valores e à medida da pena para cada caso¹².

1.1. Teorias Absolutas (retributivas) da Pena

As teorias absolutas, cujo modelo é Kant, tendem a retribuir para garantir externamente a ética quando uma ação objetivamente a contradiga infligindo um sofrimento equivalente ao injustamente produzido. Essa visão retributiva da pena configura a estruturação de um sistema criminal que, quando formatado sob este padrão, visa ao pretérito, ao delito já

¹² ZAFFARONI, E. Raúl, BATISTA, Nilo, ALAGIA, Alejandro, SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, 3ª Ed, novembro 2006, p.115.

ocorrido. É uma compensação de culpa, uma resposta estatal ao mal cometido, de modo a restabelecer a ordem dos valores, tais como devem ser. A pena não vislumbra nenhum fim socialmente útil, postulando a resposta, a expiação do mal cometido, traduzido juridicamente por um injusto culpável. Para Kant a liberdade é garantida pelo Estado por meio da atividade jurídica, possibilitando a convivência e a expressão daquilo que é inato ao homem e ao seu desenvolvimento¹³.

Por meio deste conceito absoluto de liberdade humana a pena não deve possuir finalidade alguma, mas sim estabelecer a injustiça celebrada com a prática do delito. A sanção deverá retribuir a culpa, jamais podendo visar outros fins como possíveis benefícios à sociedade ou ao próprio delinqüente. A punição deve ser aplicada ao culpado pela única razão de que delinqüiu.

Esse também foi o sentido dado à pena por Carrara:

“O fim da pena não é que se faça justiça, nem que seja vingado o ofendido, nem que seja ressarcido o dano por ele sofrido, ou que se amedrontem os cidadãos, expie o delinqüente o seu crime, ou obtenha a sua correção. Podem, todas essas, ser conseqüências acessórias da pena, algumas delas desejáveis, mas a pena permanecerá como ato inatacável mesmo quando faltassem todos esses resultados”¹⁴.

Para Anabela Rodrigues, essa ambição da retribuição, de encontrar uma ligação de implicação imediata entre a gravidade do crime concreto e da pena concreta, de acordo com um modelo filosófico de proporcionalidade que pressupõe uma relação intrínseca entre as duas grandezas em comparação, é impraticável¹⁵.

Roxin trata a teoria da retribuição, ou teoria absoluta da pena, como uma presunção que não se sustenta racionalmente, atribuindo-a a um ato de fé:

¹³ SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Finalidades da Pena – Conceito Material de Delito e Sistema Penal Integral*, Sao Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 207.

¹⁴ CARRARA, Francesco. *Programa do curso de direito criminal: parte geral*. Tradução de José Luiz V. de A. Franceschini e J. R. Prestes Barra. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 74.

¹⁵ MIRANDA RODRIGUES, Anabela. *A determinação da medida da pena privativa de liberdade (os critérios da culpa e da prevenção)*. Dissertação (Doutoramento em Ciências Jurídico-Criminais) – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra: Coimbra, 1995, p.208.

“A teoria da retribuição tampouco é aceitável, porque sua premissa, de que o injusto cometido pelo agente é compensado e saldado pela pena retributiva, é irracional e incompatível com os fundamentos teórico-estatais da Democracia. Ou seja, que um mal (fato punível) possa ser anulado pelo fato de que agregue um segundo mal (a pena) é uma suposição metafísica que somente pode-se fazer plausível por um ato de fé”¹⁶.

Todavia, não podemos esquecer que a vinculação estrita da visão retributiva ao princípio da proporcionalidade entre crime e pena, é, sem dúvida, uma conquista essencial para a limitação do poder de punir do estado. O mais correto é dizer que a pena não pode ultrapassar a proporção do crime, além de, por medidas político-criminais, poder ser estabelecida em margens inferiores ou, até deixar de ser aplicada. É por isso que se rejeita uma visão retributiva pura, capaz de gerar a punição sem qualquer finalidade social.

A teoria retributiva não cumpre seu papel nem de política criminal nem social de garantia dos cidadãos e de seus bens jurídicos. Os fins da pena devem possuir a função de limitação da abrangência criminal e, em consequência, do aumento de suas específicas zonas de indiferença.

1.2. Teorias Relativas (preventivas) da Pena

Essas teorias se justificam por seus efeitos preventivos. A pena, sob essa ótica, não visa a retribuir o mal cometido e sim, de algum modo, evitar a sua prática. A pena é entendida como um mal necessário.

O fato de a pena exercer, em maior ou menor medida, na coletividade e em parte dos indivíduos, uma função preventiva é quase unânime. No entanto, quando se questiona se essa medida, em termos de eficácia, é razoável ou ínfima, se a prevenção (geral/especial) deve ser a finalidade principal da pena ou apenas um efeito secundário desta e como se deve dosar a pena para obtenção da prevenção, os consensos praticamente desaparecem.

¹⁶ ROXIN, Claus. *A culpabilidade como critério limitativo da pena*. Revista de Direito Penal, São Paulo: RT, n. 9/10, p. 7-20, jan.-jun. 1973, p.9.

Uma dificuldade que se apresenta, desde logo, é a impossibilidade de aferição da eficácia da lei em termos preventivos. Inúmeras e variadas são as razões que podem levar uma pessoa a deixar de cometer um determinado delito. Tais razões, conjunta ou separadamente, podem ser de ordem ética, moral, individual, religiosa, familiar, medo de ser descoberto e reprovado socialmente (vergonha), medo não apenas de ser descoberto, mas de sofrer a punição em si, dentre outras tantas.

Outro obstáculo que se coloca para a elaboração de uma teoria preventiva reside no fato de que se tem por objeto algo ou um conceito – que se convencionou chamar de “*crime*” – que engloba um universo altamente variado de comportamentos. Chama-se de crime e nessa qualidade pretende-se evitar desde um ato imprudente que causou lesões corporais no trânsito, até o homicídio doloso, passando pela corrupção, pelos crimes tributários, pelos financeiros, pela tortura, pelos crimes patrimoniais com violência, sem violência, crimes contra a liberdade sexual, contra a propriedade intelectual ou industrial.

Conforme se pode depreender do raciocínio desenvolvido acima, o sistema penal é apenas uma dentre tantas outras zonas de interesse para a prevenção do crime. Isso não quer dizer que sua missão seja diminuta. O que se quer dizer, porém, é que tal constatação, contudo parece óbvia, é bastante significativa, sobretudo para retirar do direito penal dois papéis míticos que lhe são conferidos pelo senso médio e que não lhe cabem: o de resolver o problema da criminalidade¹⁷ e o de resolver problemas sociais. Compreendida, assim, a limitação da capacidade do direito penal em prevenir o crime, passa-se, em seguida, a se examinar as denominadas “*prevenção geral*” e “*especial*”.

¹⁷ Nesse aspecto, cumpre ressaltar que a criminalidade só pode ser vista como um fenômeno que integra e faz parte de qualquer organização social. Assim, somente a medida de sua incidência e sua capacidade de comprometer os objetivos buscados pela coletividade é que devem orientar a política de prevenção. Em outras palavras, o crime só pode ser tratado e não solucionado.

1.2.1. Prevenção Geral Negativa.

A aposta na capacidade da punição de evitar o crime foi manifestada de forma explícita há muito tempo. Essa idéia de prevenção é dirigida à coletividade e destinada a conter a criminalidade latente da sociedade. Em seu sentido moderno foi defendida por Feuerbach, Filangieri e Bentham. A inovação de Feuerbach (1775-1833) consistiu em trasladar a exemplaridade, que antes era confiada, sobretudo, ao momento das brutais execuções das penas, para o momento da cominação das mesmas, oportunidade em que, servindo como ameaça e operando com o mecanismo da coação psicológica, já transmitiriam a mensagem com a finalidade de conter o comportamento criminal.

Feuerbach, autor da consagrada lapidação da teoria da coação psicológica, foi um modelo da teoria da prevenção geral negativa. A pena, para ele, tem como finalidade principal afastar todos da prática do crime mediante a sua ameaça. Ao lado disso, cumpre missões de intimidar perante a aflição punitiva, de garantir a segurança do Estado diante dos condenados e de proporcionar o aperfeiçoamento jurídico do apenado. Nas exatas palavras do autor:

“Toda pena tiene como objetivo principal y necesario el de apartar a todos del crimen mediante su amenaza. No obstante, un mal penalmente conminado será más adecuado a su objeto cuanto más idóneo sea para alcanzar mayores y más importantes objetivos paralelos. Estos posibles objetivos paralelos son: 1-) La intimidación directa mediante el espectáculo de infligir la pena; 2-) La seguridad del Estado frente a los criminales penados; 3-) El mejoramiento jurídico del penado”¹⁸.

A pena, nessa premissa, deve funcionar como um estímulo contrário à natural tendência de cometimento do ilícito. Constitui um desagrado, um desconforto mais incisivo e certo do que a sensação satisfatória da violação da norma penal.

¹⁸ VON FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter. *Tratado de Derecho Penal*. Tradução Eugenio R. Zafaroni e Irma Hagemeyer. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 1989. p.125.

Esse viés da prevenção geral recebeu inúmeras críticas e advertências, sobretudo pela possibilidade de perversão dos efeitos desejados. É importante ressaltar nesse sentido a advertência de Carrara:

“É evidente a perniciosidade das conseqüências a que, por força da lógica, inevitavelmente conduzem a intimidação e a correção, consideradas como um fim primário da penalidade. A intimidação leva a um acréscimo perpetuamente progressivo das penas, porque, mostrando o delito cometido, de modo positivo, que certo culpado não teve medo da pena, persuade de que para atemorizar aos demais é necessários exacerbá-la”¹⁹.

Nesse mesmo sentido é o pensamento de José de Sousa e Brito, que chama a atenção para as demais conseqüências de tal concepção de prevenção:

“[...] que do ponto de vista da prevenção geral a culpa é só um limite além do qual a intimidação é ineficaz ou contraproducente porque deixa fortalecer os sentimentos éticos da comunidade e pode provocar a revolta ou o embotamento moral, e aquém do qual ficam por apaziguar os sentimentos de vingança”²⁰.

Não há dúvidas de que a prevenção geral, no momento da individualização judicial da pena, é a que mais riscos oferece à racionalidade do sistema, na medida em que se aumenta a pena para o fim de intimidar, mas não se consegue explicar, de forma razoável, como é que esse aumento servirá efetivamente para conseguir tal intento²¹.

Por essas razões, nos dias atuais, o que se procura é o aspecto positivo da prevenção geral. Beccaria²² que há séculos atrás já apontava

¹⁹ CARRARA, Francesco. *Programa do curso de direito criminal: parte geral*. Tradução de José Luiz V. de A. Franceschini e J. R. Prestes Barra. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 76.

²⁰ SOUSA E BRITO, José de. *A medida da pena no novo Código Penal*. Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra. Coimbra: Universidade de Coimbra, número especial, Estudos em homenagem ao Professor Doutor Eduardo Correia III, p. 560, 1984.

²¹ MASSUD, Leonardo. *Da pena e sua fixação: finalidades, circunstâncias judiciais e apontamentos para o fim do mínimo legal*. São Paulo: DPJ Editora, 2009, p.115.

²² “Um dos maiores freios aos delitos não é a crueldade das penas, mas sua infalibilidade e, em conseqüência, a vigilância dos magistrados e a severidade de um juiz inexorável, a qual, para ser uma virtude útil, deve vir acompanhada de uma legislação suave. A certeza de um castigo, mesmo moderado, causará sempre a impressão mais intensa que o temor de outro mais severo, aliado à esperança de impunidade; pois os males, mesmo os menores, se são inevitáveis, sempre espantam o espírito humano, enquanto a esperança, dom celestial que freqüentemente tudo supre em nós, afasta a idéia de males piores, principalmente quando a impunidade, concedida amiúde pela venalidade e pela fraqueza, fortalece a esperança BECCARIA, Cesare, *Dos delitos e das penas*. Tradução Lucia Guidicini, Alessandro Berti Contessa; revisão Roberto Leal Ferreira, 3a Edição. São Paulo: Martins Fontes, 2005 p. 91-92.

para o fato de que é mais importante a certeza da punição do que o rigor do castigo.

1.2.2. Prevenção Geral Positiva.

Constatado que a teoria anterior (prevenção negativa) não se sustenta perante a realidade social e conduz a conseqüências incompatíveis com o Estado de Direito, ganhou força, nas últimas décadas, a legitimação discursiva que pretende atribuir ao poder punitivo a função manifesta de prevenção geral positiva: a criminalização estaria fundamentada em seu efeito positivo sobre os não-criminalizados, não porém para dissuadi-los pela intimidação, e sim como valor simbólico produtor de consenso, e, portanto, reforçador de sua confiança no sistema social em geral (e no sistema penal em particular). Por essa linha afirma-se que o poder punitivo é exercido sobre um conflito que, até este momento, não está superado, razão pela qual, ainda que tal exercício não cure as feridas da vítima nem lhe repare os danos, cabe impor um mal ao outro. Esse mal deve ser entendido como parte de um processo comunicativo. Sustenta-se, assim, que o poder punitivo supera a perturbação produzida pelo aspecto comunicativo do fato delituoso, que seria o único que interessa, exprimindo-se na perturbação da vigência da norma, imprescindível para a existência de uma sociedade. Em última instância, o delito seria uma má propaganda para o sistema, e a pena seria a expressão através da qual o sistema faria uma publicidade neutralizante²³.

A partir da realidade social, essa teoria se sustenta em mais dados reais que a anterior. Segunda ela, uma pessoa seria criminalizada porque com isso se normatiza a opinião pública, uma vez que é importante o consenso que sustenta o sistema social. Como os crimes de colarinho branco não modificam o consenso enquanto não forem notados como

²³ ZAFFARONI, E. Raúl, BATISTA, Nilo, ALAGIA, Alejandro, SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, 3ª Ed, novembro 2006, p.122.

conflitos delituosos, a sua criminalização não teria sentido. Na prática, tratar-se-ia de uma ilusão que se mantém porque a opinião pública a sustenta, e é interessante continuar sustentando-a e reforçando-a porque com ela o sistema penal se mantém: ou seja, o poder a alimenta para ser por ela alimentado.

Em última análise, as duas versões da prevenção geral não se encontram tão distantes: enquanto a negativa considera que o medo provoca a dissuasão, a positiva chega a uma dissuasão provocada pela satisfação de quem acha que, na realidade, são castigados aqueles que não controlam seus impulsos e, por conseguinte, acha também que convém continuar controlando-os.

Uma das vertentes da prevenção geral positiva é a chamada prevenção “fundamentadora”, “compensadora”, “integradora” ou “estabilizadora”. Para essa corrente, que tem em Jakobs seu grande defensor, previne-se positivamente na medida em que se pretende assegurar o restabelecimento e a manutenção da paz jurídica perturbada pelo cometimento do crime através do fortalecimento da consciência jurídica da comunidade no respeito pelos comandos jurídico-criminais ou, em outras palavras, garantir a estabilização das expectativas comunitárias na validade e na vigência da norma violada.

Em uma concepção de prevenção geral positiva, mesmo depois de se infringir a lei, esta continua a vigorar, pois a imposição da pena serve justamente à reafirmação dessa vigência e, portanto, à manutenção da confiança nas relações sociais. A pena não tem o poder de reparar o dano ou de evitar a sua produção, mas tão somente o poder de demonstrar que o agente, com seu comportamento, não se organizou corretamente, para manter-se nos moldes traçados pelas normas de conduta, servindo, assim, à orientação dos cidadãos para o cumprimento das normas inseridas no contrato social²⁴.

²⁴ MARQUES, Oswaldo Henrique Duek, *Fundamentos da pena*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000, p.104

Importante ressaltar a crítica de Anabela Rodrigues à teoria de Jakobs. Sustentando que a pena tem como função apenas assegurar o funcionamento do sistema jurídico, a concepção de Jakobs prescinde de limites representados por conceitos materiais, não só de bem jurídico, de culpa e da concreta necessidade de pena preventiva, ou seja, pouco importa limitar ou não o que deve ser punido ou o limite de como se deve punir²⁵

Uma prevenção geral positiva exclusivamente “fundamentadora” incorre não apenas no perigo de gerar uma escalada ascendente das penas, mas também de possibilitar um excessivo alargamento do direito penal como instrumento de controle. Essa teoria pode acabar por ampliar a tendência da resposta penal diante dos problemas sociais, sendo, portanto, contrária do Direito Penal mínimo postulado pelas correntes mais progressistas. Além disso, a teoria fundamentadora, levada ao extremo, nega o critério da proporcionalidade entre a pena e a violação do bem jurídico tutelado pela norma.

Outro, porém, é o viés traçado pela prevenção geral positiva limitadora, defendida por Roxin²⁶. Para esse autor alemão, a culpabilidade aparece como limite à intervenção estatal e à prevenção geral, impedindo que o indivíduo seja transformado em instrumento e que, portanto, a pena seja imposta para além da reprovabilidade da conduta. Outra limitação, a de caráter material, reclamada por Anabela Rodrigues em relação à concepção de Jakobs, seria contemplada pela vertente da prevenção geral positiva de Roxin, na medida em que este “postula um direito penal mínimo, de natureza subsidiária, no qual somente se podem punir as lesões a bens

²⁵ MIRANDA RODRIGUES, Anabela. *A determinação da medida da pena privativa de liberdade (os critérios da culpa e da prevenção)*. Dissertação (Doutoramento em Ciências Jurídico-Criminais) – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra: Coimbra, 1995, p.320

²⁶ Vale a pena a transcrição da definição geral de Roxin acerca da prevenção geral positiva: “*El aspecto positivo de la prevención general comúnmente se busca en la conservación y el refuerzo de la confianza en la firmeza y poder de ejecución del ordenamiento jurídico. Conforme a ello, la pena tiene la misión de demostrar la inviolabilidad del ordenamiento jurídico ante la comunidad jurídica y así reforzar la confianza jurídica del pueblo. Actualmente se le suele atribuir a este punto de vista un mayor significado que el mero efecto intimidatorio*”. (ROXIN, Claus. *Derecho Penal Parte general: fundamentos, la estructura de la teoría del delito*. Tomo I: Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Días y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997, p.91)

jurídicos, se essa punição for indispensável para uma vida comum ordenada e almejar fins socialmente construtivos com utilização de medidas que propiciem o desenvolvimento da personalidade do indivíduo”²⁷.

1.2.3 Prevenção Especial Positiva.

Uma outra função atribuída à pena é a de estimular o condenado a comportar-se de acordo com os valores escolhidos pelo sistema, respeitando os bens jurídicos tutelados pela norma, ou seja, evitando que o mesmo volte a delinquir. Esse é basicamente o objetivo almejado pela prevenção especial, no entanto, várias e diferentes maneiras são associadas para o implemento desse objetivo, sendo comum relacionar a esta finalidade conceitos abertos como o de correção, reeducação, reintegração e ressocialização.

Atualmente, a prevenção especial também é dividida no seu caráter positivo e negativo. Por este último, a prevenção especial, ao prender o delinqüente, termina por neutralizá-lo, fazendo com que este deixe de prejudicar e colocar em risco a sociedade. Já atuando positivamente, a pena volta-se ao objetivo de reeducá-lo, transmitindo-lhe valores que o impeçam de voltar a delinquir.

Através de prevenção especial positiva tenta-se legitimar o poder punitivo atribuindo-lhe uma função positiva de melhoramento do próprio infrator. Hoje já se sabe com o auxílio das ciências sociais, que a criminalização secundária deteriora o criminalizado e mais ainda o preso. :

²⁷ MIRANDA RODRIGUES, Anabela. *A determinação da medida da pena privativa de liberdade (os critérios da culpa e da prevenção)*. Dissertação (Doutoramento em Ciências Jurídico-Criminais) – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra: Coimbra, 1995, p.320. Interessante também é a crítica da Anabela Rodrigues à concepção da prevenção geral positiva de Roxin. Embora reconheça que Roxin afaste o princípio da compensação da culpa como fundamento do direito penal e a veja apenas como limite superior da pena, ao analisar a visão da prevenção geral positiva do alemão, a autora portuguesa chama-a de “versão disfarçada da retribuição”, dado que algumas referências recorrentes no seu pensamento sugerem tal idéia, tais como: ‘proporcionalidade entre culpa e pena sentida como justa’, a ‘pena sentida como justa pela generalidade’ ou ‘medida da pena sentida como justa pelo delinqüente’ e pena ‘sentida como adequada pela generalidade e pelo sujeito’(p.335)

Segundo Zaffaroni *et alli* essa teoria não soluciona os problemas nem mesmo com suas ideologias “*re*”: ressocialização, reeducação, reinserção, repersonalização, reindividualização, reincorporação. Dizem, ainda, que a deslegitimação dessas ideologias é tanta, frente aos dados da ciência social, que utilizam como argumento favorável a necessidade de serem sustentadas apenas para que não se caia em um retribucionismo irracional, que legitime a conversão dos cárceres em campos de concentração.

Não se pode esquecer que os riscos de homicídio e de suicídio em prisões são dez vezes maiores do que quando se vive em liberdade, graças a motins, abusos sexuais, corrupção, falta de médicos, de alimentação adequada, de condições de higiene mínimas, além da contaminação devido a infecções, que muitas vezes são mortais. O que se percebe é que a pena vai além da sentença, na forma de pena corporal e muitas vezes até de morte, levando ao paradoxo dessa teoria. Quando uma instituição não consegue cumprir a sua função, não deve ser empregada. Na realidade do continente latino-americano, as penas não deveriam ser aplicadas se se mantivesse a teoria da prevenção especial positiva de maneira coerente. O que se percebe é que, a partir do momento em que nem se questiona a possibilidade de abstenção de aplicação das penas, devido às condições deste sistema penitenciário caótico, a prevenção especial não passa de um discurso afastado da realidade social²⁸.

1.2.4. Prevenção Especial Negativa.

Para essa teoria a criminalização também visa à pessoa criminalizada, não para melhorá-la, mas para neutralizar os efeitos de sua inferioridade, à custa de *um mal para a pessoa*, que ao mesmo tempo é um *bem para o corpo social*. Essa teoria não se aplica de forma exclusiva, mas sim complementariamente à teoria da prevenção especial positiva. Quando

²⁸ *Idem, ibidem.*

as ideologias *re* fracassam ou são deixadas de lado, vai-se em busca da neutralização e eliminação. “*Na realidade social, como as ideologias re sempre fracassam, a neutralização é uma pena atroz imposta por seleção arbitrária*”²⁹. Não há dúvidas de que a prevenção especial negativa tem êxito preventivo especial: a morte e os demais impedimentos físicos são eficazes para suprimir condutas posteriores do mesmo sujeito³⁰.

A característica do poder punitivo, dentro desta corrente, é a sua redução à coerção direta administrativa: “*não há diferença entre esta e a pena, pois as duas procuram neutralizar um perigo atual*”³¹.

Ainda seguindo o entendimento desses mesmos autores, a defesa social seria comum a todos os discursos legitimantes, mas se expressaria de maneira mais predominante nesta perspectiva da prevenção especial negativa. Nessa visão a defesa social aparece de modo mais grosseiro, ainda que também mais coerente: como não é possível intentar uma defesa diante de uma ação que ainda não se iniciou e não se sabe se se iniciará, a forma adequada para explicá-la é se utilizando a metáfora do organismo social. Por outro lado, quando se ponderou que a pena não é benéfica para todos, mas somente para a minoria que detém o poder, ao invés de negá-lo, respondeu-se simplesmente que a pena sempre beneficia a uns poucos³².

1.3. Minimalismo Penal: A pena como prevenção da violência³³.

Não se poderia deixar de abordar o conceito de pena defendido pela teoria do direito penal mínimo, de nítida inspiração liberal. Nessa perspectiva, a intervenção penal só faria sentido em situações extremamente graves, que envolvessem interesses da coletividade, ou naqueles, em que sem tal intervenção, pudesse ocorrer uma vingança privada ilimitada. De

²⁹ *Idem, ibidem.*

³⁰ ZAFFARONI, E. Raúl, BATISTA, Nilo, ALAGIA, Alejandro, SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal*. Rio de Janeiro: Renavan, 2003, 3ª Ed, novembro 2006, p.127.

³¹ *Idem, ibidem.*

³² *Idem, ibidem.*

³³ *Ibid.* p.129/130.

acordo com essa visão, o poder punitivo defenderia sempre o mais fraco, seja este o autor no momento da pena ou a vítima na ocasião do fato.

A criminalização que experimentamos nos dias atuais não cumpre esse papel, salvo excepcionalmente. A teoria do direito penal mínimo enxerga isso e, por esse motivo, propõe um radical arrefecimento do poder de punir. Não haveria nada de errado em se defender a tese de que as agências políticas se limitassem a criminalizar casos graves, nos quais, por não existir uma solução culturalmente possível, haveria o risco de provocar piores resultados para o autor e, talvez, também para a vítima e para terceiros, e as agências judiciais se ativessem às estritas regras limitadoras do direito penal liberal. Zaffaroni chama a atenção para o fato de que “*essa proposta é totalmente contrária ao que acontece e implica a realização de um modelo de sociedade bem diverso*”. Se nessa hipotética sociedade futura se conseguisse implementar um modelo de diminuição de criminalização de conflitos, ela se aproximaria muito da proposta abolicionista, já que a discussão seria reduzida ao remanescente mínimo. No entanto, como bem salientam os autores, os modelos atuais de sociedade não se concentram em dar a pena essa função que a teoria do mínimo penal imagina, sendo inútil levar a discussão em torno desse remanescente hipotético. Ao contrário, as tendências hoje observadas caminham na direção exatamente oposta à defendida pelos liberais, sendo infrutífero centrar os debates para as alternativas de supressão total ou radical redução do poder punitivo.

O que interessaria para discussão atual, quanto à pena e ao saber jurídico penal, seria verificar se existe uma verdadeira função do poder punitivo, da maneira que é exercido hoje, tendo em vista que o discurso do direito penal se orienta basicamente para as decisões que as agências jurídicas devem adotar no presente. A teoria do direito penal mínimo não pretende legitimar esse poder punitivo, e por este motivo não fornece qualquer teoria da pena adequada ao presente.

Os autores finalizam o tema argumentando que o poder punitivo não se legitima pela tese do minimalismo penal, já que ela não pode ser tratada

como uma nova teoria da pena, mas sim como uma proposta política que vale a pena ser discutida, direcionada para o futuro. Por outro lado, apontam para o fato de ser duvidoso que uma coerção limitada a evitar os conflitos, ou a interrompê-los, seja realmente uma pena, quando esses riscos existem o ideal seria pensar em coerção direta atual ou diferida³⁴.

1.4. A Finalidade da Pena no Direito Brasileiro.

O legislador pátrio não traçou de forma clara e precisa os fins a serem alcançados pela pena no Sistema Penal Brasileiro. A Constituição chega a abordar o tema, mas de maneira muito mais limitativa do que propositiva³⁵.

O texto constitucional se preocupou mais em dizer o que não poderia ocorrer do que em abordar a finalidade a ser alcançada com as sanções³⁶.

Alguns dispositivos constitucionais que versam sobre a pena podem proporcionar algumas interpretações no sentido de se tentar buscar a compreensão da finalidade da resposta que lhes estariam intrínsecas. No artigo 5º, XLV, encontra-se o princípio da pessoalidade da sanção penal, o que pode ser entendido como um traço característico da retribuição ou da

³⁴ “Se tais situações forem presumidas, incidir-se-á em um discurso legitimante não muito diferente dos tradicionais, que sempre sustentaram a necessidade do poder punitivo para impedir a reaparição de formas primitivas de castigo: a-) se, no caso concreto, a vítima não for convocada (confisco), presumir-se-á sua intenção de vingança, o que pode ser falso; b-) tal como no item anterior, presumir-se-á igualmente que o infrator esteja em perigo para impor-lhe uma proteção que ele pode não querer. Apesar da existência do poder punitivo amplo, sabe-se que existem fatos cruéis de vingança, como também conhecem-se casos gravíssimos de impunidade, que não deram lugar a estas reações (a impunidade dos torturadores da ditadura militar, por exemplo) *Idem, ibidem*”

³⁵ A Constituição Federal de 1988 vedou em seu artigo 5o, XLVII, as penas: a-) de morte, salvo em caso de Guerra declarada, nos termos do artigo 84, XIX; b-) de caráter perpétuo; c-) de trabalhos forçados; d-) de banimento; e-) cruéis. Estas limitações, por sua vez, não permitem extrair uma finalidade específica da pena, uma vez que a proibição de certas penas, ao lado de uma idéia básica de humanidade, pode-se destinar a permitir uma retribuição racional ou uma prevenção adequada.

³⁶ O texto constitucional se preocupou mais em dizer o que não poderia ocorrer do que em abordar a finalidade a ser alcançada com as sanções³⁶. Segundo Rogério Grecco: “*Em nosso país, depois de uma longa e lenta evolução, a Constituição, visando proteger os direitos de todos aqueles que, temporariamente ou não, estão em território nacional, proibiu uma série de penas, por entender que todas elas, em sentido amplo, ofendiam a dignidade da pessoa humana, além de fugir, em algumas hipóteses, à função preventiva.* GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. 6ª Edição. Rio de Janeiro: Impetus, 2006. p. 519

prevenção. Do mesmo modo, capazes de propiciar controvérsias sobre as finalidades, estão os dispositivos relacionados à individualização da pena, presentes nos incisos XLVI e XLVIII.

Parte da dificuldade em se conseguir encontrar no Brasil uma finalidade clara em relação às penas se deve a fortíssima divergência da doutrina acerca dos reais fins a serem perseguidos com a punição. Penalistas como Nelson Hungria defenderam veementemente a visão retributiva como preponderante, negando sua relação com a Lei de Talião, mas afirmando-a como critério essencial da resposta penal. A retribuição, nessa visão, seria um “*princípio humano por excelência*” baseado na recompensa e na justiça, nas quais “*cada um deve ter o que merece*”³⁷.

Ainda na mesma linha de raciocínio de afirmar a necessária retribuição como aspecto da essência da pena é o pensamento de Frederico Marques, que adota uma preocupação também existente em relação à prevenção. Para o autor a prevenção apresenta um aspecto de perfeita compatibilidade com a retribuição, devendo a última, sempre, ser o norte reitor da existência da reprimenda criminal³⁸.

Já na percepção de Heleno Fragoso, que se distingue dos autores já analisados, a pena deve vislumbrar a proteção de determinados bens e interesses, tentando evitar comportamentos agressivos e injustos. O sistema

³⁷ Segundo Nélson Hungria: “*A compensation mali cum malo é ditada por uma lei da natureza e depara justificação em nossa própria consciência. Não há argumentar que pena retribuição é resquício do talião primitivo. O modus fascendi da punição tem evoluído no sentido da brandura e da proporção, mas a idéia da retorsão do mal pelo mal continua inscrita e viva na razão humana, tal como o tempo do olho por olho, dente por dente. Surgiu como os primeiros homens, e há de ser a pedagogia de todos os tempos, a correspondência entre o mal e o castigo, entre o bem e o prêmio. A pena, como sofrimento imposto aos que delinqüem ou como contragolpe do crime (mallum passionis quod infligitur ob malum actionis) traduz, primacialmente, um princípio humano por excelência, que é o da justa recompensa: cada um deve ter o que merece*”. (HUNGRIA, Nélson. *Novas questões jurídico-penais*. Rio de Janeiro: Nacional de Direito. 1945. p. 131)

³⁸ “*Na verdade, o caráter retributivo da pena não é obstáculo a que a tutela jurídica, através dela exercida, também tenha por objetivo prevenir a prática de novos delitos. Uma coisa não exclui a outra, como se verifica na prática e ANTOLISEI mostrou convincentemente que não há retributismo puro, nem orientação preventiva sem jaça. Trata-se de duas tendências genéricas, que se apresentam como formação monolítica, pois, entre os partidários, de quaisquer dessas correntes, existem opiniões de graduações várias, ao mesmo tempo que, entre as posições extremadas, encontra-se uma infinidade de pensamentos intermediários, ‘in modo Che è difficile stabilire dove finisce un indirizzo e ne comincia un altro’*” MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Penal*. V.1 Atualizado por Antonio Cláudio Mariz de Oliveira, Guilherme de Souza Nucci e Sérgio Eduardo Mendonça de Alvarenga. Campinas-SP: Millennium Editora, 2002.p. 118

penal atuaria como instrumento de defesa social. Fragoso divide os fundamentos e finalidades da pena de acordo com o momento de sua realização, quais sejam, a cominação, a fixação e a execução. No momento da cominação a sanção se fundamenta na segurança da convivência social e na preservação da ordem, e tem como finalidade a capacidade de abster os destinatários da norma jurídica da prática delitativa. Na fase de fixação a pena baseia-se no fato delituoso e procura demonstrar, ao condenado e aos demais, a efetividade da ameaça penal. Por último, no momento da execução, o fundamento da pena se encontra na sentença condenatória e se destina à ressocialização do executado³⁹.

Após as alterações sofridas pelo Código Penal em 1984 as divergências acerca da finalidade da pena no direito penal ganharam um elemento adicional, qual seja, o texto legal. As circunstâncias judiciais passaram a figurar no artigo 59, que, também, passou a expressar os fins vislumbrados pela punição e orientadores da fixação da pena. Assim, além de ter adicionado novas circunstâncias que deverão ser valoradas⁴⁰, o juiz também deverá estabelecer a pena de modo que ela seja necessária e suficiente para a reprovação e prevenção do crime. A lei de 1984 parece ter buscado aprimorar a individualização da pena, na medida em que procura, por meio da definição das finalidades, permitir ao magistrado uma plataforma mais criteriosa e limitar o arbítrio judicial. Desse modo, insere-se na sanção penal um viés teleológico, que busca sempre as idéias de necessidade e eficiência na resposta punitiva.

Podemos dizer que a legislação brasileira adotou um caráter misto quanto às finalidades da pena. O magistrado deverá observar tanto o retribucionismo quanto à prevenção no momento de estabelecer a pena. A retribuição deverá funcionar como um limite, como uma garantia de proporcionalidade baseada na gravidade do fato e na culpabilidade do réu.

³⁹ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte geral*. 16ª Ed. Atualizado por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 2003. pp. 345-348.

⁴⁰ O artigo 59 acrescentou como circunstâncias judiciais para a fixação da pena base, além daquelas anteriormente previstas, a conduta social e o comportamento da vítima.

Além disso, o juiz também deverá indagar qual será a melhor punição para o aperfeiçoamento das finalidades vinculadas às teses relativas. Essa análise justifica a escolha do regime legal de cumprimento da pena privativa de liberdade, o montante da reprimenda, a eventual substituição da pena privativa de liberdade por outras modalidades etc.

A diferenciação presente na nova redação da Lei dos Crimes Hediondos, consistente na progressão diferenciada (abstrata e genérica) do regime, importa em mecanismo retributivo de aplicação da pena, uma vez que despreza a individualização do condenado como critério definidor do maior ou menor rigorismo no cumprimento da sanção⁴¹.

Por fim, as legislações simbólicas de proteção à Ordem Tributária, ao Sistema Financeiro Nacional, ao meio ambiente, além de muitas outras, apontam as finalidades da pena para um outro sentido. Criam um Direito Penal da pena, no qual o delito é visto muito mais como uma infração do dever do que como violação valorativa socialmente danosa. A sanção é simplesmente um mecanismo coativo adicional, ou seja, um reforço jurídico. Isso resulta no fato de o sistema penal tributário, por exemplo, admitir a extinção da punibilidade pelo pagamento do valor sonegado. Nesses crimes a finalidade da pena é tão somente o constrangimento, tema este que será abordado de maneira mais profunda nos próximos capítulos.

1.5. Das penas em espécie.

Podemos perceber com a simples leitura do Código Penal Brasileiro que o legislador pátrio definiu três espécies de pena, quais sejam: as privativas de liberdade, as restritivas de direito e a pena de multa⁴². Dentre

⁴¹ A Lei nº 11.464/2007 substituiu a vedação completa à progressão do regime. Art. 2º, §2º: “A progressão do regime, no caso dos condenados aos crimes previstos neste artigo, dar-se-á após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente”.

⁴² Código Penal art. 32: “As penas são: I – privativas de liberdade, II – restritivas de direitos, III – de multa.

as penas privativas de liberdade temos as de reclusão, e as de detenção⁴³. A única diferença prática entre as duas modalidades reside no fato de que a detenção não pode ter seu cumprimento iniciado em regime fechado, o que não implica dizer que ela não pode ser cumprida em regime fechado, já que, em certos casos, há possibilidade de regressão de regime. De acordo com o parágrafo primeiro do artigo 33 do Código Penal, entende-se por regime fechado a execução de pena em estabelecimento de segurança máxima ou média; por regime semi-aberto, a execução da pena em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar; e por regime aberto, a execução da pena em casa de albergado ou outro estabelecimento adequado. Em relação às contravenções penais, há ainda uma terceira modalidade, que é a prisão simples, prevista no art. 5º, I, do Decreto 3.688/41.

Já as penas restritivas de direitos dividem-se em cinco sub-espécies⁴⁴: prestação pecuniária, perda de bens e valores, prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas e por último a interdição temporária de direitos que poderá atingir a proibição do cargo, função ou atividade pública, bem como de mandato eletivo, a proibição do exercício da profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação especial, de licença ou autorização do poder público, a suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículo e por último a proibição de freqüentar determinados lugares.

A pena de multa, por sua vez, encontra previsão no artigo 58 do Código Penal e consiste no pagamento ao fundo penitenciário da quantia fixada na sentença e calculada em dias multa, sendo no mínimo, de dez e, no máximo, de trezentos e sessenta dias-multa⁴⁵.

⁴³ Código Penal art. 33: “A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado.

⁴⁴ Código Penal art. 43.

⁴⁵ O Código Penal apresenta em seu artigo 60 critérios especiais da pena de multa que poderão alterar esse valor, já que o juiz ao fixar a pena de multa deverá atender a situação econômica do réu, podendo aumentar a pena de multa até o triplo, se considerar que, em virtude da situação econômica do réu, é ineficaz, embora aplicada ao máximo.

Passaremos em seguida a análise um pouco mais detalhada dessas espécies de penas presentes no ordenamento jurídico brasileiro.

1.5.1. Da Pena Privativa de Liberdade.

A idéia central da pena privativa de liberdade no entender de Heleno Cláudio Fragoso é “*de que a prisão deve promover a custódia do condenado, neutralizando-o através de um sistema de segurança, no qual se esgota o sentido retributivo da pena e, ao mesmo tempo, ressocializá-lo ou emendá-lo, através de um tratamento*”⁴⁶.

Como não se desconhece a pena privativa de liberdade é aquela que reduz drasticamente o espaço de circulação do condenado, confinando-o em um estabelecimento institucional destinado a este fim. Por mais inusitado que se possa parecer, as penas de prisão apareceram como uma forma de humanização das penas, fundando a estrutura do direito penal moderno⁴⁷. Não se pode esquecer que nesse ponto o maior expoente doutrinário foi Cesare Beccaria, que em sua obra prima *Dos delitos e das penas*, revolucionou o pensamento penal da época.

Mesmo hoje em pleno século XXI a leitura dessa obra permanece atual e pode-se perceber que diversas lições propostas pelo autor ainda são perspectivas distantes, nem sequer cogitadas pelos sistemas penais pós-modernos.

Em toda extensão do texto fica claro que o objetivo do autor milanês era abolir por completo as penas cruéis e principalmente a pena de morte. Não há dúvidas de que o livro em comento contribuiu de forma inovadora e decisiva para a consolidação da pena privativa de liberdade como principal forma de punição.

⁴⁶ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal: parte geral*. Ed. Rev. Por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 2004.p. 356

⁴⁷ CARVALHO, Salo de. *Penas e garantias*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2003.

Outro autor que aborda a pena de prisão como tema central de sua obra é Michel Foucault que denomina a pena privativa de liberdade como a “a pena por excelência⁴⁸”.

Infelizmente, ou pelo meu modo de entender, felizmente, não demorou para que os problemas das penas de prisão se fizessem notar. Os Estados em sua maioria descuidaram de questões básicas atinentes à esta espécie penal como estrutura física adequada à crescente demanda, higiene, alimentação e capacidade de oferecer aos presos trabalho e educação dentro dos presídios.

Além disso, rapidamente pôde-se perceber o caráter estigmatizante e degenerativo da personalidade dos presos, constituindo a prisão um fator altamente criminógeno, revelando-se um meio complementemente ineficaz para cumprir qualquer utilidade que se quisesse imprimir à pena.

Esse é o entendimento de autores como Zaffaroni e Pierangeli que em seu *Manual de direito penal brasileiro*⁴⁹ apontam que apesar das penas privativas de liberdade se encontrarem no núcleo de todos os sistemas punitivos contemporâneos, em muitos casos se constituem em fator criminógeno, ou seja, a sua aplicação acaba por negar os fins teóricos a que se propõe⁵⁰.

⁴⁸ “Como não seria a prisão a pena por excelência numa sociedade em que a liberdade é um bem que pertence a todos da mesma maneira e ao qual cada um está ligado por um sentimento ‘universal e constante’? Sua perda tem portanto o mesmo preço para todos; melhor que a multa, ela é o castigo ‘igualitário’. Clareza de certo modo jurídico da prisão. Além disso ela permite quantificar exatamente a pena segundo a variável do tempo. Há uma forma-salário da prisão que constitui, nas sociedades industriais, sua ‘obviedade’ econômica. E permite que ela pareça como uma reparação. Retirando tempo do condenado, a prisão parece traduzir concretamente a idéia de que a infração lesou, mais além da vítima, a sociedade inteira. Obviedade econômico-moral de uma penalidade que contabiliza os castigos em dias, em meses, em anos e estabelece equivalências quantitativas delitos-duração. Daí a expressão tão freqüente, e que está tão de acordo com o funcionamento das punições, se bem que contrária à teoria estrita do direito penal, de que a pessoa está na prisão para ‘pagar sua dívida’. A prisão é ‘natural’ como é ‘natural’ na nossa sociedade o uso do tempo para medir as trocas. Foucault. Michel. Vigiar e punir: nascimento da prisão; tradução de Lígia M. Ponde Vassalo. Petrópolis, Vozes, 1977, p. 208.

⁴⁹ ZAFFARONI; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral*. 4 ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

⁵⁰ Por sua vez Juarez Cirino dos Santos ao comentar a prisão em sua obra Teoria da pena afirma que a pena privativa de liberdade: “representa a máxima desintegração social do condenado, com a perda do lugar de trabalho, a dissolução dos laços familiares, afetivos e sociais. O sistema prisional, além de produzir deformações psíquicas e emocionais, exclui a reintegração social e realiza a chamada *self fulfilling prophecy*, como disposição aparentemente inevitável de carreiras criminosas. Santos. Juarez Cirino dos. Teoria da Pena: fundamentos políticos e aplicação judicial.

Deve-se ressaltar também que as penas privativas de liberdade são, em geral, resultantes de uma justiça seletiva, já que são por ela atingidos, em sua maioria, indivíduos de classes social e econômica mais baixas, com menor grau de instrução formal e com menos condições de exercer os seus direitos. De acordo com o entendimento exposto por Fragoso, nas penas privativas de liberdade, além de as taxas de reincidência serem expressivas, o confinamento gera efeitos devastadores sobre a personalidade humana, que acaba por se ajustar à subcultura prisional, uma vez que é insolúvel a contradição entre as funções de custódia e reabilitação⁵¹.

Analisando-se todos os posicionamentos supra referidos não se pode chegar a outra conclusão a não ser a ineficácia do sistema prisional, mais especificamente, do sistema carcerário brasileiro. Assim, sempre que cabível, deve-se optar por outra modalidade de pena que não a privativa de liberdade, o que auxiliaria para uma maior efetividade do sistema punitivo, sobretudo no que diz respeito à finalidade das penas. No entanto, apesar de todos os aspectos negativos, a pena de prisão é, sem sombra de dúvidas, a mais aplicada no direito penal pátrio, sendo cominada em quase todos os tipos penais.

Se se pretende com a pena privativa de a reintegração do indivíduo na sociedade, a reparação do dano, a prevenção do crime, então devemos, urgentemente buscar e arriscar outros caminhos, evitando-se perpetuar a prisão como o fracasso mais bem sucedido da história.

A prisão e o sistema penitenciário nasceram para ser exatamente o que são e o que sempre foram: uma forma de controle social perverso que passa pela criminalização da marginalidade e da pobreza ao mesmo tempo

Curitiba: ICPC/Lúmen Juris, 2005, p. 23. Comentando as origens dos problemas do sistema carcerário, Fragoso aponta que: “A reunião coercitiva de pessoas do mesmo sexo num ambiente fechado, autoritário, opressivo e violento, corrompe e avilta. Os internos são submetidos às leis da massa, ou seja, ao código dos presos, onde impera a violência e a dominação de uns sobre os outros. O homossexualismo, por vezes brutal, é inevitável. A delação é punida com a morte. Conclui-se assim, que o problema da prisão é a própria prisão, que apresenta um custo social demasiadamente alto” FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal: parte geral*. Ed. Rev. Por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 2004.p 356-357

⁵¹ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal: parte geral*. Ed. Rev. Por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 2004.p 356-357

em que é uma vitrine para toda a sociedade e os pobres em particular daquilo que eles realmente seriam: potencial e virtualmente membros das classes perigosas⁵².

1.5.2. Da Pena Restritiva de Direitos

Diante do insucesso atribuído às penas privativas de liberdade, pelo fato de a prisão constituir “*realidade violenta, expressão de um sistema de justiça desigual e opressivo*”, que acaba por reforçar valores negativos que têm como resultado elevados índices de reincidência, constatou-se que o sistema só seria mais eficiente se tais penas fossem evitadas⁵³

A partir deste quadro, constatou-se uma tendência de ampliação das modalidades de penas substitutivas, com o objetivo que dessem lugar às penas de prisão. Nesse sentido, então, a Lei 9.714/98, ampliou o rol dessas penas.

As penas restritivas de direitos são todas aquelas que não importem a violação da integridade física, a privação ou restrição direta da liberdade ou do patrimônio do condenado. A restrição de direitos poderá ser permanente ou temporária, implicando, por exemplo, a perda ou suspensão de cargo ou profissão, a interdição de direitos políticos, civis, a prestação de serviços à comunidade, restrição de freqüentas determinados lugares, limitação de fim de semana, etc.

Mais uma vez podemos vislumbrar na obra de Beccaria a recomendação por este tipo de pena:

“Os furtos não acompanhados de violência deveriam ser punidos com penas pecuniárias. Quem procura apoderar-se do alheio deveria ser privado do próprio. Mas como habitualmente esse é o delito da miséria e do desespero, o delito daquela porção infeliz de homens a quem o direito de propriedade (direito terrível e talvez desnecessário) não deixou senão uma existência de privações: mas como, ainda, as penas pecuniárias castigam um número de pessoas maior que o dos

⁵² MORAES. Pedro Rodolfo Bodê de. *Punição, Encarceramento e Construção de identidade profissional entre agentes penitenciários*. São Paulo: IBCCRIM, 2005. p.181,

⁵³ FRAGOSO. Heleno Claudio. *Lições de Direito Penal: parte geral*. Ed. Rev. Por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 2004.p.357.

delitos, pois que, ao tirar o pão aos celerados, acabam tirando-o aos inocentes, a penas mais oportuna será então o único tipo de escravidão que se possa chamar justa, ou seja, a escravidão temporária dos trabalhos e da pessoa ao serviço da sociedade comum, para ressarcir-la, com a própria e total dependência, do injusto despotismo exercido ao violar o pacto social⁵⁴.

Como se percebe pela leitura do texto sob comento o penalista italiano, ainda em tempo de barbárie punitiva, já propunha a aplicação de penas restritivas de direitos, previsão essa que só alcançou o ordenamento jurídico brasileiro, como pena substitutiva, com a reforma do código penal de 1984.

Hoje, as penas restritivas de direitos, encontram-se assim previstas em nosso Código Penal:

1.5.2.1. Prestação Pecuniária⁵⁵.

É o pagamento em dinheiro à vítima, a seus dependentes ou a entidade pública ou privada com destinação social, de importância fixada pelo juiz, não inferior a 1 salário mínimo nem superior a 360 salários mínimos. Se houver aceitação do beneficiário, a prestação pecuniária pode consistir em prestação de outra natureza. O valor pago é deduzido do montante de eventual condenação em ação de reparação civil, se coincidente os beneficiários.

Conforme explicita Dotti⁵⁶ em seu curso de direito penal, a prestação pecuniária não deve ser confundida com a multa reparatória prevista no art. 297 do Código de Transito Brasileiro⁵⁷, embora os dois institutos guardem entre si algumas afinidades. Nesse sentido ressalta que: “a prestação

⁵⁴ BECCARIA, Cesare, *Dos delitos e das penas*. Tradução Lucia Guidicini, Alessandro Berti Contessa; revisão Roberto Leal Ferreira, 3a Edição. São Paulo: Martins Fontes, 2005 p. 83-84.

⁵⁵ Código Penal art. 45, §1º.

⁵⁶ DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 459

⁵⁷ Art. 297. A penalidade de multa reparatória consiste no pagamento, mediante depósito judicial em favor da vítima, ou seus sucessores, de quantia calculada com base no disposto no § 1º do art. 49 do Código Penal, sempre que houver prejuízo material resultante do crime.

§ 1º A multa reparatória não poderá ser superior ao valor do prejuízo demonstrado no processo.

§ 2º Aplica-se à multa reparatória o disposto nos arts. 50 a 52 do Código Penal.

§ 3º Na indenização civil do dano, o valor da multa reparatória será descontado.

pecuniária não depende, necessariamente, da produção de um prejuízo material, assim como se exige quanto à multa reparatória e à perda de bens e valores”.

Importante, ainda, salientar que a pena de multa e a prestação pecuniária possuem natureza jurídica diversa, motivo pelo qual podem ser aplicadas cumulativamente. Esse é o entendimento exposto pela Ministra do Superior Tribunal de Justiça Laurita Vaz no julgamento do *Habeas Corpus* 88826/DF⁵⁸

1.5.2.2. Perda de bens e valores⁵⁹.

A perda de bens e valores pertencentes aos condenados dar-se-á, ressalvada a legislação especial, em favor do Fundo Penitenciário Nacional, e seu valor terá como teto o montante do prejuízo causado ou do provento obtido pelo agente ou por terceiro, em consequência da prática do crime, optando-se pelo que for maior.

1.5.2.3. Prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas⁶⁰.

A prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas é aplicável às condenações superiores a 6 meses de privação de liberdade. A prestação de serviços a comunidade ou a entidades públicas consiste na atribuição de tarefas gratuitas ao condenado. Tais prestações dar-se-ão em

⁵⁸ HABEAS CORPUS. PENAL. FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO PÚBLICO E USO DE DOCUMENTO FALSO. CONDENAÇÃO SUPERIOR A DOIS ANOS. SUBSTITUIÇÃO DE PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE E PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA. PENA DE MULTA. CUMULAÇÃO. POSSIBILIDADE.

1. A pena de multa e a prestação pecuniária possuem naturezas jurídicas diversas, logo, não há impeditivo legal para que haja condenação, como *in casu*, consistente em prestação pecuniária substitutiva da pena privativa de liberdade cumulada com a pena de multa, determinada pelo tipo penal. Precedentes.

2. Ordem denegada. (HC 88866/DF. Rel Ministra Laurita Vaz. 5ª Turma. DJe 11/05/2009)

⁵⁹ Código Penal art. 45, §3º.

⁶⁰ Código Penal art. 46

entidades assistenciais, hospitais, escolas, orfanatos e outros estabelecimentos congêneres, em programas comunitários ou estatais.

Essas tarefas são atribuídas conforme as aptidões do condenado e são cumpridas à razão de uma hora de tarefa por dia de condenação. Tais atividades devem ser fixadas de modo a não atrapalhar a jornada normal de trabalho do condenado.

1.5.2.4. Interdição Temporária de Direitos⁶¹.

As penas de interdição temporária de direitos são:

- I- proibição do exercício do cargo, função ou atividade pública, bem como de mandato eletivo.
- II – proibição do exercício da profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação especial, de licença ou autorização do poder público.
- III – suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículo.
- IV – proibição de freqüentar determinados lugares.

As penas de interdição aplicam-se para todo crime cometido no exercício de profissão, atividade, ofício, cargo ou função, sempre que houver violação dos deveres que lhes são inerentes. Tais penas devem ter a mesma duração da pena privativa de liberdade fixada.

1.5.2.5. Limitação de fim de semana⁶².

A limitação de fim de semana consiste na obrigação de permanecer, aos sábados e aos domingos, por 5 horas diárias, em casa de albergado ou outro estabelecimento adequado. Durante a permanência poderão ser ministrados ao condenado cursos e palestras ou atribuídas atividades

⁶¹ Código Penal art. 47

⁶² Código Penal art. 48

educativas. A limitação de fim de semana também deve ter a mesma duração da pena privativa de liberdade fixada.

De acordo com o artigo 44 do Código Penal as penas restritivas de direito são autônomas e substituem as privativas de liberdade quando o réu não é reincidente em crime doloso e quando a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias do crime, indicarem que essa substituição será suficiente para a realização dos fins a que se propõe a pena.

Na legislação anterior a possibilidade de aplicação das penas restritivas de direito era bem mais taxativa. A adoção das penas restritivas de direito, a princípio, foi feita de modo cauteloso, abrangendo tão-somente as penas privativas de liberdade inferiores a um ano e os delitos culposos, quando contemplados os demais requisitos que autorizavam a sua aplicação, quais sejam, o réu não ser reincidente e as circunstâncias judiciais indicarem ser a substituição suficiente.

Devido a estas restrições quando entraram em vigor no ordenamento jurídico brasileiro as penas restritivas de direito pouco resultado produziram⁶³,

Hoje, a aplicação das penas restritivas de direito possui um horizonte mais amplo, alcançando, além dos crimes culposos, qualquer que seja a pena, os crimes dolosos cometidos sem violência ou grave ameaça e cuja pena privativa de liberdade aplicada não seja superior a quatro anos.

Ante o fracasso anunciado das penas privativas de liberdade o alargamento da aplicação das penas restritivas de direitos, embora tardia e tímida, foi muito bem vinda, mas ainda existe um longo caminho a ser percorrido para que se consiga garantir que sua aplicação seja efetiva,

⁶³ “as penas restritivas de direitos não tiveram qualquer efeito para desafogar o sistema, uma vez que se destinavam apenas a crimes muito leves, apenados com no máximo um ano de reclusão e pelos quais ninguém cumpria pena privativa de liberdade no Brasil, já que os mesmos se situavam numa faixa já reservada à suspensão condicional da pena, o que acabou por representar um endurecimento inútil do sistema”. FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal: parte geral*. Ed. Rev. Por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 2004.p.393.

constituindo sempre a regra e não a exceção, como, ainda, preferem a imensa maioria dos magistrados brasileiros.

1.5.3. Da pena de multa.

Francesco Carrara define a pena pecuniária como “*tôda diminuição das nossas riquezas, sancionada pela lei como punição de um delito, sendo da índole desta pena que a parte do patrimônio tirada do culpado toque ao Estado*”⁶⁴. Beccaria também defendia a pena de multa para os crimes cometidos contra o patrimônio e sem violência, mas insistia que esse tipo de punição além de atingir o criminoso, atingia também outras pessoas alheias à prática da infração, motivo pelo qual era mais favorável à prestação de serviços à comunidade: “*que espetáculo mais triste o de uma família arrastada à infâmia e à miséria pelos delitos do seu chefe, cujos atos, em virtude da submissão imposta pelas leis, ela não poderia impedir ainda que lhe fosse possível*”⁶⁵.

O Código de 1940 adotou o sistema de penas pecuniárias relativamente determinadas, cominando-as, na Parte Especial, em mínimos e máximos prefixados em moeda corrente. Na Parte Geral regulou o prazo para pagamento, as hipóteses de parcelamento e, ainda, a possibilidade de desconto percentual de salário do condenado em caso de insolvência⁶⁶.

Na reforma da Parte Geral de 1984 adotou-se o sistema dos dias-multa, pelo qual se concilia a reprovação da conduta e a condição econômica do condenado, na medida em que a quantidade de dias-multa é regulada de acordo com o crime e o valor unitário com a condição econômica do condenado.

Hoje o dia-multa varia de um trigésimo até cinco vezes o salário mínimo mensal vigente no País. Conforme determina o artigo 51 do Código

⁶⁴ CARRARA, Francesco. *Programa do curso de direito criminal: parte geral*. Tradução de José Luiz V. de A. Franceschini e J.R. Prestes Barra. São Paulo: Saraiva, 1957, V.2, p.136.

⁶⁵ BECCARIA, Cesare, *Dos delitos e das penas*. Tradução Lucia Guidicini, Alessandro Berti Contessa; revisão Roberto Leal Ferreira, 3a Edição. São Paulo: Martins Fontes, 2005 p. 88.

⁶⁶ Artigos 49 e 50 do Código Penal

Penal, uma vez transitada em julgado a sentença condenatória, a multa adquire a qualidade de dívida de valor, sendo, portanto, a ela aplicáveis as normas da legislação relativa à dívida ativa da Fazenda Pública, inclusive no que concerne às causas interruptivas e suspensivas da prescrição. Todavia, vale ressaltar que, se sobrevém ao condenado doença mental, é suspensa a execução da pena pecuniária, nos termos do art. 52 do Código Penal.

Em relação à fixação do *quantum* de pena pecuniária, segundo Capez⁶⁷, há três posicionamentos encontrados na doutrina: o primeiro deles defende a tese de que a multa deve ser fixada levando-se em conta a capacidade econômica do condenado. O segundo sustenta que a pena de multa deve ser fixada da mesma maneira que a pena privativa de liberdade, ou seja, obedecendo ao sistema trifásico previsto no art. 68 do Código Penal. O terceiro, por sua vez, orienta-se pela aplicação apenas dos critérios elencados no art. 59 do Código Penal.

Capez⁶⁸ orienta-se de acordo com a primeira corrente, uma vez não ser mais possível a conversão de multa em pena privativa de liberdade depois do advento da Lei 9.268/96, o que não permite que o tempo de prisão do mais favorecido economicamente seja maior do que o do desfavorecido, em função da conversão. Por este raciocínio, entende ser possível que a multa contemple apenas o critério econômico.

Silvio Teixeira Moreira⁶⁹, entretanto, afirma que “*o Código Penal, ao cominar penas pecuniárias, agora com caráter aflitivo, considerou dois aspectos absolutamente distintos: a renda média que o condenado aufera em um dia, de um lado, e a gravidade do delito e a culpabilidade do agente de outro*”.

⁶⁷ CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. 3ª Ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 405.

⁶⁸ *Idem, ibidem*.

⁶⁹ *Apud* BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de Direito Penal: parte geral*, v.1. 7ª Ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002.

No mesmo sentido é o entendimento de Bitencourt⁷⁰, para quem a dosimetria da pena de multa deve contemplar, ao menos, dois momentos. Numa primeira operação, estabelece-se o número de dias-multa, levando-se em consideração a gravidade do crime e o sistema trifásico. Em um segundo momento, fixado o número de dias-multa, que pode variar entre dez e trezentos e sessenta, passa-se então à fixação do valor de cada dia-multa, nos limites estabelecidos pelo art. 49 e seus parágrafos. Eventualmente poderia ocorrer uma terceira operação no sentido de majorar a pena, nos termos do art. 60, §1º do Código Penal, ajustando-a à condição econômica do agente.

⁷⁰ BITENCOURT. Cezar Roberto. *Manual de Direito Penal: parte geral*, v.1. 7ª Ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 535.

“Abramos a história, veremos que as leis, que deveriam ser convenções feitas livremente entre homens livres, não foram, o mais das vezes, senão o instrumento das paixões da minoria, ou do produto do acaso e do momento, e nunca a obra de um prudente observador da natureza humana, que tenha sabido dirigir todas as ações da sociedade com este único fim: todo o bem-estar possível para a maioria⁷¹”.

2. Direito Penal Clássico e Direito Penal Econômico: O bem jurídico tutelado.

A noção do bem jurídico não pôde até hoje ser determinada – e talvez jamais o venha a ser – com uma nitidez e segurança que permita convertê-la em conceito fechado e apto a subsunção, capaz de traçar, para além de toda dúvida possível, a fronteira entre o que legitimamente pode e não pode ser criminalizado⁷².

2.1. O Bem Jurídico Tutelado no Direito Penal Clássico.

Na discussão atual para que se estabeleçam critérios materiais para a determinação de bens jurídicos duas correntes doutrinárias se destacam: a constitucionalista, (surgida na Alemanha no final dos anos sessenta e abrigada, sobretudo, na doutrina Italiana) e a sociológica (que influenciou fortemente a doutrina alemã).

⁷¹ BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. p.39

⁷² DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal: questões fundamentais a doutrina geral do crime – apontamentos e materiais de estudo da cadeira de Direito Penal*, 3º ano, p. 52.

2.1.2. As correntes sociológicas.

Na vertente sociológica duas serão analisadas: a teoria monista individualista, proposta inicialmente por M. Marx e, defendida, sobretudo, por Winfried Hassemer, e o funcionalismo radical, que tem como seu principal representante Gunther Jackobs.

A teoria pessoal (monista), defendida pela Escola de Frankfurt, diz que a essência do bem jurídico é o interesse individual indispensável sem, contudo, se esquecer dos interesses coletivos, os quais, certamente, projetam, sempre, valores humanos vitais. Essa corrente não aceita a idéia de crimes de perigo abstrato, apoiados na concepção da sociedade de risco, comumente encontrados nos bens jurídicos coletivos (direito econômico, ambiental, tráfico de entorpecentes, entre outros).

Esse entendimento pode ser criticado uma vez que não confere autonomia aos bens jurídicos universais, transpessoais ou supraindividuais (como no caso dos crimes econômicos), não se tratando esses de simples interesses derivados de aspirações humanas individuais, como a vida, a saúde e o patrimônio. Os bens jurídicos coletivos não devem ser considerados somente como dedutíveis de referências pessoais, uma vez que certas lesões, ainda que não atinjam especificamente um indivíduo ou grupo social, certamente representam danos a bens jurídicos.

Já para o funcionalismo radical, defendido por Jackobs, o bem jurídico tutelado nada mais é do que a validade fática da norma, e a ameaça da sanção, por sua vez é meio persuasivo a proteger a identidade da lei, promovendo, conseqüentemente uma neocriminalização por via dos delitos de perigo abstrato. O ápice da sua visão é a “doutrina de segurança nacional”, que tem no Direito Penal do “inimigo” sua “legitimidade teórica”⁷³.

Na verdade, o pensamento de Jackobs legitima o tratamento estatal diferenciado àqueles que pratiquem condutas desviantes que atacam contra

⁷³ JACKOBS, Gunther. *Derecho Penal del Ciudadano y Derecho Penal del Enemigo*. Trad. Manuel Cancio Meliá. Madrid: Universidad Autónoma de Madrid: Civitas, 2003.

o *status quo*, com a finalidade da manutenção da paz social e jurídica a legitimidade para garantir a proteção dos valores supremos do consenso social, neutralizando comportamentos maléficos e contrários à ordem imposta, afastando e reprimindo o protagonista, o inimigo social. Esse pensamento sem dúvidas encontra suas bases nas teorias de Rousseau assim como no *Leviatã* de Thomas Hobbes. Ressuscita-se, assim, a moralização através do Direito Repressor.

A crítica que se pode fazer quanto às vertentes sociológicas é que estas só analisam o bem jurídico no que diz respeito ao seu aspecto formal.

2.1.3. Os constitucionalistas.

Já essa corrente analisa o bem jurídico sob a ótica da hierarquia das normas, sendo que a Constituição, como norma fundamental, é dotada de capacidade legítima para definir quais interesses devem ser protegidos pelo ordenamento penal.

2.1.3.1 Teorias de Fundamento Constitucional Estrita.

Segundo Luiz Regis Prado, estas teorias “*orientam-se firmemente e em primeiro lugar pelo texto constitucional, em nível de prescrições específicas (explícitas ou não), a partir das quais se encontram os objetos de tutela e a forma pela qual deve revestir, circunscrevendo dentro de margens mais precisas as atividades do legislador infraconstitucional*”⁷⁴.

Os constitucionalistas estritos, ou restritos, partem da tentativa de solucionar um problema de conflito de direitos: de um lado, os direitos do agressor que serão restringidos, e, de outro, os direitos da vítima e da sociedade. Desta forma, só se poderá restringir direitos fundamentais do primeiro quando tiverem sido atingidos direitos igualmente fundamentais

⁷⁴ PRADO, Luiz Regis. *Bem Jurídico Penal e Constituição*. 2ª Ed. São Paulo: RT, 1997. p. 53.

da segunda. Enquanto restritiva de direitos, liberdades e garantias, a aplicação da lei penal se resumirá a tutelar valores albergados pela Carta.

De acordo com essa teoria o legislador penal não pode contrariar a ordem constitucional, seus princípios e valores. Além disso, só podem ser criminalizados os bens que, de alguma forma, refletissem valores constitucionais. Assim, apenas na Constituição poderiam ser buscados os bens jurídicos penais, os quais, por conseguinte, haveriam de representar os bens relevantes socialmente, já que contidos na Carta Maior. São dois os valores protegidos: a liberdade de opção legislativa e a concreção constitucional. A opção é pela restrição daquela em favor desta, estreitando bastante as relações entre poder legislativo e poder judicial.

A existência de valores com relevo constitucional não faz pressupor a imposição de tutelá-los penalmente. Esta escolha fica a cargo do legislador penal, significando dizer que não está obrigado a proteger, penalmente, todos estes bens ou valores constitucionais. Tal entendimento decorre do princípio da subsidiariedade do direito penal⁷⁵.

Segundo Alice Bianchini⁷⁶, raciocinar desta forma em um país como o Brasil, regido por uma constituição prolixa e relativamente recente, pode parecer a melhor opção, já que as inúmeras matérias nela contidas foram valoradas de acordo com concepções contemporâneas, diferentemente do que ocorre, principalmente, em relação a Cartas de países europeus, promulgadas há muito tempo⁷⁷.

⁷⁵ Esse princípio vincula-se necessariamente, à função da pena, já que, como ressalta Nilo Batista se o fim da pena é fazer justiça, toda e qualquer ofensa ao bem jurídico deve ser castigada; se o fim da pena é evitar o crime, cabe indagar da necessidade, da eficiência e da oportunidade de cominá-la para tal ou qual ofensa e, em todo caso recomendar ou prescrevê-la com parcimônia.

⁷⁶ BIANCHINI, Alice. *Pressupostos Materiais Mínimos da Tutela Penal*. 1ª Ed. São Paulo: RT, 2002, p. 47

⁷⁷ Como contraponto, a autora cita o inciso XII do art. 5º, da CF que trata da inviolabilidade do sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e telefônicas, e que admite, somente no último caso, que seja quebrado o sigilo, 'por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal'. Segundo a autora neste caso pode-se chegar a conclusões bastante diversas. É que a lei que regulamentou o referido inciso acrescentou ao rol das hipóteses autorizativas da quebra de sigilo, as comunicações em sistemas de informática e telemática, extrapolando, assim, o comando constitucional. A autora conclui indagando se a lei ordinária poderia preencher a lacuna deixada pela Carta Magna, para que pudesse melhor servir ao interesse comum. Bianchini, Alice. *Pressupostos Materiais Mínimos da Tutela Penal*. 1ª Ed. São Paulo: RT, 2002, p. 48-49.

Esses aspectos fáticos demonstram que não se pode dispensar o legislador infraconstitucional de acompanhar as mudanças e evoluções sociais, a fim de estar sempre se atualizando em sua tarefa de selecionar os bens-valores que representem elevado grau de importância aos indivíduos em sociedade, ainda que a norma fundamental os tenha esquecido. Permanece, entretanto, submetido, o legislador, às limitações, tanto de cunho formal como material, deduzidas da estrutura do Estado e dos princípios e valores, explícitos ou não, depositados na Constituição.

Francisco Javier Alvarez Garcia critica a teoria restritiva, dizendo que *“limitar a tutela penal a bens constitucionalmente reconhecidos não é oportuna para o ordenamento em seu conjunto, já que há de ter em conta que as constituições envelhecem, não resultando estranho que surjam novas exigências de tutela que nem era previsíveis no momento da elaboração do texto fundamental”*⁷⁸. A fim de evitar esse descompasso o autor sugere uma interpretação evolutiva, por meio da qual se possa adaptar o conteúdo da Constituição às crescentes demandas sociais⁷⁹.

2.1.3.2. Teorias de Fundamento Constitucional Amplo.

Já os constitucionalistas amplos, que têm a Constituição como limite negativo, permitem maior liberdade na tarefa do legislador e aplicador da lei. A referência ao texto constitucional é feita de forma geral, devendo ser observados os princípios penais basilares do sistema punitivo, entre eles o da dignidade da pessoa humana, da legalidade, da culpabilidade, da individualização da pena, da humanidade, da intervenção penal mínima e o da *ultima ratio*.

Essa teoria, muito embora fundamente seus postulados na Constituição, dela serve-se de modo genérico, amplo, remetendo-se à forma

⁷⁸ GARCIA, Francisco Javier Alvarez. *Apud* Alice Bianchini, 1991, p. 33.

⁷⁹ Já Franco Bricola adverte para a necessidade de se *“tutelar penalmente necessidades que estejam emergindo na sociedade ou interesses que se vão delineando sem haver-se, todavia, cristalizado e sem haver adquirido, ainda, dimensão precisa.* Bricola, Franco. *Apud* Francisco Javier Alvarez Garcia, 1991, p. 39.

de Estado constitucionalmente estabelecida e aos princípios que inspiram o texto maior – base sobre o qual se constrói o sistema punitivo.

A constituição seria utilizada como parâmetro de legitimação da lei penal, porém, sem exaurir-se na proteção única e exclusiva dos bens nela albergados. Nesta perspectiva, mesmo que não mencionados diretamente pela Constituição, poderiam ser criminalizados. Para tanto, exige-se, como condição, a inexistência de antagonismo entre o bem protegido e a ordem constitucional.

Assim, conforme esta variante da teoria constitucionalista do bem jurídico, a Constituição serviria de base para fomentar uma expansão do sistema penal em que suas proposições concretas somente poderiam ser controladas em seus pressupostos. Os pressupostos liberais da Constituição cumpririam um duplo propósito: a-) assinalariam os limites da tutela penal e b-) constituiriam um marco para o desenvolvimento da política criminal⁸⁰.

Os constitucionalistas amplos buscam acolher as rápidas transformações sociais que não foram contempladas na Constituição, evitando que se estabeleça um déficit na relação do direito penal com a realidade e sua mutabilidade. Sempre novas demandas de tutela poderão ser atendidas pelo direito penal, mesmo porque muitos desses valores para os quais se reclama proteção, já estão contemplados implicitamente na Constituição, ou se encontram em pressuposta e necessária relação com seus valores explícitos.

De acordo com Luiz Regis Prado, em princípio, são bens dignos de tutela penal “*os de indicação constitucional específica e aqueles que se encontrem em harmonia com a noção de Estado de direito democrático, ressalvada a liberdade seletiva do legislador quanto à necessidade*”⁸¹.

O problema desta teoria é que não existe limite suficiente para o poder criminalizador, deixando em aberto a indispensável garantia de restrição da tutela penal a valores visivelmente fundamentais para a

⁸⁰ BIANCHINI, Alice. *Pressupostos Materiais Mínimos da Tutela Penal*. 1ª Ed. São Paulo: RT, 2002, p. 45.

⁸¹ PRADO, Luiz Regis. *Bem Jurídico Penal e Constituição*. 2ª Ed. São Paulo: RT, 1997. p. 78-79.

comunidade. A fim de amenizar tal problemática, deve-se exigir uma relação de sentidos, ao menos indireta, do bem não contido na Carta que se pretende tutelar e a ordem de valores constitucionais.

Também subsiste a dificuldade de se definir os bens constitucionais implícitos, o que gera um alargamento da insegurança jurídica. Assim, a melhor versão é aquela que contempla os valores com relevo constitucional em nível material, garantindo que só se protejam penalmente valores dignos de tal proteção, mas não asfixiando a capacidade de apreciação legislativa, nem a adaptabilidade do direito penal à mutabilidade das condições sócio-culturais, requisitos indispensáveis para a melhor proteção dos interesses do indivíduo e da coletividade⁸².

2.2. A Definição de Bem Jurídico Penal pela Doutrina Brasileira.

No Brasil são poucos os autores que dedicaram seus estudos ao bem jurídico. Para Luiz Regis Prado a noção de bem jurídico *“implica a realização de um juízo positivo de valor acerca de um determinado objeto ou situação social e de sua relevância para o desenvolvimento do ser humano”*⁸³.

Everardo da Cunha Luna ao elaborar o conceito de bem jurídico penal sob a ótica política diz que:

“como o direito penal protege bens jurídicos fundamentais, deve-se considerar fundamental o bem jurídico que mais próximo se encontra dos direitos naturais do indivíduo e da sociedade entendendo por direitos naturais aqueles mais profundamente sentidos e vividos, direitos cuja postergação impede ou dificulta gravemente a manutenção e o desenvolvimento do homem e da coletividade considerados como um todo”⁸⁴.

Aníbal Bruno por sua vez, para quem a seleção de bens jurídicos é indissociável de seu aspecto histórico, os define como *“interesses*

⁸² CUNHA, Maria Conceição Ferreira da. *Constituição e Crime: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização*. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995.,p.195. *apud* Alice Bianchini

⁸³ PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico penal e Constituição*. 2ª Ed. São Paulo: RT, 1997 p. 63-64

⁸⁴ LUNA, Everardo da Cunha. *Capítulos de Direito Penal: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 134.

fundamentais do indivíduo ou da sociedade que, pelo seu valor social, a consciência comum do grupo ou das camadas sociais nele dominantes eleva à categoria de bens jurídicos”⁸⁵.

Heleno Cláudio Fragoso entende que o bem jurídico penal:

“é o bem humano ou da vida social que se procura preservar, cuja natureza e qualidade depende, sem dúvida, do sentido que a norma tem ou que a ela é atribuído, constituindo, em qualquer caso, uma realidade contemplada pelo direito. Bem jurídico é um bem protegido pelo direito: é, portanto, um valor da vida humana que o direito reconhece, e a cuja preservação é disposta em norma jurídica”⁸⁶.

Francisco de Assis Toledo identifica os bens jurídicos como valores éticos-sociais “*que o direito seleciona, com o objetivo de assegurar a paz social, e coloca sob sua proteção para que não sejam expostos a perigo de ataque ou a lesões efetivas*”⁸⁷.

Nilo Batista contesta as concepções lógico-formais de bem jurídico, por achar que elas descuidam de uma característica imanente à sociedade atual: a divisão de classes sociais. Para o autor, “*numa sociedade dividida em classes, o direito penal estará protegendo relações sociais (ou interesses, ou estados sociais, ou valores) escolhidos pela classe dominante, ainda que aparentemente certa universalidade, e contribuindo para a reprodução dessas relações*”⁸⁸. Para corroborar seu pensamento cita Juarez Cirino dos Santos, que critica os objetivos manifestos do direito penal, traduzidos na expressão “*proteção dos interesses e necessidades (conhecidos como valores) essenciais para a existência do indivíduo e da sociedade [por terem como pressupostos] as noções de unidade (e não de divisão) social, de identidade (e não de contradição) de classes, de*

⁸⁵ BRUNO, Aníbal. *Direito Penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1967. p. 15.

⁸⁶ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal: a nova parte geral*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 265.

⁸⁷ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos do Direito Penal*. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 16.

⁸⁸ BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996, p. 116.

*igualdade (e não de desigualdade real) entre os componentes das classes sociais, e de liberdade (e não de opressão) individual”*⁸⁹.

Um Estado Democrático de Direito deve proteger os bens considerados essenciais à existência do indivíduo em sociedade. O problema é conseguir identificar quais seriam esses bens. Determinar o que seria digno de tutela penal representa uma decisão política do Estado, que, no entanto, não é arbitrária, mas condicionada à sua própria estrutura. A escolha desses bens jurídicos deverá ocorrer levando em consideração os indivíduos e suas necessidades no interior da sociedade em que vivem. Daí que conduz a equívocos e confusões uma distinção dos bens jurídicos entre individuais e coletivos, de acordo com o fato de a titularidade pertencer ao indivíduo ou a sociedade⁹⁰.

A seleção dos bens jurídicos encontra-se sujeita a limitações impostas ao Estado, no exercício do *ius puniendi*. O objeto a ser protegido pelo direito penal deve se corresponder com a satisfação de uma necessidade humana.

2.3. O Bem Jurídico Tutelado no Direito Penal Econômico.

Segundo as teorias penais contemporâneas, o crime econômico gera danos não individualizáveis, irreparáveis, incontroláveis e cuja percepção social é diferenciada. O objetivo é o lucro econômico, uma vantagem comercial ou a dominação de um mercado. Logo, uma característica do Direito Penal Econômico será a criminalização de condutas que não afetam um bem jurídico individual determinado, mas conceitos indeterminados e classificados como bens jurídicos supraindividuais (bom funcionamento do sistema financeiro nacional, boas condições de concorrência e livre iniciativa etc.). Como já se evidenciou no ponto anterior a definição de bem jurídico é tarefa das mais complexas, logo a dificuldade em se encontrar um

⁸⁹ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 23.

⁹⁰ BIANCHINI, Alice. *Pressupostos Materiais Mínimos da Tutela Penal*. 1ª Ed. São Paulo: RT, 2002, p. 41.

conceito pacífico sobre o que seria o bem jurídico tutelado na esfera do Direito Penal Econômico persiste. No entanto, a doutrina tem trabalhado no sentido de se tentar encontrar uma definição do que seria objeto de tutela deste campo da ciência penal. Luiz Regis Prado afirma que um dos princípios essenciais de Direito Penal é o da exclusiva proteção de bens jurídicos⁹¹:

Segundo o professor e advogado Thiago Bottino o advento da sociedade de risco modificou o tratamento oferecido à noção de bem jurídico penal. Esse fato se deve à expansão do Direito Penal e a sua crise. A sociedade em que vivemos hoje exige um Estado mais enérgico, pelo combate aos crimes ambientais, políticos e econômicos. Dessa maneira, pode-se afirmar que ao mesmo tempo em que o Direito Penal está em crise ele também está em expansão, já que procura uma resposta jurídica a estes problemas sociais⁹².

Essa noção de risco social também pode ser atribuída a passagem do Estado Liberal para o Estado Social de Direito. O Estado Liberal se caracterizava pelo Direito Penal Clássico, individualista, dominado pela noção de contrato social, em que o Estado, por meio de um pacto, cuidava da segurança da sociedade. Nesse Estado a atuação punitiva estava condicionada a efetiva lesão aos Direitos Individuais. Já com o advento do Estado Social de Direito, esse panorama foi alterado. Houve uma mudança nos valores da sociedade, que passaram a exigir a proteção a direitos de

⁹¹ As principais funções desempenhadas pelo bem jurídico na área penal podem ser assim elencadas: a-) *a função de garantia*: o bem jurídico é erigido como conceito limite na dimensão material da norma. Essa função, de caráter político-criminal, restringe o *jus puniendi* estatal e indica que não se pode descuidar do sentido informador do bem jurídico na construção dos tipos penais; b-) *função teleológica*: como um critério de interpretação dos tipos penais, que condiciona seu sentido e alcance à finalidade de proteção de determinado bem jurídico, como conceito central do tipo; c-) *função individualizadora*: como critério de medida da pena, no momento concreto de sua fixação, levando-se em conta a gravidade da lesão do bem jurídico (desvalor do resultado) e d-) *função sistemática*: como elemento classificatório decisivo na formação dos grupos de tipos da parte especial do Código Penal. Os próprios títulos ou capítulos da parte especial são estruturados com lastro no critério do bem jurídico em caso pertinente. Para que o bem jurídico possa bem cumprir o seu papel protetivo em uma sociedade democrática, deve a lei penal respeitar sempre os princípios penais de garantia. PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*; Parte Especial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 3ª Ed., vol. 1, p. 119.

⁹² AMARAL, Thiago Bottino (org.), GOUVEIA, André Costa; OLIVEIRA, Eduardo Ribeiro de Faria de (rev.). *Direito Penal Clássico versus Direito Penal Econômico*. 1ª Ed. Editora FGV: Rio de Janeiro, 2010. p.22

outra dimensão, como o trabalho, a previdência e a educação. Este mesmo Estado passou a intervir na economia, regulando o salário, a moeda e os preços, combatendo o desemprego entre outras ações⁹³.

É nesse contexto que os bens jurídicos perdem pouco a pouco o seu caráter exclusivamente individual, como a vida, a integridade física, o patrimônio etc. Os valores da vida coletiva também passaram a ter preocupação constitucional. O Direito Penal passou a tutelar bens jurídicos classificados como supraindividuais ou coletivos. Esse caráter supraindividual significa criminalizar condutas que afetem conceitos indeterminados como a ordem econômica, o meio ambiente, as relações de consumo, visando à proteção da coletividade.

Importante ressaltar que o bem jurídico supraindividual não é arbitrário, já que decorre do tipo de Estado definido nas Constituições. Segundo Marinucci, a política criminal consubstanciada na lei penal econômica, para se legitimar, deve ter como ponto de apoio a Constituição⁹⁴.

Dessa forma podemos entender bens jurídicos supraindividuais como aqueles bens mais genéricos e elementares, que não visam proteger um bem individual, mas um bem que pertença a uma coletividade. Assim, de um lado podemos encontrar bens jurídicos gerais, que se caracterizam por pertencerem a generalidade das pessoas que se integram na comunidade social, e, de outro, existem bens jurídicos denominados difusos que, diferentemente dos anteriores, afetam uma totalidade de pessoas.

Os bens gerais e os difusos têm em comum seu caráter supraindividual, isto é, seu titular não é um indivíduo determinado, no entanto, devem ser diferenciados: os bens gerais relacionam-se com a sociedade em seu conjunto (segurança pública, incolumidade pública etc.), já os bens difusos pertencem a uma pluralidade de sujeitos mais ou menos

⁹³ AMARAL, Thiago Bottino (org.), GOUVEIA, André Costa; OLIVEIRA, Eduardo Ribeiro de Faria de (rev.). *Direito Penal Clássico versus Direito Penal Econômico*. 1ª Ed. Editora FGV: Rio de Janeiro, 2010. p.25.

⁹⁴ MARINUCCI, Giorgio. *Política Criminal e Riforma Del Diritto Penale*. Milano: Giufre Editore, 1991, p. 69.

determinados ou determináveis (consumidores de um certo produto, moradores de um mesmo bairro etc.).

A consequência de admitirmos bens jurídicos supraindividuais pelo Direito Penal é a criação dos delitos de perigo⁹⁵. Segundo Hassemer o Direito Penal está profundamente centrado no meio ambiente, nas drogas, na economia, no tratamento informático de dados, no terrorismo e na criminalidade organizada, o que o distancia das formas de tipificação de condutas próprias do Direito Penal tradicional. Sua forma delitiva característica seria o delito de perigo abstrato e o bem jurídico normalmente abstrato objeto de proteção é um bem jurídico universal vagamente configurado⁹⁶.

2.3.1. A visão de Raul Cervini.

O conceito do Direito Penal Econômico assim como a definição do bem jurídico por ele tutelado são temas que se encontram vinculados estrutural e funcionalmente. A postura que se adotar sobre um deles, inevitavelmente, incidirá sobre o outro. Pelo menos esse é o posicionamento adotado por Raul Cervini em seu texto “Derecho Penal

⁹⁵ Nos crimes de perigo não precisa existir uma efetiva lesão, sendo suficiente que haja a colocação em perigo de algum bem jurídico, que pode vir a ser lesado em decorrência da ação criminosa. A criação de uma situação perigosa deve, portanto, ser elemento integrante da descrição legal do crime, existindo crimes de perigo concreto e abstrato. Nos crimes de perigo concreto da ação realizada decorre uma colocação do bem jurídico em perigo. Já os crimes de perigo abstrato geram a punição pelo mero descumprimento da lei formal. Nesses tipos de crime o perigo não é elementar do tipo, sendo apenas a motivação para sua criação. Discute-se muito na doutrina a inconstitucionalidade dos delitos de perigo abstrato, devido a sua clara violação ao Princípio da Legalidade. Este princípio dá lugar a uma série de garantias e consequências em se apresenta o seu aspecto material, o que resulta em restrições ao legislador e ao intérprete da lei penal. Assim em nome do princípio da legalidade não deveria haver leis penais vagas e imprecisas na legislação penal, que não deixam perfeitamente delimitado o comportamento que pretendem incriminar. AMARAL, Thiago Bottino (org.), GOUVEIA, André Costa; OLIVEIRA, Eduardo Ribeiro de Faria de (rev.). *Direito Penal Clássico versus Direito Penal Econômico*. 1ª Ed. Editora FGV: Rio de Janeiro, 2010. p.25

⁹⁶ HASSEMER, Winfried. *Perspectivas del Derecho Penal futuro*. In *Revista Penal*, vol. 1, Huelva Salamanca- Castilla-La Mancha: Editora Praxis, p. 37-41. Rio de Janeiro, 1998 apud *Derecho Penal Económico – Concepto y bien jurídico*. In *Revista Brasileira de Ciências Criminales*. Ano 11 abril-junho de 2003. Publicação oficial do IBCCrim, Editora Revista dos Tribunais. p. 81-108

Econômico – Concepto y bien jurídico” e que a seguir será melhor estudado.

2.3.1.1. Conceito da corrente restritiva:

Segundo o autor a mais clara definição do fim político criminal que perseguem as normas clássicas de Direito Penal Econômico se deve a Eberhard Schmidt. De acordo com Cervini pode-se observar na lei elaborada em 1949 na República Federal da Alemanha, que teve como objetivo simplificar o Direito Penal Econômico no campo da economia, o seguinte conceito: *uma infração será delito econômico quando vulnerar o interesse do estado na permanência e conservação do ordenamento econômico*⁹⁷.

A partir desta ótica o bem jurídico protegido pelos delitos econômicos era a tutela do ordenamento econômico existente, vale dizer, o estatuto jurídico da economia de mercado, constituindo seus exemplos mais representativos as normas de repressão ao monopólio, as práticas restritivas e as demais ações que afetam a livre concorrência.

Na mesma orientação é a definição de Otto para quem “*são delitos econômicos aqueles comportamentos descritos nas leis que quebram a confiança na ordem econômica vigente, em caráter geral ou em alguma de suas instituições em particular e, por tanto, põem em perigo a própria existência e as formas de atividade dessa ordem econômica*”⁹⁸. Por tanto, o Direito Penal Econômico, em sentido estrito, está dedicado ao estudo destes delitos e das conseqüências jurídicas que as leis prevêm para seus infratores.

⁹⁷ RICHI. *Derecho penal económico comparado*. Madrid, 1991. P. 319 *apud* Cervini, Raul. Derecho Penal Econômico – Concepto y bien jurídico *in* Revista Brasileira de Ciências Criminais, n° 43, Ano 11 abril-junho de 2003, Publicação oficial do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCrim, Editora Revista dos Tribunais, p. 83.

⁹⁸ OTTO. H. “*Rechtsgutsbegriff und Deliktstatbestand*”, *in* *Strafrechtsdogmatik und Kriminapolitik*. Koln: Carl H. Verlag, 1971. p. 72. *apud* Cervini, Raul. Derecho Penal Econômico – Concepto y bien jurídico *in* Revista Brasileira de Ciências Criminais, n° 43, Ano 11 abril-junho de 2003, Publicação oficial do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCrim, Editora Revista dos Tribunais, p. 83. tradução livre..

2.3.1.2. Corrente Ampla.

Essa corrente doutrinária visa entender a ordem econômica, ou a ordem pública econômica, como uma regulamentação jurídica da produção, distribuição e consumo de bens e serviços, e em segundo lugar coloca como primordial a proteção dos interesses patrimoniais e, só depois, a tutela de interesses coletivos relacionados com a regulamentação econômica do mercado.

Cervini afirma que para Bajo Fernandez o Direito Penal Econômico é definido como: *“el conjunto de infracciones que afectando a un bien jurídico patrimonial individual, lesionaban o ponían en peligro en segundo término la regulación jurídica de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios”*⁹⁹.

Já uma definição técnica mais complexa é a de Tiedemann para quem *“el delito económico consiste en un comportamiento realizado por un agente económico con infracción de la confianza que le ha sido socialmente depositada y que afecta a un interés individual (bien jurídico patrimonial individual) y pone en peligro el equilibrio del orden económico (bien jurídico supraindividual)”*¹⁰⁰.

Como poderemos perceber, por essa ótica, ao mesmo tempo em que se lesiona um bem jurídico individual, o patrimônio, também se lesiona um bem jurídico supraindividual, que é a ordem econômica. Assim, defendem alguns que ao se criminalizar as gestões fraudulentas protege-se, ao mesmo

⁹⁹ FERNANDEZ, Bajo. *Derecho Penal económico, aplicado a la actividad empresarial*. 1ª Ed. Madrid, 1978. p.32. apud CERVINI, Raul. *Derecho Penal Económico – Concepto y bien jurídico* in Revista Brasileira de Ciências Criminais, n° 43, Ano 11 abril-junho de 2003, Publicação oficial do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCrim, Editora Revista dos Tribunais, p. 83.

¹⁰⁰ TIEDEMANN. *Poder económico y delito*. Barcelona: Ariel Derecho, 1985. p.25. apud CERVINI, Raul. *Derecho Penal Económico – Concepto y bien jurídico* in Revista Brasileira de Ciências Criminais, n° 43, Ano 11 abril-junho de 2003, Publicação oficial do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCrim, Editora Revista dos Tribunais, p. 83.

tempo, interesses pontuais, como dos acionistas e credores, mas também o próprio sistema creditício como expressão da ordem econômica.

Este seria um somatório de conceitos de bens jurídicos afetados que é admitido hoje por boa parte da doutrina, no entanto, não deixa de ser criticado por outra parte de doutrinadores, igualmente respeitados que questionam até mesmo a razoabilidade deste debate, uma vez que acreditam que esse tópico apresenta aspectos técnicos insuperáveis.

2.3.1.3. Evolução Posterior

Quando se observa o panorama do Direito Penal Econômico na atualidade, fica evidente que prevaleceu uma concepção ampla sobre o tema, o que leva a diversos fatores, como por exemplo, o evidente predomínio da economia de mercado e a decadência do dirigismo estatal.

Nessa noção ampla são considerados delitos econômicos os seguintes: os crimes fiscais, os delitos cometidos no interior de instituições financeiras, bancárias e cambiárias, os crimes vinculados ao funcionamento de empresas privadas de seguros, os falsos balancetes, a concorrência desleal, os danos ao meio ambiente, etc.

Para Cervini¹⁰¹ três conclusões podem ser extraídas de todo esse panorama: a primeira é que vivemos em uma era de expansão dos conteúdos de Direito Penal Econômico. A segunda é que essa expansão ocorreu tanto na legislação “extra-código” como no âmbito do direito codificado. E por último podemos concluir que esse acelerado processo expansivo ocorreu desvinculado de qualquer prudência, coerência sistemática ou afinidade com os princípios dogmáticos da ciência penal.

2.3.1.4. Questionamentos

¹⁰¹ CERVINI, Raul. *Derecho Penal Económico – Concepto y bien jurídico* in Revista Brasileira de Ciências Criminais, n° 43, Ano 11 abril-junho de 2003, Publicação oficial do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCrim, Editora Revista dos Tribunais, p. 95.

O autor continua sua explanação apontando alguns questionamentos interessantes sobre o tema. De acordo com Cervini a primeira questão retoma o ponto de vista iniciado com Feuerbach e mais tarde desenvolvido por Goldschmidt, que faziam distinção entre os delitos, reconhecidos essencialmente como lesões a direitos subjetivos, e por isso portadores de um verdadeiro injusto criminal e as infrações, que seriam modalidades de comportamento reprimidas por razões ligadas a segurança e a ordem econômica, meras convenções administrativas que não pertencem à esfera do Direito Penal criminal.

Na medida em que a pena criminal só é legítima em função da noção de bem jurídico, entendida como condição juridicamente garantidora do livre desenvolvimento de um indivíduo em sociedade, e dado que o objeto de tutela do Direito Penal Econômico é o funcionamento de subsistemas econômicos, considera-se que este deve ser um direito de infrações administrativas, e não um direito criminal. Esta perspectiva crítica ao mesmo tempo em que admite a existência de bens jurídicos supraindividuais, nega que esses sejam o objeto tutelado pelo direito penal econômico, e afirma que essas normas deveriam estar inseridas na ceara das infrações administrativas.

Outra perspectiva crítica parte do pressuposto que só se pode reconhecer a existência de um bem jurídico quando é empiricamente¹⁰² demonstrável que ele pode ser atingido, prejudicado, danificado. Sustenta-se que uma política criminal de base empírica deve demonstrar que existe uma relação necessária de causalidade, entre o comportamento individual e o referido prejuízo supraindividual, uma vez que classificar-se uma ação como lesiva depende de que ela afete um bem jurídico.

Nesse sentido se observou que existem delitos individuais nos quais o prejuízo patrimonial é acompanhado de um grande prejuízo social, no entanto, também existem outros ilícitos individuais graves nos quais o

¹⁰² Na filosofia, Empirismo é um movimento que acredita nas experiências como únicas (ou principais) formadoras das ideias, discordando, portanto, da noção de ideias inatas *in* <http://pt.wikipedia.org/wiki/Empirismo>. Acesso em 01.06.2010 às 17:40h.

prejuízo patrimonial não alcança o plano dos bens jurídicos supraindividuais e, ainda, casos nos quais, o prejuízo patrimonial pode nem mesmo existir, havendo, todavia, prejuízo social. Righi¹⁰³ fornece o seguinte exemplo: quando se abre uma linha especial de crédito para fomentar uma determinada atividade econômica ou para preencher uma necessidade social, este comportamento pode consistir em obter um crédito mediante ardil. Nesses casos o que é prejudicado são os interesses coletivos vinculados aos objetivos de política econômica ou social envolvidos, podendo não haver lesão individual nem prejuízo patrimonial, quando, por exemplo, o autor paga o crédito no prazo devido.

Também já se assinalou do ponto de vista ontológico o seguinte: afirmar que um delito econômico, em sentido amplo, lesiona em primeiro lugar interesses individuais, entra em contradição com a sua suposta vocação supraindividual final, ou seja, com a exigência de que o afetado pelos delitos econômicos devem ser prioritariamente bens jurídicos supraindividuais.

Cervini termina seus questionamentos expondo argumentos de uma vertente que ponderou que um conceito tão heterogêneo e elástico de Direito Penal Econômico coloca em evidência mais a imponência do que a versatilidade deste. A melhor demonstração de que esse conceito lasso provoca uma enorme imprecisão está presente na emaranhada e díspar enumeração de tipos que algumas formulações agrupam dentro desta categoria.

Para o autor apesar de todos os esforços já realizados ainda não se alcançou um conceito de direito penal econômico com perfil unitário e para muitos doutrinadores o mais provável é realmente que isso nunca aconteça, entre outras razões porque um conceito claro do que é o econômico é difícil e no melhor dos casos tem um caráter descritivo-enumerativo que nunca

¹⁰³ RIGHI, Esteban. “*El Derecho penal económico comparado*” en Estudios de Derecho Económico, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM. Mé xico, 1980. Vol. I, p. 469 apud CERVINI, Raul. *Derecho Penal Económico – Concepto y bien jurídico* in Revista Brasileira de Ciências Criminais, n° 43, Ano 11 abril-junho de 2003, Publicação oficial do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCrim, Editora Revista dos Tribunais, p. 90.

poderá considerar-se como completo. Outros acrescentam a circunstância de que cada sistema econômico gera a sua própria criminalidade econômica, e o que é considerado crime em uma economia dirigida pode não ser criminalizado em uma economia de mercado e vice-versa.

2.4. O Direito Penal Econômico.

2.4.1. Um breve histórico.

Agora que já temos bem delimitada a noção do bem jurídico no Direito Penal Econômico podemos analisar o tema de maneira mais atenta e completa.

Segundo Jorge de Figueiredo Dias e Manuel da Costa Andrade¹⁰⁴, já podíamos encontrar lampejos de normas que tratavam do Direito Penal Econômico desde a Antiguidade¹⁰⁵ passando pela Idade Média¹⁰⁶, mas sem dúvida foi no início do século XX, na Alemanha, que o Direito Penal Econômico ganhou corpo, ingressando de forma efetiva e avassaladora no cotidiano de uma sociedade.

Entre a primeira e a segunda guerra mundial ampliou-se de maneira gigantesca o campo de atuação deste ramo do direito penal, diversos setores da economia foram abarcados, o que gerou uma “inflação de sistemas sancionatórios”, alargando, assim, a ingerência das autoridades administrativas nos rumos da economia alemã, já naquele período.

O caráter dirigista da economia do regime nacional-socialista e o seu posterior empenhamento na guerra fizeram surgir um Direito Penal Econômico hipertrofiado, caracterizado pela natureza administrativa de seu

¹⁰⁴ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de; COSTA ANDRADE, Manuel da. *Problemática geral das infrações contra a economia nacional. Temas de Direito Penal Econômico*, São Paulo: RT. 2000, p.70.

¹⁰⁵ Pode-se citar como exemplo a *Lex Julia annona* no Império Romano, que punia de forma severa chegando, até mesmo, a pena de morte, a alta dos preços, considerando, ainda, como ilícitos diversas condutas relacionadas à importação e comércio de cereais.

¹⁰⁶ Já na Idade Média no Reinado de Maria Teresa, por exemplo, encontra-se disposições referentes a exportação de cereais e frutas, bem como violação das normas sobre a fabricação da cerveja, as quais eram cominas com multas e, até, a pena de morte.

processamento e pelo rigor das sanções. Muitas normas deste direito mantiveram-se em vigor, outras foram sumindo por falta de aplicação, outras substituídas por nova legislação dispersa e avulsa a que a lei penal da economia de 1949 procurou dar alguma arrumação. É nessa lei que, pela primeira vez, se introduz a diferença entre um Direito Penal Econômico e um direito de mera ordenação social¹⁰⁷, provocando o aparecimento da *Ordnungswidrigkeitengesetz* (OWIG) de 1952¹⁰⁸.

No campo doutrinário foi Sutherland, ao proferir em 27 de dezembro de 1949 sua palestra “White Collar Criminality”, que inovou na concepção sobre os “crimes de colarinho branco”, provocando um grande impacto no meio acadêmico.

Esse autor definiu os crimes do Direito Penal Econômico como uma violação da lei penal por uma pessoa de alto nível socioeconômico no desenvolvimento de sua atividade profissional.¹⁰⁹

Para Sutherland o crime não é hereditário, patológico, fortuito, irracional, não se imita, mas sim se aprende. A habilidade para o cometimento do ilícito penal decorre de um processo de aprendizado; estímulos adquiridos ao longo de contínuos e normais processos de comunicação, mediante a assimilação de valores, posturas, entendimentos, interação com outras pessoas, com os diversos grupos de que faz parte.

O estudioso americano criticou as teorias criminológicas já existentes, pois elas não conseguiam explicar essa criminalidade cometida por pessoas de alto poder aquisitivo. Sutherland entendia o crime a partir da teoria da Associação Diferencial, que se centrava nas características pessoais e subjetivas do agente. As pessoas aprenderiam na infância e adolescência (com a família, escola, igrejas e outros círculos sociais)

¹⁰⁷ O conceito de um direito de mera ordenação social será analisado mais a frente quando for conceituado o bem jurídico do direito penal econômico.

¹⁰⁸ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de; COSTA ANDRADE, Manuel da. *Problemática geral das infrações contra a economia nacional*. Temas de Direito Penal Econômico, São Paulo: RT. 2000, p.72.

¹⁰⁹ Nas exatas palavras do autor: “White Collar crime may be defined approximately as a crime committed by a person of respectability and high social status in the course of his occupation”. Sutherland, Edwin Hardin. *White Collar Crime: The uncut version*. Yale University Press New Haven and London, 1983, p.7.

definições desfavoráveis ao cometimento de crimes, no entanto, no decorrer da vida profissional, no mundo dos negócios, começariam a criar condições favoráveis à prática de ilícitos, devido a diversos fatores como, por exemplo, a concorrência, a ambição de acumular capital, entre outros, valores esses fundamentais em uma sociedade de consumo.

O nome “associação diferencial” criado por Sutherland surge da observação de que na sociedade existem diversos grupos estruturados em volta de objetivos, interesses e metas diferentes. Ao participar de determinado grupo o indivíduo passa a compartilhar de sentimentos comuns, criando um substrato psicológico, que reflete uma linha de comportamento desse mesmo grupo. Assim no dia a dia este indivíduo poderá, perfeitamente, adotar posturas desviantes, ilícitas, caso as condições desfavoráveis para o cometimento do delito sejam superadas pelas favoráveis, ou o posicionamento acerca da violação da lei seja flexibilizado, em suma, se no meio em que interage esse mesmo indivíduo a ilicitude criminal seja vista ou entendida como prática normal, naturalmente aceita.

Por outro lado, existem grupos que enfrentam de forma mais intransigente a idéia da prática criminosa, cultivando valores éticos e morais de forma mais rígida. Desse modo, em uma sociedade pluralista, composta por diversos grupos conflitantes, a associação diferencial se apresenta como conseqüência lógica do processo de aprendizagem, e se dará no momento em que a pessoa escolhe os indivíduos a que irá se unir, e os valores, interesses e postura que irá adotar.

O pensamento de Sutherland rompe com os conceitos tradicionais relacionados ao cometimento de crimes, baseados em fatores endógenos (físicos e psicológicos) e exógenos (pobreza e exclusão social). Ele deixa um importante legado no sentido de rever conceitos acerca da reeducação, modificação de condutas, aprendizagem compensatória, entre outros e, sobretudo, a idéia de que o crime não é proveniente da desorganização social, mas sim da organização diferencial e da aprendizagem.

Importante também diferenciar o modo de tratamento do Direito Penal Econômico nos países capitalistas e nos socialistas, o que resultou, de um lado no ingresso das leis penais econômicas em codificações e, em outra vertente, a permanência de regulamentação e disposições normativas apenas em legislação especial, afastada dos Códigos Penais.

Essa diferenciação pode ser atribuída ao próprio modelo econômico-político-social desses diferentes sistemas. No primeiro o Direito Penal Econômico surge para satisfazer a ingerência do Estado socialista nos rumos da economia, sancionando ações dirigidas contra monopólios locais de direção e propriedade dos meios de produção e das relações socialistas de produção (a propriedade dos meios de produção pertencem à coletividade), ou que traduzam abusos de formas de competências próprias, autônomas, desvinculados do modo socialista. Facilita, assim, a unificação e sistematização das normas penais econômicas, o que leva a inserção dessa matéria nas codificações penais - o que não significa dizer que todos os países de vertente socialista possuam legislação sobre a matéria – ou, ao menos, a elaboração de uma gama enorme de leis que, em razão de seu alto grau de especificidade, fogem à codificação.

Já no sistema capitalista, podemos perceber o movimento contrário, em virtude do modelo liberal de regulação da economia, o que dificulta uma centralização e unidade das leis de mercado, o Direito Penal Econômico caracteriza-se como instável e dinâmico, por isso, vive a margem de códigos (apesar de existirem tipos legais como o de moeda falsa, estelionato, etc. em diversos códigos), diluído de forma esparsa, em leis extravagantes, o que resulta, de um lado, na dificuldade do estudo deste tema, e de outro, influi de maneira menos intensa e eficaz na consciência coletiva, eis que, apesar de estar incorporado em diplomas, esses tem menor aceitação e respeito por parte da população, a qual se predispõe a aceitar dos Códigos Penais, uma imagem mais severa, rígida, por isso, respeitada.

2.4.2. A Crítica de Jorge de Figueiredo Dias e Manuel da Costa Andrade

Jorge de Figueiredo Dias e Manuel da Costa Andrade em seu texto “A problemática geral das infrações contra a economia nacional” tentam traçar um panorama sobre os conceitos existentes acerca do que seria o Direito Penal Econômico e o delito econômico.

a-) Iniciam os autores criticando a doutrina criada por Sutherland que teria assumido um viés *criminológico* no que tange a definição de delito econômico. Aduzem os autores que ainda hoje muitos estudiosos sobre o tema definem o crime econômico como aquele praticado por pessoas de escalões sociais superiores, por pessoas de certas profissões ou, numa perspectiva semelhante, como o crime praticado no âmbito da empresa. A crítica que se faz é que a insuficiência e inadequação de tal definição é óbvia a partir de uma perspectiva jurídico penal ou de política criminal. Para os autores existe uma relação estreita que medeia o Direito Penal Econômico e este ramo da criminologia, não podendo ainda, se esquecer que a criminologia é pressuposto de uma definição de delito econômico com um mínimo de segurança. O conceito de Direito Penal Econômico seria sempre provisório enquanto não houvesse uma idéia segura sobre as formas e frequência de criminalidade econômica.

Já teriam também havido correntes que pretenderam definir o Direito Penal Econômico em uma perspectiva *criminalística*. Tendo em vista que os crimes econômicos, em virtude da sua complexidade, só podem ser investigados e julgados por um processo especial, por polícias e juízes com conhecimentos da moderna vida econômica e com gastos elevados, chegou-se a negar qualquer outro ponto de identificação do crime econômico. Esse conceito teria um significado somente criminalístico. Os crimes econômicos seriam, então, aqueles delitos patrimoniais qualificados apenas pela complexidade de sua prática e, portanto, de sua investigação. Tal

perspectiva é igualmente inadequada. Essa doutrina pretende ter como ponto essencial de um fenômeno algo que é simplesmente normal, e por isso, não satisfaz as exigências da dogmática e da política criminal.

O fato de não se adotar um critério criminológico ou criminalístico não significa dizer que estes não possuam importância. Em alguns casos há grande relevância dessas perspectivas. É o que ocorre, segundo Tiedemann¹¹⁰, com os delitos específicos, que possuem em sua descrição típica elementos subjetivos, certas qualidades do autor. Isso ocorre, por exemplo, nos tipos que exigem que o agente exerça profissionalmente o comércio, pertença à administração ou ao conselho fiscal de uma empresa ou até que ele seja uma sociedade comercial.

b-) Uma outra corrente define o delito econômico em função de uma *violação de confiança* que rege a vida econômica e sem a qual esta não seria possível. Essa violação da confiança não é vista pela perspectiva de um dano ao um valor geral de confiança, mas de uma utilização abusiva de poderes ou competência por parte de pessoas situadas na hierarquia da empresa. Há quem veja essa *violação da confiança* como *meio* da obtenção de vantagem indevida na vida da relação econômica. Nessa perspectiva seria delito econômico toda a obtenção indevida de benefícios explorando a confiança que rege a vida econômica.

Uma outra opção seria encarar a *confiança* como um valor fundamental da vida econômica a ser defendido penalmente. Desse modo a confiança seria o *bem jurídico* a ser tutelado. Uma solução intermediária é defendida pelos autores que definem o delito econômico como contendo na sua prática uma *violação da confiança* existente na vida econômica. Essa corrente vê como igualmente necessária a lesão a um *bem jurídico*, que, nessa ótica, seria a *vida econômica* ou a *ordem econômica*.

¹¹⁰ K. TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht in Ausland*, GA, 1969, p. 52 *apud* DIAS, Jorge de Figueiredo e Andrade, MANUEL DA COSTA. *A problemática geral das infrações contra a economia nacional in* Temas de Direito Penal Econômico. Organizador: Roberto Podval. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 83.

Segundo os autores esses critérios analisados – criminológico, criminalístico e eclético – são positivos pois permitem uma aproximação com a realidade, no entanto, só uma perspectiva jurídica seria capaz de encontrar uma definição útil num plano de política criminal.

Afirmam os doutrinadores, porém, que nem sob essa perspectiva jurídica existem opiniões convergentes. Baumann, por exemplo, tenta definir o Direito Penal Econômico a partir do Direito Econômico. Nessa ótica ele seria a soma das normas jurídico-penais que se situam no espaço coberto pelo Direito Econômico, definindo este como o conjunto de “normas que regulam a vida e as atividades econômicas e dos preceitos que de alguma forma se relacionam com a produção e distribuição dos bens econômicos”¹¹¹.

Dois pontos caracterizam essa definição. Primeiro a sua grande amplitude e depois a teoria de ilicitude penal que lhe subjaz. Trata-se da teoria do caráter secundário e meramente sancionatório do direito penal, direito que não cria autonomamente a ilicitude, mas que é guardião preventivo ou repressivo dos valores de que as proibições ou imposições dos restantes ramos de direito seriam os portadores. Em Direito Penal essa teoria associa-se ao nome de Binding¹¹² e tem contra ela a reivindicada autonomia das normas de direito penal e dos valores jurídico-criminais.

Para Jorge de Figueiredo Dias e Manuel da Costa Andrade o posicionamento de Baumann não é o ideal pois remete a um conceito incerto, vago e polivalente como é o de Direito Econômico. Nas palavras dos autores:

¹¹¹ J. BAUMANN, “Wirtschaftsstrafrecht”, *Staatslexikon*, 6, Aufl. Bd 8, 1963, *apud* Dias, Jorge de Figueiredo e Andrade, Manuel da Costa. A problemática geral das infrações contra a economia nacional *in* Temas de Direito Penal Econômico. Organizador: Roberto Podval. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 84.

¹¹² Para Binding, o criminoso, ao cometer um crime, não infringe a lei, mas sim, a norma penal nela contida. Como o tipo legal traz em seu bojo uma estrutura imperativa, o indivíduo, ao praticar a conduta típica, não desobedece a lei, amoldando-se a ela perfeitamente, o que evidencia que a ofensa é em relação à norma penal contida no enunciado legal. Partindo dessa premissa, Binding defendia a diferença entre norma penal e lei penal. Para ele, é a norma que contém caráter mandamental proibitivo, posto que a lei possui, apenas, mero caráter descritivo da conduta considerada ilegal.

“Um conceito que já foi definido ora como direito de empresa, ora como o conjunto de normas que conformam a economia e regulam o seu processo, ora como o direito da direção da economia pelo Estado, ora como simples espírito particular de tratamento do direito, como um mero método d’approche e não como qualquer ramo ou domínio específico do direito”¹¹³.

Seguindo esse raciocínio eles afirmam que não seriam contra o raciocínio de Baumann se o conceito de Direito Econômico pudesse ser definido claramente e em termos de tutela de valores fundamentais de uma coletividade organizada. Enfim, desde que se desse ao Direito Econômico o sentido e o conteúdo tradicional da doutrina alemã.

Para essa doutrina já é pacífico se afirmar que o Direito Econômico é o direito da direção da economia, pelo Estado, o conjunto das normas por meio das quais se traduz juridicamente a intervenção do Estado na economia. Neste sentido o direito penal econômico seria “a defesa penal da economia nacional no seu conjunto ou das suas instituições fundamentais”¹¹⁴. Seriam assim delitos econômicos aqueles que danificam ou põem em perigo a ordem econômica como um todo. Concluem com a definição de G. Rinck para quem pertenceriam ao Direito Penal Econômico todas as normas incriminadoras que se inserissem “*na direção por parte do Estado dos investimentos, no controle de mercadorias e serviços, no controle dos preços, na luta contra cartéis e práticas restritivas da concorrência e, a partir sobretudo de 1950, na promoção da economia através, principalmente, das subvenções*”¹¹⁵.

Finalizam o texto afirmando que essa doutrina, voltada para o caráter secundário do direito penal, não se afasta muito dos resultados a que levaria a uma perspectiva jurídico-penal, voltada para a autonomia das normas e para os valores jurídico-penais. Para a doutrina alemã os bens jurídicos

¹¹³ DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. A problemática geral das infrações contra a economia nacional *in Temas de Direito Penal Econômico*. Organizador: Roberto Podval. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 86

¹¹⁴ K. Lindemann *apud* DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. A problemática geral das infrações contra a economia nacional *in Temas de Direito Penal Econômico*. Organizador: Roberto Podval. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000 p. 86.

¹¹⁵ G. Rinck, *Wirtschaftsrecht, Köln, München, 1969, p. 1 apud* Dias, Jorge de Figueiredo e Andrade, Manuel da Costa. A problemática geral das infrações contra a economia nacional *in Temas de Direito Penal Econômico*. Organizador: Roberto Podval. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000 p. 87.

tutelados por esse Direito Penal Econômico têm caráter supraindividual, o que os distinguiria dos que estão na base do direito penal patrimonial, tema esse já abordado no item anterior.

2.4.3. O Direito Penal Econômico Brasileiro

Segundo a doutrina de Juarez Cirino dos Santos o que se pode chamar de Direito Penal Econômico brasileiro se concentra em leis especiais e algumas disposições do Código Penal: a-) os crimes contra a economia popular, b-) falimentares, c-) societários, d-) contra a propriedade imaterial, e e-) sonegação fiscal. Para o autor essa seria a matéria objeto de análise, constitutiva dos limites jurídicos do Direito Penal Econômico. Juarez afirma que: “*os valores protegidos situam-se no âmbito da economia do povo, das relações intra e inter empresas e desta com seus credores, e, finalmente, das relações tributárias*”¹¹⁶.

Na esfera da economia popular os valores protegidos seriam o patrimônio do consumidor, o sistema de livre concorrência da economia capitalista, e complementarmente, a liberdade do consumidor. O patrimônio do consumidor é protegido pela incriminação de práticas anti-sociais nas áreas das relações comerciais, das relações econômicas e das relações financeiras: no primeiro caso, as fraudes em relação aos preços, pesos e medidas, mercadorias e contratos comerciais; no segundo caso, a manutenção ou elevação monopolista de preços, as fraudes no mercado imobiliário, na gestão temerária de empresas financeiras, seguradoras, caixas e cooperativas, etc.; no último caso, as práticas usurárias. Protege-se a economia capitalista através de normas incriminadoras de práticas anti sociais impeditivas da livre concorrência, mediante convênios, subpreço, controle de várias empresas do mesmo ramo etc. A liberdade do consumidor é protegida pela incriminação da recusa de venda ou de serviço.

¹¹⁶ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal Econômico*. p. 197.

Na esfera das relações internas das empresas, o principal valor objeto de proteção é o patrimônio dos interessados, contra fraudes na constituição daquelas, ou de seus diretores, gerentes, etc. Já na esfera das relações entre as empresas, o valor protegido é a propriedade imaterial, contra a concorrência desleal, fraudes na propaganda e violações de privilégios de invenção, de patentes, modelos, marcas, sinais, etc. Já na relação entre as empresas e seus credores, o objeto principal de proteção é o patrimônio destes, contra imprudência/incompetência e a fraude no controle/gestão da atividade econômico-negocial, antes (devedor) e durante (devedor, credores, síndico e protagonistas judiciais do processo falimentar) a falência. Na esfera das relações tributárias, o único objeto de proteção é o patrimônio do Estado, contra fraudes em declarações, informações, registros contábeis, dedução de tributos, etc.

˘ Continua o autor concluindo que *o espectro de valores protegidos pelas normas legais do Direito Penal Econômico pode ser assim delimitado:*

a-) patrimônio

- Do consumidor
- Dos interessados/sócios de sociedades por ações
- Da coletividade investidora, imaterial das empresas
- Dos credores destas

b-) os fundamentos econômicos do sistema de livre empresa. Esse conteúdo axiológico do Direito Penal Econômico, como definido nas formas legais vigentes: setor especial do Direito Penal que tem por objetivo a proteção do patrimônio do consumidor, o interessado/sócio em sociedade por ações, do investidor, do participante no sistema de livre empresa, dos credores desses participantes, da população e do Estado, pela incriminação de práticas fraudulentas, monopolísticas e imprevidentes.

Assim, pode-se dizer que o Direito Penal Econômico brasileiro tem por objeto as práticas fraudulentas, imprudentes e monopolísticas lesivas do patrimônio da coletividade, nas dimensões do consumo, dos investimentos, da participação no sistema de livre empresa, da credibilidade/operacionalidade/funcionalidade desse sistema e dos recursos para sua garantia/reprodução pelo Estado. Segundo Juarez essa parece ser a definição legal mais geral do Direito Penal Econômico, erigida sobre a base dos interesses protegidos pelas formas legais vigentes.

Ao falar sobre os princípios do Direito Penal Econômico o autor afirma que este é regido pelo princípio da legalidade, estando subordinado ao critério da tipicidade, como a descrição legal do comportamento criminoso, mas a estrutura interna do tipo de conduta proibida põe o problema não resolvido dos elementos subjetivos, pela insuficiência dos conceitos tradicionais de dolo e de culpa em relação à criminalidade das corporações. A criminalidade econômica e negocial, um produto menos do comportamento individual e mais de uma atividade complexa, mediante intrincadas formas de interação entre sujeitos em diferentes níveis hierárquicos e de poder, requer mudanças essenciais nas categorias científicas ou metodologia do Direito Penal, como a intenção, a negligência, a autoria, a tentativa, a antijuridicidade e a sua exclusão, a culpabilidade e suas defecções, o mesmo acontecendo na área da prova criminal, com ampliação de seus limites para a verificação judicial de práticas sofisticadas, inacessíveis à pesquisa pelo seu modo peculiar de execução, sem falar nos privilégios de classe, mas imunidades processuais e desigualdades na aplicação da lei penal. Igualmente, a questão das conseqüências penais: o revigoramento das penas pecuniárias, a apreensão de lucros ilegais, a prisão de empresários (nas condutas dolosas ou danos sérios a bens jurídicos protegidos), a ampliação das hipóteses de

interdições, de perda/suspensão de direitos e de extinções de empresas ou corporações¹¹⁷.

O autor constata que o Direito Penal Econômico integra o Direito Penal, mas como um segmento diferenciado, com características próprias, subordinando-se às categorias científicas do Direito Penal, mas exigindo *mediações adaptativas dessas categorias à especificidade da natureza econômica (e política) daquele*. Segundo Juarez a direção, os limites e o significado dessa mediação adaptativa é assunto que, a nível científico e prático, *só poderá ser resolvido pelo exame sistemático da fenomenologia das condutas anti-sociais abrangidas (definição legal) ou abrangíveis (definição criminológica) pelo Direito Penal Econômico*¹¹⁸.

¹¹⁷ SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito Penal Econômico. *Revista de Direito Penal e Criminologia*, Rio de Janeiro, nº 33, p. 197-201, jan./jun., 1982. p. 199.

¹¹⁸ *Idem, ibidem*. p. 200.

In rebus quibusque difficilioribus non expectandum, ut quis simul, et seriatim, et metat, sed praeparatione opus est, ut per gradus maturescant¹¹⁹”. BACON, Serm. Fidel.,n. XLV

3. Outras Formas de Repressão ao Delito Econômico.

3.1 Administrativização do Direito Penal.

Como já foi exposto, quando analisamos o bem jurídico tutelado no Direito Penal Econômico, hoje existe uma imensa preocupação em se criminalizar condutas que atinjam bens supraindividuais. Há uma orientação cada vez mais presente no sentido de se proteger contextos cada vez mais genéricos. Com isso o que ocorre é que o Direito Penal que regia *a posteriori* contra um fato lesivo individualmente delimitado (quanto ao sujeito ativo e passivo), se converte em um direito de gestão (punitiva) de riscos gerais e, nessa medida, está administrativizado.

Passaremos em seguida a análise um pouco mais profunda desse contexto da administrativização do direito penal.

3.1.1. Um brevíssimo histórico.

A moderna concepção de Estado-Social, entre outras conseqüências jurídicas produzidas, impulsionou a administrativização do Direito Penal. Isso porque produziu a criminalização de determinadas condutas para fins de promoção das finalidades sociais, ou, infelizmente, para justificar padrões ético-morais ultrapassados (delitos sexuais, mendicância,

¹¹⁹ Em todas as coisas, e especialmente nas mais difíceis, não devemos esperar semear e colher ao mesmo tempo, mas é necessária uma lenta preparação para que elas amadureçam gradativamente.

vadiagem, entre outros), se tornou um desafio constante por parte de legisladores e governantes do mundo todo.

Feuerbach¹²⁰ já no século XVIII, aproveitando um cenário político marcado pela expansão do Estado Absolutista, reformulou a ideologia de um Direito Penal de Polícia, o qual passaria a abarcar condutas que, embora não antijurídicas, ultrapassavam os limites individuais de comportamento permitidos pelo Estado, restringindo, assim, a esfera de liberdade do cidadão, sob o pretexto de sua utilidade social. Este jurista foi o responsável pela tentativa de distinguir, qualitativamente, o Direito Penal e Direito de Polícia.

Era necessário criar uma ordem jurídica para regular a poderosa máquina estatal, sobretudo nas áreas fiscal, aduaneira e econômica, definindo competências, atribuições, regramentos, diretrizes básicas, em favor do interesse público. Feuerbach, assim, concebeu nova roupagem ao Direito Penal de Polícia em vigor naqueles tempos. Seus estudos resultaram no Código Penal da Baviera.

Goldschmidt¹²¹, já no início do século XX, estudando a dialética existente entre administração e o Direito, propôs a autonomia de um ramo próprio nomeado Direito Penal Administrativo, o qual abrangeria condutas ilícitas qualitativamente diferentes daquelas incorporadas pelo Direito Criminal. Distinguiam-se umas das outras sob o prisma da antijuridicidade e anti-administratividade. Enquanto as normas penais tinham suporte nas convicções éticas da comunidade, ou seja, nos interesses e aspirações comuns de determinada sociedade, transfiguradas em bens jurídicos tutelados, as administrativas eram criações positivas do Estado como forma de assegurar a respeitabilidade e eficácia das regras de convivência social, ou seja, omissões de condutas necessárias à consecução dos fins públicos.

¹²⁰ FEUERBACH. *Lehrbuch des gemeinem in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*. Giessen : G.F. Heyer's Verlag, 1847, p. 46 Apud Costa Andrade, Manuel. Contributo para o conceito de contra-ordenação in *Direito Penal Económico Europeu: textos doutrinários*, V. I. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 85.

¹²¹ GOLDSCHMIDT, James. *Verwaltungsstrafrecht*. 1902 Apud Costa Andrade, Manuel. Op. cit. p. 88

Esse doutrinador entendia que o Direito Penal desfrutava de legitimidade na lei como manifestação da vontade geral, quanto o Direito Penal Administrativo inspirava-se na vontade especial do Estado. Seu pensamento podia ser resumido da seguinte maneira: O conjunto dos preceitos através dos quais a Administração do Estado, a que se confiou a promoção do bem público ou estadual, prescreve, dentro da esfera da autorização jurídico estadual, na forma de preceitos jurídicos, uma pena como sanção administrativa para a contravenção de um preceito administrativo típico.

Posteriormente Erick Wolf¹²², em estudo mais aprofundado, concebeu novo enquadramento filosófico e dogmático aos estudos de seu antecessor, defendendo que a diferença não estava no conteúdo material (qualidade da infração em si), mas na perspectiva estatal, entendendo cada uma daquelas atividades ilícitas sob a ótica do Direito, do Bem estar e da Autoridade.

Para esse autor, os danos decorrentes do ilícito penal administrativo não constituem violação individual, cultural ou ética, mas tão somente, danos estaduais e sociais de pequena monta, os quais representam uma falta de zelo social, em rigor, seu agente não age ilicitamente, mas apenas contra o bem estar social. Conclui Wolf, seu raciocínio entendendo que o autor de tal contrariedade é um anti-social, e a reprimenda contra ele imposta não guarda um sentido retributivo e preventivo, comuns à pena criminal, mas sim um caráter disciplinar, advertindo aquele cidadão socialmente descuidado. Este jurista pugnou, da mesma forma, sem lograr êxito, contudo, pela autonomização do Direito Penal Administrativo, cujo processamento deveria ser da competência dos Tribunais Administrativos.

¹²² WOLF, Erick. *Die Stellung der Verwaltungsdelikte im Strafrechtssystem*. Apud Costa Andrade, Manuel. Op. cit. p. 76.

3.1.2. A Doutrina de Jesús-Maria Silva Sánchez

Como se sabe, as teses clássicas diferenciavam o ilícito penal do ilícito administrativo. O primeiro seria aquele com caráter eticamente reprovável de um bem jurídico, enquanto o outro seria um mero ato de desobediência ético-valorativamente neutro¹²³. Depois foi ganhando espaço a doutrina que os diferenciava apenas quantitativamente, onde o ilícito administrativo teria menor conteúdo injusto do que o ilícito penal.

O critério decisivo para diferenciar um do outro é a finalidade de um e de outro. O Direito Penal visa proteger bens concretos em casos concretos e segue critérios de lesividade ou de periculosidade concreta e de imputação individual de um injusto próprio. Já o Direito Administrativo sancionador persegue a ordenação, de modo geral, de setores da atividade. Por isto não tem por que seguir critérios de lesividade ou periculosidade concreta, deve preocupar-se somente em atender considerações de afetação geral. Ainda assim, não tem por que ser tão estrito na imputação, nem sequer na persecução, que é regida por critérios de oportunidade e não de legalidade.

Para sancionar o Direito Administrativo não precisa que a conduta específica seja relevantemente perturbadora de um bem jurídico, e por isso tampouco é necessária uma análise de lesividade no caso concreto. Também é bastante razoável aceitar que o Direito Administrativo sancionador não se oriente pelo critério da legalidade na persecução de ilícitos, mas somente por critérios de oportunidade. O que é fundamental é que o gênero de condutas represente, em termos estatísticos, um perigo para o modelo setorial de gestão, ou para a boa ordem de um determinado setor da atividade.

Nessa perspectiva o Direito Administrativo sancionador é o direito do dano cumulativo ou, também, do dano derivado da repetição, que não

¹²³ Para Goldschmidt, *Das Verwaltungsstrafrecht*, Berlin, 1902, p. 539, apud Sánchez, Jesús-María Silva. Tradução da 2ª edição espanhola: *La expansión del derecho penal – Aspectos de la política criminal em las sociedades postindustriales*. Trad. Luiz Otavio de Oliveira Rocha. Rev. Luiz Flávio Gomes, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo: 2002, p 115 o Direito Penal protege bens individuais enquanto à administração compete assegurar bens coletivos, o bem estar coletivo.

precisa valorar o fato específico, basta uma valoração acerca de qual seria a transcendência global de um determinado gênero de condutas que viesse a ser considerado lícito. Segundo Sánchez a pergunta chave que deve ser feita é a seguinte: “*o que aconteceria se todos os intervenientes neste setor de atividade realizassem a conduta X – quando existe, ademais, uma séria probabilidade de que muitos deles o façam – , caso fosse considerada lícita?*”¹²⁴”.

Essa pergunta adquire sentido sob uma perspectiva de gestão de um determinado setor, seja de tráfico de veículos ou da posse de armas de fogo. Mas é inadmissível como critério para imputação penal de responsabilidade a um determinado sujeito, pelo concreto significado da conduta isolada que tenha realizado. Nela não se pode introduzir elementos concretos de lesividade, nem lesão, nem perigo concreto, nem perigo abstrato entendido como perigo realmente existente, constatável na conduta em virtude de um juízo *ex ante*¹²⁵. Simplesmente perigo presumido, estatístico ou ainda perigo global¹²⁶.

Essa diferença é substancial, e explica que a tipificação de infrações administrativas, ainda que pretenda cumprir funções de proteção social – e de fato as cumpram nessa perspectiva global, macroeconômica ou macrossocial – , muitas vezes somente adquire referido tom material se as infrações se contemplam em conjunto. Em contrapartida, contempladas uma a uma revelam-se formais, isto é, muitas vezes nem sequer de perigo abstrato, senão de mero perigo global, estatístico, presumido etc.

Os exemplos dados em seguida pelo autor são o objeto da matéria que queremos discutir, *in verbis*:

¹²⁴ SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. Tradução da 2ª edição espanhola: *La expansión del derecho penal – Aspectos de la política criminal em las sociedades postindustriales*. Trad. Luiz Otavio de Oliveira Rocha. Rev. Luiz Flávio Gomes, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo: 2002, p. 117.

¹²⁵ Para Torío Lopez, *homenage al Prof. Garcia de Enterría, III, p. 2539*, é necessário proceder a uma valoração sobre o merecimento da pena ou somente de sanção administrativa de um determinado fato. Para isso propõe recorrer ao critério (dinâmico e histórico-cultural) do significado do bem jurídico, assim como o da significação ético social da infração.

¹²⁶ Torío Lopez propõe a descriminalização dos delitos de perigo abstrato, nos quais se faz a abstração do perigo, sendo este um dado meramente estatístico.

“Uma única fraude tributária, ainda que seja de mais de 15 milhões de pesetas (caso espanhol) – que é o que se julga no âmbito penal¹²⁷ – não põe realmente em perigo relevante o bem jurídico, já se entenda este no sentido do patrimônio da Fazenda Pública, já no das funções sociais dos tributos. O perigoso seria aqui o efeito acumulativo. Logo, não é a conduta individual a lesiva, senão sua acumulação e globalização. Sob perspectivas de lesividade concreta, não há base para a intervenção penal, ainda que o significado global, setorial do gênero de condutas, possa justificar claramente a intervenção do Direito Administrativo (e isso a partir de uma fraude de pouca monta que, multiplicada pelo número de contribuintes, poderia já começar a ter um enorme significado: assim, uma fraude por contribuinte de dez mil pesetas – equivalente a R\$ 100,00 -, multiplicada por uns 25 milhões de contribuintes, daria a enorme cifra global de 250 bilhões de pesetas (ou R\$ 2,5 bilhões de reais). O que implica que, obviamente, a fraude de somente 10.000 pesetas deva ser considerada ilícito administrativo e sancionada”.

O exemplo seguinte trata do caso da lavagem de dinheiro, como delito contra a ordem econômica. Um ato de lavagem que ponha em perigo, por si só, a ordem econômica há que se referir a enormes quantidades de dinheiro; e esse fato somente pode ser cometido pelos chefes das quadrilhas do crime organizado. Ocorre que os atos de lavagem de menor importância, que isoladamente não põem em perigo a ordem econômica, contemplados em seu conjunto certamente constituem uma importante perturbação do sistema econômico. E é isso o que justificaria talvez sua sanção administrativa; mas não sua sanção penal¹²⁸.

Tendo em vista o exposto pode-se afirmar que é uma característica do Direito Penal das sociedades pós industriais a assunção de tal forma de racionalizar, a da lesividade global derivada de acumulações ou repetições, tradicionalmente próprias do administrativo. Isso que se quer indicar quando nos referimos ao processo de administrativização, em que, se acha imerso o Direito Penal. Podemos perceber então que o Direito Penal assume a forma de racionalizar típica do Direito Administrativo sancionador, convertendo-se em um direito de gestão ordinária de grandes problemas sociais. A crítica de Sánchez nesse sentido é de que parece claro que

¹²⁷ O código penal espanhol de 1955 adotou o critério do valor monetário para diferenciar o ilícito administrativo do penal relativamente a alguns tipos. Somente as fraudes tributárias superiores à citada cifra, quinze mil reais aproximadamente, configuram infrações penais, as demais são ilícitos administrativos.

¹²⁸ Sánchez, Jesús-María Silva. Tradução da 2ª edição espanhola: *La expansión del derecho penal – Aspectos de la política criminal em las sociedades postindustriales*. Trad. Luiz Otavio de Oliveira Rocha. Rev. Luiz Flávio Gomes, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo: 2002, p. 119 e 120.

também para o Direito Penal o fato decisivo começa a ser o problema das grandes cifras e não a dimensão de lesividade do comportamento individual.

3.2.1. O paradigma dos delitos de acumulação.

Para Silva Sánchez o paradigma que acabamos de analisar é a difusão da tese que entende que é possível sancionar penalmente uma conduta individual ainda quando esta não seja em si mesma lesiva do bem jurídico (nem o ponha por si só em perigo relevante), se se conta com a possibilidade certa de que dita conduta – não lesiva de *per se* – se realize também por outros sujeitos, de modo que o conjunto de comportamentos culminará certamente lesionando o correspondente bem jurídico¹²⁹. Esses seriam os chamados *delitos cumulativos*, cuja relevância, segundo o autor, pretende se assentar na adoção de uma perspectiva aparentemente alheia ao modo de pensar do penalista: O que ocorreria se todos fizessem o mesmo? Trata-se de casos em que a conduta individual não provoca um risco relevante, mas, por outro lado, se admite que se todos agissem daquela maneira seria perigoso, e sua prática por muitas pessoas não seria apenas uma hipótese, mas uma realidade atual ou iminente.

Essa concepção, segundo afirma o autor, foi desenvolvida por Lothar Kuhlen¹³⁰.

Na concepção de Kuhlen a acumulação não aparece como um elemento hipotético desses tipos de delitos, mas sim como elemento real, ou seja,

¹²⁹ SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. Tradução da 2ª edição espanhola: *La expansión del derecho penal – Aspectos de la política criminal em las sociedades postindustriales*. Trad. Luiz Otavio de Oliveira Rocha. Rev. Luiz Flávio Gomes, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo: 2002, p.121.

¹³⁰ Esse autor constrói a sua análise com base no delito de contaminação de águas de que se devem subsumir no tipo determinados atos concretos, ainda que eles, contemplados em si mesmos, não ponham em perigo, nem sequer abstrato, o bem jurídico protegido. A partir do momento em que a *acumulação* de tais atos concretos podem realmente produzir conseqüências lesivas, entende que se deve sustentar tanto sua tipicidade formal quanto material. Kuhlen, *Umweltstrafrecht – auf der Suche nach einer neuen Dogmatik*, ZStW, 105, 1993, p. 697 apud Sánchez, Jesús-María Silva. Tradução da 2ª edição espanhola: *La expansión del derecho penal – Aspectos de la política criminal em las sociedades postindustriales*. Trad. Luiz Otavio de Oliveira Rocha. Rev. Luiz Flávio Gomes, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo: 2002, p.121.

considera-se de antemão com a realização atual ou iminente de fatos parecidos praticados por diversas pessoas.

Segundo Sánchez três críticas podem ser feitas ao raciocínio de Kuhlen. Primeiro se violaria o princípio da culpabilidade ao fundamentar-se a sanção *ex iniuria tertii*¹³¹. Em segundo lugar trata-se nesses casos de “grandes riscos”, os quais não podem ser contemplados como problemas de uma atuação individual, mas somente como problemas sistêmicos, que não cabe reconduzir equitativamente a ações de pessoas. Por último não haveria uma lesão, ou perigo, para o bem jurídico atribuível pessoalmente à conduta do sujeito concreto, dessa forma a sanção penal violaria o princípio da proporcionalidade.

Kuhlen defende sua tese afirmando que trata de se realizar uma contribuição para a solução de grandes problemas mediante a proibição, sob a ameaça de sanção, de ações que fornecem pequenas contribuições para a constituição desses problemas. Já para Silva Sanchez só excepcionalmente pode-se admitir que a contribuição deva constituir-se em regra para o Direito Penal, salvo naqueles casos em que a conduta isoladamente contemplada, por si só, seja um risco juridicamente relevante para o bem jurídico que se deseja proteger. Em outras palavras: os problemas das “grandes cifras” quase nunca podem ser considerados problemas para os quais a proteção penal seja adequada. Kuhlen encara a questão de modo diverso, para ele os problemas do meio ambiente se mostrarão no futuro, predominantemente, derivados da industrialização e do crescimento da população. Por isso ele considera o Direito Penal, introduzindo custos que superem os benefícios, um instrumento *adequado e necessário*. Já no que diz respeito à *proporcionalidade* de se utilizar esse mecanismo, o problema não merece atenção em razão da importância extraordinária que lhe corresponde na manutenção das nossas condições naturais de vida. Já para Silva Sanchez, Kuhlen mais uma vez está equivocado. Para ele os termos de comparação no juízo de proporcionalidade são a pena que se impõe e o

¹³¹ Injúria praticado por um terceiro.

conteúdo de risco próprio da conduta, isoladamente considerada, de quem recebe essa pena. A pena não se “distribui” entre o conjunto de condutas individuais, mas afeta cada sujeito separadamente¹³².

No tocante ao tema brilhante é o comentário de Silva Sanchez que, por se adequar perfeitamente ao tema dessa monografia, merece transcrição integral:

“Não se pretende afirmar que a acumulação careça de qualquer sentido para o Direito Penal. Em tais casos deve-se avaliar que as condutas, irrelevantes separadamente, podem em seu conjunto ser relevantemente lesivas. Mas nunca pode-se desconsiderar-se a confrontação com o princípio da proporcionalidade. Logo, a magnitude do problema global nunca poderá justificar a imposição de uma sanção mais grave a sujeitos individuais, quando as contribuições de cada um são, isoladamente, insignificantes. O Direito Administrativo é o setor do ordenamento que, por suas características, mais se adapta a esse casos. Se se pretender que o Direito Penal mantenha essa função que já assumiu e que em termos puros não lhe corresponde, deve-se deixar claro que não cabe integrá-la no Direito Penal nuclear da pena privativa de liberdade, senão, em todos os casos, em um Direito Penal Fronteiriço, que ao admitir fatos dessas características se mostraria amplamente flexibilizado, e não poderia impor penas de prisão¹³³”.

Segundo Sanchez é importante ressaltar, no entanto, que atualmente os códigos e leis penais de todos os países estão repletos de delitos regidos pela lógica da acumulação. É certo que essa situação naturalmente constitui uma conseqüência coerente do processo de expansão do direito penal, no entanto ela não pode ser aceita se se pretender a aplicação de penas privativas de liberdade.

3.2. A aplicação da pena no Direito Penal Econômico.

3.2.1 O posicionamento de Jorge de Figueiredo Dias.

Um dos autores que talvez tenha mais contribuído para a discussão das sanções no direito penal econômico foi Jorge de Figueiredo Dias.

¹³² SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. Tradução da 2ª edição espanhola: *La expansión del derecho penal – Aspectos de la política criminal em las sociedades postindustriales*. Trad. Luiz Otavio de Oliveira Rocha. Rev. Luiz Flávio Gomes, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo: 2002, p.123

¹³³ *Ibid*, p.124.

Portanto, mais uma vez, recorreremos a sua obra para a discussão do presente ponto.

Dias¹³⁴ começa sua explanação apontando para a importância do movimento que há vinte anos defende a autonomização do Direito Penal Econômico. Para ele tal processo só será aceito definitivamente se conseguir se impor em três diferentes níveis: 1. no nível da especificidade do ilícito e da possibilidade de sua delimitação em face do ilícito penal geral e do ilícito puramente contraordenativo. 2. no nível da especificidade das sanções, dos seus fundamentos, do seu sentido e dos seus limites. 3. conseqüentemente, também no nível da aplicação concreta das sanções, ou seja, no nível processual.

Como o tema desta monografia é a aplicação da pena no Direito Penal Econômico, só analisaremos o segundo nível. Para tanto as seguintes perguntas se fazem necessárias: em que pé estamos no que diz respeito às sanções do direito penal? Existe nessas sanções, no seu fundamento, no seu sentido e nos seus limites algo que as diferencie das sanções do direito penal geral? E se há, de quem forma e em que medida tais especificidades se refletirão praticamente na aplicação dessas sanções? Essas são as questões propostas pelo autor e que tentaremos analisar.

No que diz respeito à prevenção geral positiva¹³⁵ pode-se pensar não haver espaço para ela do Direito Penal Econômico, mas apenas para uma prevenção geral negativa, de pura intimidação. Segundo o autor esse argumento leva a dois níveis diferentes. 1-) por um lado, não faz sentido assinalar à intervenção punitiva do Estado no âmbito da economia uma função de proteção de bens jurídicos. Já que nesse ponto não nos deparamos com verdadeiros bens jurídicos, mas apenas com simples bens imateriais e sem sujeito, destinados a servir de campo de proteção antecipada dos

¹³⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo. Breves considerações sobre o fundamento, o sentido e a aplicação das penas em direito penal econômico. in *Temas de Direito Penal Econômico*. Org. Roberto Podval. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p.123.

¹³⁵ Já analisado no item 2.2 do capítulo I.

interesses primários, dos verdadeiros bens jurídicos que ao direito penal geral cumpre defender.

Essa consideração não pode ser procedente tendo em vista todo o estudo já realizado em torno do bem jurídico tutelado no Direito Penal Econômico. Jorge de Figueiredo Dias pensa da mesma maneira, para ele tanto no Direito Penal Geral como no Direito Penal Econômico há ofensa a verdadeiros bens jurídicos, a diferença é que os daquele se relacionam com o livre desenvolvimento da personalidade de *cada homem* como tal, enquanto os deste se relacionam com a atuação da personalidade do homem *enquanto fenômeno social*, em comunidade e em dependência recíproca dela. Desta forma tanto um quanto o outro se ligam à ordem de valores que preside à Constituição democrática do Estado: enquanto os bens jurídicos do Direito Penal Geral são concretização de valores constitucionais ligados aos direitos, liberdades e garantias fundamentais dos cidadãos, os bens jurídicos do Direito Penal Econômico surgem como concretização dos valores ligados aos direitos sociais e à organização econômica contidos ou pressupostos na Constituição¹³⁶.

Hoje essa questão já é praticamente pacífica. As restrições de direitos, liberdades e garantias – em que sempre se traduz a criminalização de um fato – devem limitar-se ao necessário para garantir outros direitos ou interesses constitucionalmente garantidos.

2-) Por outro lado existem diversos motivos pelos quais o Direito Penal Econômico deve responder a exigências acrescidas de intimidação e dissuasão. O primeiro deles é a menor visibilidade dos respectivos delitos, tanto no que diz respeito ao seu cometimento quanto aos seus efeitos. Depois o elevado status econômico-social da maioria dos agentes que cometem esse tipo penal, que lhes confere lugar de privilégio no processo de seleção ou recrutamento da delinqüência. Por último as dificuldades de

¹³⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo. Breves considerações sobre o fundamento, o sentido e a aplicação das penas em direito penal econômico. *in Temas de Direito Penal Econômico*. Org. Roberto Podval. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p.126.

se obter prova judiciária o que acaba levando a um número excepcionalmente alto de absolvições.

Tais constatações levam à fundada conclusão de que o delinqüente econômico tem uma esperança maior que a do criminoso comum que poderá espaçar à punição. O autor, no entanto, não acredita que esse panorama seja suficiente para abandonar a idéia da prevenção geral em favor de uma prevenção de pura intimidação.

A conclusão do autor é a de que o ponto de partida de fundamentação da pena deve ser, também no Direito Penal Econômico, a idéia de prevenção geral positiva ou de integração. Só que o nível necessário e legítimo dessa prevenção geral positiva pode, em muitos domínios deste direito ser superior àquele com que se basta o Direito Penal Geral. Por esse motivo nos crimes do Direito Penal Econômico existe um papel mais importante dos elementos de intimidação e dissuasão.

Para Jorge de Figueiredo Dias não existe nada menos exato do que pretender que, em Direito Penal Econômico, as condutas proibidas sejam neutras do ponto de vista axiológico. As que o sejam não devem pertencer ao corpo do Direito Penal Econômico, nem devem ser sancionadas com penas. As infrações do Direito Penal Econômico dizem respeito a verdadeiros bens jurídicos e a valores jurídico-constitucionais de natureza econômico-social, sendo, portanto, axiologicamente significativas. Logo, nelas a censura da culpa se justifica.

Quanto à questão da dificuldade de se conseguir provar judicialmente o delito econômico, o autor apresenta duas propostas: A primeira consiste em formar uma técnica legislativa adequada de transformações das incriminações, chamadas de perigo abstrato, que só visam a proteção de bens jurídicos individuais, em verdadeiros delitos de desobediência, que protegem ou promovem imediatamente bens jurídicos sociais. A segunda proposta consiste em estabelecer o princípio da responsabilidade das pessoas jurídicas em direito penal econômico – o que facilitaria a comprovação da culpa, que na verdade está relacionada a

pessoa jurídica como tal e não apenas as pessoas físicas que em seu nome atuam.

Para o jurista a culpa no direito penal econômico não deve ter o caráter limitador, como ocorre no direito penal geral, mas sim *um verdadeiro caráter fundamentador e constitutivo da responsabilidade do agente e revelador da razão da censura social de que tornou passível pela sua atuação*¹³⁷.

No que diz respeito a prevenção especial¹³⁸, também é visível a diferença das sanções no Direito Penal Econômico em relação as do Direito Penal Geral, pelo menos sob dois pontos de vista: Primeiramente percebe-se que um efeito positivo da prevenção especial é bem mais facilmente alcançável no Direito Penal Econômico do que no Direito Penal Geral. Para isso contribui a circunstância de a estigmatização derivada da pena possuir menor suscetibilidade de pôr em causa a *self-image* do delinqüente como pilar de respeitabilidade: segundo o autor neste caso a reação normal à aplicação da pena será uma atitude de indignação moral e de negação ou neutralização da culpa, ou de vergonha e de humilhação. O receio da má publicidade fará com que o delinqüente no futuro se afaste do crime, antes que nele persista.

Por outro lado, enquanto no direito penal geral defende-se a dignidade da pessoa, o humanitarismo, o que acaba levando a uma restrição e até mesmo a inaceitabilidade de penas com efeito de incapacitação, isso não ocorre no Direito Penal Econômico, e mais ainda, quando se fala em sanções para as pessoas jurídicas a própria pena de morte – o encerramento definitivo da empresa ou a dissolução da pessoa jurídica – não encontra objeções principiológicas.

Em segundo lugar, muito se tem discutido a respeito da função (re)socializadora da pena no Direito Penal Econômico. O argumento

¹³⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo. Breves considerações sobre o fundamento, o sentido e a aplicação das penas em direito penal econômico. *in Temas de Direito Penal Econômico*. Org. Roberto Podval. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 129.

¹³⁸ Vide item 2.3 do capítulo I

utilizado por aqueles que não acreditam na (re)socialização deste tipo de criminoso, onde nos incluímos, é simples: não tem qualquer sentido tentar a socialização de pessoas que, devido ao seu *status* econômico, social, a respeitabilidade que reveste seu modo de vida, já possuem alto grau de socialização e não precisariam, por isso, passar por uma estratégia de “recuperação social”.

Dias não concorda com esse argumento, para ele o crime econômico revela um defeito de socialização, que não tem a ver com a estabilização da inserção social do delinqüente na comunidade, mas com a sua atitude pessoal perante uma orientação estatal em matéria sócio-econômica. Em vista de tal defeito se torna uma obrigação para o Estado proporcionar ao delinqüente o máximo de condições favoráveis para que, no futuro, não volte a delinqüir. Por esses motivos é que a função (re)socializadora da pena teria mais sentido no Direito Penal Econômico, ocasionaria um maior sucesso, do que quando aplicada ao Direito Penal comum,

O autor chama, então, a atenção para a seguinte indagação: De que modo as aludidas diferenças na concepção do fundamento e do sentido das sanções do Direito Penal Econômico se refletem concretamente na conformação prática da vida jurídica? Uma resposta para essa pergunta pode ser dada à luz das operações judiciais de escolha e de determinação da medida da pena. Dias destaca, então, dois pontos:

1-) No que diz respeito à escolha da pena aplicável. Uma parte da doutrina germânica acredita que nessa fase o juiz deve servir-se somente de pontos de vista de prevenção, e não de retribuição da culpa, essa teoria é chamada de “teoria do valor de posição”. Para Dias a idéia parece de duvidosa procedência no Direito Penal Econômico, onde, como já dito, se fazem sentir acrescidas exigências de retribuição da culpa, com as conseqüentes implicações no nível de prevenção de integração necessário para defesa da ordem jurídica e reforço dos modelos desejados de comportamento.

Para o autor na escolha entre a prisão e a pena de multa seria compreensível que o juiz preferisse aquela a esta com muito mais frequência do que no Direito Penal Geral. Isso ocorre porque a prisão, no que diz respeito ao delinqüente econômico, não terá o mesmo efeito criminógeno que possui em relação ao delinqüente comum: porque as técnicas de aprendizagem não podem ser transmitidas ou desenvolvidas na prisão; porque não haverá que se temer os efeitos negativos irreversíveis da experiência prisional, que em geral é fruto da estigmatização, da distância social, da falta de oportunidades legítimas, da aquisição de uma identidade, da entrada em uma carreira delinqüente.

Por essas razões o autor afirma que perderiam força os argumentos contras as penas curtas de prisão. Dias deixa claro que não advoga o *sharp-short-shock* da pena curta de prisão contra todos os delinqüentes de elevado status sócio-econômico. Para ele o que está em questão não é o estatuto pessoal do agente mais a natureza da infração que praticou. O autor não admite que um juiz aplique uma pena curta de prisão ao responsável de um pequeno acidente de viação só porque é um *white-collar*, quando ao *blue-collar*, nas mesmas circunstâncias, aplicaria uma pena de multa. Mas já seria possível compreender a diferença de tratamento se se tratasse da fraudulenta, ainda que pequena, degradação da qualidade de um produto alimentar ou medicamentoso. Porque se conhece a facilidade com que a multa é integrada no cálculo dos potenciais delinqüentes, de modo que os ganhos com o crime acabam excedendo os custos da pena, ou que os efeitos desta se repercutam sobre os operadores econômicos situados sobre os consumidores. O que significaria uma afronta ao princípio da natureza pessoal da responsabilidade penal e ao mais elementar sentimento de justiça, uma vez que por essa via acabam uns sendo penalizados por fatos de outros.

Dias afirma que não deseja, com esse posicionamento, invalidar o papel da multa no Direito Penal Econômico, já que no que diz respeito às pessoas jurídicas ela tem que ser a pena-regra. O que ele pretende é

sublinhar o especial papel e aptidão que neste domínio cabe à pena de prisão, em vista de desencadear a transformação das representações coletivas e da consciência comunitária face ao crime econômico.

2-) Uma vez escolhida a pena o juiz deverá determinar a sua medida concreta. Nesse ponto também devem ser reconhecidas particularidades do Direito Penal Econômico. Dias parte da idéia de que também neste domínio a pena da culpa pode oscilar dentro de certos limites. Para ele no Direito Penal Econômico, diferentemente do que ocorre no direito penal comum, não se pode afirmar que a pena a ser fixada concretamente, dentro daqueles limites, precisa atender às exigências da prevenção especial mas não às da prevenção geral. Pode acontecer que só uma certa quantidade de pena permitida pela culpa cubra as necessidade de prevenção geral positiva e as legítimas exigências de intimidação que dentro daquela se fazem sentir; e, *especialmente, que só ela permita à pena contribuir para a transformação necessária das representações e da consciência comunitárias face a atividades anti-econômicas*¹³⁹.

Dias afirma que não pretende com isso excluir a possibilidade do juiz impor, em nome de uma prevenção especial, uma pena inferior ao limite mínimo ditado pela culpa. Mas isso só deverá ocorrer excepcionalmente e poderá até ser legitimamente proibido pela lei em determinados âmbitos do Direito Penal Econômico. Isso de acordo com a idéia de que o direito penal econômico não protege apenas bens jurídicos, mas também visa a promoção de valores econômico-sociais no seio da comunidade. O que não será possível é que a proibição vá tão longe que impeça a proporcionalidade entre a pena e a infração, quando esta seja de pequena gravidade. Nesse caso estar-se-ia ultrapassando o limite máximo permitido pela culpa, em homenagem a razões de pura prevenção geral negativa ou de intimidação, o que seria até inconstitucional, por violar os princípios da culpabilidade e da proporcionalidade.

¹³⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo. Breves considerações sobre o fundamento, o sentido e a aplicação das penas em direito penal econômico. *in Temas de Direito Penal Econômico*. Org. Roberto Podval. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 133.

O autor termina sua exposição retornando ao princípio do texto quando fez a seguinte indagação: “*Haveria, no sentido e na aplicação das penas em direito penal econômico, algo que as constringuisse das sanções do direito penal geral?*”. A resposta, segundo o jurista, pode ser afirmativa, sem se tornar necessário abandonar os princípios gerais do direito penal. E pode ser positiva pelos seguintes motivos:

1. O nível exigido de prevenção geral positiva ou de integração será muito mais elevado na maioria dos casos.
2. As exigências de retribuição da culpa fazem-se sentir com especial intensidade.
3. A realização das finalidades de prevenção especial e a estratégia de (re)socialização são particularmente favoráveis.
4. A preferência pela pena de prisão – mesmo sendo elas curtas –, em confronto com a pena de multa, aparece como recomendável em uma gama maior de hipóteses.
5. São maiores as expectativas de evitar o efeito criminógeno da pena privativa de liberdade.

Esses são os argumentos de um doutrinador extremamente respeitado, que não poderiam deixar de serem analisados, no entanto, *data maxima venia*, não se coadunam com a realidade brasileira e por tal motivo passaremos em seguida a análise, a meu ver, mais recomendável da pena no direito penal econômico.

3.3. A Realidade Brasileira.

Já discutimos no item anterior acerca da problemática da autonomia do Direito Penal Econômico em relação ao Direito Penal Comum. Apesar de, indubitavelmente existirem diferenças entre os dois, isso não significa dizer que o Direito Penal Econômico constitua um ramo à parte do direito penal comum, até porque a essência é a mesma: são condutas previstas em lei como crime, em decorrência do entendimento do legislador que, para

proteger determinados bens jurídicos, tipificou ações e previu penas. Assim, o Direito Penal Econômico insere-se dentro do direito penal como um todo, não se podendo separá-los totalmente. Segundo Carlos Martínez-Buhan Pérez:

“quando a doutrina se refere a expressão ‘direito penal econômico’, isso não significa dizer que se está indicando um direito penal ‘distinto’, mas sim é feita uma qualificação em decorrência da peculiar natureza do objeto que se pretende tutelar”¹⁴⁰.

Segundo Luciana Boiteux¹⁴¹, o mais correto é considerar o Direito Penal Econômico como sendo regido pelos mesmos princípios jurídico-penais que o direito penal comum, bem como por idênticas instituições dogmáticas. Assim, por mais que se trate de uma categoria delitiva com determinadas peculiaridades e características que permitam individualizá-la e diferenciá-la, em parte, dos grupos delitivos que tradicionalmente se encontram inseridos no denominado direito penal clássico, isso não isola o direito penal econômico dos princípios básicos e da estrutura dogmática do direito penal *lato sensu*.

Apesar de ser necessário repensar algumas categorias do direito penal econômico, pela sua própria especificidade, como, por exemplo, a responsabilidade penal da pessoa jurídica, e também algumas formas de imputação, o que se defende é a necessidade da manutenção de princípios básicos de direito penal, principalmente com relação a medidas restritivas de liberdade, em decorrência da necessidade de limitação do poder punitivo.

Desta forma, se rejeita até mesmo a idéia de autonomia relativa, tendo em vista o perigo de se estabelecer para uma nova categoria de delitos um sistema diverso com vistas a permitir uma suposta eficácia e a prevenir a impunidade, abrindo mão de conquistas históricas do direito penal

¹⁴⁰ MARTINEZ-BUJAM PÉREZ, Carlos, Derecho Penal Económico: parte geral. Valencia: Tirant lo blanch, 1998, p. 20, tradução livre. Apud Boiteux, Luciana. Uma visão crítica sobre as Penas e seus Fundamentos em Direito Penal Econômico. In *Direito Penal Tributário*, Editora Quartier Latin: São Paulo, 2007, p.180

¹⁴¹ BOITEUX, Luciana. Uma visão crítica sobre as Penas e seus Fundamentos em Direito Penal Econômico. In *Direito Penal Tributário*, Editora Quartier Latin: São Paulo, 2007, p.181

compreendido como *ultima ratio*. Sob pena de um retrocesso do próprio direito penal, há princípios básicos que não podem ser desconsiderados a pretexto de combater determinado tipo de criminalidade.

A impressão que se tem é que na vontade descontrolada de querer se punir a qualquer preço, alguns doutrinadores desconsideram por completo institutos seculares, frutos de conquistas históricas, que não devem e não podem ser flexibilizados em nome de uma punição exemplar, que visa única e exclusivamente saciar os anseios de uma sociedade incapaz de compreender a importância dessas conquistas.

É preocupante a possibilidade de que, para punir as novas formas de criminalidade, tais modificações consideradas mais eficazes, acabem alcançando o núcleo do direito penal clássico. Os representantes da Escola de Frankfurt criticam abertamente essa expansão do Direito Penal rumo ao funcionalismo, que busca exclusivamente uma defesa eficaz da sociedade, em especial quando se sacrifica as garantias essenciais do Estado de Direito.

Hassemer¹⁴², um dos mais conhecidos autores dessa Escola, alerta para o perigo da perda dessas garantias penais conquistadas arduamente, bem como da excessiva criminalização e abandono da proposta de um Direito Penal mínimo. Tendo em vista esse panorama atual, Hassemer propõe que determinadas condutas saiam do âmbito penal (notadamente aqueles crimes que tutelem bens jurídicos supraindividuais), e passem a ficar sob a égide de um “Direito de Intervenção”, que estaria “umbicado entre o Direito Penal e o Direito sancionador Administrativo, entre o Direito civil e o Direito público, com um nível de garantias e formalidades processuais inferior às do Direito penal, mas também com menos intensidade nas sanções que possam ser impostas aos indivíduos¹⁴³”.

¹⁴² HASSEMER, Winfried, MUÑOZ CONDE, Francisco. *La responsabilidad por el producto en derecho penal*. Valencia: Tirant no blanch, 1995, p. 46. apud BOITEUX, Luciana. Uma visão crítica sobre as Penas e seus Fundamentos em Direito Penal Econômico. In *Direito Penal Tributário*, Editora Quartier Latin: São Paulo, 2007, p.182

¹⁴³ HASSEMER, Winfried, MUÑOZ CONDE, Francisco. *La responsabilidad por el producto en derecho penal*. Valencia: Tirant no blanch, 1995, p. 46. apud BOITEUX, Luciana. Uma visão

Se tivéssemos que admitir a idéia de autonomia do direito penal econômico, talvez a posição mais acertada e cautelosa seria a de Hassemar, em contraposição àquela adotada por Figueiredo Dias¹⁴⁴, por exemplo. Muito embora se considere que, essencialmente, nada difere o Direito Penal Econômico do Direito Penal como um todo, visto que se trata apenas de uma nova categoria de delitos que deve se submeter aos princípios e garantias do Direito Penal clássico.

3.3.1. Os fundamentos da pena no Direito Penal Econômico.

Segundo Zaffaroni, “*por se o direito penal caracterizado pela pena, deve-se começar-se por expor o que se pensa a respeito dela, posto que daí partirá a concepção que se tenha acerca de todo o direito penal*”¹⁴⁵. Logo não podemos discordar que a importância de se questionar a fundamentação da pena em direito penal econômico está na importância desta para o direito penal.

As teorias que tratam das finalidades da pena já foram exaustivamente analisadas no primeiro capítulo. Logo aqui passaremos superficialmente pelo tema.

No final do século XX houve um crescimento da perspectiva funcionalista, refletida na teoria da prevenção geral positiva ou de integração. Nesse sentido a prevenção geral adquiriu uma forma positiva pós-moderna, defendida como integração ou prevenção, nas variações

crítica sobre as Penas e seus Fundamentos em Direito Penal Econômico. *In Direito Penal Tributário*, Editora Quartier Latin: São Paulo, 2007, p.183

¹⁴⁴ Para este autor a autonomização do direito penal econômico seria positiva “*se pensada em termos relativos, legitimada à luz da dupla função, pessoal e comunitária, desempenhada pela personalidade do homem no contexto do Estado de Direito e traduzida numa ordem legal dos bens jurídicos de índole específica. Numa ordem legal que tem por critério a ordem axiológica que preside aos direitos sociais e à organização econômica e que, no plano das sanções, impõe critérios mais estritos – e, em certos casos, mesmo mais severos – de aferição e aplicação*”. (Dias, Jorge de Figueiredo. Breves considerações sobre o fundamento, o sentido e a aplicação das penas em direito penal econômico. *in* Temas de Direito Penal Econômico. Org. Roberto Podval. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 135)

¹⁴⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 115.

relativa de Roxin¹⁴⁶ e absoluta de Jakobs¹⁴⁷. Essa corrente justifica a pena com base na “necessidade de proteção de bens jurídicos”, visando “reforçar em vista de uma eficaz defesa da ordem jurídica a conservação ou reforço da norma violada pelo crime, como modelo de comportamento das pessoas na interação social”, figurando a culpa “como um dos fundamentos irrenunciáveis da aplicação de qualquer pena”¹⁴⁸.

Assim, a função preventiva da pena pode ser entendida como proteção da ordem jurídica diante da violação a bens jurídicos tutelados, reacentuando-se a função do direito penal como tutela subsidiária de bens jurídicos.

No Brasil, como já sabemos, mesclam-se as noções retributivas e utilitárias da pena, oficializando-se o discurso que atribui determinadas funções à pena. Em geral, sustentam as teorias ecléticas que a prevenção deve ser entendida como exemplaridade (prevenção geral e positiva) e, de maneira secundária, como intimidação (prevenção geral negativa)

Vale também lembrar o sentido crítico dado a pena por Zaffaroni. Para este autor da teoria agnóstica¹⁴⁹ da pena qualquer função da pena é negada, especialmente aquelas expressas no discurso oficial da retribuição e de prevenção geral e especial, com o objetivo de ampliar a segurança jurídica de todos os habitantes, mediante à redução do poder punitivo e ampliação do Estado de Direito, com a negação da legitimidade de um Estado de polícia.

Relembradas em termos gerais as teorias das penas, falta analisar os reflexos destas na fundamentação da pena em direito penal econômico. Já analisamos no item anterior o posicionamento de Jorge de Figueiredo Dias para quem a pena é fundamentada com base na prevenção geral positiva de integração. Defende o mesmo autor, ainda, a idéia de que a prevenção

¹⁴⁶ Vide pag. 23.

¹⁴⁷ Vide pag. 21.

¹⁴⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo. Breves considerações sobre o fundamento, o sentido e a aplicação das penas em direito penal econômico. *in Temas de Direito Penal Econômico*. Org. Roberto Podval. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p124.

¹⁴⁹ Vide fls. 9 e 10.

especial seria mais fácil de se alcançar no direito penal geral do que no direito penal econômico. Tal afirmação se justifica pela possibilidade de o delinqüente econômico subtrair-se do efeito estigmatizante da pena, motivo pelo qual entende que a culpa em direito penal econômico não deve ter apenas o caráter limitador que, em nome da garantia dos direitos do cidadão, por muitos lhe é hoje atribuído no direito penal geral.

Como já visto Dias conclui que no direito penal econômico deve ser dada prioridade a pena privativa de liberdade, mesmo que de curta duração, ao invés da aplicação da pena de multa. Pedindo *venia* ao Ilmo. autor não há como se concordar com essa posição. Primeiramente por uma questão principiológica, pois tal discurso acaba por legitimar o poder de punir e a prisão como pena. Ao apontar para a maior necessidade de integração e reforço da fidelidade à norma em Direito Penal Econômico acaba por aumentar o alcance da esfera punitiva. Esta defesa advogada por Dias acaba por deixar transparecer o quão repressivo pode ser o discurso da prevenção geral positiva, que nada tem de limitador, uma vez que amplia a repressão e ainda aponta para a necessidade de maior estigmatização ao criminoso do crime econômico como meio para se alcançar um fim, qual seja, o aumento da fidelidade do sistema. A idéia de prevenção, além de legitimar o sistema penal, muito se aproxima da idéia de intimidação, como forma de dissuadir o delinqüente potencial¹⁵⁰.

Em oposição a concepção defendida pelo doutrinador português, defende-se que o direito penal, seja ele econômico ou geral, possui um caráter subsidiário e última *ratio*, por ser a forma menos eficaz de lidar com o crime em geral, motivo pelo qual deve-se privilegiar a prevenção por meio de mecanismo não penas de controle social. Especialmente no Brasil que, ao contrário de Portugal, não possui um direito de contra-ordenações¹⁵¹, o que se vê é uma tendência do legislador de criminalizar

¹⁵⁰ BOITEUX, Luciana. Uma visão crítica sobre as Penas e seus Fundamentos em Direito Penal Econômico. In *Direito Penal Tributário*, Editora Quartier Latin: São Paulo, 2007, p.190.

¹⁵¹ O sistema de contra-ordenações existe em Portugal, Áustria e Alemanha. No direito português configura um ilícito de mera ordenação social, que está situado entre o direito penal e o

várias condutas econômicas. Por trás da função declarada da redução da impunidade de crimes econômicos, com base na idéia de igualdade material da atuação do sistema penal, tenta-se camuflar a desigualdade real presente no sistema penal Brasileiro.

Por tal motivo, diante da realidade do Brasil, a professora Luciana Boiteux considera temerário o afastamento do Direito Penal Econômico da linha mestra do Direito Penal comum, com suas conquistas e garantias e, especialmente, da perspectiva limitadora do poder de punir¹⁵².

Além disso, a verdade é que não existe nenhuma diferença marcante, quanto aos fins e fundamentos da pena em direito penal econômico, que possam levar a criação de uma teoria diversa daquela do direito penal clássico, razão pela qual deve ser também rechaçada a função de intimidação e dissuasão ou coerção psicológica atribuída a pena. Primeiramente porque a idéia de prevenção geral negativa de intimidação é muito próxima da idéia de um direito penal simbólico¹⁵³, que pode se transformar em um direito penal do terror, opção duramente criticada por Hassemer, que conclui que: *“si las descripciones de la teoria de la prevención general sobre el efecto intimidatorio del Derecho penal fueran correctas, ya no existiría en nuestra cultura jurídica centroeuropea un sistema jurídico penal”*¹⁵⁴.

A idéia da prevenção geral negativa pela intimidação concretamente se apresenta como de impossível realização prática, em razão de seu imediatismo, da falsa imagem criada e da carência de fundamento lógico ou empírico que o sustenta. Parafraseando Hassemer, se nem na Europa Central altamente desenvolvida e rica, com estabelecimentos prisionais

administrativo, e sujeita o seu autor à aplicação de uma coima, que possui características próprias e se diferencia tanto da pena criminal, como da multa, administrativa ou penal.

¹⁵² BOITEUX, Luciana. Uma visão crítica sobre as Penas e seus Fundamentos em Direito Penal Econômico. In *Direito Penal Tributário*, Editora Quartier Latin: São Paulo, 2007, p.195.

¹⁵³ É um direito penal que abandona sua característica instrumental, de proteção de bens jurídicos, para assumir funções simbólicas promocionais; sendo excessivamente intervencionista e preventivo, impondo medo na população e oferecendo a ilusão da garantia da tranquilidade social por meio do aumento da esfera do controle punitivo. Cf. Toron, Alberto Zacharias. Crimes Hediondos: o mito da repressão penal: um estudo sobre o recente percurso da legislação brasileira e as teorias da pena. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 140.

¹⁵⁴ HASSEMER, Winfried. *Fundamentos del Derecho Penal*. Barcelona: Bosch, 1984, p. 388.

exemplares, uma ordem jurídica admirável, a imposição de uma pena não conseguiu intimidar nem reduzir a prática de crimes, que continuam sendo praticados, que dirá no Brasil que possui um sistema penal falido, fracassado, vergonhoso, além de inúmeros problemas econômicos e sociais.

Nesse sentido vale a lição de Eduardo Correia, que sempre criticou a penalização das atividades econômicas:

“... mais ou menos discricionariamente se enfraquece ou revoga o principio da tipicidade através, v.g, do uso de cláusulas gerais – dando ao direito penal econômico um caráter particularmente intimidativo. E a incerteza que isso implica, reforçado pela severidade das sanções previstas, transformam-no em muitos lados, em pura prevenção geral desaguando, muitas vezes, em terror...”¹⁵⁵.

Já Figueiredo Dias pensa de forma diversa. Para ele o delinqüente econômico “sendo em regra, relativamente ao delinqüente comum, mais racional e calculado, e incorrendo em maiores riscos de degradação de *status* em caso de condenação – pode, em certos casos, deixar-se mais facilmente motivar pela norma¹⁵⁶”.

Também não se pode concordar com essa explanação. Em primeiro lugar porque não se tem a comprovação empírica do efeito intimidatório. A verdade é que, normalmente, o criminoso comum pratica o crime certo de que nunca será descoberto, ou seja, confia na impunidade. Hipoteticamente se nos basearmos no fato de que o criminoso econômico, ainda mais do que o criminoso comum, tem muito mais chances de não ser descoberto, concluiremos que a certeza daquele na impunidade é muito maior. Assim sendo, um criminoso econômico deve se sentir muito menos intimidado pela previsão de sua conduta como crime do que qualquer outro.

Perfeito, sob esse aspecto, o pensamento de Jeffrey Reiman:

“for the same criminal behavior, the poor are more likely to be arrested; if arrested, they are more likely to be charged; if charged more likely to be convicted; if convicted, more likely to be sentenced to prison; and if sentenced,

¹⁵⁵ CORREIA, Eduardo. Introdução ao Direito Penal Econômico. In: Correia, Eduardo *et alli*. *Direito Penal Econômico e Europeu: problemas gerais*. v.I. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 302.

¹⁵⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo. Breves considerações sobre o fundamento, o sentido e a aplicação das penas em direito penal econômico. *in Temas de Direito Penal Econômico*. Org. Roberto Podval. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p127.

*more likely to be given longer prison terms than members of the middle and upper classes*¹⁵⁷”.

Por tudo quanto exposto tem-se por insustentável o argumento de que o medo de ser condenado, preso ou atingido em sua reputação, ou o maior potencial de intimidação causado pela ameaça de pena de prisão possa levar o criminoso do crime econômico a deixar de praticar crimes, sejam eles comuns ou econômicos.

Por isso concordamos com Hassemer quando ele critica o prevalecimento da idéia de prevenção, que no direito penal clássico era considerada mais uma meta secundária da Justiça penal, tendo se transformado em paradigma penal dominante. Assim fica cada vez mais difícil assegurar os princípios da igualdade e do tratamento igualitário¹⁵⁸.

Deste modo, independente de qual for o discurso sobre a pena e mesmo na concepção da prevenção geral positiva limitadora, que vê na culpabilidade do agente o limite preciso da punição e que rejeita a prevenção pela intimidação como fator preponderante na fundamentação da pena, não há como se diferenciar os delitos econômicos dos delitos comuns.

O Direito Penal Econômico deve submeter-se aos mesmos princípios gerais do Direito Penal, dentre os quais poderíamos incluir a fundamentação e os fins da pena, que em nada se diferem do direito penal comum, motivo pelo qual seria completamente razoável advogar uma teoria agnóstica da pena também para os delinquentes do colarinho branco. Pelos mesmos motivos não concordamos que a prevenção especial seja mais facilmente alcançável no direito penal econômico.

De qualquer forma é importante salientar que alguns criminosos do direito penal econômico, podem sim ser carentes de socialização, em alguns crimes por eles praticados, no entanto essa não é uma característica exclusiva ou mesmo típica dos criminosos “comuns”, mas isso não significa que seja razoável aceitar, que em um sistema democrático, se tente

¹⁵⁷ REIMAN, Jeffrey. *The rich and the poor get prison: ideology, class and criminal justice*. Boston: Allyn and Bacon, 1998, p. 103.

¹⁵⁸ HASSEMER, Winfried, Muñoz Conde, Francisco. *La responsabilidad por el producto en derecho penal*. Valencia: Tirant lo blach, 1995, p. 24.

modificar ou reformar pessoas por meio do direito penal. Tampouco a promoção de valores econômico-sociais no seio da comunidade pode ser construída de forma simbólica como defende o discurso integrador.

3.3.2. A pena de prisão nos delitos econômicos.

No Brasil, o direito penal econômico alcança diversas condutas que podiam ser consideradas como contra-ordenações, sendo certo que apesar do direito brasileiro prever determinadas condutas como ilícitos meramente administrativos, não se tem um sistema sancionatório intermediário, que possa servir para retirar da esfera penal determinadas condutas sem legitimidade penal. Para Luciana Boiteux¹⁵⁹, essa é mais uma razão para não se considerar prudente a ampla utilização da pena restritiva de liberdade para delitos econômicos, diante da quantidade de condutas contra o sistema econômico que poderiam ser alcançadas à condição de típicas.

O posicionamento dos autores que são a favor das penas privativas de liberdade para os delitos do direito penal econômico, além de consituir um discurso que legitima a punição, vai contra uma experiência prática que indica o contrário, e, esbarra ainda no fato de que a pena de prisão, desde o início dos tempos, já era criticada severamente por sua inutilidade diante da imposição de um sofrimento estéril, estando profundamente ligada a uma idéia religiosa de penitencia e arrependimento através da reclusão celular.

Além de tudo mostra-se inútil e cara, mesmo em casos extremos. A simples imposição de uma pena de prisão não intimida nem previne outras infrações, nem tem condições de reparar os danos causados, representando, na prática, uma ação simbólica estéril.

A ampla utilização da pena de prisão no direito penal econômico, sob a justificativa da intimidação ou de reforço da fidelidade à norma, acabaria por violar o principio penal básico da igualdade. Sob a alegação de

¹⁵⁹ BOITEUX, Luciana. Uma visão crítica sobre as Penas e seus Fundamentos em Direito Penal Econômico. In *Direito Penal Tributário*, Editora Quartier Latin: São Paulo, 2007, p.196.

corrigir uma desigualdade na administração da justiça penal poderíamos acabar causando outras desigualdades. No intuito de se buscar a igualdade material injustiças podem ser cometidas.

Nesse sentido “*a reação legal não pode, por isso, como já escrevemos, ser dominada por uma idéia de intimidação (...) a idéia de adequação referida envolve, em si, o pensamento da subsidiariedade do direito penal no domínio econômico. Nesta linha, certas sanções penais só deverão ser utilizadas quanto outro tipo de sanção for insuficiente ou inexecutável*¹⁶⁰”. E tendo em vista a especificidade dos delitos econômicos, com seus tipos abertos e punição pelo perigo em abstrato, continua Eduardo Correia apontado “*que é contra toda a nossa tradição jurídica e constitucional aplicar penas privativas de liberdade com base em soluções ficcionadas, como é, por exemplo, o caso, recomendado por certos autores, de ser bastantes a negligencia grosseira, quando o dolo, porventura, direito, se exija como elementos subjetivo do crime e não se conseguem dele provas*¹⁶¹”.

Por tudo quanto dito e principalmente diante da realidade brasileira é impossível advogar a pena privativa de liberdade para os crimes do direito penal econômico. Quanto aos efeitos criminógenos da pena, provavelmente esses delinquentes não seriam tão suscetíveis quanto os presos por crimes comuns. No entanto, mesmo quando se trata dos crimes do direito penal comum, só recomendamos a pena de prisão como última opção, quando, de fato, não houver outra solução possível. Como poderíamos então eleger sua ampla utilização nos crimes econômicos? Seria uma imensa contradição, já que é público e notório que a prisão não serve aos fins declarados por seus defensores.

Além de tudo, Luciana Boiteux ainda apresenta o argumento do peso financeiro que é para o Estado o custo de um indivíduo encarcerado¹⁶². Se

¹⁶⁰ CORREIA, Eduardo. Notas críticas a penalização de atividades econômicas. In: *Direito Penal Econômico E Europeu: problemas gerais*. V. I. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 368.

¹⁶¹ *Idem*, p. 373,

¹⁶² BOITEUX, Luciana. Uma visão crítica sobre as Penas e seus Fundamentos em Direito Penal Econômico. In *Direito Penal Tributário*, Editora Quartier Latin: São Paulo, 2007, p.204.

os estabelecimentos prisionais já se encontram mais do que super lotados, não seria no mínimo irresponsável encaminhar ainda mais pessoas para esses locais? A média de custo de um preso é de 5,5 salários mínimos, ou seja, aproximadamente R\$ 3.000,00 (três mil reais). Tal verba não seria muito melhor empregada na construção de escolas e hospitais?

O mais impactante é a revelação de que um indivíduo que ao invés de ser encarcerado em uma escola do crime, cumpre pena alternativa, custa tão somente 5% do valor gasto com os presidiários, ou seja, R\$ 150,00 (cento e cinquenta reais). Os dados são da Secretaria Nacional de Justiça, cuja própria secretária à época sustentou a necessidade de uma reforma do sistema prisional, e mais, aponta para a ineficácia das penas de prisão:

“É obrigação do governo apresentar novas alternativas. Hoje, cada preso custa por mês uma média de 5,5 salários mínimos ao Estado”, disse ela. Segundo a secretária, o sistema carcerário é caro e ineficiente. A reincidência é da ordem de 60%, enquanto que nas penas alternativas, cai para 12%¹⁶³”.

Especialmente em um país como o Brasil, que ainda caminha em busca do seu pleno desenvolvimento, a realidade concreta das prisões é profundamente chocante, como já foi diversas vezes comprovado em diversos relatórios de organismos internacionais de Direitos Humanos. Ainda que se pensasse em aumentar o número de vagas, o sistema continuaria deficiente, já que tal medida seria incapaz de acompanhar o aumento da criminalidade.

¹⁶³ **Pena alternativa custa 5% do valor gasto com preso comum - Pedro Soares da Folha Online**, no Rio. O governo gasta com o regime de penas alternativas apenas 5% do necessário para custear um preso em uma penitenciária. A informação é da secretária Nacional de Justiça, Elizabeth Sussekind. De acordo com ela, O regime penitenciário existe há 200 anos e ele não se mostrou eficiente. "É obrigação do governo apresentar novas alternativas. Hoje, cada preso custa por mês uma média de 5,5 salários mínimos ao Estado", disse ela. Segundo a secretária, o sistema carcerário é caro e ineficiente. A reincidência é da ordem de 60%, enquanto que nas penas alternativas, cai para 12%. Ela argumentou que no regime penitenciário normal os criminosos que poderiam ser beneficiados pelo regime alternativo vão para as cadeias e passam a ter contato com criminosos que cometeram delitos mais graves. Elisabeth citou o exemplo dos usuários de drogas que passam a alimentar o tráfico dentro das prisões. Hoje, existem dez escritórios regionais para o desenvolvimento das penas alternativas. Até o final do ano a expectativa é atingir 27, um em cada estado do país.
<http://tools.folha.com.br/print?site=emcimadahora&url=http%3A%2F%2Fwww1.folha.uol.com.br%2Ffolha%2Fbrasil%2Fult96u14569.shtml> – acesso em 06.06.10 às 9:12

Interessante a análise do quadro do Ministério da Justiça respeito da evolução histórica das penas e medidas alternativas no Brasil¹⁶⁴. Os dados mostram que ao longo dos anos a população que cumpre medidas alternativas vem aumentando consideravelmente, até mesmo em relação aos que cumprem penas privativas de liberdade. Outro fato curioso é que aqueles que cumpriram penas alternativas reincidiram significativamente menos do que os que foram para os presídios. O que alimenta ainda mais a tese de que as prisões são, de fato, escolas do crime, e a tão sonhada ressocialização do indivíduo na sociedade é utópica se pensada dessa maneira.

Segundo Julita Lemgruber, especialista em segurança pública, “jamais a privação de liberdade atingiu o objetivo de ressocializar o infrator pela simples razão de que é absolutamente contraditório esperar que alguém aprenda, de fato, a viver em liberdade, estando privado de liberdade¹⁶⁵”. Tal afirmativa não poderia ser mais correta.

Importante também rechaçarmos a política do *sharp-short-shock* defendida por alguns, por sua absoluta afronta ao princípio da igualdade. Essa política de penas privativas de liberdade de curta duração significaria uma ruptura total com o sistema de penas do direito penal comum, refletindo uma desigualdade ainda maior com os delinquentes comuns. Segundo Luciana Boiteux¹⁶⁶ a única justificativa para a aplicação dessas penas, pelos que advogam a tese, seria a maior sensibilidade do delincente econômico à prisão, pelo fato de seu delito ser econômico e sua posição social mais alta.

Com bastante propriedade Luciana Boiteux¹⁶⁷ argumenta que o risco desse tipo de lógica é que poderia se espalhar para o direito penal comum,

¹⁶⁴Vide Anexo.

¹⁶⁵ LEMGRUBER, Julita. *Cemitério dos Vivos: análise sociológica de uma prisão de mulheres*. 2a Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 149.

¹⁶⁶ BOITEUX, Luciana. Uma visão crítica sobre as Penas e seus Fundamentos em Direito Penal Econômico. In *Direito Penal Tributário*, Editora Quartier Latin: São Paulo, 2007, p.196.

¹⁶⁷ *Ibid*, p.200.

para impor aos condenados uma avaliação concreta prévia acerca da sensibilidade de cada um à prisão para só então se determinar a duração máxima de sua pena, ou o tipo de regime que deveria cumprir, o que seria absolutamente inconstitucional. Além disso correr-se-ia o risco de ser atribuída aos criminosos comuns, de forma preconceituosa, uma maior insensibilidade, o que os levaria para a imposição de uma pena ainda mais rigorosa.

Quanto à pena pecuniária, o Direito Brasileiro prevê penas de prisão combinadas com multa para diversos tipos de crimes econômicos¹⁶⁸. Pela previsão legal atual, se o condenado não for reincidente em crime doloso, se o crime for cometido sem violência ou grave ameaça à pessoa, entre outros requisitos, a pena poderá ser substituída, em tese, por penas alternativas¹⁶⁹.

Assim, atualmente, com a previsão em abstrato da pena privativa de liberdade associada cumulativamente à pena de multa nos crimes econômicos previstos no Direito Brasileiro, em quase todos os casos, se a pena for fixada no mínimo, não será possível a condenação ao cumprimento efetivo da pena privativa de liberdade. Trata-se de um critério acertado de política criminal de substituição de pena de prisão por penas alternativas.

¹⁶⁸ Podemos citar como exemplo as seguintes leis: Lei 7.492/86, que tipifica os crimes contra o Sistema Financeiro Nacional, a pena do art. 4º é de 2 a 8 anos de reclusão e multa. Na Lei 8.137/91, que trata dos crimes contra a Ordem Tributária, o art. 1º prevê pena de reclusão de 2 a 5 anos e multa. Por sua vez a Lei 9.613/98, que trata dos Crimes de Lavagem ou Ocultação de Bens, Direitos e Valores, prevê em seu artigo 1º. pena de reclusão de 3 a 10 anos e multa.

¹⁶⁹ CP art. 44: As penas restritivas de direito são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando: I – aplicada pena privativa de liberdade não superiores a 4 (quatro) anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, e o crime for culposo. II – o réu não for reincidente em crime doloso; III – a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente. §1º - vetado. §2º - Na condenação igual ou inferior a um ano, a substituição pode ser feita por multa ou por uma pena restritiva de direitos; se superior a um ano, a pena privativa de liberdade pode ser substituída por uma pena restritiva de direitos e multa ou por duas restritivas de direitos. §3º – Se o condenado for reincidente, o juiz poderá aplicar a substituição, desde que, em face de condenação anterior, a medida seja socialmente recomendável e a reincidência não se tenha operado em virtude da prática do mesmo crime. §4º - A pena restritiva de direitos converte-se em privativa de liberdade quando ocorrer o descumprimento injustificado da restrição imposta. No cálculo da pena privativa de liberdade a executar será deduzido o tempo cumprido da pena restritiva de direitos, respeitado o saldo mínimo de 30 dias de detenção ou reclusão. §5º - Sobrevindo condenação a pena privativa de liberdade, por outro crime, o juiz da execução penal decidirá sobre a conversão, podendo deixar de aplicá-la se for possível ao condenado cumprir a pena substitutiva anterior.

Por tudo quanto exposto, salientando, principalmente, as diferenças sociais da realidade Brasileira em relação aos países europeus, conclui-se no sentido de manter a pena privativa de liberdade como última opção também para os crimes econômicos, devendo-se priorizar sempre as penas alternativas previstas tanto na legislação penal como na nossa Carta Política¹⁷⁰.

3.3.3. As penas alternativas em espécie aplicadas ao Direito Penal Econômico.

Tendo em vista a realidade brasileira e após a leitura atenta a diversos textos sobre o assunto, chegamos a conclusão que a pena privativa de liberdade não cumpre qualquer função penal ou social, o que nos leva a preferência da adoção de penas alternativas como regra.

Não se trata aqui de uma posição elitista, pois do mesmo modo que advogamos as penas alternativas para os crimes econômicos também o fazemos para os crimes comuns, pelo fato de serem mais humanas e proporcionais, além de menos custosas financeira e socialmente, especialmente na redução da reincidência, como já restou comprovado.

3.3.3.1. Da pena de multa.

Os crimes econômicos, sem dúvida alguma, são praticados essencialmente com o intuito de obter vantagem financeira. Tal fato, por si só, já levaria a conclusão de que a pena de multa parece ser a que faz mais sentido na repressão a esse tipo de delito, além da reparação do dano causado como consequência da condenação¹⁷¹, que pode ser aplicada cumulativamente com outros tipos de pena restritivas de direitos.

No entanto a utilização, na prática, da pena de multa tem sido criticada por diversos autores, Jorge de Figueiredo Dias, por exemplo,

¹⁷⁰ Art. 5º, XLVI da Constituição Federal.

¹⁷¹ CP art. 91.

aponta que “*além de inadequada às exigências de prevenção, a multa pode produzir e potenciar as fontes de injustiça (...) facilmente permitirá integrar o risco da multa nos ‘custos’ da empresa ...*”. Como já disto este autor prefere a pena privativa de liberdade à multa pois esta pode acabar sendo “*integrada no cálculo dos potenciais delinquentes, de modo a que os ganhos com o crime excedam os custos da pena*¹⁷²”.

A análise de Luciana Boiteux¹⁷³ sobre o assunto é que a objeção a aplicação da pena de multa se refere mais à forma como ela é aplicada e não a ela em si. Por isso o mais interessantes seria encontrar um meio mais eficaz para a sua aplicação (que não levasse que a multa fosse desconsiderada ou diluída nos custos do negócio), ao invés de preteri-la à pena privativa de liberdade.

No tocante a este tema, Cláudia Santos aponta para a “*previsão de limites máximos para as sanções pecuniárias que impossibilitem cálculos orientados pela idéia de que a infração compensa, dado que o benefício econômico dela retirado é superior ao montante pecuniário que se terá que pagar*¹⁷⁴”, sem que se defenda, obviamente, uma sanção completamente indeterminada.

Luciana Boiteux propõe algo a se pensar: em casos extremos, deveria haver a previsão de um teto bastante alto, dentro do sistema de dias-multa, permitindo ao juiz a fixação da pena em um valor equivalente ou superior ao dano causado pelo delito, desde que essa decisão fosse devidamente fundamentada na circunstância de o dano causado pelo crime ser desproporcional ao máximo da multa prevista em lei¹⁷⁵.

Ressaltando a importância da multa nesses tipos penais Eduardo Correia afirma que “a pena de multa (criminal) aplicável por dias, segundo

¹⁷² DIAS, Jorge de Figueiredo. Breves considerações sobre o fundamento, o sentido e a aplicação das penas em direito penal econômico. *in Temas de Direito Penal Econômico*. Org. Roberto Podval. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 134.

¹⁷³ BOITEUX, Luciana. Uma visão crítica sobre as Penas e seus Fundamentos em Direito Penal Econômico. *In Direito Penal Tributário*, Editora Quartier Latin: São Paulo, 2007, p.205

¹⁷⁴ SANTOS, Claudia Cruz. O crime de colarinho branco, a (des)igualdade e o problema dos modelos de controlo. *In: Temas de Direito Penal Econômico*. Org. Roberto Podval. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 213.

¹⁷⁵ BOITEUX, Luciana. *Op.cit.*, p.206.

os modernos ensinamentos da política criminal, terá e tem, neste campo, uma ampla importância¹⁷⁶”.

O mesmo autor, ao tentar conciliar os defensores das penas curtas de prisão, afirma que:

“a prática, porém, mostra que os tribunais, em face da severidade das penas, tendem para a absolvição. Por outro lado, a aplicação de uma pena severa, mas de forma esporádica, constituiria pura intimidação, contrária à justiça, pelo que se preconiza a ameaça de penas menos severas, mas aplicadas com constância. Aceitando, todavia, que relativamente a determinados tipos de crimes anti-económicos, seja recomendável a cominação de penas curtas de prisão, logo fica em causa o mal deste tipo de reacções que levou à sua condenação pela política criminal. Poderia, porém, pensar-se em admitir a conversão das penas privativas de liberdade em multa sem, todavia, autorizar, nesses casos, a sua suspensão. Haveria ainda o caminho de ameaçar, em alternativa, a prisão, com ou sem multa, ou o uso de qualquer destas penas¹⁷⁷”.

Dessa forma, até mesmo pela essência dos crimes económicos, que é a de obter lucro indevidamente, ressalta-se a importância da aplicação da pena de multa como medida eficaz para a repressão destes tipos. Não se desconhece que o sistema da aplicação da pena pecuniária não é perfeito, no entanto o que devemos fazer é tentar aperfeiçoar tais medidas ao invés de fecharmos os olhos e escolhermos o caminho mais fácil, que é o da pena privativa de liberdade.

3.3.3.2. Das penas restritivas de direitos.

Além da pena de multa o nosso ordenamento é rico em opções de penas restritivas de direito aplicáveis aos crimes do direito penal económico. O importante é que existam diversas opções, para que o juiz ao analisar o caso concreto possa escolher a que se adéque melhor ao caso concreto.

Luciana Boiteux ensina que para as pessoas jurídicas existem alternativas como: advertência, ou seja, uma censura oral solene;

¹⁷⁶ CORREIA, Eduardo. Introdução ao Direito Penal Económico. In: Correia, Eduardo *et alli*. *Direito Penal Económico e Europeu: problemas gerais*. v.I. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 305..

¹⁷⁷ *Ibid*, p. 306.

encerramento temporário ou definitivo do estabelecimento; cassação de licenças ou concessões por determinado período de tempo ou até mesmo definitivamente; exclusão de concursos públicos; publicidade de sentenças; interdição; indenização das vítimas; e até o fechamento da empresa, que por corresponder quase a uma pena capital, deverá ocorrer apenas em último caso, por exemplo quando a criação daquela pessoa jurídica tiver ocorrido exclusivamente para a prática de crimes¹⁷⁸.

Quanto as penas aplicáveis às pessoas físicas existe ainda a prestação de serviços comunitários a entidades públicas; proibição de exercício de função ou profissão, prestação pecuniária a vítimas ou a determinadas instituições carentes, no caso de estarem em jogo direitos difusos ou coletivos.

Com a aprovação da Lei 9.714/98 duas novas formas de penas alternativas foram criadas: a prestação pecuniária e a perda de bens e valores, em complementação às que já eram previstas no código penal, tendo sido ampliada a possibilidade de substituição para os crimes apenados até quatro anos. Tais sanções alternativas podem e devem ser aplicadas aos crimes econômicos.

Ao contrário do que podem pensar alguns, não acreditamos ser uma tarefa simples a implementação dessas penas alternativas. Estas requererem uma estrutura administrativa muito mais organizada e estruturada do que a que possuímos, enquanto a prisão é muito mais “simples”, especialmente no formato atual em que o que temos é um verdadeiro depósito de pessoas. Por outro lado não se pode esquecer que a “prisão, em última análise, é um instrumento simples de controle físico. Criar alternativas exige muito mais flexibilidade, variedade e tolerância¹⁷⁹”. Além disso, a população pouco esclarecida, em relação à eficiência e eficácia das penas alternativas, acredita que só há pena quando existe prisão, e infelizmente, alguns juízes também. No entanto, tanto para os crimes comuns como para os crimes

¹⁷⁸ BOITEUX, Luciana. Uma visão crítica sobre as Penas e seus Fundamentos em Direito Penal Econômico. In *Direito Penal Tributário*, Editora Quartier Latin: São Paulo, 2007, p.208.

¹⁷⁹ LEMGRUBER, Julita. *Cemitério dos vivos*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 158.

econômicos é preciso pensar em medidas racionais cuja eficácia possa ser comprovada empiricamente, o problema é que parece não haver um esforço das instituições para realizar essas práticas¹⁸⁰.

Um grande problema hoje é a influência da mídia, este órgão emite juízos de valor que acabam por condenar o indivíduo antes mesmo da sentença¹⁸¹. A impressão que se tem é que o poder público se deixa tomar por paixões de momento, e em diversas situações realiza medidas completamente anti-jurídicas com o único objetivo de acalmar o ânimo da população. O direito não pode ser casuístico, não pode se amoldar à pressão de uma população que não entende o sistema penal. O dever do Estado, enquanto judiciário e legislador, é seguir a Constituição e não forçar interpretações absurdas que levam à resolução apenas momentânea de problemas estruturais.

Com propriedade Luciana Boiteux conclui que a simples crença em um imaginário popular que atribui à prisão o efeito de intimidar as pessoas a não praticarem crimes não parece sólida o suficiente para que se defenda a pena privativa de liberdade como prioritária em crimes econômicos. É preciso experimentar alternativas mais humanas e menos onerosas e que causem menos danos à pessoa do condenado¹⁸².

3.3.3.3. Da pena de confisco ou perda de bens.

Esta pena vem sendo bastante discutida no que tange à repressão aos crimes de tráfico de entorpecentes e a lavagem de dinheiro. Abrange tanto o lucro ilícito obtido com a conduta criminosa como também os proveitos ou bens adquiridos com o produto do crime.

¹⁸⁰ BOITEUX, Luciana. *Op.cit*, p.209.

¹⁸¹ Podemos citar como exemplo o caso da prisão preventiva do banqueiro Daniel Dantas que mais parecia uma série policial do que qualquer outra coisa. Outros exemplos relativos ao direito penal comum, que levaram a indubitáveis prejuízos para a defesa, foram o do casal Nardoni, condenados pela população antes mesmo do veredicto do júri, e mais recentemente o da procuradora aposentada Vera Lucia Sant'Anna Gomes, que teve seu rosto estampado na primeira página dos jornais com o anúncio de procura-se.

¹⁸² BOITEUX, Luciana. Uma visão crítica sobre as Penas e seus Fundamentos em Direito Penal Econômico. *In Direito Penal Tributário*, Editora Quartier Latin: São Paulo, 2007, p.210.

Possui, portanto, grande importância não apenas o confisco como pena, mas também a apreensão e a perda dos bens ou objetos obtidos com o crime, pois são medidas que poderão alcançar a conduta criminosa em diferentes esferas. Além de punir-se o criminoso, neutralizam-se os ganhos que este tem com o delito. No Brasil este tipo de pena está prevista no art. 5º, XLVI da Constituição Federal, no entanto até hoje não há lei ordinária prevendo esta modalidade.

No caso das pessoas jurídicas, especialmente, o confisco de propriedades e de bens móveis de valor pode servir inclusive para o Estado combater o crime em si, aumentando a arrecadação de recursos pelos próprios objetos e bens utilizados na prática criminosa.

No Congresso da Associação Internacional de Direito Penal, realizado em Budapeste em 1999, que teve como tema o Crime Organizado, a pena de confisco foi amplamente defendida. A esse propósito, foi redigida a seguinte resolução:

“in sanctioning organized crimes, confiscation of assets, including derivative profits, is a useful instrument for retrieving illicit gains and for reducing the operational basis of criminal associations. Confiscation should be treated as criminal sanction, not as “preventive measure”... To the extent that confiscation exceeds the offender’s net gains from his crime, confiscation should be regarded as part of the criminal penalty for purposes of determining the proportionality of the sanction to the offense¹⁸³”.

Luciana Boiteux adverte, que, por outro lado, a previsão da pena de confisco nos crimes econômicos deve ser detalhadamente regulamentada, de forma a não violar o princípio da proporcionalidade, nem correr o risco de atingir o patrimônio do condenado além dos lucros obtidos com o crime, devendo haver cuidado na sua aplicação. Tal porém, no entanto, em nada reduz a vantagem da previsão desse tipo de pena, diante da especialidade dos delitos econômicos e do objetivo da reparação de danos¹⁸⁴.

¹⁸³ In: newsletter 1999/2, International Association of Penal Law, dezembro de 1999, p. 59.

¹⁸⁴ BOITEUX, Luciana. Uma visão crítica sobre as Penas e seus Fundamentos em Direito Penal Econômico. In *Direito Penal Tributário*, Editora Quartier Latin: São Paulo, 2007, p.209.

4. Conclusão

Quanto às teorias que cuidam da finalidade da pena, após a leitura de tantos textos doutrinários sobre o assunto, àquela que nos pareceu mais adequada à realidade, foi, sem dúvida, a teoria agnóstica da pena. Zaffaroni expõe uma teoria que acima de tudo é condizente com a realidade, não é utópica, ingênua, é mais do que qualquer coisa uma teoria real. A teoria agnóstica da pena permite enxergá-la esta como ela realmente é: um ato de poder que só tem explicação política. Já dizia Tobias Barreto que “o conceito de pena não é um conceito jurídico, mas um conceito político (...) quem procurar o fundamento jurídico da pena deve procurar também, se é que já não encontrou, o fundamento jurídico da guerra¹⁸⁵”.

A crítica que se faz as teorias retributivas e preventivas gerais, positivas ou negativas, é que elas acabam, de qualquer modo, ampliando a esfera do poder punitivo. Não se desconhece que o artigo 59 do Código Penal adotou os critérios de retribuição e prevenção para fundamentar a aplicação da pena, assim como se percebe claramente a prevenção especial no artigo 1º da LEP. Assim sendo, não poderíamos sustentar uma teoria agnóstica para a realidade brasileira, uma teoria que admite não conhecer qualquer função à pena. No entanto, a proposta de Zaffaroni parece ideal: devemos realizar sempre uma interpretação progressiva da lei. Se diversos ramos das ciências sociais já comprovaram que a prisão nunca conseguiu “proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado”, porque insistir em uma finalidade irrealizável?

Mais especificamente quanto ao Direito Penal Econômico a conclusão é simplesmente a mesma. Já percebemos que apesar das especificidades dos crimes econômicos, a sua essência é idêntica à do direito penal comum. Todas as garantias conquistadas durante tantos anos devem, também, ser aplicadas ao Direito Penal Econômico. Com isso temos

¹⁸⁵ BARRETO, Tobias apud Zaffaroni *at alli Direito Penal Brasileiro* vol. I, p. 109.

que os fundamentos e os fins da pena neste ramo do Direito Penal são os mesmos do Direito Penal comum. Assim, também defendemos que nesses delitos as sanções não devem se basear na idéia de retribuição ou de prevenção, afinal qualquer uma dessas teorias de alguma forma legitima o poder punitivo do Estado.

Neste ponto, a administrativização do Direito Penal é uma alternativa extremamente interessante. A proposta de Silva Sanchez é que determinadas condutas saiam da esfera de proteção do Direito Penal e passem a ser tuteladas pelo Direito Administrativo. No tocante aos crimes econômicos essa alternativa nos parece bastante positiva. Como se sabe, a atuação do Direito Penal deve ser residual e, por isso, sempre devemos tecer considerações acerca da sua necessidade. Seria, pois, necessário tutelar os delitos econômicos por meio de leis penais?

É importante perceber que a criminalização de uma conduta que ofenda bens ou valores fundamentais de forma grave só faz sentido se não se pode resolver esse conflito de outra maneira, menos onerosa, já que o direito penal restringe direitos, liberdades e garantias do indivíduo.

Acreditamos que a administrativização do Direito Penal seja o caminho mais correto a ser seguido, no entanto, não acho que o ordenamento jurídico pátrio ou a própria sociedade estejam prontos para um passo tão avançado. E é por isso, que, defendemos ferrenhamente a aplicação exclusiva de penas alternativas para os crimes econômicos.

O que precisamos é conseguir alterar a racionalidade do sistema penal, valorizando as penas alternativas em detrimento das penas privativas de liberdade. Quanto às espécies presentes na nossa legislação penal, entendo que todas podem ser eficazes, mas a escolha de uma em detrimento de outra, deverá ser analisada pelo juiz no caso concreto.

Assim, dependendo da situação, poderá a pena pecuniária ser mais indicada do que, por exemplo, alguma restrição de direito ou o confisco. No tocante à pena de multa não podemos concordar com a tese de alguns de que ela é facilmente integrada nos custos da empresa. O problema é que a

aplicação desta sanção deve ser aperfeiçoada, mas nunca preterida à pena privativa de liberdade.

Os delitos econômicos são, em sua maioria, praticados com o intuito de se obter uma vantagem financeira indevida. Por este motivo a sanção pecuniária seria a mais adequada para à repressão deste tipo de ilícito.

Vivemos hoje em uma sociedade “ressentida” que não acredita mais em suas instituições, e por isso parece acreditar que o Direito Penal é a cura para todos os males. Não há equívoco maior. O Direito Penal deve ser sempre a última alternativa. O que presenciamos ultimamente é que o combustível das leis acaba sendo o sensacionalismo e a comoção social que determinados fatos causam. Então é preciso que se desmistifique urgentemente a crença de que a lei penal é instrumento de eficácia garantida para o problema da criminalidade. Nosso ordenamento já se encontra “superinflacionado” de normas legais, a última coisa que precisamos é de novas leis ou do agravamento das já existentes.

Não parece existir colocação mais adequada para encerrar o presente trabalho do que a defendida por Von Bar já em 1882: “Ali onde chovem leis penais continuamente, onde por qualquer motivo surge entre o público um clamor geral de que as coisas se resolvem por novas leis penais ou agravando as existentes, ali não se vivem os melhores tempos para a liberdade – pois toda lei penal é uma sensível intromissão na liberdade, cujas conseqüências serão perceptíveis também para os que as exigiram de forma mais ruidosa –, ali se pode pensar na frase de Tácito: *pessima republica plurimae leges*¹⁸⁶”.

¹⁸⁶ VON BAR, *Geschichte des deutschen Strafrechts und der Strafrechtstheorien*, Berlin, 1882 (reimpr. Aalen, 1992), p. 334 apud SILVA SANCHEZ, Jesús-Maria. A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós industriais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p.19.

Bibliografia

AMARAL, Thiago Bottino (org.), GOUVEIA, André Costa; OLIVEIRA, Eduardo Ribeiro de Faria de (rev.). *Direito Penal Clássico versus Direito Penal Econômico*. 1ª Ed. Editora FGV: Rio de Janeiro, 2010. 40p.

ANDRADE, Fábio Martins de. Uma proposta de Adequação da Repressão aos Delitos de Direito Penal Econômico. *In Revista IOB – Direito Penal e Processual Penal*, Ano VI – nº 36 – Fev-Mar 2006. p. 58-84.

BARRETO, Tobias apud ZAFFARONI, E. Raúl, BATISTA, Nilo, ALAGIA, Alejandro, SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal*. Rio de Janeiro: Renavan, 2003, 3ª Ed, novembro 2006. 658p.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução Lucia Guidicini, Alessandro Berti Contessa; revisão Roberto Leal Ferreira, 3ª Edição. São Paulo: Martins Fontes, 2005. 139p.

BIANCHINI, Alice. *Pressupostos Materiais Mínimos da Tutela Penal*. 1ª Ed. São Paulo: RT, 2002. 153p.

BITENCOURT. Cezar Roberto. *Manual de Direito Penal: parte geral*, v.1. 7ª Ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002. 348p.

BOITEUX, Luciana. Uma visão crítica sobre as Penas e seus Fundamentos em Direito Penal Econômico. *In Direito Penal Tributário*, Editora Quartier Latin: São Paulo, 2007. p. 180-211.

BRUNO, Aníbal. *Direito Penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1967. 245p.

CARRARA, Francesco. *Programa do curso de direito criminal: parte geral*. Tradução de José Luiz V. de A. Franceschini e J. R. Prestes Barra. São Paulo: Malheiros, 1993.

CARVALHO, Salo de. *Penas e garantias*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2003

CERVINI, Raúl. Derecho Penal Económico – Concepto y bien jurídico. *In Revista Brasileira de Ciências Criminas*. Ano 11 abril-junho de 2003. Publicação oficial do IBCCrim, Editora Revista dos Tribunais. p. 81-108.

CORREIA, Eduardo. Introdução ao Direito Penal Econômico. In: Correia, Eduardo *et alli*. *Direito Penal Econômico e Europeu: problemas gerais*. v.I. Coimbra: Coimbra Editora, 1998.

_____. Notas críticas a penalização de atividades econômicas. In: *Direito Penal Econômico E Europeu: problemas gerais*. V. I. Coimbra: Coimbra Editora, 1998.

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

DIAS, Jorge de Figueiredo. Breves considerações sobre o fundamento, o sentido e a aplicação das penas em direito penal econômico. *in Temas de Direito Penal Econômico*. Org. Roberto Podval. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. 319p.

_____. *Direito Penal: questões fundamentais a doutrina geral do crime – apontamentos e materiais de estudo da cadeira de Direito Penal*, 3º ano.

DIAS, Jorge de Figueiredo; COSTA ANDRADE, Manuel da. *Problemática geral das infrações contra a economia nacional*. In *Temas de Direito Penal Econômico*. Org. Roberto Podval. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. 319p.

DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. 430p.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal: parte geral*. Ed. rev. Por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. 6ª Edição. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

LEMGRUBER, Julita. *Cemitério dos Vivos: análise sociológica de uma prisão de mulheres*. 2a Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

LUNA, Everardo da Cunha. *Capítulos de Direito Penal: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 1985.

MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Penal*. V.1 Atualizado por Antonio Cláudio Mariz de Oliveira, Guilherme de Souza Nucci e Sérgio Eduardo Mendonça de Alvarenga. Campinas-SP: Millennium Editora, 2002.

MARQUES, Oswaldo Henrique Duek, *Fundamentos da pena*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

MASSUD, Leonardo. *Da pena e sua fixação: finalidades, circunstâncias judiciais e apontamentos para o fim do mínimo legal*. São Paulo: DPJ Editora, 2009.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. 17ª Ed. São Paulo: Atlas, 2001.

MIRANDA RODRIGUES, Anabela. *A determinação da medida da pena privativa de liberdade (os critérios da culpa e da prevenção)*. Dissertação (Doutoramento em Ciências Jurídico-Criminais) – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra: Coimbra, 1995.

MORAES, Pedro Rodolfo Bodê de. *Punição, Encarceramento e Construção de identidade profissional entre agentes penitenciários*. São Paulo: IBCCRIM, 2005.

PRADO, Luiz Regis. *Bem Jurídico Penal e Constituição*. 2ª Ed. São Paulo: RT, 1997.

ROXIN, Claus. *¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del derecho penal?* Revista de Direito Penal, São Paulo: RT, n. 9/10, p. 7-20, jan.-jun. 1973.

SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Finalidades da Pena – Conceito Material de Delito e Sistema Penal Integral*, Sao Paulo: Quartier Latin, 2009.

SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. Tradução da 2ª edição espanhola: *La expansión del derecho penal – Aspectos de la política criminal em las sociedades postindustriales*. Trad. Luiz Otavio de Oliveira Rocha. Rev. Luiz Flávio Gomes, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo: 2002. 151p.

SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito Penal Econômico. *Revista de Direito Penal e Criminologia*, Rio de Janeiro, nº 33, p. 197-201, jan./jun., 1982. p. 197-201.

_____. *Direito Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1985

SOUSA E BRITO, José de. *A medida da pena no novo Código Penal*. Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra. Coimbra: Universidade de Coimbra, número especial, Estudos em homenagem ao Professor Doutor Eduardo Correia III, p. 560, 1984.

SUTHERLAND, Edwin Hardin. *White collar crime – the uncut version*. Yale University Press; New Haven and London, 1983. 289p.

ZAFFARONI, E. Raúl, BATISTA, Nilo, ALAGIA, Alejandro, SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal*. Rio de Janeiro: Renavan, 2003, 3ª Ed, novembro 2006.