



Direito Penal para fins Regulatórios – A necessária revisão dos institutos penais clássicos

Juliana Magalhães Fernandes Oliveira

Direito Penal para fins Regulatórios – A necessária revisão dos institutos penais clássicos

Juliana Magalhães Fernandes Oliveira¹

1 Consultora Legislativa do Senado Federal, do Núcleo de Direito, área Penal, Processual Penal e Penitenciário. Email: julimfo@senado.leg.br

SENADO FEDERAL

DIRETORIA GERAL

Ilana Trombka – Diretora-Geral

SECRETARIA GERAL DA MESA

Luiz Fernando Bandeira de Mello Filho – Secretário Geral

CONSULTORIA LEGISLATIVA

Danilo Augusto Barboza de Aguiar – Consultor-Geral

NÚCLEO DE ESTUDOS E PESQUISAS

Rafael Silveira e Silva – Coordenador

Núcleo de Estudos e Pesquisas
da Consultoria Legislativa



Conforme o Ato da Comissão Diretora nº 14, de 2013, compete ao Núcleo de Estudos e Pesquisas da Consultoria Legislativa elaborar análises e estudos técnicos, promover a publicação de textos para discussão contendo o resultado dos trabalhos, sem prejuízo de outras formas de divulgação, bem como executar e coordenar debates, seminários e eventos técnico-acadêmicos, de forma que todas essas competências, no âmbito do assessoramento legislativo, contribuam para a formulação, implementação e avaliação da legislação e das políticas públicas discutidas no Congresso Nacional.

Contato:

conlegestudos@senado.leg.br

URL: www.senado.leg.br/estudos

ISSN 1983-0645

O conteúdo deste trabalho é de responsabilidade dos autores e não representa posicionamento oficial do Senado Federal.

É permitida a reprodução deste texto e dos dados contidos, desde que citada a fonte. Reproduções para fins comerciais são proibidas.

Como citar este texto:

OLIVEIRA, J. M. F. **Direito Penal para fins Regulatórios – A necessária revisão dos institutos penais clássicos**. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, Fevereiro/2017 (Texto para Discussão nº 224). Disponível em: www.senado.leg.br/estudos. Acesso em 2 de fevereiro de 2017.

DIREITO PENAL PARA FINS REGULATÓRIOS – A NECESSÁRIA REVISÃO DOS INSTITUTOS PENAIS CLÁSSICOS

*Juliana Magalhães Fernandes Oliveira*¹

RESUMO

Este texto tem como objetivo questionar o Direito Penal clássico e dois de seus mais importantes princípios: a subsidiariedade e fragmentariedade. O Direito Penal será analisado sob o viés regulatório, visto como instrumento de modulação do comportamento humano, razão pela qual é defendida sua aplicação *prima ratio* para os chamados crimes contra a ordem econômica ou de colarinho branco. Será igualmente trazida a discussão a respeito dos bens jurídicos transindividuais, no contexto de uma sociedade de risco, funcionando o direito penal como verdadeiro instrumento de proteção destes bens e do modelo de vida adotado pela sociedade pós-industrial.

PALAVRAS-CHAVE: Direito penal para fins regulatórios; subsidiariedade e fragmentariedade; *prima ratio*; crimes econômicos; bens transindividuais; sociedade de risco.

ABSTRACT

This text aims to question the classic Criminal Law and two of its most important principles: subsidiarity and fragmentation. The Criminal Law will be analyzed under the regulatory bias, seen as an instrument of modulation of human behavior, which is why it is defended its *prima ratio* application for so-called crimes against the economic order or white collar crimes. There will also be a discussion about *transindividual* juridical goods, in the context of a society of risk, with criminal law as a real instrument for the protection of these goods and the model of life adopted by the postindustrial society.

KEYWORDS: Criminal law for regulatory purposes; subsidiarity and fragmentation; *prima ratio*; economic crimes; *transindividual* goods; society of risk.

¹ Consultora Legislativa do Senado Federal, do Núcleo de Direito, área Penal, Processual Penal e Penitenciário. Email: julimfo@senado.leg.br.

SUMÁRIO

2	INTRODUÇÃO.....	1
3	DIREITO PENAL E REGULAÇÃO.....	1
4	CRÍTICA AO DIREITO PENAL COMO <i>ULTIMA RATIO</i>	4
5	RELEITURA DO PRINCÍPIO DA FRAGMENTARIEDADE.....	10
6	CONCLUSÃO.....	17
7	REFERÊNCIAS.....	19

1 INTRODUÇÃO

Difícilmente será encontrada na doutrina pátria a expressão “direito penal para fins regulatórios”. Em razão do regime jurídico adotado pela doutrina majoritária no Brasil, fala-se em intervenção mínima do direito penal, destacadamente em seus princípios da fragmentariedade e subsidiariedade. A fragmentariedade, em breves linhas, relaciona-se à missão do direito penal de proteger os bens jurídicos mais relevantes ao convívio social; já a subsidiariedade informa que, quando os demais ramos do direito forem suficientes, não deve o direito penal atuar.

Este texto para discussão tem a pretensão de apresentar uma nova abordagem. O Direito Penal será analisado como instrumento de modulação do comportamento dos criminosos nos moldes da chamada teoria econômica do crime. Será defendido que a aplicação *prima ratio* do direito penal, isto é, como primeira opção, revela-se extremamente útil em países em que as demais instâncias de controle revelam fraco desempenho, como no Brasil.

Para tanto, será necessário afastar, destacadamente para os crimes previstos na disciplina do direito penal econômico – crimes contra o sistema financeiro, contra o consumidor, contra a ordem tributária, ambientais, concorrenciais, e, para os fins deste trabalho, crimes contra a Administração Pública – os dogmas do direito penal clássico, mas não somente isso, será necessário realizar uma releitura do conteúdo destes princípios para eleger novos bens jurídicos relevantes e questionar a aplicação subsidiária do direito penal, dada a sua eminente função reguladora do comportamento humano.

2 DIREITO PENAL E REGULAÇÃO

Em seu livro *Regulation: Legal Form and Economic Theory*², Anthony I. Ogus aduz que a maioria das normas regulatórias em seu país, caso descumpridas, levam à imposição de sanções penais, como é a tradição da legislação britânica ao menos desde os períodos dos Tudors e dos Stuarts. Adverte que as sanções convencionais em caso de

² OGUS, Anthony I. *Regulation: Legal Form and Economic Theory*. Oxford: Hart Publishing, 2004. p. 79-80.

condenação por descumprimento de uma norma regulatória são, em geral, multas fixadas em valor que refletem a gravidade da ofensa³.

O autor prossegue afirmando que as dificuldades de *enforcement* das leis regulatórias no país deixaram a sensação de que elas falharam, muito em razão das dificuldades de aplicação da lei pelas agências e pela sua relutância em iniciar acusações formais, seja em razão da captura dos agentes, seja por outras razões não completamente apuradas (problemas orçamentários, métodos defasados de monitoramento e fiscalização, etc.). Observa que essa explicação deve ser conjugada com as justificativas acerca das falhas do modelo de interesse público de dissuasão ótima, relacionadas à impossibilidade de quantificar quais os custos administrativos da perseguição e quais os benefícios para o infrator de uma norma regulatória, bem como estipular qual o valor da multa que promoveria a efetiva dissuasão dos agentes econômicos, sem promover a insolvência das empresas (*deterrence trap*).

Encerra a discussão aduzindo que o modelo de interesse público de ótimo *compliance*, isto é, a imposição de normas de conduta para incentivar o bom comportamento, revelou-se mais produtivo no país do que aquele de ótima dissuasão, mediante punição pura e simples. A razão disso estaria relacionada à possibilidade dos funcionários da agência, diante de uma possível ofensa regulatória, utilizar instrumentos de barganha junto ao ofensor, deixando de puni-lo imediatamente, mas conservando, a partir daí, as informações necessárias para obrigá-lo a cumprir a norma e puni-lo, se ele a descumprir, isto tudo sem os altos custos administrativos da perseguição comum⁴.

O livro de Anthony Ogus oferece um bom panorama da realidade daquele país no que diz respeito ao uso do direito penal para os fins regulatórios. Nota-se que o autor não analisa o uso subsidiário da norma penal por razões principiológicas ou dogmáticas, mas tão somente por meio da ótica de custo-benefício⁵. Tampouco o autor faz distinção entre crimes comuns e os chamados crimes contra a ordem econômica.

³ Ibidem, p. 87-88.

⁴ OGUS, Anthony I. *Regulation: Legal Form and Economic Theory*. Oxford: Hart Publishing, 2004. p. 92-97.

⁵ “Firms will comply with the law only if the expected cost to them of violation exceeds the benefit they derive from violation; more specifically when $pD > U$, where p is the perceived probability of apprehension and conviction, D the costs incurred as a result of apprehension and conviction, and U the benefits accruing from violation. D includes, most importantly, F the fine payable (or financial equivalent of an alternative sanction), L , any business losses caused by adverse publicity, and M , the costs associated with defending a criminal prosecution.” Ibidem, p. 91

A pergunta implícita no texto do autor é: vale a pena utilizar-se dos instrumentos do direito penal para conformar a conduta dos agentes econômicos? Ressalve-se que o autor se limita a apreciação do uso da pena pecuniária (*fine*), uma vez que afirma desconhecer o uso da pena de prisão para tais fins. A conclusão é no sentido de que não vale a pena a atividade de perseguição por ser custosa demais, ao menos em comparação aos custos da outra opção disponível, o *compliance*.

A discussão doutrinária aqui no Brasil, e em outros países de tradição romano-germânica, se dá geralmente em outros termos. Os manuais de direito penal clássico destacam que referido ramo do direito deve possuir intervenção mínima, assim, somente deve ser utilizado para proteger os bens jurídicos mais relevantes e somente quando os outros ramos do direito falharem nesse mister. O termo “regulação” é desconhecido pela doutrina de Direito Penal no país, porque o ramo é visto eminentemente pela ótica da proteção dos bens jurídicos dos indivíduos, isto é, possuiria uma função-garantia contra o *jus puniendi* estatal no contexto de um Estado Democrático de Direito, e não de conformação do comportamento humano.

À guisa de elucidação, a lição de Paulo de Souza Queiroz⁶:

Reduzir, pois, tanto quanto seja possível, o marco de intervenção do sistema penal, é uma exigência de racionalidade. Mas é também [...] um imperativo de justiça social. Sim, porque um Estado que se define Democrático de Direito (CF, art. 1º), que declara, como seus fundamentos, a ‘dignidade da pessoa humana’, a ‘cidadania’, os ‘valores sociais do trabalho’, e proclama, como seus objetivos fundamentais, ‘construir uma sociedade livre, justa e solidária’, que promete ‘erradicar a pobreza e a marginalização, reduzir as desigualdades sociais e regionais’, ‘promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação’ (art. 3º), e assume, assim declaradamente, missão superior em que lhe agigantam as responsabilidades, não pode, nem deve, pretender lançar sobre seus jurisdicionados, prematuramente, esse sistema institucional de violência seletiva, que é o sistema penal, máxime quando é esse Estado, sabidamente, por ação e/ou omissão, em grande parte corresponsável pelas gravíssimas disfunções sociais que sob seu cetro vicejam e pelos dramáticos conflitos que daí derivam. (grifo nosso)

⁶ QUEIROZ, Paulo de Souza. *Do caráter subsidiário do direito penal: lineamentos para um direito penal mínimo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. p.31-32.

Para os fins deste trabalho, entende-se regulação de forma ampla, como forma de controle exercida pelo Estado de forma contínua e focalizada para a proteção de bens que sejam valorizados pela sociedade⁷ (os bens meritórios, na linguagem econômica). Sob esta perspectiva, o direito penal seria uns dos instrumentos regulatórios postos à disposição do Estado para controlar o comportamento dos indivíduos e, por conseguinte, para a consecução de finalidades de interesse público, a exemplo da proteção da vida e do patrimônio. Ao lado dos bens jurídicos tradicionais, o direito penal serviria também para a tutela dos bens transindividuais, aqueles que pertencem à mais de um indivíduo, determináveis ou indetermináveis, nos moldes pretendidos pelo direito penal econômico.

Esta noção, todavia, não parece compatibilizar-se com os pilares do chamado Direito Penal Clássico, destacadamente em relação ao seu subprincípio da subsidiariedade, consoante se discutirá a seguir.

3 CRÍTICA AO DIREITO PENAL COMO *ULTIMA RATIO*

A doutrina clássica entende que o Direito Penal, por ser a intervenção mais drástica do Estado contra a liberdade dos cidadãos, deve ser utilizado de forma subsidiária. Não se justificaria a criminalização de condutas que poderiam ser coibidas pelos demais ramos do Direito. Mir Puig⁸ traz a seguinte lição:

“O Direito Penal deixa de ser necessário para proteger a sociedade quando isso puder ser obtido **por outros meios, que serão preferíveis enquanto sejam menos lesivos aos direitos individuais. Trata-se de uma exigência de economia social coerente com a lógica do estado social, que deve buscar o maior benefício possível com o menor custo social. O princípio da ‘máxima utilidade possível’ para as eventuais vítimas deve ser combinado com o ‘mínimo sofrimento necessário’ para os criminosos.** Isso conduz a uma fundamentação utilitarista do Direito penal que não tende à maior prevenção possível, mas ao mínimo de prevenção imprescindível. Entra em jogo, assim, o ‘princípio da subsidiariedade’, segundo o qual o Direito penal deve ser a *ultima ratio*, o último recurso a ser utilizado, à falta de outros meios menos lesivos”. (grifo nosso)

⁷ OGUS, Anthony I. *Regulation: Legal Form and Economic Theory*. Oxford: Hart Publishing, 2004. p.1.

⁸ MIR PUIG, Santiago. *Direito penal: fundamentos e teoria do delito*. Trad. Claudia Viana Gacia, José Carlos Nobre Porciúncula Neto. São Paulo: RT, 2007. pp. 93 e 94.

Sustenta-se que, em um Estado Democrático de Direito, deve-se, antes de se optar pelas sanções penais, valer-se o legislador de outros ramos do Direito, como o Direito Civil – por meio de reparações de dano e devolução dos produtos do enriquecimento ilícito – ou do Direito Administrativo – pelas multas e demais sanções disciplinares. O caráter subsidiário do Direito Penal, ademais, estaria ligado ao princípio da proporcionalidade. Seria desproporcional o uso do Direito Penal quando bastassem outras instâncias (ANDRADE, 2014)⁹.

Assim, apenas quando nenhum dos instrumentos dos outros ramos do Direito fosse suficiente para coibir a conduta do agente e a agressão ao bem jurídico for efetivamente intolerável é que o uso do Direito Penal seria justificável, conforme salienta Claus Roxin¹⁰:

De lo dicho hasta ahora se desprende ya que la protección de bienes jurídicos no se realiza sólo mediante el Derecho penal, sino que a ello ha de cooperar el instrumental de todo el ordenamiento jurídico. El Derecho penal sólo es incluso la última de entre todas las medidas protectoras que hay que considerar, es decir **que sólo se le puede hacer intervenir cuando fallen otros medios de solución social del problema como la acción civil, las regulaciones de policía o jurídico-técnicas, las sanciones no penales, etc.** Por ello se denomina a la pena como la “ultima ratio de la política social” y se define su misión como protección subsidiaria de bienes jurídicos.” (grifo nosso)

Também sobre intervenção mínima e subsidiariedade do Direito Penal, a opinião de Nilo Batista¹¹:

Tobias Barreto percebera que “ a pena é um meio extremo, como tal é também a guerra”. E, de fato, por constituir ela, **como diz Roxin, a “intervenção mais radical na liberdade do indivíduo que o ordenamento jurídico permite ao estado”, entende-se que o estado não deva “ recorrer ao direito penal e sua gravíssima sanção se existir a possibilidade de garantir uma proteção suficiente com outros instrumentos jurídicos não-penais”,** como leciona Quintero Olivares. **O conhecimento de que a pena é, nas palavras deste último autor, uma “ solução imperfeita” — conhecimento que, de**

⁹ ANDRADE, André Lozano. *Os problemas do direito penal simbólico em face dos princípios da intervenção mínima e da lesividade*. Disponível em: http://www.ibccrim.org.br/revista_liberdades_artigo/214-Artigos. Acesso em 25 de novembro de 2016.

¹⁰ ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*. Traducción de la 2ª edición alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal. Madrid . Civitas, 2006. p. 65.

¹¹ BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. 12. ed. Rio de Janeiro: Revam, 2011. p.82-83.

Howard até a mais recente pesquisa empírica, a instituição penitenciária só logrou fortalecer — firmou a concepção da pena como *ultima ratio*: o “ direito penal só deve intervir nos casos de ataques muito graves aos bens jurídicos mais importantes, e as perturbações mais leves da ordem jurídica são objeto de outros ramos do direito”. O princípio da intervenção mínima não está expressamente inscrito no texto constitucional (de onde permitiria o controle judicial das iniciativas legislativas penais) nem no código penal, integrando a política criminal; não obstante, impõe-se ele ao legislador e ao intérprete da lei, como um daqueles princípios imanentes a que se referia Cunha Luna, por sua compatibilidade e conexões lógicas com outros princípios jurídico-penais, dotados de positividade, e com pressupostos políticos do estado de direito democrático’. (grifo nosso)

Como visto pelos excertos acima, a doutrina do direito penal clássico permite o seu uso subsidiário quando os demais ramos do direito ‘falharem’. Assim como o primeiro autor citado, reconhece-se os grandes custos sociais das ferramentas penais, destacadamente os custos administrativos da investigação, do funcionamento do Poder Judiciário e da execução e monitoramento das penas.

Todavia, poucos trabalhos científicos são efetivamente realizados no Brasil para aferição desses custos, tampouco a fim de justificar a atuação suficiente dos demais ramos do direito. Ademais, a doutrina jurídica pouco se preocupa com a aferição dos benefícios do uso dos instrumentos do direito penal para a dissuasão dos crimes em geral, e aí não se distinguem crimes comuns e crimes de ordem regulatória (ou econômicos, como são denominados na maior parte dos países).

Embora se sustente quase integralmente o discurso de que o direito penal deve proteger os bens jurídicos mais relevantes, das lesões que sejam mais insuportáveis ao meio social e de forma subsidiária, esta noção é pouquíssima aprofundada e questionada, principalmente no que diz respeito à suposta eficácia dos demais ramos do direito em relação ao direito penal.

O discurso da intervenção mínima gira em torno da excepcionalidade do direito penal, dada suas severas consequências na vida dos indivíduos, máxime em razão da desconfiança em relação à função ressocializadora da pena privativa de liberdade. Todavia, quando se fala em adequação e suficiência, não se observa preocupação científica em se provar de que forma os demais ramos do direito se revelam suficientes e adequados, tornando o direito penal desnecessário.

Ao contrário, as alegações da doutrina jurídica não vêm acompanhadas de evidências de que o direito administrativo brasileiro, por exemplo, consiga dissuadir com eficiência a criminalidade mais sofisticada dos chamados crimes de colarinho branco que, consoante se verá a seguir, se revelam extremamente danosos à sociedade.

O Brasil é um país cheio de peculiaridades e não é possível afirmar – como fez Anthony Ogus acima citado, amparado por pesquisas empíricas na Grã-Bretanha – que os métodos de *compliance* se revelariam superiores ao da perseguição criminal tradicional. Não é possível afirmar, principalmente, que as instâncias administrativas de controle funcionem de forma suficientemente apartada do sistema político. Ogus observa, também na Grã-Bretanha, os elementos da “*public choice theory*” que influenciariam a atuação dos agentes econômicos, dos agentes políticos e dos servidores das agências, afastando-os daquilo que convencionou-se chamar de interesse público. Todavia, ainda que referida teoria possua incidência em qualquer sociedade, não se pode negar que no cenário brasileiro a corrupção e o patrimonialismo revelam-se endêmicos, prejudicando verdadeiramente o desenvolvimento econômico e social do país¹².

¹² “Várias pesquisas caminham no sentido de tentar entender e mensurar os prejuízos sociais resultantes da corrupção. Mauro (1995) analisa a maneira pela qual o crescimento econômico é afetado pela corrupção, em painel de dados envolvendo 67 países. As principais consequências negativas são as seguintes: há uma redução dos incentivos ao investimento; a sociedade sente-se menos disposta a contribuir com fundos de auxílio (doações); há perdas na arrecadação tributária; as licitações públicas geram vencedores que fornecem bens de qualidade inferior; e a despesa pública fica enviesada para grandes obras em detrimento de gastos sociais, como em saúde e educação. Analogamente, Habib e Zurawicki (2002)⁴ analisam painel envolvendo 89 países e concluem que a corrupção acarreta outro efeito negativo perverso: reduz o investimento estrangeiro direto. 3 MAURO, P. Corruption and Growth. *The Quarterly Journal of Economics*, 110 (3): 681-712, 1995. 4 HABIB, M.; ZURAWICKI, L. Corruption and foreign direct investment. *Journal of International Business Studies*, 33, 291-307, 2002. Tanzi (1998), da mesma forma, defende que a eficiência do setor público fica prejudicada pela corrupção, uma vez que, por exemplo, por meio de fraudes em licitações, a empresa vencedora pode não ser a melhor, o que provoca a redução do retorno do gasto e da produtividade do investimento público. Além disso, a efetividade do gasto do governo também é reduzida, pois parcelas do orçamento governamental são desviadas para o enriquecimento individual. (...). Especificamente para o caso brasileiro, em estudo comparativo entre o setor público e privado, Cândido Jr. (2001) conclui que a produtividade do gasto público corresponde a 60% da produtividade do gasto efetuado pelo setor privado. Ainda em termos de Brasil, cabe citar o ranking elaborado pela Transparência Internacional, organização não governamental, em estudo no qual cada país recebe uma nota de zero a dez, segundo sua vulnerabilidade à corrupção. A pontuação mais próxima de zero indica que uma nação é vista como muito corrupta, enquanto as nações cujos pontos se aproximam de dez são classificadas como menos corruptas. Para distribuir as notas, a Transparência Internacional realiza pesquisas com especialistas e executivos dos países avaliados. Após estabelecer as notas, a ONG elabora o ranking comparativo. Em 2013, o Brasil obteve nota 4,2, num contexto em que notas abaixo de cinco são consideradas pela Transparência Internacional como indício de sérios níveis de corrupção. “ OLIVEIRA, J. M. F. *et al. Combate à Corrupção: uma análise de Impacto Legislativo das propostas do Ministério Público: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado*, agosto/2016 (Texto para Discussão nº 205). Disponível em: www.senado.leg.br/estudos. Acesso em 20 de novembro de 2016.

Assim, destacadamente no que diz respeito aos crimes econômicos ou de colarinho branco, que são cometidos por indivíduos de classes sociais mais abastadas e geralmente demandam um envolvimento muito próximo com os agentes formuladores das políticas públicas¹³, não se pode asseverar que a atuação do direito penal é desnecessária para a dissuasão da cultura de apropriação da coisa pública por interesses privados.

Órgãos como o Poder Judiciário e Ministério Público, embora apresentem *deficit* técnico-informacional superior aos servidores da Administração Pública, também apresentam independência profissional superior e é difícil determinar quais destas características revelarão, no caso concreto, maior bem-estar social.

Ademais, quando se fala em suficiência de outros ramos do direito (civil, tributário, concorrencial, etc.) olvida-se que, quase sempre, o acionamento do Poder Judiciário se mostra necessário, ao menos no que diz respeito aos atos expropriatórios finais, o que acarreta, por sua vez, toda a conhecida lentidão jurisdicional até a prolação de uma decisão definitiva. Além das dificuldades na expropriação, vale lembrar que nosso sistema jurídico oferece óbices adicionais, como estatutos legais – e jurisprudências de Tribunais – extremamente condescendentes com o alcance do patrimônio dos devedores, de seus familiares e mesmo dos chamados “laranjas”.

Especificamente quanto aos crimes de colarinho branco, a importância da ameaça penal se faz ainda mais relevante em razão da análise de custo e benefício realizada pelo criminoso econômico. Com efeito, Coleman (1995 apud SHIKIDA, 2014, p. 304)¹⁴ traz a lição de que as principais causas da delinquência econômica se relacionam à motivação e a oportunidade. A primeira diz respeito à personalidade do agente, ao efeito criminógeno relacionado à necessidade de obter sucesso financeiro e destaque profissional, fazendo com que haja um sopesamento entre moral e compensação financeira. Já a oportunidade refere-se à relação entre a grandeza do lucro que pode ser percebido pelo agente e a dimensão e probabilidade da punição.

¹³ De acordo com BECKER: “(...) crime’ is an economically important activity or ‘industry’, notwithstanding the almost total neglect by economists”. BECKER, Gary Stanley. *Crime and Punishment: An Economic Approach*. Journal Of Political Economy, Vol. 76, Nº. 2 (Mar.-Apr., 1968). p. 170.

¹⁴ SHIKIDA, Pery Francisco Assis; AMARAL, Thiago Bottino do. *Análise Econômica do Crime. Direito e Economia no Brasil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 304.

Assim, se a punição se revela de pouco importância (como exemplo, multas administrativas¹⁵ de difícil execução judicial e que não podem se convolar em penas de prisão) e o risco tolerável, o agente racional que possua motivação para o crime terá incentivos para cometê-lo. Também por essa razão, a criminalização dos ilícitos econômicos – que geralmente possuem alto retorno financeiro – se revela razoável *prima ratio*.

O princípio da subsidiariedade do Direito Penal, apaixonadamente defendido pela doutrina do direito penal clássico, se revela destituído de conteúdo quando não amparado por evidências que demonstrem a suficiência dos outros ramos do direito. A ideia de subsidiariedade é utilizada sem análise e sem critérios. Ressalte-se que não se trata de uma crítica intrínseca ao conceito de subsidiariedade para todo e qualquer crime, mas à forma pouco analítica como é utilizada pela doutrina.

Além disso, apresenta grandes dificuldades a discussão acerca da proporcionalidade, normalmente associada ao princípio da subsidiariedade, que aduz que quando existem duas restrições de liberdade igualmente idôneas, só será legítima aquela que restrinja menos a liberdade do indivíduo¹⁶. Tais argumentos buscam afastar o uso da pena privativa de liberdade quando existirem outras possíveis igualmente eficazes, em geral, a pena de multa ou a reparação dos danos sofridos pela vítima.

Todavia, ainda que essa afirmação entre em colisão com a compreensão do chamado direito penal moderno – que defende a imprescindibilidade dos crimes econômicos, mas prefere as penas pecuniárias às restritivas de liberdade – também não é possível afirmar que, no Brasil, a ameaça do aprisionamento revela-se desnecessária. Ao contrário, diante da observação dos acontecimentos inéditos da operação Lava-Jato, é possível até mesmo levantar-se a hipótese de que a ameaça de pena privativa de liberdade é o elemento que determina o comportamento colaborativo dos agentes. Dados os estreitos limites deste trabalho, no entanto, não se aprofundará na presente discussão.

¹⁵ Interessante análise foi feita pelo Tribunal de Contas da União a respeito da arrecadação de multas aplicadas por agências reguladoras e outros órgãos e entidades federais com atribuições de fiscalização e controle. Observou-se baixos percentuais de arrecadação de multas, de inscrição de inadimplentes no Cadin e de ajuizamento de cobranças judiciais das multas. Do valor total de multas aplicadas pelos órgãos de 2011 a 2013, apenas 2,52% foram efetivamente arrecadados aos cofres públicos (percentual financeiro). Disponível em http://portal3.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/imprensa/noticias/noticias_arquivos/019.872-2014-3%20Monitoramento%20Ag%C3%A2ncias%20Reguladoras.pdf. Acesso em 29 de novembro de 2016.

¹⁶ ANDRADE, André Lozano. *Os problemas do direito penal simbólico em face dos princípios da intervenção mínima e da lesividade*. Disponível em: http://www.ibccrim.org.br/revista_liberdades_artigo/214-Artigos. Acesso em 25 de novembro de 2016.

4 RELEITURA DO PRINCÍPIO DA FRAGMENTARIEDADE

Conforme leciona MUNÓZ CONDE¹⁷:

El poder punitivo del Estado debe estar regido y limitado por el principio de intervención mínima. Com esto quiero decir que el derecho penal sólo debe intervenir em los casos de ataques muy graves a los bienes jurídico más importantes. Las perturbaciones más leves del orden jurídico son objeto de otras ramas del derecho. (grifo nosso)

Entende-se que o direito penal somente deve preocupar-se com os bens jurídicos mais importantes, assim como intervir nos casos de maior gravidade, dado seu caráter demasiado violento e estigmatizante.

Os estudiosos brasileiros foram muito influenciados pela perspectiva da chamada “Escola de Frankfurt” pela qual o direito penal deve proteger o chamado “núcleo duro” dos direitos fundamentais, isto é, os bens jurídicos individuais mais caros ao convívio social: vida, integridade física, liberdade e patrimônio¹⁸. Referida corrente doutrinária realiza severas críticas em relação à instrumentalização do direito penal ou sua “administrativização”, pois o objeto do direito penal deveria se direcionar à proteção dos bens jurídicos acima apontados, não devendo disciplinar atividades econômico-financeiras, com fins de organização social e prevenção geral.

Winfried Hassemer é um dos principais expoentes da referida “Escola de Frankfurt” e entende que¹⁹:

Na verdade, essas novas incriminações são mais caracterizadas pelos seus *deficits* de implementação do que por sua efetividade na proteção dos bens jurídicos que se propõem, e prometem apenas ganhos políticos-simbólicos para os políticos, que, assim, se apresentem ao público como intolerantes com a criminalidade e eficientes no seu combate. **Os bens jurídicos a que esses legisladores recorreram para justificarem suas incriminações não passam de caricaturas da tradição. Trata-se de bens jurídicos universais (que só seriam aceitáveis em conexão com a proteção de interesses individuais), e eles ainda são formulados tão genericamente que podem dar suporte a qualquer criminalização. Eles já não possuem a potencialidade crítica original.** (...).(grifo nosso)

¹⁷ CONDE, Francisco Munóz. *Introducción al derecho penal*. 2. ed. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, 2001. p. 107.

¹⁸ MENTOR, Diogo. *Teoria do Direito da Intervenção: A alternativa de Winfried Hassemer à inflação dos delitos econômicos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris: 2016. p. 51.

¹⁹ HASSEMER, Winfried. *Direito Penal: fundamentos*. Tradução Adriana Beckman Meirelles, *et al.* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008. p. 39.

Jesús Maria Silva Sánchez²⁰ chega a afirmar que existe uma crise de legitimidade do Direito Penal, dado sua novel característica expansionista:

De fato, é certo que o Direito Penal, entendido como potestade punitiva do Estado (Direito Penal em sentido subjetivo, *jus puniendi*), fundamentada e limitada pela existência de um conjunto de normas primárias e secundárias (Direito Penal em sentido objetivo) está em crise. **Trata-se, fundamentalmente de uma crise de legitimidade: questiona-se a justificativa de recorrer o Estado à máquina penal, seu instrumento mais poderoso.** (...). Essa tendência incriminadora, cujo interior multiforme não permite sua condução a um juízo unitário, adota às vezes a forma de uma legislação claramente simbólica ou retórica, sem possibilidades reais de aplicação útil. **Tal legislação expansiva, que constitui a nota distintiva fundamental de nosso tempo e as vezes carrega consigo o maldito Direito excepcional, colide com duas tendências igualmente claras: a que defende um direito penal mínimo, ressaltando a vertente garantista do direito penal e a que evidencia um total ceticismo diante da eficácia preventiva-especial (ressocializadora, em concreto) do mecanismo punitivo mais característico: a pena privativa de liberdade.** (grifo nosso)

Tanto Hassemer, como Silva Sánchez, criticam a tendência expansionista do Direito Penal, destacadamente os bens jurídicos transindividuais protegidos pelo chamado direito penal econômico. A ideia dos autores é de o expansionismo penal para a tutela da criminalidade econômico-financeira implica na dificuldade de se estabelecer regras precisas de imputação pessoal e de investigação, o que flexibilizaria os direitos e garantias constitucionais. Além disso, criticam a adoção pelo direito penal moderno da técnica dos crimes de perigo e dos tipos penais abertos²¹.

Os defensores do direito penal mínimo elegem como valores máximos para uma pacífica vida em sociedade bens jurídicos individuais. Tratar-se-ia de um direito penal nuclear, em que a proteção deve ser dirigida aos bens jurídicos elencados como prioritários por influência do Estado Liberal burguês (vida, liberdade, patrimônio). Como é sabido, o direito penal foi inteiramente transformado pelos pensadores iluministas, que foram responsáveis pela racionalização da pena e por trazerem ao direito penal a ideia de direitos e garantias dos cidadãos contra o Estado.

²⁰ SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. *Aproximação ao direito penal contemporâneo*. Tradução Roberto Barbosa Alvez. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 33.

²¹ MENTOR, Diogo. *Teoria do Direito da Intervenção: A alternativa de Winfried Hassemer à inflação dos delitos econômicos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris: 2016. p. 52.

Referidos pensadores, cada um construindo sua própria teoria (Hassemer cria a teoria do Direito de Intervenção e Silva Sánches o Direito Penal de Segunda Velocidade) questionam o valor atribuído aos direitos transindividuais pelo direito penal moderno, assim como a verdadeira eficácia do uso do direito penal para a redução da criminalidade econômico-financeira.

Todavia, este trabalho defende posição oposta. Amparados por doutrinadores do direito penal mais moderno, crê-se ser necessária uma releitura do princípio da fragmentariedade para que o direito penal possa também se voltar à proteção dos bens jurídicos que afetam a esfera de indivíduos considerados coletivamente, ainda que indeterminados.

No que diz respeito à importância dos bens jurídicos transindividuais, é imprescindível trazer as lições de dois estudiosos que influenciaram o nascimento do direito penal econômico: Edwin H. Sutherland e Ulrich Beck.

Sutherland foi o primeiro estudioso a investigar os chamados *white collar crimes* e mencionou o termo pela primeira vez na 34ª conferência anual da Sociedade Americana de Sociologia em 1939. O autor criou a expressão para dar ênfase à posição social desses criminosos e trouxe para a seara científica o estudo do comportamento dos empresários, homens de negócios e políticos como autores de crimes econômicos profissionais. Até então, os criminólogos utilizavam as estatísticas da justiça criminal como principal fonte de dados para os estudos científicos, assim, as teorias estabeleciam como pressuposto que o crime se concentrava nas classes sociais mais baixas, associando a pobreza à criminalidade²². De acordo com VERAS²³:

Sutherland acreditava haver outra explicação para a criminalidade. Para ele, existia uma criminalidade latente que ocasionalmente, devido a algum escândalo individual, se tornava pública. **Relacionava-se a condutas de grupos empresariais nas mais diversas áreas, tais como energia, transporte, mineração, construção, investimentos, bens de consumo, etc. Geralmente envolvia práticas como fraudes no mercado financeiro, suborno de agentes públicos, chantagem, propagandas enganosas e abusivas, desvios de capital e nas aplicações de fundos, falências fraudulentas.** Eram condutas que feriam **sentimentos de confiança e lisura** que devem existir nas relações econômicas dentro da sociedade. (grifo nosso)

²² VERAS, Ryanna Palas. *Nova Criminologia dos Crimes de Colarinho Branco*. São Paulo: Editora WMF, 2010. pp. 24-25.

Os estudos de Sutherland demonstraram que os prejuízos causados pelos *white collar crimes* eram provavelmente muito superiores aos da criminalidade considerada tradicional, a exemplo dos prejuízos que a quebra de só um banco poderia causar aos milhares de correntistas cujas economias deixariam de existir. Ademais, os crimes de colarinho branco ou econômicos minariam a confiança nas instituições, sendo responsável pelo seu funcionamento desvirtuado, em último grau, pelo empobrecimento de toda a sociedade²⁴. É fácil perceber que as observações do sociólogo se aplicam à realidade brasileira.

Outra fundamental conclusão de Sutherland está relacionada à posteriormente denominada teoria do “labeling approach” ou etiquetamento. Por meio de suas pesquisas, o sociólogo observou que a criminalidade econômica não se difere ontologicamente da criminalidade comum. Os criminosos de colarinho branco seriam tratados de forma diversa dos criminosos tradicionais em razão da seletividade do sistema da justiça criminal que opta por etiquetar determinado padrão de comportamento como criminoso e outros como não²⁵. Sutherland justificava a aplicação diferenciada da lei criminal aos seguintes fatores²⁶:

(1) **status:** o poder imuniza os “homens de negócio” em relação aos crimes, já que incriminá-los poderá trazer problemas para o incriminador no futuro; no caso dos EUA, Sutherland afirmava que as campanhas para eleição de membros do Ministério Público e os necessários apoios políticos para nomeação de juízes atuavam como freios ao aparelho de persecução penal no que tange aos membros

²⁴ VERAS, Ryanna Palas. *Nova Criminologia dos Crimes de Colarinho Branco*. São Paulo: Editora WMF, 2010. p.26.

²⁵ “O conceito de seletividade está relacionado à ineficiência sistema (e, sobretudo, das agências controle) de condutas criminosas, processar seus autores e aplicar as penas correspondentes. Essa ineficiência é denominada de “cifra negra” e pode ser definida como diferença entre a criminalidade real – todos os delitos praticados em um minado espaço de tempo e em determinado local- e a criminalidade aparente considerado o número de casos que são efetivamente levados ao conhecimento das agências formais de controle. Inobstante essa ineficiência ser inerente sistema penal, os meios de comunicação e a sociedade em geral têm a percepção de que o sistema penal opera de forma que essa ineficiência seja seletiva, privilegiando os autores de crimes econômicos e atuando de forma mais e intensa sobre a população sem recursos econômicos. De acordo com os dados do Departamento Penitenciário Nacional- DEPEN, em 2009, a população carcerária do Brasil era composta por 80,1% de pessoas com escolaridade até o ensino fundamental; 18,7% com até o ensino médio; e 1,2% com superior incompleto, completo e pós-graduação (considerando o universo dos que informaram a escolaridade). Logicamente que não são apenas pessoas sem escolaridade que praticam crimes. “ SHIKIDA, Pery Francisco Assis; AMARAL, Thiago Bottino do. *Análise Econômica do Crime. Direito e Economia no Brasil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 302.

²⁶ AMARAL, Thiago Bottino do. *Direito Penal econômico*. Disponível em: https://direitorio.fgv.br/sites/direitorio.fgv.br/files/u100/direito_penal_economico_2015-1.pdf. Data de acesso: 25 de novembro de 2016. pp. 22-23.

influentes da sociedade. Esta conclusão não pode ser aplicada ao Judiciário brasileiro menos sujeito a interferências externas nos processos de nomeação de juízes, mas pode se aplicar de forma correlata ao Legislativo, responsável por criar as leis penais repressoras de crimes econômicos, já que muitas vezes os criminosos econômicos são os financiadores das campanhas dos parlamentares;

(2) **homogeneidade cultural:** juízes, administradores, legisladores e homens de negócios possuem a mesma formação cultural, muitas vezes partilham as mesmas origens sociais e essa homogeneidade faz com que não seja uma tarefa fácil caracterizar os criminosos econômicos dentro do estereótipo do criminoso comum;

(3) **a relativa desorganização na reação aos crimes de colarinho branco:** as violações das leis pelos homens de negócios são complexas e produzem efeitos difusos. Não se tratam de agressões simples e diretas de um indivíduo contra outro. Além disso, podem permanecer por muitos anos sem serem descobertas. Os meios de comunicação de massa não exprimiriam uma expressiva valoração moral da coletividade a respeito dos crimes do colarinho branco, em parte porque são fatos complexos, de difícil colocação jornalística, mas, sobretudo porque também os jornais pertencem a homens de negócios, que às vezes são responsáveis por numerosos ilícitos análogos. Por fim, a normativa que disciplina as atividades econômicas fazem parte de um setor novo e especializado do ordenamento jurídico, pois os velhos delitos constantes dos códigos penais comuns constituíam-se de condutas danosas para o indivíduo.

Outro sociólogo que influenciou o nascimento do direito penal econômico foi o alemão Ulrich Beck, criador do termo “sociedade de risco”. Referido estudioso elaborou o conceito de risco social na sociedade pós-moderna e discutiu como a ideia do risco altera o comportamento humano e causa consequências nunca antes imaginadas. Com efeito, se antes os riscos eram sofridos por indivíduos ou grupo de indivíduos, em determinada localidade, com a globalização (grande concentração de capitais; mobilidade desses capitais; celeridade da comunicação) e os avanços tecnológico e científico, eles passaram a ser vivenciados coletivamente e em escala global²⁷:

O exemplo mais nítido para o qual Beck chama a atenção é a **radiação produzida pela tecnologia nuclear**, resultante do avanço tecnológico inédito e traz consigo perigos catastróficos — riscos à nossa vida e saúde que são praticamente imperceptíveis aos sentidos e

²⁷ AMARAL, Thiago Bottino do. Direito Penal econômico. Disponível em: https://direitorio.fgv.br/sites/direitorio.fgv.br/files/u100/direito_penal_economico_2015-1.pdf. Data de acesso: 25 de novembro de 2016. p. 10.

afetam a todos. **No estado atual das sociedades humanas, não podemos retroagir ao estágio anterior de tecnologia, e simplesmente aprendemos a conviver cotidianamente e a internalizar o risco de catástrofe — essa é a definição da sociedade de risco.** (...) os riscos inerentes à nova organização econômica e financeira são incomensuráveis. Sem a pretensão de demonstrar a inteira dimensão dessa complexidade, podemos citar os atuais **escândalos envolvendo instrumentos derivativos, instrumento financeiro cujo valor é derivado de outros ativos, os ativos subjacentes.** Tais instrumentos, apesar de terem sido inicialmente desenvolvidos com a função de proteção e mitigação de riscos financeiros, são considerados atualmente os grandes responsáveis pelo clima de insegurança que paira hoje no mercado global e, ao mesmo tempo, propulsores de grandes crises financeiras devido a seu alto grau de complexidade, sofisticação e abstração alcançado nos últimos anos. (grifo nosso)

Ademais, a confiança de que a ciência e a razão humana seriam capazes de controlar todos os efeitos colaterais da modernização trouxeram prejuízos definitivos ou cujo reparo se revela extremamente dificultoso ou impossível. Como exemplo disso, observa-se o desastre nuclear na usina de Chernobyl, a completa devastação de biomas naturais (vide os pinheiros-araucárias da mata atlântica no Brasil); ou a comercialização da talidomida (medicamento que causou o aborto em centenas de grávidas na década de 1970).²⁸ A necessidade de que referidos danos fossem evitados e não reparados, faz exsurgir naturalmente a ideia da criminalização da antecipação do dano, isto é, a previsão dos crimes de perigo.

Digna de nota também é a consideração a respeito da importância da ‘confiança’ para o funcionamento normal da sociedade moderna, o que traz a ideia do “sistema de peritos”. Referidos sistemas estão relacionados a campos de competência técnica ou profissional que organizam grandes áreas da economia e permitem um normal funcionamento da sociedade de consumo contemporânea, segundo GUARAGNI²⁹:

São conjuntos de conhecimento nos quais a humanidade deposita confiança. Cada um de nós acessa várias vezes ao dia um sistema perito e adapta-se ao ambiente depositando confiança nele. (...).

Recorro ao exemplo de uma embalagem longa-vida de leite, consumido pela manhã. Não estive no local em que foi produzida a

²⁸ GUARAGNI, Fábio. A função do Direito Penal e os “sistemas peritos. *Crimes contra a Ordem Econômica: temas atuais de Processo e Direito Penal*. Curitiba: Juruá, 2011. p. 75.

²⁹ *Ibidem*, p.79.

embalagem; tampouco presenciei o momento em que foi produzida. Ausente do local e alheio ao momento da produção, nada testemunhei acerca da fabricação. Desconheço a técnica, quem fez, como e quando. Tampouco entendo da engenharia empenhada no processo fabril da embalagem. Porém, consumo o leite nela embalado, há semanas, confiando na capacidade que possui de preservar um alimento altamente perecível e cujo consumo, acaso arruinado, pode gerar-me grave consequência para a saúde. **Consumo porque confio não em quem fez (não sei quem foi), mas no conjunto de conhecimentos que o processo fabril sintetiza. Firma-se uma curiosa relação de confiança não entre homem e homem, mas entre homem e objeto. (...)**

Em síntese, os sistemas peritos são essenciais para o crescimento escalonado do ciclo econômico da produção, distribuição e consumo de bens e serviços no ambiente de mercado. Além disso, emolduram um dado modo de vida. Vivemos numa autêntica sociedade tecnológica. As tecnologias nos cercam, independentemente de classe social. Meios de transporte como aviões, ônibus, automóveis, metrô; meios de comunicação como telefones, televisão, rádio, internet; fontes de energia, como hidrelétricas, termelétricas; manipulação industrial de alimentos, roupas, medicamentos, etc., são todas sínteses corporificadas dos conhecimentos expertos que constituem os sistemas peritos. (...) (grifo nosso)

Considerando a lição acima, e compreendendo que o atual estágio da organização social não poderá retornar a períodos pré-industriais, deve ser buscada a redução de riscos tecnológicos e a segurança das operações desses sistemas peritos. Com foco nesse objetivo, entende-se que o momento da intervenção penal deve se dar antes do dano efetivo ao bem da vida tutelado, circunstância que também leva a tipificação dos crimes de perigo, a exemplo das infrações consumeristas do Código de Defesa do Consumidor³⁰:

No Brasil, são bastante representativos deste fenômeno os tipos penais que tutelam as relações de consumo, em particular o art. 7º, Lei 8137/90, incisos II e IX. A cabeça do artigo anuncia: “constituem crimes contra as relações de consumo”. A seguir, enumera nove hipóteses. O inciso II incrimina o comportamento de “vender ou expor a venda mercadoria cuja embalagem, tipo, especificação, peso ou composição esteja em desacordo com as prescrições legais, ou que não corresponda à respectiva classificação oficial”. Já o inciso IX reza: “vender, ter em depósito para vender ou expor à venda, ou de qualquer forma, entregar matéria-prima ou mercadoria, em condições impróprias ao consumo. “ Ambos admitem forma culposa. A ligação

³⁰ GUARAGNI, Fábio. A função do Direito Penal e os “sistemas peritos. *Crimes contra a Ordem Econômica: temas atuais de Processo e Direito Penal*. Curitiba: Juruá, 2011. P. 81.

dos dispositivos exemplificados com sistemas peritos é evidente. **A violação de prescrições administrativas atinentes à embalagem, tipo, especificação, peso e composição, bem como classificações oficiais, acaba por atingir os esforços de estado que buscam dar contornos aos sistemas peritos, organizando-os de maneira a serem merecedores de confiança por parte de pessoas leigas.** De fato, assinala GIDDENS: “...há frequentemente **forças reguladoras além e acima das associações profissionais com o intuito de proteger os consumidores de sistemas peritos – organismos que licenciam máquinas, mantêm vigilância sobre os padrões dos fabricantes de aeronaves, e assim por diante. “ Quando são violados estes esforços, periclita a fidúcia nos sistemas peritos, constitutivos da base da vida econômica numa sociedade capitalista globalizada.** Atinge-se, última análise, a ordem econômica, para além de bens como a saúde pública e outros aspectos abrangidos no conceito de incolumidade pública. (grifo nosso)

Partindo do cenário desenhado pelos estudos acima, nasce a ideia de expansão do Direito Penal tão combatida pela doutrina penal clássica. Não se vislumbra possível conceber a existência de um direito penal que ignore as lesões e ameaças de lesão que exsurtem da macro delinquência econômica, igualmente que afetam os bens jurídicos transindividuais (ambiental, consumidor, concorrencial, tributária, econômico, financeira).

O princípio da fragmentariedade deve ser visto também sob a ótica das necessidades da vida contemporânea e dos bens jurídicos elegidos para proteção pela sociedade moderna. Negar a importância dos bens coletivos ou transindividuais é negar em verdade a utilidade do próprio direito penal como ramo do direito, este considerado como um dos mais importantes instrumentos de organização social.

5 CONCLUSÃO

Boa parte das críticas dos estudiosos do direito penal clássico mais se relacionam à própria existência e efetividade do direito penal – e da pena privativa de liberdade – do que à sua extensão a outros bens jurídicos que se considere de somenos importância. Basta utilizar o exemplo do delito de furto: a doutrina liberal clássica não questiona a criminalização deste crime praticado sem violência, embora afete tão somente a esfera patrimonial de um indivíduo. Todavia, as mesmas vozes se levantam para questionar a proteção dirigida a crimes financeiros, tributários ou contra o consumidor que tem potencial de lesar um sem número de indivíduos, causando lesões patrimoniais de magnitude infinitamente superior.

Interessantes também são as críticas dirigidas aos chamados crimes de perigo ou tipos abertos. Não se vê a mesma contundência na argumentação contra aos diversos crimes de perigo previstos há séculos nos Códigos Penais ocidentais (crimes contra a incolumidade pública; contra a paz pública; periclitacão da vida e da saúde; crime de rixa; abandono de incapaz, etc.) ou mesmo na previsão dos tipos culposos, cuja tipologia revela-se necessariamente ampla. Seria impossível para o legislador antever as hipóteses de negligência em um homicídio ou de imprudência em um acidente de trânsito. O uso do tipo aberto é, muitas vezes, a única maneira possível de se prever determinado comportamento.

Quanto às críticas dirigidas à ineficiência do sistema de investigação dos crimes econômicos, cuja complexidade e sofisticação de métodos é marca característica, conclui-se que o direito processual penal também precisa ser modernizado, como já o está sendo, para efetiva perseguição dos tipos econômico-financeiros. Não por outra razão que meios de investigação inovadores foram previstos na Lei das Organizações Criminosas (Lei nº 12.850, de 2013), desenho legal que contribuiu para o sucesso do instrumento da colaboração premiada no âmbito da Operação Lava Jato.

Quanto à alegação de aviltamento dos demais direitos e garantias fundamentais conquistados pelo direito penal clássico e o uso da ferramenta de maneira simbólica, temos que a crítica se aplica de maneira genérica a todos os crimes, econômicos ou não, quando há um descompromisso com os elementos de razoabilidade e proporcionalidade. Como exemplo, as sucessivas modificações da Lei de Crimes Hediondos (Lei nº 8.072, de 1990), muitas vezes por razões casuísticas e atendendo ao apelo social.

Por fim, existe a crítica do uso do direito penal *prima ratio*, como instrumento de direcionamento ou controle social, utilizando-se as palavras de Hassemer. Neste ponto, muito pouco há a se defender, porquanto, como já antecipado, este artigo defende o uso do direito penal para fins regulatórios, isto é, quando se revelar a alternativa mais eficiente no caso concreto.

O desafio, portanto, está em medir a eficiência deste ramo do direito, contrapondo com a suficiência dos demais, razões que devem ser aferidas pela investigação empírica para cada tipo específico de criminalidade e analisando a importância de cada bem jurídico; não de maneira abstrata em nome de uma ideia fixa de subsidiariedade e fragmentariedade.

6 REFERÊNCIAS

AMARAL, Thiago Bottino do. *Direito Penal econômico*. Disponível em: https://direitorio.fgv.br/sites/direitorio.fgv.br/files/u100/direito_penal_economico_2015-1.pdf. Data de acesso: 25 de novembro de 2016.

ANDRADE, André Lozano. *Os problemas do direito penal simbólico em face dos princípios da intervenção mínima e da lesividade*. Disponível em: http://www.ibccrim.org.br/revista_liberdades_artigo/214-Artigos. Acesso em 25 de novembro de 2016.

BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. 12. ed. Rio de Janeiro: Revam, 2011.

BECKER, Gary Stanley. *Crime and Punishment: An Economic Approach*. Journal Of Political Economy, Vol. 76, No. 2 (Mar.-Apr., 1968).

BRENNER, Geraldo. *Entendendo o Comportamento Criminoso: educação, ensino de valores morais e a necessidade de coibir o comportamento criminoso: uma contribuição da teoria econômica e um recado para nossas autoridades*. Porto Alegre: AGE, 2009.

CÂMARA, Luis Antônio; GUARAGNI, Fábio André (Coord.). *Crimes contra a Ordem Econômica: temas atuais de Processo e Direito Penal*. Curitiba: Juruá, 2011.

CÂMARA, Luis Antônio (Coord). *Crimes contra a Ordem Econômica e Tutela de Direitos Fundamentais*. Curitiba: Juruá, 2009.

CONDE, Francisco Munõz. *Introducción al derecho penal*. Barcelona: Bosch, 1975.

HASSEMER, Winfried. *Direito penal: fundamentos, estrutura e política*. Tradução Adriana Beckman Meirelles, et al. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.

MENTOR, Diogo. *Teoria do Direito da Intervenção: A alternativa de Winfried Hassemer à inflação dos delitos econômicos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris: 2016.

OGUS, Anthony I. *Regulation: Legal Form and Economic Theory*. Oxford: Hart Publishing, 2004.

QUEIROZ, Paulo de Souza. *Do caráter subsidiário do direito penal: lineamentos para um direito penal mínimo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*. Traducción de la 2ª edición alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 2006.

SANTIAGO, Mir Puig. *Direito penal: fundamentos e teoria do delito*. Trad. Claudia Viana Gacia, José Carlos Nobre Porciúncula Neto. São Paulo: RT, 2007.

SCHAEFER, Gilberto José; SHIKIDA Pery Francisco Assis. Economia do crime: elementos teóricos e evidências empíricas. *Análise Econômica*. Porto Alegre, ano 19, n. 36, setembro, 2001. pp. 195-217.

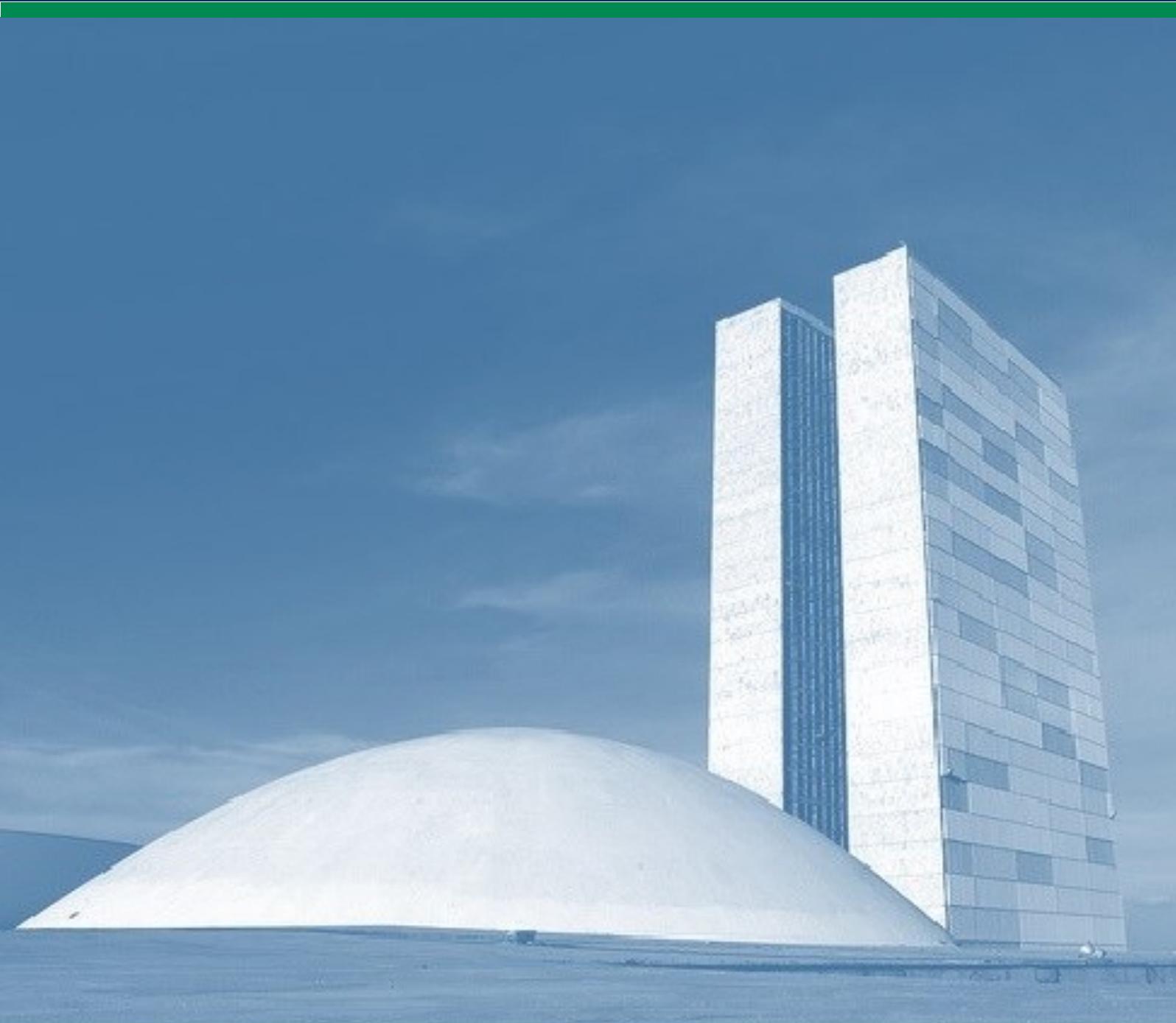
SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. *Aproximação ao direito penal contemporâneo*. Tradução Roberto Barbosa Alvez. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

TIMM, LUCIANO BENETTI. (Org.). *Direito e Economia no Brasil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

VERAS, Ryanna Palas. *Nova Criminologia dos Crimes de Colarinho Branco*. São Paulo: Editora WMF, 2010.

Missão da Consultoria Legislativa

Prestar consultoria e assessoramento especializados ao Senado Federal e ao Congresso Nacional, com o objetivo de contribuir com o aprimoramento da atividade legislativa e parlamentar, em benefício da sociedade brasileira.



Núcleo de Estudos
e Pesquisas

Consultoria
Legislativa

