

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS
Programa de Pós-Graduação em Direito

**O princípio da eficiência como instrumento de racionalização do poder punitivo penal
na criminalidade econômica**

Renata Rodrigues de Pádua

Belo Horizonte
2018

P125p Pádua, Renata Rodrigues de
O princípio da eficiência como instrumento de racionalização do poder punitivo penal na criminalidade econômica / Renata Rodrigues de Pádua. – 2018.

Orientador: Luís Augusto Sanzo Brodt.
Tese (doutorado) – Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito.

1. Direito Penal – Teses 2. Pena (Direito)
3. Crime econômico I.Título

CDU₍₁₉₇₆₎ 343.24

AGRADECIMENTOS

O presente estudo apresentado como requisito parcial para obtenção do grau de Doutora em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG) não pôde ser levado a cabo sem a contribuição direta e indireta de um conjunto de pessoas e instituições que à sua maneira influíram decisivamente para a consecução do mesmo.

Primeiramente, gostaria de expressar, mesmo que em tão poucas palavras, a minha profunda gratidão ao professor e orientador, Doutor Luís Augusto Sanzo Brodt, pela extrema generosidade e atenção a que se dedicou no acompanhamento da elaboração, não apenas deste trabalho, mas também de toda a minha trajetória acadêmica durante os anos de estudos pós-graduados. Os agradecimentos ao professor Brodt vão além da valiosa e esmerada atenção com que dispensou a análise, correção e sugestões feitas ao trabalho, mas também pelo permanente referencial em que se tornou para a minha precoce afinidade para com o tratamento de temas relativos ao Direito Penal Econômico.

Seu entusiasmo para com o desenvolvimento desta investigação, bem como o imprescindível suporte acadêmico oferecido ao longo dos últimos anos conduziram-me à busca incessante por novos argumentos e fontes.

Aproveito então, aqui, a oportunidade para expressar minha admiração por seu incessante trabalho de investigação no que concerne aos domínios da criminalidade econômica.

Também gostaria de expressar meus sinceros agradecimentos a todos os professores que integraram a banca de qualificação, presidida pelo meu estimado orientador e composta ademais pelos professores Dr^a Daniela de Freitas Marques, Dr. Fabiano Teodoro de Rezende Lara e Dr. Marcelo Andrade Féres. A todos eles devo pelo esforço e interesse em examinar, à época, o trabalho, assim como os conselhos, observações e ideias que manifestaram sobre o mesmo e que possibilitaram o depósito da versão integral da tese.

Minhas últimas palavras, porém não menos importantes, são para meus familiares e amigos que indubitavelmente participaram com seu permanente ânimo e alento, na elaboração deste trabalho.

Agradeço com um carinho muito singular aos meus pais, Valdete e Renato, e aos meus irmãos, Thiago e Sarah, que, desde a infância, sempre me agasalharam com seu amor incondicional e seu constante e indispensável apoio.

De mesma forma, devo recordar com gratidão dos meus contemporâneos de doutorado, pelos frutíferos diálogos estabelecidos na Faculdade de Direito. A permanente troca de ideias com pessoas como, Enéas Xavier Gomes, Flávio Márcio Albergaria Silva, Rodrigo Iennaco me auxiliou sobremodo no aprofundamento das posturas defendidas neste trabalho.

É preciso destacar, igualmente, o amparo que recebi de figuras como, Cristina Nolasco, Rafael Lutti, Pedro Paulo da Cunha Ferreira, Rodrigo Borges e Tiago Bini pelo afeto presente e pela amizade que sempre me dispensaram.

Por derradeiro, gostaria também de exprimir minha gratidão pela existência e manutenção da biblioteca da Faculdade de Direito da UFMG e da biblioteca do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCrim) que foram valiosas na compilação de materiais para a elaboração desta tese.

Cumpre mencionar ainda que durante três anos de realização da tese doutoral desfrutei de uma bolsa de investigação científica concedida pela CAPES (Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior), órgão do Ministério da Educação do Brasil, que me permitiu levar a cabo meus estudos na Universidade Federal de Minas Gerais.

Belo Horizonte, Janeiro de 2018.

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS**Programa de Pós-Graduação em Direito**

A Tese intitulada “O princípio da eficiência como instrumento de racionalização do poder punitivo penal na criminalidade econômica”, de autoria de Renata Rodrigues de Pádua, foi considerada _____ pela banca examinadora constituída pelos professores:

Professor Dr. Luís Augusto Sanzo Brodt (FDUFMG - Orientador)

Professor Dr. Antônio de Padova Marchi Júnior (UNI-BH)

Professor Dr. Fabiano Teodoro de Rezende Lara (FDUFMG)

Professor Dr. José Arthur Di Spirito Kalil (FUMEC)

Professor Dr. Marcelo Andrade Féres (FDUFMG)

Professor Dr. Rogério Filippetto de Oliveira (PUC - Minas)

Professora Dr^a. Rúbia Carneiro Neves (FDUFMG)

RESUMO

Nesta pesquisa, o princípio da eficiência é analisado no âmbito da criminalidade econômica e no marco da sociedade pós-industrial. Recorre-se à Análise Econômica do Direito – AED, setor em que o delito apresenta-se como uma das classes de atos ineficientes.

A tese objetiva demonstrar que o princípio da eficiência é capaz de contribuir para a racionalização do poder punitivo, somando-se a outros conceitos já largamente usados com o mesmo fim, como é o caso do bem jurídico-penal, quando entendido de maneira que o permita desempenhar uma função de garantia do cidadão.

Para tanto, o princípio da eficiência deve integrar-se aos demais critérios que vinculam a criminalização primária, ou seja, a atividade do legislador penal. Por um lado, sob o eixo negativo, o princípio da eficiência pode: a) impedir a criação de tipos penais; e, b) excluir tipos penais já existentes. Por outro, sob o eixo positivo, pode: a) permitir a criação de tipos penais; e, b) (re)interpretar tipos penais. Nos dois casos, o princípio da eficiência apresenta-se como um recurso teórico apto para a crítica do Direito Penal.

Palavras-chave: Direito Penal Econômico. Eficiência. Racionalidade. Lei n. 7.492, de 1986.

ABSTRACT

In this research, the principle of efficiency is analyzed in the scope of economic crime and in the framework of the post-industrial society. We refer to the Economic Analysis of Law - AED, an area in which crime presents itself as one of the classes of inefficient acts.

The thesis aims to demonstrate that the principle of efficiency is capable of contributing to the rationalization of punitive power, adding to other concepts already widely used for the same purpose; as is the case of the harm principle, when understood in a way that allows it to perform a citizen's guarantee function.

Therefore, the principle of efficiency must be integrated with the other elements that primary criminalization, that is, the activity of the criminal legislator. On the one hand, under the negative axis, the principle of efficiency may: (a) prevent the creation of criminal offenses; and (b) exclude existing criminal offenses. On the other hand, under the positive axis, it may: (a) allow the creation of criminal offenses; and (b) (re) interpret criminal offenses. In both cases, the efficiency principle presents itself as a theoretical resource capable of criticizing criminal law.

Keywords: Economic Criminal Law. Efficiency. Rationality. Law n. 7.492, de 1986.

RESUMÉN

En esta investigación, el principio de eficiencia es analizado en el ámbito de la criminalidad económica y en el marco de la sociedad postindustrial. Se recurre al Análisis Económico del Derecho - AED, sector en que el delito se presenta como una de las clases de actos ineficientes.

La tesis objetiva demostrar que el principio de la eficiencia es capaz de contribuir a la racionalización del poder punitivo, sumándose a otros conceptos ya ampliamente usados con el mismo fin; como es el caso del bien jurídico-penal, cuando entendido de manera que lo permita desempeñar una función de garantía del ciudadano.

Para ello, el principio de la eficiencia debe integrarse a los demás criterios que vinculan la criminalización primaria, es decir, la actividad del legislador penal. Por un lado, bajo el eje negativo, el principio de eficiencia puede: a) impedir la creación de tipos penales; y, b) excluir tipos penales ya existentes. Por otro lado, bajo el eje positivo, puede: a) permitir la creación de tipos penales; y, b) (re) interpretar tipos penales. En ambos casos, el principio de eficiencia se presenta como un recurso teórico apto para la crítica del Derecho Penal.

Palabras clave: Derecho Penal Económico. Eficiencia. Racionalidad. Ley n. 7.492, de 1986.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
AED	Análise Econômica do Direito
AgRg no REsp	Agravo Regimental no Recurso Especial
BACEN	Banco Central do Brasil
CRFB/88	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
CP	Código Penal
IPEA	Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada
HC	<i>Habeas Corpus</i>
MS	Mandado de Segurança
MPF	Ministério Público Federal
NCPC	Novo Código de Processo Civil
OCDE	Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico
PF	Polícia Federal
RE	Recurso Extraordinário
REsp	Recurso Especial
SFN	Sistema financeiro nacional
STJ	Superior Tribunal de Justiça
STF	Supremo Tribunal Federal

O crime é relativo tanto do ponto de vista legal, como do ponto de vista social. Ele tem tido um conteúdo constantemente variável. (...). Eis o que, em épocas diferentes, constituía crime: imprimir um livro; professar a doutrina médica da circulação do sangue; conduzir com rédeas, vender moeda a estrangeiros, guardar ouro em casa, comprar mercadorias em caminho para o mercado, ou, no mercado, a fim de vendê-las por preço superior (...). Em geral, o Direito Criminal não é cumprido para punir as espécies um tanto sutis de fraude. O “status” do criminoso e as atitudes da parte influente do público com as suas ações são altamente importantes no determinar se suas ações são ou não são crimes. Assim, o que é crime e o que não é crime não são dois tipos distintos de comportamento, mas constituem um ‘continuum’. (Sutherland, 1949).

SUMÁRIO¹

1 INTRODUÇÃO	13
2 DIREITO PENAL EM MATÉRIA ECONÔMICA: PERSPECTIVAS DIANTE DA CONFORMAÇÃO DA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA	15
2.1 Dos diferentes paradigmas relativos à sociedade contemporânea e suas conexões com a atual crise epistemológica do Direito Penal.....	17
2.2 Da atual crise de fundamentação epistemológica do Direito Penal	31
3 DA CONTRIBUIÇÃO DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO - AED PARA A CONSTRUÇÃO DO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA.....	37
4 DA RECEPÇÃO DO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA NO DIREITO BRASILEIRO .	53
4.1 Do princípio da eficiência no Direito Constitucional e no Direito Administrativo brasileiros	53
4.2 Do princípio da eficiência no Direito Processual Civil e no Direito Processual Penal brasileiros	62
5 DO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA NO DIREITO PENAL BRASILEIRO	67
5.1 Do custo da criminalidade econômica e do crime como ato ineficiente.....	75
5.2 Da criminalidade econômica no Brasil: dos antecedentes mais remotos à hipertrofia atual	78
5.3 Do bem jurídico-penal protegido na criminalidade econômica: a ordem econômica e a interface com o patrimônio dinâmico	88
6 O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA E A TIPICIDADE PENAL	105
6.1 Da tipicidade penal no sistema causalista e no sistema neocausalista	106
6.2 Da tipicidade penal no sistema finalista: o posicionamento teórico de Hans Welzel e de Reinhart Maurach	115
6.3 Da tipicidade penal no sistema funcionalista teleológico de Claus Roxin	127
6.4 Da tipicidade penal no sistema funcionalista de Günther Jakobs	140
6.5 Da concepção adotada	149
6.6 Contribuição do princípio da eficiência para a racionalidade da tipicidade penal..	153
6.7 Da aplicação do princípio da eficiência sob o eixo negativo e da tipicidade: um critério impeditivo para a criação de tipos penais e um critério para a exclusão de tipos penais	170

¹ O trabalho segue formatado de acordo com as diretrizes da ABNT. Em relação às referências bibliográficas mencionadas em nota de rodapé optou-se, no entanto, por, após a primeira citação completa, indicar o nome do autor, o título do trabalho, ano e página.

6.8 Da aplicação do princípio da eficiência sob o eixo positivo e da tipicidade: um critério para a criação de tipos penais e um critério para a (re)interpretação dos tipos penais	182
7 DO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA, DA APLICAÇÃO DA CONCEPÇÃO ADOTADA E DA LEI N. 7.492, DE 1986	184
7.1 Do princípio da eficiência sob o eixo negativo e da tipicidade: um critério impeditivo para a criação de tipos penais e um critério para a exclusão de tipos penais.....	188
7.2 Do princípio da eficiência sob o eixo positivo e da tipicidade: um critério para a criação de tipos penais e um critério para a (re)interpretação dos tipos penais	192
8 CONCLUSÃO.....	198
REFERÊNCIAS	203
Documentos jurídicos	203
Livros e artigos	205

1 INTRODUÇÃO

No presente trabalho, vai-se demonstrar que o princípio da eficiência é capaz de contribuir para a racionalização do poder punitivo, somando-se, desse modo, a outros conceitos da teoria do delito, notoriamente ao bem jurídico penal e à moderna teoria da imputação objetiva. Assim, a tese desenvolve-se no campo da dogmática penal que se pretende vinculada aos postulados constitucionais penais vigentes. Mais especificamente, situa-se no âmbito da intervenção penal na atividade econômica.

A complexidade do tema, que comporta múltiplas abordagens, inclusive criminológica e de política criminal, exige um estudo inicial do atual modelo social para compreender seus inegáveis reflexos na dimensão dogmática.

A importância da Análise Econômica do Direito – AED para o moderno desenvolvimento do princípio da eficiência faz com que se incursione também por noções dessa disciplina que estão diretamente relacionadas à matéria aqui tratada.

O marco teórico adotado é o pensamento de Jesús-María Silva Sánchez, acerca da integração do princípio da eficiência ao Direito Penal², e de Richard Posner, especialmente sobre a possibilidade de conjugar-se o princípio da eficiência com valores tão importante como o da justiça.

Nesse diapasão, acredita-se que, aplicado ao Direito Penal, o princípio da eficiência deva conduzir ao entendimento de que a intervenção penal somente se justifica quando as mesmas vantagens não possam ser obtidas mediante a atuação de outras instâncias formais ou informais de controle, pois o custo das sanções criminais mais características é um dos mais elevados do sistema jurídico.

Portanto, resta rechaçada a posição segundo a qual o princípio da eficiência no Direito Penal tem por consequência inevitável o aumento da criminalização de condutas e o recrudescimento das penas. A ideia de que quanto maior o custo do crime, mais eficiente será o Direito Penal nunca restou comprovada e tem apenas servido para fundamentar a expansão indevida do Direito Penal.

² Para Silva Sánchez, a dogmática da teoria do delito, em parte, tende a ser criada a partir de perspectivas teleológicas muito propícias a acolher as considerações de eficiência. O autor compreende o delito como um ato ineficiente e entende que a grande questão em relação à aplicação do princípio da eficiência ao Direito Penal é justamente fazer frente ao delito, com fim de, ao menos, reduzir sua frequência, a fim de que no conjunto o sistema seja o mais eficiente possível. Cf.: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Eficiencia y Derecho Penal*. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1996, Fascículo I, pp. 93-127.

A seguir, passa-se à síntese dos capítulos ao longo dos quais a pesquisa será desenvolvida.

No Capítulo 2, os diversos paradigmas da sociedade atual são estudados em razão da conexão com as crises de fundamentação epistemológica do Direito Penal e com a expansão do Direito Penal.

No Capítulo 3, estuda-se a contribuição da AED para o desenvolvimento teórico do princípio da eficiência. Considerando que a AED pretende explicar os institutos jurídicos a partir de uma dimensão econômica e permitir a avaliação sobre a forma pela qual os critérios econômicos podem influenciar a construção do Direito, promove-se a análise das diversas perspectivas do princípio da eficiência.

No Capítulo 4, discorre-se sobre a recepção do princípio da eficiência no Direito Brasileiro. Evidencia-se que a Constituição da República Federativa do Brasil – CRFB/88 impõe a observância do princípio da eficiência a todo estatal e que há manifestações esparsas desse recurso teórico, cujo significado nem sempre coincide com aqueles das propostas desenvolvidas na esfera da AED.

No Capítulo 5, examina-se o princípio da eficiência no Direito Penal. Considerando que o sistema de justiça criminal não pode estar dissociado de considerações impostas pela eficiência, explicita-se a concepção de eficiência adotada e a contribuição que ela pode prestar à racionalidade do poder punitivo. Temas como o custo da criminalidade econômica, a expansão da intervenção penal no Brasil e o bem jurídico também são estudados.

No Capítulo 6, estuda-se a integração do princípio da eficiência à atividade de tipificação penal das condutas. Aborda-se a teoria do tipo penal, segundo o conceito tripartido de crime, e indica-se a concepção adotada. Propõe-se que a contribuição do princípio da eficiência ocorra a partir de duas perspectivas. Sob o eixo negativo, o princípio da eficiência pode: a) impedir a criação de tipos penais; e, b) excluir tipos penais já existentes. Sob o eixo positivo, o princípio da eficiência pode: a) permitir a criação de tipos penais; e, b) possibilitar a (re)interpretação dos tipos penais.

No Capítulo 7, parte-se da concepção adotada na tese. Com base no texto dissertativo desenvolvido, estuda-se a Lei n. 7.492, de 1986. Aplica-se a proposta da presente investigação a alguns tipos penais da referida lei.

Após, segue-se à Conclusão, que, de forma numérica, sintetiza as principais conclusões de cada parte do trabalho.

2 DIREITO PENAL EM MATÉRIA ECONÔMICA: PERSPECTIVAS DIANTE DA CONFORMAÇÃO DA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA

Hassemer e Muñoz Conde diferenciam o Direito Penal e a criminalidade³:

Objeto do Direito Penal é a criminalidade. Quem se ocupa do Direito Penal, tem que se ocupar também da criminalidade e tem, portanto, que conhecer junto às normas jurídico-penais e sua interpretação também a criminalidade e o delito. Quem não conhece ou conhece mal o aspecto empírico da Administração da Justiça penal, dificilmente poderá manejar as regras normativas do Direito Penal material, já que estas regras se referem à criminalidade e ao delito⁴.

O objeto do Direito Penal é um fenômeno social (criminalidade) e individual (delito). Dentre outros fins, isso mostra que sobre a origem e a evolução da criminalidade incidem fatores diversos (históricos, culturais, sociológicos, econômicos, etc.) daqueles que se relacionam ao delito entendido como conduta individual⁵.

A criminalidade econômica, em sentido amplo, acompanha a trajetória das trocas realizadas pela humanidade. Em perspectiva mais estrita, trata-se da comissão de delitos no marco de determinadas atividades econômicas.

O Direito Penal, de forma metafórica, costuma ser visto como um retrato da sociedade a que corresponde. Tem a feição equivalente ao modelo social em que está inserido. Pode ser mais ou menos liberal; mais ou menos autoritário. O que se identifica, todavia, é um amálgama desses dois modelos principais. Trata-se, evidentemente, de uma perspectiva em tempo-estático, enquanto a sociedade avança num tempo-dinâmico.

³ HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1989, p. 27. Conforme original: “Este conocimiento de la criminalidad y del delito también es necesario a la hora de elaborar y de aplicar las leyes. No se puede decir que al legislador penal sólo le interese el conocimiento de la criminalidad, y que al que aplica la ley penal sólo le interese el conocimiento del delito. Tanto en una como en otra fase es preciso un conocimiento de las dos realidades”.

⁴ HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la criminología y al Derecho Penal*, 1989, p. 27. Conforme original: “Objeto del Derecho Penal es la criminalidad. Quien se ocupa del Derecho Penal, tiene que ocuparse también de la criminalidad y tiene, por tanto, que conocer junto a las normas jurídico penales y su interpretación también la criminalidad y el delito. Quien no conozca o conozca mal el aspecto empírico de la Administración de Justicia penal, difícilmente podrá manejar las reglas normativas del Derecho Penal material, ya que estas reglas se refieren a la criminalidad y al delito”.

⁵ HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la criminología y al Derecho Penal*, 1989, p. 27. Conforme original: “Lo que, en el fondo, viene a poner de relieve es que la conducta criminal como objeto del Derecho Penal es tanto un fenómeno social (criminalidad) como uno individual (delito), para cuya descripción y explicación son competentes tanto las ciencias sociales como las humanas. La distinción entre criminalidad y delito puede indicar que la criminalidad estadísticamente es la suma de todos los delitos, pero también que en su génesis es algo diferente: que en el origen y evolución de la criminalidad incidem más factores e incluso distintos (históricos, culturales, sociológicos, económicos, etc.) que en el delito entendido como conducta individual”.

O Direito, como um todo, não consegue acompanhar os anseios da sociedade e fornecer as respostas que ela lhe impõe no tempo em que ela exige ou gostaria⁶.

Para Vaz, os debates jusfilosóficos da contemporaneidade esforçam-se por compreender os paradigmas da sociedade voltando-se para a realidade e para os ciclos anteriores: “as fases não são estanques, nem necessariamente superpostas. O processo de mudança se desenvolve de forma não abrupta, mas complementar e imbricada”⁷.

O processo de tipificação de uma determinada conduta escolhe elementos imersos em constante feixe de sentidos e de ressignificações e os solidifica nos tipos penais. Assim se dá a incriminação de uma conduta. E daqui já surgem significativas questões que extrapolam a abordagem dogmática desse campo do saber⁸, uma vez que relacionados a um processo influenciado por elementos culturais, sociais, políticos, econômicos que ultrapassam fronteiras naturais especialmente desde a globalização⁹.

Isso fomenta a percepção de que algumas criminalizações relacionadas à atividade econômica estão, desde seu nascedouro, atrasadas no tempo (aqui medido em escala linear) e/ou deslocadas no espaço (aqui compreendido como determinado local). Por isso, é comum a percepção de que o Direito Penal não é capaz de oferecer respostas no tempo adequado e de forma eficiente e efetiva.

Do ponto de vista filosófico, discute-se a paradoxal capacidade de o Direito, com todo o seu aparato, manipular a flecha do tempo à medida que reage frente a um fato no tempo-passado, estabilizar uma decisão no tempo-presente e projetar efeitos em

⁶ ROCHA, Leonel Severo. Tempo e Constituição. *Revista Direitos Culturais*, v.1, n.1, dez. 2006, p. 177-199.

⁷ VAZ, Paulo Afonso Brum. *Juizado Especial Federal: contributo para um modelo democrático de justiça conciliativa*. 363 f. Tese (Doutorado em Direito). Universidade do Vale do Rio dos Sinos, 2015.

⁸ O vocábulo tem sentido vulgar.

⁹ Para Gracia Martín: “La globalización es un complejo proceso de homogeneización de amplias dimensiones de la vida de los hombres y de los pueblos que, como el mismo término sugiere, se desarrolla a escala mundial, o sea total o global. Al mismo tiempo, sin embargo, en el mundo actual se llevan a cabo también procesos de integración supranacional de una pluralidad de Estados que, en cierto modo, pueden ser caracterizados como globalizaciones parciales o regionales, y que de todos os modos guardan ciertas similitudes con el proceso mundial o total de globalización. Cf.: GRACÍA MARTÍN, Luis. Derecho Penal de la globalización y de la Unión Europea. GARCÍA FALCONÍ, Ramiro. In.: *Derecho Penal Económico*. Tomo I. 1. Ed. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2012, p.77. Para Bauman: “A “globalização” está na ordem do dia; uma palavra da moda que se transforma rapidamente em um lema, uma encantação mágica, uma senha capaz de abrir as portas de todos os mistérios presentes e futuros. Para alguns, “globalização” é o que devemos fazer se quisermos ser felizes; para outros, é a causa da nossa infelicidade. Para todos, porém, “globalização” é o destino irremediável do mundo, um processo irreversível; é também um processo que nos afeta a todos na mesma medida e da mesma maneira. Estamos todos sendo “globalizados” — e isso significa basicamente o mesmo para todos”. Cf.: BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as consequências humanas*. Tradução Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1999, p.8.

tempo-futuro¹⁰. Esse contexto da sociedade contemporânea¹¹ é relevante à medida que demonstra (mais uma vez) uma sucessão cíclica (e não linear) de que o crime, na verdade, é uma continuidade¹², variando-se tão somente o conteúdo que dele subjaz.

A rigor, não se pode enunciar tal assertiva como “novidade” na criminalidade econômica. Desde o início do século XX, pesquisadores da Escola de Chicago, notadamente Sutherland, já traziam estudos no sentido de que o crime econômico acompanha as mais primitivas formas de trocas¹³.

Tiedemann afirma que o grande interesse político e científico que hoje se tem pela criminalidade econômica é, em certa medida, novo e, em todo caso, a atual extensão desse interesse remonta a algumas décadas¹⁴, o qual cresce cada vez mais em razão de casos fáticos envolvendo a criminalidade econômica transnacional¹⁵.

2.1 Dos diferentes paradigmas relativos à sociedade contemporânea e suas conexões com a atual crise epistemológica do Direito Penal

Como já afirmado, a intervenção penal na atividade econômica não é exclusividade da sociedade contemporânea¹⁶. Entretanto, desde a Revolução Industrial (século XVIII), verificou-se um aumento significativo da criminalização na esfera dos interesses econômicos em razão de modificações marcantes nas configurações das

¹⁰ Para Ost: “(...) é forçoso constatar, a esse respeito, as crescentes tensões que se estabelecem entre os diferentes tempos sociais: tempo do trabalho e do não trabalho (...), tempo familiar e tempo profissional (...), tempo da inovação e tempo da tradição, tempo dos ganhadores e tempo dos excluídos, tempo da comunicação e tempo da reflexão... Enquanto determinadas esferas se embalam e seu ritmo se acelera loucamente, outras, ao contrário, parecem diminuir seu ritmo e mesmo parar (...). Bastando comparar a este respeito, o tempo estagnante de centenas de milhões de seres humanos vivendo abaixo do limite da pobreza, com o tempo das trocas comerciais entre países industrializados e, sobretudo, o tempo das trocas financeiras operando em tempo real. (...) É um fato: o tempo contemporâneo é cada vez mais fragmentado (...)”. Cf.: OST, François. *O tempo do direito*. Tradução: Maria Fernanda Oliveira. São Paulo: Instituto Piaget, 1999, p. 12-35.

¹¹ Expressão usada em sentido vulgar.

¹² SUTHERLAND, Edwin H; CRESSEY, Donald R. *Princípios de criminologia*. Tradução de Asdrúbal Mendes Gonçalves. São Paulo: Livraria Martins, 1949.

¹³ Para Pimentel, “desde os remotos tempos em que a troca era a forma corrente de comércio, até os nossos dias, em que a complexidade nos negócios exige o auxílio dos computadores, muitas e notáveis mudanças paulatinas se sucederam. A mais importante sem dúvida foi a invenção da moeda, pois a partir desse momento acelerou-se a circulação da riqueza e tornou-se mais fácil o seu entesouramento incrementando-se o consumo da produção crescente”. Cf.: PIMENTEL, Manoel Pedro. *Direito Penal Econômico*. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1973, p. 3.

¹⁴ TIEDEMANN, Klaus. *Lecciones de Derecho Penal Económico* (comunitario, español, Alemán). Barcelona: PPU, 1993, p. 249.

¹⁵ O pesquisador aponta que diversos acontecimentos que deram origem a determinadas diretivas, como a promulgação da “Foreign Corrupt Act” nos Estados Unidos da América. Cf.: TIEDEMANN, Klaus. *Lecciones de Derecho Penal Económico* (comunitario, español, Alemán), 1993, p. 249.

¹⁶ Expressão usada em sentido vulgar.

relações humanas e de novas interações do indivíduo com os processos produtivos e com o universo circundante¹⁷.

Os estudiosos estão longe de chegar a um consenso sobre as facetas da sociedade contemporânea¹⁸ que vem se desenhando desde aquele marco. São muitas as nomenclaturas, que trazem de forma implícita postulados argumentativos diversos, porém, imbricados, inter-relacionados. Pode-se falar, sem exaustão, em: a) sociedade de risco; b) modernidade reflexiva; c) modernidade líquida; d) pós-modernidade ou hipermodernidade; e) sociedade da informação; f) sociedade do conhecimento; e, g) sociedade da aprendizagem.

Nos paradigmas adiante pesquisados há um ponto comum: trata-se de ressignificar instituições, institutos dogmáticos, etc., atrelando-os a um contexto cada vez mais marcado pela multiplicidade e pela pluralidade axiológica, os quais redundam no perene e permanente estado de crise e na busca de fundamentos para a própria modernidade. De forma subjacente, influencia as crises de fundamentação epistemológica do Direito Penal.

Lyotard refere-se àquele fenômeno como “crise da ciência em função dos metarrelatos”. A condição da pós-modernidade¹⁹ estaria associada ao estado e produção do conhecimento e à problematização das propostas de legitimação do discurso filosófico²⁰. Pós-moderna seria a incredulidade quanto aos metarrelatos²¹. Na leitura

¹⁷ SUTHERLAND, Edwin H; CRESSEY, Donald R. *Princípios de criminologia*, 1949. Cf.: AFTALION, Enrique R. *Derecho Penal Administrativo*. Buenos Aires: Arayú, 1955, p. 69-70: “A aparição e o crescimento de uma legislação penal social-econômica respondeu à pressão das circunstâncias, que impuseram aos legisladores, com caráter de urgência, a emissão de normas sancionadoras com eficácia intimidatória bastante como para manter as pessoas dentro das causas previstas pelo sistema econômico. Órfão, em seu nascimento, do auspício e do auxílio da doutrina penal, não é de estranhar que o novo Direito Penal Social-econômico exibira notórias peculiaridades e anomalias, de difícil disposição dentro dos princípios de Direito Penal clássico, evidentemente sobrecarregado. [...]”. No mesmo sentido, BACIGALUPO, Enrique. *Derecho Penal Económico*. 1 ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2004, p. 9.

¹⁸ Expressão usada em sentido vulgar.

¹⁹ LYOTARD, Jean-François. *A condição pós-moderna*. Rio de Janeiro, José Olympio Editora, 2002. Para o autor (2002, p. XV): “Este estudo tem por objeto a posição do saber nas sociedades mais desenvolvidas. Decidiu-se chamá-la de “pós-moderna”. A palavra é usada, no continente americano, por sociólogos e críticos. Designa o estado da cultura após as transformações que afetaram as regras dos jogos da ciência, da literatura e das artes a partir do final do século XIX. Aqui, essas transformações serão situadas em relação à crise dos relatos. Originalmente, a ciência entra em conflito com os relatos. Do ponto de vista de seus próprios critérios, a maior parte destes últimos revelam-se como fábulas. Mas, na medida em que não se limite a enunciar regularidades úteis e que busque o verdadeiro, deve legitimar suas regras de jogo. Assim, exerce sobre seu próprio estatuto um discurso de legitimação, chamado filosofia. Quando este metadiscurso recorre explicitamente a algum grande relato, como a dialética do espírito, a hermenêutica do sentido, a emancipação do sujeito racional ou trabalhador, o desenvolvimento da riqueza, decide-se chamar “moderna” a ciência que a isto se refere para se legitimar”.

²⁰ Conforme Silvino Santiago: “Para ele [Lyotard], a condição pós-moderna se inaugura pela atual “incredulidade” em relação aos metarrelatos, ou seja, essa espécie de “desencanto” (a palavra é do

desse pensador, a função narrativa “perde seus atores, os grandes heróis, os grandes perigos...”²². Constata-se que o saber é afetado pelas informações tecnológicas de forma considerável na pesquisa e na transmissão de conhecimentos²³.

Em relação à ideia de “sociedade de risco”, o ponto fulcral é o conceito de “risco”, categoria que, inclusive, não está adstrita ao jurídico nem deste se origina. Inicialmente atrelada aos saberes tecnológicos, a ideia de “risco” deixa de ser um conceito destinado a embasar decisões humanas sobre o uso ou não de tecnologias²⁴ para ganhar uma abordagem ímpar na “crise dos metarrelatos”.

Para Rego, o risco está em todos os âmbitos da vida humana:

[...] este ‘estar em risco’ significa viver num contexto marcado pela desconfiança, devido à eclosão de desastres cujo impacto não pode ser previsto na sua totalidade. O risco encontra-se presente em todas as esferas da existência humana. A chave para a compreensão do que representa o risco na sociedade contemporânea remete-nos invariavelmente para a ciência e para a tecnologia. Quanto maiores são os progressos científicos e tecnológicos alcançados, maior é a rapidez com que são criadas novas formas de risco. Em consequência disso, mais exigente se torna a forma com que o ser humano se vê confrontado com um constante processo de adaptação face aos cenários gerados quer por possibilidades, quer por consequências reais dos riscos e a ter que tomar decisões em relação ao seu futuro em resposta aos mesmos em contextos marcados muitas vezes pela ausência de conhecimento. A sociedade contemporânea, bem como a própria Modernidade a partir da sua fase tardia, são uma fonte inesgotável de produção de riscos devido às consequências das suas actividades²⁵.

cientista político Norbert Lechner) com os grandes discursos produzidos no século XIX e explicadores da condição histórica do Homem ocidental, nos seus aspectos económicos, sociais e culturais. Os metarrelatos foram responsáveis pela constituição — nos tempos modernos — de grandes atores, grandes heróis, grandes perigos, grandes périplos e, principalmente, do grande objetivo sociopolítico e económico, trazendo uma impossível, mas almejada grandiosidade para um mundo que mais e mais se dava como burguês e capitalista, baixo e decadente. Eles tiveram como ponto de partida o ideal libertário da Revolução Francesa e como fundamento os princípios da razão iluminista. Ainda de maneira simplificada, digamos que aquela é equacionada ao autoritarismo, responsável por sua vez por inúmeras ditaduras de variado colorido, e está à vontade de compreender o processo social na sua totalidade, deixando que a violência homogeneizadora passe o rolo compressor no que é diferente e, por isto, heterogêneo, vale dizer no que é plural”. Cf.: SANTIAGO, Silvino. Pós-fácio. In.: LYOTARD, Jean-François. *A condição pós-moderna*, 2002, p. 127.

²¹ LYOTARD, Jean-François. *A condição pós-moderna*, 2002, p. XVI: “Simplificando ao extremo, considera-se “pós-moderna” a incredulidade em relação aos metarrelatos”.

²² LYOTARD, Jean-François. *A condição pós-moderna*, 2002, p. XVI.

²³ LYOTARD, Jean-François. *A condição pós-moderna*, 2002, p. 4.

²⁴ MARQUES, Daniela de Freitas. *Sistema jurídico penal: do perigo proibido e risco permitido*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2008, p.15-37.

²⁵ REGO, Bruno Paulo Castendo. *Risco e cosmopolitismo: ambiente, modernidade e Europa no pensamento de Ulrich Beck*. 2008. 148f. Dissertação (Mestrado em Filosofia da Natureza e do Ambiente). Universidade de Lisboa. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10451/1730>>. Acesso em 09 jun. 2014.

Segundo Beck, “somos testigos (sujeto y objeto) de una fractura *dentro* de la modernidad, la cual se desprende de los contornos de la sociedad industrial clásica y acuña una nueva figura, a la que aquí llamamos sociedad (industrial) del riesgo”²⁶:

Por decirlo así, estamos viviendo lo que sucede cuando en un drama de Ibsen ha caído el telón. Estamos viviendo la realidad no teatral de la época post burguesa. O, en relación a los riesgos de la civilización: somos los herederos de una crítica cultural *que ha llegado a ser real* y que precisamente por ello ya no se puede conformar con el diagnóstico de la crítica cultural, que siempre estuvo pensada más bien como un pesimismo que advierte sobre el futuro. Toda una época no puede caer en un espacio más allá de las categorías anteriores sin que este más allá sea conocido como lo que es: una pretensión de orden del pasado prolongada más allá de sí misma y de la que se han escabullido el presente y el futuro²⁷.

A premissa de que há atividades de risco, em si, não é também novidade e jamais pode ser vista de forma descontextualizada no tempo e no espaço²⁸. Não é possível banalizar a dimensão e os deletérios efeitos que podem alcançar na atualidade. Há nítido fator de incerteza quanto à causa, à produção e à percepção do risco de decisões humanas tomadas a partir de descobertas e demandas científico-tecnológicas.

Beck define o risco como “uma forma sistemática de lidar com os perigos e as incertezas produzidos e introduzidos pela própria modernização”²⁹, sendo este o elemento sobre o qual a “modernidade reflexiva” irá se debruçar³⁰. Para este, “a

²⁶ BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*. Barcelona: Paidós, 1998, p. 16.

²⁷ BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, 1998, p. 18.

²⁸ As trocas mais rudimentares eram permeadas pela ideia de risco. Conforme Negrão: “No primeiro período a emissão da letra servia à função de representar e facilitar a troca de diferentes moedas utilizadas no vasto comércio internacional, formado por cidades autônomas que cunhavam sua própria moeda. É corrente que seu nascimento se dá graças à necessidade de um meio prático para resolver o problema do transporte de numerário e, ao mesmo tempo, servir como instrumento de crédito internacional e de câmbio. O comércio realizado entre regiões diferentes exigia constante operação de troca de moedas, o que poderia ocorrer na presença do banqueiro e simultaneamente à entrega do valor a ser convertido — câmbio manual — ou em lugares distintos. O custo do transporte era altíssimo”. Cf.: NEGRÃO, Ricardo. *Manual de Direito Comercial e de Empresa*. Volume 2: títulos de crédito e contratos empresariais 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 51-52.

²⁹ BECK, Ulrich. *Risk society. Towards a new modernity*. Londres: Sage Publications, 1992, p. 21.

³⁰ Consoante Beck: “Modernização reflexiva significa a possibilidade de uma (auto)destruição criativa de toda uma época: a da sociedade industrial. O “sujeito” desta destruição criativa não é a revolução, nem a crise, mas a vitória da modernização ocidental. Se a modernização simples (ou ortodoxa) significa, no fundo, primeiro o descontextualizar e, segundo, o recontextualizar das formas tradicionais pelas formas industriais, então, a modernização reflexiva significa primeiro a descontextualização e segundo a recontextualização das formas sociais industriais por outro tipo de modernidade. Assim, em virtude de seu dinamismo, a sociedade moderna está modificando as suas formações de classe, de *status*, de ocupação, os papéis sexuais, a família nuclear, a indústria, os sectores empresariais e, claro, os pré-requisitos e as formas do natural progresso tecnoeconómico. Esta nova fase, na qual o progresso pode se transformar em autodestruição, na qual um tipo de modernização corta e transforma outro tipo, é aquela a que eu chamo fase da modernização reflexiva”. Cf.: BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. *Modernização*

reflexividade e a impossibilidade de controle do desenvolvimento social invadem as sub-regiões individuais, desconsiderando jurisdições, classificações e limites regionais, nacionais, políticos e científicos”³¹.

Em suma, o risco passa a ser o elemento central de certos estudos filosóficos e sociológicos, delineando a forma de organização e o contexto social. Afeta cada vez mais espaços, pessoas, seres e bens³².

A construção epistemológica do Direito Penal e as respostas que oferece absorvem esse postulado.

Para Mir Puig “os avanços tecnológicos têm introduzido novos riscos que estão dando lugar a novas respostas penais que ampliam o Direito Penal. O acúmulo desses novos riscos aparece como uma característica da sociedade atual”³³. O autor agrupa os riscos em quatro categorias: a) fatores de evolução tecnológica; b) fatores de evolução econômica; c) fatores de evolução política e; d) fatores de evolução cultural³⁴. Confirma-se que os autores que se dedicam à análise dos paradigmas da sociedade partem das características da sociedade atual³⁵, enfatizando um ou outro elemento.

Rego cita classificação da sociedade em modernidades feita por Beck, levando em consideração o desenvolvimento industrial-tecnológico em um dado momento. A partir de tal premissa, há duas fases: “primeira modernidade”, que engloba tanto a sociedade pré-industrial como a industrial, e a “segunda modernidade” (ou pós-modernidade), que parte da ideia de que os avanços tecnológicos e a remodelagem dos processos de criação, formação e distribuição de riquezas perpassam pela criação de riscos que atinge âmbitos globais³⁶.

reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna. Tradução do inglês Maria Amélia Augusto. Oíeras: Celta Editora, 2000, p. 2.

³¹ GIDDENS, Anthony; BECK, Ulrich; LASH, Scott. *Modernidade reflexiva.* Tradução de Magda Lopes. São Paulo: UNESP, 1997, p. 22.

³² Segundo Beck: “La tesis dice así: mientras que en la sociedad industrial la ‘lógica’ de la producción de riqueza domina a la ‘lógica’ de la producción de riesgos, en la sociedad del riesgo se invierte esta relación (primera parte). Las fuerzas productivas han perdido su inocencia en la reflexividad de los procesos de modernización. La ganancia de poder del ‘progreso’ técnico-económico se ve eclipsada cada vez más por la producción de riesgos. Éstos se pueden legitimar como ‘efectos secundarios latentes’ sólo en un estadio temprano”. Cf.: BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, 1998, p. 19.

³³ MIR PUIG, Santiago. *Estado, pena y delito.* Colección: Maestros del Derecho Penal, n. 21. Montevideo-Buenos Aires: Editorial BdeF, 2006, p. 9.

³⁴ MIR PUIG, Santiago. *Estado, pena y delito*, 2006, p. 9. No original: “los avances tecnológicos han introducidos nuevos riesgos que están dando lugar a nuevas respuestas penales que amplían el Derecho Penal”.

³⁵ Expressão tomada em sentido vulgar.

³⁶ REGO Bruno Paulo Castendo. *Risco e cosmopolitismo: ambiente, modernidade e Europa no pensamento de Ulrich Beck*, 2008, p. 10.

A distinção entre a análise e a compreensão do risco em relação à modernidade que lhe antecede é a dimensão global que ele pode alcançar. Para tanto, importante será também o estudo da percepção e da causa do risco pelos indivíduos.

Outro paradigma a ser pesquisado refere-se ao conceito de “sociedade líquido-moderna”. Trata-se de uma decorrência da “modernidade líquida”. Atribui-se essas propostas a Zygmunt Bauman, o qual entende que, na verdade, hoje, não se poderia sequer falar-se em “pós-modernidade”³⁷. Esse alerta é feito pelo próprio autor, o qual, inclusive, passou a usar em suas contribuições sociológicas escritas nos últimos anos a aludida expressão (“modernidade líquida”) em substituição àquela locução³⁸.

“Modernidade líquida” é a era da liquefação do projeto moderno. A sociedade industrial, para Bauman, ainda subsistiria, mas com conotações e com configurações diversas, as quais não teriam o condão de superar esse paradigma. “Líquido-moderna” é uma sociedade em que as condições sob as quais agem seus membros mudam num tempo mais curto do que aquele necessário para a consolidação. Influencia hábitos, rotinas, e formas de agir”³⁹.

O próprio conceito de tempo sofre significativa alteração em sua compreensão, inclusive no âmbito das Ciências Naturais⁴⁰. E, sabido que estas influenciam significativamente os ciclos filosóficos na humanidade, a atribuição de significado ao “tempo” ganha contornos diferenciados no âmbito das Ciências do Espírito. O tempo passa a ser analisado a partir de percepções social e individual. Até mesmo para a Física, a questão do tempo apresenta-se como uma questão inacabada⁴¹:

A dimensão temporal no direito, a partir do paradigma da física newtoniana consagrada pela racionalidade kantiana e pelo positivismo normativo de Kelsen (um neokantiano), vinculando tempo e validade, contaminou a modernidade com uma noção de tempo absoluto e universal, imóvel e independente do seu objeto e de seu observador, dimensionado igual e linearmente para todos e em todos os lugares⁴².

³⁷ Afirma-se que Bauman, nos anos 90 do século passado, teria aludido à pós-modernidade em seus escritos. Todavia, o próprio autor realça que ainda não se chegou a tal estágio.

³⁸ BAUMAN, Zygmunt. *Legisladores e intérpretes: sobre modernidade, pós-modernidade e intelectuais*. Tradução Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2010, p. 7-13.

³⁹ BAUMAN, Zygmunt. *Vida líquida*. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2007, p. 7.

⁴⁰ Nesse sentido, HAWKING, Stephen W. *Uma breve história do tempo*. Tradutor Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2015.

⁴¹ Cf.: HAWKING, Stephen W. *Uma breve história do tempo*, 2015, capítulo 9.

⁴² VAZ, Paulo Afonso Brum. *Juizado Especial Federal*, 2015, p. 313.

Para Vaz, “há um componente da experiência psicológica do tempo que interessa muito profundamente à (...) observação sobre a dinâmica da Justiça. Frequentemente, os acontecimentos externos e internos parecem ocorrer de maneira mais ou menos veloz”⁴³.

Constrói-se o tempo social em contraponto ao tempo real. O próprio Direito atuaria atrasado frente ao que lhe seria demandado.

Pode-se visualizar essa dicotomia em vários ramos do Direito, mas isso, aparentemente paradoxal, torna-se evidente na análise da incriminação de uma determinada conduta. Não é exclusivo do Direito Penal e de seu aparato incriminador-punitivo a incapacidade de incidir (em relação à conduta praticada) no tempo adequado e de forma eficiente. É possível medir graus de in(eficiência).

O tempo do direito é uma obra frágil e, antes de tudo, uma construção social⁴⁴, razão pela qual também o tempo pode ser apreendido como objeto jurídico.

A construção de Ost sobre tempo social e, especificamente, sobre as formas de destemporalização são bastante estudadas em Processo Penal, mas é possível aplicar suas contribuições ao fato-crime.

A incriminação deve ser apreendida em tal perspectiva por, ao menos, duas razões. Se o tempo é responsável por sedimentar as concepções e os valores culturais, o núcleo de sentido básico irradiado pela norma penal também será por ele influenciado. Também por esse prisma se verifica o acerto da constatação de que o crime é sempre um “continuum”⁴⁵. Se o Direito é um tecido de ficções que orienta e influencia a vida em sociedade, a incriminação tem, de fato, um fator de estabilização de expectativas⁴⁶.

A conduta, uma vez condensada no tipo, apresenta-se, por um lado, como conduta no tempo estático, tempo solidificado, quando, por outro lado, a sociedade transitou (e continuará a fazê-lo) em tempo dinâmico. E o corpo social demanda ao Direito Penal o uso de seu poder punitivo de maneira cada vez mais veloz. Se a própria sociedade caminha numa velocidade em que as condições se modificam num tempo mais curto do que aquele necessário para a sua consolidação⁴⁷, não causa espanto que o Direito Penal, incapaz de assim intervir, carregue a alcunha propalada pelo senso

⁴³ VAZ, Paulo Afonso Brum. *Juizado Especial Federal*, 2015, p. 314.

⁴⁴ OST, François. *O tempo do direito*, 1999. p. 9-10.

⁴⁵ SUTHERLAND, Edwin H; CRESSEY, Donald R. *Princípios de criminologia*, 1949.

⁴⁶ Ressalta-se que se afasta da proposta teórica de Gunther Jakobs.

⁴⁷ BAUMAN, Zygmunt. *Vida líquida*, 2007, p. 7.

comum de “ineficiência” intrínseca⁴⁸. Se certo é que o Direito apresenta-se como um mecanismo de controle do tempo e tem sua existência a ele vinculada⁴⁹, a eleição de uma conduta como “crime” deve incluir isso.

A construção da relação entre tempo e vida é uma variável nos estudos de Bauman, o qual aduz que a “vida líquida” seria a forma de vida que tende a ser levada em uma “sociedade líquido-moderna”⁵⁰, em que há um tempo diverso de si mesmo:

Em suma: **a vida líquida é uma vida precária, vivida em condições de incerteza constante.** As preocupações mais intensas e obstinadas que assombam esse tipo de vida são os temores de ser pego tirando uma soneca, não conseguir acompanhar a rapidez dos eventos, ficar para trás, deixar passar as datas de vencimento, ficar sobrecarregado de bens agora indesejáveis, perder o momento que pede mudança e mudar de rumo antes de tomar um caminho sem volta. A vida líquida é uma sucessão de reinícios, e precisamente por isso é que os finais rápidos e indolores, sem os quais reiniciar seria inimaginável, tendem a ser os momentos mais desafiadores e as dores de cabeça mais inquietantes. Entre as artes da vida líquido-moderna e as habilidades necessárias para praticá-las, livrar-se das coisas tem prioridade sobre adquiri-las⁵¹. (Grifos).

A pós-modernidade, para Bauman, é um projeto do porvir.

Outro paradigma a ser estudado na presente pesquisa refere-se à “sociedade da informação” ou “sociedade informacional”.

De acordo com Coutinho e Lisbôa, um dos primeiros autores a referir o conceito de “sociedade da informação” foi o economista Fritz Machlup, no seu livro publicado em 1962, “The Production and Distribution of Knowledge in the United States”⁵². O desenvolvimento do conceito deve-se a Peter Drucker que, em 1966, no bestseller “The Age of Discontinuity”, fala pela primeira vez numa sociedade pós-industrial em que o poder da Economia – que, segundo o autor, teria evoluído da agricultura para a indústria e desta para os serviços – estava agora assente num novo bem precioso: a informação. A ideia subjacente é a de uma sociedade inserida num processo de mudança constante, fruto dos avanços na ciência e na tecnologia, bem como

⁴⁸ Os próprios processos de descriminalização formal ocorrem de maneira ainda mais devagar.

⁴⁹ VAZ, Paulo Afonso Brum. *Juizado Especial Federal*, 2015, p. 315.

⁵⁰ BAUMAN, Zygmunt. *Vida líquida*, 2007, p. 7.

⁵¹ BAUMAN, Zygmunt. *Vida líquida*, 2007, p. 8.

⁵² COUTINHO, Clara; LISBÔA, Eliana. Sociedade da informação, do conhecimento e da aprendizagem: desafios para a educação no século XXI. *Revista de Educação*. Volume XVIII, n. 1. Lisboa: Revista do Departamento de Educação da Faculdade de Ciências da Universidade de Lisboa, 2011, p. 5-22.

a necessidade de lidar com uma nova realidade que exige dos indivíduos competências e habilidades para trabalhar com a informatização do saber⁵³.

É nesse contexto que Castells se dedica ao estudo do surgimento de uma nova estrutura social, manifestada por várias formas, conforme a diversidade de culturas e instituições em todo o planeta. Essa nova estrutura estaria associada ao surgimento de um novo modo de desenvolvimento, o informacionalismo, historicamente moldado pela reestruturação do modo capitalista de produção, no final do século XX⁵⁴. Na leitura do autor (Castells), portanto, a revolução tecnológica deu origem ao informacionalismo.

As tecnologias assumem um papel de destaque em todos os segmentos sociais, permitindo o entendimento da sociedade em rede. Uma das consequências é uma nova economia, em que a tecnologia da informação é uma ferramenta na manipulação da informação e na construção do conhecimento pelos indivíduos. A geração, o processamento e a transmissão de informação tornam-se a principal fonte de produtividade e poder⁵⁵. As sociedades são organizadas em processos estruturados por relações historicamente determinadas de produção, experiência e poder⁵⁶:

Cada modo de desenvolvimento é definido pelo elemento fundamental à promoção da produtividade no processo produtivo. (...). No novo modo informacional de desenvolvimento, a fonte de produtividade acha-se na tecnologia de geração de conhecimentos, de processamento da informação e de comunicação de símbolos. Na verdade, conhecimentos e informação são elementos cruciais em todos os modos de desenvolvimento, visto que o processo produtivo sempre se baseia em algum grau de conhecimento e no processamento da informação. Contudo, o que é específico ao modo informacional é a ação de conhecimentos sobre os próprios conhecimentos como principal fonte de produtividade (...). O processamento da informação é focalizado na melhoria da tecnologia do processamento da informação como fonte de produtividade, em um círculo virtuoso de interação entre as fontes de conhecimentos tecnológicos e a aplicação da tecnologia para melhorar a geração de conhecimentos e o processamento da informação (...)⁵⁷.

⁵³ COUTINHO, Clara; LISBÔA, Eliana. Sociedade da informação, do conhecimento e da aprendizagem: desafios para a educação no século XXI. *Revista de Educação*. Volume XVIII, n. 1, 2011, p. 5-22.

⁵⁴ CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. Volume I. Tradução de Roneide Venâncio Majer com a colaboração de Klauss Brandini Gerhardt. São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. 32-33.

⁵⁵ CASTELLS, Manuel. *A era da informação: economia, sociedade e cultura*. Vol. 3. São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. 21.

⁵⁶ CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. Volume I. 8 ed. Tradução de Roneide Venâncio Majer com a colaboração de Klauss Brandini Gerhardt. São Paulo: Paz e Terra, 2005, p. 51.

⁵⁷ CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*, volume I, 1999, p. 34-35. Na literatura do autor, “no modo agrário de desenvolvimento, a fonte do incremento do excedente resulta dos aumentos quantitativos da mão de obra e dos recursos naturais (em particular a terra) no processo produtivo, bem como da dotação natural desses recursos. No modo de desenvolvimento industrial, a principal fonte de produtividade reside na introdução de novas fontes de energia e na capacidade de descentralização do uso de energia ao longo dos processos produtivo e de circulação”.

A informação se mercantiliza: passa a ser significativamente construída como uma mercadoria com valor em si e que, na lógica de mercado, seria suscetível de circular e de produzir riquezas. Desempenha um papel acentuado na fabricação da realidade por ser o principal fator de produção e de poder; influencia o Direito Penal.

Essa premissa evidencia que certos aspectos da construção epistemológica do Direito Penal e das propostas de funcionalização de seus conceitos estão submetidos ao poder político-econômico⁵⁸. Se a informação é uma mercadoria, também se sujeitaria a um processo de produção tal qual o mecanismo relativo aos demais bens, obedecendo aos preceitos de demanda e escassez.

Na interface com o elemento econômico, Calsamiglia compreende a informação como um elemento adicional que dificulta a tomada de decisões ótimas em virtude de sua dispersão entre os vários agentes econômicos⁵⁹.

Considerando que o poder punitivo é manifestado mediante a criação de tipos penais, é possível evidenciar uma nítida relação com a informação compreendida como uma dimensão de riqueza (ainda em etapa prévia a qualquer discussão sobre o simbolismo no Direito Penal)⁶⁰. A incriminação também obedece às regras de produção da sociedade capitalista, atendendo a determinadas demandas. Isso é fomentado pela “sociedade da informação”, em que a infraestrutura das informações disponíveis orienta as estruturas e as dinâmicas das atividades econômicas e sociais.

Coutinho e Lisbôa apontam estudos no sentido de ser possível dividir o debate sobre a “sociedade da informação” em duas grandes correntes:

⁵⁸ LYOTARD, François. *A condição pós-moderna*, 2002, p. 13.

⁵⁹ CALSAMIGLIA, Xavier. Racionalidad individual y colectiva: mecanismos jurídicos y económicos de articulación. Edición digital a partir de *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 13 (1993), p. 69-88. Segundo o autor: “La decisión social óptima varía según cuál sea el entorno económico (hay una acción óptima para cada situación). Si conociéramos los datos sobre la situación (es decir, la información acerca de las preferencias, la tecnología y los recursos iniciales) el problema se reduciría de nuevo a un problema técnico de maximización. Pero un elemento adicional complica la situación: la información sobre la economía está dispersa entre los agentes. La adopción de un plan conjunto coherente requiere el *intercambio de información*. Un mecanismo económico es un modelo que describe los procedimientos adoptados por una comunidad de individuos para coordinar sus acciones”.

⁶⁰ Por todos, conferir: BUSTOS RAMÍREZ, Juan. (Coord.). *Pena y Estado*. Santiago: Editorial Jurídica Conosur, 1995.

A primeira, constituída pelos teóricos defensores do pós-industrialismo (Daniel Bell), pós-modernismo (Jean Baudrillard, Mark Poster), especialização flexível (Michel Piore) e do modo informacional de desenvolvimento (Manuel Castells), que acreditam que este novo modelo marca o surgimento de uma nova ordem social que tem como característica básica a circulação e a modificação das informações de uma forma nunca antes imaginada, significando uma total ruptura com o passado; e a segunda, que compreende os neo-marxistas (Herbert Schiller), os defensores da teoria da regulação e da acumulação flexível (Aglietta, David Harvey), do estado nacional e a violência (Anthony Giddens) e da esfera pública (Habermas) que têm em comum o facto de, embora reconhecendo que, de facto, a concepção, manipulação e utilização da informação nas diversas actividades e esferas humanas atingiram patamares incomparáveis, acreditam que a nova ordem social representa um processo contínuo e evolutivo da sociedade⁶¹.

Para Castells, em resumo, o informacionalismo é a base material de uma nova sociedade, em que a geração de riqueza⁶², o exercício do poder e a criação de códigos culturais passam a depender da capacidade tecnológica das sociedades e dos indivíduos. A tecnologia da informação passa a ser o elemento principal disso⁶³.

O papel das mídias de comunicação social exerce um papel de relevo nessa nova formação social. A política informacional posta em prática principalmente por manipulação de símbolos no espaço da mídia combina com este mundo das relações de poder em constante mudança⁶⁴:

En cualquier caso, los medios realizan diversas actividades para lograr reconocimiento y la delimitación sociales del problema. Ante todo, trazan los contornos de éste, lo que llevan a efecto tanto reiterando informaciones sobre hechos similares, actividad que con frecuencia ya vienen ejecutando desde la etapa anterior, como agrupando hechos hasta entonces no claramente conectados, incluso, realizando concepciones nuevas de hechos criminales ya conocidos; todo ello puede originar, incidental o intencionalmente, una percepción social de que existe una determinada ola de criminalidad, lo que refuerza la relevancia del problema. En segundo lugar, destacan los efectos perjudiciales de la situación existente, dañosidad que pueden referir a ámbitos sociales muy distintos y desenvolver simultánea o alternativamente en planos materiales, expresivos o integradores. Finalmente, plantean genéricamente la necesidad de ciertas decisiones legislativas penales⁶⁵.

⁶¹ COUTINHO, Clara; LISBÔA, Eliana. Sociedade da informação, do conhecimento e da aprendizagem: desafios para a educação no século XXI. *Revista de Educação*. Volume XVIII, n. 1, 2011, p. 5-22.

⁶² A fronteira entre a exclusão social e a sobrevivência diária “está cada vez mais indistinta para grande número de pessoas em todas as sociedades, após perder boa parte da rede de segurança, sobretudo no caso das novas gerações da era pós-Estado do bem-estar social”, em que há dificuldade em manter atualização profissional. Cf.: CASTELLS, Manuel. *A era da informação: economia, sociedade e cultura*. Vol. 3, 1999, p. 411-439.

⁶³ CASTELLS, Manuel. *A era da informação: economia, sociedade e cultura*. Vol. 3. São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. 411-439.

⁶⁴ CASTELLS, Manuel. *A era da informação: economia, sociedade e cultura*. Vol. 3. São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. 411-439.

⁶⁵ RIPOLLÉS, José Díez. *La racionalidad de las leyes penales*. Madrid: Editorial Trota, 2013, p. 28.

Rodrigues, em estudo sobre a expansão do Direito Penal, também elenca a influência midiática como uma variável no âmbito da intervenção penal⁶⁶.

Mir Puig realça que “os avanços tecnológicos incluem também os meios de comunicação clássicos e as novas tecnologias. A imprensa, a televisão e o rádio ampliam a dimensão das catástrofes e dos delitos”⁶⁷. A comunicação realizada é apresentada como uma realidade e como um problema⁶⁸. Muitas vezes, o legislador penal parece estar submetido àqueles elementos subjacentes aos processos produtivos ligados à mercantilização da informação para criminalizar determinadas condutas.

A partir dos anos dois mil tem sido frequente que uma lei penal seja mais conhecida, inclusive pelos juristas, por sua alcunha, exatamente porque esta representa a melhor forma de transmitir à sociedade uma comunicação certa e supostamente eficaz de que a demanda por ela levada ao Direito Penal foi cumprida a contento⁶⁹.

Aqui se manipula a flecha do tempo: realmente a consequência óbvia será admitir uma hipertrofia do Direito Penal. A globalização⁷⁰ tem a aptidão para ampliar as expectativas levadas ao Direito Penal pela sociedade⁷¹. Acompanhar a informação e se manter atualizado mostram-se difíceis; deságua-se no propósito de que é preciso (e necessário) reinventar e sempre modificar.

⁶⁶ RODRIGUES, Filipe Azevedo. *Análise econômica da expansão do Direito Penal*. 2013. 194f. Dissertação. (Mestrado em Direito). Natal: Universidade do Rio Grande do Norte, Faculdade de Direito, 2013, p. 10.

⁶⁷ MIR PUIG, Santiago. *Estado, pena y delito*, 2006, p. 9. No original: “los avances tecnológicos incluyen también los medios de comunicación clásicos y nuevas tecnologías. La prensa, la televisión, la radio, amplifican la dimensión de las desgracias y de los delitos”.

⁶⁸ Para o Lyotard: “Por outro lado, numa sociedade em que a componente comunicacional torna-se cada dia mais evidente, simultaneamente como realidade e como problema, é certo que aspecto de linguagem (*langagier*) adquire uma nova importância, que seria superficial reduzir à alternativa tradicional da palavra manipuladora ou da transmissão unilateral de mensagem, por um lado, ou da livre expressão ou do diálogo, por outro lado”. LYOTARD, François. *A condição pós-moderna*, 2002, p. 29.

⁶⁹ Sem exatidão, a Lei 12.737, de 2012, conhecida como “Lei Carolina Dickman” e a Lei 11.340, de 2006, conhecida como “Lei Maria da Penha”.

⁷⁰ Quanto ao conceito de globalização revela-se de utilidade evidenciar a relação com Direito Penal. Donna e Barbero apresentam uma síntese que se revela bastante oportuna: “La globalización es un complejo proceso de integración, integración de clases, integración entre corporaciones e individuos, e integración supranacional. En este complejo proceso surgen manifestaciones de criminalidad que afectan varios aspectos de la vida nuestra: el medio ambiente, las relaciones laborales, el patrimonio, la salud pública, la seguridad pública. La primera cuestión es si estas manifestaciones de criminalidad deben ser subsumidas en los tipos penales tradicionales o si es necesaria sea reformulación o extensión. La segunda cuestión es que, sea cual el camino a tomar, se insista en el respeto de los principios firmes del Derecho Penal tradicional”. DONNA Edgardo Alberto; BARBERO, Natalia. Prólogo. In.: GARCÍA FALCONÍ, Ramiro. *Derecho Penal Económico*. Tomo I. 1. Ed. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2012, p. 7-9.

⁷¹ Para Ripollés, “a necessidade de orientar a atenção para o legislador também considera a intensa implicação da cidadania, diretamente ou mediante os meios de comunicação, e dos debates sobre a configuração da maior parte das leis penais, os quais teriam o efeito positivo de reforçar a força democrática e o efeito negativo de trasladar uma progressiva desconfiança da opinião pública e da sociedade em geral nos segmentos que atuam na Justiça”. Cf.: RIPOLLÉS, José Díez. *La racionalidad de las leyes penales*, 2013, p. 14.

Há um componente de incerteza que se alia à insegurança, influenciando as decisões humanas que geram atividades arriscadas e aquelas que o distribuem:

En realidad, hace tiempo que los especialistas han descartado la, por lo demás remota, posibilidad de neutralizar los nuevos riesgos, incidiéndose más bien en que debe profundizarse en los criterios de distribución eficiente y justa de los mismos —existentes y en principio no neutralizables— El problema, por tanto, no radica ya sólo en las decisiones humanas que *generan* los riesgos, sino también en las decisiones humanas que los *distribuyen*. Y si bien es cierto que son muchos los que propugnan la máxima participación pública en las correspondientes tomas de decisión, no lo es menos que, de momento, las mismas tienen lugar en un contexto de casi total opacidad⁷².

Não há mais percepção de estabilidade das condições gerais da vida e da inserção do indivíduo no ambiente. As normas têm acompanhado esse processo de liquefação. A dimensão subjetiva de insegurança gera um estado permanente de crise⁷³ e a intervenção penal segue essa trajetória.

Mas, a acessibilidade da informação não garantiria a do conhecimento.

A “sociedade do conhecimento” surge como um paradigma diverso. Informação e conhecimento apresentam-se como conceitos diferentes, conduzindo ao desafio principal dessa nova estrutura social: a capacidade de criar uma rede de ressignificações, desenvolvendo competências reflexivas e conexões com outros conhecimentos a fim de utilizá-los no cotidiano⁷⁴:

⁷² SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del Derecho Penal*. 2 ed. Madrid: Editora Civitas, 2001, p. 29.

⁷³ Segundo Silva Sánchez: “de cualquier manera, más importante que tales aspectos objetivos es seguramente la dimensión subjetiva de dicho modelo de configuración social. Desde esta última perspectiva, nuestra sociedad puede definirse todavía mejor como la sociedad de la «inseguridad sentida» (o como la sociedad del miedo). En efecto, uno de los rasgos más significativos de las sociedades de la era postindustrial es la sensación general de inseguridad, esto es, la aparición de una forma especialmente aguda de vivir el riesgo. Es cierto, desde luego, que los «nuevos riesgos» —tecnológicos y no tecnológicos— existen. Pero asimismo lo es que la propia diversidad y complejidad social, con su enorme pluralidad de opciones, con la existencia de una sobreinformación a la que se suma la falta de criterios para la decisión sobre lo que es bueno o malo, sobre en qué se puede confiar y en qué no, constituye un germen de dudas, incertidumbres, ansiedad e inseguridad”. Cf.: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del Derecho Penal*, 2001, p. 32. No mesmo sentido, Bauman, afirma que “o medo é mais assustador quando difuso, disperso, indistinto, desvinculado, desancorado, flutuante, sem endereço nem motivo claros; quando nos assombra sem que haja uma explicação visível, quando a ameaça que vemos temer pode ser vislumbrada em toda parte, mas em lugar algum se pode vê-la.”. Cf.: BAUMAN, Zygmunt. *Medo líquido*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2008, p.8.

⁷⁴ COUTINHO, Clara; LISBÔA, Eliana. Sociedade da informação, do conhecimento e da aprendizagem: desafios para a educação no século XXI. *Revista de Educação*. Volume XVIII, n. 1, 2011, p. 5-22.

As informações constituem a base do conhecimento, mas a aquisição deste implica, antes de mais, o desencadear de uma série de operações intelectuais, que colocam em relação os novos dados com as informações armazenadas previamente pelo indivíduo. O conhecimento adquire-se, pois, quando as diversas informações se interrelacionam mutuamente, criando uma rede de significações que se interiorizam. Na actualidade, uma das perturbações provocadas pelos meios de comunicação é o fato de que o homem moderno crê ter acesso à significação dos acontecimentos, simplesmente porque recebeu informação sobre aqueles⁷⁵.

Para Pellicer, é indispensável uma atitude crítica em relação aos meios de comunicação e à própria comunicação⁷⁶.

Coutinho e Lisbôa entendem que, para que a sociedade da informação possa ser considerada uma sociedade do conhecimento⁷⁷, é imprescindível que se estabeleçam critérios para organizar e seleccionar as informações e não simplesmente ser influenciado e “moldado” pelos constantes fluxos informativos disponíveis⁷⁸. Elas retomam o entendimento de Castells, para quem a internet, em princípio, é um canal de comunicação horizontal, e aduzem que a realidade se apresenta de forma diferente. Por um lado, há muitos indivíduos que não possuem acesso a ela (internet) e, por outro, este mero acesso não resulta em conhecimento⁷⁹.

Para Lyotard, no entanto, é o próprio saber que se constitui em moeda, tendo se tornado a principal força de produção⁸⁰:

Em vez de serem difundidos em virtude do seu valor “formativo” ou de sua importância política (administrativa, diplomática, militar), pode-se imaginar que os conhecimentos sejam postos em circulação segundo as mesmas redes da moeda e que a clivagem pertinente a seu respeito deixa de ser saber/ignorância para se tornar como no caso da moeda, “conhecimentos de pagamento/conhecimentos de investimento”, ou seja: conhecimentos trocados no quadro da manutenção da vida cotidiana (reconstituição da força de trabalho, “sobrevivência”) *versus* créditos de conhecimentos com vistas a otimizar as performances de um programa⁸¹.

⁷⁵ PELLICER, Esther Gispert. La Mod a tecnológica en la educación: peligros de un espejismo. In: Pixel-Bit. Revista de Medios y Educación, (nº9Junho), 81- 92. Disponível em: Depósito de Investigación Universidad de Sevilla. < <https://idus.us.es/xmlui/handle/11441/45460>>. Acesso em 13 jul. 2017.

⁷⁶ PELLICER, Esther Gispert. La Mod a tecnológica en la educación: peligros de un espejismo. In: Pixel-Bit. Revista de Medios y Educación, (nº9Junho), 81- 92.

⁷⁷ A Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE realça a importância que o conhecimento, a criatividade e a inovação possuem numa economia globalizada e altamente competitiva. OCDE. Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico. *Knowledge Management in the Learning Society*. Paris: OCDE.

⁷⁸ COUTINHO, Clara; LISBÔA, Eliana. Sociedade da informação, do conhecimento e da aprendizagem: desafios para a educação no século XXI. *Revista de Educação*. Volume XVIII, n. 1, 2011, p. 5-22.

⁷⁹ COUTINHO, Clara; LISBÔA, Eliana. Sociedade da informação, do conhecimento e da aprendizagem: desafios para a educação no século XXI. *Revista de Educação*. Volume XVIII, n. 1, 2011, p. 5-22.

⁸⁰ LYOTARD, François. *A condição pós-moderna*, 2002, p. 9.

⁸¹ LYOTARD, François. *A condição pós-moderna*, 2002, p. 7.

Os modelos tradicionais de conceber o conhecimento são substituídos pela horizontalidade, em que todos são agentes do processo e, portanto, todos têm vez e voz no sistema de autoformação⁸². Apesar disso, a informação que orienta a incriminação de determinadas condutas não necessariamente possui horizontalidade. Ao contrário, permitiu a construção de um retrato do Direito Penal como ente histórico-ideal em detrimento de seu viés histórico-real. Permitiu que a intervenção penal tivesse aptidão para acomodar várias disfunções sociais⁸³ de forma desnecessária.

2.2 Da atual crise de fundamentação epistemológica do Direito Penal

Além de todo o exposto, a globalização dirige ao Direito Penal demandas práticas acerca de uma abordagem que se faça eficiente em relação à criminalidade que lhe é própria⁸⁴.

Assim, tais exigências são mais evidentes na criminalidade econômica, considerada por alguns autores como uma característica do atual momento histórico, já que a superação das fronteiras naturais⁸⁵ (decorrente do mencionado movimento da globalização) rompe também as barreiras para a circulação de capital:

la delincuencia de la globalización es *económica*, en sentido amplio (o, en todo caso, lucrativa, aunque se pongan en peligro otros bienes jurídicos). Ello significa que la reflexión jurídico-penal tiene, por primera vez, como objeto esencial de estudio delitos claramente diversos del paradigma clásico (el homicidio o la delincuencia patrimonial tradicional). Se trata de delitos calificados criminológicamente como «*crimes of the powerjul*»; de delitos que tienen una regulación legal insuficientemente asentada; y de delitos cuya dogmática se halla parcialmente pendiente de elaboración. Todo lo cual ha de redundar en una configuración de los mismos sobre bases significativamente diversas de las del Derecho Penal clásico (de la delincuencia pasional o de los «*crimes of the powerless*»)⁸⁶

⁸² COUTINHO, Clara; LISBÔA, Eliana. Sociedade da informação, do conhecimento e da aprendizagem: desafios para a educação no século XXI. *Revista de Educação*. Volume XVIII, n. 1, 2011, p. 5-22.

⁸³ As relações entre as disfunções sociais e a intervenção penal serão abordadas adiante.

⁸⁴ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del Derecho Penal*, 2001, p. 82.

⁸⁵ BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as consequências humanas*, 1999, p. 85: “Não há mais “fronteiras naturais” nem lugares óbvios a ocupar. Onde quer que estejamos em determinado momento, não podemos evitar saber que poderíamos estar em outra parte, de modo que há cada vez menos razão para ficar em algum lugar específico (e por isso muitas vezes sentimos uma ânsia premente de encontrar – de inventar – uma razão)”.

⁸⁶ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *La expansión del Derecho Penal*, 2001, p.83.

Há construções dogmáticas que buscam acomodar a um só tempo as necessidades da modernidade (sociedade da primeira modernidade) e da pós-modernidade (sociedade da segunda modernidade).

O horizonte de sentido é dado pela compreensão que o intérprete tem da realidade⁸⁷. E, apesar das novas necessidades da atualidade, são frequentes os esforços teóricos voltados a frear a expansão do Direito Penal a fim de que este possa supostamente voltar a ser acomodado ao paradigma clássico, o qual é calcado na tutela de proteção penal do binômio “vida-propriedade”.

Do que foi afirmado, pode-se falar em uma crise de fundamentação epistemológica do Direito Penal, ou seja, da justificação ou não da violência resultante da aplicação de suas sanções penais para os indivíduos.

Hassemer foi um dos principais defensores da ideia de Direito Penal clássico (liberal). Na atualidade, entretanto, entende-se que, concebido tal como pretendia Hassemer, o Direito Penal nunca teria existido. Tal concepção, portanto, seria mais uma perspectiva histórico-ideal do que histórico-real⁸⁸.

Schünemann aponta a necessidade de evidenciar a parcialidade do Direito Penal clássico (liberal). O autor, com lastro em panorama histórico acerca do movimento estatal que encampou o poder punitivo penal, sintetiza que o Direito Penal estatal foi um instrumento específico da criminalidade dos aventureiros e dos pobres, o que muito pouco se modificou na época do Iluminismo. Certas figuras desapareceram, a exemplo da queima das bruxas e hereges. Mas, a proteção da propriedade privada de coisas móveis foi o ponto central do Direito Penal clássico⁸⁹.

As opções legislativas não têm apenas o objetivo de manter o controle punitivo sobre o cidadão e seus âmbitos de autodeterminação⁹⁰. A simples conjugação

⁸⁷ Conferir lições de Streck acerca do ‘teto de sentido’ que impede a concretização da Constituição: STRECK, Lênio. *Hermenêutica jurídica em crise*. 7. ed. revista e atualizada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

⁸⁸ Nesse sentido são as críticas notadamente de Silva Sánchez (conferir, por todos, *La expansión del Derecho Penal*. Madrid: Civitas Ediciones, S. L.) e de Bernd Schünemann (conferir *Temas Actuales y Permanentes del Derecho Penal después del milenio*. Madrid: Tecnos, 2002).

⁸⁹ SCHÜNEMANN, Bernd. Del Derecho Penal de la clase baja al Derecho Penal de la clase alta. In.: GARCÍA FALCONÍ, Ramiro. *Derecho Penal económico*. Tomo I. 1. Ed. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2012, p.54-55.

⁹⁰ Nesse sentido, ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no Direito Penal*. 2. ed. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2007. Zaffaroni expõe que “quando são postas de lado considerações teóricas e se admite que os direitos de todos os cidadãos serão afetados, invoca-se o eficientismo penal, próprio do Estado autoritário e de sua razão de Estado”. O autor prossegue a crítica enfatizando que isso recoloca a “opção tão reiterada quanto falsa entre eficácia e garantias, mediante a qual a única coisa que se quer dizer é que serão obtidas mais sentenças condenatórias”, levando-se a um aumento da

dos elementos já mencionados como características paradigmáticas da sociedade contemporânea⁹¹ (risco, liquidez das relações, informação, conhecimento) também não explica a hipertrofia do Direito Penal.

O sistema aparente e simbólico de controle punitivo se aprofundou e se reinventou após a segunda metade do século passado.

Considerando que Direito Penal foi uma réplica do conceito liberal de propriedade, pouco se identifica de maneira clara a forma pela qual esse mesmo aparato tem sido apto a assegurar a perpetuação de um poder que há muito se transmutou para ilegítimo⁹². Uma proteção insuficiente das condições destinadas à autodeterminação individual no projeto da condição da pós-modernidade (sociedade da segunda modernidade) transmuda-se em poder punitivo ilegítimo.

As atividades realizadas através do sistema financeiro, do mercado de valores ou do sistema de seguros privados são, por definição, vedadas aos membros mais pobres da sociedade. No entanto, constituem, evidentemente, o entorno em que se cometem uma série de delitos por parte dos estratos superiores, sendo este tipo de criminalidade o desafio a ser superado pelas teorias que tem ligado a produção de delitos às classes mais baixas⁹³.

Mir Puig realça que “não se podem valorar de forma unitária as diferentes linhas da atual expansão do Direito Penal”. Concorde-se com o doutrinador quando este afirma que algumas são necessárias, enquanto outras são dispensáveis⁹⁴. Para ele, “o aparecimento de novos riscos e a internacionalização da delinquência (consequências da evolução tecnológica), assim como as novas formas da criminalidade, tornam

discricionariedade das agências policiais e à legalização da tortura para atingir tal intento. O autor reconhece que o crime organizado e a corrupção habilitam a intromissão do poder punitivo em quaisquer áreas, legitimando o Direito Penal do inimigo e a reafirmando a seletividade. Todavia, a corrupção é um fenômeno real, alvo de esforços internacionais. Quando não há intervenção penal adequada de áreas específicas, como nos âmbitos principais da presente pesquisa, há risco de romper o equilíbrio e causar danos difusos. Não se rejeita, em totalidade, a assertiva do autor, mas se acredita que a incriminação deva sim atingir tais âmbitos.

⁹¹ Expressão tomada em sentido vulgar.

⁹² SCHÜNEMANN, Bernd. Del Derecho Penal de la clase baja al Derecho Penal de la clase alta. In.: GARCÍA FALCONÍ, Ramiro. *Derecho Penal econômico*, 2012, p.56.

⁹³ GARCÍA FALCONÍ, Ramiro. Nueva delincuencia y nuevos delincuentes. In.: GARCÍA FALCONÍ, Ramiro. *Derecho Penal econômico*. Tomo I. 1. Ed. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2012, p. 12-13.

⁹⁴ MIR PUIG, Santiago. *Estado, pena y delito*, 2006, p. 11. Cf.: “no se pueden valorar de forma unitaria las diferentes líneas de la actual expansión del Derecho Penal. Algunas son necesarias, mientras que otras son rechazables”.

compreensíveis a introdução de novas técnicas penais”. É evidente a conveniência de admitir que o Direito Penal alcance os poderosos que delinquem⁹⁵.

Diversos estudiosos da criminalidade econômica discordam de quais espaços de atuação deveria o Direito Penal incidir através da incriminação, tendo como eixo pontos comuns aos paradigmas da sociedade pós-industrial⁹⁶.

Tiedemann enuncia que a imagem do homem é a do homem situado em todas as facetas da vida econômica⁹⁷.

Bauman externa a ideia de que a vida contemporânea é uma vida que projeta o mundo e seus fragmentos como meros objetos consumíveis⁹⁸. A relação entre o normativo e o fático deve ter em vista as consequências quanto à determinação da função do Direito Penal e dos elementos do delito. A realidade sempre se impõe como limite⁹⁹.

Em razão da capilaridade do poder econômico nas estruturas sociais, infere-se que, por um lado, o aparato punitivo e a incriminação não se destinariam unicamente a aumentar a violência própria do Direito Penal em determinados estereótipos. Por outro lado, entende-se que ele (o poder econômico) seria responsável por se apropriar da mercantilização da informação, através da submissão desta ao jogo de produção de bens. O resultado é a incriminação que favorece a coesão de um grupo e que assegura a permanência deste no poder.

⁹⁵ MIR PUIG, Santiago. *Estado, pena y delito*, 2006, p. 12: “la aparición de nuevos riegos y la internacionalización de la delincuencia (consecuencias de la evolución tecnológica), así como las nuevas formas de delincuencia económica, hacen comprensible la introducción de nuevas técnicas penales”.

⁹⁶ Expressão tomada em sentido vulgar.

⁹⁷ Para Tiedemann “está reconhecido que o homem não é absolutamente livre, nem igual. Há fortes e fracos, há ricos e pobres e, conseqüentemente, há dominação, há poder e as oportunidades não são idênticas, razões pelas quais nem todos podem desenvolver igual e livremente a sua personalidade. [...]. A imagem do homem, própria do Estado Democrático de Direito, é a do homem situado, do homem nas suas condições concretas; do homem em seu posto de trabalho, como trabalhador dependente; do homem como consumidor; do homem em seu ambiente; do homem como participante da ordem econômica, afeta a fins sociais. [...]. A inserção social do homem é [...] ampla, abrangendo todas as facetas da vida econômica”. Cf.: TIEDEMANN, Klaus. Apresentação crítica. In: ARAÚJO JÚNIOR, João Marcello de. *Dos crimes contra a ordem econômica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 34-36.

⁹⁸ Na literatura do autor: “A vida líquida é uma vida de consumo. Projeta o mundo e todos os seus fragmentos animados e inanimados como objetos de consumo, ou seja, objetos que perdem a utilidade (e, portanto, o viço, a atração, o poder de sedução e o valor) enquanto são usados. Molda o julgamento e a avaliação de todos os fragmentos animados e inanimados do mundo segundo o padrão dos objetos de consumo”. Cf.: BAUMAN, Zygmunt. *Vida líquida*, 2007, p. 17.

⁹⁹ MIR PUIG, Santiago. *Estado, pena y delito*, 2006, p. 342.

O debate atual não pode se circunscrever à criminalidade dos despossuídos, mas deve alcançar os economicamente poderosos justamente porque leva em conta um novo modelo social: a mobilidade de pessoas e de capital¹⁰⁰.

Há uma concentração de estudos voltados para o estudo de eventual arrefecimento da resposta penal ao longo dos anos. No entanto, a maioria tem como marco o paradigma clássico “vida-propriedade” e a incriminação levada a cabo na sociedade da condição da pós-modernidade (sociedade da segunda modernidade).

Esta pesquisa parte da necessidade de investigar a maneira pela qual o poder punitivo penal lida com o processo de liquefação do projeto moderno. Considera-se, de maneira especial, o fato de tentar manter, a todo custo, a herança do paradigma clássico em detrimento de salvaguardar espaços de liberdade legítimos no âmbito da sociedade pós-industrial¹⁰¹.

Com isso, avança-se para as investigações acerca da (in)eficiência do Direito Penal a partir de suas funções ocultas e manifestas. A criminalidade econômica passa, realmente, a se apresentar como uma forma de delinquência própria da sociedade atual, sendo responsável pela desestabilização de mercados, pelo aumento da violência relacionada às desigualdades sociais, pela corrupção institucionalizada, dentre outros. A criminalidade de tal natureza aproveita-se das mais variadas formas de liquefação das relações humanas: apropria-se da liquefação do projeto moderno.

Comprova-se que o fenômeno punitivo que a acompanha não seria mesmo uma mera fabricação ou produto do poder como muitos propugnam. Há uma relação intercambiável entre as demandas da sociedade, a criminalidade, a economia e os processos produtivos¹⁰².

¹⁰⁰ FILIPPETTO, Rogério. *Lavagem de dinheiro: crime econômico da pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 21.

¹⁰¹ A expressão é tomada em sentido vulgar.

¹⁰² Nesse sentido, Anitua ressalta que para Marx e Engels, “a estrutura do sistema produtivo determina a estrutura geral da sociedade. Isso pode ser pensado de uma forma determinista, embora não signifique, necessariamente, que o ser humano não tem nada a fazer. Pelo contrário, o ser humano tem que fazer tudo, tem que fazer a revolução, propiciar as mudanças de acordo com essas estruturas. Esta perspectiva, indo além de seus problemas, é indubitavelmente uma perspectiva que anula a suposta neutralidade ou naturalidade do sistema de valores e, no concreto, do sistema legal. Como se demonstra materialmente, são os homens que fazem as leis e não as leis que fazem os homens. As mesmas leis e o próprio Estado são produtos do momento histórico presente, baseado na alienação, na propriedade privada e, em resumo, na opressão”. Cf.: ANITUA, Gabriel Ignácio. *Histórias dos pensamentos criminológicos*. Tradução Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan. Instituto Carioca de Criminologia, 2008, p. 612.

Embora não se trate de uma exclusividade dos tempos atuais, a intervenção penal atinge drasticamente o âmbito de autodeterminação individual e a própria projeção do sujeito no mundo.

Ainda que haja extrema e aguçada dissonância quanto aos contornos dogmáticos necessários para fazer frente à criminalidade econômica, há um ponto teórico inegável: trata-se de uma criminalidade que se aproveita de todos os influxos tecnológicos e globalizantes a partir de um eixo de cunho notadamente econômico.

No Brasil, nos anos setenta do século passado, Pimentel já vislumbrava que, de fato, as novas interações econômicas estavam atreladas a uma nova feição da criminalidade. O ambiente acadêmico e legislativo brasileiro estava começando a se impregnar das influências de cunho político-criminal e criminológico¹⁰³:

A criminalidade refinada, técnica hábil, se desenvolveu paralelamente com o aumento da complexidade da vida moderna, especialmente no campo da economia. Disfarçada, aqui, em grupo de homens de negócios, ali em empresa de vulto, acolá em sociedade comercial, a criminalidade prosperou largamente, impunemente, valendo-se das falhas da legislação, das deficiências do sistema, da corrupção, da pressão política, da exploração das mais diversas formas de prestígio social¹⁰⁴.

Na sociedade contemporânea¹⁰⁵, a economia e a ordem econômica devem incluir mecanismos promocionais de democratização econômica. Dessa interação pode haver, de maneira justificada, um âmbito de intervenção do poder punitivo penal.

¹⁰³ Nítida a influência da Escola de Chicago, em especial de Sutherland.

¹⁰⁴ PIMENTEL, Manoel Pedro. *Direito Penal Econômico*, 1973, p. 4-5.

¹⁰⁵ Expressão tomada em sentido vulgar.

3 DA CONTRIBUIÇÃO DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO - AED PARA A CONSTRUÇÃO DO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA

O movimento do “Law and Economics” (AED) surge com a pretensão de explicar os institutos jurídicos a partir de uma dimensão econômica. Vem renovar um anseio por objetividade e certeza no meio jurídico¹⁰⁶. O intuito era superar do ponto de vista metodológico a abstração e o formalismo de institutos jurídicos. A AED considera explicitamente os institutos jurídicos como variáveis do sistema econômico, ou seja, eles são vistos como escolhas a ele pertencentes¹⁰⁷.

Para Silva Sánchez, “el Análisis Económico del Derecho Penal supone, como se ha podido comprobar, la adopción de una perspectiva consecuencialista y orientada a las ciencias sociales en el análisis de los fenómenos jurídico-penalmente relevantes”¹⁰⁸.

Há uma grande proximidade da AED com a vertente jusfilosófica que recebe o nome de realismo jurídico, o qual tem o objetivo de alijar das normas jurídicas aquilo que identificam como “entes metafísicos”, atribuindo ênfase aos fatos. É bom evidenciar que o realismo jurídico busca afastar-se das vertentes jusfilosóficas do jusnaturalismo e do positivismo jurídico a partir da eleição de um novo método para delinear o que é o Direito¹⁰⁹. Objetiva-se voltar para a ação judicial, notadamente para os precedentes, uma vez que por meios destes o fenômeno normativo se torna visível¹¹⁰.

O realismo jurídico americano desenvolveu-se de forma contemporânea ao realismo jurídico escandinavo. Representam uma reação que se forma a partir de teorias

¹⁰⁶ COELHO, Cristiana de Oliveira. *O caráter científico da Análise Econômica do Direito: uma explicação de sua influência como doutrina jurídica*. 2008. 150f. Dissertação (Mestrado em Direito). Brasília: Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, p. 142.

¹⁰⁷ MACKAAY, Ejan. History of Law and Economics. *Encyclopedia of Law and Economics*, vol. I Bouckaert and de Gheest, Eds, 2000, p. 65-117.

¹⁰⁸ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Eficiencia y Derecho Penal*, 1996, p. 97.

¹⁰⁹ O realismo escandinavo aponta como crítica principal os desdobramentos de índole metafísica. Cf.: LOPES, Mônica Sette. O realismo jurídico: o discurso jurídico e a apreensão da realidade. In.: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, v. 45, 2004, p. 297-340.

¹¹⁰ Nas palavras de Lopes: “A visibilidade do realismo, nos primórdios do século XX, não acena apenas para as questões do direito. Ela espalha-se como uma tendência do pensamento que alcança variadas dimensões da cultura. Por isto ela seria um corte, congelado, de uma gama considerável da problemática jurídica, apropriável naquele período e, de certa forma, passível de absorção ainda hoje”. No âmbito do realismo jurídico escandinavo, notadamente Alf Ross, a mesma autora assim explica: “A produção judicial não pode ser considerada como sendo o *direito* ou *todo o direito*, mas ela é o repositório mais vistoso do modo como o direito funciona. Por isto, o conhecimento do direito não prescinde da análise problematizante dos caminhos que a decisão judicial perfaz”. Cf.: LOPES, O realismo jurídico: o discurso jurídico e a apreensão da realidade. In.: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, 2004, p. 297-340.

de “inspiração pragmática e sociológica” ou de “orientação não metafísica e não lógico-formalista”¹¹¹. Olivercrona afirma que o objetivo do movimento realista nos Estados Unidos da América – EUA era eliminar noções metafísicas e situar a ciência jurídica sobre as bases realmente científicas, ocupando-se de fatos¹¹². Para o realismo jurídico escandinavo, o direito vigente é justamente o direito aplicado¹¹³. O Direito deve ser visto como fato. Um fato que está lá, complexamente urdido, cheio de inferência e de interferências com sua prospecção dinâmica, inserido na realidade cultural e viva dos povos em linhas que não se caracterizam pela previsibilidade. A ideia de validade do direito não se destaca de uma análise do comportamento dos juízes¹¹⁴.

Há quem considere que a AED inicialmente teria sido uma especialização do movimento realista americano¹¹⁵.

Ferrajoli ressalta que as divergências entre o normativismo e o realismo jurídico extrapolam os limites teóricos¹¹⁶.

Apesar de certa discussão acadêmica acerca do surgimento da AED¹¹⁷, há relativo consenso de que teria se desenvolvido com maior intensidade sob os influxos da

¹¹¹ LOPES, Mônica Sette. O realismo jurídico: o discurso jurídico e a apreensão da realidade. In.: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, 2004, p. 297-340.

¹¹² OLIVERCRONA, Karl. *Lenguaje jurídico y realidad*. Buenos Aires: Distribuições Fontamara, 1992, p. 15-16. A inspiração do movimento, segundo Olivercrona, foram as palavras do juiz Holmes acerca da necessidade de o jurista voltar-se para os fatos a fim de se ater à realidade e à verdade e não se perder na abstração própria das vertentes positivistas, típicas da tradição “Civil Law”.

¹¹³ ROSS, Alf. *Sobre el Derecho y la Justicia*. Buenos Aires: Editorial Universitária, 1997, p. 71.

¹¹⁴ LOPES, Mônica Sette. O realismo jurídico: o discurso jurídico e a apreensão da realidade. In.: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, 2004, p. 297-340.

¹¹⁵ MACKAAY, Ejan. History of Law and Economics. *Encyclopedia of Law and Economics*, vol. I, 2000, p. 65-117. No mesmo sentido: STELZER, Joana; GONÇALVES, Everton das Neves. Análise econômica do direito: uma inovadora teoria geral do direito. In.: OLIVEIRA, Amanda Flavio de (coord). *Direito Econômico: evolução e institutos*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 35.

¹¹⁶ FERRAJOLI, Luigi. Doce cuestiones en torno a “Principia iuris”. *Eunomia. Revista en Cultura de la Legalidad*. n 1, septiembre 2011- febrero 2012, pp. 3-34: “Pero la cuestión de fondo en la oposición entre normativismo y realismo jurídico es mucho más compleja, y va más allá de las cuestiones de método, pues tiene que ver con la naturaleza misma de las presentes democracias constitucionales caracterizadas por una divergencia estructural entre el deber ser normativo del Derecho y su ser efectivo: una doble divergencia, una entre validez y vigor y la otra entre vigor y efectividad de las normas, que solo la construcción de un sistema complejo de funciones y de instituciones de garantía es capaz, en mi parecer, de reducir, si bien es cierto, jamás de eliminar completamente”.

¹¹⁷ Conferir: COELHO, Cristiana de Oliveira. *O caráter científico da Análise Econômica do Direito*, 2008, p. 123: “No entanto, muito embora apresentem esse amplo número de subdivisões para a Escola da Análise Econômica do Direito, a maior parte dos autores não hesita em identificar a Universidade de Chicago como a legítima precursora do movimento e a economia microeconômica neoclássica, conjuntamente com sua vertente welfarista, como a teoria econômica que verdadeiramente permeia suas conclusões”.

Escola de Chicago¹¹⁸. Nesta ganhou força para se firmar como um ramo novo de pesquisa¹¹⁹.

Richard Posner é considerado um dos juristas responsáveis pela extensão alcançada pelo movimento da AED¹²⁰. Para ele, apenas uma análise interdisciplinar entre Direito e Economia capacitaria os juristas para a atividade jurídica, que tinha como pano de fundo a tarefa de alocar direitos da maneira mais eficiente possível¹²¹.

O movimento do “Law and Economics” (AED) possui duas fases distintas, mas desenvolvidas como um desencadeamento natural. Num primeiro período, notadamente entre os anos de 1940 e 1950, os estudos referentes às relações entre Direito e Economia centravam-se naqueles âmbitos de nítida dimensão econômica, como o Direito Comercial, o Direito Antitruste e o Direito Tributário¹²². Na segunda fase, por volta dos anos de 1960, buscou-se utilizar a análise econômica para explicar e criticar regras legais nas quais a dimensão econômica não era evidente, como na esfera do Direito Civil (responsabilidade civil), do Direito Penal e do Direito Processual¹²³.

Para Silva Sánchez, a AED está no plano geral das correntes utilitaristas, especialmente nas versões mais ortodoxas¹²⁴, em que pese haver dentro dela vários expoentes que façam a distinção entre o utilitarismo e o consequencialismo¹²⁵.

¹¹⁸ COELHO, Cristiana de Oliveira. *O caráter científico da Análise Econômica do Direito*, 2008, p. 123.

¹¹⁹ Lara aponta que “a Análise Econômica do Direito, como método e disciplina, pode ter seu surgimento identificado em meados do século XX, com os estudos de Ronald Coase, sendo apontado como marco inicial o artigo “*The Problem of Social Cost*”, em 1960. Ao tratar de um tema especificamente econômico, que é o custo social, elabora um pressuposto teórico que será chamado de “Teorema de Coase”. Cf.: LARA, Fabiano Teodoro de Rezende. A Análise Econômica do Direito como método e disciplina. *Revista da Associação Mineira de Direito e Economia*, v. 1, p. 004, 2009, p. 2. No mesmo sentido de Coelho: MACKAAY, Ejan. History of Law and Economics. *Encyclopedia of Law and Economics*, 2000, p. 65-117.

¹²⁰ COELHO, Cristiana de Oliveira. *O caráter científico da Análise Econômica do Direito*, 2008, p. 129. No mesmo sentido: MERCADO PACHECO, Pedro. *El Análisis Económico del Derecho: una reconstrucción teórica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994, p. 24.

¹²¹ MACKAAY, Ejan. History of Law and Economics. *Encyclopedia of Law and Economics*, 2000, p. 65-117. Como precursores, o autor estabelece divisões entre Adam Smith, *The First Wave*, *The Second Wave*, *Trends and Themes*. Todavia, cabe lembrar as lições de Mackaay, no sentido de que o cerne do movimento *Law and Economics* já possuía antecedente na Europa, ainda no século XIX, conforme já mencionado, e na própria Escola de Chicago, por meio das contribuições de Director, nos idos de 1940.

¹²² POSNER, Richard. *Economic Analysis of Law*, 1992, p. 23.

¹²³ COELHO, Cristiana de Oliveira. *O caráter científico da Análise Econômica do Direito*, 2008, p. 125.

¹²⁴ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Eficiencia y Derecho Penal*, 1996, Fascículo I, pp. 93-127.

¹²⁵ Para Mathis: “In recent times, the law has appropriated consequentialism from two principal standpoints: that of economics, via Economic Analysis of Law, and that of ecology, via environmental impact assessment and technology impact assessment. This essay focuses primarily, but not exclusively, on the application of economic analysis concepts in law”. Cf.: MATHIS, Klaus. Consequentialism in Law. In.: *Efficiency, Sustainability, and Justice to Future Generations*. Springer Netherlands, Dordrecht. Series: Law and Philosophy Library, Volume 98. Disponível em: <https://www.unilu.ch/fileadmin/fakultaeten/rf/mathis/Dok/6_Mathis_Consequentialism_in_Law.pdf>. Acesso em 13 set. 2016.

No entanto, o próprio Posner realça que suas contribuições não se inserem no marco do utilitarismo¹²⁶.

O traço marcante da AED foi inicialmente a proposta de substituição do conceito de justiça pelo de eficiência econômica¹²⁷, atingindo o cume teórico com estudos de Posner, que articulou sua visão geral com vistas a aplicar a metodologia da AED a todas as áreas do Direito. Pretendia-se transformar a eficiência no único valor diretivo de política legislativa e das decisões judiciais¹²⁸.

Há de se ressaltar, todavia, que esta perspectiva não tem sido mais comum a todos partidários dessa vertente. Nos últimos anos, busca-se avaliar de que forma critérios econômicos podem influenciar a construção do Direito¹²⁹. Pode-se reconduzir a AED às teorias consequencialistas a partir de um duplo aspecto, que podem ser utilizados para a aplicação judicial e para orientação do legislador¹³⁰.

Considerando que a eficiência pode ser considerada um conceito chave para a Economia¹³¹, é natural que ela impulsionasse a profusão de estudos acerca de sua relação com os institutos jurídicos¹³².

¹²⁶ Conferir: POSNER, Richard. Utilitarianism Economics, and Legal Theory. *Journal of Legal Studies*, VIII (1), 1979.

¹²⁷ MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven. *Economics and the Law. From Posner to Post-Modernism and Beyond*. New Jersey: Princeton University, 1999, p. 13.

¹²⁸ BERMEJO, Mateo G. *Prevención y castigo del blanqueo de capitales. Una Aproximación desde el Análisis Económico del Derecho*. 2009. Tesi. (Tesi doctoral UFP). Director de la tesi: Dr. Jesús-María Silva Sánchez. Madrid: Universitat Pompeu Fabra, 2009, p. 10.

¹²⁹ Para Mathis: “A further aspect to bear in mind is that under cost-benefit analysis, it makes no fundamental difference which social groups will be the beneficiaries of a legal regulation and who will have to bear the likely costs. It is sufficient if society’s balance sheet is positive after all costs and benefits have been accounted for. In the terminology of welfare economics, what this means is that only the Kaldor-Hicks criterion for compensation needs to be satisfied.¹⁰ It would therefore be desirable if, in every case, legal regulations were always analysed with regard to their impact on income distribution as well, to enable political decision-makers to arrive at a conclusive overall judgement”. In.: MATHIS, Klaus. Consequentialism in Law, In.: *Efficiency, Sustainability, and Justice to Future Generations*, Volume 98.

¹³⁰ BERMEJO, Mateo. *Prevención y castigo del blanqueo de capitales*, 2009, p. 7: “Pode-se dizer, assim, que a AED representa uma orientação às consequências (Folgenorientierung) em um duplo sentido: por um lado, em relação à elaboração de prognósticos das consequências e dos efeitos esperados da legislação – o das decisões judiciais – (Folgenprognose) partindo do pressuposto de que a conduta orienta-se pela eleição racional e, por outro, em relação à valoração de ditas consequências ou efeitos (Folgenbewertung) conforme o valor eficiência”.

¹³¹ CALSAMIGLIA, Albert. Eficiencia y Derecho. Edición digital a partir de *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 4, 1987, p. 267-287.

¹³² COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Law and Economics*. 6th.ed. Boston: Pearson Series in Economics, 2012, p. 3: “Economics generally provides a behavioral theory to predict how people respond to laws. This theory surpasses intuition just as science surpasses common sense. The response of people is always relevant to making, revising, repealing, and interpreting laws. A famous essay in Law and Economics describes the law as a cathedral—a large, ancient, complex, beautiful, mysterious, and sacred building. Behavioral science resembles the mortar between the cathedral’s stones, which support the structure everywhere”.

Assinala-se que a AED é herdeira histórica dos problemas que envolviam a relação entre Direito e Economia ainda no século XIX¹³³. A AED é instrumento do jurista na tradução das demandas concretas dos sujeitos para a linguagem que os poderes de decisão costumam utilizar, principalmente os poderes econômicos¹³⁴.

Para Ortiz de Urbina, parte das rejeições às contribuições da AED centra-se, justamente, no desconhecimento de seu aporte teórico, o que enclausura o Direito Penal, colocando-o à margem das outras disciplinas¹³⁵.

Afirma-se, em suma, que: a) a AED normativo (prescritivo) se apoia em dados previstos pela análise prescritiva para propor modificações no sistema jurídico com a finalidade de melhorar a disfunção deste; b) a AED positivo (descritivo) consiste na formulação de hipóteses acerca da resposta dos indivíduos às normas jurídicas existentes ou às modificações legislativas¹³⁶. Essa definição segue a linha de Posner¹³⁷.

¹³³ MACKAAY, Ejan. History of Law and Economics. *Encyclopedia of Law and Economics*, 2000, p. 65-117.

¹³⁴ LARA, Fabiano T. de R. A Análise Econômica do Direito como método e disciplina. *Revista da Associação Mineira de Direito e Economia*, 2009, p. 9.

¹³⁵ Nas palavras do autor: “Pienso que el AED es un poderoso instrumento de análisis jurídico, y que está en condiciones de aportar útiles propuestas en terrenos en los que el análisis jurídico tradicional ha profundizado insuficientemente. Entiendo, además, que de la terna con la que se intitulaba este apartado desconocimiento, rechazo, rechazo por desconocimiento), la última expresión es la que mejor describe la situación actual: el AED se rechaza sumarásimamente (demasiado) por desconocimiento de su método y sus propuestas. Como en tantas otras ocasiones, la proclamada apertura a las ciencias sociales de los juristas penales resulta no ser sino un expediente retórico sin consecuencias prácticas: a la hora de la verdad, el interés por entenderlas y evaluar el alcance de sus propuestas para el quehacer jurídico se quedan en nada, y el Derecho Penal continúa al margen de otras disciplinas”. In.: ORTIZ DE URBINA, Íñigo. Análisis Económico del Derecho y Política Criminal. *Revista de Derecho Penal y Criminología*. 2ª Época, Diciembre de 2004, N° Extraordinario 2, p. 31-72.

¹³⁶ BERMEJO, Mateo. *Prevención y castigo del blanqueo de capitales*, 2009, p.13-15.

¹³⁷ “As for the positive role of Economic Analysis of Law - the attempt to explain legal rules and outcomes as they are rather than to change them to make them better-we shall see in subsequent chapters that many areas of the law, especially but not only the great common law fields of property, torts, crimes, and contracts, bear the stamp of economic reasoning. It is not a refutation that few judicial opinions contain explicit references to economic concepts. Often the true grounds of legal decision are concealed rather than illuminated by the characteristic rhetoric of opinions. Indeed, legal education consists primarily of learning to dig beneath the rhetorical surface to find those grounds, many of which may turn out to have an economic character. (Remember how broadly economics was defined in Chapter 1.) It would not be surprising to find that many legal doctrines rest on inarticulate groupings toward efficiency, especially since so many legal doctrines date back to the nineteenth century when a laissez-faire ideology based on classical economics was the dominant ideology of the educated classes. (...). The theory has normative as well as positive aspects. Although the economist cannot tell society whether it should seek to limit theft, the economist can show that it would be inefficient to allow unlimited theft and can thus clarify a value conflict by showing how much of one value-efficiency-must be sacrificed to achieve another. Or, taking a goal of limiting theft as given, the economist may be able to show that the means by which society has attempted to attain that goal are inefficient - that society could obtain more prevention, at lower cost, by using different methods. If the more efficient methods did not impair any other values, they would be socially desirable even if efficiency were low on the totem pole of social values”. In.: POSNER, Richard A. *Economic Analysis of Law*. 4 ed. Canadá: Little, Brown and Company, 1992, p. 23-31.

A AED fundamenta a sua abordagem em premissas conceituais como a teoria das escolhas racionais, o “homo economicus” e o custo de oportunidade.

A teoria das escolhas racionais é o enfoque predominante na AED positiva. Na interface com o crime, trata-se de aplicá-la à decisão de delinquir, sendo essencial a influência das possibilidades e oportunidades para cometer o delito. Um dos pioneiros nessa via é Becker¹³⁸, que classifica o delito: a) lucrativo e; b) não lucrativo¹³⁹.

Becker¹⁴⁰ parte da premissa chave da Economia, segundo a qual se supõe uma racionalidade nas condutas humanas (primeiro eixo), uma vez que as ações dos indivíduos consistem basicamente em eleger uma dentre muitas possibilidades¹⁴¹. Para a tomada daquela decisão são sopesadas considerações de custo-benefício em relação à conduta delituosa (segundo eixo): o indivíduo cometerá o crime se a vantagem for superior ao malefício que pode lhe ser infligido¹⁴².

Para Tiedemann, Becker partia de um modelo estático que somente deixava ao indivíduo a decisão entre a ocupação legal e ilegal¹⁴³. Dentre outros fatores, o sujeito ativo agiria movido pelo critério da escolha racional (que não está restrito aos indivíduos calculistas)¹⁴⁴.

¹³⁸ Preleciona Anitua que: “Esse autor era também um daqueles economistas que tentaram justificar a doutrina econômica que se tornaria dominante como se ela fosse obra de alguns pensadores iluministas e, inclusive, como se fosse a disposição “natural” dos seres humanos. É assim que se define como indivíduo racional a um suposto sujeito, isolado e egoísta, e como “escolha racional” aquela que lhe dará satisfação individual e no curto prazo. Com isso, toda ação solidária ou altruísta se transformam tacitamente, em “irracional”. Cf.: ANITUA, Gabriel Ignácio. *Histórias dos pensamentos criminológicos*, 2008, p. 792. Ainda segundo o autor (2008, p. 792), Becker estenderia esse raciocínio às condutas não necessariamente mercantis e desse modo estabeleceu uma relação concreta com a criminologia. Em 1968, ele publicou um artigo chamado “Crime e castigo: um enfoque econômico”. Este seria um dos exemplos mais claros da aplicação à questão punitiva dos preceitos da desde então ativa escola de “análise econômica do direito” que também se organizava na Universidade de Chicago.

¹³⁹ BECKER, Gary. *Crime and punishment: an economic approach*. Journal of Political Economy, v. 76, n. 1, 1968, p. 69-217.

¹⁴⁰ Posner situa o pensamento de Becker na segunda fase da AED: “A list of the founders of the “new” Law and Economics would be seriously incomplete without the name of Gary Becker. Becker’s insistence on the relevance of economics to a surprising range of nonmarket behavior (including charity and love), as well as his specific contributions to the economic analysis of crime, racial discrimination, and marriage and divorce, opened to economic analysis large areas of the legal system not reached by Calabresi’s and Coase’s studies of property rights and liability rules”. Cf.: POSNER, Richard. *Economic Analysis of Law*, 1992, p. 22.

¹⁴¹ CALSAMIGLIA, Xavier. Racionalidad individual y colectiva: mecanismos jurídicos y económicos de articulación. Edición digital a partir de *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 13 (1993), p. 69-88.

¹⁴² Para a contribuição de Becker: BECKER, Gary. *Crime and punishment: an economic approach*, 1968, p. 69-217.

¹⁴³ TIEDEMANN, Klaus. *Derecho Penal Económico: introducción y Parte General*. San José: Grijley, 2009, p. 65.

¹⁴⁴ POSNER, Richard A. *Economic Analysis of Law*, 1992, p. 224.

Na leitura de Ortiz de Urbina, a noção de custo de oportunidade é uma variante existente em todos os âmbitos em que se desenvolve a ação humana¹⁴⁵.

A ideia de “homo economicus” surge como corolário e com toda razão essa diretriz tem sido reprovada como orientação exclusiva¹⁴⁶. Rebate-se a crítica sobre a inexistência dessa figura, uma vez que esta padece da mesma redução que paira sob a figura do “homem médio” no barema normativo penal. Entende-se que ela se presta a descrever fenômenos sociais e não necessariamente como são os seres humanos¹⁴⁷.

Para Schaefer e Shikida, um dos objetivos de Gary Becker era analisar o comportamento do indivíduo frente ao crime, a fim de determinar se esta ação era influenciada pelo cotejo entre custos e benefícios¹⁴⁸.

Modernamente, aponta-se convergência à aceção de Becker à medida que aquele comportamento seria mais evidente na criminalidade econômica. Parte-se justamente da dinâmica da atividade empresarial. Em certos contextos de mercado as decisões humanas parecem ser tomadas com uma racionalidade maior do que em outros âmbitos, o que encontra acolhida em parte da literatura criminológica¹⁴⁹. No mesmo sentido, Schünemann¹⁵⁰.

¹⁴⁵ ORTIZ DE URBINA, Íñigo. Análisis Económico del Derecho y Política Criminal. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2004, p. 31-72: “Si se tiene en cuenta la noción de coste de oportunidad y las limitaciones de tiempo en las que los seres humanos hemos de desarrollar nuestra actividad, esto equivale a decir todos los ámbitos en los cuales se desarrolla la acción humana (por la simple razón de que, se esté haciendo lo que se esté haciendo, siempre es posible plantearse cuáles serían los beneficios—y los costes—de llevar a cabo una actividad alternativa)”.

¹⁴⁶ TIEDEMANN, Klaus. *Derecho Penal Económico*, 2009, p. 65.

¹⁴⁷ ORTIZ DE URBINA, Íñigo. Análisis Económico del Derecho y Política Criminal. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2004, p. 31-72: “descubre que lo que pretende el enfoque de la elección racional al utilizar el *homo oeconomicus* no es describir cómo son los seres humanos individuales, sino explicar y/o describir los fenómenos sociales. Para ello, efectivamente, se opera mediante modelos que abstraen características de la realidad para facilitar su tratamiento, y esto se hace con plena conciencia de tratarse de idealizaciones”.

¹⁴⁸ SCHAEFER, Gilberto José; SHIKIDA, Pery Franciso Assis. Economia do crime: elementos teóricos, evidências empíricas. *Análise econômica*. Ano 18, n. 33, março, 2000. Porto Alegre, Faculdade de Ciências Econômicas, UFRGS, 2000, p.197: “O cerne da ideia principal de Bentham foi modernizada por Becker (1968) que, em trabalho pioneiro, procurou modelar o comportamento humano frente ao crime, com o escopo de explicar as razões que levam os indivíduos a cometerem ou não crimes. Trata-se, pois, de um estudo da escolha ocupacional entre o setor legal e ilegal da economia, na qual a função utilidade do indivíduo depende dos ganhos nessas duas atividades. Neste contexto, os criminosos avaliam os custos e benefícios de entrar ou não numa atividade ilegal, e, em sendo os custos menores que os benefícios oriundos do trabalho ilegal, o indivíduo pode aplicar parte do seu tempo na atividade criminal”.

¹⁴⁹ BERMEJO, Mateo. *Prevención y castigo del blanqueo de capitales*, 2009, p. 23: “(...) en ciertos contextos, como en el de mercado, parece más adecuado a la realidad predicar un grado de racionalidad mayor de los individuos comparado con otro tipo de decisiones que no suceden en ese contexto. Lo relevante para nuestro estudio de esta adecuación del alcance de la racionalidad en estos contextos es que existe un amplio consenso en la literatura criminológica respecto de que la decisión de delinquir en el contexto de delitos económicos, delitos de empresa y crimen organizado (categorías todas relacionadas de uno u otro modo con el delito de blanqueo) presenta cotas de racionalidad superiores en comparación con

Para Tiedemann, “a concepção econômica de Becker foi continuada por Ehrlich, que, a partir dela, desenvolveu um completo modelo de mercado para a criminalidade e refinou seus pressupostos básicos”¹⁵¹. Há, no entanto, uma diferença marcante entre a teoria de Becker e Ehrlich. Enquanto aquele “partia de um modelo estático que somente desejava ao indivíduo a decisão entre ocupação legal e ilegal, Ehrlich se baseava no modelo de alocação temporal, no qual o indivíduo reparte o seu tempo entre ocupações legais e ilegais”¹⁵².

A informação aparece, por conseguinte, como um fator de especial influência, uma vez que ela determina que se, “en el margen de información de que se dispone, una de las alternativas de comportamiento se hace menos ventajosa, por una variación de las circunstancias, disminuye la probabilidad de que se opte por ella”¹⁵³.

Há certa rejeição às ideias da escolha racional e de que os indivíduos agiriam motivados por critérios de custo-benefício. Muitas críticas são formuladas¹⁵⁴.

Compartilha-se do entendimento de Silva Sánchez, para quem “nunca se pretendeu afirmar que no comportamento delitivo somente incidem cálculos de custo-benefício, mas sim que se admite, obviamente, a existência de outros fatores na comissão de delitos”¹⁵⁵. O cometimento do delito ocorrerá “se e, somente se, la sanción esperada es inferior a los beneficios privados esperados de la comisión del acto”¹⁵⁶.

otros tipos de delincuencia, de modo tal que el supuesto de racionalidad de los agentes en el sentido de la economía neoclásica resulta más plausible”.

¹⁵⁰ SCHÜNEMANN, Bernd. ¿Ofrece la reforma del Derecho Penal Económico Alemán un modelo o un escarmiento?. Tradução María Teresa Rodríguez Montañés). In. Jornadas sobre la Reforma del Derecho Penal en Alemania. Madrid: CGPJ, 1991, p. 31-44, *apud* SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Eficiencia y Derecho Penal*, 1996, p. 93-127: “Pode ser que nos delitos cometidos espontaneamente, como ensina a investigação criminológica, não se consiga grande coisa com o agravamento da pena, mas existem razões de peso e, em minha opinião, as melhores razões para que ocorra algo distinto no setor da criminalidade econômica, cometida segundo cálculos de utilidade-custo e, por isso, racionalmente calculada, em que o risco de ser descoberto não pode ser descuidado pelo autor”.

¹⁵¹ TIEDEMANN, Klaus. *Derecho Penal Económico*, 2009, p. 64-65.

¹⁵² TIEDEMANN, Klaus. *Derecho Penal Económico*, 2009, p. 65.

¹⁵³ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Eficiencia y Derecho Penal*, 1996, p. 98-99.

¹⁵⁴ BERMEJO, Mateo. *Prevención y castigo del blanqueo de capitales*, 2009, p. 21: “Las diversas críticas que ha recibido la consideración del supuesto conductual de racionalidad de los individuos evidencian la necesidad de realizar algunas aclaraciones acerca de sus pretensiones y alcance. La primera aclaración tiene que ver con la capacidad predictiva/explicativa del AED positivo y, en general, del modelo de la elección racional, la segunda con el grado de racionalidad que se predica de la conducta individual mientras que la última con el grado de complejidad que debe alcanzar un modelo para que tenga poder predictivo/explicativo”.

¹⁵⁵ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Eficiencia y Derecho Penal*, 1996, p. 93-127.

¹⁵⁶ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Eficiencia y Derecho Penal*, 1996, p. 99. O autor retoma o entendimento de Posner (1992, p. 223): “In order to design a set of optimal criminal sanctions, we need a model of the criminal's behavior. The model can be very simple: A person commits a crime because the expected benefits of the crime to him exceed the expected costs”. Para Bermejo: “En relación con la racionalidad que se predica de los individuos, tal vez resulta demasiado alejado de la realidad postular que

Em alguma medida os indivíduos atuam de forma utilitária¹⁵⁷. Não se desconhece que no âmbito da criminalidade comum evidências empíricas demonstram que a premissa da racionalidade possui deficiências e variações. No entanto, há razoável aceitação no crime econômico¹⁵⁸. Ademais, rejeitar que, em alguma medida, tais fatores exerçam influência nas decisões individuais implica reconhecer que as funções da pena, notadamente no viés de prevenção, não irradiam efeitos para além da teoria¹⁵⁹.

Amartya Sen, ao propor uma aproximação entre Ética e Economia, afirma ser preciso superar uma contradição: a de compreender a maximização do autointeresse como única referência de uma ação racional. Para ele, parece ser útil evidenciar que se trata sim de um parâmetro a ser considerado¹⁶⁰.

O princípio da eficiência aqui estudado situa-se notadamente no âmbito da AED normativo. Trata-se do aspecto mais controvertido, em virtude da relação com as questões éticas a fim de definir o justo¹⁶¹. É nesse âmbito que Posner, por volta dos idos de 1970-1980, entendeu o conceito de eficiência como o principal parâmetro de justiça¹⁶². Segundo a tendência representada por Guido Calabresi, mesmo nesse marco

los individuos actúan de forma totalmente racional; pero también lo es postular lo contrario, es decir, que los individuos actúan siempre de forma irracional”. Cf.: BERMEJO, Mateo. *Prevención y castigo del blanqueo de capitales*, 2009, p. 22.

¹⁵⁷ Para ele: “En definitiva, igual que nuestro modelo de sociedad se asienta sobre la reciproca atribución de libertad, me parece que también se asienta sobre la reciproca atribución de racionalidad utilitarista. Otra cosa es que a eso se añada una reciproca atribución de una cierta racionalidad valorativa. Y que, además, no deje de haber en el agente elementos de rutina, imitación o emocionalidad, irracionalidad, en definitiva”. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Eficiencia y Derecho Penal*, 1996, p. 93-127.

¹⁵⁸ Bermejo exemplifica na lavagem de capitais: “Así mismo, existe consenso en la Criminología acerca de que el objeto de estudio del presente trabajo facilita la asunción de racionalidad del sujeto como maximizador de utilidad y permite prescindir de un contenido de preferencias detallado. Los argumentos que expondré más adelante dan fundamento a lo expresado a partir de cierta asimilación de la conducta delictiva del blanqueador y de quien ha cometido los delitos que dan origen al capital sucio (delitos precedentes) con la conducta desarrollada por los individuos en el ámbito mercantil”. BERMEJO, Mateo. *Prevención y castigo del blanqueo de capitales*, 2009, p. 24-25. No mesmo sentido, Silva Sánchez: “Mas facil, con todo, parece ser la aceptación del modelo de homo oeconomicus para la delincuencia económica”. Cf.: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Eficiencia y Derecho Penal*, 1996, p. 102.

¹⁵⁹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Eficiencia y Derecho Penal*, 1996, p. 105.

¹⁶⁰ SEN, Amartya. *Sobre Ética e Economia*. Tradução: Laura Teixeira Mota. São Paulo: Companhia das Letras, 1999, p. 31: “A visão da racionalidade como autointeresse implica *interalia*, uma decidida rejeição da concepção da motivação “relacionada à ética”. Tentar fazer todo o possível para obter o que gostaríamos pode ser parte da racionalidade, e isso pode incluir o empenho por objetivos desvinculados do autointeresse, os quais podemos valorizar e desejar promover. Considerar qualquer afastamento da maximização do autointeresse uma prova de irracionalidade tem de implicar uma rejeição do papel da ética na real tomada de decisão”.

¹⁶¹ BERMEJO, Mateo. *Prevención y castigo del blanqueo de capitales*, 2009, p. 25.

¹⁶² Conforme original: “The theory has normative as well as positive aspects. Although the economist cannot tell society whether it should seek to limit theft, the economist can show that it would be inefficient to allow unlimited theft and can thus clarify a value conflict by showing how much of one value-efficiency-must be sacrificed to achieve another. Or, taking a goal of limiting theft as given, the economist may be able to show that the means by which society has attempted to attain that goal are inefficient - that society could obtain more prevention, at lower cost, by using different methods. If the

temporal, a eficiência era um predicativo valioso, mas deveria ser limitada pelas considerações de justiça¹⁶³.

No âmbito específico da AED, permanece a multiplicidade semântica do conceito de eficiência¹⁶⁴. As principais dimensões do princípio da eficiência são: a) critério de Pareto; b) critério de Kaldor Hicks; c) critério simplificado da maximização da riqueza de Posner; e, d) critério instrumental.

O critério da eficiência de Pareto ocorre em razão dos estudos de Vilfredo Pareto e por isso recebe essa nomenclatura. O autor “propôs um critério que pretendia resolver alguns dos inconvenientes do utilitarismo e que permitiria classificar as decisões sociais”¹⁶⁵. A “ética paretiana es un criterio individualista y procesual en el sentido de que diseña procedimientos decididos por unanimidad”¹⁶⁶.

Trata-se de compreender a eficiência de forma estática, a qual é definida como um ponto de equilíbrio no qual não é possível melhorar a situação de um agente sem piorar a situação de, pelo menos, outro agente econômico¹⁶⁷. O critério depende da decisão por unanimidade e apresenta-se de aplicação impossível no mundo real.

Posner resume que uma “mudança é Pareto-superior quando beneficia ao menos uma pessoa sem prejudicar ninguém”¹⁶⁸. Segundo Cooter e Ulen:

more efficient methods did not impair any other values, they would be socially desirable even if efficiency were low on the totem pole of social values.” In.: POSNER, Richard A. *Economic Analysis of Law*, 1992, p. 23.

¹⁶³ BERMEJO, Mateo. *Prevención y castigo del blanqueo de capitales*, 2009, p. 37.

¹⁶⁴ ORTIZ DE URBINA, Íñigo. Análisis Económico del Derecho y Política Criminal. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2004, p. 31-72: “La indagación del significado de este concepto ha de comenzar por apuntar su polisemia. Que el concepto a precisar tenga varios significados es, por supuesto, un mal inicio para la investigación conceptual. Con todo, la ambigüedad, a diferencia de la vaguedad, es un problema de los lenguajes naturales que puede solucionarse con relativa facilidad. Para ello sólo es preciso proceder a la adecuada definición de los posibles significados de la expresión y la indicación de a cuál de ellos se está haciendo referencia. Sin embargo, no es esto lo que ocurre en el caso del concepto que nos ocupa. En la mayor parte de las ocasiones, los analistas económicos del Derecho emplean el término «eficiencia» sin precisar a cuál de sus acepciones están aludiendo”.

¹⁶⁵ CALSAMIGLIA, Albert. Eficiencia y Derecho. Edición digital a partir de *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 1987, p. 267-287.

¹⁶⁶ CALSAMIGLIA, Albert. Justicia, Eficiencia y Derecho. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n 1 (Septiembre-diciembre 1988), p. 305-335. Bermejo explica a assertiva de Calsamiglia nos seguintes termos: “En efecto, si a este criterio se le une la asunción de la imposibilidad de medir cardinalmente la utilidad del sujeto⁷⁰ y de compararla con la de los demás, se desemboca en la exigencia de la decisión por unanimidad. De este modo, el paso de un estado de cosas A a otro estado de cosas B solo se podrá aprobar cuando ninguno de los implicados considere que va a estar peor en B. Así, cualquier miembro de la sociedad puede bloquear el paso de una situación a otra”. Cf.: BERMEJO, Mateo. *Prevención y castigo del blanqueo de capitales*, 2009, p. 26.

¹⁶⁷ COELHO, Cristiana de Oliveira. *O carácter científico da Análise Econômica do Direito*, 2008, p. 134.

¹⁶⁸ POSNER, Richard A. *A Economia da Justiça*. Tradução Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 66.

Diz-se que uma determinada situação é Pareto eficiente ou alocativamente eficiente se é impossível mudá-la de modo a deixar pelo menos uma pessoa em situação melhor (na opinião dela própria) sem deixar outra pessoa em situação pior (mais uma vez, em sua própria opinião). Para fins de simplificação, suponhamos que haja apenas dois consumidores, Smith e Jones, e dois bens, guarda-chuvas e pão. Inicialmente, os bens estão distribuídos entre eles. Essa alocação é Pareto Eficiente? Sim, se é impossível realocar o pão e os guarda-chuvas de modo a deixar Smith ou Jones em situação melhor sem deixar o outro em situação pior¹⁶⁹.

O critério de Pareto visava reagir à premissa da “maximização da felicidade para o maior número possível de pessoas”, que justificava atrocidades contra o indivíduo e violação de direitos. O conceito paretiano foi bastante utilizado na primeira fase da AED, especialmente em relação à análise dos custos da transação e dos problemas alocativos¹⁷⁰.

Não se mostrou idôneo para outros partidários da AED, especialmente para aqueles que pretendiam explicar os institutos jurídicos sem os problemas do paradigma da maximização da felicidade. Considerando que favorecia o “status quo”, poderia justificar violações a direitos, notadamente aqueles de dimensão econômica implícita:

Más allá de que esta concepción de la eficiencia resulta respetuosa con la autonomía del individuo, se hace merecedora de críticas desde el punto de vista normativo si consideramos que favorece el inmovilismo social y el statu quo. Así, la adecuación de esta versión de la eficiencia a principios de justicia distributiva dependerá del hecho independiente de cuán lejos se halla el orden social de aquellos principios en el punto de partida¹⁷¹.

O critério de Pareto, para Ortiz de Urbina, parecia permitir a dispensa de juízos de valor nas decisões das políticas públicas, mas se mostrou de difícil aplicação:

¹⁶⁹ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito e Economia*. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 37-39. Conferir, no original: COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Law and Economics*. 6th.ed. Boston: Pearson Series in Economics, 2012, p. 14. Para eles: “The other kind of efficiency, called Pareto efficiency after its inventor¹ or sometimes referred to as allocative efficiency, concerns the satisfaction of individual preferences. A particular situation is said to be Pareto or allocatively efficient if it is impossible to change it so as to make at least one person better off (in his own estimation) without making another person worse off (again, in his own estimation). For simplicity’s sake, assume that there are only two consumers, Smith and Jones, and two goods, umbrellas and bread. Initially, the goods are distributed between them. Is the allocation Pareto efficient? Yes, if it is impossible to reallocate the bread and umbrellas so as to make either Smith or Jones better off without making the other person worse off.”

¹⁷⁰ Para Calsamiglia: “La ética paretiana es una ética procesual en el sentido que diseña procedimientos decididos por unanimidad. Lo único preocupante es si se respeta y se aplica el procedimiento con lealtad. La ética paretiana es negativa en el sentido de que es una condición necesaria aunque no suficiente de la justicia.”. In.: CALSAMIGLIA, Albert. *Eficiencia y Derecho* Edición digital a partir de *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 4, 1987, p. 267-287.

¹⁷¹ BERMEJO, Mateo. *Prevención y castigo del blanqueo de capitales*, 2009, p. 26.

Desde el punto de vista moral, el gran atractivo de los criterios paretianos se cifraba en que *parecían* hacer posible prescindir de los juicios de valor a la hora de decidir entre políticas públicas. Al tiempo, sin embargo, tienen el gran problema de ir acompañados de la necesidad de unanimidad. Es difícil que las políticas públicas que afectan a una pluralidad de sujetos (la mayoría) no supongan un coste para alguno de ellos. Con la exigencia de unanimidad, esta situación se traducirá en continuos vetos por parte de los perjudicados, y probablemente en la paralización de la actuación pública¹⁷².

O critério de eficiência de Kaldor-Hicks é também nominado de Ótimo de Pareto¹⁷³ e esse nome deve-se aos economistas Nicholas Kaldor y John Hicks, que buscaram superar as deficiências do critério de Pareto. Não se exige que ninguém saia prejudicado por uma alteração na alocação de recursos; impõe-se apenas que o aumento no valor seja suficiente para compensar plenamente os prejudicados¹⁷⁴.

Denomina-se eficiência potencial ou pareto potencial, já que ela não exige que os ganhadores compensem efetivamente os perdedores, mas somente que possam fazê-lo. E isso acontece quando aqueles que melhoram o fazem em uma medida superior à perda dos que pioraram. Produz-se um aumento de utilidade global¹⁷⁵:

(...) é uma tentativa de superar a limitação do critério de Pareto de que só se recomendam aquelas mudanças em que ao menos uma pessoa fique em situação melhor e nenhuma fique em situação pior. Esse critério exige que os ganhadores indenizem explicitamente os perdedores em qualquer mudança. Isto é, toda mudança tem de ser feita por consentimento unânime. Isso tem desvantagens claras como orientação para políticas públicas. Em contraposição a isso, uma melhoria potencial de Pareto permite mudanças em que haja tanto ganhadores quanto perdedores e ainda ter um excedente que sobre para eles mesmos. Para uma melhoria potencial de Pareto, a indenização não precisa ser feita efetivamente, mas tem de ser possível em princípio. Na análise custo-benefício, um projeto é empreendido quando seus benefícios excedem seus custos, o que implica que os ganhadores poderiam compensar os perdedores¹⁷⁶.

¹⁷² ORTIZ DE URBINA, Íñigo. Análisis Económico del Derecho y Política Criminal. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2004, p. 31-72.

¹⁷³ COELHO, Cristiana de Oliveira. *O caráter científico da Análise Econômica do Direito*, 2008, p. 130-132.

¹⁷⁴ POSNER, Richard A. *A Economia da Justiça*, 2010, p. 108.

¹⁷⁵ HIERRO, Liborio. *Justicia, igualdad y eficiencia*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002.

¹⁷⁶ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito e Economia*, 2010, p. 64-65. No original: “By contrast, a potential Pareto improvement allows changes in which there are both gainers and losers but requires that the gainers gain more than the losers lose. If this condition is satisfied, the gainers can, in principle, compensate the losers and still have a surplus left for themselves. For a potential Pareto improvement, compensation does not actually have to be made, but it must be possible in principle. In essence, this is the technique of cost-benefit analysis. In cost-benefit analysis, a project is undertaken when its benefits exceed its costs, which implies that the gainers could compensate the losers. Cost-benefit analysis tries to take into account both the private and social costs and benefits of the action being contemplated. There are both theoretical and empirical problems with this standard, but it is indispensable to applied welfare economics”. Cf.: COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Law and Economics*, 2012, p. 42.

De acordo com Hierro, o critério não consegue se desvencilhar das amarras do consentimento – o que era um profundo ponto de crítica:

(...) la justificación de los cambios, que potencialmente podrían ser compensados pero de hecho no requieren ser compensados, parece que sólo puede apoyarse en la idea de una compensación “ex ante” conforme a la cual los participantes ya han prestado su consentimiento previo a todos los cambios en que otros pueden mejorar más de lo que ellos pueden ser perjudicados. Interpretado de esta forma, y difícilmente cabe interpretarlo de otra, la fundamentación ética del criterio de eficiencia de Kaldor–Hicks viene a ser nuevamente el consentimiento, si bien un consentimiento presupuesto¹⁷⁷.

Para Bermejo, o critério de Kaldor-Hicks possui deficiências graves do ponto de vista moral. O ponto nodal não seria a consideração de eficiência como vetor valioso, mas a sua transformação em único barema para julgar uma decisão pública¹⁷⁸.

O critério da maximização da riqueza, segundo Hierro, apresenta-se como uma redução do critério de Kaldor-Hicks. Em virtude da referida simplificação, ele afirma que houve uma globalização do conceito, especialmente em razão da aplicação dada por Posner¹⁷⁹. Cabe lembrar que para este último, a maximização da riqueza seria um valor e, por conseguinte, um princípio jurídico¹⁸⁰.

A proposta de Kaldor-Hicks, com a aplicação dada por Posner, permitiria uma compensação *ex ante*: cada um já teria sido compensado de eventuais perdas a partir do incremento da utilidade global¹⁸¹.

Posner parte da premissa de utilidade marginal, um conceito para equilibrar noções de utilidade e escassez. É apreendida como utilidade trazida por uma unidade ou

¹⁷⁷ HIERRO, Liborio. *Justicia, igualdad y eficiencia*, 2002.

¹⁷⁸ Para ele: “El criterio de eficiencia en sentido Kaldor-Hicks presenta importantes deficiencias desde una perspectiva moral. En efecto, si las decisiones públicas se limitaran a la instrumentación de la eficiencia en el diseño de políticas públicas, no podrían admitirse restricciones morales a la búsqueda de utilidad social, ya que están son extrañas a la versión Kaldor-Hicks de la misma. Pero el problema se plantea no en relación a la consideración de la eficiencia como un fin valioso, sino en la transformación de este fin en el único baremo para juzgar el valor social de una decisión pública, lo que conlleva en última instancia su equiparación con la idea de justicia”. Cf.: BERMEJO, Mateo. *Prevención y castigo del blanqueo de capitales*, 2009, p. 28.

¹⁷⁹ Para Bayón, o critério de Posner é insustentável: “El primero de ellos es el problema de la asignación inicial. Qué cuenta como «riqueza» depende de lo que la gente desea y esto depende a su vez -al menos en parte- de lo que la gente tiene. Por lo tanto la maximización de la riqueza siempre es relativa a unos puntos de partida dados, que no son sino formas posibles de asignar titularidad sobre bienes o recursos de todo tipo”. Cf.: BAYÓN MOHÍNO, Juan Carlos. *Eficiencia e inalienabilidad*. Edición digital a partir de *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Doxa, n. 15-16 (1994), p. 971-991.

¹⁸⁰ HIERRO, Liborio. *Justicia, igualdad y eficiencia*, 2002.

¹⁸¹ BERMEJO, Mateo. *Prevención y castigo del blanqueo de capitales*, 2009, p. 28.

dose adicional de qualquer produto¹⁸². É o acréscimo marginal que leva as pessoas à tomada de decisões quanto à utilização de bens¹⁸³. A ideia de compensação de perdas em face dos ganhos obtidos emerge, tendo como horizonte a maximização de resultados com a alocação do menor número de recursos possíveis¹⁸⁴.

Para Ortiz de Urbina, o critério de eficiência de Kaldor-Hicks e o da maximização da riqueza devem ser diferenciados com clareza. A questão técnica da manifestação da riqueza diferencia-se da questão ética de como a distribuí-la¹⁸⁵. Na prática, ambas estão, no entanto, correlacionadas e reciprocamente condicionadas.

Apesar da simplificação levada a cabo por Posner¹⁸⁶, trata-se na essência do critério de Kaldor-Hicks. Várias críticas são lançadas ao critério de maximização da riqueza na alocação de bens, sendo Ronald Dworkin um dos principais teóricos¹⁸⁷.

Para Cooter e Ulen, “além da eficiência, a Economia prevê os efeitos das leis sobre outro valor importante: a distribuição de renda”¹⁸⁸.

Para a abordagem da maximização da riqueza, Posner enfatiza que “a única justificativa para a interferência na liberdade econômica e individual é uma séria falha operacional do mercado, séria a ponto de tornar possível o aumento da riqueza da sociedade por meio da coerção, que é, por si só, dispendiosa”¹⁸⁹. O autor que,

¹⁸² NUSDEO, Fábio. *Curso de Economia: introdução ao Direito Econômico*. 4 ed. rev. atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 32.

¹⁸³ NUSDEO, Fábio. *Curso de Economia: introdução ao Direito Econômico*, 2005, p. 33.

¹⁸⁴ Por uma perspectiva econômica de maximização da riqueza a função básica do Direito é a alteração de incentivos. Cf.: POSNER, Richard A. *A Economia da Justiça*, 2010, p. 90.

¹⁸⁵ Para ele: “En muchas ocasiones, al hablar de la eficiencia los analistas económicos se refieren a ésta de manera informal como el conjunto de cuestiones que tiene que ver con el «incremento del tamaño de la tarta», diferenciando esta cuestión de la de su reparto, que correspondería a la justicia distributiva. Esta idea de maximización de la tarta parece corresponderse con la noción de eficiencia en el sentido Kaldor-Hicks. En todo caso, debe resaltarse que se diferencia con claridad la cuestión (técnica) de maximizar la riqueza y la cuestión (ética) de distribuirla”. ORTIZ DE URBINA, Íñigo. *Análisis Económico del Derecho y Política Criminal. Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2004, p. 31-72.

¹⁸⁶ Simplificação segundo a leitura de Hierro.

¹⁸⁷ O resumo de Mathis acerca do posicionamento teórico de Dworkin bem elucida a questão: “Despite a longstanding tradition of consequentialism in Anglo-American law, eminent critics have been equally outspoken on the matter of consequentialism in the application of law. One is Ronald Dworkin, who in “Hard Cases” (1975)³⁶ draws a distinction between “principles” and “policies” (the latter being arguments in the interests of the common good or collective goals) and calls for courts to confine themselves strictly to arguments of principle, even when ruling on hard cases, because arguments based on policy goals are the preserve of the legislator. According to Dworkin, rights can be derived from principles whereas arguments based on policy goals (...)”. In.: MATHIS, Klaus. *Consequentialism in Law*, In.: *Efficiency, Sustainability, and Justice to Future Generations*, Volume 98.

¹⁸⁸ Cf.: COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Law and Economics*, 2012, p. 4: “besides efficiency, economics predicts the effects of laws on another important value: the distribution of income”.

¹⁸⁹ POSNER, Richard A. *A Economia da Justiça*, 2010, p. 96.

inicialmente, defendeu que a eficiência carrega um sentido de justiça, evidencia que ela se agrega a uma concepção de justiça. Não é um substitutivo¹⁹⁰.

O critério de eficiência instrumental, bastante difundido, coincide com aquele da racionalidade instrumental¹⁹¹. Seu núcleo essencial refere-se à escolha dos meios para a obtenção de fins. O princípio da eficiência passa a ter a função de mediar as análises de custo-benefício. Uma ação eficiente precisa atender a dois pressupostos:

En este ámbito, se considera que se actúa eficientemente cuando (a) con los medios de los que se dispone se satisface la máxima cantidad de fines —es decir, se tasan los medios y se maximizan los fines— o, alternativamente, cuando (b) se obtiene un o unos fines con el menor costo posible—en esta ocasión, se tasan los fines y se minimizan los medios precisos para conseguirlos¹⁹².

O critério é uma crítica à perspectiva inicial de Posner¹⁹³. A maximização da riqueza seria um possível objetivo desejável, mas não o único¹⁹⁴.

Ortiz de Urbina estuda o critério de eficiência de Pareto e o critério de Kaldor-Hicks, já estudados, junto a esse aporte de eficiência como racionalidade instrumental¹⁹⁵. O analista econômico do Direito assume que determinados bens sociais são desejados: a busca do incremento do bem-estar social ou da riqueza pode resultar em fins desejados, mas estes não são os únicos¹⁹⁶.

Essa perspectiva de eficiência pode projetar efeitos quanto a sua interação com outras normas a partir dos fins normativos¹⁹⁷. Com isso, entende-se que, por um

¹⁹⁰ POSNER, Richard. *The Problems of Jurisprudence*. Harvard University Press, 1990, p.84. Conferir também: “eficiência, tal como a defino, caracteriza-se como um conceito de justiça adequado e imputável aos juízes, ao menos no que se refere à prestação da tutela jurisdicional no âmbito do sistema do *Common Law*”. Cf.: POSNER, Richard. *A Economia da Justiça*, 2010, p. 10.

¹⁹¹ BERMEJO, Mateo. *Prevención y castigo del blanqueo de capitales*, 2009, p. 29.

¹⁹² ORTIZ DE URBINA, Íñigo. Análisis Económico del Derecho y Política Criminal. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2004, p. 31-72.

¹⁹³ BERMEJO, Mateo. *Prevención y castigo del blanqueo de capitales*, 2009, p. 29.

¹⁹⁴ Para Ortiz de Urbina: “Pero probablemente la noción de eficiencia más extendida coincide con aquella que se mantiene en el campo de la racionalidad instrumental y que puede ser descrito como eficiencia en sentido instrumental o de medios a fines: se actúa eficientemente cuando a) con los medios de los que se dispone se satisface la máxima cantidad de fines; es decir, se tasan los medios y se maximizan los fines (principio de maximización), o alternativamente cuando b) se obtiene uno o unos fines con el menor coste posible; es decir, se tasan los fines y se minimizan los medios precisos para conseguirlos (principio de minimización)”. Cf.: ORTIZ DE URBINA, Íñigo. Análisis Económico del Derecho y Política Criminal. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2004, p. 31-72.

¹⁹⁵ ORTIZ DE URBINA, Íñigo. Análisis Económico del Derecho y Política Criminal. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2004, p. 31-72.

¹⁹⁶ BERMEJO, Mateo. *Prevención y castigo del blanqueo de capitales*, 2009, p. 29.

¹⁹⁷ MATHIS, Klaus. Consequentialism in Law. In.: *Efficiency, sustainability, and justice to future generations*, Volume 98: “Before discussing the consequences of judges’ decisions, it is important to be clear about which type of consequences are meant here. A key distinction can be made between *legal*

lado, as normas jurídicas (incluindo a incriminação em âmbito econômico) não podem ser de antemão comprometidas com a ineficiência, ou seja, editadas com a pretensão de não cumprir o objetivo declarado ou manifesto a que se propõe. Por outro lado, não podem acolher (com grande êxito) as funções latentes.

A análise de custo-benefício na política criminal é indispensável, mas não tem sido estudada de forma ampla e generalizada. Segundo a linha teórica de Bermejo, a análise de custo-benefício pode refletir as discussões ao redor do princípio da eficiência em dois sentidos: a) normativo-ético; e, b) normativo-técnico¹⁹⁸. Esse último sentido permitiria a utilização de um critério de eficiência no sentido instrumental¹⁹⁹. Há variantes na perspectiva estudada, apesar de um consenso:

Más allá de las diferencias entre estos planteamientos, el fundamento básico del ACB [análise de custo-benefício] yace en que cualquier alternativa de conducta sólo debe llevarse a cabo si los beneficios de realizarla superan sus costes. En el ámbito de las políticas públicas esta disciplina tiene como función comparar los beneficios sociales con los costes sociales, entendiendo el beneficio social como el conjunto de todos los efectos socialmente deseables que se deriven del proyecto²⁰⁰.

Para Amartya Sen, esse procedimento de análise permitiria estudar de maneira ampla e geral os custos e os benefícios de muitas políticas públicas²⁰¹.

consequences and *real consequences*. According to Lübbe-Wolff, legal consequences are those consequences attached by legal provisions when certain preconditions are met. Real consequences, in contrast, are the *actual* consequences of the validity and application of legal provisions. Real consequences can be further subdivided into the consequences for the parties directly affected by the judgment (*micro-level real consequences*) and consequences for the whole of society (*macro-level real consequences*)”.

¹⁹⁸ BERMEJO, Mateo. *Prevención y castigo del blanqueo de capitales*, 2009, p. 32.

¹⁹⁹ BERMEJO, Mateo. *Prevención y castigo del blanqueo de capitales*, 2009, p. 33.

²⁰⁰ BERMEJO, Mateo. *Prevención y castigo del blanqueo de capitales*, 2009, p. 34.

²⁰¹ SEN, Amartya. The Discipline of Cost-Benefit Analysis. In: *Journal of Legal Studies*, n. 29, 2000, p. 931-952. Disponível em: < <http://dash.harvard.edu/handle/1/3444801> > Acesso em 25 jul 2017.

4 DA RECEPÇÃO DO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA NO DIREITO BRASILEIRO

Embora o foco deste estudo seja demonstrar a possibilidade de racionalização da intervenção penal pelo princípio da eficiência, não se pode deixar de perceber e referir que, no ordenamento pátrio, esse mesmo princípio encontra guarida já em nível constitucional, assim como em outros ramos do Direito nacional. É o que se passa a comentar.

4.1 Do princípio da eficiência no Direito Constitucional e no Direito Administrativo brasileiros

O modelo de Estado adotado pela CRFB/88 não quer apenas assegurar as garantias individuais, mas também promover direitos sociais e coletivos. Para tanto, precisa ser eficiente.

Com esse intuito, a Emenda Constitucional nº 19, de 1998, considerada um marco em relação à previsão do princípio da eficiência no ordenamento pátrio, guindou ao plano constitucional as regras relativas ao Projeto de Reforma do Estado e acrescentou menção expressa ao princípio da eficiência no caput do art. 37 (denominado de “qualidade do serviço prestado” no projeto da Emenda)²⁰². A CRFB/88 passou a exigir a observância do princípio da eficiência à realização de todo ato estatal²⁰³.

O significado mais simples do princípio da eficiência difundido no Direito brasileiro é o de ser um instrumento para medir a relação entre os meios empregados e os resultados alcançados, sem adesão integral a qualquer um dos critérios de eficiência desenvolvido no âmbito da AED. Trata-se da ideia de eficiência em sentido comum, que pode ser resumida no intento de “fazer bem as coisas”²⁰⁴.

Eficiência não se confunde com a eficácia e com a efetividade. Fala-se que “avaliar eficiência é saber *como* aconteceu; a eficácia, o *que* aconteceu; a efetividade

²⁰² CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 24 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010, p. 50.

²⁰³ Conferir artigo 37, *caput*, com a redação dada pela Emenda 19, de 1998: “Art. 37. A Administração Pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...)”.

²⁰⁴ Para Mathis: “The strength of *cost-benefit analysis* is that it attempts a comprehensive evaluation of the economic impacts of a measure or a project”. In.: MATHIS, *Consequentialism in Law*. In.: *Efficiency, sustainability, and justice to future generations*, Volume 98.

que diferença fez”²⁰⁵. A eficácia, na Economia, é o grau em que se alcançam os objetivos propostos ou também a atuação para cumprir aqueles objetivos²⁰⁶. Há relação entre esta e a eficiência, as quais visariam à efetividade²⁰⁷, assim considerado como o resultado verdadeiramente alcançado. Os conceitos são oriundos das ciências econômicas e foram trasladados para as ciências jurídicas²⁰⁸.

No âmbito da teoria constitucional, o princípio da eficiência também se diferencia da efetividade²⁰⁹. Este último é utilizado pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – STF para evitar a corrosão da força normativa da Constituição²¹⁰.

²⁰⁵ SANTOS, Alvacir Correa dos. *Princípio da eficiência da Administração Pública*. São Paulo: LTR, 2003, p. 189.

²⁰⁶ ALFONSO, Luciano Parejo. *Eficacia y administración: tres estudios*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 1995, p. 2.

²⁰⁷ Canotilho atribui ao princípio da efetividade a formulação no sentido de que “a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê”. Cf.: MENDES, Gilmar. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 108.

²⁰⁸ Para Bugarin: “Uma outra abordagem doutrinária, ora no plano tradicional da teoria de gestão, consagra uma tríplice e sutil repartição conceitual concernente aos resultados obtidos por uma dada organização: efetividade, eficácia e eficiência. Efetividade é vista como a expressão do desempenho de uma empresa (organização) em função da relação entre os resultados alcançados e os objetivos propostos ao longo do tempo. Eficácia, por sua vez, significa fazer o que é preciso fazer para alcançar determinado objetivo. Não se confunde com a eficiência, uma vez que se refere especificamente ao resultado do trabalho realizado, ou seja, se este é adequado a um fim proposto. Pode, todavia, ocorrer que o produto em si seja considerado adequado, no entanto, o seu processo se dê sem eficiência, levando a um resultado final não apropriado. (...) Eficiência, numa visão tradicional, se vincula à forma (processo) de realizar determinada tarefa/atividade”. Cf.: BUGARIN, Paulo Soares. O princípio constitucional da eficiência: Um enfoque doutrinário multidisciplinar. *Revista do TCU*. Brasília, v. 32, n. 87. jan/mar, 2001, p. 30-50.

²⁰⁹ O princípio da efetividade é um meio para orientar a interpretação das normas constitucionais com vistas a promover uma real e ampla produção de efeitos concretos. Ele seria responsável por auxiliar a efetivação do “sentimento constitucional”, compreendido como vínculo entre o povo e a Constituição, materializado na convicção de que esta é boa e justa e que deságua na construção de um modelo de interpretação e aplicação voltado a promover sua força normativa. Cf.: VERDÚ, Pablo Lucas. *O sentimento constitucional: aproximações ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política*. Tradução de Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

²¹⁰ Neste sentido: **aplicação da máxima efetividade e decisão judicial contrária à interpretação constitucional do STF**: “Ação Rescisória. Matéria constitucional. Inaplicabilidade da Súmula 343/STF. A manutenção de decisões das instâncias ordinárias divergentes da interpretação adotada pelo STF revela-se afrontosa à força normativa da Constituição e ao princípio da máxima efetividade da norma constitucional. Cabe ação rescisória por ofensa à literal disposição constitucional, ainda que a decisão rescindenda tenha se baseado em interpretação controvertida ou, seja anterior à orientação fixada pelo STF.” (RE 328.812-ED, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 6-3-08, DJE de 2-5-08); **aplicação da máxima efetividade e os remédios constitucionais**: “A alegação é de cerceamento da defesa do paciente, malgrado nos limites em que exercitável no curso do inquérito policial. É constrangimento que, se existente e ilegal, poderá refletir-se em prejuízo de sua defesa no processo e, em tese, redundar em condenação a pena privativa de liberdade ou na mensuração desta: a circunstância é bastante para admitir-se o habeas corpus a fim de fazer respeitar as prerrogativas da defesa e, indiretamente, obviar prejuízo que, do cerceamento delas, possa advir indevidamente à liberdade de locomoção do paciente. Não se trata — ao contrário do que supõe o parecerista do MPF — de fazer reviver a ‘doutrina brasileira do habeas corpus’, mas sim de dar efetividade máxima ao remédio constitucional contra a ameaça ou a coação da liberdade de ir e vir, que não se alcançaria, se limitada a sua admissibilidade às hipóteses da prisão consumada ou iminente. (HC 82.354); **aplicação da máxima efetividade das normas constitucionais e transição para novo regime constitucional**: “Constituição: princípio da efetividade máxima e transição. Na solução dos problemas de transição de um para outro modelo constitucional, deve prevalecer, sempre

O princípio da efetividade tem uma finalidade importante na teoria do garantismo, proposta por Ferrajoli. Segundo o autor, o garantismo tem o objetivo de assegurar a máxima efetividade de direitos e promessas constitucionais. Se, inicialmente, o garantismo apareceu como um neologismo difundido²¹¹ e de aplicação ao Direito Penal e Processual Penal, modernamente, Ferrajoli o amplia para que corresponda a um modelo de Direito Constitucional²¹². Trata-se da cara “ativa” do constitucionalismo²¹³.

que possível, a interpretação que viabilize a implementação mais rápida do novo ordenamento. Tribunal de Contas dos Estados: implementação do modelo de composição heterogênea da Constituição de 1988. A Constituição de 1988 rompeu com a fórmula tradicional de exclusividade da livre indicação dos seus membros pelo Poder Executivo para, de um lado, impor a predominância do Legislativo e, de outro, vincular a clientela de duas das três vagas reservadas ao Chefe do Governo aos quadros técnicos dos Auditores e do Ministério Público especial. Para implementar, tão rapidamente quanto possível, o novo modelo constitucional nas primeiras vagas ocorridas a partir de sua vigência, a serem providas pelo chefe do Poder Executivo, a preferência deve caber às categorias dos auditores e membros do Ministério Público especial.” (ADI 2.596, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 19-3-03, DJ de 2-5-03). No mesmo sentido: ADI 2.209, Rel. Min. Maurício Corrêa, julgamento em 19-3-03, DJ de 25-4-03.

²¹¹ Nas palavras do autor: “De otra parte, es útil precisar que «garantismo» es un neologismo difundido en Italia en los años setenta con referencia al Derecho Penal, como réplica teórica a la reducción, en aquel entonces, de las garantías penales y procesales de los Derechos de libertad, por obra de una legislación y de una jurisdicción excepcionales justificadas por la emergencia del terrorismo”. Cf.: FERRAJOLI, Luigi. *La democracia a través de los Derechos: el constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político*. Madrid: Editorial Trotta, 2014, p. 29.

²¹² “Pero es claro que el paradigma garantista debe ser ampliado, en el marco de la teoría general del Derecho, al campo de los Derechos de la persona en su totalidad. Por «garantismo» se entiende, pues, en esta **acepción mas** amplia, un modelo de Derecho basado en la rígida subordinación a la ley de todos los poderes y en los vínculos impuestos a estos en garantía de los Derechos con preferencia de los Derechos fundamentales sancionados por la constitución. En este sentido, el garantismo es sinónimo de «estado constitucional de Derecho.», es decir, de un sistema que toma el paradigma clásico del estado liberal ampliándolo en dos direcciones: por un lado, a todos los poderes, no solo al judicial sino también al **legislativo** y al ejecutivo, y no solo a los poderes públicos sino también a **los privados; y por otro, a todos los Derechos, no solo a los de libertad sino también a los sociales, con las consiguientes obligaciones** las prohibiciones, a cargo de la esfera pública”. Cf.: FERRAJOLI, Luigi. *La democracia a través de los Derechos: el constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político*, 2014, p. 29-30.

²¹³ FERRAJOLI, Luigi. *La democracia a través de los Derechos: el constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político*, 2014, p. 29-30: “Hay que añadir que la opción entre un uso restringido y uno ampliado de «garantismo» no es en sí mismo alguno políticamente neutral. La apelación a o garantismo, como sistema de límites impuestos únicamente a la jurisdicción penal se ha conjugado a menudo en el debate público, no solo italiano, con la intolerancia frente a los límites jurídicos y a los controles judiciales de los poderes políticos y económicos, a partir de una concepción de la democracia como omnipotencia de la mayoría legitimada por el voto popular y del liberalismo como ausencia de reglas y de límites a las llamadas libertades del mercado. Por eso, en este sentido, la expresión significa exactamente lo contrario de «garantismo» como paradigma teórico general, que, en cambio, quiere decir sujeción de cualquier poder, sea público o privado, al Derecho, mediante reglas, vínculos y controles jurídicos aptos para impedir su *ejercicio* arbitrario o ilegal, en garantía de los Derechos de todos. En este otro sentido ampliado, el garantismo es la cara, por así decir, activa del constitucionalismo, al ser las garantías las modalidades activas —las prohibiciones y las obligaciones— correlativas a las expectativas pasivas en que consisten todos los Derechos. Dicho brevemente, designa el conjunto de límites y vínculos impuestos a cualquier poder, idóneos para garantizar la máxima efectividad de todos los Derechos y de todas las promesas constitucionales”.

Em relação ao Direito Administrativo, o princípio da eficiência foi previsto textualmente no Decreto-Lei 200, de 1967²¹⁴. Outro antecedente refere-se à incidência obrigatória da eficiência na esfera de controle interno de cada um dos Poderes²¹⁵.

Carvalho Filho realça que uma das razões para a inclusão do referido princípio no texto constitucional foi o evidente descontentamento das pessoas com os serviços prestados pela Administração ou por seus delegados²¹⁶.

No mesmo sentido, é o alerta de França, para quem o “cidadão brasileiro sempre se ressentiu dos serviços públicos que lhe são oferecidos, denunciando continuamente a ineficiência destas atividades estatais através da mídia”²¹⁷.

As considerações de eficiência, em razão da Emenda 19, devem nortear, por imposição constitucional (art. 37), toda intervenção estatal, impondo “a análise dos resultados obtidos com os fins exigíveis”²¹⁸ do Estado.

O Plano Diretor da Reforma do Estado, elaborado nos idos de 1995, expressamente prevê que o objetivo das modificações seria a busca da eficiência:

Reformar o Estado significa melhorar não apenas a organização e o pessoal do Estado, mas também suas finanças e todo o seu sistema institucional-legal, de forma a permitir que o mesmo tenha uma relação harmoniosa e positiva com a sociedade civil. A reforma do Estado permitirá que seu núcleo estratégico tome decisões mais corretas e efetivas, e que seus serviços - tanto os exclusivos, que funcionam diretamente sob seu comando, quanto os competitivos, que estarão apenas indiretamente subordinados à medida que se transformem em organizações públicas não estatais - operem muito mais eficientemente²¹⁹.

²¹⁴ O Decreto-Lei 200, de 1967, atribuía a cada Ministro de Estado, integrante da administração Federal, a tarefa de assegurar a eficiência administrativa no âmbito de sua respectiva gestão e possibilitava a demissão do servidor por desídia e ineficiência. Cf.: Art. 26. No que se refere à Administração Indireta, a supervisão ministerial visará a assegurar, essencialmente: I - A realização dos objetivos fixados nos atos de constituição da entidade. II - A harmonia com a política e a programação do Governo no setor de atuação da entidade. III - A eficiência administrativa.

²¹⁵ Conferir art. 74: “Art. 74. Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de: I - avaliar o cumprimento das metas previstas no plano plurianual, a execução dos programas de governo e dos orçamentos da União; II - comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado; III - exercer o controle das operações de crédito, avais e garantias, bem como dos direitos e haveres da União; IV - apoiar o controle externo no exercício de sua missão institucional.”

²¹⁶ CARVALHO FILHO, *Manual de Direito Administrativo*, 2010, p. 50.

²¹⁷ FRANÇA, Vladimir da Rocha. Notas sobre a eficiência administrativa na Constituição Federal. In.: *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 30, p. 77-85, 2000, p. 77.

²¹⁸ MARTINS, Fernando Rodrigues. *Controle do patrimônio público: comentários à lei de improbidade administrativa*. 4 ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 207.

²¹⁹ BRASIL. Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado. 1995. Acesso em 10 jul. 2016. Disponível em: <<http://www.bresserpereira.org.br/documents/mare/planodiretor/planodiretor.pdf>>.

Para Rodrigues, a essência econômica do princípio foi mantida, ao menos no que se refere à maximização racional com o intuito de otimizar custos e benefícios²²⁰.

Há uma relação indissociável entre eficiência e o alcance da finalidade legal de boa administração, impondo-se “aos agentes públicos o dever de selecionar e utilizar criteriosamente os melhores meios a serem empregados no cumprimento das atividades necessárias à boa administração, voltada ao atingimento de sua finalidade legal”²²¹.

Mello não dissocia o princípio da eficiência do princípio da legalidade e, por influência do Direito Administrativo italiano, o compreende como princípio da “boa administração”, realçando que, para este, a atividade administrativa deve ser desenvolvida do “modo mais congruente, mais oportuno e mais adequado aos fins a serem alcançados, graças à escolha dos meios e da ocasião de utilizá-los, concebíveis como os mais idôneos para tanto”²²². Ele enfatiza que o princípio da eficiência jamais poderia ser compreendido como postergação do princípio da legalidade.

Para Cunha Júnior, o princípio da eficiência trouxe para a Administração Pública o dever explícito de realizar suas atribuições com rapidez, perfeição e rendimento e deveria abranger tanto o sucesso dos meios como o sucesso dos fins²²³.

No mesmo sentido são as lições de Odete Medauar²²⁴.

Di Pietro realça que o princípio da eficiência apresenta, na realidade, dois feixes de significados: a) pode ser considerado em relação ao modo de atuação do agente público, do qual se espera o melhor desempenho possível; e, b) em relação ao modo de organizar, estruturar, disciplinar a Administração Pública, também com o mesmo objetivo de alcançar os melhores resultados²²⁵.

²²⁰ RODRIGUES, Filipe Azevedo. *Análise econômica da expansão do Direito Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2014, p. 83: “A partir daí, muitas definições foram atribuídas à eficiência nas obras jurídicas, de modo que, a um só tempo, acrescentou-lhe uma carga valorativa tipicamente jurídico-constitucional e tentou-se manter a essência econômica do termo (...)”.

²²¹ CERREJIDO, Juliano Henrique da Cruz. O princípio constitucional da eficiência na Administração Pública. In.: *Revista de Direito Administrativo*, n. 226, 2001, p. 231-241.

²²² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 27 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2010, p. 122. A definição enunciada por Mello é de Guido Falzone.

²²³ CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Curso de Direito Administrativo*. 11 ed. Bahia: Editora Juspodvium, 2012, p. 46.

²²⁴ MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo moderno*. 7 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 142.

²²⁵ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito Administrativo*. 25 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012, p. 84.

O Superior Tribunal de Justiça – STJ possui decisões aplicando o princípio da eficiência como modo atuação do agente público²²⁶ e como dever de estruturação da Administração Pública²²⁷. O princípio da eficiência apresenta-se como um dever atual e estritamente jurídico, não sendo uma exortação ética ou mera aspiração deontológica²²⁸:

Indubitavelmente, para a promoção do bem comum, no que toca à atuação da AP [Administração Pública], tanto os meios como os resultados assumem cabal importância. O PE [Princípio da Eficiência], assim, é um princípio bipotencial, na medida em que volta sua ação jurídica tanto para a ação instrumental realizada, como para o resultado por ela obtido. O princípio exige tanto o aproveitamento máximo das potencialidades existentes, isto é, dos recursos escassos que a coletividade possui, como resultado quantitativa e qualitativamente otimizado, no que concerne ao atendimento das necessidades coletivas²²⁹.

²²⁶ **DIREITO ADMINISTRATIVO. INADMISSIBILIDADE DE ACUMULAÇÃO DE CARGOS PÚBLICOS CUJAS JORNADAS SOMEM MAIS DE SESENTA HORAS SEMANAIS. É vedada a acumulação de um cargo de professor com outro técnico ou científico quando a jornada de trabalho semanal ultrapassar o limite máximo de sessenta horas semanais.** A Primeira Seção do STJ reconheceu a impossibilidade de cumulação de cargos de profissionais da área de saúde quando a jornada de trabalho superar sessenta horas semanais. Isso porque, apesar de a CF permitir a acumulação de dois cargos públicos privativos de profissionais de saúde, deve haver, além da compatibilidade de horários, observância ao princípio constitucional da eficiência, o que significa que o servidor deve gozar de boas condições físicas e mentais para exercer suas atribuições (MS 19.300-DF, DJe 18/12/2014). Nessa ordem de ideias, não é possível a acumulação de dois cargos públicos quando a jornada de trabalho semanal ultrapassar o limite máximo de sessenta horas. REsp 1.565.429-SE, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 24/11/2015, DJe 4/2/2016 (Informativo n. 576).

²²⁷ **DIREITO ADMINISTRATIVO. REQUISIÇÃO DE SERVIDOR PÚBLICO PELA DPU. A Administração Pública Federal não está mais obrigada a atender toda e qualquer requisição de servidor público efetuada pelo Defensor Público-Geral da União na forma do art. 4º da Lei n. 9.020/1995.** Destaca-se, inicialmente, o previsto na Lei n. 9.020/1995: “Art. 4º O Defensor Público-Geral da União poderá requisitar servidores de órgãos e entidades da Administração Federal, assegurados ao requisitado todos os direitos e vantagens a que faz jus no órgão de origem, inclusive promoção. Parágrafo único. A requisição de que trata este artigo é irrecusável e cessará até noventa dias após a constituição do Quadro Permanente de Pessoal de apoio da Defensoria Pública da União”. Pois bem, a despeito de a Lei n. 9.020/1995 dispor sobre a implantação, “em caráter emergencial e provisório”, da Defensoria Pública da União (DPU), deve-se salientar que a situação atual dessa instituição é sensivelmente diversa daquela enfrentada em 1995. Com efeito, em 2010, a DPU abriu seu primeiro concurso público para o provimento de cargos de nível superior e médio. Em 2015, realizou o segundo certame. Assim, embora a requisição fosse irrecusável em 1995, tem-se que a própria previsão legal desse instituto jurídico (art. 4º da Lei n. 9.020/1995) estabeleceu um termo final para sua vigência: noventa dias após a constituição do quadro de apoio da Defensoria. Desse modo, como na atualidade já expirou o prazo daquele primeiro concurso para provimento de cargos junto à Defensoria e como até mesmo um segundo concurso foi aberto em 2015, verifica-se que aquela situação precária que a Lei n. 9.020/1995 procurou remediar com a possibilidade de requisição de servidores de outros órgãos e entidades da Administração Pública Federal não mais persiste, ao menos não naquela dimensão que em 1995 foi determinante para que a legislação admitisse que a requisição fosse irrecusável. Observe-se, por fim, que não só a Defensoria, mas toda a Administração Pública deve observância aos preceitos que determinam eficiência, de modo que não pode a DPU, sob o argumento de prover a eficiência da instituição na prestação de assistência jurídica aos necessitados, provocar um déficit ilimitado de eficiência nos demais setores da Administração Pública Federal. MS 17.500-DF, Rel. Min. Benedito Gonçalves, julgado em 9/12/2015, DJe 15/12/2015 (Informativo n. 575).

²²⁸ Nesse sentido: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, 2010, p. 122.

²²⁹ BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 99. Para o autor, a eficiência administrativa deve ser analisada sob a forma *lato sensu* e *stricto sensu*. A primeira implica a busca da concretização dos fundamentos e objetivos da

A mera inclusão do princípio da eficiência no texto da CRFB/88 não qualifica por si só qualquer atividade da Administração. Os governantes devem buscar os reais interesses da coletividade e não seus interesses pessoais²³⁰. Com esse espírito, ele vem incluído no bojo das ideias acerca da administração gerencial nos Estados Modernos. Pretende-se identificar uma gerência pública compatível com as necessidades comuns da Administração, sem prejuízo para o interesse público que impele toda a atividade administrativa²³¹:

Entretanto, a preocupação com a racionalidade do aparato estatal e do Direito, em geral, não vem desses dias. Não obstante, o Poder Público sempre foi mais afeto ao desperdício de recursos e à instabilidade institucional do que à eficiência. Isso porque, ao contrário, do que sustenta Celso Antonio Bandeira de Mello, a construção doutrinária do princípio da *boa-administração* não trazia consigo o aporte científico ao qual se dedicou a Economia para conceber as várias implicações da eficiência. Não obstante às aparentes semelhanças no campo propedêutico, a distinção entre os conceitos de *eficiência* e *boa-administração* se encontra no fato de que: este não se desenvolveu além do campo prescritivo do dever-ser, muitas vezes ancorado apenas em construções retóricas; ao passo que aquele se prestou a estudos interdisciplinares, em vieses teóricos e empíricos comparados exaustivamente. Por isso, a recepção do conceito econômico no Direito é, em potencial, um avanço metodológico, agregando ao mundo jurídico diversos conhecimentos e técnicas de otimização das normas que o integram²³².

O STF tem julgado neste sentido²³³.

República. Esta última requer que os resultados alcançados sejam otimizados em relação aos meios escolhidos, o que demandaria a incidência de outros vetores, tais como: produtividade, economicidade, celeridade e presteza: “Em síntese, marcando que o norte balizador é o bem comum, o referencial de eficiência está na pessoa humana, que deve ter as condições de sua vida social favorecidas, e não em clientes, usuários, contribuintes, ou consumidores. A eficiência administrativa enfatiza a necessidade de otimização dos resultados sob o ângulo da pessoa humana, potencial usuária do serviço público, que pede por melhores produtos, melhores serviços públicos, pelo atendimento igualitário de suas necessidades e interesses”.

²³⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*, 2010, p. 52.

²³¹ RODRIGUES, Filipe Azevedo. *Análise econômica da expansão do Direito Penal*, 2014, p. 180-181.

²³² CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*, 2010, p. 52.

²³³ “Repercussão Geral: Vedação ao Nepotismo e Aplicação aos Três Poderes (Continuação) Aduziu-se que art. 37, caput, da CF/88 estabelece que a Administração Pública é regida por princípios destinados a resguardar o interesse público na tutela dos bens da coletividade, sendo que, dentre eles, o da moralidade e o da impessoalidade exigem que agente público pautar sua conduta por padrões éticos que têm por fim último alcançar a consecução do bem comum, independentemente da esfera de poder ou do nível político-administrativo da Federação em que atue. Acrescentou-se que o legislador constituinte originário, e o derivado, especialmente a partir do advento da EC 19/98, fixou balizas de natureza cogente para coibir quaisquer práticas, por parte dos administradores públicos, que, de alguma forma, buscassem finalidade diversa do interesse público, como a nomeação de parentes para cargos em comissão ou de confiança, seguindo uma interpretação equivocada dos incisos II e V do art. 37 da CF. Considerou-se que a referida nomeação de parentes ofende, além dos princípios da moralidade administrativa e da impessoalidade, **o princípio da eficiência, haja vista a inapetência daqueles para o trabalho e seu completo despreparo para o exercício das funções que alegadamente exercem. Frisou-se, portanto, que as restrições**

Para Rodrigues, “assim como os indivíduos reagem a incentivos e buscam satisfazer de forma mais conveniente – ou menos custosa – seus interesses, eles transportam para o Estado a mesma finalidade essencial”²³⁴.

Na condição de contribuintes e destinatários de serviços públicos clamam por uma Administração eficiente²³⁵. Os recursos tecnológicos e a busca da competência gerencial devem ser utilizados para alcançar aquele intento²³⁶.

O princípio da eficiência não está previsto expressamente na Lei n. 8.112, de 1990. No entanto, do rol dos deveres dos servidores públicos é possível extrair que a atividade deve ser exercida de tal forma.

Na Lei n. 8.987, de 1995, o princípio da eficiência surge como um atributo do serviço adequado²³⁷.

A Lei 9.784, de 1999, que dispõe sobre o processo administrativo em âmbito federal, enuncia o princípio da eficiência em seu artigo 2º, *caput*²³⁸.

impostas à atuação do administrador público pelo princípio da moralidade e demais postulados do art. 37 da CF são autoaplicáveis, por trazerem em si carga de normatividade apta a produzir efeitos jurídicos, permitindo, em consequência, ao Judiciário exercer o controle dos atos que transgridam os valores fundantes do texto constitucional. Com base nessas razões, e fazendo distinção entre cargo estritamente administrativo e cargo político, declarou-se nulo o ato de nomeação do motorista, considerando hígida, entretanto, a nomeação do Secretário Municipal de Saúde. (RE 579951/RN, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 20.8.2008)”. Grifos.

²³⁴ RODRIGUES, Filipe Azevedo. *Análise econômica da expansão do Direito Penal*, 2014, p. 179.

²³⁵ RODRIGUES, Filipe Azevedo. *Análise econômica da expansão do Direito Penal*, 2014, p. 179.

²³⁶ A Lei n. 12.462, de 2011, que institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC lastreia-se em tal intento e trata da eficiência em dispositivos esparsos. De modo específico traz a possibilidade de a Administração Pública celebrar contrato de eficiência, nos termos do art. 23:

“Art. 23. No julgamento pelo maior retorno econômico, utilizado exclusivamente para a celebração de contratos de eficiência, as propostas serão consideradas de forma a selecionar a que proporcionará a maior economia para a Administração Pública decorrente da execução do contrato.

§ 1º O contrato de eficiência terá por objeto a prestação de serviços, que pode incluir a realização de obras e o fornecimento de bens, com o objetivo de proporcionar economia ao contratante, na forma de redução de despesas correntes, sendo o contratado remunerado com base em percentual da economia gerada. § 2º Na hipótese prevista no caput deste artigo, os licitantes apresentarão propostas de trabalho e de preço, conforme dispuser o regulamento. § 3º Nos casos em que não for gerada a economia prevista no contrato de eficiência: I - a diferença entre a economia contratada e a efetivamente obtida será descontada da remuneração da contratada; II - se a diferença entre a economia contratada e a efetivamente obtida for superior à remuneração da contratada, será aplicada multa por inexecução contratual no valor da diferença; e III - a contratada sujeitar-se-á, ainda, a outras sanções cabíveis caso a diferença entre a economia contratada e a efetivamente obtida seja superior ao limite máximo estabelecido no contrato”.

²³⁷ Art. 6º Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato.

§ 1º Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.

²³⁸ Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Os influxos da administração gerencial também alcançam o Poder Judiciário na sua função atípica de administrar e na sua função típica (jurisdicional).

Assim se manifesta Didier, para quem o princípio repercute sobre a atuação do Poder Judiciário em duas dimensões: a) Administração Judiciária e, b) gestão de determinado processo²³⁹.

Para Rodrigues, todavia, o princípio da eficiência como norma constitucional e administrativa não pode, ainda, ser chamado de norma eficaz, “pois nunca lhe foi atribuída em substância a característica mais elementar de um mandamento jurídico, qual seja: a exigibilidade, a ser viabilizada por uma sanção. Em outras palavras, não se levou a sério a eficiência como direito”²⁴⁰.

No mesmo sentido são as lições de Dimoulis e Martins, para os quais ausente força normativa do princípio os conflitos substanciais com outras normas constitucionais, suscetíveis de harmonização não surgiram²⁴¹.

Justen Filho, por outro lado, avança a discussão para incluir mais um espectro de análise do princípio da eficiência. Para o autor, contemplam-se três ordens de compreensão, saber: a eficiência econômica, o dever de otimização na utilização dos recursos públicos e a eficiência estatal e sua configuração própria (a eficácia estatal)²⁴².

Os dois primeiros espectros convergem para o que foi exposto até o momento. Nas palavras do autor, a eficiência econômica pode ser considerada como a utilização mais produtiva de recursos econômicos, de modo a produzir os melhores resultados. O dever de otimizar o uso dos recursos públicos já seria imposto pela própria CRFB/88²⁴³. Já em relação ao terceiro âmbito de análise, preconiza Justen Filho, que quando houver incompatibilidade entre a eficiência econômica e certos valores fundamentais, deverá adotar-se a solução que preserve ao máximo todos os valores em conflito, mesmo que tal implique a redução da eficiência econômica²⁴⁴.

²³⁹ DIDIER, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento* I. 17. ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015, p. 99.

²⁴⁰ RODRIGUES, Filipe Azevedo. *Análise econômica da expansão do Direito Penal*, 2014, p. 185.

²⁴¹ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 2 ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2009, p. 154.

²⁴² JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 8 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 180-183.

²⁴³ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*, 2012, p. 181.

²⁴⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*, 2012, p. 182.

O autor se mostra sensível à perspectiva de custo a partir de um parâmetro qualitativo, uma vez que distingue menor custo econômico possível e obtenção de maior lucro²⁴⁵, ideia convergente ao pensamento de Meirelles²⁴⁶.

4.2 Do princípio da eficiência no Direito Processual Civil e no Direito Processual Penal brasileiros

A eficiência como princípio processual assenta-se em três premissas. A primeira delas relaciona-se com a gestão interna do processo, obrigando o juiz a orientar os poderes visando a um determinado “estado de coisas” e este seria justamente o processo eficiente. A outra propugna que, ainda que o princípio da eficiência apareça como a versão atualizada do princípio da economia processual, ele impõe a técnica retórica de reforço de sua relação com a perspectiva de atuação do juiz como administrador. Por fim, para a terceira, a eficiência seria meta da atuação que observou o dever de obter o máximo de um fim com o mínimo de recursos e o dever de atingir, como meio, o fim ao máximo²⁴⁷. Por esta última análise, o princípio da eficiência tem o propósito de tornar o julgador um bom condutor do processo, um administrador eficiente: é um corolário do devido processo legal²⁴⁸.

O magistrado precisa obter o máximo possível dos seus recursos humanos e financeiros, vale dizer, atingindo o melhor resultado com o mínimo de recursos possíveis, sem desconsiderar as partes, os direitos e as peculiaridades fáticas. Há quem realce que, nesse sentido, apresenta-se como a versão atualizada do conhecido princípio da “economia processual”²⁴⁹.

Para Cunha, o princípio da eficiência, na densidade processual, irradia dois efeitos, quais sejam: a) a eficiência qualitativa; e, b) a eficiência quantitativa. Enquanto a eficiência quantitativa estaria em identidade com o princípio da economia processual, referindo-se às técnicas gerenciais de um processo, a eficiência qualitativa está atrelada

²⁴⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*, 2012, p. 182.

²⁴⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. 34 ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p.98-99: “O princípio da eficiência exige que a atividade administrativa seja exercida com presteza, perfeição e rendimento funcional. É o mais moderno princípio da função administrativa, que já não se contenta em ser desempenhada apenas com legalidade, exigindo resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros”.

²⁴⁷ DIDIER, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*, 2015, p. 101-102.

²⁴⁸ DIDIER, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*, 2015, p. 99.

²⁴⁹ Assim, NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. 7 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2015.

ao processo que resolve, ao mesmo tempo, várias situações jurídicas, ainda que tenha, para isso, consumido um pouco a mais de tempo e custo²⁵⁰. É nesses termos que, para Cunha, a eficiência seria uma qualidade do devido processo legal e uma diretriz interpretativa de todo o arcabouço legal e normativo: um fundamento para adoção de técnicas atípicas e realização de negócios jurídicos processuais.

O processo devido precisa ser adequado e eficiente: assim o será quando se ajustar às peculiaridades do caso concreto, do direito invocado e das partes²⁵¹.

As aplicações do princípio da eficiência no Processo Civil são muitas: a) escolha do meio para execução da sentença (art. 536, §1º, NCPC); b) função interpretativa, como possibilidade de ampliar o limite temporal para a suspensão do processo (art. 313, §4º, NCPC); c) permissão para conexão probatória, etc.²⁵².

Nesse juízo, a eficiência seria uma noção finalístico-normativa. Eficiente seria o processo que, de modo satisfatório, atendeu àquelas premissas já enunciadas²⁵³. Efetivo seria o processo que realizou o direito afirmado e reconhecido jurisdicionalmente. A doutrina processualista, portanto, traz conteúdo próprio para o princípio da efetividade. Na visão ora em exame, um processo, para ser devido, tem que ser efetivo e, para ser efetivo, ele tem que produzir um resultado compatível com o direito material. Ele não possui previsão constitucional expressa, mas também é um corolário do devido processo legal, de modo que ele teria *status* constitucional²⁵⁴.

Para Cunha, “para que se positive o princípio da efetividade é preciso que haja comportamentos legislativos e judiciais necessários ao fiel cumprimento das resoluções jurisdicionais”. Seria necessário que o sistema processual fosse provido “de instrumentos coercitivos suficientes para forçar o cumprimento das decisões, com o mesmo resultado prático de adimplemento espontâneo das normas jurídicas”. Um processo eficiente será efetivo, mas a recíproca não é verdadeira²⁵⁵.

²⁵⁰ CUNHA, Leonardo Carneiro da. A previsão do princípio da eficiência no projeto do novo Código de Processo Civil brasileiro, In.: *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2014, n. 233, p. 69-74.

²⁵¹ CUNHA, Leonardo Carneiro da. A previsão do princípio da eficiência no projeto do novo Código de Processo Civil brasileiro, In.: *Revista de Processo*, 2014, p. 69-74.

²⁵² Para detalhes conferir: CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*, 2015, p. 102-103.

²⁵³ DIDIER, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*, 2015, p. 103.

²⁵⁴ Ademais, ele encontra previsão no artigo 4º do NCPC: “Art. 4º, NCPC - As partes têm direito a obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa”.

²⁵⁵ CUNHA, Leonardo Carneiro da. A previsão do princípio da eficiência no projeto do novo Código de Processo Civil brasileiro. In.: *Revista de Processo*, 2014, p. 69-74.

O princípio da eficiência encontra guarida no NCPC, em seu artigo 8º²⁵⁶. A exposição de motivos do NCPC enfatiza a essência do princípio da eficiência, conjugando-a com a harmonização e com a efetivação de direitos²⁵⁷ e fundamenta também a sua aplicação ao Direito Processual Penal.

No âmbito do Direito Processual Penal, a ideia da realização do Estado Democrático de Direito tem conduzido alguns autores ao entendimento de que se deva flexibilizar garantias individuais a fim de promover uma aplicação mais célere e rigorosa do Direito Penal acreditando, equivocadamente, que um maior número de condenações seria automaticamente uma demonstração de maior eficiência.

Alguns institutos processuais, como a colaboração premiada e a transação, são apontados como meios que promovem a eficiência no âmbito do Processo Penal:

Es bueno aclarar aquí que cuando se habla de incentivos y beneficios, dichas variables no se expresan exclusiva y primordialmente en términos monetarios, sino que pueden ser de los tipos más variados. Lo importante es que una persona determinada en una situación determinada, perciba que cometiendo el crimen tendrá la posibilidad de colocarse en una mejor situación persona, das sus metas, que si no lo comete. (...). Además, en la aplicación concreta del Derecho Penal, es decir, en los procedimientos penales, la ponderación de la búsqueda por maximizar la utilidad se ha ejemplo, soluciones negociadas como el *plea bargaining* surgieron en los Estados Unidos a finales del siglo XIX y principios del XX como un medio de descongestionar los tribunales sobrecargados, a pesar de que en sus orígenes era una práctica relativamente oculta pues no gozaba de reconocimiento legal. Pero su utilidad y eficiencia para resolver conflictos llevó a la Corte Suprema federal a legitimar este mecanismo, estableciendo ciertas reglas a fin de asegurar que la admisión de culpabilidad del imputado fuera voluntaria y que las promesas hechas a cambio por el fiscal fueran cumplidas. Como consecuencia de éstas y otras formas de renuncia a los juicios, nacidas de la búsqueda de formas eficientes de negociación dentro del proceso penal se calcula que cerca del 90 por 100 de las condenas en los Estados Unidos son obtenidas sin juicio, pues los imputados se declaran culpables con anterioridad a su realización.

²⁵⁶ Art. 8º Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a **eficiência**. (Grifos inexistentes no original).

²⁵⁷ “Um sistema processual civil que não proporcione à sociedade o reconhecimento e a realização dos direitos, ameaçados ou violados, que têm cada um dos jurisdicionados, não se harmoniza com as garantias constitucionais de um Estado Democrático de Direito. Sendo ineficiente o sistema processual, todo o ordenamento jurídico passa a carecer de real efetividade. De fato, as normas de direito material se transformam em pura ilusão, sem a garantia de sua correlata realização, no mundo empírico, por meio do processo”. In.: BRASIL. Exposição de motivos do Anteprojeto encaminhado ao Senado Federal. Disponível em: <http://livraria.senado.leg.br/e_CPC_2015>. Acesso em 10 ago. 2016.

Entretanto, no Processo Penal inerente ao Estado Democrático de Direito a ideia de eficiência não pode ser compreendida de maneira apartada da necessidade de assegurar a observância de princípios clássicos, como o contraditório e a ampla defesa.

Nesse sentido, o STJ já proferiu decisão no sentido de julgar lícita a tramitação direta do inquérito policial entre o Ministério Público Federal – MPF e a Polícia Federal – PF. Para a Corte, isso não vulneraria quaisquer princípios constitucionais e asseguraria a economia processual e a razoável duração do processo²⁵⁸.

Há diferença na abordagem da eficiência “do” Processo Penal e “no” Processo Penal²⁵⁹. Afasta-se a ideia de eficiência medida pelo número de condenações²⁶⁰, considerando-se eficiente, conforme ensina Scarance, “o procedimento

²⁵⁸ Segundo o STJ: DIREITO PROCESSUAL PENAL. TRAMITAÇÃO DIRETA DE INQUÉRITO POLICIAL ENTRE A POLÍCIA FEDERAL E O MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Não é ilegal a portaria editada por Juiz Federal que, fundada na Res. CJF n. 63/2009, estabelece a tramitação direta de inquérito policial entre a Polícia Federal e o Ministério Público Federal. De fato, o inquérito policial “qualifica-se como procedimento administrativo, de caráter pré-processual, ordinariamente vocacionado a subsidiar, nos casos de infrações perseguíveis mediante ação penal de iniciativa pública, a atuação persecutória do Ministério Público, que é o verdadeiro destinatário dos elementos que compõem a “informatio delicti” (STF, HC 89.837-DF, Segunda Turma, DJe 20/11/2009). **Nesse desiderato, a tramitação direta de inquéritos entre a Polícia Judiciária e o órgão de persecução criminal traduz expediente que, longe de violar preceitos constitucionais, atende à garantia da duração razoável do processo – pois lhe assegura célere tramitação –, bem como aos postulados da economia processual e da eficiência.** Ressalte-se que tal constatação não afasta a necessidade de observância, no bojo de feitos investigativos, da chamada cláusula de reserva de jurisdição, qual seja, a necessidade de prévio pronunciamento judicial quando for necessária a adoção de medidas que possam irradiar efeitos sobre as garantias individuais. Ademais, não se pode alegar que haveria violação do princípio do contraditório e do princípio da ampla defesa ao se impedir o acesso dos autos de inquérito pelos advogados, o que também desrespeitaria o exercício da advocacia como função indispensável à administração da Justiça e o próprio Estatuto da Advocacia, que garante o amplo acesso dos autos pelos causídicos. Isso porque o art. 5º da Res. CJF n. 63/2009 prevê expressamente que “os advogados e os estagiários de Direito regularmente inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil terão direito de examinar os autos do inquérito, devendo, no caso de extração de cópias, apresentar o seu requerimento por escrito à autoridade competente”. Faz-se mister destacar que, não obstante a referida Resolução do CJF ser objeto, no STF, de Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI 4.305 –, o feito, proposto em 2009 pela Associação Nacional dos Delegados de Polícia Federal, ainda está concluso ao relator, não havendo notícia de concessão de pedido liminar. Assim, enquanto não existir manifestação da Corte Suprema quanto ao tema, deve ser mantida a validade da Resolução. Registre-se, ademais, a existência de julgado do STF, nos autos da ADI 2.886, em que se reconhece a inconstitucionalidade de lei estadual que determinava a tramitação direta do inquérito policial entre o Ministério Público e a Polícia Judiciária, por entender padecer a legislação de vício formal. Apesar de o referido julgamento ter sido finalizado em abril de 2014, convém destacar que se iniciou em junho de 2005, sendo certo que, dos onze Ministros integrantes da Corte (que votaram ao longo desses nove anos), quatro ficaram vencidos, e que, dos votos vencedores, três ministros não mais integram o Tribunal. Assim, não há como afirmar como certa a possível declaração da inconstitucionalidade da Resolução do CJF objeto da ADI 4.305. RMS 46.165-SP, Rel. Min. Gurgel de Faria, julgado em 19/11/2015, DJe 4/12/2015 (Informativo n. 574). (Grifos em negrito inexistentes no original).

²⁵⁹ SCARANCE FERNANDES, Antonio. Reflexões sobre as noções de eficiência e de garantismo no Processo Penal. *Sigilo no Processo Penal: eficiência e garantismo*. (Vários). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p.24-25.

²⁶⁰ Para Stock: “Diante da crise da capacidade reguladora do Direito, a qual se encontra vinculada à dinâmica da sociedade atual, percebe-se que o paradigma da eficiência ganha espaço. Vislumbra-se, contudo, que, se por um lado se tem permitido a reprodução, no seio do ordenamento jurídico, de ideologias isentas de limites e controles constitucionais governadas por interesses políticos e econômicos,

que, em tempo razoável, permitir atingir um resultado justo, seja possibilitando aos órgãos da persecução penal agir para fazer atuar o direito punitivo”, visando assegurar as garantias processuais²⁶¹. Trata-se da eficiência “no” Processo Penal. Para Scarance Fernandes o exame da eficiência “do” Processo Penal dependeria da finalidade que a ele seja atribuída: a) assegurar a defesa do acusado, b) permitir aos órgãos da persecução a apuração da verdade e a punição dos autores infratores penais e, c) obter um resultado justo que se legitime pelo procedimento adequado.

Para Wedy a eficiência possui hélice tríplice:

Na verdade, pensamos que fundamental será desdobrar aquela hélice tríplice em um catálogo de consequências no instante em que estivermos a tratar da repercussão de eficiência sobre as relações probatórias no Processo Penal. Para nós, quanto mais garantista e estável for um sistema, mais perto da justiça ele estará, pois redundará em menor impunidade. Dessa forma, o reflexo de nossa ideia de eficiência sobre o processo alcança aqui uma repercussão extraordinária, com ampla repercussão prática. Uma repercussão que decorre da força da ideia de garantia naquela hélice tríplice que deve fazer avançar o Processo Penal. E uma repercussão que traz um decálogo que, para nós, é fundamental para dar estabilidade ao sistema²⁶².

Para Santana, é imprescindível conciliar as garantias do cidadão com aspectos de eficiência. O pressuposto para que se busque a construção de um modelo processual encontra-se na possibilidade de conciliar as necessidades de garantia do cidadão com a funcionalidade e a eficiência do sistema jurídico-penal²⁶³.

por outro lado, ainda há uma preocupação com a proteção dos direitos e das garantias fundamentais postos na Constituição”. Cf.: STOCK, Bárbara Sordi. Eficiência do Processo Penal: uma breve leitura a partir da dicotomia tempo das relações sociais e tempo do direito. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 5, n. 18, p. 203-207., abr./jun. 2005.

²⁶¹ SCARANACE FERNANDES, Antonio. Reflexões sobre as noções de eficiência e de garantismo no Processo Penal. *Sigilo no Processo Penal: eficiência e garantismo*, 2008, p. 16.

²⁶² Segundo o autor: “A nossa ideia é a verificação da eficiência a partir de um fundamento (a relação ontoantropológica), de uma função (a proteção subsidiária dos bens jurídicos mais importantes) e de uma finalidade (o alcançamento da justiça e da paz jurídica). A partir daí, com o equilíbrio e a presença desses requisitos, poder-se-ia falar de eficiência legítima em Direito Penal, e, por conseguinte, poder-se-ia falar também da repercussão da eficiência em Processo Penal. Mas, aqui, isso ocorreria pela ligação fundamental entre essa hélice tríplice, formada pelas ideias de garantia, de justiça e de eficiência. Quando em Processo Penal estivermos diante da conjunção desses predicados, que não se podem separar sob pena da perda de legitimidade e densidade axiológicas, poder-se-ia falar em maior eficiência do Processo Penal”. Cf.: WEDY, Miguel Tedesco. Eficiência, garantias e justiça no Processo Penal. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 12, n. 52, p. 163-186., jan./mar. 2014.

²⁶³ A compreensão do Processo Penal como instrumento de política criminal, em atenção à sua função de garantia, não pode ser um obstáculo à realização dos fins político-criminais perseguidos pelo ordenamento jurídico-penal como um todo. Assim é que, relacionada com a necessidade de compromisso entre garantia e funcionalidade no interior do Processo Penal, a proposta apresentada não legitima uma adesão cega ao eficientismo processual. Cf.: SANTANA, Selma Pereira de. A tensão dialética entre os ideais de garantia, eficiência e funcionalidade. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 13, n. 52, p. 250-275., jan./fev. 2005.

5 DO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

O Direito Penal orienta-se a determinados valores, notadamente à concretização da justiça, e a outros objetivos; portanto não está adstrito à realização pura e simples do princípio da eficiência²⁶⁴. Rejeita-se a sua construção a partir de uma fundamentação puramente economicista. No entanto, nos dias atuais, acredita-se que um sistema de justiça criminal não pode se divorciar das considerações impostas pelo princípio da eficiência. O problema não está apenas na prevenção de delitos, mas em como atingir aquele objetivo²⁶⁵:

A morosidade da atuação estatal, vital à salvaguarda das garantias fundamentais, acaba por inviabilizar qualquer tentativa de buscar, por meio do controle penal, a diminuição da criminalidade, especialmente a econômica. Assim, em que pese a existência de um quadro sombrio assimilado pela sociedade a partir do conhecimento de alguns riscos a que está sujeita, nenhuma justificativa se mostra razoável para diminuir, ainda que minimamente, a proteção à dignidade da pessoa humana por meio da relativização dos princípios e direitos norteadores de um sistema criminal democrático²⁶⁶.

A eficiência é um predicado instrumental e não tem sentido dizer que o Direito Penal orienta-se somente por esse vetor. Entretanto, reconhece-se que a atividade econômica é o centro de convergência da sociedade pós-industrial²⁶⁷.

Hassemer, penalista alemão, é apontado nas pesquisas brasileiras como um dos principais críticos do desenvolvimento teórico-dogmático do Direito Penal Econômico e das mais diversas linhas de expansão do poder punitivo. Porém, mesmo esse doutrinador admitiu em escritos mais recentes a interface entre o Direito Penal e a Economia como algo necessário:

²⁶⁴ ORTIZ DE URBINA, Íñigo. Análisis Económico del Derecho y Política Criminal. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2004, p. 31-72.

²⁶⁵ ORTIZ DE URBINA, Íñigo. Análisis Económico del Derecho y Política Criminal. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2004, p. 31-72.

²⁶⁶ GARCIA, Rogério Maia. A sociedade do risco e a (in)eficiência do Direito Penal na era da globalização. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 5, n. 17, p. 77-104., jan./mar. 2005.

²⁶⁷ Em sentido semelhante: “Queremos demonstrar, com isso, que a atividade empresarial possui um poder evidente. As empresas, muitas vezes, acabam por tomar o lugar do Estado nas suas mais diversas atribuições. Em verdade, a atividade empresarial tornou-se o centro de convergência da vida social moderna. Os conglomerados empresariais detêm um grande poder de barganha para com os Estados nacionais, podendo, inclusive, vincular a implantação de empreendimentos em um determinado país ao recebimento de concessões e benefícios fiscais”. Cf.: GARCIA, Rogério Maia. A sociedade do risco e a (in)eficiência do Direito Penal na era da globalização. *Revista de Estudos Criminais*, 2005, p. 77-104.

Para el Derecho Penal la economía es un ámbito de regulación muy complejo. La economía tiene su propia razón, su propia plausibilidad, sus instrumentos e sus métodos. También tiene sus propias normas y sus propias vías para imponer sus normas. Por este motivo el Derecho Penal debe acercarse con respeto y cautela a la economía – más allá de la firmeza de sus convicciones y el compromiso con su tarea de regulación –. Eso significa lo siguiente para un Derecho Penal Económico: la concentración de la punibilidad a infracciones graves del Derecho; liberar y garantizar un ámbito principal, en el cual la economía puede seguir a su propia razón, y la implementación de procedimientos que permitan transparencia y control con anticipación a la lesión del bien jurídico y que estén garantizados por el Derecho Penal²⁶⁸.

Para Abanto Vásquez deve-se construir uma resposta lógica e razoável aos fenômenos observados e que até agora tem sido solucionados de forma infrutífera pelas ferramentas do Direito Penal tradicional²⁶⁹, apontando o segmento de autores que pretende uma aproximação com a AED.

Longe de discutir a contradição entre justiça e eficiência, entende-se que a AED permite, ao revés, aprofundar a compreensão da primeira e fazer uma conexão circular e estreita entre aquelas²⁷⁰.

As teorias de fundo econômico no âmbito penal permitem um nível de crítica interna ao Direito, não se tratando necessariamente de propugnar por uma substituição dos postulados valorativos²⁷¹, mas reconhecer e assumir que a funcionalidade do Direito Penal também permeia premissas e variáveis econômicas.

O Direito Penal é parte do entorno institucional que cumpre a função declarada de desincentivar as condutas lesivas²⁷². É necessário compreender a sua forma operativa como desestímulo de comissão de delitos. A questão central é justamente o

²⁶⁸ HASSEMER, Winfried. El fundamento del Derecho Penal Económico. *Revista de Derecho Penal*, Buenos Aires, n. 2, p. 119-135, 2013.

²⁶⁹ Segundo o autor: “Pero las «peculiaridades» del delito y del delincuente económico nos indican algo más (y esta es la conclusión principal del presente trabajo): la necesidad de un enfoque totalmente nuevo para tratar el problema. En el análisis y tratamiento legal (sancionador) del delito económico destacan elementos y pueden ser útiles conocimientos aportados por la economía (Análisis Económico del Derecho), la sociología (la teoría de sistemas) y el Derecho Penal (principios penales), entre otros, para tender a la creación de una especialidad jurídica apropiada a las características de los actores. Un nuevo «Derecho (sancionador) de las empresas» tiene que ser la respuesta lógica y razonable a los fenómenos observados y que hasta ahora han querido ser solucionados (infructuosamente) con las herramientas del Derecho Penal tradicional”. Cf.: ABANTO VASQUEZ, Manuel A. Hacia un nuevo Derecho Penal de las empresas: más allá de solución penal y meramente administrativa del delito económico. In.: *Revista Penal*, Valencia, n. 21, p. 3-23., jan. 2008.

²⁷⁰ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise Econômica do Direito*. Tradução Rachel Sztanj. Editora Atlas, 2015, p. 508.

²⁷¹ Mathis realça que também na Suíça, mais recentemente as considerações de ordem consequencialista tem influenciado as análises jurídicas. Cf.: MATHIS, Klaus. Consequentialism in Law. In.: *Efficiency, Sustainability, and Justice to Future Generations*, Volume 98.

²⁷² BERMEJO, Mateo. *Prevención y castigo del blanqueo de capitales*, 2009, p. 45.

limite normativo-valorativo das considerações de eficiência e como isso pode se dar²⁷³. A fundamentação epistemológica e crítica do Direito Penal, em suma, pode se dar também a partir de um ponto de vista econômico²⁷⁴.

Embora a aplicação da AED ao Direito Penal seja permeada por críticas negativas, importa realçar que esse método, ainda que de forma indesejada, tem sido aplicado no âmbito das políticas públicas²⁷⁵. E a política criminal que influencia os dois aspectos das soluções típicas (momento pré-codificador e o momento pós-codificador) e, por conseguinte, todo o aparato punitivo é uma espécie daquelas.

A AED possui uma vertente positiva e uma vertente normativa.

A AED positivo/descritivo permite identificar e quantificar os efeitos da lei sobre a base de variáveis mensuráveis. A criação de um tipo penal, com a correspondente sanção, tem o objetivo declarado de realizar um desincentivo para a realização de ditas condutas, o que pode acarretar certos efeitos sociais, deixar de produzi-los ou produzi-los em menor ou maior medida. A AED normativo/prescritivo apoia-se nos dados decorrentes da contribuição da AED positivo/descritivo para propor modificações no sistema jurídico com o objetivo de melhorá-lo²⁷⁶.

Na análise da AED positivo/descritivo importa a questão positiva de quais são os custos e os benefícios para o interveniente na atividade delitiva. Na análise normativo/prescritivo há referência aos custos e aos benefícios sociais, bem como à determinação de que as questões normativas contam como um custo ou benefício²⁷⁷.

No âmbito da AED positivo/descritivo, retoma-se a premissa de que as disciplinas sociais positivas apoiam-se de modo explícito ou implícito em algum tipo de modelo de conduta. A AED pretende possibilitar um aporte teórico através da formulação de hipóteses sobre como responderão os sujeitos aos incentivos oferecidos

²⁷³ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Eficiência e Direito Penal*. Trad. Maurício Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2004.

²⁷⁴ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Eficiência e Direito Penal*, 2004.

²⁷⁵ No entendimento de Ortiz de Urbina: “Cuando se libera de ciertas exageraciones, sin embargo, el análisis económico funciona como una importante herramienta para la elaboración de políticas públicas en materia político-criminal, como demuestra la sorprendentemente reciente utilización de los análisis coste eficacia y coste-beneficio en la evaluación de las medidas de prevención del delito”. Cf.: ORTIZ DE URBINA, Íñigo. Análisis económico y delito: lo que hay y lo que puede haber. In.: *Economía industrial*, n. 398: Análisis Económico del Derecho, p. 55-64. Madrid: Ministerio de Industria, Energía y Turismo, 2015, p. 55-64.

²⁷⁶ BERMEJO, Mateo. *Prevención y castigo del blanqueo de capitales*, 2009, p. 45.

²⁷⁷ BERMEJO, Mateo. *Prevención y castigo del blanqueo de capitales*, 2009, p. 58.

pelo ordenamento jurídico²⁷⁸. Na variante normativo/prescritivo, a AED é geralmente associada ao conceito de eficiência²⁷⁹.

A eficiência perpassa por vários âmbitos das atividades empresariais²⁸⁰.

Desde uma perspectiva do dever-ser, o objetivo de aplicação da lei por parte do Estado é minimizar o dano social agregado da atividade criminal²⁸¹. Segundo a AED, o delito é obviamente um ato socialmente indesejado.

Com o aporte teórico da AED, compreende-se o crime, no plano abstrato, como um ato ineficiente que causa desequilíbrios de mercado. E o crime que traz em si uma matriz econômica tem esse aspecto profundamente alargado. Já no plano concreto, a qualificação do crime como ato ineficiente dependerá de variáveis outras, tais como: a relação com o bem jurídico-penal subjacente e o intento manifesto (e/ou oculto) que se pretende realizar por meio do tipo.

É exatamente por isso que cabe supor que as ações²⁸² dos indivíduos consistam, basicamente, em eleger uma dentre muitas possibilidades²⁸³.

Assim, acolhe-se o entendimento de que a AED normativo/prescritivo permite direcionar a análise do princípio da eficiência tendo em conta os benefícios sociais esperados com a conduta e os custos sociais causados por ela²⁸⁴.

O princípio da eficiência evidencia os custos sociais produzidos pelo delito e as medidas que são adotadas para a sua prevenção e repressão no âmbito inicial da

²⁷⁸ ORTIZ DE URBINA, Íñigo. Análisis Económico del Derecho y Política Criminal. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2004, p. 31-72.

²⁷⁹ ORTIZ DE URBINA, Íñigo. Análisis Económico del Derecho y Política Criminal. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2004, p. 31-72.

²⁸⁰ Mackaay e Rousseau ensinam, inclusive, que a eficiência permeia os arranjos das empresas: “Cada uma das formas de empresa estabelece arranjos contratuais diferentes. A eficiência desses arranjos contratuais para a redução dos custos de agência varia em função da complexidade da empresa. Essa eficiência variável permite explicar a coexistência de diferentes formas de empresas”. Cf.: MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise Econômica do Direito*, 2015, p. 534. O grau de eficiência deve considerar os graus de complexidade dos arranjos empresariais.

²⁸¹ BERMEJO, Mateo. *Prevención y castigo del blanqueo de capitales*, 2009, p. 59.

²⁸² A palavra foi usada em sentido comum.

²⁸³ CALSAMIGLIA, Xavier. Racionalidad individual y colectiva: mecanismos jurídicos y económicos de articulación. Edición digital a partir de *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 13 (1993), p. 1993, p. 69-88. Nas palavras do autor: El punto de partida de la visión del economista es que las partículas elementales del universo económico son los individuos que interaccionan entre sí mediante relaciones de intercambio. Las acciones de los individuos consisten básicamente en elegir una de entre muchas alternativas posibles. Se supone que el principio de racionalidad informa esa conducta, en el sentido de que dicha elección se efectúa de acuerdo con unas preferencias que ordenan todas las alternativas imaginables. De este modo, se dice que una conducta es racional si existe un orden de preferencias que explique las elecciones del individuo. La «racionalidad» o el origen de las preferencias mismas no se cuestiona. Cada individuo, en tanto que «homo economicus», queda pues caracterizado por unos recursos iniciales (es decir, un conjunto de bienes), un orden de preferencias y una tecnología que determina sus posibilidades de transformar unos recursos en otros.

²⁸⁴ BERMEJO, Mateo. *Prevención y castigo del blanqueo de capitales*, 2009, p. 59.

criação típica (momento pré-codificador)²⁸⁵. O seu papel dogmático é demonstrado também após o ingresso do tipo penal no ordenamento (momento pós-codificador).

Neste trabalho, demonstra-se que, enquanto recurso teórico, o princípio da eficiência é capaz de contribuir para a racionalidade da incriminação, somando-se a outros conceitos da teoria do delito, como o de bem jurídico-penal que, corretamente entendido, pode mesmo desempenhar uma função de garantia do cidadão diante da intervenção penal.

Com Alexy, pode-se afirmar que os princípios são espécies de normas²⁸⁶. Ao contrário das regras, que também integram o gênero das normas, os princípios podem estar expressos ou implícitos²⁸⁷. Na teoria do autor, os princípios exigiriam a realização de algo na maior medida possível, dentro das possibilidades fáticas existentes²⁸⁸.

A presente tese, no entanto, parte da distinção entre princípios e regras nos termos propostos por Humberto Ávila. Os princípios são normas imediatamente finalísticas, estabelecendo um fim a ser alcançado e “instituem o dever de adotar comportamentos necessários à realização de um estado de coisas ou, inversamente, instituem o dever de efetivação de um estado de coisas pela adoção de comportamentos a ele necessários”²⁸⁹:

²⁸⁵ BERMEJO, Mateo. *Prevención y castigo del blanqueo de capitales*, 2009, p. 59.

²⁸⁶ Segundo o autor: “Princípios são, tanto quanto as regras, razões para juízos concretos de dever-ser, ainda que de espécie muito diferente. A distinção entre regras e princípios é, portanto, uma distinção entre duas espécies de normas”. Cf.: ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5 ed. alemã. 2 ed. 4 tir. São Paulo: Editora Malheiros, 2015, p. 87.

²⁸⁷ “O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas”. Cf.: ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, 2015, p. 90.

²⁸⁸ “Princípios exigem que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Nesse sentido, eles não contêm um mandamento definitivo, mas apenas *prima facie*. Da relevância de um princípio em um determinado caso não decorre que o resultado seja aquilo que o princípio exige para esse caso. Princípios representam razões que podem ser afastadas por razões antagônicas. A forma pela qual deve ser determinada a relação entre razão e contrarrazão não é algo determinado pelo próprio princípio. Os princípios, portanto, não dispõem da extensão de seu conteúdo em face dos princípios colidentes e das possibilidades fáticas”. Cf.: ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, 2015, p. 103-104. Em relação ao caráter *prima facie* dos princípios, o autor assim expõe: “O caráter *prima facie* dos princípios pode ser fortalecido por meio da introdução de uma carga argumentativa a favor de determinados princípios ou de determinadas classes de princípio. (...). Em si mesmos, princípios nunca são razões definitivas”. Cf.: ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, 2015, p. 105-108.

²⁸⁹ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4 ed. rev. 3 tir. São Paulo: Editora Malheiros, 2005, p. 72. Segundo o autor, os princípios, embora relacionados a valores, não se confundem com eles: “Os princípios relacionam-se aos valores na medida em que o

As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente subjacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos. Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção²⁹⁰.

Em relação ao Direito Penal brasileiro, a aplicação do princípio da eficiência pode ser fundamentada na própria CRFB/88. Embora essa diretriz não se encontre expressa no texto constitucional, pode ser depreendida do art. 3º, que alude à dignidade humana como fundamento da República Federativa do Brasil, bem como do modelo de Estado Democrático de Direito nela consagrado, e do art. 5º, *caput*, que prevê a inviolabilidade dos direitos fundamentais, entre eles a liberdade.

De forma original, propõe-se o aproveitamento do princípio da eficiência no âmbito das criminalizações primária e secundária.

Considerando que o trabalho insere-se na dogmática jurídico-penal, propõe-se a aplicação do princípio da eficiência na esfera normativa. Refere-se à contribuição que ele pode prestar para a racionalidade da intervenção penal no âmbito do dever-ser. O princípio da eficiência é aqui entendido conforme propõe Silva Sánchez e Bermejo.

Segundo Silva Sánchez, “como es sabido, se manejan al respecto conceptos diversos, siendo usual la contraposición de los de Pareto y Kaldor-Hicks”²⁹¹. Para o autor, com efeito, quando se fala de eficiência em Direito Penal a primeira consideração refere-se à “aquella conducta cuyos beneficios globales (sociales) superan a los costes, con independencia de que estos costes recaigan sobre alguien en concreto y, en esa medida, le perjudiquen”²⁹². Os problemas de conciliação do princípio da eficiência

estabelecimento de fins implica qualificação positiva de um estado de coisas a promover. No entanto, enquanto os princípios se situam no plano deontológico e, por via de consequência, estabelecem a obrigatoriedade de adoção de condutas necessárias à promoção gradual de um estado de coisas, os valores situam-se no plano axiológico ou meramente teleológico e, por isso, apenas atribuem uma qualidade positiva a determinado elemento”. Cf.: ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 2005, p. 72.

²⁹⁰ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 2005, p. 70.

²⁹¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Eficiencia y Derecho Penal*, 1996, p. 96.

²⁹² SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Eficiencia y Derecho Penal*, 1996, p. 96. Ainda segundo o autor: A partir de ahí, el análisis económico del Derecho penal sostiene que los destinatarios de éste son sujetos racionales, que, también en su actuación delictiva, obran siguiendo consideraciones de eficiencia, esto es, calculando los costes y beneficios que cada acción les reporta.

(análise de custo e benefício) com as garantias do Direito Penal apresentam-se em duplo nível: se a eficiência pode abrigar em seu seio tais garantias e, se assim não for, ou, pelo menos não totalmente, se a eficiência pode ser limitada por outros princípios.

Para Bermejo, “la eficiencia es un valor que integra el concepto de justicia, pero ésta de ningún modo se agota en aquélla”²⁹³.

Bermejo conclui que há duas expressões importantes para a prática da ideia de eficiência. Uma delas reflete o sentido normativo-ético, referindo-se ao Ótimo de Pareto/Kaldor-Hicks. Outra via remete à eficiência de custos, que reflete o sentido técnico oriundo da racionalidade instrumental²⁹⁴.

As análises de custo-benefício, conforme entendem Silva Sánchez e Bermejo, devem ocorrer no âmbito de toda a dinâmica penal. A intervenção penal deve ser realizada apenas quando for imprescindível para a proteção de um determinado valor da sociedade, associando-se aos direitos e garantias individuais.

O princípio da eficiência, na aludida concepção, exige o atendimento ao princípio da maximização dos fins e/ou ao princípio da minimização dos meios. Ainda segundo Bermejo, em algumas instâncias a AED opera com o critério normativo-ético, mas o critério mais utilizado é o normativo-técnico, sendo, portanto, dominante a ideia de eficiência de custos²⁹⁵.

A análise de custo-benefício, na visão do autor, permitiria operacionalizar a persecução da eficiência com o fim social e suas relações com a equidade, a justiça e os direitos individuais²⁹⁶. É justamente a proposta da presente tese.

É possível que haja uma disfunção social real que precise ser resolvida através do aparato de Direito Penal. No entanto, o efeito prático decorrente da intervenção penal pode causar mais violência do que a tolerância da disfunção, o que demonstra que o objetivo das análises de custo-benefício mediadas pela eficiência não foi atendido. Nesse caso, o custo da intervenção penal não terá sido proporcional à sua tolerância ou à sua resolução pelos outros ramos do Direito.

²⁹³ BERMEJO, Mateo. *Prevención y castigo del blanqueo de capitales*, 2009, p. 534.

²⁹⁴ BERMEJO, Mateo. *Prevención y castigo del blanqueo de capitales*, 2009, p. 30. Embora o conceito já tenha sido explicado, cabe retomar seu teor: “(...) se actúa eficientemente cuando: a) con los medios de los que se dispone se satisface la máxima cantidad de fines; es decir, se tasan los medios y se maximizan los fines (principio de maximización), o alternativamente cuando b) se obtiene uno o unos fines con el menor coste posible; es decir, se tasan los fines y se minimizan los medios precisos para conseguirlos (principio de minimización)”.

²⁹⁵ BERMEJO, Mateo. *Prevención y castigo del blanqueo de capitales*, 2009, p. 30.

²⁹⁶ BERMEJO, Mateo. *Prevención y castigo del blanqueo de capitales*, 2009, p. 44.

Em síntese, a noção de eficiência ora acolhida tem aptidão para auxiliar a efetivação de um Direito Penal mínimo, que tende a ser mais eficiente.

Em relação à atividade do legislador penal, o princípio da eficiência pode contribuir na seleção das condutas que justificam criminalização, pois todo o crime há de ser uma conduta ineficiente.

Aplicando-se a concepção de eficiência escolhida, o princípio pode capacitar a função de crítica da intervenção penal, demonstrando que a mera criminalização de condutas não é o fator decisivo para um Direito Penal eficiente. Da mesma maneira, pode evidenciar que o simples aumento da gravidade da pena (em seus aspectos qualitativos e quantitativos) não tem aptidão para aquele objetivo.

Nos dois planos, essa atividade ocorrerá através de um juízo de prognose póstuma, em que serão analisados os efeitos abstratamente pretendidos pela incriminação e aqueles que concretamente têm sido produzidos.

Quanto à atividade judicial, o juiz haverá de decidir os casos concretos com observância também do princípio da eficiência, sendo possível inferir que isso contribui para corrigir a atuação do legislador.

Assim, há dois eixos para a aplicação do princípio da eficiência no Direito Penal. Sob o eixo negativo, pretende-se: a) impedir a criação de tipos penais; e, b) excluir tipos penais já existentes. Sob o eixo positivo, pretende-se: a) permitir a criação de tipos penais; e, b) possibilitar a (re)interpretação dos tipos penais.

Nas duas esferas, em suma, o princípio da eficiência poderá ser um recurso teórico de crítica doutrinária às atuações legislativa e judicial.

Salienta-se que proposta orienta-se pela via metodológica de inclusão da obediência ao princípio da eficiência como um dos pressupostos da tipificação penal afastando-se da investigação exclusivamente econométrica.

Assim, torna-se importante estudar a teoria da tipicidade penal. Antes, porém, a fim de contextualizar o tema, vai-se discorrer a respeito do custo da criminalidade econômica, bem como sobre a intervenção penal em matéria econômica no Brasil: as suas primeiras manifestações e estado atual.

Ainda de maneira preliminar, aborda-se, a importante questão do conceito de bem jurídico e sua aplicação à criminalidade econômica.

5.1 Do custo da criminalidade econômica e do crime como ato ineficiente

O custo da criminalidade econômica é um fator de extrema importância no estudo do Direito Penal²⁹⁷.

Entende-se que o Direito e a Economia devem ser vistos como um todo indiviso, como verso e reverso²⁹⁸. A atividade econômica é a administração da escassez e a Economia é o estudo científico dessa atividade²⁹⁹, ou seja, do comportamento humano e das relações e fenômenos decorrentes que se estabelecem em sociedade³⁰⁰.

Segundo Nusdeo, o conceito de Economia surge quando se conjugam duas observações cruciais decorrentes da vivência cotidiana: as necessidades, que são em grande número e que se expandem indefinidamente, e os recursos para o seu atendimento, que são, em maior ou menor grau, finitos, escassos³⁰¹. Quanto mais escassos os bens e aguçados os interesses sobre eles, maior a quantidade e diversidade de normas se fazem necessárias para o equilíbrio de tais interesses³⁰².

A Economia distingue-se em dois aspectos: a) a Economia Positiva, que se refere ao corpo sistematizado de conhecimentos sobre os fenômenos; e, b) a Economia Normativa, responsável por examinar a conveniência ou inconveniência de determinadas condutas alcançar os fins econômicos buscados³⁰³.

Para Amartya Sen, “a Economia, como ela emergiu, pode tornar-se mais produtiva se der uma atenção maior e mais explícita às considerações éticas que moldam o comportamento e o juízo humano”³⁰⁴.

Os mercados financeiros são indispensáveis para o elo entre o capitalismo e os processos produtivos. E, claro, influenciam a criação típica. Com isso, são também responsáveis pelo aumento da ineficiência intrínseca do Direito Penal. Para Bauman, são eles responsáveis pela instabilidade e vulnerabilidade das relações no capitalismo³⁰⁵:

²⁹⁷ No mesmo sentido, FISCHER, Douglas. O custo social da criminalidade econômica. *Inovações no Direito Penal Econômico: contribuições criminológicas, político criminais e dogmáticas*. Organizador: Artur de Brito Gueiros Souza. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2011, p. 17-44.

²⁹⁸ NUSDEO, Fábio. *Curso de Economia: introdução ao Direito Econômico*, 2005, p. 32.

²⁹⁹ NUSDEO, Fábio. *Curso de Economia: introdução ao Direito Econômico*, 2005, p. 30.

³⁰⁰ No mesmo sentido: Cf.: POSNER, Richard. *Economic Analysis of Law*, 1992, p. 3-4.

³⁰¹ NUSDEO, Fábio. *Curso de Economia: introdução ao Direito Econômico*, 2005, p. 30.

³⁰² NUSDEO, Fábio. *Curso de Economia: introdução ao Direito Econômico*, 2005, p. 32.

³⁰³ ROJAS, Ricardo Manuel. Un acercamiento al Análisis Económico del Derecho Penal Económico. In.: RUBINSKA, Ramiro M; ALMENAR, Daniel Schurjin. *Derecho Penal Económico*, 2010, p. 323-339.

³⁰⁴ SEN, Amartya. *Sobre Ética e Economia*, 1999, p. 10.

³⁰⁵ Segundo o autor: “O desafio da atualidade, porém, alcança um nível mais profundo: os mercados financeiros não são um empregador em massa, mas o elo indispensável e talvez decisivo da "cadeia alimentar" de todos os empregadores, reais ou potenciais. Qualquer analogia entre ressuscitar uma

Os governos podem tentar afastar a parte que ocupam no globo das tendências globais e das condições globais de comércio, mas a eficácia das medidas à sua disposição tem vida curta, enquanto os efeitos a longo prazo correm o risco de ser enormemente contraproducentes. O "espaço de fluxos" global, como Manuel Castells memoravelmente o chamou, continua, teimoso, fora do alcance das instituições confinadas ao "espaço local", incluindo os governos dos Estados. Todas as fronteiras políticas são porosas demais para garantir que as medidas aplicadas no interior do território de um Estado se mantenham imunes aos fluxos de capital determinados a reverter a finalidade pretendida para o exercício desse Estado³⁰⁶.

Segundo Amartya Sen, “a liberdade de entrar em mercados pode ser, ela própria, uma contribuição importante para o desenvolvimento, independente do que o mecanismo de mercado possa fazer ou não para promover o crescimento econômico ou a industrialização”³⁰⁷.

No entanto, o papel do Estado mudou quanto à gestão do crédito³⁰⁸. Se antes ele orientava-se por assegurar as condições indispensáveis para a obtenção dos instrumentos econômicos necessários para autodeterminação individual, na atualidade, o Estado tem o intento de assegurar a mera continuidade e disponibilidade de crédito necessário para girar os processos produtivos. E isso não parece ser um engano³⁰⁹.

indústria faminta pela falta de demanda e "recapitalizar" instituições financeiras que ficaram sem recursos para financiar empréstimos parece ilusória e superficial. Como Hyman Minsky observou duas décadas atrás, os mercados financeiros têm a maior parcela de responsabilidade pela incurável tendência do capitalismo para produzir e reproduzir sua própria instabilidade e vulnerabilidade. Como Paul Wooley observou há pouco, o tamanho exorbitante, alcançado nos últimos anos, pelas agências puramente financeiras e não produtivas é uma função da "visão de curto prazo ou do efeito de momento nas bolsas", uma tendência dos mercados de ações que é impossível de conter e difícil de mitigar”. Cf.: BAUMAN, Zygmunt. *Vida a crédito: conversas com Citlali Rovirosa-Madrado*. Tradução Alexandre Werneck. Rio de Janeiro, 2010, p. 44.

³⁰⁶ BAUMAN, Zygmunt. *Vida a crédito*, 2010, p. 45.

³⁰⁷ SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Tradução: Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p. 21.

³⁰⁸ BAUMAN, Zygmunt. *Vida a crédito*, 2010, p. 37: “Para manter vivo o capitalismo, não era mais necessário "remercadorizar" o capital e o trabalho, viabilizando assim a transação de compra e venda deste último: bastavam subvenções estatais para permitir que o capital vendesse mercadorias e os consumidores as comprassem. O crédito era o dispositivo mágico para desempenhar (esperava-se) esta dupla tarefa. E agora podemos dizer que, na fase líquida da modernidade, o Estado é "capitalista" quando garante a disponibilidade contínua de crédito e a habilitação contínua dos consumidores para obtê-lo”.

³⁰⁹ Conceito de funcionário público para fins penais, constante no art. 327, CP: “Art. 327 - Considera-se funcionário público, para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública. § 1º - Equipara-se a funcionário público quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, e quem trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública. (Incluído pela Lei nº 9.983, de 2000). § 2º - A pena será aumentada da terça parte quando os autores dos crimes previstos neste Capítulo forem ocupantes de cargos em comissão ou de função de direção ou assessoramento de órgão da administração direta, sociedade de economia mista, empresa pública ou fundação instituída pelo poder público. (Incluído pela Lei nº 6.799, de 1980)”.

Para Ripollés é incongruente que “el control decisional haya quedado confinado al ámbito de aplicación del Derecho, mientras que su proceso de creación haya conseguido eludir hasta el momento cualquier control material, y la formal, digno de mención”³¹⁰.

A delinquência econômica gera custos econômicos e não econômicos³¹¹. Quanto a estes últimos, igualmente relevantes, importa ressaltar os custos políticos e sociais das estratégias político-criminais dirigidas a afrontá-las. Neste último estariam os custos em matéria de garantias processuais e custos em matéria de tutela penal³¹².

Na análise dos custos do comportamento humano, a AED, que possui base sociológica próxima ao realismo jurídico³¹³, traz contribuições importantes.

O tecido teórico da AED permite analisar também o custo da incriminação. A conduta criminosa, de um lado, gera benefícios para quem dela usufrui e, por outro, externaliza para demais agentes os custos desse desequilíbrio. O eixo central passa a ser a ineficiência de uma determinada conduta. O crime é um ato ineficiente por impactar o processo produtivo e servir de fator de violência social desnecessária. Posner acrescenta que apenas uma séria falha operacional do mercado (a ponto de tornar possível o aumento da riqueza da sociedade por meio da coerção, que é por si só, dispendiosa), justificaria a coerção³¹⁴.

A AED permite ir além do substrato crítico que investiga o valor simbólico das normas e dos institutos penais.

Para Lara, a AED “tem como pressuposto a ideia de que o Direito é instrumento para conseguir fins sociais, sendo que o fim a conseguir é o da eficiência econômica”. Avança-se para incluir as considerações de eficiência como um qualificativo ou atributo inerente a qualquer incriminação. Segundo o autor, “a função do Direito desloca-se do estabelecimento de um parâmetro meramente moral de ação

³¹⁰ RIPOLLÉS, José Díez. *La racionalidad de las leyes penales*, 2013, p. 13-16.

³¹¹ Dentre os custos econômicos, cabe mencionar que a brecha legislativa no delito fiscal supera quinze por cento do total de impostos em países como a Grã-Bretanha. Cf.: TERRADILLOS BASOCO, Juan María. *Derecho Penal, sistema económico y empresa*. In.: GARCÍA FALCONÍ, Ramiro. *Derecho Penal Económico*. Tomo I. 1. Ed. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2012, p. 140.

³¹² TERRADILLOS BASOCO, Juan María. *Derecho Penal, sistema económico y empresa*. In.: GARCÍA FALCONÍ, Ramiro. *Derecho Penal económico*, 2012, p. 140-147.

³¹³ Para Barzotto “o realismo, a realidade designada pelo texto da lei consiste em uma relação. A relação faz parte do real, segundo a tábua das categorias de Aristóteles, ao lado de outros “modos de ser”, como quantidade, qualidade, lugar, etc. Assim, enunciados como: “A baleia é mais pesada que a formiga”, ao referir uma relação, nos informa algo sobre o mundo, pois a relação integra o real. Cf.: BARZOTTO, Luis Fernando. Razão de Lei: contribuição a uma teoria do princípio da legalidade. *Revista DireitoGV*, volume 3, 2007, p. 219-260.

³¹⁴ POSNER, Richard A. *A Economia da Justiça*, 2010.

para um parâmetro de equilíbrio entre forças da demanda e da eficiência econômica”³¹⁵. Isso não significa que aspectos valorativos devam ser afastados, já que “a eficiência é compatível com uma situação de injustiça distributiva [e], por isso, a justiça distributiva é colocada como um objetivo adicional na consecução da eficiência”³¹⁶. Os direitos fundamentais são limites externos mínimos à eficiência.

A AED revela-se adequada para a dogmática penal criadora na sociedade contemporânea³¹⁷ à medida que permite uma análise do Direito e da incriminação para além das barreiras morais e valorativas pré-fixadas, que não são abandonadas³¹⁸.

Avança-se no postulado comum que se enraizou na doutrina brasileira de que a missão do Direito Penal é proteger bens jurídicos³¹⁹, o que cada vez mais se mostra inapto para frear a hipertrofia penal.

5.2 Da criminalidade econômica no Brasil: dos antecedentes mais remotos à hipertrofia atual

Para Lyra, a proibição do emprego da usura nas Ordenações Filipinas é uma manifestação remota da intervenção penal nas relações econômicas no Brasil³²⁰. A

³¹⁵ LARA, Fabiano T. de R. A Análise Econômica do Direito como método e disciplina. *Revista da Associação Mineira de Direito e Economia*, v. 1, p. 004, 2009. Para GRAU, “os agentes econômicos, no interior, de um mercado extremamente complexo, no qual o ganho voltado à acumulação de capital joga um papel preponderante, necessitam de uma justiça e de uma administração cujo funcionamento possa ser, em princípio, calculado racionalmente”. GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 31.

³¹⁶ SCHÄFER, Hans-Bernd; OTT, Claus. *Manual del Análisis Económico del Derecho Civil*. Trad. Macarena Von Carstenn-Lichterfelde. Madrid: Tecnos, 1991, *apud*, LARA, Fabiano T. de R. A Análise Econômica do Direito como método e disciplina. *Revista da Associação Mineira de Direito e Economia*, 2009. Cf.: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Eficiência e Direito Penal*, 2004, p. 23-59: “que no ‘cálculo’ do delinquente potencial não entram apenas aspectos econômicos, mas também valorativos que podem desempenhar algum papel”. Cf.: POSNER, Richard. *A Economia da Justiça*, 2010, p. XIV.

³¹⁷ Vocábulo usado em sentido vulgar.

³¹⁸ Para Ferrajoli na tradição do constitucionalismo democrático, as necessidades e os interesses vitais das pessoas estipulados como merecedores de tutela têm sido expressados quase sempre sob a forma de direitos fundamentais. Paralelamente, foram, sobretudo, os direitos fundamentais os que delinearam o sistema de limites e vínculos substanciais aos poderes públicos denominados “esfera do decidível”, formada por aquilo que a nenhum poder, nem mesmo à maioria, é consentido decidir ou não decidir. Cf.: FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. 3. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 49.

³¹⁹ Nesse sentido: ROXIN, Claus. *A Proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*. Org. e trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

³²⁰ LYRA, Roberto. *Criminalidade econômico-financeira*. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 7.

repressão ao abuso do poder econômico, disciplinada pelo Decreto-Lei n. 869, de 1938, também é um antecedente longínquo³²¹.

Outro momento importante nessa evolução foi a Lei n. 4.595, de 1964, conhecida como “Lei de Reforma Bancária”, pois a mesma foi responsável por impor novo regramento normativo ao sistema financeiro. Objetivou-se adequar a economia brasileira às regras da ordem econômica mundial que se desenhava naquele período. Até 1960, o desenvolvimento do sistema financeiro nacional era incipiente e insuficiente. A competitividade e a integração à economia global ficavam comprometidas³²².

Após a Lei n. 4.595, de 1964, intensificam-se os compromissos internacionais para a proteção, mediante a intervenção penal, de aspectos de cunho notadamente econômico. Observa-se o acerto da perspectiva descritiva por Bauman acerca da porosidade das fronteiras estatais para a circulação de bens e para os processos produtivos.

Sem exaurir o tema, alguns diplomas internacionais devem ser citados.

³²¹ Conforme Lyra: “Na parte relativa ao abuso do poder econômico, o Decreto-lei nº 869, de 18 de novembro de 1938, teve como fontes, além da legislação federal norte americana, o projeto argentino do Código Penal Coll-Goméz (1937) e o projeto alemão de novo Código Penal da mesma época. O projeto argentino atribuía caráter delituoso à ‘formação de convênio, pacto, combinação, amálgama ou fusão de capitais tendentes a estabelecer o monopólio e lucrar com ele, num ou mais ramos de produção, do tráfego terrestre, fluvial ou marítimo ou do comércio interior ou exterior, numa localidade ou em várias, ou em todo o território nacional sem que seja necessária a realização dessa finalidade. A comissão de reforma do Código Penal alemão propusera, então, definições de primeira necessidade, à provocação de carestia, ao açambarcamento de qualquer espécie de matérias-primas, produtos industriais ou agrícolas e meios de produção, com o fim de dominar o mercado, à ofensa a qualquer preceito de economia planificada, à provocação dolosa de alta dos preços, aos abusos de ‘ligas’ de preços, ao processo de ‘cadeias’ (o Kettenhandeln), à difusão de afirmações falsas ou deturpadas em matéria de fatos capazes de influir sobre os preços do mercado ou da bolsa de mercadorias ou títulos, às indicações, conscientemente inexatas, em prospectos ou em comunicações, anúncios ou avisos, para subscrição, compra ou venda de títulos ou quotas de sociedade, à publicação ou omissão de notícias que influam sobre os preços, com o fim de oferecer, prometer, assegurar ou exigir, para si ou terceiros, um pagamento em contraste com a prestação feita”. Cf.: LYRA, Roberto. *Criminalidade econômico-financeira*, 1978, p. 38-39.

³²² Segundo Florenzano, “[...] o sistema financeiro nacional apresentava-se fechado ao setor externo, com uma situação em que predominavam as instituições financeiras oficiais, notadamente o Banco do Brasil S/A, a Caixa Econômica e os demais bancos estaduais, seguidas por bancos nacionais privados, sendo que a participação do capital estrangeiro podia considerar-se irrisória. Havia, pois, baixa exposição à concorrência por parte das instituições que atuavam num mercado protegido e pouco competitivo, em que a principal fonte de receitas dos bancos era decorrente das altas taxas de inflação e da chamada “ciranda financeira”. Hoje, o sistema está mais aberto à participação do capital estrangeiro, sendo que os bancos estrangeiros, por intermédio de aquisições, fusões e aquisições, já conquistaram uma fatia significativa de mercado. Os bancos estaduais foram privatizados. Aumentou a participação das grandes instituições, aumentando, também, a concentração de mercado. As receitas decorrentes da inflação praticamente desapareceram, reduzindo os ganhos e a participação do setor financeiro em relação aos demais da economia. Além disso, houve inúmeros e significativos avanços tecnológicos, entre os quais destacamos os caixas eletrônicos e o novo Sistema de Pagamentos Brasileiro (SPB)”. Cf.: FLORENZANO, Vincenzo D. *Sistema financeiro e responsabilidade social: uma proposta de regulação fundada na teoria da justiça e na análise econômica do direito*. São Paulo: Texto Novo, 2004, p. 127.

A Convenção da Organização das Nações Unidas - ONU contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e de Substâncias Psicotrópicas, conhecida como “Convenção de Viena”, de 20 de dezembro de 1988, foi referendada pelo Brasil em 1991 (Decreto 154, de 26.6.91, DOU 27.6.91, aprovada pelo Dec. Legislativo 162, de 14.6.91, DO 17.6.91). Referida Convenção já trazia, em seu art. 3, b, a obrigação de incriminar a lavagem de dinheiro, sendo os valores gerados pelo tráfico ilícito de drogas o foco inicial³²³.

Esse diploma influenciou a Lei n. 11.343, de 2006 (Lei de Drogas) e a Lei n. 9.613, de 1998 (Lei de “lavagem de dinheiro”).

Ainda na temática relacionada ao tráfico de drogas, cabe ressaltar a Convenção Única de Nova Iorque sobre Entorpecentes (1961) e a Convenção sobre as Substâncias Psicotrópicas (1971), ambas firmadas pelo Brasil.

A Convenção das Nações Unidas sobre o Crime Organizado Transnacional, adotada em Nova Iorque em 15 de novembro de 2000, também conhecida como “Convenção de Palermo”, entrou em vigor no Brasil, por meio do Decreto Legislativo 231, de 29 de maio de 2003, e do D. 5.015, de 12 de março de 2004. Influencia diretamente a edição da Lei 12.850, de 2013, que trata da organização criminosa e dispõe sobre o procedimento criminal.

A Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, nominada como “Convenção de Mérida”, entrou em vigor no Brasil, através do Decreto Legislativo 348, de 18 de maio de 2005, e do D. 5.687, de 31 de janeiro de 2006.

A “Convenção de Palermo” e a “Convenção de Mérida” reconhecem uma relação entre a corrupção do poder público, o crime organizado e a lavagem de dinheiro, dada a transnacionalidade que podem alcançar na sociedade da segunda modernidade.

Assinala-se que o cenário econômico no Brasil nos anos noventa do século passado era dos piores, sendo necessárias mudanças para superar a estagnação³²⁴.

³²³ BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Crimes federais*. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 1021. Antes desse diploma pode-se mencionar, todavia, a “Recomendação do Comitê de Ministros do Conselho da Europa, de 1980”, para atuar contra atos de violência criminal provenientes de “assalto e rapto”, o que ocorria a partir da identificação de clientes em certas operações e do estabelecimento de mecanismos de cooperação de informações através do controle de numerário.

³²⁴ Nesse sentido, elucida Florenzano, nos seguintes termos: “ao final da década de 80, época da edição da Constituição, o país vivia um momento de transição política, saindo de um longo período de ditadura militar, em que a situação econômica era das mais caóticas. O modelo de industrialização calcado na substituição de importações parecia ter esgotado as suas forças, as fontes de financiamento externas e internas também davam sinais claros de esgotamento e, para piorar as coisas, sofríamos um processo inflacionário crônico e ascendente que ameaçava chegar à hiperinflação e, conseqüentemente, à total desorganização do sistema produtivo. Vivíamos a conjuntura econômica batizada pelos economistas com o termo “estagnação”, estagnação do crescimento econômico com inflação elevada, que é o pior dos mundos, ou seja, o cenário econômico mais desfavorável. Portanto, mudanças profundas eram

Atualmente, pode-se dizer que a intervenção penal na atividade econômica, no Brasil, faz-se, sobretudo, por meio de legislação extravagante. Dentre os mencionados diplomas legais deve-se referir: a) Lei 7.492, de 1986; b) Lei 8.137, de 1990; c) Lei 9.605, de 1998; d) Lei 9.613, de 1998; e, e) Lei 11.343, de 2006³²⁵.

A Lei 7.492, de 1986, trata dos crimes contra o sistema financeiro nacional.

A maioria dos pesquisadores considera que ela se originou do Projeto de Lei n. 273, de 1983 (a partir da iniciativa da Câmara dos Deputados). O projeto mencionado foi apresentado com a justificativa de representar “velha aspiração das autoridades e do povo no sentido de reprimir as constantes fraudes observadas no sistema financeiro nacional”; seguia a “linha tradicional do Direito Penal vigente” e teria aptidão para modificar o cenário punitivo voltado para a “punição de ladrões de galinha”³²⁶.

O bem jurídico-penal tradicionalmente apontado é o sistema financeiro nacional. Trata-se de um valor supraindividual e que congrega o conjunto de instituições financeiras cuja função é “promover o desenvolvimento equilibrado do País e servir aos interesses da coletividade”, conforme previsão do art. 192 da CRFB/88³²⁷.

Para Prado, o bem jurídico protegido é “o sistema financeiro nacional consistente no conjunto de instituições (monetárias, bancárias e sociedades por ações) e do mercado financeiro (de capitais e valores mobiliários)”³²⁸.

Já Pimentel entende que o sistema financeiro nacional é bem, serviço e interesse da União³²⁹.

Tórtima segue essa linha, ao preconizar que referido subsistema da ordem econômica é indispensável à eficiente execução da política econômica do país³³⁰.

imprescindíveis e não poderiam deixar de passar por uma reforma ou reestruturação do sistema financeiro nacional”. Cf.: FLORENZANO, Vincenzo D. *Sistema financeiro e responsabilidade social*, 2004, p. 120.

³²⁵ Neste sentido: “Os crimes contra a ordem tributária são espécie de crimes econômicos, ao lado dos crimes contra a economia popular (Lei 1.521/51), contra o sistema financeiro nacional (LCSFN), contra o consumidor (CDC) e as relações de consumo (Lei 8.137, art. 7º) e a ordem econômica (Lei 8.137, arts. 4º a 6º, e Lei 8.176/90)”. Cf.: BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Crimes federais*, 2014, p. 747.

³²⁶ BRASIL. Diário do Congresso Nacional (Seção I). Edição de 25 de março de 1983, p. 1018-1019.

³²⁷ BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Crimes federais*, 2014, p. 542.

³²⁸ PRADO, Luiz Regis. *Direito Penal Econômico: ordem econômica, relações de consumo, sistema financeiro, ordem tributária, sistema previdenciário, lavagem de capitais*. 2 ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 170-171. De acordo com ele: “Tem por objetivo gerar e intermediar crédito (e empregos), estimular investimentos, aperfeiçoar mecanismos de financiamento empresarial, garantir a poupança popular e o patrimônio dos investidores, compatibilizar crescimento com estabilidade econômica e reduzir as desigualdades, assegurando uma boa gestão da política econômico-financeira do Estado, com vistas ao desenvolvimento equilibrado do país”.

³²⁹ PIMENTEL, Manoel Pedro. *Crimes contra o sistema financeiro nacional: comentários à Lei 7.492, de 16.6.86*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987, p. 23.

³³⁰ TORTIMA, José Carlos. *Crimes contra o sistema financeiro nacional: uma contribuição ao estudo da Lei 7492/86*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 51.

Segundo Tigre Maia, a Lei n. 7.492, de 1986, protege a garantia de consecução das metas de políticas públicas e a licitude e transparência das relações jurídicas que envolvem os entes integrantes do sistema financeiro nacional³³¹.

É possível afastar tais concepções e compreender o sistema financeiro como um instrumento de fomento da atividade econômica capaz de proporcionar as condições reais de satisfação dos projetos individuais.

A Lei 8.137, de 1990, dispõe sobre os crimes contra a ordem tributária. Esses podem ser divididos, para fins didáticos, em cinco grupos, a saber: a) sonegação; b) apropriação indébita; c) descaminho; d) crimes funcionais; e, e) falsidades.

Os artigos 334 e 334-A, do CP, com a redação dada pela Lei 13.008, de 2014, integrariam os crimes tributários³³², embora este último (contrabando) não receba da jurisprudência o tratamento jurídico-penal dado a tal espécie justamente por ser ele lesivo a outros bens jurídicos, como a saúde pública. Esse conjunto forma o chamado Direito Penal Tributário, ou seja, o conjunto de normas de natureza penal que sancionam práticas relacionadas à violação de natureza tributária³³³ e que lesariam, precipuamente, o erário.

O bem jurídico-penal protegido pela Lei n. 8.137, de 1990 é controvertido.

Para Bitencourt, bem jurídico protegido é a ordem tributária. Quanto ao patrimônio administrado pela Fazenda Pública, o autor entende que as “funções dos tributos não podem ser identificadas como o objeto de proteção imediata pelas normas instituidoras dos crimes tributários, inclusive porque ditas funções não possuem relevância direta sobre o tipo objetivo e o tipo subjetivo dos delitos fiscais”³³⁴. Não obstante, ditas funções representariam o fundamento da incriminação daquelas condutas que prejudicam significativamente o patrimônio administrado pela Fazenda Pública³³⁵.

Na doutrina estrangeira há discussões semelhantes. Assim, em relação aos delitos fiscais, Martínez-Buján Pérez aponta que as discussões acerca do bem jurídico-

³³¹ TIGRE MAIA, Rodolfo. *Dos crimes contra o sistema financeiro nacional*. 1 ed. 2 tir. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 26-27.

³³² BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Crimes federais*, 2014, p. 748.

³³³ BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Crimes federais*, 2014, p. 748. No mesmo sentido, PIMENTEL, *Direito Penal Econômico*, 1973, p. 42-44.

³³⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Crimes contra a ordem tributária*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 22.

³³⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Crimes contra a ordem tributária*, 2013, p. 22.

penal seguem duas linhas básicas. De um lado, há as teses funcionais³³⁶ e, de outro, as teses de orientação patrimonial³³⁷.

A Lei 9.605/98 dispõe sobre os crimes contra o meio ambiente.

O meio ambiente é considerado “bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”, conforme art. 225 da CRFB/88, que consagra a tríplice responsabilidade por danos e lesões ao meio ambiente. A Lei em comento, dando concretude ao comando constitucional do art. 225, §3º, disciplina a responsabilidade penal da pessoa jurídica.

Para Prado, “a orientação político-criminal mais acertada é a de que a intervenção penal na proteção do meio ambiente seja feita de forma limitada e cuidadosa”, uma vez que o Direito Penal é a *ultima ratio* do ordenamento jurídico³³⁸. Existem, pelo menos, três correntes doutrinárias sobre o bem jurídico-penal.

A concepção globalista, unitária, totalizadora ou amplíssima define ambiente como “tudo o que circunda e condiciona a vida do homem, o entorno que o envolve, que, em certa medida, conduz à problemática ecológica em geral”³³⁹. A concepção restrita, em sentido oposto, inclui aqueles elementos naturais de titularidade comum e de características dinâmicas. Trata-se de um conceito de ambiente eminentemente físico que reduz bastante toda a problemática que envolve o ambiente enquanto valor a ser protegido³⁴⁰. A corrente intermediária “propõe, sinteticamente, o conceito de ambiente de sentido natural, como totalidade dos fundamentos naturais da vida humana”³⁴¹.

³³⁶ No que diz respeito às teses funcionais, o autor adverte que: “[...] conviene advertir que se suelen agrupar bajo este calificativo teorías que poseen la nota común de rechazar una configuración patrimonial del objeto jurídico y elaborar frente a ella una noción de bien jurídico diferente, conectada a las funciones que debe cumplir el tributo”. Cf.: MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho Penal Económico y de la Empresa*: Parte Especial, 2005, p. 545.

³³⁷ Relativamente às teses de orientação patrimonial, Martínez-Buján Pérez assinala que, em essência, pode-se resumir que o bem jurídico imediatamente protegido é o patrimônio da Fazenda Pública, concretizado na arrecadação tributária. Segundo o autor, evidentemente isso não significa desconhecer a existência de um bem jurídico mediato ou imaterial, que é o bem jurídico representado pelas funções que o tributo está chamado a cumprir. Cf.: MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho Penal Económico y de la Empresa*: Parte Especial. 2 ed. Valencia: Tirant do Blanc, 2005, p. 545-547.

³³⁸ PRADO, Luiz Regis Prado. *Direito Penal do Ambiente*: meio ambiente, patrimônio cultural, ordenação do território, biossegurança (com a análise da Lei 11.105/2005), 2005, p. 177.

³³⁹ PRADO, Luiz Regis Prado. *Direito Penal do Ambiente*: meio ambiente, patrimônio cultural, ordenação do território, biossegurança (com a análise da Lei 11.105/2005), 2005, p. 123.

³⁴⁰ PRADO, Luiz Regis Prado. *Direito Penal do Ambiente*: meio ambiente, patrimônio cultural, ordenação do território, biossegurança (com a análise da Lei 11.105/2005), 2005, p. 124-125.

³⁴¹ PRADO, Luiz Regis Prado. *Direito Penal do Ambiente*: meio ambiente, patrimônio cultural, ordenação do território, biossegurança (com a análise da Lei 11.105/2005), 2005, p. 124-125.

Prado acolhe o ambiente como um bem jurídico autônomo, composto de vários elementos diversificados (v.g., ar, água, solo, flora, fauna, etc.), de natureza difusa, supraindividual ou macrosocial³⁴² e se filia à corrente intermediária. O delineamento do bem jurídico exigiria “o reconhecimento dessa perspectiva de cunho naturalístico que aglutina os fatores configuradores de um ecossistema entre diferentes grupos de organismos, com suas respectivas condições biológicas reais de convivência”³⁴³. Todos os objetos de tutela penal, incluindo o ambiente, “devem ser concebidos e tratados em razão da pessoa humana, de forma direta e indireta”³⁴⁴.

A Constituição da Espanha também impõe mandados expressos de criminalização para obrigar o legislador ordinário a impor sanções penais para proteger tal bem jurídico³⁴⁵.

Para Terradillos Basoco, a proteção do meio ambiente constitui um desafio para o Direito Penal. Há de se ter em conta que a defesa do meio ambiente é essencial ao modelo de Estado social³⁴⁶.

A Lei 9.613, de 1998, veiculou pela primeira vez a incriminação da “lavagem de dinheiro” no Brasil. Foi alterada pela Lei 11.343/06 e, mais substancialmente, em 10 de julho de 2012, quando publicada a Lei 12.683, como resultado da aprovação do PL 3.443/08³⁴⁷.

³⁴² PRADO, Luiz Regis Prado. *Direito Penal do Ambiente: meio ambiente, patrimônio cultural, ordenação do território, biossegurança (com a análise da Lei 11.105/2005)*, 2005, p. 178.

³⁴³ PRADO, Luiz Regis Prado. *Direito Penal do Ambiente: meio ambiente, patrimônio cultural, ordenação do território, biossegurança (com a análise da Lei 11.105/2005)*, 2005, p. 131.

³⁴⁴ PRADO, Luiz Regis Prado. *Direito Penal do Ambiente: meio ambiente, patrimônio cultural, ordenação do território, biossegurança (com a análise da Lei 11.105/2005)*, 2005, p. 132-133. Ainda segundo o autor: “é de se reter ainda que, no Estado democrático e social de Direito, a lei penal não deve se contentar em punir as agressões ao meio ambiente, mas também alcançar os comportamentos que dificultem ou impeçam o seu desfrute de forma livre e solidária”.

³⁴⁵ Para Martínez-Buján Pérez, o bem jurídico meio ambiente, na atualidade, é, sem dúvida, um bem jurídico essencial para a humanidade e cada vez cobra maior relevância. Dessa maneira, fala-se em um meio ambiente propício para vida como bem jurídico-penal, ou seja, propõe-se uma proteção penal a partir da consideração de que o meio ambiente deve estar a serviço do homem. Essa regulação constitucional se expressaria em um contexto antropocêntrico e personalista para um segmento da doutrina. Cf.: MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho Penal Económico y de la Empresa: Parte Especial*, 2005, p. 820-821.

³⁴⁶ Para o autor: “Se sabe que la intervención penal no puede considerarse como panacea y, por lo mismo, se constata, no sólo entre los especialistas, cierto escepticismo sobre la idoneidad del camino emprendido. Los datos no invitan, desde luego, al entusiasmo: los ataques al medio se reiteran, la amenaza penal parece inocua, y las condenas no sólo son escasas, sino que, en buena medida, golpean al pequeño infractor dejando incólume al gran delincuente”. Cf.: TERRADILLOS BASOCO, Juan. Delitos relativos a la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente. In.: TERRADILLOS BASOCO, Juan (Ed.) *Derecho Penal del Medio Ambiente*. Madrid: Editorial Trota, 2007, p. 40-42.

³⁴⁷ BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Crimes federais*, 2014, p. 1021.

No plano dogmático, a “lavagem de dinheiro” é exceção aos crimes de fusão, assim entendidos aqueles em que a ação criminosa neles prevista é iniciada após a ocorrência necessária de crime antecedente e pelo qual, em regra, somente poderão ser autor, coautor ou partícipe quem não assumir essas posições no crime antecedente. A justificativa se dá pela tutela bens jurídicos diferentes e por abranger situações jurídicas extremamente danosas (artigo 2º, II, da Lei n. 9.613/98). O Brasil, ao contrário de outros países, não fez a reserva de autolavagem.

O bem jurídico-penal é bastante controvertido e sua análise, em geral, acompanha as fases da incriminação da lavagem de dinheiro a partir de sua relação com os crimes antecedentes.

A lavagem de dinheiro, em alguns ordenamentos, foi tipificada como desdobramento do delito de receptação³⁴⁸.

Martínez-Buján Pérez aponta que, em relação ao conceito de lavagem de dinheiro (branqueamento de capitais) há uma noção estrita e uma noção ampla³⁴⁹. Quanto à noção ampla, alude-se genericamente ao processo de legitimação dos bens de procedência ilegal, obtidos a margem do controle da Administração Tributária³⁵⁰. No sentido estrito, refere-se exclusivamente ao processo de reconversão de bens de origem delitativa e, conseqüentemente, é o que torna necessária a intervenção do Direito Penal³⁵¹.

No Brasil, o crime de receptação foi considerado insuficiente, conforme se verifica da Exposição de Motivos do Projeto de Lei que originou a Lei 9.613³⁵².

³⁴⁸ Bacigalupo explica que na Europa a criminalização da lavagem começou com a reforma pontual do delito de receptação, a qual pode ser deduzida em duas variantes: novo tipo penal ou ampliação do existente. Cf.: BACIGALUPO, Enrique. *Derecho Penal Económico*, 2004, p. 283. Alemanha, Áustria e Itália, ao delito clássico de receptação, incorporaram outros tipos penais, apenas com certa independência com a receptação. Bélgica, França, Espanha, bastante influenciadas pela Convenção das Nações Unidas de 1988, optaram por disciplina diversa. Bélgica estende a *lavagem* à receptação. A França incluía a lavagem como parágrafo no tipo básico da receptação, fazendo-se um tipo derivado dentro do Capítulo voltado a *outros atentados aos bens jurídicos*. A Espanha segue na mesma linha dessas.

³⁴⁹ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho Penal Económico y de la Empresa: Parte Especial*, 2005, p. 495.

³⁵⁰ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho Penal Económico y de la Empresa: Parte Especial*, 2005, p. 495.

³⁵¹ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho Penal Económico y de la Empresa: Parte Especial*, 2005, p. 495.

³⁵² BRASIL. Conselho de Controle de Atividades Financeiras – Unidade de Inteligência Financeira do Brasil. *Exposição de motivos nº 692/MJ da Lei nº 9.613, de 3 mar. 1998*. Disponível em: <<http://www.coaf.fazenda.gov.br/legislacao-e-normas/legislacao-1/Exposicao%20de%20Motivos%20Lei%209613.pdf/view>>. Acesso em 07 abr. 2014. De acordo com os itens 15, 22, 23 e 24 do documento, menciona-se que as primeiras legislações editadas na esteira da Convenção de Viena circunscreviam a lavagem ao delito de receptação – à exceção do tráfico ilícito de entorpecentes. Mas, por se entender que embora este não seja a única fonte da lavagem, que deveria abranger crimes graves e com características transnacionais. À receptação caberia o intento de abranger a variedade de delitos parasitários de crimes contra o patrimônio. O intuito inicial era não massificar a

A primeira geração da lavagem de dinheiro era circunscrita apenas o tráfico de drogas. Nesse momento, a doutrina entendia que o bem jurídico seria a saúde pública. Atualmente, é um entendimento minoritário. A segunda geração da lavagem de dinheiro restringia-se a crimes graves, previstos em lista taxativa da própria lei. Para a doutrina, o bem jurídico protegido seria a ordem econômica. Na terceira geração da lavagem de dinheiro qualquer infração penal pode ser crime antecedente e as dificuldades de determinação do bem jurídico penal se acentuaram³⁵³.

No âmbito da doutrina nacional, Callegari entende que o bem jurídico-penal protegido na lavagem de dinheiro é a ordem socioeconômica nacional, não se confundindo com o bem jurídico do crime antecedente. A partir de uma leitura sistemática da CRFB/88, para Callegari, é possível imputar à pessoa jurídica a responsabilidade penal, caso haja previsão legal, a exemplo do que ocorre com o sistema de imputação decorrente da Lei n. 9.605, de 1998³⁵⁴.

Para Filippetto, tutela-se a ordem econômica e a administração da justiça³⁵⁵, pois não importa apenas a mensuração econômica, mas também o desvalor social que impacta e impressiona a ordem jurídica.

A Lei 11.343, de 2006, “institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas e define crimes”.

Aponta-se que o bem jurídico protegido pela lei é a saúde pública, um bem jurídico supraindividual. É um crime que também possui interface com a economia. Um dos objetivos na criminalização do exaurimento do crime (por meio da “lavagem de dinheiro”) foi justamente fazer frente ao tráfico de drogas, permitindo novas iniciativas e meios probatórios para facilitar a sua descoberta.

incriminação da *lavagem* (com ocorre hoje), restringindo-a aos crimes com aquelas características específicas. Justifica-se que “sem esse critério de interpretação, o projeto estaria massificando a criminalização para abranger uma infinidade de crimes como antecedentes do tipo de lavagem ou de ocultação”.

³⁵³ Sobre o tema conferir: FILIPPETTO, Rogério. *Lavagem de dinheiro: crime econômico da pós-modernidade*, 2011.

³⁵⁴ Nas palavras do autor: “Entendemos que o bem jurídico protegido no delito de lavagem de dinheiro é a ordem socioeconômica nacional. Partindo-se de uma leitura sistemática da Constituição, verifica-se que, ao imputar à pessoa jurídica responsabilidade penal nos crimes ambientais, entende também como possível a imputação nos crimes praticados contra a ordem socioeconômica.”. Cf.: CALLEGARI, André Luís. *Lavagem de dinheiro*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 60; 84.

³⁵⁵ FILIPPETTO, Rogério. *Lavagem de dinheiro: crime econômico da pós-modernidade*, 2011, p. 131-229. Quanto à Administração da Justiça aduz o autor que corresponderia a “quaisquer manifestações da Justiça para alcançar ou resguardar suas atividades finalísticas”.

O bem jurídico-penal ora indicado é bastante discutido na doutrina. Há quem entenda que a saúde pública não representa um autêntico bem jurídico coletivo.

Para Carvalho e Ávila, uma das funções do bem jurídico é desmascarar os falsos bens jurídicos:

Trata-se, porém, de um falso bem jurídico-penal. O recurso a bens jurídicos aparentes, de natureza coletiva, encobre uma antecipação indevida da atuação do Direito Penal e uma inadmissível ingerência na autonomia individual. A ausência de um autêntico bem jurídico não é, contudo, sintoma da deficiência desse referencial material, mas manifestação de uma intervenção penal ilegítima, arbitrária e desproporcional³⁵⁶.

A Lei 12.850, de 2013, “define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal”. Esse diploma legal revoga a Lei 9.034, de 1995, que sequer definia o conceito de organização criminosa e tinha a sua constitucionalidade bastante debatida na doutrina e na jurisprudência³⁵⁷.

Estelitta e Greco apontam que há, ao menos, dois grupos de opiniões a respeito dos delitos de associação. Para um segmento, os crimes de associação conteriam uma antecipação de punibilidade justificada com base na especial periculosidade das associações. Os bens jurídicos protegidos seriam correspondentes aos tipos penais violados. Para outro grupo, dominante na Alemanha e na Espanha, deve-se compreender os delitos de associação como um ataque a determinados bens coletivos ou supraindividuais, como a “ordem pública” ou a “paz pública”³⁵⁸.

³⁵⁶ CARVALHO, Érika Mendes de; ÁVILA, Gustavo Noronha de. Falsos bens jurídicos e política criminal de drogas: uma aproximação crítica. n: CARVALHO, Érika Mendes de; ÁVILA, Gustavo Noronha de. (Org.). *10 Anos da Lei de Drogas: aspectos criminológicos, dogmáticos e político-criminais*. 1ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016, v. 1, p. 631-659.

³⁵⁷ A lei em questão está no âmbito das discussões sobre o crime organizado. De acordo com Gomes, “a criminalidade organizada pode ser estudada em dois níveis distintos. EM um nível há o recurso à violência, intimidação, ameaça, violência difusa e estrutural; temos uma vítima específica, e por isso nos referimos a uma criminalidade de sangue (visível), com disputa de mercado entre agremiações criminosas com escopo de dominação, lucratividade e exclusão dos demais concorrentes, por meio de controle de área física, atividades lícitas ou gerência criminosa de atividades legais, com ‘mão-de-ferro’. (...) Num outro nível, temos a criminalidade do colarinho branco (*white collar crime*), que é a criminalidade sem vítima, sem sangue, mas pela qual todos pagam, com grande alcance e dano social, sempre com o objetivo de vantagem financeira (material direta ou indireta). Não vemos o crime (crime invisível), no sentido de que, no instante em que é cometido, não há um corpo ou perda material de um bem.” (“ Cf.: GOMES, Rodrigo Carneiro. *O crime organizado na visão da Convenção de Palermo*. 2ed. Belo Horizonte, Del Rey, 2009, p. 16.

³⁵⁸ ESTELLITA, Heloisa; GRECO, Luís. Empresa, quadrilha (art. 288 do CP) e organização criminosa. Uma análise sob a luz do bem jurídico tutelado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 19, n. 91, p. 393-409., jul./ago. 2011. Disponível em: <http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=88490>. Acesso em: 17 dez. 2017.

Quanto à Lei 12.850, de 2013, Baltazar Jr. aponta que o bem jurídico-penal protegido é a paz pública³⁵⁹. Essa concepção é criticada por uma parte da doutrina, a qual entende que a ideia de paz pública ou quaisquer noções similares não poderia justificar qualquer incriminação. Justifica-se que a paz pública e outros conceitos de semelhante natureza somente podem ser violados por um comportamento que, ao mesmo tempo, coloque em perigo, ao menos em abstrato, outros bens jurídicos, como a vida, a liberdade, dentre outros³⁶⁰.

Essa digressão histórica demonstra que a intervenção penal em âmbitos econômicos avançou de uma forma bastante silenciosa no Brasil, o que dificultou e retardou a construção de um pensamento dogmático coeso que viesse a acomodar de forma satisfatória o tratamento a ser dado ao crime econômico e que incluísse as particularidades históricas, políticas, sociais, culturais e econômicas do país.

No contexto do estudo de alguns crimes previstos na Lei n. 7.492, de 1986, é que se desenvolverá a abordagem do princípio da eficiência.

O bem jurídico-penal continua sendo um recurso teórico inarredável do conceito de crime, ou seja, se ele fornece diretrizes para conceituação material, ainda que num viés de limitação negativa.

5.3 Do bem jurídico-penal protegido na criminalidade econômica: a ordem econômica e a interface com o patrimônio dinâmico

Ao longo dos tempos, como sabido, a tipicidade penal tem se ocupado da proteção de valores diversos, normalmente designados como bens jurídicos. Entretanto, tais valores ou bens, apresentam-se altamente mutáveis, o que levou Sutherland a dizer que o comportamento criminoso e o não criminoso seriam uma continuidade³⁶¹.

³⁵⁹ Nesse sentido: BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Crimes federais*. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 1256.

³⁶⁰ ESTELLITA, Heloisa; GRECO, Luís. Empresa, quadrilha (art. 288 do CP) e organização criminosa. Uma análise sob a luz do bem jurídico tutelado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, . 2011. Disponível em: <http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=88490>. Acesso em: 17 dez. 2017.

³⁶¹ SUTHERLAND, Edwin H.; CRESSEY, Donald R. *Princípios de criminologia*, 1949.

A pergunta sobre o que o legislador pode e deve proibir aos seus cidadãos sob a ameaça de pena está no centro do debate penal. Também no que se refere à criminalidade econômica, a aludida questão desperta viva controvérsia³⁶².

Entretanto, a resposta perseguida depende, antes de qualquer coisa, que se indique o que se entende por bem jurídico penal e reste comprovada a capacidade de rendimento de tal conceito na moderna dogmática penal.

Brodth, em artigo na obra coletiva “Criminalidade Econômica em Debate”, afirma que Birnbaum, em trabalho datado de 1834, foi o primeiro a definir o injusto penal como a lesão de um bem, embora considere que a expressão “bem jurídico” seja devida a Binding³⁶³. Mais precisamente, segundo a pioneira concepção de Birnbaum³⁶⁴, o injusto penal, ao contrário do que entendia Feuerbach³⁶⁵, não seria a lesão de um direito, mas de um bem, sob o qual incide a conduta criminosa³⁶⁶.

No exame da evolução da elaboração doutrinária do conceito de bem jurídico merecem menção, ainda, os entendimentos de Von Liszt, Karl Binding, dos

³⁶² AMBOS, Kai. Bien jurídico y ‘harm principle’: bases teóricas para determinar la función global del Derecho Penal internacional. In.: *Revista de Derecho Penal y Criminología de la UNED*. 3ª Época, n. 10 (julio de 2013). Madrid: Uned, 2013, p. 343-378.

³⁶³ BRODT, Luis Augusto Sanzo. Bem jurídico e criminalidade econômica: uma abordagem sob a perspectiva pessoal do bem jurídico. In: *Criminalidade Econômica em Debate*. Organizador Luís Augusto Sanzo Brodt. Porto Alegre: Núria Fabris, 2018, p. 104.

³⁶⁴ Sobre a contribuição de Birnbaum, Dalbora expõe que: “Haber identificado el objeto de la tutela en bienes, los que décadas más tarde recibirán la calificación de bienes jurídicos, entrelazando su contenido con el problema de la definición filosófica del delito, representó una tríplice e insospechada contribución. Primero, para la formación de conceptos y la organización del sistema en la dogmática punitiva, por más que la idea en palabra pasase de momento inadvertida y tuviese que esperar la hora de la pandectística para desplegar sus posibilidades analíticas de realización. Seguidamente, la iusfilosofía, que de mano del neokantismo enclavará la aportación en el catálogo de nociones a priori del conocimiento jurídico, cual modalidad del concepto fundamental de objeto de Derecho. En fin, también la política jurídica, un pliegue de la dogmática en general que dentro de la rama penalista adopta de proyectar el Derecho venidero al dictado de la necesidad de proteger únicamente bienes jurídicos”. Cf.: DALBORA, José Luiz Gusman. Estudio preliminar. In: BIRNBAUN, Johann M. Franz. *Sobre la necesidad de lesión de derechos para el concepto de delito*. Traducción directa del alemán y estudio preliminar por José Luiz Gusman Dalbora. Montevideo: BdF, 2010, p. 11.

³⁶⁵ O crime, para Feuerbach “é toda injúria [violação] contida em uma lei penal ou uma ação contrária ao direito do outro, cominada com sanção penal”. Cf.: FEUERBACH, Paul Anselm von. *Tratado de Derecho Penal*: común vigente em Alemania. Traducción al castellano de la 14. ed. alemana por Eugnio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeyer. Buenos Aires: Hammurabi, 2007, p. 55.

³⁶⁶ Nesse sentido: BRODT, Luis Augusto Sanzo. Bem jurídico e criminalidade econômica: uma abordagem sob a perspectiva pessoal do bem jurídico. In: *Criminalidade Econômica em Debate*, 2018, p. 104. Birnbaum contestou a abstração teórica do pensamento de Feuerbach promovendo, a partir das elaborações iniciais no período do Iluminismo, uma redefinição material do conceito de bem jurídico. Tavares assevera que Birnbaum, com sua elaboração, tinha o propósito de adequar a teoria jurídica do delito às normas do Direito Penal vigente, que conflitavam com a ideia da violação de direito subjetivo. Com isso, perdeu-se a vinculação da incriminação aos seus pressupostos de legitimidade que, de qualquer modo, estavam presentes em Feuerbach. Cf.: TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 2. ed. rev. ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 184-185.

autores neokantianos, como Mezger, e o próprio Welzel, assim como dos concebidos pelas chamadas teorias constitucionais e sociológicas do bem jurídico.

Von Liszt considerava o bem jurídico como um interesse pré-existente à intervenção legislativa³⁶⁷.

Já para Binding, seria tudo aquilo que, embora por si só não “constitua um direito, aos olhos do legislador se reveste de certo valor como pressuposto de uma vida sadia da comunidade jurídica, por cuja preservação e funcionamento ele mostra certo interesse”³⁶⁸.

Para o neokantista Edmund Mezger, o bem jurídico deveria ser entendido como um valor objetivo a que a lei penal presta a sua proteção. Mais diretamente, o estado em que se acha o interesse médio que o Direito leva em consideração³⁶⁹.

Welzel, por sua vez, entendia o bem jurídico penal como todo o estado social desejável que o direito quer resguardar de lesões, um bem vital do indivíduo ou da comunidade que, por sua significação social, é protegido juridicamente³⁷⁰. Há quem

³⁶⁷ VON LISZT, Franz. *Tratado de Direito Penal alemão*. Tomo I. Trad. José Higino. Atualização Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russerl, 2003, p.139. Para o: “O direito extrema os círculos da eficiencia de cada um; determina até onde a vontade pode manifestar-se livremente, e sobretudo até onde, exigindo uma acção ou inacção alheia, pôde penetrar na esfera da actividade de outras pessoas; garante a liberdade, o poder autorizado de querer, e proíbe o arbitrio; converte as relações da vida em relações jurídicas, os interesses em bens jurídicos; ligando direitos e deveres a determinados pressupostos, faz do commercio da vida um commercio segundo o direito. Assim, ordenando e proibindo, prescrevendo uma determinada acção ou inacção sob certas condições, as normas vêm a ser o anteparo dos bens jurídicos. A protecção, que a ordem jurídica dispensa aos interesses, é “*protecção segundo normas (Normen-sclutzj*. O bem jurídico e a norma são, pois, as duas idéas fundamentaes do direito”. Cf.: VON LISZT, Franz. *Tratado de Direito Penal alemão*. Tomo II. Trad. da última edição e com. por José H. D. Pereira. Rio de Janeiro: F. Briguiet & C. Editores, 1899, p. 96.

³⁶⁸ Apud KAUFMANN, Arthur. *Teoria da norma jurídica*. Apresentação Richard Paul Netto. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976, p.27. Segundo entendimento de Tavares, Para Binding, seguidor das teorias de Kant e Hegel, o conceito de bem jurídico, por ser uma criação jurídica, autoriza o Estado a criminalizar aquilo que considerar adequado e necessário para a sua própria manutenção. Os objetos jurídicos encerram a vontade declarada do Estado. Cf.: TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*, 2002, p. 187. Observa-se que se trata de uma concepção puramente formal do delito como dever de obediência à norma.

³⁶⁹ MEZGER, Edmund. *Tratado de Derecho Penal*. Trad. José Arthur Rodrigues Muñoz y Francisco Muñoz Conde. Buenos Aires: Hammurabi, v.1, 2010, p.357.

³⁷⁰ WELZEL, Hans. *Derecho Penal alemán*. Trad. Juan Bustos Ramírez *et al*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1976, p. 2-5. O autor entende que o Direito tem que se limitar ao mínimo ético: “O processo de formação da vontade estatal tem que estar sob o princípio da tolerância mútua; o direito tem que se limitar ao “mínimo ético” e aos traços fundamentais das instituições sociais [...]. A luta, que não acabará nunca na história humana, por lograr a configuração justa das relações sociais tem que ser levada e mantida pelo direito positivo em campo que permita a discussão espiritual, e não liquidá-la com a submissão forçosa ou a aniquilação de homens por outros homens. Este é o papel ético-social do direito positivo, papel que enxerga muito mais adiante do âmbito do mero direito e põe em evidência que existe uma interdependência entre a situação de direito positivo e a verdadeira vida ética de um povo”. Cf.: WELZEL, Hans. El problema de la validez del Derecho. In: RODRÍGUEZ PANIAGUA, José Maria (org). *Derecho injusto y Derecho nulo*. Madrid: Aguilar, 1971, p. 112.

apresente críticas, como é o caso de Roxin³⁷¹ e de Tavares³⁷². Para Maurach, “as unidades de valor visavam atender imediatamente os anseios da coletividade, sendo possível inferir uma implícita subordinação do homem aos interesses dela”³⁷³.

As teorias constitucionais podem ser divididas em estritas e amplas. Segundo Brodt, para as primeiras, entre cujos adeptos deve mencionar-se Brícola, entre os bens jurídicos penais expressos ou implícitos e os valores constitucionais deve-se guardar correspondência. Já para as teorias amplas, que encontram respaldo no pensamento de Roxin, basta que na eleição dos bens jurídicos o legislador se abstenha de elevar a essa condição aquilo que contraria os valores constitucionais vigentes³⁷⁴. Para ele, bens jurídicos são “circunstâncias reais dadas ou finalidades necessárias para uma vida segura e livre que garanta todos os direitos humanos e civis de cada um na sociedade ou para o funcionamento de um sistema que se baseia nesses objetivos”³⁷⁵. Figueiredo Dias também é um dos pensadores dessa linha³⁷⁶.

Entre as teorias sociológicas, ainda de acordo com Brodt, destacam-se as formuladas por Amelung e Hassemer. Para Amelung, o Direito Penal tem de garantir as estruturas básicas da sociedade. Enquanto para Hassemer, artífice da concepção pessoal do bem jurídico penal, esse é um interesse humano necessitado de punição penal. Pode-se mencionar, como exemplos, a vida e a liberdade. São bens cuja lesão é empiricamente verificável³⁷⁷.

Na atual construção dogmática alemã, entretanto, a necessidade da noção de bem jurídico tem despertado acirrada controvérsia³⁷⁸. Não faltando, mesmo, quem

³⁷¹ Segundo Roxin: “Não logra combinar o desvalor da ação e o desvalor do resultado de forma satisfatória e não consegue explicar de modo entendível a dimensão social do injusto mediante a restrição da proteção de bens jurídicos”. Cf.: ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General*, Tomo I, 1997, p. 43.

³⁷² Segundo Tavares: “a proteção de valores ético-sociais nada mais é do que incriminação da antissociabilidade. O grande problema que apresenta é imprimir ao Direito Penal um conteúdo programático de orientação de condutas e deixar de concebê-lo dentro de suas limitações e garantias”. Cf.: TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*, 2002, p. 190-191..

³⁷³ MAURACH, Reinhart. *Tratado de Derecho Penal*. Prólogo de Octavio Pérez-Vitoria Moreno. Traducción y notas de Derecho Español por Juan Córdoba Roda. Barcelona: Ediciones Ariel, 1962, p. 156.

³⁷⁴ BRODT, Luis Augusto Sanzo. Bem jurídico e criminalidade econômica: uma abordagem sob a perspectiva pessoal do bem jurídico. In: *Criminalidade Econômica em Debate*, 2018, p. 106.

³⁷⁵ ROXIN, Claus. *A Proteção de bens jurídicos como função do Direito pena*, 2006, p. 16.

³⁷⁶ Segundo ele: “a ordem legal dos bens jurídicos há de constituir, antes de mais, uma ordenação axiológica como aquele que preside a Constituição, verificando-se em ambas uma mútua relação”. Cf.: DIAS, Jorge Figueiredo. Direito Penal e Estado de Direito material. *Revista de Direito Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 44.

³⁷⁷ BRODT, Luis Augusto Sanzo. Bem jurídico e criminalidade econômica: uma abordagem sob a perspectiva pessoal do bem jurídico. In: *Criminalidade Econômica em Debate*, 2018, p. 106-107.

³⁷⁸ O “harm principle” (princípio do dano), do sistema anglo-saxão surge com uma função próxima ao bem jurídico-penal. Para fins da pesquisa, importante o que se segue. O “harm principle” também é uma

propugne o seu abandono. Tais entendimentos podem ser agrupados assim: a) inutilidade do bem jurídico para a análise da incriminação; b) revisão da noção de bem

categoria jurídica sob a qual pairam controvérsias profundas e inacabadas. O bem jurídico-penal e o “harm principle” são, portanto, mecanismos de limitação e, sobretudo, de racionalização do Direito Penal. Consoante Falconí, o “harm principle” (princípio do dano) é o ponto de partida de qualquer discussão a respeito da criminalização de uma conduta. O princípio apresenta-se desde seu núcleo como um critério de limitação negativa, que tem por objeto restringir a punição de condutas que são meramente imorais ou que não são lesivas para as outras pessoas. A perspectiva do sistema anglo-saxão, através do “harm principle”, concebe o Direito Penal como um meio de evitar danos a terceiros. Há uma sutil diferença em relação à teoria de base alemã, que considera o bem jurídico-penal como objeto de proteção penal. Cf.: GARCÍA FALCONÍ, Ramiro. El bien jurídico y su recepción en el Derecho Penal. In.: GARCÍA FALCONÍ, Ramiro. *Derecho Penal*. Tomo I. 1. Ed. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2012, p.158-160. A ideia original do “harm principle” remonta à Stuart Mill, o qual sustentou que para justificar a coação ou a penalidade é necessário que a conduta de que se quer desviá-lo tenha a possibilidade de causar dano a outrem. Cf.: MILL, John Stuart. *Utilitarianism, Liberty and Representative Government*. Part II: On Liberty. Londres: Dent, 1859, Reimpresso em 1954, p. 73-74. Nas palavras do autor: “That the only purpose for which power can be rightfully exercised over any member of a civilised community, against his will, is to prevent harm to others. His own good, either physical or moral, is not a sufficient warrant. He cannot rightfully be compelled to do or forbear because it will be better for him to do so, because it will make him happier, because, in the opinions of others, to do so would be wise, or even right. These are good reasons for remonstrating with him, or reasoning with him, or persuading him, or entreating him; but not for compelling him, or visiting him with any evil in case he do otherwise. To justify that, the conduct from which it is desired to deter him must be calculated to produce evil to some one else. The only part of the conduct of any one, for which he is amenable to society, is that which concerns others. In the part which merely concerns himself, his independence is, of right, absolute. Over himself, over his own body and mind, the individual is sovereign”. Para Ambos, o “harm principle” fundamenta a justificação da criminalização de condutas em torno do conceito de dano, em especial, requerendo dano aos outros (atual). Consoante o entendimento de Ambos, por um lado, há uma espécie princípio de dano utilitarista, que centra nos efeitos da conduta que é proibida e, por outro, trata-se da prevenção no sentido de um princípio preventivo do dano. Outra perspectiva a ser considerada relaciona-se com a própria conduta e traz de forma subjacente a pergunta mais deontológica se esta conduta é danosa ou não. Para o autor, seria importante distinguir essas duas perspectivas diversas, uma vez que a última ora evidenciada não permitiria uma análise consequencialista Cf.: AMBOS, Kai. Bien jurídico y ‘harm principle’: bases teóricas para determinar la función global del Derecho Penal internacional. In.: *Revista de Derecho Penal y Criminología de la UNED*, 2013, p. 343-378. É necessário advertir que o princípio do dano está situado em discussões de Filosofia do Direito acerca do Direito e da Moral. Mill pretendeu utilizar o “harm principle” como um instrumento para impedir incriminações de base meramente imorais. Embora correta, essa postura tem sido considerada insuficiente atualmente. Nesse sentido é o pensamento de Von Hirsch. O conceito traçado pelo pensador Mill tem uma base negativa. Serve de parâmetro para impedir a intervenção penal em determinados espaços de liberdade individual, não indicando o que pode ser objeto de punição penal. A perspectiva de Von Hirsch encontra similitudes entre o conceito de bem jurídico, de matriz alemã, e o “harm principle”, do sistema anglo-saxão. Cf.: VON HIRSCH, Andrew. El concepto de bien jurídico y el ‘principio del daño’. In.: “In.: *La teoría del bien jurídico: ?Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático?* Roland Hefendhel (Ed.). Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 39. A retomada do “harm principle” (princípio do dano) teria se dado por meio das obras de Joel Feinberg, que supera a concepção original de Mill no sentido de aceitar uma justificação moral da incriminação não apenas nas hipóteses de danos aos terceiros, mas também em uma visão mais estrita da ofensividade. De acordo com Alemany, o conceito de daño de Joel Feinberg “es básico para comprender su respuesta a la pregunta de qué conductas puede el Estado legítimamente criminalizar e, igualmente, es la base de la distinción conceptual entre los diferentes principios limitativos de la libertad” e há muitas aceções para ele. Cf.: ALEMANY GARCÍA, Macario. *El concepto y la justificación del paternalismo*. Tesis. (Tesis doctoral). Orientadores: Dr. Manuel Atienza y Dr. Juan Ruiz Manero. Alicante: Universidad de Alicante, 2005, p. 160. Na presente pesquisa, entende-se que não há identidade entre o “harm principle” o bem jurídico-penal de matriz alemã. No entanto, ele também representa um recurso teórico para a racionalização do poder punitivo. Compreende-se que o “harm principle” e o bem jurídico possuem afinidade e que podem ser recursos aptos para identificar condutas que devem ser criminalizadas ao tempo em que impedem a criminalização de outras.

jurídico para atender postulados preventivistas voltados à proibição da criação de perigos (Direito Penal do Risco); c) reformulação do mesmo conceito a fim de legitimar a tutela penal dos interesses das gerações futuras (Direito Penal da Precaução) e; ainda, d) a manutenção do bem jurídico como ponto de partida para a incriminação legítima.

O ponto de vista mais radical é sustentado por Jakobs, que preconiza a inutilidade do conceito de bem jurídico-penal para o fim de fundamentar a incriminação e o próprio Direito Penal³⁷⁹.

Para Wohlers, existiria unanimidade quanto ao reconhecimento de que a teoria do bem jurídico penal não pode satisfazer por si mesma a pretensão formulada por Hassemer de colocar nas mãos do legislador um critério plausível e aplicável para seleção do que deve ser proibido, ao mesmo tempo em que permite desenvolver um barema normativo externo de comprovação da justiça de tais decisões³⁸⁰.

As propostas relacionadas ao Direito Penal da prevenção e ao Direito Penal da precaução aproveitam-se as contribuições do Direito ambiental, especialmente as que dizem respeito à proteção das condições indispensáveis para a vida humana nas gerações futuras. Em geral, servem à legitimação de figuras delitivas que protegem bens jurídicos coletivos mediante antecipação da proteção penal.

A concepção de Beck, acerca da sociedade de risco, encontra um grande eco na dogmática penal. O Direito Penal do risco refere-se a uma maior antecipação e ampliação da intervenção em determinados bens jurídicos coletivos³⁸¹.

Com base no princípio da precaução, fala-se em Direito Penal da precaução, em que se propõe uma ampliação dos crimes de perigo abstrato, de modo a incluir condutas de mera suspeita de possibilidade de um dano grave e irreversível em razão da incerteza do saber científico-causal³⁸². Segundo Cerezo Mir, “en los delitos de peligro

³⁷⁹ Cf.: JAKOBS, Günther. *Sociedade, norma e pessoa: teoria de um Direito Penal funcional*. Tradução de Mauricio Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003, p. 1. O Direito Penal presta-se a assegurar a identidade normativa da sociedade.

³⁸⁰ WOHLERS, Wolfgang. Las jornadas desde la perspectiva de un escéptico del bien jurídico. In.: *La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático?* Roland Hefendhel (Ed.). Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 403.

³⁸¹ CEREZO MIR, José. Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del Derecho Penal del riesgo. In.: *Revista De Derecho Penal y Criminología*, 2ª Época, n.º 10 (2002), p. 47-72.

³⁸² CEREZO MIR, José. Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del Derecho Penal del riesgo. In.: *Revista De Derecho Penal y Criminología*, 2002, p. 47-72. Conferir também: ROMEO CASABONA, Carlos María. Aportaciones del principio de precaución al Derecho Penal. In.: *Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho Penal y en la Criminología*. UNED, Madrid, 2001, p. 79-80.

abstracto se castigan conductas que generalmente, de acuerdo con el saber científico-causal de la época, llevan consigo el peligro de un bien jurídico protegido”³⁸³.

Para outro segmento teórico, o bem jurídico-penal continua essencial para limitar e racionalizar a intervenção penal³⁸⁴.

Figueiredo Dias, doutrinador português, em lição aplicável ao ordenamento pátrio, manifesta-se no sentido de que toda a atividade legiferante deve estar submetida à Constituição e fundar-se na legalidade democrática. A ordem legal dos bens jurídicos há de constituir, antes de mais, uma ordenação axiológica como aquela que preside a Constituição, verificando-se em ambas uma mútua relação³⁸⁵.

Para Carvalho, no balanço dos bens jurídicos dignos de proteção, “ganham mais força os pertinentes à defesa da ordem econômico-social, cultural e ambiental, hierarquicamente superiores, pela Constituição, aos clássicos crimes contra o patrimônio”³⁸⁶.

Para Schünemann, “no solo se debe perseverar en la posición central del concepto de bien jurídico para la dogmática penal; sino que, más bien, el autentico desarrollo de la teoría del bien jurídico está aún por venir”³⁸⁷.

Inobstante às críticas expostas, acredita-se que o conceito de bem jurídico penal permanece imprescindível à dogmática contemporânea, pois continua essencial à racionalização da intervenção penal.³⁸⁸

Nesse sentido pronuncia-se Roxin, que aponta a proteção dos bens jurídicos como missão do Direito Penal³⁸⁹. A referida tarefa é uma decorrência da finalidade do Estado cujo poder, por sua vez, repousa sobre o desejo do povo expresso nas eleições³⁹⁰

³⁸³ CERREZO MIR, José. Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del Derecho Penal del riesgo. In.: *Revista De Derecho Penal y Criminología*, 2002, p. 47-72

³⁸⁴ Nesse sentido, HEFENDHEL, Roland. Las jornadas desde la perspectiva de un partidario del bien jurídico. In.: *La teoría del bien jurídico: ?Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático?* Roland Hefendhel (Ed.). Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 408-414.

³⁸⁵ DIAS, Jorge Figueiredo. Direito Penal e Estado de Direito material. *Revista de Direito Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 44.

³⁸⁶ CARVALHO, Márcia Dometila de. *Fundamentação constitucional do Direito Penal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992, p. 48.

³⁸⁷ SCHÜNEMANN, Bernd. El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y de su interpretación. In.: *La teoría del bien jurídico: ?Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático?* Roland Hefendhel (Ed.). Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 226.

³⁸⁸ Nesse sentido, HEFENDHEL, Roland. Las jornadas desde la perspectiva de un partidario del bien jurídico. In.: *La teoría del bien jurídico: ?Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático?* Roland Hefendhel (Ed.). Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 408-414.

³⁸⁹ Cf.: ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*, 2006, p. 16.

³⁹⁰ ROXIN, Claus. *Introdução ao Direito Penal e ao Direito Processual*. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes; coord. e supervisor Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 8.

e faz parte da legitimação dos tipos³⁹¹. A concepção do mesmo mestre alemão influencia a doutrina nacional³⁹².

Para Prado, “o pensamento jurídico moderno reconhece que o escopo imediato e primordial do Direito Penal radica na proteção de bens jurídicos”³⁹³.

Para Bitencourt, “o conceito de bem jurídico está relacionado à finalidade de preservação das condições individuais necessárias para uma coexistência livre e pacífica em sociedade, garantindo, ao mesmo tempo, o respeito de todos os direitos humanos”³⁹⁴.

Para o professor da Universidade de Munique, Roxin, por bem jurídico deve-se entender “finalidades ou circunstâncias dadas que são uteis para o indivíduo e seu livre desenvolvimento no marco de Direito Constitucional”³⁹⁵. A missão do Direito Penal é a proteção de bens jurídicos. Contudo, em escritos posteriores a essa ideia, o próprio Roxin ensina que esse princípio não pode ser considerado o único critério para a legitimação dos tipos penais³⁹⁶. O autor admite a possibilidade das antecipações de punibilidade se isto se fizer indispensável para a proteção de um bem jurídico³⁹⁷.

Assim, na esteira do que defende Hefendehl, acredita-se, neste trabalho que, embora não se possa abdicar do conceito de bem jurídico, somente se pode falar em um conceito limitador negativo. A linha argumentativa do bem jurídico-penal, em perspectiva positiva, não tem se revelado, por si só, um recurso teórico apto a mitigar a expansão do Direito Penal, notadamente na criminalidade econômica.

O conceito limitador negativo³⁹⁸ tem as seguintes características: a) deve ser objeto do mundo real – submetido às leis físicas e; b) deve encarnar/permitir uma possibilidade de participação dos indivíduos no sistema social. Tais critérios

³⁹¹ ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*, 2006, p. 27-28.

³⁹² Nesse sentido: ROXIN, Claus. *A Proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*, 2006.

³⁹³ PRADO, Luiz Regis Prado. *Direito Penal do Ambiente: meio ambiente, patrimônio cultural, ordenação do território, biossegurança (com a análise da Lei 11.105/2005)*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 102; PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

³⁹⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: Parte Geral*, 1. 20. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 349.

³⁹⁵ ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*, 2006, p.16.

³⁹⁶ ROXIN, Claus. ¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho Penal? In.: *La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático?* Roland Hefendehl (Ed.). Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 443-458.

³⁹⁷ ROXIN, Claus. ¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho Penal? In.: *La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático?*, 2007, p. 454. Nas palavras do autor: “Del concepto de protección de bienes jurídicos solo se sigue que em los supuestos de antelación considerable de la punibilidad se precisa una justificación especial de por qué ésta es necesaria para la protección efectiva de un bien jurídico”.

³⁹⁸ No mesmo sentido: FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*, 2010, p. 432.

distinguiriam os verdadeiros bens jurídicos coletivos dos falsos bens jurídicos coletivos, em que aqueles não representariam a soma das necessidades individuais.

Assentadas tais premissas, por fim, é preciso analisar se a noção de ordem econômica preenche os requisitos necessários ao reconhecimento dos bens jurídicos. E, portanto, pode ser apontada como objeto jurídico no âmbito da criminalidade econômica. Deve-se, iniciar, por esclarecer o que se entende por “ordem econômica”. Vários sentidos têm sido atribuídos a tal expressão.

Castilho aponta que, em síntese, a ordem econômica possui quatro sentidos: a) modo de ser empírico de uma determinada economia real; b) conjunto de todas as normas e regras dos sujeitos econômicos; c) ordem jurídica da economia; d) conjunto de regras, na Constituição, que define o limite do dirigismo econômico estatal e estabelece os respectivos instrumentos³⁹⁹.

Para Grau, ela pode ser conceituada como “ser” e “dever-ser”:

É que a expressão “ordem econômica”, ao ser utilizada como termo conceito de fato, para conotar o modo de ser empírico de determinada economia concreta, apresenta essa mesma economia, realidade do mundo do ser, como suficientemente normatizada. Como o vocábulo “ordem”, no seu amplo arco de denotações, significa, também, um conjunto ou mesmo um sistema de normas, a realidade do mundo do ser, quando referida pela expressão, é antecipadamente descrita (na síntese que a expressão encerra) como adequadamente “ordenada”, isto é, normatizada e, portanto, regulada⁴⁰⁰.

No mesmo sentido, é o entendimento de Fonseca, o qual ensina que a ordem econômica corresponde a um fato no âmbito do “ser” e no do “dever-ser”⁴⁰¹.

A ordem econômica é um “conjunto de elementos compatíveis entre si, ordenadores da vida econômica de um Estado, direcionados a um fim”⁴⁰².

A ordem econômica é importante para o Estado a fim de que este cumpra suas funções estatais. É indispensável para o indivíduo porque através dela ele poderá desenvolver seus projetos individuais na sociedade globalizada. Um regime de justiça

³⁹⁹ CASTILHO, Ela Wiecko Wolkmer de. *O controle penal nos crimes contra o sistema financeiro nacional*: lei n. 7.492, de 16/06/1986. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 28-83.

⁴⁰⁰ GRAU, Eros. *A ordem econômica na constituição de 1988*, 2006, p. 58.

⁴⁰¹ “[...] estabelecer os princípios e regras informadores das normas que regerão as relações econômicas. E a regência dessas relações se dá sob dois prismas: a ordem jurídico-econômica aceita e acolhe o regime econômico existente, adotando-o como base de toda a organização que a norma implanta; a ordem econômica procura criar um novo regime econômico. Daí o grande número de normas programáticas existentes nas constituições modernas, que têm por finalidade justamente reformular, dar outra forma à ordem já adotada anteriormente [...]”. Cf.: FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito Econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 93.

⁴⁰² FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 1033.

social, tal como preconizado pela Constituição, “será aquele em que cada um deve poder dispor de meios materiais para viver confortavelmente segundo as exigências de sua natureza física, espiritual e política”⁴⁰³.

Em síntese, o conceito de ordem econômica, sob um aspecto formal, relaciona-se com o conjunto normativo que disciplina o fenômeno econômico. Sob um plano material, pode ser apreendida como o elo entre as relações de produção, circulação e distribuição de bens que se realizam na sociedade pós-industrial.

A ordem econômica pode ser compreendida como um bem jurídico penal a partir da adoção de um conceito de patrimônio dinâmico. Por meio deste é possível atribuir a ela uma projeção coletiva.

A reconstrução da ideia de patrimônio, que não é mais adstrita a uma relação de propriedade, influencia diretamente a análise e afasta a concepção de que a ordem econômica é um valor imprescindível apenas para o Estado. É possível superar a ideia de que não é um bem jurídico-penal em razão de sua conceituação formal.

O conceito de patrimônio tem sido objeto de reconstrução teórica. Busca-se superar a tradicional visão de cunho civil, expressada pela mera relação de propriedade. Pretende-se superar essa perspectiva estática, com o intuito de buscar um espaço de desenvolvimento individual. Há uma funcionalização do núcleo básico do conceito.

Martins expõe que a ideia ampla de patrimônio aproxima-se dos atributos morais da pessoa humana⁴⁰⁴.

Os titulares do patrimônio (segundo a proposta dinâmica) passam a ser os autênticos destinatários de qualquer proteção. Para Moccia, “la función del bien no es agotarse en un existir meramente estático, sino que se cumple ofreciendo al titular efectivas y concretas posibilidades de realización de sus propias finalidades”⁴⁰⁵.

Realçou-se no corpo teórico da pesquisa que a imagem do homem na contemporaneidade é a do homem situado em todas as facetas econômicas. Dentre os vários aspectos da sociedade, o ponto recorrente é a interface entre autodeterminação e as possibilidades decorrentes da ordem econômica para a realização do projeto individual de vida. Parte significativa da população brasileira está alijada da inserção

⁴⁰³ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 760-764.

⁴⁰⁴ A CRFB/88 daria os contornos do patrimônio mínimo. Cf.: MARTINS, Fernando Martins. *Controle do patrimônio público: comentários à lei de improbidade administrativa*, 2010, p. 43. Especificamente quanto ao patrimônio público, neste inclui a moralidade como um de seus elementos.

⁴⁰⁵ MOCCIA, Sergio. De la tutela de bienes a la tutela de funciones. In.: SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. (Org.) *Política criminal y nuevo Derecho Penal*. Barcelona: Bosch Editor, 1997, p. 125.

formal no sistema financeiro, incluindo o não bancarizado. Se realmente o mercado financeiro é o elo entre o capitalismo e os modos produtivos, há um segmento social que encontra dificuldades nessa seara⁴⁰⁶. Concorde-se com a ideia de que “uma concepção do direito que o entenda como um fator político, dando ênfase à discricionariedade judicial e à permeabilidade do processo judicial a outras disciplinas (...) não é um método espontâneo”⁴⁰⁷.

Em países como o Brasil a prevenção da corrupção e do favoritismo políticos e a limitação do poder regulamentador do Estado sobre a economia têm ou devem ter um relevo muito maior do que é necessário em outras sociedades⁴⁰⁸.

A pluralidade dos conceitos de economia e ordem econômica impulsiona a expansão irracional da intervenção penal.

No entanto, a ordem econômica pode ser compreendida numa perspectiva material. Moccia ressalta que a aptidão da noção de patrimônio dinâmico “para satisfacer las exigencias del titular, comporta una decidida valoración, porque deviene el presupuesto para que el bien abarque las perspectivas de función social que transitan entre las relaciones individuo-objeto del interes”⁴⁰⁹. A liberdade pode conviver com as possibilidades de participação social do indivíduo:

En mi opinión, estructurada democráticamente la convivencia sobre el reconocimiento de la primacía de la libertad y las posibilidades de participación social del individuo es obligada la garantía jurídica de un espacio de desarrollo personal en el ámbito patrimonial. Los intereses que merecen la particular protección penal justifican su elevación a la categoría de bien jurídico penal precisamente por su funcionalidad para dicho desarrollo personal y los presupuestos sociales que lo posibilitan. Perspectiva funcional del bien jurídico que se acomoda a los parámetros constitucionalmente reconocidos, y que ha de acogerse, como señalaba Rudolphi, también en la definición de bienes que tradicionalmente tienden a definirse estáticamente, como la propiedad, cuya significación social reside en las posibilidades de acción que con ella se abren⁴¹⁰.

⁴⁰⁶ Segundo o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada - IPEA, 39,52% da população brasileira não possuíam sequer conta corrente e 48,56% dos não bancarizados recorriam a parentes e amigos para acesso ao crédito. Cf.: BRASIL. Banco Central do Brasil - BACEN. *III Fórum sobre inclusão financeira*. Disponível em: <http://www.bcb.gov.br/pre/evnweb/atividade/21.11_Painel1_Mesa1_Fabio_Schiavinatto_201201031343321980.pdf>. Acesso em: 30 jan 2017.

⁴⁰⁷ POSNER, Richard. *A Economia da Justiça*, 2010, p. XVIII.

⁴⁰⁸ POSNER, Richard. *A Economia da Justiça*, 2010, p. XVII.

⁴⁰⁹ MOCCIA, Sergio. De la tutela de bienes a la tutela de funciones. In.: SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. (Org.) *Política criminal y nuevo Derecho Penal*, 1997, p. 1, 25.

⁴¹⁰ DE LA MALTA, Noberto J. Observaciones para una discusión sobre el concepto funcional de propiedad y patrimonio. In.: TIEDEMANN, Klaus; ZAPATERO, Luis Arroyo. *Hacia un Derecho Penal Económico europeo: jornadas en honor del profesor Klaus Tiedemann*. Madrid: Boletín Oficial del Estado, 1995, p. 264.

Essa perspectiva de funcionalização do patrimônio foi desenvolvida inicialmente para diferenciar o patrimônio público e o patrimônio privado nos idos de 1970, a partir da figura típica do estelionato⁴¹¹. Tiedemann⁴¹² foi um dos precursores⁴¹³.

Acredita-se que ela pode subsidiar a conceituação de ordem econômica para além da função estatal⁴¹⁴. O patrimônio privado está sujeito a planejamento e organização racional de recursos e fins:

los patrimonios privados también son circulantes, también existe una planificación y organización racional de recursos y de fines —máxime en sociedades y empresas—, aunque no exista un control de legalidad o control político de las actuaciones patrimoniales . El hecho de que los fines fijados para los recursos publicos reciban una consideración especial no invalida la realidad de que la significación del patrimonio para cualquier titular reside en la funcionalidad de los bienes para la satisfacción de los fines o intereses particulares⁴¹⁵.

No mesmo sentido, para Moccia a visão de patrimônio dinâmico permite que o indivíduo alcance uma margem relevante para a sua autodeterminação:

⁴¹¹ BATARRITA, Adela Asúa. Estafa común y fraude de subvenciones de la protección del patrimonio a la protección de la institución subvencional. In.: TIEDEMANN, Klaus; ZAPATERO, Luis Arroyo. *Hacia un Derecho Penal Económico europeo*: jornadas en honor del profesor Klaus Tiedemann. Madrid: Boletín Oficial del Estado, 1995, p. 135-136.

⁴¹² “En la fundamentación de su postura acude Tiedemann a lo que considera rasgos distintivos del patrimonio público respecto al patrimonio privado: los recursos económicos públicos están abocados al gasto y distribución en un (lujo circulatorio constante, sin pretensión de obtención de ganancias económicas, pues se dirigen a la satisfacción de los cometidos propios de la Administración, de acuerdo con los fines legalmente establecidos. El conjunto patrimonial en cuanto recursos circulantes se renueva mediante los ingresos que afloran básicamente a través de los tributos, cuya legitimación proviene de esas funciones que debe desempeñar la Administración en la promoción de objetivos de interés general. Por ello, concluye Tiedemann, el patrimonio público no puede concebirse estáticamente como un conjunto cuyo mantenimiento deba protegerse, de ahí que el concepto de patrimonio no pueda ser el mismo cuando se refiere a la economía pública que cuando se trata de la economía privada, puesto que ambas se inspiran en lógicas diferentes.” In.: BATARRITA, Adela Asúa. Estafa común y fraude de subvenciones de la protección del patrimonio a la protección de la institución subvencional. In.: TIEDEMANN, Klaus; ZAPATERO, Luis Arroyo. *Hacia un Derecho Penal Económico europeo*: jornadas en honor del profesor Klaus Tiedemann, 1995, p. 135-136.

⁴¹³ DE LA MALTA, Noberto J. . Observaciones para una discusión sobre el concepto funcional de propiedad y patrimonio. In.: TIEDEMANN, Klaus; ZAPATERO, Luis Arroyo. *Hacia un Derecho Penal Económico europeo*: jornadas en honor del profesor Klaus Tiedemann, 1995, p. 245, nota 7.

⁴¹⁴ Nas palavras de Batarrita: “Del reconocimiento de la especial dimensión de los fines públicos no se deriva, sin embargo, la consecuencia de que el patrimonio privado deba concebirse estáticamente”. In.: BATARRITA, Adela Asúa. Estafa común y fraude de subvenciones de la protección del patrimonio a la protección de la institución subvencional. . Observaciones para una discusión sobre el concepto funcional de propiedad y patrimonio. In.: TIEDEMANN, Klaus; ZAPATERO, Luis Arroyo. *Hacia un Derecho Penal Económico europeo*: jornadas en honor del profesor Klaus Tiedemann, 1995, p. 137.

⁴¹⁵ BATARRITA, Adela Asúa. Estafa común y fraude de subvenciones de la protección del patrimonio a la protección de la institución subvencional. In.: TIEDEMANN, Klaus; ZAPATERO, Luis Arroyo. *Hacia un Derecho Penal Económico europeo*: jornadas en honor del profesor Klaus Tiedemann, 1995, p. 137-138.

Una tutela del patrimonio asume relevancia en la sociedad y, además, en el ordenamiento, no porque, o no sólo porque, determinados objetos o Derechos que tengan valor económico se atribuyan a un sujeto, sino por el hecho de que la disponibilidad de estos bienes asegura al sujeto un margen de desarrollo de su personalidad en los ámbitos de la experiencia socio-individual en que se trata de la adquisición y de la pérdida, del disfrute o de la posesión, de la riqueza y de la pobreza⁴¹⁶.

Batarrita esclarece que o que “se protege é a potencialidade do patrimônio para servir aos fins que estabelece seu titular, mas para o ordenamento é indiferente o fim específico que se propõe o titular”⁴¹⁷. Apesar de referida ideia ter sido desenvolvida no marco de um delito patrimonial individual, como já afirmado, Batarrita avança para projetar seu conteúdo no marco dos bens jurídicos supraindividuais justamente porque nestes também se preservam de forma mediata e indireta interesses patrimoniais⁴¹⁸.

É por meio da ordem econômica que se manifesta a máxima potencialidade dessa visão de patrimônio dinâmico⁴¹⁹. Com fundamento nesta visão e na distinção entre regulação e supervisão, aponta-se que uma das balizas para aferir o dano passa a ser um prejuízo ou óbice ao exercício de função econômica⁴²⁰.

Abandona-se o parâmetro abstrato de grave dano à economia nacional – o que, a princípio, é difícil comprovação dado o funcionamento real e fático do mercado no contexto da sociedade da segunda modernidade. Em seu lugar, funcionaliza-se o dano⁴²¹.

⁴¹⁶ MOCCIA, Sérgio. De la tutela de bienes a la tutela de funciones. In.: SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. (Org.) *Política criminal y nuevo Derecho Penal*, 1997, p. 133

⁴¹⁷ BATARRITA, Adela Asúa. Estafa común y fraude de subvenciones de la protección del patrimonio a la protección de la institución subvencional. In.: TIEDEMANN, Klaus; ZAPATERO, Luis Arroyo. *Hacia un Derecho Penal Económico europeo: jornadas en honor del profesor Klaus Tiedemann*, 1995, p.138.

⁴¹⁸ BATARRITA, Adela Asúa. Estafa común y fraude de subvenciones de la protección del patrimonio a la protección de la institución subvencional. In.: TIEDEMANN, Klaus; ZAPATERO, Luis Arroyo. *Hacia un Derecho Penal Económico europeo: jornadas en honor del profesor Klaus Tiedemann*, 1995, p.145. A análise desenvolve-se no marco dos crimes contra as subvenções públicas.

⁴¹⁹ Fernández aponta a seguinte distinção: El *orden económico* es objeto de protección penal en el Derecho Penal Económico. Pero hemos sostenido que ese orden económico tiene dos formas de manifestación: una estricta y una amplia. En sentido estricto, el orden económico ha de entenderse como regulación jurídica del intervencionismo estatal en la economía. En sentido amplio, el orden económico es la regulación jurídica de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios. Cf.: FERNÁNDEZ, Miguel Bajo. Concepto y contenido del Derecho Penal Económico. In.: *Estudios de Derecho Penal Económico*. Caracas: Livrosca, 2002, p. 9.

⁴²⁰ MOCCIA, Sérgio. De la tutela de bienes a la tutela de funciones. In.: SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. (Org.) *Política criminal y nuevo Derecho Penal*, 1997, p. 134.

⁴²¹ Cf.: PÁDUA, Renata Rodrigues de. *Dos crimes contra o sistema financeiro nacional: a responsabilidade penal dos administradores de cooperativas de crédito*. 2012. 163f. Dissertação (Mestrado em Direito). Belo Horizonte: Universidade de Minas Gerais, Faculdade de Direito, p. 25.

Passa-se a exigir que concretamente haja prejuízo ou obstáculo à função econômica a partir de indivíduos singularmente considerados.

É nesta perspectiva que se apreende o bem jurídico-penal como elemento indispensável para o conceito material de delito e para limitação do poder punitivo⁴²². A categoria dogmática é considerada um limite negativo para a incriminação.

A discussão em questão exige também que se assuma posição quanto à possibilidade de distinção entre bens jurídicos individuais e coletivos.

Para Hassemer, sobretudo, em bens jurídicos clássicos não há falar em proteção de elementos sistêmicos sem redução ao prisma individual. Alguns bens jurídicos coletivos podem ser protegidos pela intervenção penal desde que se submetam ao processo de redução individual⁴²³.

A concepção de Hassemer é criticada por Silva Sánchez⁴²⁴. Atribui-se a ela o qualificativo “elitista”, já que, rejeitando a expansão do poder punitivo para fazer face à criminalidade econômica rechaça grande parte da tutela penal dos bens jurídicos coletivos, os quais são geralmente violados por segmentos organizados e com poderio político-econômico no Estado.

Também é criticada por Tiedemann, uma vez que a criminalidade de cunho econômico pode afetar a economia de um país como um todo⁴²⁵, não sendo, portanto, os bens jurídicos a ela relacionados construções nebulosas ou estéreis.

A fundo, a teoria de Hassemer continua a fundamentar as já conhecidas notas de seletividade do poder punitivo e nega o alto grau de dano ou perigo de lesão a muitos setores.

Em contribuições mais recentes e pouco difundidas no Brasil, Hassemer continuou sendo partidário do instituto do bem jurídico-penal como categoria indispensável e fundamental para a legitimidade da incriminação. Entretanto, ele

⁴²² Stratenwerth, por exemplo, no que se refere aos bens jurídicos coletivos, entende que o que está em questão são decisões normativas básicas que nos interesse a todos como coletividade; por isso, deve-se discutir como tais razões que podem falar a favor ou contra sua cobertura, o que deve ser feito sem o peso do dogma do bem jurídico. Cf.: STRATENWERTH, Günter. La criminalización en los delitos contra bienes jurídicos colectivos. In.: *La teoría del bien jurídico*. Roland Hefendehl, Andrew Von Hirsch y Wolfgang Wohlers (Eds.). Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 365-372.

⁴²³ HASSEMER, Winfried. Derecho Penal simbólico y protección de bienes jurídicos. In.: BUSTOS RAMÍREZ, Juan. (Coord.). *Pena y Estado*. Santiago: Editorial Jurídica Conosur, 1995, p. 26-36.

⁴²⁴ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del Derecho Penal*, 2001.

⁴²⁵ Nas palavras de Tiedemann, “o crime econômico e o Direito Penal Econômico caracterizam-se porque o fato não se dirige somente contra interesses individuais, senão contra interesses sociais e supraindividuais do acontecer econômico, é dizer, são lesionados bens jurídicos sociais e supraindividuais da vida econômica ou se abusa de instrumentos da vida econômica atual”. Cf.: TIEDEMANN, Klaus. *Derecho Penal y nuevas formas de criminalidad*. San José: Grijley, 2007, p. 7.

afirmou a necessidade de que a teoria do bem jurídico-penal se integre às condições essenciais da vida moderna⁴²⁶. A noção de bem jurídico deveria adequar-se à realidade.

O autor orientou seu pensamento no sentido de que “quando falamos de bem jurídico, falamos da relação concreta entre direito e vida, de uma ponte firme para os verdadeiros bens jurídicos das pessoas hoje em dia”. E, ainda segundo ele, “isso exige uma integração inteligente no sistema de bens jurídicos das condições de vida da moderna socialização, isto é, sobretudo de interesses universais”⁴²⁷.

Em sentido semelhante à Tiedemann, Artz aduz que as incriminações modernas são importantes no marco da sociedade pós-industrial:

Contudo, a essa visão tradicional deve ser contraposto o argumento de que, para a nossa atual sociedade industrial, muitas proibições modernas do Direito Penal secundário são tão importantes quanto os tipos tradicionais do Direito Penal nuclear. Por isso, faz parte dos objetivos prementes da reforma penal conscientizar a comunidade jurídica de que os comportamentos proibidos no Direito Penal secundário também são perigosos⁴²⁸.

Na doutrina italiana, os estudiosos não ignoram a importância das opções valorativas na intervenção penal. O conteúdo material do bem jurídico-penal também é objeto de pensamento sobre as lindes da intervenção penal. Moccia resume que “o Código Penal não pode ser mais o código para indigentes ou estúpidos, os quais, para seguir adiante, não possuem alternativa que não meter as mãos nos bolsos alheios”⁴²⁹.

Fischer realça que Ferrajoli reconhece que o Estado deve se ocupar da “criminalidade do poder”, marcada por corrupção, lavagem de dinheiro, fraudes fiscais⁴³⁰, embora sobre este tema o autor não tenha sido muito lembrado pelos pesquisadores no Brasil:

⁴²⁶ HASSEMER, Winfried. ¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico-penal? In.: *La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático?* Roland Hefendhel (Ed.). Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 93-104.

⁴²⁷ HASSEMER, Winfried. ¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico-penal? In.: *La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático?*, 2007, p. 104.

⁴²⁸ ARZT, Gunther. Aprofundamento e particularidades. In.: ROXIN, Claus. *Introdução ao Direito Penal e ao Direito Processual penal*, 2003, p. 99.

⁴²⁹ MOCCIA, Sérgio. *El Derecho Penal entre o ser y o valor: función de la pena y sistemática teleológica*. Tradução Antonio Bonanno. Buenos Aires: IBDF, 2008, p. 286.

⁴³⁰ FISCHER, Douglas. O custo social da criminalidade econômica. *Inovações no Direito Penal Econômico: contribuições criminológicas, político criminais e dogmáticas*, 2011, p. 31.

En efecto, pues está en curso una profunda crisis del paradigma constitucional, que afecta tanto a las formas representativas de la democracia como a su sustancia constitucional, comprometiendo el papel del gobierno de la política y las funciones reguladoras y garantistas del Derecho. Esta crisis se manifiesta en el desarrollo, a escala estatal extra o supraestatal, de poderes económicos y financieros carentes de límites y controles, en la subordinación a ellos de las políticas de gobierno y en la agresión al conjunto de los Derechos sociales y del trabajo, por obra de una política tan impotente frente al capital financiero como omnipotente en relación con los sectores sociales más débiles⁴³¹.

Ferrajoli envida esforços para propor um modelo de constitucionalismo garantista que trata os poderes político e econômico como variáveis das diretivas normativas⁴³². Ele reconhece como própria da sociedade contemporânea⁴³³ um tipo de criminalidade que alcança e tem o condão de lesar bens jurídicos supraindividuais, nela incluindo a criminalidade econômica⁴³⁴.

No ordenamento espanhol, Fernández aponta que muitas críticas foram lançadas ao capítulo dos crimes socioeconômicos do Código Penal Espanhol dos idos de 1980: simbolismo, demagogia, desnecessidade⁴³⁵. O cenário há muito se modificou: o Direito Penal Econômico não foi um obstáculo para o desenvolvimento da moderna economia de Estado a que se refere a Constituição da Espanha. Introduziu fortes restrições no mundo econômico para preservar a liberdade⁴³⁶.

Por fim, para Hefendehl os bens jurídicos coletivos são aqueles que servem aos interesses de muitas pessoas⁴³⁷, agregando-se a ideia de “não exclusão no uso” e de “não rivalidade no uso”⁴³⁸. Um bem será coletivo quando seja conceitual, real e juridicamente impossível dividir esse bem em partes iguais e assinalar uma porção deste a alguém que seja determinado. É usufruído por cada membro da sociedade e por isso

⁴³¹ FERRAJOLI, Luigi. *La democracia a través de los Derechos*: el constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político. Madrid: Editorial Trotta, 2014, p. 11.

⁴³² FERRAJOLI, Luigi. *La democracia a través de los Derechos*: el constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político, 2014, p. 11.

⁴³³ Expressão tomada em sentido vulgar.

⁴³⁴ Cf.: FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y garantismo*. Madrid: Trotta, 2008.

⁴³⁵ Cabe realçar que as principais delas são comuns aos discursos brasileiros.

⁴³⁶ Cf.: FERNÁNDEZ, Miguel Bajo. Derecho Penal Económico: desarrollo económico, protección penal y cuestiones político-criminales. In.: TIEDEMANN, Klaus; ZAPATERO, Luis Arroyo. *Hacia un Derecho Penal Económico europeo*: jornadas en honor del profesor Klaus Tiedemann. Madrid: Boletín Oficial del Estado, 1995, p. 63-64.

⁴³⁷ HEFENDEHL, Roland. Debe ocuparse el Derecho Penal de riesgos futuros? *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. Artículos. RECPC 04.14.2012, p. 3. Disponível em: <http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_04-14.pdf>. Acesso em 13 mar. 2014.

⁴³⁸ HEFENDEHL, Roland. Debe ocuparse el Derecho Penal de riesgos futuros? *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2012, p. 4.

não seria possível relacioná-lo, no todo ou em parte, a um único setor da sociedade e um dos exemplos é exatamente a segurança no trânsito financeiro-monetário⁴³⁹.

Uma coisa é inventar um bem jurídico coletivo para satisfazer algum interesse do Estado ou das forças político-econômicas⁴⁴⁰; outra é não aceitar que o Estado atual não pode ser concebido sem os bens jurídicos coletivos⁴⁴¹ e que a sociedade da pós-modernidade apresenta paradigmas diversos do Direito Penal clássico.

O conceito de bem jurídico-penal é um dos primeiros filtros de legitimação da incriminação de uma conduta, embora insuficiente para promover ou auxiliar a racionalidade do poder punitivo penal⁴⁴².

⁴³⁹ HEFENDEHL, Roland. Debe ocuparse el Derecho Penal de riesgos futuros? *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2012, p. 4.

⁴⁴⁰ A distinção entre bem jurídico e função penal foi muito bem apresentada por Juarez Tavares: função sempre tem uma característica de instrumentalidade e de dependência de outro objeto e não é suscetível de preferência, pois não constitui um valor e, portanto, não pode ser confundida com um bem, embora algumas funções se materializem a ponto de suas emanções constituírem uma realidade. TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*, 2002, p. 206-217. O bem jurídico, por outro lado, apresenta-se como objeto de preferência e de referência (v.g. controle de simples trânsito de patrimônio não pode ser considerado bem jurídico).

⁴⁴¹ HEFENDEHL, Roland. Debe ocuparse el Derecho Penal de riesgos futuros? *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2012, p. 6. Cf.: TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*, 2002, p. 219.

⁴⁴² A decisão do STF em relação à conduta típica do art. 16, da Lei 10.826/2003 é interessante e abaliza o entendimento ora exposto, uma vez que ainda que se mostre partidário da constitucionalidade de crimes de perigo abstrato, a utilização do conceito dogmático de bem jurídico-penal evitou uma decisão irracional: “Uso de munição como pingente e atipicidade - É atípica a conduta daquele que porta, na forma de pingente, munição desacompanhada de arma. Com base nessa orientação, a Segunda Turma concedeu a ordem em “habeas corpus” para restabelecer a decisão de tribunal local que absolvera o paciente. Na espécie, o paciente portava — como pingente — munição de uso proibido sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar (Lei 10.826/2003, art. 16, “caput”). Condenado em primeira instância à pena de três anos de reclusão, substituída por duas penas restritivas de direitos, fora absolvido pelo tribunal local. Segundo a Corte estadual, a conduta imputada ao sentenciado não representava qualquer perigo de lesão ou ameaça de lesão ao bem jurídico tutelado pelo art. 16, “caput”, da Lei 10.826/2003. A condenação fora restabelecida pelo STJ para afastar a atipicidade da conduta, objeto do presente “habeas”. **A Turma apontou que, no caso concreto, o comportamento do paciente não oferecera perigo, abstrato ou concreto.** HC 133984/MG, rel. Min. Cármen Lúcia, 17.5.2016. (HC-133984) (Informativo 826, 2ª Turma)”.

6 O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA E A TIPICIDADE PENAL

A integração do princípio da eficiência aos critérios que orientam a atividade de tipificação penal das condutas, como aqui se pretende, depende, antes de tudo, que se conheça o arcabouço teórico que fundamenta o conceito de tipo penal. Tal exame é o que se passa a fazer.

Neste trabalho, o tipo penal será examinado no contexto mais amplo do conceito analítico de crime, que congrega as três notas fundamentais do fato-crime: ação típica (tipicidade), ilícita ou antijurídica (ilicitude ou antijuridicidade) e culpável (culpabilidade). Trata-se do conceito tripartido⁴⁴³ ou tripartite⁴⁴⁴.

Welzel ensina que no século XIX ignoravam-se estas distinções. O conceito fundamental foi a “imputação”. Depois, abandonou-se este conceito: em 1867, Jhering desenvolveu o conceito de “antijuridicidade objetiva” e deste, por volta de 1880, separou-se a culpabilidade “subjéctiva” (sobretudo com o Tratado de Liszt), enquanto o conceito de tipo foi desenvolvido em 1906, por Beling⁴⁴⁵.

Para Brandão, “a história da dogmática penal apresenta na linha do tempo sucessivas teorias que investigam a ação no plano penal”⁴⁴⁶. As principais são: a) causal; b) social⁴⁴⁷; c) finalista e, d) funcionalista.

Para o Direito Penal, tem importância especial que se limite o conteúdo da matéria de proibição⁴⁴⁸. O comportamento somente pode ser punido quando subsumido a um dispositivo que descreva expressamente o ato proibido ou determinado,

⁴⁴³ O modelo bipartido “concebe o tipo de injusto como uma unidade conceitual formada pelo tipo legal e pela antijuridicidade - que admitem operacionalização analítica separada, mas não constituem categorias estruturais diferentes do fato punível: o tipo legal é a descrição da lesão do bem jurídico e a antijuridicidade é um juízo de valoração do comportamento descrito no tipo legal, formando o conceito de tipo de injusto. No mesmo sentido a teoria dos elementos negativos do tipo. (...)”. Já o modelo tripartido é assim explicado: “O sistema tripartido de fato punível, ainda dominante na dogmática contemporânea, define crime como ação típica, antijurídica e culpável, um conceito formado por um substantivo qualificado pelos atributos da adequação ao modelo legal, da contradição aos preceitos proibitivos e permissivos e da reprovação de culpabilidade”. Cf.: SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: Parte Geral I*. 6. ed., ampl. e atual. Curitiba: ICPC Cursos e Edições, 2014, p. 73-75.

⁴⁴⁴ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de Direito Penal*: de acordo com a Lei n. 7.209, de 11-7-1984 e com a Constituição de 1988. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 80.

⁴⁴⁵ WELZEL, Hans. La dogmática en el Derecho Penal. In.: *Estudios de Filosofía del Derecho y Derecho Penal*. Colección: Maestros del Derecho Penal, n. 14. Montevideo-Buenos Aires: Editorial BdeF, 2006, p. 51.

⁴⁴⁶ BRANDÃO, Cláudio. *Teoria jurídica do crime*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 23.

⁴⁴⁷ Esse sistema não será objeto de estudo no trabalho.

⁴⁴⁸ WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista*. Tradução, prefácio e notas de Luiz Regis Prado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 48.

cominando-lhe uma pena⁴⁴⁹.

Assim como todos os conceitos básicos de Direito Penal, a teoria da tipicidade e o tipo penal, ao longo do tempo, têm apresentado diferentes conceituações⁴⁵⁰. Os diversos significados ocorrem a partir da concepção de Direito Penal do qual faz parte⁴⁵¹. O tipo penal é um produto da decisão política, ou seja, de uma valoração que influenciará todo o trabalho dogmático que partirá dos tipos já dados⁴⁵². Possui determinada carga axiológica de proibição inerente à sua estrutura⁴⁵³.

Para Tavares, “a noção de tipo é fruto de longa evolução, que praticamente se confunde com a história do delito”⁴⁵⁴. A tipicidade, enquanto juízo de subsunção do fato concreto da vida ao tipo abstrato, igualmente, influencia o desenvolvimento dogmático, sendo reconhecida como um dos elementos mais relevantes⁴⁵⁵.

6.1 Da tipicidade penal no sistema causalista e no sistema neocausalista

Para o sistema causal, “o conteúdo da volição não deve ser analisado na ação, mas na culpabilidade”⁴⁵⁶.

Segundo Tavares, “vontade da ação é apenas aquela indispensável para caracterizar a ausência de coação mecânica ou psicofísica, servindo, pois, meramente como impulso inicial que desloca a inércia do comportamento”⁴⁵⁷. Para os causalistas, a

⁴⁴⁹ ROXIN, Claus. *Introdução ao Direito Penal e ao Direito Processual penal*, 2003, p. 22.

⁴⁵⁰ ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General*. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Traducción de la 2 edición alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Pena, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal. Madri: Civitas, 1997, p. 203.

⁴⁵¹ Antes da elaboração sistemática do tipo, tal como conhecida atualmente, o delito era entendido apenas como “ação antijurídica, culpável e ameaçada com uma pena”. Cf.: ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General*, Tomo I, 1997, p. 277. Hruschka cita que Pufendorf formulou seu primeiro axioma de uma “*jurisprudencia universalis*”. Cf.: HRUSCHKA, Joachim. *La imputación ordinaria y extraordinaria en Pufendorf*. trad. de Nuria Pastor Muñoz. Cuadernos de conferencias y artículos n. 35. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2006, p. 7: “Una *actio* (qualquiera), que pueda guiarse por una norma moral y cuyo acontecer o no acontecer está al alcance de la persona, puede ser imputada a esa persona. Y, a la inversa, no puede imputarse a una persona aquello que ni considerado en sí mismo ni en su causa está a su alcance”. No mesmo sentido: VARGAS, José Cirilo de. *Do tipo penal*. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 67.

⁴⁵² ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico penal*. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro/São Paulo: Editora Renovar, 2000, p. 30.

⁴⁵³ LOPES, Luciano Santos. *A relação entre tipo legal de crime e a ilicitude: uma análise do tipo total de injusto*. Tese (doutorado). 237f. Belo Horizonte: Universidade de Minas Gerais, Faculdade de Direito, 2010, p. 69.

⁴⁵⁴ TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*, 2002, p. 130.

⁴⁵⁵ MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal: Parte General*. 8 edición, revisada y puesta al día. València: Tirant to Blanc Libros, 2010, p. 251.

⁴⁵⁶ BRANDÃO, Cláudio. *Teoria jurídica do crime*, 2015, p. 26.

⁴⁵⁷ TAVARES, Juarez. *Teorias do delito: variações e tendências*, 1980, p. 18.

vontade na ação é tomada conjugadamente em dois aspectos: um causal-objetivo (caracterizado como impulso expressado pelo movimento corpóreo) e um causal-negativo (juízo acerca da inexistência da ação)⁴⁵⁸.

Um dos principais expoentes⁴⁵⁹ do modelo causal clássico foi Von Liszt⁴⁶⁰.

A contribuição central do sistema causal foi a elaboração do conceito de tipo por Beling⁴⁶¹, por volta de 1906⁴⁶². Segundo o autor, a descrição típica referia-se só ao aspecto objetivo (exterior) da ação humana⁴⁶³. Anteriormente, o tipo⁴⁶⁴ compreendia a totalidade dos caracteres do delito.

Stratenwerth aponta que o conceito de tipo remonta, historicamente, ao de *corpus delicti*, que se pode ver primeiramente em Farinacius (1581), tendo Beling⁴⁶⁵ lhe atribuído um papel autônomo⁴⁶⁶.

Com Beling, “a expressão deixa de se referir ao fato concreto, para significar o conjunto de circunstâncias caracterizadoras abstratamente do delito”⁴⁶⁷.

Na doutrina brasileira, Bitencourt ensina que a teoria do tipo criou a tipicidade como característica essencial da dogmática do delito, fundamentando-se no conceito causal de ação, concebido por Liszt⁴⁶⁸.

⁴⁵⁸ TAVARES, Juarez. *Teorias do delito: variações e tendências*, 1980, p. 19.

⁴⁵⁹ BRANDÃO, Cláudio. *Teoria jurídica do crime*, 2015, p. 24.

⁴⁶⁰ Ação: “conduta voluntária no mundo exterior; causa voluntária ou não impeditiva de uma modificação no mundo exterior”. Cf.: LISZT, Franz von. *Tratado de Derecho Penal*. Madrid: Reus, s.d. t. II, p. 297.

⁴⁶¹ MARQUES, Daniela de Freitas. *Elementos subjetivos do injusto*, 2001, p. 39. No mesmo sentido: TAVARES, Juarez. *Teorias do delito: variações e tendências*, 1980, p. 21.

⁴⁶² ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho Penal: Parte General*. 2 ed. Buenos Aires: Ediar, 2002, p. 445: “cabe observar que la teoría objetiva del tipo nació con Beling, quien lo entendía de ese modo, no ya por pertenecer a la ley sino porque pretendía que la descripción típica abarcara sólo el aspecto objetivo (exterior) de la acción humana”.

⁴⁶³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho Penal: Parte General*, 2002, p. 445: “cabe observar que la teoría objetiva del tipo nació con Beling, quien lo entendía de ese modo, no ya por pertenecer a la ley sino porque pretendía que la descripción típica abarcara sólo el aspecto objetivo (exterior) de la acción humana”.

⁴⁶⁴ Para um panorama sobre a evolução do conceito de tipo: MAURACH, Reinhart. *Tratado de Derecho Penal*, 1962, p. 271-272.

⁴⁶⁵ A elaboração de Beling trouxe um viés mais estrito. Cf.: WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista*, 2008, p. 54.

⁴⁶⁶ STRATENWERTH, Günter. *Derecho Penal: Parte General. El hecho punible*. Tomo I. Trad. Manuel Cancio Meliá e Marcelo A. Sancinetti. Madrid: Thomson-Civitas, 2005, p. 99: “Primeramente fue denominada *corpus delicti* la totalidad de las huellas externa de la comisión de un delito; más tarde – en el siglo XVIII y principios del XIX – la totalidad de los elementos que integran un delito determinado. Recién Beling le atribuyó al “tipo” el papel autónomo en la estructura del delito, que permite contraponerlo a la antijuridicidad y la culpabilidad. Pero el concepto es usado en muy diversas formas”.

⁴⁶⁷ TAVARES, Juarez. *Teorias do delito: variações e tendências*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980, p. 22.

⁴⁶⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Erro de tipo e erro de proibição: uma análise comparativa*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 22.

Liszt, no âmbito da doutrina alemã, acolhe o tipo consoante a proposta de Beling: como uma categoria sistemática autônoma frente à antijuridicidade⁴⁶⁹.

O tipo era constituído pelos elementos objetivos contidos na enunciação normativa do delito. Não estavam incluídos quaisquer elementos axiológicos ou relacionados a estados anímicos⁴⁷⁰.

O fundamento do tipo estava na causalidade: “considerava-se realizado o tipo toda vez em que alguém constituía uma condição para o resultado nele previsto, ou seja, toda vez em que alguém o causava, no sentido da teoria da equivalência dos antecedentes”⁴⁷¹. O resultado era parte integrante da ação e deveria constar de todos os delitos, sendo impossível reconhecer crimes sem resultado⁴⁷².

Para a doutrina, essa concepção de Beling traz um conceito de tipo penal rigorosamente objetivo, avalorativo e descritivo⁴⁷³ e gerou muitas críticas ao autor, especialmente em virtude da descoberta dos elementos subjetivos.

Welzel ressalta que, na tentativa de superar essa neutralidade valorativa, Sauer e Mezger desenvolveram a estrutura bipartida de crime⁴⁷⁴.

As críticas às contribuições de Beling persistiram mesmo após as iniciativas desse autor de, por volta de 1930, reformular sua concepção inicial sobre o tipo a fim de superar as deficiências apontadas pelos estudiosos⁴⁷⁵. Ele apresentou uma diferenciação

⁴⁶⁹ Nas lições do autor: “Nesses termos, optamos claramente por manter o tipo como categoria sistemática autônoma frente à antijuridicidade. Ademais, seguindo o modelo valorativo escalonado do fenômeno delitivo, entendemos que o conceito de tipo não tem o mesmo significado de crime, pois, para identificar uma conduta como crime, é necessário, ainda, analisar se a conduta típica é antijurídica e culpável. Seguindo essa linha de raciocínio, crime não se confunde com injusto, embora ambos tenham caráter substantivo”. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Erro de tipo e erro de proibição: uma análise comparativa*, 2013, p. 22.

⁴⁷⁰ LUISI, Luiz. *O tipo penal, a teoria finalista e a nova legislação penal*. Porto Alegre: Fabris, 1987, p. 15.

⁴⁷¹ ROXIN, Claus. *Estudos de Direito Penal*. 2. ed. Tradução Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 101.

⁴⁷² TAVARES, Juarez. *Teorias do delito: variações e tendências*, 1980, p. 21.

⁴⁷³ Nesse sentido, Eduardo Correia: “Para Beling, o tipo deveria considerar-se valorativamente neutro: a ação seria típica sempre que, formalmente, se pudesse subsumir em um das descrições de conformação externa da conduta punível, independentemente da formulação de qualquer juízo de valor; este só viria a ter lugar quando se analisasse a concordância ou oposição entre o comportamento externo-objetivo do agente e as exigências importadas pela ordem jurídica, isto é, precisamente, quando se analisasse a licitude ou ilicitude daquele comportamento”. Cf.: CORREIA, Eduardo. *Direito Criminal*. Volume I. Coimbra: Almedina, 1971, p. 280-281.

⁴⁷⁴ WELZEL, Hans. *Derecho Penal alemán*, 1976, p. 63.

⁴⁷⁵ LUISI, Luiz. *O tipo penal, a teoria finalista e a nova legislação penal*, 1987, p. 16-27. Face às críticas, por volta de 1930, Beling reformula sua teoria inicialmente desenvolvida em 1906. No entanto, para Luisi, o tipo continua sendo rigorosamente objetivo, valorativamente neutro e puramente descritivo. Sobre os elementos subjetivos do injusto, conferir: MARQUES, Daniela de Freitas. *Elementos subjetivos do injusto*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

entre tipo de delito e tipo reitor⁴⁷⁶ que não prevaleceu na doutrina subsequente⁴⁷⁷. Segundo Tavares, Beling, ao final, adota outra posição, “concebendo o tipo como integrante do conceito de antijuridicidade”⁴⁷⁸.

A descoberta dos elementos normativos do tipo leva a uma modificação da concepção de Beling. Esses elementos exigem um pronunciamento de juízos de valor do intérprete ou do julgador para a compreensão do tipo de delito em espécie⁴⁷⁹. Observa-se uma tendência normatizante no tipo⁴⁸⁰.

Na antijuridicidade, as modificações do método legislativo evidenciaram aludida tendência ao apontar que a identificação do injusto, em alguns casos, não poderia ser feita sem o auxílio de elementos subjetivos⁴⁸¹.

A culpabilidade é modificada em razão da concepção normativa de Frank⁴⁸². No juízo de reprovação, como fundamento, surge o critério da normalidade das circunstâncias concomitantes. Desse vetor extrai-se o princípio da inexigibilidade de conduta conforme a norma, como uma causa geral de exculpação⁴⁸³.

Na relação tipicidade-antijuridicidade a tipicidade desempenha um papel exclusivamente descritivo⁴⁸⁴.

Após as mencionadas críticas e descobertas, surgiu o que se convencionou chamar modelo neoclássico do fato punível.

Esse segundo momento do sistema causal vincula-se à introdução do neokantismo na dogmática jurídico-penal, via teórica que altera os fundamentos da

⁴⁷⁶ Segundo as lições de Tavares, “o tipo de delito corresponde às características relativas a cada um dos crimes em espécie contidos na Parte Especial do Código Penal (...), com seus componentes objetivos e subjetivos. O tipo reitor é o correspondente abstrato e conceitual de cada delito-tipo. Como elemento conceitual, o tipo reitor constituiria o primeiro objeto de investigação, complementado pela análise dos demais tipos de delito”. Cf.: TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*, 2002, p. 132.

⁴⁷⁷ TAVARES, Juarez. *Teorias do delito: variações e tendências*, 1980, p. 22.

⁴⁷⁸ TAVARES, Juarez. *Teorias do delito: variações e tendências*, 1980, p. 22.

⁴⁷⁹ TAVARES, Juarez. *Teorias do delito: variações e tendências*, 1980, p. 39.

⁴⁸⁰ TAVARES, Juarez. *Teorias do delito: variações e tendências*, 1980, p. 39.

⁴⁸¹ TAVARES, Juarez. *Teorias do delito: variações e tendências*, 1980, p. 39.

⁴⁸² Segundo Tavares: “A culpabilidade continua a compor-se basicamente de dolo e culpa, mas, agora, a partir de Frank, não mais se apresenta como elemento subjetivo do crime, passando a constituir-se de um juízo de censura ou reprovação pessoal, com base em elementos psiconormativos. Esse juízo de censura significa que a punição só se torna autorizada quando o agente possa ser reprovado pela sua atuação contrária ao direito (pelo cometimento de uma ação típica e antijurídica)”. Cf.: TAVARES, Juarez. *Teorias do delito: variações e tendências*, 1980, p. 40.

⁴⁸³ TAVARES, Juarez. *Teorias do delito: variações e tendências*, 1980, p. 40-41.

⁴⁸⁴ TAVARES, Juarez. *Teorias do delito: variações e tendências*, 1980, p. 22.

teoria do injusto⁴⁸⁵. O injusto é produto de uma criação normativa, sem referência real, como resultado dos juízos de valor, tendo em vista o objetivo do legislador⁴⁸⁶.

Com Mayer, “a tipicidade passa a funcionar como um indício objetivo da incidência de uma norma proibitiva”⁴⁸⁷. O tipo tem um caráter formal, composto de caracteres conceituais objetivo-descritivos do delito, sobre o qual na antijuridicidade se incidirá um juízo de valor⁴⁸⁸. Para Reale Júnior, “Mayer não se afasta integralmente da noção de tipo de Beling, pois considera a tipicidade e a antijuridicidade como elementos distintos, porém, relacionados”⁴⁸⁹. Se há causas de justificação, desaparece o caráter indiciário da tipicidade⁴⁹⁰.

A referida vertente teórica seguiu mantendo a diferenciação entre as faces objetiva e subjetiva do crime, mas de maneira atenuada em razão da descoberta de uma dimensão subjetiva do tipo e da ilicitude⁴⁹¹. De acordo com Santos, “o modelo neoclássico de fato punível é o produto da desintegração do modelo clássico de fato punível e de sua reorganização sistemática conforme novas concepções”⁴⁹².

Para Pacelli⁴⁹³, vê-se que o sistema neoclássico “passava a estudar o crime não mais na perspectiva meramente descritiva e neutra como no sistema anterior”⁴⁹⁴.

⁴⁸⁵ TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*, 2002, p. 135.

⁴⁸⁶ TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*, 2002, p. 135.

⁴⁸⁷ TAVARES, Juarez. *Teorias do delito: variações e tendências*, 1980, p. 22.

⁴⁸⁸ TAVARES, Juarez. *Teorias do delito: variações e tendências*, 1980, p. 23.

⁴⁸⁹ REALE JÚNIOR, Miguel. *Antijuridicidade concreta*. São Paulo: Bushatsky, 1974, p. 35.

⁴⁹⁰ TAVARES, Juarez. *Teorias do delito: variações e tendências*, 1980, p. 23.

⁴⁹¹ MARQUES, Daniela de Freitas. *Elementos subjetivos do injusto*, 2001, p. 49.

⁴⁹² Síntese das modificações: “a) a ação deixa de ser naturalista para assumir significado valorativo, redefinida como comportamento humano voluntário; b) a tipicidade perde a natureza descritiva e livre de valor para admitir elementos normativos (documento, motivo torpe etc.) e subjetivos (a intenção de apropriação, no furto, por exemplo); c) a antijuridicidade troca o significado formal de infração da norma jurídica pelo significado material de da nocividade social, admitindo graduação do injusto conforme a gravidade do interesse lesionado; d) a culpabilidade psicológica incorpora o significado normativo, com reprovação do autor pela formação de vontade contrária ao dever: se o comportamento proibido pode ser reprovado, então pode ser atribuído à culpabilidade do autor”. Cf.: SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: Parte Geral I*, 2014, p. 77.

⁴⁹³ PACELLI, Eugênio. *Manual de Direito Penal: Parte Geral*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 62-63: “A novidade neokantiana, portanto, introduz no Direito Penal o elemento valorativo no âmbito do injusto (penal), o que não ocorria até então no modelo causalista, orientado, com vimos, unicamente pelo método das ciências da natureza. Note-se, porém, que, se a distinção entre os modelos penais for buscada apenas em torno do conceito de ação e sua importância dentro do sistema, o sistema neoclássico permaneceria com a mesma designação do *causa/ismo*, já que o dolo e a culpa permaneciam na culpabilidade (seu aspecto psicológico), longes, ainda, da ação”.

⁴⁹⁴ “Referido modelo teria se articulado ainda no início do século XX, sobretudo na década de 30, na Alemanha, como superação do sistema clássico, a partir do reconhecimento e da sistematização dos chamados elementos subjetivos do injusto. Criticava-se, então, o modelo de LISZT e BELING, particularmente pela separação metodológica que ambos faziam entre o injusto e a culpabilidade, reservando ao primeiro todos os elementos objetivos do delito, e são segundo seus aspectos subjetivos”. Cf.: PACELLI, Eugênio. *Manual de Direito Penal: Parte Geral*, 2015, p. 62.

Tavares afirma que essa concepção denomina-se “teoria teleológica do delito”, pois busca construir o Direito Penal segundo suas finalidades e representações de valor, situadas no interior de suas normas, sob a influência da teoria do conhecimento da filosofia do neokantismo⁴⁹⁵. A essência do Direito Penal deve ser compreendida como expressão normativa de valor⁴⁹⁶.

Mesmo depois dessas reformulações, a vontade da ação continuou a ser considerada como causa e não como fator dirigente do acontecimento⁴⁹⁷. Buscou-se uma conceituação mais geral, apta a acolher a omissão⁴⁹⁸.

O conceito de ação deriva das variações decorrentes da expressão “conduta humana”⁴⁹⁹, mas continua incontornável o problema da omissão, que não pode ser entendida apenas em termos de causalidade física para muitos autores.

O tipo deixa de ser visto apenas de forma descritiva e objetiva. Passa a ser determinado em alguns casos consoante seu valor axiológico⁵⁰⁰. A teoria dos elementos subjetivos do injusto desponta na doutrina⁵⁰¹. A constatação dos elementos normativos do tipo contribuiu para o abandono da concepção meramente neutra de Beling⁵⁰².

Incorpora-se à concepção de antijuridicidade o componente de dano social.

⁴⁹⁵ TAVARES, Juarez. *Teorias do delito: variações e tendências*, 1980, p. 41.

⁴⁹⁶ TAVARES, Juarez. *Teorias do delito: variações e tendências*, 1980, p. 41-42.

⁴⁹⁷ TAVARES, Juarez. *Teorias do delito: variações e tendências*, 1980, p. 41.

⁴⁹⁸ De acordo com Mezger: “El hecho punible es *acción* en el sentido amplio del termino. Esto significa, como ya hemos dicho, que el hecho punible, el “crimen”, es siempre conducta humana. En el sentido estricto del término, se entiende por acción (*Lehrb.*, 89 y 91; *Grd.*, 50-51) solamente el hacer activo, en tanto que la teoría de la acción en sentido amplio abarca también el omitir. La teoría de la acción en este último sentido (capítulo 1) incluye los problemas generales referentes al concepto de acción, la persona del autor, la clasificación legal de las acciones punibles y la diferencia entre hecho de comisión y hecho de omisión. La acción, como concepto jurídico-penal, toma, además, sobre sí los atributos valorativos siguientes”. Cf.: MEZGER, Edmund. *Derecho Penal: Parte General*. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1958, p. 82.

⁴⁹⁹ TAVARES, Juarez. *Teorias do delito: variações e tendências*, 1980, p. 42.

⁵⁰⁰ TAVARES, Juarez. *Teorias do delito: variações e tendências*, 1980, p. 43.

⁵⁰¹ Assim, Mezger: “Por lo general, los tipos están estructurados *objetivamente* si está conminada con pena tanto la comisión dolosa como la culposa. (...)2. En cambio, existe siempre una estructuración *subjetiva* (parcial) del tipo en los casos en que no sólo no se sanciona con pena la comisión culposa (como ocurre en el § 239), sino que ésta no es siquiera *imaginable*, sin que con ello surja un hecho punible del todo *distinto*.” Cf.: MEZGER, Edmund. *Derecho Penal: Parte General*, 1958, p. 137-138.

⁵⁰² De acordo com Bustos-Ramírez e Hormazábal Malarée: “Tempranamente, los autores llamaron la atención sobre la existencia de los elementos normativos en el tipo. La constatación de su presencia fue la base de una de las tantas críticas que se le dirigieran al causalismo naturalista que, refiriéndose al tipo penal, sostenía que simplemente contenía meras descripciones objetivas de hechos (vol. I, 15.3.1). Más tarde, Mezger (Tratado, I, 388) se preocuparía del problema que estos elementos representan a efectos de su conocimiento y la posibilidad de error. Sin duda, la complejidad de los elementos normativos constituyen un principio de incertidumbre y afectan a la función de garantía del tipo penal. El contenido de un elemento normativo está sujeto a un previo juicio valorativo y, como todo juicio valorativo, tiene el peligro de la indeterminación y del subjetivismo”. Cf.: BUSTOS-RAMÍREZ, Juan; HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Lecciones de Derecho Penal: teoría do delito, teoría del sujeto responsable y circunstancias del delito*. Volumen II. Madrid: Editorial Trota, 1999, p. 47.

Modifica-se a teoria referente às relações entre a tipicidade e a ilicitude. O tipo passa a ser tipo de injusto⁵⁰³: vem a ser o fundamento real e material da antijuricidade⁵⁰⁴. Para Mezger, “el hecho punible es, por lo tanto, una acción típicamente antijurídica, personalmente imputable y conminada con pena”⁵⁰⁵.

Nesse modelo, é inovadora a relação entre tipo e antijuricidade⁵⁰⁶. Destacam-se as teorias da *ratio essendi* e a dos elementos negativos do tipo⁵⁰⁷.

Na teoria da *ratio essendi*, para analisar a antijuridicidade é preciso comprovar a tipicidade, aliando-a verificação de ausência de uma causa de justificação, as quais são compreendidas através de uma base formal (tipificação das causas permissivas) e material (injusto como lesão de interesse)⁵⁰⁸. Para Mezger⁵⁰⁹, o tipo já constitui expoente da valoração jurídico-penal.

A ilicitude “constitui um juízo superior acerca dos elementos constitutivos do crime, pois a diagnose do delito compreende não só a percepção do sintoma do

⁵⁰³ Nas lições de Mezger: “*El concepto del tipo jurídico-penal. Es punible sólo el que actúa típicamente. Todo hecho punible es, por consiguiente, un injusto típico. Pero una acción típica es un injusto, siempre que no exista ninguna causa de exclusión del injusto*”. Cf.: MEZGER, Edmund. *Derecho Penal: Parte General*, 1958, p. 143-144.

⁵⁰⁴ TAVARES, Juarez. *Teorias do delito: variações e tendências*, 1980, p. 43.

⁵⁰⁵ MEZGER, Edmund. *Derecho Penal: Parte General*, 1958, p. 82.

⁵⁰⁶ TAVARES, Juarez. *Teorias do delito: variações e tendências*, 1980, p. 43.

⁵⁰⁷ Para Vargas, teoria dos elementos negativos do tipo é uma variante da teoria da *ratio essendi*: “A tipicidade, como *ratio essendi* da ilicitude, comporta duas alternativas. Uma considera que a tipicidade implica a ilicitude, e esta resulta excluída em face de uma causa de justificação. É chamada teoria do “tipo de injusto”, sustentada principalmente por Mezger e Sauer. Outra é a teoria dos elementos negativos do tipo, tendo como principal formulador Adolf Merkel”. Cf.: VARGAS, José Cirilo de. *Do tipo penal*, 2008, p. 52.

⁵⁰⁸ TAVARES, Juarez. *Teorias do delito: variações e tendências*, 1980, p. 44.

⁵⁰⁹ Para Mezger: “La conducta típica (§ § 34 y sigts. de este libro) fundamenta, por lo general, la antijuridicidad del hecho. Pero, una acción típica *no es siempre* antijurídica. *No lo es, si existe una causa de exclusión del injusto. La expresión lingüística no es, a este respecto, decisiva; en efecto, algunos autores hablan, a propósito de estos "casos de exclusión de la antijuridicidad", de causas de justificación* (en primer término, BERNER, como lo hace notar FRANK, p. 139; v. HIPPEL, vol. II, p. 189, nota 7, menciona, entre los autores que emplean esta expresión, a v. LISZT y Graf zu DOHNA); otros hablan de *circunstancias negativas del hecho o de características negativas del tipo* (como Ad. MERKEL, citado en v. HIPPEL, II, p. 189, nota 4; acerca del pro y el contra, véase la nota 5, y FRANK, lug. cit.). (...) La circunstancia de que no se tome en cuenta — como ocurre a menudo — que la separación entre el tipo y la causa de exclusión del injusto constituye solamente una exposición especial de regla y de excepción *sin consecuencias prácticas*, trae consigo la creencia errónea de que se puede y se debe contestar de diferentes maneras la cuestión del dolo con respecto al tipo y a la causa de exclusión del injusto. Y ello no es posible, porque es, a menudo, una mera casualidad que las "circunstancias negativas del hecho", en las que se basa la causa de exclusión del injusto —por ejemplo, los presupuestos de la legítima defensa en el § 53, párr. 2— estén mencionados en un parágrafo especial de la ley o en un tipo. Pero, no se deben ver las "circunstancias negativas del hecho" en la falta de la antijuridicidad (...). El injusto puede faltar al hecho si éste tiene, desde un principio, una característica que suprime el injusto. Hablamos, en este caso, del *principio de la ausencia del injusto*”. Cf.: MEZGER, Edmund. *Derecho Penal: Parte General*, 1958, p. 158-162.

crime, os componentes do tipo, como também a própria doença, a antijuridicidade”⁵¹⁰. A ação típica não é sempre antijurídica porque pode haver uma causa de exclusão da ilicitude. O autor não aceitava a tipicidade como categoria autônoma⁵¹¹ e acolhia a ideia de injusto tipificado⁵¹².

Para Reale Júnior, Sauer é outro expoente da teoria da *ratio essendi*. Para Sauer havia duas formas de tipicidade: a negativa referia-se às causas de justificação e a positiva seria uma tipificação da periculosidade social do ato⁵¹³. Compreendia-se o tipo de forma abstrata, generalizadora e necessária à aparição do injusto⁵¹⁴.

Roxin critica a teoria, mas entende que essa teoria é uma consequência da descoberta dos elementos normativos do tipo⁵¹⁵, o que se mostrou natural⁵¹⁶.

⁵¹⁰ REALE JÚNIOR, Miguel. *Antijuridicidade concreta*, 1974, p. 38.

⁵¹¹ Segundo a explicação de Mezger: “*La teoría del hecho punible comprende: A. Las formas generales de aparición del hecho punible. Muestran lo que es común a todos los hechos punibles. Por ello, son, a la vez, la teoría de los elementos comunes a todo delito. Son tres, a saber: la acción, la antijuridicidad y la culpabilidad. La "tipicidad" no constituye, en esta correlación, un elemento independiente (substancial) del hecho punible, sino solamente un agregado adjetival a dichos elementos fundamentales: "acción típica", "antijuridicidad típica", "culpabilidad típica". B. Las formas especiales de aparición del hecho punible. Muestran el hecho punible en la forma especial de la tentativa (el hecho no consumado), de la participación (la intervención de varias personas en el hecho) y del concurso (la concurrencia de varios puntos de vista jurídico-penales o de varios hechos jurídico-penales)*”. Cf.: MEZGER, Edmund. *Derecho Penal: Parte General*, 1958, p. 80.

⁵¹² Para Mezger: “El tipo, como tipo del injusto en el sentido del § 59, párr. 1, circunscribe el injusto al cual el código penal liga la conminación de una pena; es “*injusto tipificado*” (siempre que no exista una causa de exclusión del injusto). En la descripción del injusto le corresponde, por lo tanto, una significación *material*, es su “fundamento real”, su ‘ratio essendi’, y no sólo su fundamento de reconocimiento, no mera ‘ratio cognoscendi’. Muchos autores lo señalan como un “indicio” de la antijuridicidad (p. ej. NAGLER y M. E. MAYBE); es cierto que el tipo no demuestra siempre la antijuridicidad de la acción (a saber, cuando existe una causa de exclusión del injusto); pero la expresión indicio se acerca demasiado, por otra parte, al mero fundamento del reconocimiento, en tanto que el tipo fundamenta y no deja simplemente reconocer el injusto cuando una causa de exclusión del injusto no lo anula. Depende de las circunstancias el saber si el tipo trae consigo el injusto en una forma conceptual determinada —como ocurre en el hecho de quitar y adueñarse de una cosa ajena en el § 242—, o si crea el injusto de por sí — como en los casos del incesto (§ 173) o de la impudicia contra la naturaleza (§ 175). Lo uno es tan posible como lo otro. El *Lehrb.* considera detalladamente todas estas cuestiones (182-185)”. Cf.: MEZGER, Edmund. *Derecho Penal: Parte General*, 1958, p. 145.

⁵¹³ Segundo o autor: “a negativa se refere às causas de justificação. Se uma conduta se adéqua ao tipo e inexistente a tipicidade negativa, o fato é antijurídico, pois a tipicidade positiva é uma tipificação da periculosidade social do ato. O fato desprovido de periculosidade social não ofenderá a justiça e o bem comum, se não for típico, ou se a tipicidade se caracterizar em sua forma negativa”. Cf.: REALE JÚNIOR, Miguel. *Antijuridicidade concreta*, 1974, p. 37.

⁵¹⁴ REALE JÚNIOR, Miguel. *Antijuridicidade concreta*, 1974, p. 37.

⁵¹⁵ Segundo o autor: “Así pues, entre la negación de la realización del tipo y la negación de la antijuridicidad existen diferencias, tanto de contenido, como desde el punto de vista del principio de legalidad, en el aspecto estructural y en atención a las consecuencias jurídicas, diferencias que quedan niveladas si desde la perspectiva de un sistema del delito bipartito se considera como atípica toda conducta justificada”. Cf.: ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General*, Tomo I, 1997, p. 286.

⁵¹⁶ ROXIN, Claus. *Teoría del tipo penal: tipos abiertos y elementos del deber jurídico*. Versión castellana del Prof. Dr. Enrique Bacigalupo. Buenos Aires: Ediciones Del Palma, 1979, p. 148.

A teoria dos elementos negativos do tipo é semelhante à teoria da *ratio essendi*, mas ela não faz da tipicidade um fundamento da antijuricidade, uma vez que a considera um componente do tipo⁵¹⁷. O expoente destacado é Merkel⁵¹⁸.

Segundo Merkel⁵¹⁹, o delito constituía-se apenas de duas etapas: o tipo e a culpabilidade⁵²⁰. Não há nítida separação das categorias analíticas (tipicidade, ilicitude e culpabilidade) e a imputação de um fato a alguém dependeria de dois juízos⁵²¹. O autor afasta-se do caráter indiciário da tipicidade e da própria autonomia da ilicitude⁵²². As causas de justificação excluem não apenas a antijuridicidade, mas já o próprio tipo⁵²³. Há a figura do tipo total de injusto⁵²⁴.

A teoria dos elementos negativos do tipo diverge da teoria da *ratio essendi* à medida que nesta última há uma prevalência do tipo sobre o antijurídico⁵²⁵.

⁵¹⁷ TAVARES, Juarez. *Teorias do delito: variações e tendências*, 1980, p. 45.

⁵¹⁸ MERKEL, Adolf. *Derecho Penal*. Tomo I. Madrid: La España Moderna, 1906, p. 50-51

⁵¹⁹ De acordo com Vargas: “A teoria em apreço surgiu na Alemanha na segunda metade do século XIX, por obra de Adolf Merkel, sendo lembrados também os nomes de Frank, Radbruch e Baumgarten. Tinha-se em vista solucionar a questão do erro sobre os pressupostos fáticos de uma causa de exclusão da ilicitude, que o então art. 59, I, do CP, não resolvia diretamente”. Cf.: VARGAS, José Cirilo de. *Do tipo penal*, 2008, p. 61.

⁵²⁰ TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*, 2002, p. 169.

⁵²¹ Segundo o autor: “Siempre que imputamos á alguien un hecho, sea en sentido moral, sea en sentido jurídico, esta imputación lleva consigo un juicio doble, á saber: a) Un *juicio causal*, al que antes nos hemos referido, en virtud del que podemos atribuir el hecho á la voluntad del agente, que es lo que lo caracteriza. b) Un *juicio distributivo*, que tiene por objeto poner en cuenta al autor del hecho, y en virtud de la conexión causal que entre ambos existe, la significación del hecho mismo, su valor positivo ó negativo, con el fin de apreciárselo para lo futuro como servicio como deuda”. Cf.: MERKEL, Adolf. *Derecho Penal*, 1906, p. 96-97.

⁵²² Segundo o autor: “Han sostenido algunos la opinión de que las leyes penales presuponen en general, con respecto á las acciones que las mismas conminan con penas, una antijuridicidad que tiene su fundamento independientemente de esas leyes (teoría de las normas; véase más atrás el § 6), de conformidad con lo cual sería menester añadir siempre mentalmente un «antijurídico» á las circunstancias e hecho que van expresa ó implícitamente incluidas en las definiciones penales. Mas no es así, en verdad. Cuando las leyes penales amenazan con penas las acciones por ellas descritas, declaran implícitamente que las mismas quedan prohibidas y que son, por lo tanto, antijurídicas. El que tales acciones fueran antijurídicas, aun independientemente de la referida amenaza, es cosa en sí indiferente para la interpretación y la aplicación de la ley penal; para la cuestión de que se trata no se tiene en cuenta más que si al hacer la descripción de las acciones que deben ser conminadas con pena, en el sentido indicado, es posible contentarse con una breve referencia á las otras disposiciones jurídicas. Son caracteres constitutivos de los delitos solamente aquellos caracteres que *presupone* la ley penal; no lo son aquellos otros que el hecho adquiere en virtud de esta ley misma; no lo es, por lo tanto, la circunstancia de hallarse tal hecho prohibido por la ley penal y conminado con una pena”. Cf.: MERKEL, Adolf. *Derecho Penal*, 1906, p. 52-53.

⁵²³ ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General*, Tomo I, 1997, p. 283.

⁵²⁴ Para Roxin, segundo a concepção de Merkel, “las causas de justificación se han sacado de los tipos de la Parte Especial y se les han antepuesto (en la Parte General) sólo por razones de técnica legislativa — para no tener que repetir las en cada precepto penal—; pero materialmente ello no cambia el hecho de que hay que incluirlas en los tipos concretos según su sentido”. Cf.: ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General*, Tomo I, 1997, p. 283.

⁵²⁵ TAVARES, Juarez. *Teorias do delito: variações e tendências*, 1980, p. 45.

A teoria de Merkel conduz à “conclusão de que os pressupostos de uma causa de justificação constituem elementos negativos do tipo, de modo que sua inexistência se insere como pressuposto da realização do tipo”⁵²⁶. Os elementos que compõem os tipos de delito são apreciados no aspecto positivo; já os elementos das causas de justificação são determinados negativamente⁵²⁷. Essa teoria tem como resultado final o tipo total de injusto⁵²⁸ e não é isenta de críticas⁵²⁹.

Mesmo dentre os partidários do modelo neocausal há posicionamento divergentes. Baumann continuou mantendo o entendimento *ratio cognoscendi*⁵³⁰.

Em relação à culpabilidade, há fortalecimento da concepção normativa de Frank, que é compreendida como a “somatória de componentes que fundamentam, frente ao agente, a reprovação pessoal da conduta injusta”⁵³¹.

Persistem as críticas, ainda, em relação ao erro em matéria penal.

Os sistemas causais (clássico e neoclássico) influenciaram a construção dogmática da teoria do delito no Brasil, antes da reforma da Parte Geral do Código Penal promovida pela Lei 7.209/84.

6.2 Da tipicidade penal no sistema finalista: o posicionamento teórico de Hans Welzel e de Reinhart Maurach

Como doutrina filosófica, o sistema finalista “implica duas teses: a) o mundo se organiza com vistas a um fim, e b) a explicação de todo acontecimento (fenômeno) do mundo consiste em aduzir o fim, ao qual ele se dirige”⁵³².

⁵²⁶ TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*, 2002, p. 170.

⁵²⁷ TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*, 2002, p. 170.

⁵²⁸ TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*, 2002, p. 170.

⁵²⁹ Jakobs aponta críticas à teoria dos elementos negativos do tipo: “A autonomia dos graus valorativos do tipo de injusto acima descritos perante os graus valorativos do injusto é altamente controversa, não ficando totalmente caracterizada com a dissociação usual entre tipo e antijuridicidade. Todavia, são frustradas as tentativas de simplificar a situação definindo os pressupostos da justificação como elementos negativos do tipo, de como que a realização do tipo e injusto sempre coincidam”. Ele acompanha as lições da doutrina no sentido de que um comportamento justificado não é menos conforme ao Direito do que outro que sequer é típico do ponto de vista prático, mas os fundamentos teóricos envolvidos são diferentes e essa análise é necessária. Cf.: JAKOBS, Günther. *Tratado de Direito Penal: teoria do injusto e culpabilidade*. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes e Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 227-229.

⁵³⁰ TAVARES, Juarez. *Teorias do delito: variações e tendências*, 1980, p. 44. Trata-se de Jürgen Baumann.

⁵³¹ TAVARES, Juarez. *Teorias do delito: variações e tendências*, 1980, p. 43.

⁵³² TAVARES, Juarez. *Teorias do delito: variações e tendências*, 1980, p. 53.

Para Tavares, o ponto comum entre o finalismo e o neokantismo “está em deixar de priorizar o resultado e dar maior atenção aos aspectos direcionais e subjetivos da conduta e, conseqüentemente, do injusto”⁵³³.

O chamado sistema finalismo foi sistematizado na obra de Welzel. Mantém-se a estrutura do conceito analítico de crime e a ação surge elo de toda a teoria do delito.

Reinhart Maurach também é partidário da teoria finalista da ação e possui algumas contribuições diversas daquelas de Welzel⁵³⁴.

O que caracteriza o finalismo em relação à ação é “o fato de se incluir nela a vontade, como dirigente do acontecimento, com vistas a um fim real ou possível ou até independente desse fim”⁵³⁵. Para o modelo finalista da ação, a realidade (e nela se inclui a atividade humana) não é amorfa e caótica. É ordenada e prenhe de sentido⁵³⁶.

Observa-se que “a teoria finalista parte da constatação de que não se pode formular o conceito de ação com base na lei da causalidade, isto é, como um mero movimento corpóreo voluntário”⁵³⁷. A ação humana é realidade, com um contexto ôntico definido que a configura⁵³⁸. A finalidade é um elemento que se refere à ação:

A ação humana é exercício de uma atividade final. É um acontecimento final e não puramente causal. A finalidade, o caráter final da ação, baseia-se no fato de que o homem, graças ao seu saber causal, pode prever, dentro de certos limites, as possíveis conseqüências de sua conduta, designar-lhes fins diversos e dirigir sua atividade, conforme um plano, à consecução desses fins. Graças ao seu saber causal prévio, pode dirigir seus diversos atos de modo que oriente o suceder causal externo a fim e o domine finalisticamente. A atividade final é uma atividade dirigida conscientemente em razão de um fim, enquanto o acontecer causal não está dirigido em razão de um fim, mas é a resultante causa da constelação de causas existente em cada momento⁵³⁹.

Depois de alguns anos, a expressão “finalidade” foi reconhecida por Welzel como signo linguístico que trouxe muitas dificuldades interpretativas⁵⁴⁰.

⁵³³ TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*, 2002, p. 137.

⁵³⁴ Moreno indica, por exemplo, que Maurach absteve-se de cair em conclusões extremas, como o princípio da adequação social, que ainda será estudado adiante. Cf.: MORENO, Octavio Pérez-Vitoria. Prólogo. In.: MAURACH, Reinhart. *Tratado de Derecho Penal*, 1962, p. VIII.

⁵³⁵ TAVARES, Juarez. *Teorias do delito: variações e tendências*, 1980, p. 64.

⁵³⁶ LUISI, Luiz. *O tipo penal, a teoria finalista e a nova legislação penal*, 1987, p. 37.

⁵³⁷ BRANDÃO, Cláudio. *Teoria jurídica do crime*, 2015, p. 27.

⁵³⁸ LUISI, Luiz. *O tipo penal, a teoria finalista e a nova legislação penal*, 1987, p. 39.

⁵³⁹ WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista*, 2008, p. 27.

⁵⁴⁰ O autor consignou que a palavra “cibernética” melhor designava a vontade como fator de direção e orientação causal. No entanto, manteve o uso do vocábulo primitivo (“finalidade”) em razão de sua consolidação teórica. Nas palavras de Welzel: “Cuando en el año 1935, por primera vez tomé del ámbito filosófico (Nicolai Hartmann) la expresión ‘finalidad’ no había una expresión mejor para designar ‘la

Há diferença na fundamentação:

Quando se diz que a ação humana tem em sua estrutura a vontade dirigida a um fim, diz-se na verdade que o *dolo* reside na ação. Esta é a fundamental diferença entre a teoria causalista e a teoria finalista: na teoria causalista não se analisa o conteúdo da vontade que está presente na ação, portanto não se reconhece que o dolo está na ação, para esta teoria o dolo deve ser estudado na culpabilidade; já no finalismo, reconhece-se que a vontade dirigida a um fim rege a causalidade, logo, o conteúdo da vontade, isto é, o *dolo*, é integrante da ação⁵⁴¹.

No mesmo sentido são as lições de Marques⁵⁴².

Maurach simplifica e aponta na conduta duas etapas: “uma, intelectivo-volitiva, representada pela vontade no tocante ao objetivo pretendido; outra, de percepção fenomênica, resultante da realização da vontade no mundo exterior”⁵⁴³.

Na doutrina brasileira clássica, Fragoso acolhia o conceito de ação no sentido finalista de Welzel⁵⁴⁴, após ter abandonado sua filiação à teoria social da ação.

A expressão “ação humana” é empregada em sentido amplo para significar tanto a ação propriamente dita (atividade positiva) como a omissão (atividade negativa ou ausência de ação em sentido estrito).

incomparable particularidad de la voluntad como factor causal, en la que resulta posible, dentro de un determinado ámbito, anticipar mentalmente las consecuencias del hecho y a través de ello regular la intervención en el mundo de acuerdo a sentido’. La más adecuada expresión para referirse a la voluntad como factor de dirección y orientación, fue la que por primera vez utilizó Nobert Wiener trece años más tarde (1948) al hablar de ‘cibernética’ con lo que la orientación y la dirección pueden designarse correctamente desde el punto de vista axiomático, mediante esta palabra griega que ya Platón (p. ej. Gorgias) había utilizado en numerosas oportunidades. En consecuencia, sería quizá mejor hablar de una acción ‘cibernética’ en vez de una acción ‘final’, es decir hablar de una acción como suceso dirigido y orientado por la voluntad. Sin embargo, es objetable tomar una expresión con un uso lingüístico ya consolidado - me refiero al que corresponde a la técnica de regulación matemática - y, quiero, por lo tanto, mantener inalterada la antigua designación - finalidad -, pero sabiendo que ella da ocasión a malos entendidos en tanto es interpretada de una manera demasiado estrecha y literal, en cambio ella debería mantenerse acentuando lo que tiende de descripción objetiva de la dirección y orientación en una acción, tal como ya lo hube usado desde el comienzo”. Cf.: WELZEL, Hans. La teoría de la acción finalista y el delito culposo. In.: *Estudios de Filosofía del Derecho y Derecho Penal*. Colección: Maestros del Derecho Penal, n. 14. Montevideo-Buenos Aires: Editorial BdeF, 2006, p. 112-113.

⁵⁴¹ BRANDÃO, Cláudio. *Teoria jurídica do crime*, 2015, p. 29.

⁵⁴² A autora assim se manifesta: “A teoria finalista da ação apresenta um novo quadro na teoria do crime: a culpabilidade torna-se puramente normativa; o dolo separa-se da potencial consciência da ilicitude; o dolo e a culpa (antes compreendidos como elementos da culpabilidade) são deslocados para o tipo legal de crime; o injusto passa a ser pessoal e sua nota básica é aquela que considera a essência da desvalorização da ação típica e ilícita como desvalor pessoal do comportamento do sujeito”. Cf.: MARQUES, Daniela de Freitas. *Elementos subjetivos do injusto*, 2001, p. 59.

⁵⁴³ TAVARES, Juarez. *Teorias do delito: variações e tendências*, 1980, p. 59.

⁵⁴⁴ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal: a nova Parte Geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 152.

Para Stratenwerth, é um conceito em brusca contraposição ao conceito causal de ação, mas incapaz de cumprir a função de descrever o substrato comum a todas as formas de conduta penalmente relevantes:

La prestación específica de un concepto de acción basado en la finalidad es la de otorgar criterios materiales con cuya ayuda se pueda diferenciar la conducta humana relevante para el Derecho Penal de la enorme multiplicidad de cursos del acontecer no dominables. Sólo son penalmente imputables aquellos procesos en los cuales ha existido al menos la *posibilidad* de influir por medio de actuar final. Éste es el verdadero eje de la llamada teoría final de la acción; a este respecto, ha de quedar claro que un concepto final de acción, merced a su determinación sustancial, *no* puede cumplir la función de describir el *substrato* (real) *común* a todas las formas de conducta penalmente relevantes, es decir, configurar el *concepto genérico* de estas formas de conducta. Quien le exija eso al concepto de acción necesariamente tendrá que abstraer a partir de todas las formas de manifestación individual de la conducta humana que también pueden ser objeto de la valoración penal, y que pueden serlo precisamente en sus diversas manifestaciones⁵⁴⁵.

Stratenwerth costuma ser identificado como um representante do finalismo. No entanto, o próprio autor indica que determinadas linhas teóricas que acolhia foram revisadas⁵⁴⁶.

Para Welzel, o tipo penal, como imperativo lógico das premissas filosóficas, é uma mera descrição da realidade ordenada e valorada da ação humana⁵⁴⁷. O doutrinador enuncia o tipo como “a figura conceitual que descreve, mediante conceitos, as formas possíveis de conduta humana. A norma proíbe a realização dessas formas possíveis de conduta”⁵⁴⁸.

No mesmo sentido, orienta-se a doutrina brasileira clássica de matriz finalista⁵⁴⁹.

⁵⁴⁵ STRATENWERTH, Günter. *Derecho Penal: Parte General*. El hecho punible, 2005, p. 101.

⁵⁴⁶ O estímulo para essa iniciativa é atribuído aos desafios da atualidade, especialmente as enormes ameaças para o ecossistema na Terra. Em razão disso, ele defende a necessidade de revisar o sistema tradicional de imputação jurídico-penal, em seus postulados básicos. Esse contexto foi responsável por incutir no autor uma insatisfação com algumas propostas iniciais e impulsioná-lo ao desenvolvimento de novas explicações. Cf.: STRATENWERTH, Günter. *Derecho Penal: Parte General*. El hecho punible, 2005, p. 19.

⁵⁴⁷ LUISI, Luiz. *O tipo penal, a teoria finalista e a nova legislação penal*, 1987, p. 41.

⁵⁴⁸ WELZEL, Hans. *Derecho Penal alemán*, 1976, p. 59.

⁵⁴⁹ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de Direito Penal*: de acordo com a Lei n. 7.209, de 11-7-1984 e com a Constituição de 1988, 1994, p. 84: “O tipo, em geral, é tido como a descrição abstrata da ação proibida ou da ação permitida”. Para Fragoso: “tipo é o modelo legal do comportamento proibido, compreendendo o conjunto de características objetivas e subjetivas do fato punível”. Cf. FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal: a nova Parte Geral*, 1987, p. 156.

A teoria do tipo penal é um instrumento conceitual para a identificação do comportamento proibido. A ação executada pelo autor é a ação proibida pela norma quando se subsume a um tipo penal⁵⁵⁰.

O tipo finalista é representado como ação tipificada: é a formalização jurídico-penal dos componentes da ação, acrescidos de elementos caracterizadores de cada delito em espécie, constituindo, por consequência, a matéria da proibição⁵⁵¹. A matéria de proibição é o objeto de valoração do tipo: trata-se da conduta humana situada como integrante do tipo de um delito⁵⁵². O tipo penal finalista é reflexo do conceito de ação finalista: “a tarefa do tipo será acolher essa ação, com todos os seus segmentos e componentes, como objeto de valoração jurídica”⁵⁵³.

Para Welzel, o tipo possui uma significação material e independente:

La significación material e independiente del tipo en el concepto tripartito del delito radica, por lo tanto, en lo siguiente: el tipo selecciona entre la cantidad innumerable de conductas jurídicamente indiferentes aquella que es relevante para el Derecho Penal y que está sujeta a una valoración como jurídica o antijurídica. Al describir, al mismo tiempo, materialmente, la conducta relevante para el Derecho Penal, hace posible, mediante el juego de la prohibición y el precepto permisivo, la constatación inequívoca, de acuerdo con las exigencias del Estado de Derecho, de la antijuridicidad de la conducta⁵⁵⁴.

Maurach define o tipo como descrição de uma conduta humana antijurídica⁵⁵⁵. Trata-se, em primeiro lugar, da ação tipificada pela lei em uma figura legal. Devem ser compreendidas as características integrantes da essência da ação humana: a vontade dirigida em determinada direção e a manifestação dessa vontade.

O tipo surge como um fenômeno complexo, compreensivo da vontade, da manifestação da vontade e do resultado⁵⁵⁶. Para Maurach, a teoria da ação encontra-se anteposta à teoria do tipo, servindo de configuração prévia para esta teoria. O tipo, em todo caso, é uma ação tipificada enlaçada, na imensa maioria, a um resultado típico⁵⁵⁷.

⁵⁵⁰ BACIGALUPO, Enrique. *Derecho Penal: Parte General*, 1999, p. 220.

⁵⁵¹ TAVARES, Juarez. *Teorias do delito: variações e tendências*, 1980, p. 64.

⁵⁵² TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*, 2002, p. 137.

⁵⁵³ TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*, 2002, p. 137.

⁵⁵⁴ WELZEL, Hans. *Derecho Penal alemán*, 1976, p. 63.

⁵⁵⁵ MAURACH, Reinhart. *Tratado de Derecho Penal*, 1962, p. 267.

⁵⁵⁶ MAURACH, Reinhart. *Tratado de Derecho Penal*, 1962, p. 267.

⁵⁵⁷ O conceito de ação surge como base comum de todos os fatos puníveis mesmo antes de se poder falar em delitos dolosos e culposos e de se analisar o papel da ação na teoria do delito. Cf.: MAURACH, Reinhart. *Tratado de Derecho Penal*, 1962, p. 185.

No âmbito da doutrina espanhola, Muñoz Conde e García Arán também compreendem o tipo como uma figura puramente conceitual, mas entendem que esta deve ser suficientemente abstrata a fim de evitar casuísmos do legislador⁵⁵⁸.

Welzel aponta que há um conceito restrito de tipo e um sentido amplo:

El tipo en sentido amplio o el conjunto de los presupuestos de la punibilidad comprende: a) *el tipo* en sentido restringido o la materia de la prohibición penal, que circunscribe materialmente la conducta prohibida. Constituye la mayor parte del tipo general (en sentido amplio), sobre todo en los delitos dolosos, en los cuales contiene una descripción precisa de los elementos objetivos y subjetivos de la acción, incluyendo el resultado. Por el contrario, en los delitos culposos, el tipo en sentido restringido se refiere generalmente sólo al resultado; b) *la antijuridicidad*. Como presupuesto evidente de todo delito, en la mayoría de las disposiciones penales nos es mencionado; c) *la culpabilidad*, esto es, la reprochabilidad. Como elemento evidente del delito tampoco es mencionado de modo especial en las disposiciones penales; d) *las condiciones objetivas de punibilidad*. Por regla general, los tres elementos del delito: tipo, antijuridicidad y culpabilidad dan lugar sin más a la punibilidad. En algunas pocas disposiciones, no obstante, la punibilidad depende de condiciones ulteriores radicadas fuera de los elementos del delito⁵⁵⁹.

O sentido restrito refere-se à matéria de proibição, já explicada⁵⁶⁰.

Na doutrina espanhola, Bacigalupo acolhe o referido entendimento⁵⁶¹.

O tipo, em sentido restrito (estrito) compõe-se, em geral, de um núcleo, representado pela ação ou omissão⁵⁶², e seu objeto, tendo como base a lesão a um determinado bem jurídico⁵⁶³. O bem jurídico não se confunde com o objeto da ação.

⁵⁵⁸ Nas lições dos autores: “Esto no quiere decir que el legislador tenga que describir con toda exactitud y hasta sus más íntimos detalles los comportamientos que estime deban ser castigados como delito. Ello supondría una exasperación del principio de legalidad que, llevado hasta sus últimas consecuencias, desembocaría en un casuismo abrumador que, de todos modos, siempre dejaría algún supuesto de hecho fuera de la descripción legal. La diversidad de formas de aparición que adoptan los comportamientos delictivos impone la búsqueda de una imagen conceptual lo suficientemente abstracta como para poder englobar en ella todos aquellos comportamientos que tengan unas características esenciales comunes. Esta figura puramente conceptual es el *tipo*”. MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal: Parte General*, 2010, p. 252.

⁵⁵⁹ WELZEL, Hans. *Derecho Penal alemán*, 1976, p. 69-70.

⁵⁶⁰ Stratenwerth, na doutrina alemã, também segue essa diferenciação. Cf.: STRATENWERTH, Günter. *Derecho Penal: Parte General. El hecho punible*, 2005, p. 110-111: “Según su sentido más amplio, integran el tipo todos los presupuestos materiales de la punibilidad, por tanto, todas las circunstancias que fundamentan o excluyen el ilícito, la culpabilidad e la necesidad de la pena. (...) En tipo en sentido estricto consiste en la descripción de la conducta contraria a la prohibición o al mandato, a la que se refiere la conminación penal”.

⁵⁶¹ BACIGALUPO, Enrique. *Derecho Penal: Parte General*. 2 ed. Totalmente renovada y ampliada. Buenos Aires: Hammurabi, 1999, p. 220: “El tipo penal en sentido estricto es la descripción de la conducta prohibida por una norma (...). Realizar un tipo penal significa, por ende, llevar a cabo la conducta por él descrita como lesiva de la norma. En general, “tipo” es una expresión que designa todo conjunto de elementos unidos por una significación común. El tipo penal, por lo tanto, es el conjunto de elementos que caracteriza a un comportamiento como contrario a la norma”.

⁵⁶² Precisamente porque “a norma penal é fundamentalmente uma norma de conduta, porque se destina a demarcar as zonas do lícito e do ilícito em relação aos sujeitos e a delimitar o poder de intervenção do

Formam-se três tipos gerais de delito: o doloso, o culposo e o omissivo⁵⁶⁴.

Em relação à estrutura dogmática, o tipo mais estudado, nesse sistema finalista, é composto por uma parte objetiva e por uma parte subjetiva⁵⁶⁵. Trata-se do delito doloso, em que o tipo desdobra-se em: a) tipo objetivo; e, b) tipo subjetivo.

O tipo objetivo doloso representa a manifestação exterior da vontade. Compreende a respectiva ação delituosa e ainda todas as características que o legislador conferiu como indispensáveis à identificação do delito⁵⁶⁶.

A parte subjetiva do tipo doloso está formada pelo dolo, como elemento subjetivo geral, e podem concorrer outras características subjetivas dependentes da estrutura particular do tipo, como as intenções, tendências ou percepções⁵⁶⁷.

Conforme sua fórmula mais universal, o dolo é o querer (regido pelo conhecimento) a realização do tipo objetivo. O dolo não é mais do que a finalidade dirigida à realização do tipo objetivo⁵⁶⁸. Para Welzel, dolo é identificado com a vontade de realizar a ação⁵⁶⁹.

No modelo finalista, as espécies de dolo reduzem-se a duas. Há dolo direto “quando o agente quer a realização do tipo ou a toma como necessária para o alcance de seus objetivos. Há dolo eventual quando o agente toma a realização do tipo como possível e se conforma com ela, assumindo o risco de sua verificação”⁵⁷⁰.

Os tipos culposos e os tipos omissivos possuem outras características diversas dos tipos dolosos.

Estado, a ação ou omissão típica violadora do bem jurídico é sempre representada por um verbo dotado de certo sentido”. Cf.: TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*, 2002, p. 225.

⁵⁶³ TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*, 2002, p. 179.

⁵⁶⁴ TAVARES, Juarez. *Teorias do delito: variações e tendências*, 1980, p. 65.

⁵⁶⁵ De acordo com Lopes, na doutrina penal, os elementos meramente descritivos e aqueles outros denominados normativos, cada qual com suas características específicas, estão agrupados na parte objetiva. Ele ainda esclarece que outros autores fazem uma divisão diversa, entendendo que os elementos objetivos são apenas aqueles meramente descritivos, que se diferenciam dos elementos normativos. Cf.: LOPES, Luciano Santos. *A relação entre tipo legal de crime e a ilicitude: uma análise do tipo total de injusto*, 2010, p. 65. Há, no entanto, quem não atribua muita importância à distinção, propugnando que todos os conceitos normativos possuem um substrato descritivo. Cf.: ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General*, Tomo I, 1997, p. 306.

⁵⁶⁶ TAVARES, Juarez. *Teorias do delito: variações e tendências*, 1980, p. 65.

⁵⁶⁷ MAURACH, Reinhart. *Tratado de Derecho Penal*, 1962, p. 301-302.

⁵⁶⁸ MAURACH, Reinhart. *Tratado de Derecho Penal*, 1962, p. 301-303. A doutrina brasileira clássica orienta-se, em relação à concepção de dolo, consoante o modelo finalista. Assim, encontra-se em Fragozo, por exemplo: “Dolo é consciência e vontade na realização da conduta típica. Compreende um elemento cognitivo (conhecimento do fato, que constitui a ação típica) e um elemento volitivo (vontade de realizá-la)”. Cf.: FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal: a nova Parte Geral*, 1987, p. 175. No mesmo sentido, são as lições de Toledo: TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de Direito Penal: de acordo com a Lei n. 7.209, de 11-7-1984 e com a Constituição de 1988*, 1994, p. 229.

⁵⁶⁹ WELZEL, Hans. *Derecho Penal alemán*, 1976, p. 53-60.

⁵⁷⁰ TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*, 2002, p. 138-139.

O delito culposo possui, em lugar do tipo subjetivo, uma característica normativa aberta. Trata-se do desatendimento ao cuidado objetivo exigível do autor⁵⁷¹.

Já o crime omissivo, “anexa-se à infração do dever de agir (legalmente determinado) ou de impedir o resultado (tendo a possibilidade física de realizar a ação)”⁵⁷².

Há tipos incriminadores, descritivos da conduta proibida, e tipos permissivos ou justificadores, descritivos das condutas permitidas. Os primeiros são os tipos legais de crime, que só podem ser criados pelo legislador, e os segundos são as causas de justificação ou de exclusão da ilicitude⁵⁷³.

Os tipos fechados, em tese, possuem a descrição completa do modelo de conduta proibida, bastando ao intérprete verificar o cotejo entre a conduta humana realizada e a adequação àquela descrição.

Os tipos abertos são aquelas cominações penais em que a tipicidade mesma está subordinada à antinormatividade da ação⁵⁷⁴.

Quanto ao resultado, “há tipos que preveem expressamente um resultado natural; outros o pressupõem, como decorrência da ação desenvolvida pelo agente, e há ainda outra categoria de tipos que não preveem nenhum resultado”⁵⁷⁵.

Os delitos de resultado são aqueles “nos quais se pode separar nitidamente, no plano natural de espaço e tempo, entre a ação e o seu efeito”⁵⁷⁶.

Os crimes de mera atividade “não possibilitam essa separação espaço-temporal entre ação e resultado, porque este se esgota naquela”⁵⁷⁷.

Os tipos qualificados pelo resultado pertencem aos delitos de resultado. Esses tipos possuem algumas particularidades. De acordo com Tavares, em sentido clássico, tratava-se do delito cuja ação era dolosamente realizada, mas cujo resultado mais grave era atribuído ao agente sem qualquer base de que tenha sido querido ou pelo menos previsível⁵⁷⁸. Há quem os compreenda como uma unidade jurídica de fatos dolosos e culposos em concurso formal e há quem os compreenda como uma categoria

⁵⁷¹ TAVARES, Juarez. *Teorias do delito: variações e tendências*, 1980, p. 68.

⁵⁷² TAVARES, Juarez. *Teorias do delito: variações e tendências*, 1980, p. 68.

⁵⁷³ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de Direito Penal*: de acordo com a Lei n. 7.209, de 11-7-1984 e com a Constituição de 1988, 1994, p. 84.

⁵⁷⁴ MAURACH, Reinhart. *Tratado de Derecho Penal*, 1962, p. 350.

⁵⁷⁵ TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*, 2002, p. 232.

⁵⁷⁶ TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*, 2002, p. 232.

⁵⁷⁷ TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*, 2002, p. 232.

⁵⁷⁸ TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*, 2002, p. 238.

própria da tipificação, em que por circunstâncias de política-criminal ignoram-se as regras relativas aos delitos de origem⁵⁷⁹.

A relação causal ocorre dentro dos tipos. De acordo com Welzel, com a comprovação da causalidade estabelece-se somente o pressuposto mais elementar e o limite mais externo da responsabilidade penal. O resultado está dissociado da ação⁵⁸⁰.

No que importa ao Direito Penal, o modelo finalista concebe como útil a teoria da equivalência ou das condições. Para Welzel, essa teoria parte acertadamente do conceito causal-ontológico de ação e estabelece uma fórmula para comprar as relações causais e excluir a falta de causalidade⁵⁸¹.

A teoria da equivalência pode ser resumida a dois eixos básicos: a) todas as condições determinantes de um resultado são necessárias – por isso, são equivalentes no processo causal; e, b) causa é a condição que não pode ser excluída hipoteticamente sem excluir o resultado⁵⁸². Apesar das críticas, continuou sendo acolhida pelo sistema finalista, que buscou refutá-las.

Nos delitos dolosos somente é tipicamente relevante a relação causal dirigida pelo dolo (do tipo). Com isso, a relação causal relevante somente vem a ser dada pelo enlace do tipo objetivo com o tipo subjetivo, ou seja, com a concordância entre o curso do acontecer exterior e o dolo que o governa⁵⁸³.

Para os delitos culposos entram em consideração somente aquelas causações de resultado que ficam dentro do marco da ação típica. Nesse sentido, uma ação é típica quando não guarda o cuidado (“objetivo”) requerido no âmbito de relação. Para a manutenção do cuidado objetivo, cabe considerar todos os cursos causais possíveis que resultam de uma ação, previsíveis segundo um juízo inteligente⁵⁸⁴. A dicotomia tipo objetivo e tipo subjetivo não é aplicável a essa modalidade. Em suma: “o tipo compõe-se de uma ação contrária às normas de cuidado, estabelecidas no âmbito da relação e do resultado proibido”⁵⁸⁵.

⁵⁷⁹ TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*, 2002, p. 238-239.

⁵⁸⁰ WELZEL, Hans. *Derecho Penal alemán*, 1976, p. 53.

⁵⁸¹ WELZEL, Hans. *Derecho Penal alemán*, 1976, p. 51.

⁵⁸² SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: Parte Geral I*, 2014, p. 118.

⁵⁸³ WELZEL, Hans. *Derecho Penal alemán*, 1976, p. 53.

⁵⁸⁴ WELZEL, Hans. *Derecho Penal alemán*, 1976, p. 54.

⁵⁸⁵ TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*, 2002, p. 137.

A diferença entre os crimes dolosos e os crimes culposos ocorre a partir de um juízo de valor incidente sobre a conduta típica⁵⁸⁶. No delito doloso, o juízo de valor negativo recairia sobre o desvalor do resultado; já no delito culposo leva-se em conta o desvalor da própria ação, segundo a forma de sua execução, a qual deve ser avaliada mediante um modelo comparativo com a ação que, hipoteticamente, teria realizado um homem prudente e consciencioso⁵⁸⁷.

A base dogmática dos crimes omissivos deriva de uma norma de comando ou determinação, sendo que o essencial para configurar a realização típica é a infração ao dever de agir ou de impedir o resultado proibido⁵⁸⁸. O tipo penal finalista omissivo compõe-se dessa infração ao dever de agir, quando legalmente tipificada a omissão como tal, ou de impedir o resultado, quando o omitente, por suas especiais relações no que toca à proteção de bem jurídico, se situe na posição de seu garantidor⁵⁸⁹.

Do exposto, observa-se que a tipicidade é o enquadramento da ação humana ilícita à descrição abstrata feita pela lei, sem a qual, num sistema jurídico fundado no princípio da anterioridade da lei, não se pode falar em existência de crime⁵⁹⁰.

Segundo as lições de Tavares, o finalismo toma o tipo como portador da matéria de proibição, mas conserva-o como indício de antijuridicidade⁵⁹¹ e repele a ideia de antijuridicidade tipificada, que transformava o tipo em *ratio essendi* da antijuridicidade⁵⁹². Há autonomia das causas de justificação frente a essas normas proibitivas⁵⁹³. O tipo é o núcleo do ilícito penal⁵⁹⁴.

Para o finalista Maurach, o juízo de desvalor do ato situado no tipo é geral e provisório, constituindo um “simples indício de antijuridicidade”⁵⁹⁵. A anulação desse efeito indiciário depende de uma averiguação da conformidade ao direito. Esse exame somente será necessário quando existir dúvida sobre a ilicitude desse atuar típico. Por

⁵⁸⁶ Há um segmento da doutrina que se orienta no sentido de que o modelo finalista não se harmonizaria com os crimes culposos. Considerando que a tônica é o desvalor da ação, ou seja, este é o padrão comum do desvalor em todos os delitos, nos crimes culposos a o desvalor radica quase inteiramente na verificação concreta do resultado proibido. Cf.: TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*, 2002, p. 140.

⁵⁸⁷ TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*, 2002, p. 139-140.

⁵⁸⁸ TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*, 2002, p. 140.

⁵⁸⁹ TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*, 2002, p. 140.

⁵⁹⁰ VARGAS, José Cirilo de. *Do tipo penal*, 2008, p. 21.

⁵⁹¹ TAVARES, Juarez. *Teorias do delito: variações e tendências*, 1980, p. 68.

⁵⁹² TAVARES, Juarez. *Teorias do delito: variações e tendências*, 1980, p. 68.

⁵⁹³ TAVARES, Juarez. *Teorias do delito: variações e tendências*, 1980, p. 69.

⁵⁹⁴ TAVARES, Juarez. *Teorias do delito: variações e tendências*, 1980, p. 69.

⁵⁹⁵ MAURACH, Reinhart. *Tratado de Derecho Penal*, 1962, p. 348.

meio das causas de justificação permite-se que uma conduta, apesar de sua tipicidade, converta-se em uma ação adequada ao direito⁵⁹⁶.

Para a teoria finalista, em suma, “o tipo já traz em si a proibição, como matéria e não como relação”. A ilicitude passa a depender de um ato típico, mas é reconhecida autonomia integral às causas de justificação⁵⁹⁷.

É possível identificar uma profunda influência do sistema finalista da ação na doutrina brasileira⁵⁹⁸, que ainda subsiste.

A primeira obra finalista no Brasil foi a de João Mestieri⁵⁹⁹.

Fragoso, antes partidário da teoria social da ação, desenvolveu a teoria final no ordenamento brasileiro, tendo contribuído para fixação teórica do finalismo⁶⁰⁰. Observa-se, ainda, a contribuição decisiva de Luiz Luisi, especialmente para o estabelecimento das linhas essenciais do tipo e da tipicidade⁶⁰¹.

Na doutrina de língua espanhola também se observa esse fenômeno⁶⁰².

Parte significativa dos estudiosos pátrios entende que o Código Penal brasileiro, com a reforma da Parte Geral de 1984, fundamenta-se na teoria finalista⁶⁰³. Brandão ressalta que “a teoria finalista da ação foi criada na primeira metade do século

⁵⁹⁶ MAURACH, Reinhart. *Tratado de Derecho Penal*, 1962, p. 353-354.

⁵⁹⁷ TAVARES, Juarez. *Teorias do delito: variações e tendências*, 1980, p. 88.

⁵⁹⁸ Nesse sentido, a síntese de Santos: “O modelo finalista de fato punível generalizou-se na literatura e na jurisprudência contemporâneas, com diferenças de detalhe que não afetam a estrutura do paradigma, além de influenciar diretamente algumas legislações modernas, como a reforma penal alemã (1975) e a nova Parte Geral do Código Penal brasileiro (1984).” Cf.: SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: Parte Geral I*, 2014, p. 78. No mesmo sentido: PACELLI, Eugênio. *Manual de Direito Penal: Parte Geral*, 2015, p. 59.

⁵⁹⁹ TAVARES, Juarez. *Teorias do delito: variações e tendências*, 1980, p. 106-107.

⁶⁰⁰ TAVARES, Juarez. *Teorias do delito: variações e tendências*, 1980, p. 106.

⁶⁰¹ LUISI, Luiz. *O tipo penal, a teoria finalista e a nova legislação penal*, 1987.

⁶⁰² Essa influência também é marcante entre os doutrinadores de língua espanhola: Cf.: CEREZO MIR, José. *Derecho Penal: Parte General*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Lima (PE): Ara Editores, 2007; BACIGALUPO, Enrique. *Derecho Penal: Parte General*, 1999, p. 2224-2225; MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal: Parte General*, 2010, p. 216-220. Cabe asseverar, no entanto, que Muñoz Conde e García Arán acolhem o conceito finalista de ação (ontológico), mas incorporam a necessidade de valorações (conceito significativo de ação): “en la determinación del concepto de acción no es suficiente con la constatación de los aspectos puramente causales y finales de la misma, sino que es necesario también situarlos en un determinado contexto intersubjetivo que es lo que le da su sentido comunicativo, social y/o jurídico, es decir, su significado. En definitiva, lo relevante es esta capacidad expresiva o significativa del comportamiento humano en un determinado contexto de comunicación intersubjetiva. De ahí que a esta concepción de la teoría de la acción se le llame *concepto significativo de acción*. Esto no quiere decir que haya que renunciar a un concepto prejurídico de acción (sin acción no puede haber acción típica), sino simplemente que el mismo no puede reducirse a simples procesos ontológicos, causales o finales, desconectados de cualquier tipo de valoraciones”.

⁶⁰³ Brandão orienta seu pensamento no sentido de que a teoria finalista é a que melhor explica a ação. Cf.: BRANDÃO, Cláudio. *Teoria jurídica do crime*, 2015, p. 33.

XX, e aperfeiçoada logo em seguida à queda do nacional-socialismo alemão, na Segunda Grande Guerra”⁶⁰⁴.

Para Toledo, partidário da doutrina finalista, a tipicidade é a subsunção, a justaposição, a adequação de uma conduta da vida real a um tipo legal de crime. Trata-se de uma concepção formal. Dentro de uma aceção material, a adequação típica exige mais: ela deve ser portadora de um sentido, ou seja, uma expressão da nocividade social e de periculosidade da conduta descrita⁶⁰⁵.

Segundo Fragoso, “diz-se que há tipicidade quando o fato se ajusta ao tipo, ou seja, quando correspondente às características objetivas e subjetivas do modelo legal, abstratamente formulado pelo legislador”⁶⁰⁶.

Bitencourt leciona que “há uma operação intelectual de conexão entre a infinita variedade de fatos possíveis da vida real e o modelo típico descrito na lei”⁶⁰⁷. O “juízo de tipicidade” é a “operação, que consiste em analisar se determinada conduta se adapta aos requisitos descritos na lei, para qualificá-la como infração penal”⁶⁰⁸.

A depender da concepção de que se tenha do tipo, o fenômeno da tipicidade ocorrerá com maior ou menor extensão⁶⁰⁹.

A tipicidade, ora estudada, é o primeiro nível de análise de um fato ilícito⁶¹⁰.

Sobre a ilicitude e a culpabilidade, seguem algumas notas para evitar a diluição do conceito analítico de crime.

A ilicitude tem sido entendida como a relação de contrariedade entre certa conduta da vida real e o ordenamento jurídico⁶¹¹. Para superar esse viés formalista, Toledo a define como a “relação de antagonismo que se estabelece entre uma conduta

⁶⁰⁴ BRANDÃO, Cláudio. *Teoria jurídica do crime*, 2015, p. 27.

⁶⁰⁵ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de Direito Penal*: de acordo com a Lei n. 7.209, de 11-7-1984 e com a Constituição de 1988, 1994, p. 130.

⁶⁰⁶ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal*: a nova Parte Geral, 1987, p. 158.

⁶⁰⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Erro de tipo e erro de proibição*: uma análise comparativa, 2013, p. 22-23.

⁶⁰⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Erro de tipo e erro de proibição*: uma análise comparativa, 2013, p. 22-23.

⁶⁰⁹ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de Direito Penal*: de acordo com a Lei n. 7.209, de 11-7-1984 e com a Constituição de 1988, 1994, p. 84.

⁶¹⁰ BACIGALUPO, Enrique. *Derecho Penal*: Parte General, 1999, p. 219: “La afirmación de que un hecho constituye un ilícito (la violación del orden jurídico) requiere, como vimos, la comprobación de que el hecho importa, en primer término, la infracción de una norma y, en segundo lugar, la verificación de que esta infracción no está autorizada. La primera comprobación es la materia propia de la “tipicidad”, es decir, de la coincidencia del hecho cometido con la descripción abstracta, que es presupuesto de la pena, contenida en la ley”.

⁶¹¹ Welzel assim a define: “Antijuridicidad es, por lo tanto, la contradicción de una realización típica con el ordenamiento jurídico en su conjunto (no sólo con una norma aislada)”. Cf.: WELZEL, Hans. *Derecho Penal alemán*, 1976, p. 60.

humana voluntária e ordenamento jurídico, de sorte a causar lesão ou expor a perigo de lesão um bem jurídico tutelado⁶¹². Essa distinção entre ilicitude⁶¹³ formal e material é apontada como superada⁶¹⁴. A concepção de que o tipo possui elementos objetivos e subjetivos aplica-se às causas de justificação⁶¹⁵.

A culpabilidade está vinculada à de evitabilidade da conduta ilícita. Trata-se da exigência de um juízo de reprovação jurídica que se apoia sobre a crença de que ao homem é dada a possibilidade de, em certas circunstâncias, poder agir de outro modo⁶¹⁶. Assenta-se no poder do autor de não ter agido antijuridicamente, que possui os seguintes pressupostos: a) que o autor seja capaz de se motivar conforme a norma; e, b) esteja em condições concretas ou em situação de motivar-se de acordo com ela⁶¹⁷.

6.3 Da tipicidade penal no sistema funcionalista teleológico de Claus Roxin

A concepção funcionalista da teoria do delito⁶¹⁸ tem sido desenvolvida desde os anos de 1970:

⁶¹² TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de Direito Penal*: de acordo com a Lei n. 7.209, de 11-7-1984 e com a Constituição de 1988, 1994, p. 85-86.

⁶¹³ Para Welzel: “La natijuridicidad es un juicio de valor ‘objetivo’, en tanto se pronuncia sobre la conducta típica, a partir de um criterio general: el ordenamiento jurídico. (...). La antijuridicidad es objetiva sólo em el sentido de juicio de valor general; su objeto, la acción, en cambio, es una unidad de elementos objetivos (del mundo externo) y subjetivos”. Cf.: WELZEL, Hans. *Derecho Penal alemán*, 1976, p. 61.

⁶¹⁴ Nesse sentido: MAURACH, Reinhart. *Tratado de Derecho Penal*, 1962, p. 359.

⁶¹⁵ O autor só será acobertado ou só se beneficiará da causa de justificação se também, ao lado dos pressupostos legais objetivos, tiver atuado com a vontade de agir no sentido da conduta permitida TAVARES, Juarez. *Teorias do delito: variações e tendências*, 1980, p. 70.

⁶¹⁶ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de Direito Penal*: de acordo com a Lei n. 7.209, de 11-7-1984 e com a Constituição de 1988, 1994, p. 86-87.

⁶¹⁷ TAVARES, Juarez. *Teorias do delito: variações e tendências*, 1980, p. 73-74. Em Welzel: Cf.: WELZEL, Hans. *Derecho Penal alemán*, 1976, p. 166-167.

⁶¹⁸ “A expressão funcionalismo e mesmo o sentido a ela atribuído nos sistemas jurídicos não são exclusividade do mundo normativo e, muito menos, do Direito Penal. Com efeito, o exame de determinado sistema a partir da identificação de sua operacionalidade, das interações e das reações entre seus elementos constitutivos, e, sobretudo, das relações/adaptações dele (sistema) com o ambiente em que se encontra estabelecido, não é novidade. Muito antes de se chegar ao funcionalismo em matéria penal, em pelo menos três outros âmbitos do conhecimento humano já se falava nele. Na neurobiologia, por exemplo, atribui-se ao chileno Humberto Maturana o mérito de ter identificado em determinados organismos vivos a capacidade de autopoiese, isto é, a capacidade de autoprodução, por meio das interações entre o organismo vivo e o respectivo meio, como “um resultado sistêmico de suas interações recorrentes enquanto sistemas determinados estruturalmente, e operacionalmente independentes um do outro”. Na perspectiva cibernética (das máquinas) também se examina, de há muito, a capacidade de alimentação do sistema, por meio da troca de informações entre ele e o meio, gerando novas adaptações ambientais, segundo as relações input-output e feedback. Em outra ponta, grassou o funcionalismo também no âmbito da sociologia, em diferentes perspectivas, tais as propostas como compreensão do sistema social, por Émile Durkheim, Talcot Parsons, e, por fim, a teoria sistêmica de Niklas Luhmann”. Cf.: PACELLI, Eugênio. *Manual de Direito Penal: Parte Geral*, 2015, p. 66-67.

O objetivo do funcionalismo é aproximar a dogmática penal da política criminal. Portanto, para compreendê-lo, é necessário situar o que se entende por política criminal: ela será o programa de prevenção e reprovação das ações delituosas, que são definidas pela lei penal. Ocorre que o funcionalismo defende que a realização da política criminal não é tarefa exclusiva do legislador, que faz a lei penal, mas também é uma missão tanto do julgador, quanto dos operadores do Direito Penal, que a realizam no plano do caso concreto. Assim, o funcionalismo propõe que todos os institutos da dogmática penal, isto é, a ação, a tipicidade, a antijuridicidade e a culpabilidade, sejam desenvolvidos a partir dessa perspectiva político-criminal. Nesse sentido a ação deve ser entendida como um conceito criado pelo direito e orientado para as finalidades político-criminais a ele inerentes⁶¹⁹.

Busca-se reorientar os institutos dogmáticos a partir de finalidades do Direito Penal, reconhecendo a funcionalidade deste, superando as premissas ontológicas sob as quais se calcava o pensamento teórico anterior⁶²⁰. O ponto de partida é a refutação dos postulados iniciais do sistema finalista⁶²¹.

De acordo com Tavares, Roxin pretende formular um sistema próprio com base, primeiramente, “numa metodologia de política-criminal que informaria a conceituação e estruturação do tipo, da antijuridicidade e da culpabilidade”⁶²². Há um reforço da visão normativo-positivista do delito⁶²³.

Roxin rechaça a vinculação de um sistema jurídico a quaisquer dados ou elementos ontológicos, que estariam situados no mundo do ser⁶²⁴:

Um sistema jurídico-penal teleológico-racional difere dos projetos sistemáticos causais e final no campo do ilícito não só através de sua abertura para o empírico e para a política criminal, mas igualmente porque ele reconhece a ação típica não exclusivamente como um dado prévio ontológico, e sim também como produto de uma valoração legislativa⁶²⁵.

Ação é uma manifestação da personalidade:

⁶¹⁹ BRANDÃO, Cláudio. *Teoria jurídica do crime*, 2015, p. 32.

⁶²⁰ ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General*, Tomo I, 1997, p. 203.

⁶²¹ Nas lições de Pacelli: “De outro lado, o único modelo de sistema penal que caminhou firmemente na consolidação de uma estrutura essencialmente normativista foi o chamado funcionalismo, que, em suas variadas concepções, desenvolve-se por meio de orientações normativas, construindo a dogmática penal na perspectiva das necessidades regulativas do Direito, a partir da identificação das funções atribuídas ao Direito Penal e, via de consequência, à pena pública. Nesses modelos, busca-se, o quanto possível, a aproximação entre a política criminal e a dogmática penal”. Cf.: PACHELLI, Eugênio. *Manual de Direito Penal: Parte Geral*, 2015, p. 59-60.

⁶²² TAVARES, Juarez. *Teorias do delito: variações e tendências*, 1980, p. 102.

⁶²³ TAVARES, Juarez. *Teorias do delito: variações e tendências*, 1980, p. 102.

⁶²⁴ PACHELLI, Eugênio. *Manual de Direito Penal: Parte Geral*, 2015, p. 70.

⁶²⁵ ROXIN, Claus. *Estudios de Derecho Penal*, 2008, p. 82.

a definição de ação como manifestação da personalidade permitiria excluir todos os fenômenos somático-corporais insuscetíveis de controle do ego e, portanto, não dominados ou não domináveis pela vontade humana: força física absoluta, convulsões, movimentos reflexos etc., não constituem manifestação da personalidade; por outro lado, exclui pensamentos e emoções encerrados na esfera psíquico-espiritual do ser humano porque não representam manifestação da personalidade⁶²⁶.

Marques aponta a vaguidade e a indeterminabilidade do conceito de ação⁶²⁷.

Roxin é lembrado no Brasil pela teoria da imputação objetiva.

É importante delimitar previamente o conceito de “imputação objetiva” em razão da pluralidade semântica que a expressão adquiriu desde o seu ressurgimento nas teorias do delito. Isso pode mitigar confusões teóricas sobre a proposta do autor.

O termo “imputação”, segundo Mir Puig⁶²⁸, tem sido um dos mais representativos da linguagem jurídica relacionada à atual teoria jurídica do delito⁶²⁹:

El término “imputación” es uno de los más representativos del lenguaje en que se expresa la actual teoría jurídica del delito. Por ejemplo, en la doctrina penal alemana, autores de orientaciones tan diferentes como Roxin, Jakobs y Hirschka sitúan este concepto en el centro de sus obras. Sin embargo, esto no ha sido siempre así. Tras haber ocupado un lugar central en la doctrina del iusnaturalismo racionalista del siglo XVIII, y en los penalistas hegelianos del siglo XIX, dicho término (imputación) cayó en desuso en Alemania en las dos últimas décadas del mismo siglo a consecuencia del naturalismo positivista, que se extendió en la doctrina alemana a través, sobre todo, de la influencia del Tratado de Von Liszt⁶³⁰.

O significado linguístico da palavra “imputação” resulta mais adequado para expressar um juízo de atribuição efetuado pelo homem do que para refletir algo previamente dado. No entanto, a elaboração da teoria do delito deve respeitar as estruturas da realidade empírica⁶³¹.

⁶²⁶ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: Parte Geral I*, 2014, p. 96.

⁶²⁷ MARQUES, Daniela de Freitas. *Elementos subjetivos do injusto*, 2001, p. 73. Também Santos entende no mesmo sentido. Cf.: SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: Parte Geral I*, 2014, p. 95-96.

⁶²⁸ MIR PUIG, Santiago. Significado y alcance de la imputación objetiva en Derecho Penal. In.: *Nuevas formulaciones en las Ciencias Penales*. Homenaje a Claus Roxin. Córdoba: Marcos Lerner Editora Córdoba, 2001, p. 61.

⁶²⁹ Para uma análise sobre a evolução do termo imputação nas ciências jurídicas, conferir o artigo citado na referência acima.

⁶³⁰ MIR PUIG, Santiago. Significado y alcance de la imputación objetiva en Derecho Penal. In.: *Nuevas formulaciones en las Ciencias Penales*, 2001, p. 61-62.

⁶³¹ MIR PUIG, Santiago. Significado y alcance de la imputación objetiva en Derecho Penal. In.: *Nuevas formulaciones en las Ciencias Penales*, 2001, p. 66-68: “En suma: la imputación objetiva supone la atribución de un sentido jurídico-penal específico a los términos legales que expresan la conducta típica, y no una mera descripción del verdadero sentido de dichos términos”. No mesmo sentido, Sancinetti aponta que o normativismo não pode renunciar a conexões com as estruturas ontológicas: SANCINETTI,

A expressão “imputação objetiva” distingue-se da expressão “imputação subjetiva” ao referir-se a algo objetivo e não subjetivo, mas não aclara suficientemente o alcance do objetivo a que se refere⁶³². Para Mir Puig, isso impõe algumas distinções, especialmente em razão da crescente utilização do termo “imputação” desde o seu renascimento na teoria do delito. Para o doutrinador, a imputação objetiva,⁶³³ e a imputação individual ou pessoal⁶³⁴ são três níveis necessários para que seja possível a completa atribuição de responsabilidade a um autor culpável e, em conjunto, representam uma exigência do princípio da culpabilidade⁶³⁵. Assim, alguns utilizam a expressão “imputação objetiva” para designar um conjunto teórico apto para a atribuição de responsabilidade penal a alguém⁶³⁶. A teoria, nesse sentido, não é isenta de apontamentos críticos⁶³⁷.

Marcelo A. *Fundamentación subjetiva del ilícito y desistimiento de la tentativa. Una investigación sobre la fundamentación del ilícito en Jakobs*. Bogotá: Temis, 1995. Muñoz Conde e García Arán assim se manifestam: “La norma jurídico-penal pretende la regulación de conductas humanas y tiene por base la conducta que intenta regular. Para ello tiene que partir de la conducta tal como aparece en la realidad. De toda la gama de comportamientos humanos que ocurren en la realidad, la norma selecciona una parte que valora negativamente conminándola con una pena”. Cf.: MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal: Parte General*, 2010, p. 213.

⁶³² MIR PUIG, Santiago. Significado y alcance de la imputación objetiva en Derecho Penal. In.: *Nuevas formulaciones en las Ciencias Penales*, 2001, p. 71.

⁶³³ Para Mir Puig, a imputação subjetiva é necessária para o tipo subjetivo e, portanto, para completar o tipo. Cf.: MIR PUIG, Santiago. Significado y alcance de la imputación objetiva en Derecho Penal. In.: *Nuevas formulaciones en las Ciencias Penales*, 2001, p. 85.

⁶³⁴ Esse nível da imputação é necessário para que o fato antijurídico converta-se em infração pessoal e seja completado pela culpabilidade do sujeito. Cf.: MIR PUIG, Santiago. Significado y alcance de la imputación objetiva en Derecho Penal. In.: *Nuevas formulaciones en las Ciencias Penales*, 2001, p. 85.

⁶³⁵ MIR PUIG, Santiago. Significado y alcance de la imputación objetiva en Derecho Penal. In.: *Nuevas formulaciones en las Ciencias Penales*, 2001, p. 74.

⁶³⁶ Para Muñoz Conde e García Arán, “en realidad, una Teoría del Delito que pretenda validez general para las distintas y numerosas figuras de delito existentes en la Parte Especial sólo puede elaborarse como una *teoría de la imputación*”. Para eles, a teoria da imputação é um discurso sobre os parâmetros para atribuição de responsabilidade penal: “(...) es decir, como un *discurso* en el que las personas que integran una sociedad se ponen de acuerdo sobre cuáles son los criterios, objetivos y subjetivos, que hay que tener en cuenta para imputar un determinado suceso llamado delito a una persona como responsable del mismo al objeto de poder imponerle una pena (o, en su caso, una medida de seguridad) y restablecer así la vigencia del Ordenamiento jurídico conculcado por el delito. No hay, pues, por lo menos en Derecho Penal, una imputación en sí misma, sino una imputación que permite la aplicación de un determinado efecto sancionatorio”. Cf.: MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal: Parte General*, 2010, p. 208-209.

⁶³⁷ Nas lições de Bacigalupo: “La teoría de la *imputación objetiva* en el sentido de la dogmática moderna, como el juicio sobre la cuestión de si un resultado puede ser considerado como el “hecho” de una determinada persona, ha sido criticada por Armin Kaufmann, por prácticamente innecesaria. En suma, Armin Kaufmann viene a sostener que su contenido se reduce a “conjunto de tipos, útil para la interpretación de algunos tipos, a veces inclusive para grupos de tipos”, pero sin que ello permita hablar de un nexo especial distinto de la causalidad. De ello se deduciría que los criterios de la imputación objetiva no serían sino “principios interpretativos” válidos en la Parte Especial”. Cf.: BACIGALUPO, Enrique. *Derecho Penal: Parte General*, 1999, p. 202.

No Brasil, a teoria da imputação objetiva mais difundida é a elaborada por Roxin⁶³⁸, que a desenvolveu, sobretudo, sob a base dogmática dos delitos culposos⁶³⁹ e o termo possui sentido mais estrito⁶⁴⁰: o autor pretende enriquecer o tipo objetivo e a análise da própria tipicidade objetiva.

Para Tavares, Roxin “busca estabelecer os critérios normativos que possam fundamentar a imputação objetiva em relação a um resultado típico, conforme os fins de proteção da norma e o alcance do tipo de injusto”⁶⁴¹.

Evidentemente, essa categoria desenvolvida por Roxin integra o conjunto de pressupostos necessários para realizar a imputação (atribuição) de responsabilidade penal a alguém. Mas, a teoria da imputação objetiva por ele desenvolvida tem por fim resolver determinados problemas práticos e teóricos já em etapa prévia a qualquer análise do tipo subjetivo. Portanto, embora todo o processo de imputação não seja uma matéria exclusiva da tipicidade, mas de toda a ordem jurídica, é possível que sejam analisados, desde logo, na própria tipicidade, os critérios negativos da imputação⁶⁴².

Quanto à estrutura do tipo, Roxin acolhe a solução finalista, dividindo-o em objetivo e subjetivo. No entanto, a ação típica constitui uma unidade de fatores externos e internos, que não pode ser rompida, mas compreendida em suas singularidades⁶⁴³.

⁶³⁸ Roxin sintetiza a importância de sua teoria nos seguintes termos: “Uma das tarefas essenciais da teoria da imputação objetiva consiste, contrariamente ao entendimento puramente causal antes defendido, excluir do tipo objetivo aquelas causações de lesões de bens jurídicos surgidas por acaso ou em consequência de um comportamento antijurídico qualquer não referido ao tipo concreto”. Cf.: ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General*, Tomo I, 1997, p. 235.

⁶³⁹ ROXIN, Claus. Injerencia e imputación objetiva. In.: *Nuevas formulaciones en las Ciencias Penales*. Homenaje a Claus Roxin. Córdoba: Marcos Lerner Editora Córdoba, 2001, p. 140. Seus fundamentos expostos em língua portuguesa, primeiramente, em “Reflexões sobre a problemática da imputação no Direito Penal” e “Violação de dever e resultado nos delitos culposos”, que estão reproduzidos em “Problemas Fundamentais de Direito Penal, 2ª edição, pela editora Vega Universidade (Lisboa, 1993)”. Posteriormente, estendeu-se a sua aplicabilidade aos delitos dolosos.

⁶⁴⁰ Consoante Roxin, em Larenz e Honing, o ponto de partida da teoria da imputação objetiva é atribuir reponsabilidade penal a um sujeito por uma obra deste: “As raízes históricas espirituais da teoria da imputação objetiva remontam até a filosofia jurídica de *Hegel*. Dela é que *Larenz*, no ano de 1927/34, extraiu uma concepção da imputação objetiva, que logo depois foi aplicada por *Honig*, especificamente, na dogmática jurídico-penal. Foi a *Honig* (e, é claro, também a *Larenz*) que me referi ao de desenvolver em 1970 aquilo que denominei de princípio do risco, que desde então tem feito uma carreira repleta de sucessos. Alguns vêm duvidando, ultimamente, se esta correlação entre a concepção moderna e a antiga é justificada. De fato, em *Larenz* e *Honig* pode-se encontrar não mais que um ponto de partida, que não dá idéia alguma do desenvolvimento ulterior da concepção. Diz *Larenz*: ‘A imputação (...) tem a ver com a pergunta quanto ao que se deve atribuir a um sujeito como sua ação, pela qual deve ele ser feito responsável’”. No entanto, Roxin entende que isso restringe a aplicação da teoria e, assim, a moderna teoria (ou seja, na visão deste autor) “confere ao tipo objetivo uma importância muito maior da que ele até então tinha, tanto na concepção causal, como na final”. Cf.: ROXIN, Claus. *Estudos de Direito Penal*, 2008, p. 115-125.

⁶⁴¹ TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*, 2002, p. 280.

⁶⁴² TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*, 2002, p. 281.

⁶⁴³ TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*, 2002, p. 280.

Os estudos de Roxin partem da constatação de que “o grande progresso que trouxe a teoria finalista da ação limita-se, porém, ao tipo subjetivo. Para a realização do tipo objetivo, ela considera suficiente a mera relação de causalidade, no sentido da teoria da equivalência”⁶⁴⁴. Persiste a demasiada amplitude do tipo e incoerência em resolver, no âmbito da tipicidade subjetiva, problemas que não se referem a ela.

O tipo retoma a sua função de garantia e subordina-se aos fins da pena⁶⁴⁵.

Ao tipo objetivo pertence sempre a menção a um sujeito ativo, a uma ação típica e, em regra geral, também a descrição do resultado sancionado⁶⁴⁶.

Cabe à Parte Geral do Direito Penal aclarar as características que deve ter a relação entre sujeito ativo e resultado para que se possa imputar a ele o resultado como ação sua⁶⁴⁷. A parte mais importante é a elaboração dos princípios que regerão a ação típica nos crimes de resultado⁶⁴⁸.

Nos crimes comissivos, deve ocorrer primeiramente a causalidade entre a ação do autor e o resultado, mas isso é insuficiente. São necessários outros critérios de valoração. A constatação dos pressupostos com os quais é lícito considerar um resultado como obra de um determinado sujeito denomina-se imputação ao tipo objetivo⁶⁴⁹. Junto ao sujeito ativo e ao resultado é necessário um nexo de imputação entre ambos⁶⁵⁰.

Considerando que teoria da imputação objetiva foi inicialmente desenvolvida no âmbito da dogmática dos crimes culposos, Roxin, modernamente, pretende uma ampliação do âmbito de sua aplicação:

La teoría de la imputación objetiva tiene validez, pues, para toda clase de imputación al tipo objetivo, siendo indiferente que se trate de un resultado provocado no dolosamente o de uno conscientemente buscado, o que se trate de autoría o de complicidad. Y ella puede también ser utilizada fructíferamente en la dogmática de la omisión para la restricción de la responsabilidad por injerencia, tal como quisiera explicarlo algo más detalladamente en lo que sigue⁶⁵¹.

A teoria tem aplicação no âmbito dos delitos de resultado (dolosos e/ou culposos), conforme a seguir. Greco ensina que o conteúdo básico da teoria pode ser

⁶⁴⁴ ROXIN, Claus. *Estudios de Derecho Penal*, 2008, p. 102.

⁶⁴⁵ TAVARES, Juarez. *Teoría do injusto penal*, 2002, p. 146.

⁶⁴⁶ ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General*, Tomo I, 1997, p. 304.

⁶⁴⁷ ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General*, Tomo I, 1997, p. 304.

⁶⁴⁸ ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General*, Tomo I, 1997, p. 304-305.

⁶⁴⁹ ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General*, Tomo I, 1997, p. 305.

⁶⁵⁰ ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General*, Tomo I, 1997, p. 305.

⁶⁵¹ ROXIN, Claus. Injerencia e imputación objetiva. In.: *Nuevas formulaciones en las Ciencias Penales. Homenaje a Claus Roxin*, 2001, p. 140.

expresso como “conjunto de pressupostos genéricos que fazem de uma causação uma causação objetivamente típica”⁶⁵². Segundo Roxin:

Em sua forma mais simplificada, diz ela: um resultado causado pelo agente só deve ser imputado como sua obra e preenche o tipo objetivo unicamente quando o comportamento do autor cria um risco não permitido para o objeto da ação (1), quando o risco se realiza no resultado concreto (2) e este resultado se encontra dentro do alcance do tipo (3)⁶⁵³.

A análise de uma causação objetivamente típica requer alguns pressupostos:

a) O resultado causado pelo autor só deve ser imputado ao tipo objetivo se o comportamento do autor criar um perigo para o objeto da ação, não compreendido no risco permitido, e se este perigo se realizar no resultado concreto. Por ex., no caso da tempestade [...] falta um homicídio [...] porque mandar alguém a uma floresta não cria um perigo de morte juridicamente relevante. [...].

b) Quando o resultado representar a realização do perigo criado pelo autor, ele será em regra, imputável, de modo que o tipo objetivo se considerará preenchido. Excepcionalmente, contudo, a imputação pode ser excluída, se o alcance do tipo não compreender o impedimento de tais perigos e de suas consequências. Se A leva B a escalar o Himalaia, e este – como previra A – se acidenta mortalmente, A não só causou a morte como também esta morte é a realização do perigo criado por ele causado. Ainda assim, A não terá cometido um homicídio punível. Com efeito, se o Direito sequer pune a provocação ao suicídio, a provocação a que alguém se coloque em perigo, aqui ocorrida, com muito maior razão isenta de pena⁶⁵⁴.

O autor elabora a teoria da imputação objetiva a partir de critérios negativos. Pode-se dizer que, de maneira geral, não haverá imputação nos seguintes casos: a) se o agente tiver diminuído o risco para o bem jurídico; b) se o agente não tiver aumentado o risco para o bem jurídico; c) se o risco era permitido; d) se esse risco não se materializar no resultado típico; e, e) se o resultado, na forma como ocorrido, não se incluir no âmbito de alcance do tipo⁶⁵⁵.

De maneira mais detalhada, há dois níveis de estudo. O primeiro nível de análise refere-se à criação de um risco proibido. Essa tarefa cumpre-se mediante quatro desdobramentos (ou grupos de casos) que levam a exclusão da imputação: a) diminuição do risco; b) ausência de criação de perigo; c) criação de perigo e cursos causais hipotéticos; e, d) risco permitido.

⁶⁵² GRECO, Luís. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 5.

⁶⁵³ ROXIN, Claus. *Estudos de Direito Penal*, 2008, p. 104.

⁶⁵⁴ ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General*, Tomo I, 1997, p. 363-364.

⁶⁵⁵ TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*, 2002, p. 281-282.

No primeiro critério, referente à hipótese de “diminuição do risco”, não há imputação quando o autor modifica um curso causal de forma a diminuir a situação de perigo já existente para a vítima⁶⁵⁶. As ações que melhoram a situação do bem jurídico não podem ser consideradas perigosas, assim como aquelas inócuas, o que é racionalmente aceito. Embora o agente tenha provocado uma lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico, “não lhe será imputado tal resultado de dano ou de perigo se a sua conduta consistiu numa alteração do processo causal em marcha, de modo a tornar menor essa lesão ou tornar menor a possibilidade de ocorrência do perigo”⁶⁵⁷.

A justificativa reside na consideração de que para minorar as consequências de um ato lesivo, o agente atuou no sentido da finalidade de proteção da norma e não contra ela⁶⁵⁸. Para Tavares, é possível raciocinar no sentido da não proibição⁶⁵⁹.

Cabe ressaltar que esse vetor diferencia-se daquelas ocasiões relacionadas à “substituição de um risco por outro”, ou seja, quando o perigo pré-existente não é diminuído. Neste último, há adequação típica. Poderá haver consentimento presumido ou caracterização de estado de necessidade⁶⁶⁰. No caso concreto, a distinção entre a diminuição do mesmo risco e a substituição por outro pode ser difícil⁶⁶¹.

Pelo segundo critério, relacionado à “ausência de criação de perigo”, não há imputação quando o agente não aumentou o perigo de forma juridicamente relevante e nas hipóteses em que o perigo pré-existente não é elevado de maneira mensurável⁶⁶². Isso ocorre mesmo nos casos em que a conduta ocorra em situações excepcionais tais que possam dar lugar a um acidente. O Direito Penal não toma em consideração os mínimos riscos sociais que estão unidos a elas⁶⁶³.

Para análise do terceiro critério importam os cursos causais hipotéticos, os quais podem ocorrer em várias perspectivas. Para Roxin, do ordenamento jurídico não se pode inferir a existência de permissões para a prática de ilícitos sobre a rubrica de que outra pessoa realizaria tais fatos delituosos⁶⁶⁴. Ou seja, a imputação de uma

⁶⁵⁶ ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General*, Tomo I, 1997, p. 363-364.

⁶⁵⁷ TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*, 2002, p. 283.

⁶⁵⁸ ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General*, Tomo I, 1997, p. 365-366.

⁶⁵⁹ TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*, 2002, p. 284.

⁶⁶⁰ ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General*, Tomo I, 1997, p. 366.

⁶⁶¹ ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General*, Tomo I, 1997, p. 366.

⁶⁶² ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General*, Tomo I, 1997, p. 366-367.

⁶⁶³ ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General*, Tomo I, 1997, p. 366.

⁶⁶⁴ ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General*, Tomo I, 1997, p. 368.

realização antijurídica do tipo não pode ser excluída porque existia um autor substitutivo (princípio da assunção)⁶⁶⁵.

O mesmo vale para atuação do substituto conforme ao Direito, uma vez que a ordem jurídica outorga permissão a algumas pessoas somente e não a todas elas⁶⁶⁶.

A modificação da causalidade natural, que não piora a situação da situação da vítima em seu conjunto, exclui a imputação. Esse critério é diferente da substituição de ação autônoma. Quanto a esta última, Roxin aduz que não deveria haver exclusão da imputação porque há uma atuação humana que aparece como lesiva e autônoma⁶⁶⁷.

O quarto critério refere-se ao risco permitido, que leva à exclusão da imputação. Ainda que o agente tenha criado um risco juridicamente relevante, estará excluída a imputação se este risco se puder dizer permitido⁶⁶⁸.

O risco permitido⁶⁶⁹ é um comportamento que cria um risco relevante que independe do caso concreto e está inserido no risco que é, em geral, permitido⁶⁷⁰. Ainda que se produza resultado típico não há relevância jurídica, o que permite “a filtragem objetiva tão buscada pelos penalistas por meio de várias teorias, obtendo-se uma fundamentação sólida limitadora do dogma causal”⁶⁷¹.

O autor reconhece que a delimitação do risco permitido nem sempre é fácil, mas, em todo caso, um apoio substancial ocorre no estabelecimento das regras de cuidado⁶⁷².

Constatando que agente criou um risco proibido, analisa-se o segundo nível, que se refere à realização do risco não permitido. Esse exame também é realizado a partir de conceitos que igualmente levam à exclusão da imputação. São os casos de: a)

⁶⁶⁵ ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General*, Tomo I, 1997, p. 368.

⁶⁶⁶ ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General*, Tomo I, 1997, p. 368.

⁶⁶⁷ ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General*, Tomo I, 1997, p. 370.

⁶⁶⁸ ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General*, Tomo I, 1997, p. 371.

⁶⁶⁹ Importante salientar que Greco ressalta dois fundamentos para o risco permitido: “Primeiramente, o núcleo de liberdade de cada cidadão, que lhe garante uma ainda que reduzida esfera de total autonomia em relação à ingerência estatal, independentemente das consequências da utilização desta liberdade. Um exemplo inicial seriam as injúrias a terceiro proferidas numa conversa entre amigos. [...]. Mas como apenas um núcleo reduzido de liberdade humana pode ser de tal forma imponderável e absoluto, o restante dos casos de risco permitido é fundamentado pela ideia mais abrangente e, como dito acima, amplamente reconhecida da *ponderação entre interesse de proteção de bens jurídicos e interesse geral de liberdade*”. Cf.: GRECO, Luís. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*, 2007, p. 43-44.

⁶⁷⁰ ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General*, Tomo I, 1997, p. 371.

⁶⁷¹ SOUZA, Valéria Padovani de; SANTOS, Juarez Cirino dos; Universidade Federal do Paraná. Setor de Ciências Jurídicas. Programa de Pós-Graduação em Direito. *Imputação objetiva na obra de Claus Roxin e sua aplicação no Direito Penal brasileiro*. Defesa: Curitiba, 2006. Biblioteca Digital da UFPR, p. 71. Disponível em <<http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/handle/1884/3044>>. Acesso em 29 mai. 2017.

⁶⁷² ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General*, Tomo I, 1997, p. 372.

ausência de perigo; b) não realização do risco proibido; c) resultados não compreendidos no fim de proteção da norma de cuidado; e, d) aumento do risco.

A imputação ao tipo objetivo pressupõe que no resultado tenha se realizado precisamente o risco não permitido criado por seu autor.

Quanto ao primeiro critério, relacionado à ausência de perigo (ou falta de realização do perigo), o risco permitido decorre de fundamentos de política criminal e “se o resultado se produzir por razões que não guardem qualquer relação com os motivos que levaram à proibição da conduta, não há desvalor do resultado, porque está quebrada a íntima conexão que deve existir entre ele e o desvalor da ação”⁶⁷³.

Relativamente ao segundo critério, a imputação ao tipo objetivo pressupõe que o resultado se apresente como a realização do risco que o autor criou⁶⁷⁴. Se o resultado não é consequência deste deve haver exclusão da imputação, estando-se diante de obra do acaso, ainda que haja relação causal. Quando o risco proibido não influir no resultado concreto, não há imputação ao tipo objetivo.

O mesmo ocorre nos casos de violação de dever que supere o risco permitido e chegue a ser causa do resultado naquelas estritas hipóteses em que o risco da ocorrência deste não tiver sido aumentado pela violação⁶⁷⁵. A realização do risco proibido apenas em razão da causalidade dá lugar ao mero acidente, de modo que se exclui a imputação⁶⁷⁶.

Quanto ao terceiro critério, o autor entende que os resultados não abrangidos no fim de proteção da norma de cuidado são excluídos⁶⁷⁷. Os casos propriamente ditos de exclusão da imputação pelo fim de proteção do tipo são aqueles em que a norma típica não abarca de antemão determinadas condutas e consequências.

No que se refere ao quarto critério, que trata do aumento do risco permitido, Roxin afirma que “qualquer aumento [do] risco fará recair sobre o autor as consequências que decorrentes”⁶⁷⁸. Sobre isso, Roxin recebe muitas críticas. Um segmento teórico entende que deve ser aplicado o princípio geral do *in dubio pro reo*, mas para o doutrinador, isso é incorreto por levar à absolvição aquele que elevou o

⁶⁷³ GRECO, Luís. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*, 2007, p. 94.

⁶⁷⁴ ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General*, Tomo I, 1997, p. 375.

⁶⁷⁵ ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General*, Tomo I, 1997, p. 376.

⁶⁷⁶ ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General*, Tomo I, 1997, p. 376.

⁶⁷⁷ ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General*, Tomo I, 1997, p. 377-378.

⁶⁷⁸ ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General*, Tomo I, 1997, p. 379-380.

perigo aceito ou tolerado⁶⁷⁹. Segundo ele, a teoria da imputação objetiva exige a evitação “de riscos que se realizem em um resultado típico de lesão”⁶⁸⁰. O aumento do risco deve ser avaliado segundo parâmetros normativos.

Ultrapassados esses dois níveis estudados, a imputação ainda pode fracassar pelo nível relacionado ao alcance do tipo. Isso ocorre naqueles casos nos quais o fim de proteção da norma típica não abarca resultados das classes produzidas, ou seja, o tipo não está destinado a proteger ou impedir tais ocorrências⁶⁸¹.

O tipo penal doloso também possui uma face subjetiva, diversamente do que pretendeu Beling. No sistema de Roxin, o tipo subjetivo é composto pelo dolo e, a depender do caso, de outros elementos subjetivos adicionais ao dolo⁶⁸². A essência do dolo refere-se à realização do plano: categoria comum às três formas de dolo comumente indicadas pela doutrina (dolo direito de primeiro grau, dolo direto de segundo grau e dolo eventual) e que pode resolver problemas relacionados aos desvios de cursos causais⁶⁸³:

(...) un resultado ha de considerarse dolosamente producido cuando y porque se corresponde con el plan del sujeto en una valoración objetiva. Lo anterior es evidente en la intención (o propósito) y en el dolo directo (de segundo grado), pero puede servir además como directriz en la delimitación entre dolo eventual e imprudencia consciente⁶⁸⁴.

É preciso estudar também a dimensão temporal do dolo. Não basta um dolo antecedente: há de ocorrer durante a realização da ação executiva, ou seja, durante a própria execução⁶⁸⁵. Por outro lado, não é necessário que o dolo exista durante toda a ação típica, bastando que ele ocorra no momento em que o sujeito se disponha a realizar a produção do resultado⁶⁸⁶.

Relativamente aos crimes imprudentes (crimes culposos), o critério finalista acerca da infração ao dever de cuidado apresenta-se insuficiente. Para Roxin negar a divisão entre tipo objetivo e tipo subjetivo reduz o tipo subjetivo aos delitos dolosos.

⁶⁷⁹ ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General*, Tomo I, 1997, p. 380-381.

⁶⁸⁰ ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General*, Tomo I, 1997, p. 385.

⁶⁸¹ ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General*, Tomo I, 1997, p. 387.

⁶⁸² O dolo é o elemento geral do tipo subjetivo. O dolo (típico) corresponde à fórmula abreviada de que ele é conhecimento (saber) e vontade (querer) de realizar os elementos do tipo objetivo. Cf.: ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General*, Tomo I, 1997, p. 307-308.

⁶⁸³ ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General*, Tomo I, 1997, p. 415-417.

⁶⁸⁴ ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General*, Tomo I, 1997, p. 416-417.

⁶⁸⁵ ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General*, Tomo I, 1997, p. 453.

⁶⁸⁶ ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General*, Tomo I, 1997, p. 453.

Assim, o adequado é reconhecer na culpa consciente (imprudência consciente) a existência de um tipo subjetivo, que consiste na representação de todas as circunstâncias do fato como um perigo não permitido e a confiança na ausência de realização do tipo. Isso demonstra a estreita relação com o dolo eventual. A diferença reside na realização do plano. Na culpa inconsciente (imprudência inconsciente) falta o tipo subjetivo porque precisamente o sujeito não incluiu em sua representação os elementos e pressupostos do tipo objetivo⁶⁸⁷.

Em relação aos tipos omissivos, algumas considerações são necessárias.

De acordo com Roxin, o tipo objetivo dos omissivos impróprios tem cinco pressupostos, dos quais os três primeiros servem para todos os crimes omissivos, ou seja, aplicam-se também aos crimes omissivos próprios⁶⁸⁸.

Na omissão própria, os tipos se limitam a descrever a omissão, preveem para ela um marco penal próprio e inexistente uma contrafigura em forma de delito comissivo⁶⁸⁹.

Na omissão imprópria, a punição deriva de um tipo comissivo e conforme a pena prevista para este mesmo e há uma contrafigura correspondente que se realiza através da forma de delito comissivo⁶⁹⁰. Há importância prática na identificação das posições de garante, sendo este o problema mais difícil na dogmática de tais crimes⁶⁹¹. Os pressupostos são: a) a situação típica; b) a não realização da ação requerida; c) a capacidade individual de ação; d) a imputabilidade objetiva de ação; e, e) a posição de garante e a correspondência⁶⁹².

A omissão típica pressupõe sempre, em primeiro lugar, que exista uma situação que exija uma intervenção. Nos delitos omissivos impróprios, em geral, consiste no perigo de produção do resultado. Nos omissivos próprios a configuração da situação é exatamente descrita⁶⁹³. Essa omissão típica se produz apenas quando o agente

⁶⁸⁷ ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General*, Tomo I, 1997, p. 1021-1023.

⁶⁸⁸ ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General*. Tomo II. Especiales formas de aparición del delito. Traducción de la 1ª edición alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Pena (Director), José Manuel Paredes Castañón, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 2014, p. 814.

⁶⁸⁹ ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General*, Tomo II, 2014, p. 759.

⁶⁹⁰ ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General*, Tomo II, 2014, p. 759.

⁶⁹¹ ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General*, Tomo II, 2014, p. 763.

⁶⁹² ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General*, Tomo II, 2014, p. 814-815.

⁶⁹³ ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General*, Tomo II, 2014, p. 814.

deixa de realizar a ação requerida na situação típica. Essa ação requerida precisamente dependerá da lei tanto nos casos de omissão própria como nos de omissão imprópria⁶⁹⁴.

A capacidade individual de ação pressupõe que o agente possa executar fisicamente a ação esperada. O necessário é que ela seja apreciada considerando que o agente naquela situação concreta não pode fazer nada razoável ou que tenha sentido cumprir o mandato⁶⁹⁵. No entanto, as dúvidas sobre a idoneidade da medida de salvação não suprimem a capacidade e o dever de atuar⁶⁹⁶. Do mesmo modo, a impossibilidade jurídica não é um caso de incapacidade de ação⁶⁹⁷.

A imputação objetiva do resultado⁶⁹⁸ no sentido dos crimes comissivos somente entra em consideração nos delitos omissivos impróprios⁶⁹⁹. A posição de garante e a correspondência ocorrem somente nos delitos omissivos impróprios⁷⁰⁰.

No tipo subjetivo, o dolo é igual ao que existe nos crimes comissivos⁷⁰¹.

Roxin admite uma omissão imprudente (culposa).

A omissão imprudente ocorre nos casos em que o garante em uma situação de perigo que lhe obriga a atuar, sem dolo, mas de maneira objetivamente evitável, comporta-se passivamente ou ainda de outro modo incorreto e causa o resultado⁷⁰². Ele aponta quatro formas de omissão imprudente.

A primeira possibilidade ocorre quando o garante omitente desconhece infringindo o cuidado devido a situação típica, ou seja, o perigo que lhe obriga a intervir⁷⁰³. A segunda hipótese realiza-se quando o omitente não reconhece a sua posição de garante⁷⁰⁴. Em terceiro lugar, pode ocorrer uma omissão imprudente quando o garante que permanece inativo e sem pensar mais pausadamente se considera incapaz de atuar⁷⁰⁵. Em quarto lugar, verifica-se uma omissão imprudente no fato de que o

⁶⁹⁴ ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General*, Tomo II, 2014, p. 814-815.

⁶⁹⁵ ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General*, Tomo II, 2014, p. 756.

⁶⁹⁶ ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General*, Tomo II, 2014, p. 756.

⁶⁹⁷ ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General*, Tomo II, 2014, p. 757.

⁶⁹⁸ Em relação à causalidade nos crimes omissivos, Roxin filia-se ao entendimento de que há uma omissão causal. Ele consigna a diferença entre a causalidade comissiva e a causalidade omissiva. Assim, a causalidade da comissão ativa pressupõe que ao lado da conexão conforme as leis entre o comportamento do autor e o resultado se produz uma entrada de energia positiva. A causalidade omissiva, por sua vez, limita-se à conexão conforme as leis entre a omissão e o resultado. Cf.: ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General*, Tomo II, 2014, p. 768.

⁶⁹⁹ ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General*, Tomo II, 2014, p. 815.

⁷⁰⁰ ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General*, Tomo II, 2014, p. 815.

⁷⁰¹ ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General*, Tomo II, 2014, p. 815.

⁷⁰² ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General*, Tomo II, 2014, p. 820.

⁷⁰³ ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General*, Tomo II, 2014, p. 821.

⁷⁰⁴ ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General*, Tomo II, 2014, p. 821.

⁷⁰⁵ ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General*, Tomo II, 2014, p. 821.

garante, infringindo o cuidado devido, realiza incorretamente a atuação exigida e causa, com isso, o resultado⁷⁰⁶.

A antijuridicidade⁷⁰⁷ e a culpabilidade⁷⁰⁸ são conceitos diversos.

No modelo funcionalista teleológico, Roxin mantém o entendimento de que a relação entre tipo e antijuridicidade é a de regra e exceção. Apesar disso, ele concebe a antijuridicidade como uma qualidade da ação típica, no sentido de que o fato está em contradição com as proibições ou determinações do Direito Penal. Roxin admite que o juízo de antijuridicidade possa variar de um para outro ramo sem que isso configure uma quebra da unidade da ordem jurídica⁷⁰⁹.

6.4 Da tipicidade penal no sistema funcionalista de Günther Jakobs

Günther Jakobs desenvolve um modelo de funcionalismo penal que geralmente é intitulado como “sistêmico” ou “sistêmico radical”, em que “a contribuição que o Direito Penal presta à manutenção da configuração da sociedade e do Estado é a garantia das normas”⁷¹⁰. Ele rechaça o ponto de partida ontológico finalista, mas a causalidade aparece como uma categoria que não pode ser ignorada.

O pensador parte de uma perspectiva de funcionalismo jurídico-penal que “se concebe como aquela teoria segundo a qual o Direito Penal está orientado a garantir a identidade normativa, a garantir a constituição da sociedade”⁷¹¹. A prestação que

⁷⁰⁶ ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General*, Tomo II, 2014, p. 821.

⁷⁰⁷ A tarefa sistemática da antijuridicidade “consiste em construir, da maneira mais completa possível, partindo da massa das causas de justificação, o catálogo dos muito menos numerosos princípios de organização social e esclarecer suas relações recíprocas”. As causas de justificação divergem do tipo em sua finalidade político-criminal e a dogmática que lhe é correlata deve proceder também de forma distinta da dogmática do tipo. As causas de justificação não descrevem ações ou violações de dever pelo simples fato de que valem, em regra, para muitos tipos simultaneamente. Para cada excludente da ilicitude deve ser esboçada uma fenomenologia das relações fáticas típicas. Cf.: ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico penal*, 2000, p. 55-60.

⁷⁰⁸ Enquanto a teoria do ilícito “responde à pergunta sobre que atos são objeto de proibições penais, a categoria da responsabilidade visa solucionar os problema dos pressupostos com base nos quais o agente poderá ser responsabilizado penalmente pelo injusto que praticou”. Cf.: ROXIN, Claus. *Estudos de Direito Penal*, 2008, p. 85-89.

⁷⁰⁹ TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*, 2002, p. 156.

⁷¹⁰ JAKOBS, Günther. *Tratado de Direito Penal: teoria do injusto e culpabilidade*, 2008, p. 61; 266: “A eficácia fática da norma é um assunto que diz respeito tanto ao autor quanto à vítima; o agente precisa respeitar a norma, a vítima precisa estar tão segura em sua expectativa de que a norma será respeitada a ponto de poder orientar seu comportamento por essa expectativa. A segurança da vítima com relação à sua expectativa também pode ser agredida sem que exista uma violação normativa, como acontece quando se simula para a vítima que a norma está revogada ou – o que é mais importante do ponto de vista prático – que a norma será infringida dentro em pouco, ou quando se criem condições que fazem com que a vítima duvide da base cognitiva da segurança da expectativa”.

⁷¹¹ JAKOBS, Günther. *Sociedade, norma e pessoa: teoria de um Direito Penal funcional*, 2003, p. 1.

realiza o Direito Penal consiste em “contradizer por sua vez a contradição das normas determinantes da identidade social. O Direito Penal confirma a identidade social”⁷¹².

O delito não é tomado como princípio de uma evolução nem tampouco como evento que deva solucionar-se de modo cognitivo, mas como falha de comunicação que deve ser imputado ao seu autor como culpa sua⁷¹³.

Cabe ao Direito Penal restabelecer “no plano da comunicação a vigência perturbada da norma cada vez que se leva a cabo seriamente um procedimento como consequência de uma infração da norma”⁷¹⁴:

El Derecho Penal garantiza la vigencia de la norma, no la protección de bienes jurídicos. En este punto, los representantes de la tesis de la protección de bienes jurídicos objetarán que ello de ningún modo debe ser una contraposición; por el contrario, dirán, lo decisivo es limitar el Derecho Penal a la protección de la vigencia de aquellas normas que prohíben afectar a un bien, y deslegitimar las demás normas, especialmente, aquellas que se caracterizan por proteger determinadas convicciones morales. Sin embargo, no es posible ordenar al Derecho Penal en función de un esquema tan sencillo, bien *versus* moral; pues los bienes – ya que hablamos de ellos – presentan determinadas condiciones de supervivencia sin las cuales no pueden ser usados, y también habría que proteger esas condiciones de subsistencia⁷¹⁵.

O sistema de Jakobs busca uma completa normatização de todas as categorias jurídicas⁷¹⁶. Apesar de ser interlocutor de Welzel, Jakobs afasta-se, em geral, do ponto de partida ontológico acolhido pelo finalismo de maneira bem inquestionável: a elaboração das categorias dogmáticas não pode ser feita com base em uma fundamentação ontológica do Direito, como preconizou Welzel porque o conteúdo dos elementos da teoria do delito deve depender dos fins e das funções que cumpre o Direito, consistentes em assegurar a identidade de uma sociedade⁷¹⁷.

De acordo com Pacelli, “a ação, portanto, não seria algo dado, mas a expressão de sentidos obtidos nos processos de comunicação entre os membros da sociedade. Caberia ao Direito Penal operar com tais sentidos e com a motivação

⁷¹² JAKOBS, Günther. *Sociedade, norma e pessoa: teoria de um Direito Penal funcional*, 2003, p. 4

⁷¹³ JAKOBS, Günther. *Sociedade, norma e pessoa: teoria de um Direito Penal funcional*, 2003, p. 4.

⁷¹⁴ JAKOBS, Günther. *Sociedade, norma e pessoa: teoria de um Direito Penal funcional*, 2003, p. 4-5.

⁷¹⁵ JAKOBS, Günther. ¿Qué protege el Derecho Penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma? In.: *El funcionalismo en Derecho Penal: libro homenaje al profesor Günther Jakobs*. Tomo I. Bogotá: Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 43.

⁷¹⁶ PACELLI, Eugênio. *Manual de Direito Penal: Parte Geral*, 2015, p. 71.

⁷¹⁷ LYNETT, Eduardo Montealegre. Estudio introductorio a la obra de Günther Jakobs. In.: *El funcionalismo en Derecho Penal: libro homenaje al profesor Günther Jakobs*. Tomo I. Bogotá: Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 23.

determinante dos comportamentos”⁷¹⁸. A ação é objeto de nova conceituação, sendo concebida como um ato comunicativamente relevante⁷¹⁹:

El sentido de un comportamiento no se determina por la particular concepción que el sujeto tenga sobre él mismo, ni tampoco con base en estructuras pre jurídicas. La acción debe buscarse dentro de la sociedad y no antes de ella. La elaboración del concepto de acción con base en la comunicación implica que es relevante *el esquema social de interpretación del suceso*, porque, si las normas son “estructuras reflexivas de expectativas”, la relación de comunicación siempre se define por el contexto. Las conductas se determinan de acuerdo a la expectativa de expectativas, es decir, sobre expectativas recíprocas: yo realizo mi conducta de acuerdo a lo que los otros esperan de mí. Esto significa que si la representación del sujeto, que considera ilícita una determinada conducta, no coincide con la concepción racional que la sociedad le da a la misma, esta no es objeto de imputación objetiva⁷²⁰.

A diferença entre ação e omissão, baseada em pressupostos naturalísticos, não é juridicamente relevante⁷²¹: “o Direito Penal moderno não toma como ponto de referência movimentos corporais de indivíduos ou a ausência desses, mas o significado do comportamento das pessoas”⁷²². O conceito penal chave é o dever⁷²³:

A configuração da sociedade, para cuja manutenção deve contribuir o Direito Penal, não se cristaliza em naturalismos como a diferenciação entre comissão e ação, mas em instituições, como a que se fundamenta numa posição somente negativa ou fundada num *status* positivo⁷²⁴.

Há deveres positivos e deveres negativos. A abordagem sobre eles destina-se, em grande parte, a explicar a irrelevância da separação entre ação e omissão mediante o estudo de três regras centrais⁷²⁵. Essas categorias são: a) risco permitido⁷²⁶;

⁷¹⁸ PACELLI, Eugênio. *Manual de Direito Penal: Parte Geral*, 2015, p. 75.

⁷¹⁹ LYNETT, Eduardo Montealegre. Estudio introductorio a la obra de Günther Jakobs. In.: *El funcionalismo en Derecho Penal: libro homenaje al profesor Günther Jakobs*, 2003, p. 28.

⁷²⁰ LYNETT, Eduardo Montealegre. Estudio introductorio a la obra de Günther Jakobs. In.: *El funcionalismo en Derecho Penal: libro homenaje al profesor Günther Jakobs*, 2003, p. 29.

⁷²¹ JAKOBS, Günther. *Ação e omissão no Direito Penal*. Tradução de Mauricio Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003, p. 2.

⁷²² JAKOBS, Günther. *Ação e omissão no Direito Penal*, 2003, p. 32.

⁷²³ JAKOBS, Günther. *Ação e omissão no Direito Penal*, 2003, p. 32.

⁷²⁴ JAKOBS, Günther. *Ação e omissão no Direito Penal*, 2003, p. 32.

⁷²⁵ JAKOBS, Günther. *Ação e omissão no Direito Penal*, 2003, p. 28-29.

⁷²⁶ Segundo Jakobs, o risco permitido “dispõe que ninguém tem o dever de configurar a sua organização de tal maneira que outros estejam também protegidos dos perigos que, na vida cotidiana, são praticamente ineludíveis (...). O risco permitido é, portanto, absolutamente independente da forma de comportamento enquanto movimento corporal ou omissão”. Cf.: JAKOBS, Günther. *Ação e omissão no Direito Penal*, 2003, p. 28-29.

b) responsabilidade da vítima⁷²⁷; e, c) proibição de regresso⁷²⁸. Em conclusão, “a resposta à pergunta sobre se um comportamento tem ou não significado delitivo depende, tanto na comissão como na omissão, das mesmas regras”⁷²⁹.

A conduta é um conceito relativo, não existindo condutas em si, mas apenas determinadas em cada caso pelos efeitos externos evitáveis do sujeito. Os efeitos típicos constituem, eles mesmos, realizações do tipo. É nesse sentido que, para o autor, essa identidade entre conduta e realização do tipo exclui que ambas sejam tratadas como níveis dissociados do crime⁷³⁰. O tipo não absorve o conceito de conduta porque o problema do que seja uma conduta não pode ser tratado como um problema do tipo⁷³¹:

Todos os tipos descrevem conformações do mundo realizadas pelo sujeito que frustram as expectativas; as condições da conduta são as condições mínimas dos tipos. Os elementos da conduta são, pois, elementos do tipo. Do conceito de conduta como causação do resultado individualmente evitável acima desenvolvido deriva, quanto ao tipo, que este – como a conduta – não é algo exclusivamente objetivo (ou seja, exclusivamente atividade corporal que causa o resultado) ou exclusivamente subjetivo (ou seja, exclusivamente dolo), mas sim uma estrutura comporta de elementos objetivos e subjetivos: a evitabilidade (subjetiva) de um resultado (objetivo), no sentido amplo, que constitui, no mínimo, uma atividade corporal, podendo também ser esta junto às consequências⁷³².

O tipo objetivo é o aspecto externo do injusto, “mas não constitui, por si só, um injusto, pois ele não contém, em si, uma conduta típica, não satisfazendo, assim, as condições mínimas do injusto”. O tipo objetivo é objeto do tipo subjetivo⁷³³.

As etapas de verificação ocorrem assim: primeiramente, verifica-se “a existência de determinados efeitos externos de uma conduta qualquer (tipo objetivo); em seguida, se esses efeitos externos constituem precisamente a realização de uma conduta por eles determinada (o tipo subjetivo referido ao tipo objetivo)”⁷³⁴.

O tipo subjetivo é a condição do tipo objetivo e há íntima relação entre eles. Cada uma dessas partes do tipo não configura, *per se*, um injusto: a realização

⁷²⁷ Para Jakobs, essa regra “explica que a vítima poderia ter de responder por si mesma em relação a um perigo e o autor ficar exonerado da atribuição deste perigo devido ao comportamento da vítima”. Cf.: JAKOBS, Günther. *Ação e omissão no Direito Penal*, 2003, p. 29.

⁷²⁸ Pela regra em questão, “ninguém deve exceder-se de sua função para impedir um perigo”. JAKOBS, Günther. *Ação e omissão no Direito Penal*, 2003, p. 29.

⁷²⁹ JAKOBS, Günther. *Ação e omissão no Direito Penal*, 2003, p. 29-30.

⁷³⁰ JAKOBS, Günther. *Tratado de Direito Penal: teoria do injusto e culpabilidade*, 2008, p. 237.

⁷³¹ JAKOBS, Günther. *Tratado de Direito Penal: teoria do injusto e culpabilidade*, 2008, p. 237.

⁷³² JAKOBS, Günther. *Tratado de Direito Penal: teoria do injusto e culpabilidade*, 2008, p. 238.

⁷³³ JAKOBS, Günther. *Tratado de Direito Penal: teoria do injusto e culpabilidade*, 2008, p. 266.

⁷³⁴ JAKOBS, Günther. *Tratado de Direito Penal: teoria do injusto e culpabilidade*, 2008, p. 266.

exclusivamente objetiva do tipo é um infortúnio, mas não um injusto, e o dolo de cometer o crime sem o aspecto externo não chegar a ser nem tentativa⁷³⁵.

Jakobs tem contribuído de modo decisivo para a construção da teoria da imputação objetiva, tanto no que se refere ao desenvolvimento concreto de seus conteúdos dogmáticos como na análise das bases sistemáticas desta teoria⁷³⁶. Segundo Cancio Meliá, o elemento comum mais destacado de todas as elaborações doutrinárias sobre a teoria da imputação objetiva está no reconhecimento da necessidade de introduzir filtros objetivo-normativos na teoria do tipo⁷³⁷.

Para Jakobs, a imputação objetiva, “no que concerne à sua vertente penal, não tem como finalidade, todavia, garantir que alguém cumprirá positivamente o seu papel. O Direito Penal não pode prestar tal garantia, pois não reage ante a violação de papéis especiais”⁷³⁸. Ele propõe uma teoria unitária do tipo⁷³⁹:

En una teoría de la imputación objetiva construida sobre las posiciones de garante, predicable tanto de los delitos de acción como de omisión, la forma de realización externa de la conducta, es decir, determinar si un comportamiento fue realizado mediante un curso causal dañoso o mediante la abstención de una acción salvadora, pierde toda relevancia porque lo importante no es la configuración fáctica del hecho, sino la demostración de sí una persona ha cumplido con los deberes que surgen de su posición de garante.⁷⁴⁰

⁷³⁵ JAKOBS, Günther. *Tratado de Direito Penal: teoria do injusto e culpabilidade*, 2008, p. 238.

⁷³⁶ CANCIO MELIÁ, Manuel. Algunas reflexiones sobre lo objetivo y lo subjetivo en la teoría de la imputación objetiva. In.: *El funcionalismo en Derecho Penal: libro homenaje al profesor Günther Jakobs*. Tomo I. Bogotá: Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 213.

⁷³⁷ CANCIO MELIÁ, Manuel. Algunas reflexiones sobre lo objetivo y lo subjetivo en la teoría de la imputación objetiva. In.: *El funcionalismo en Derecho Penal: libro homenaje al profesor Günther Jakobs*, 2003, p. 215.

⁷³⁸ JAKOBS, Günther. *Sociedade, norma e pessoa: teoria de um Direito Penal funcional*, 2003, p. 34.

⁷³⁹ Essa concepção acarreta importantes efeitos, segundo Jakobs. Lynett, em estudo sobre diversas obras de Jakobs, assim sintetiza as consequências dessa proposta: “Esta fundamentación unitaria del tipo trae, entre otras, las siguientes consecuencias: a. Si se introduce una nueva concepción que exija la creación de un riesgo desaprobado y la realización del mismo como elementos del tipo, el dolo y la imprudencia deben abarcar estos elementos; b. Como el riesgo permitido es un elemento común para el dolo y la imprudencia, y el esquema social de interpretación de un suceso es igual en ambas modalidades, la diferencia entre dolo e imprudencia no se encuentra en el tipo objetivo (como lo hizo el finalismo), sino en el plano subjetivo: el dolo es conocimiento del riesgo; la imprudencia, cognoscibilidad del mismo. Las diferencias no están en la imputación objetiva; c. El autor y el partícipe intervienen en un hecho único, porque el destinatario de la imputación es el colectivo que lo realiza; el cómplice y el determinante no realizan un injusto autónomo, porque el delito efectuado les pertenece a todos en conjunto. La diferencia entre autoría y participación es cuantitativa y no cualitativa; d. En la tentativa, el injusto del hecho sólo se diferencia de la consumación cuantitativamente ñpor el grado de desarrollo de la infracción de la norma- porque también exige los elementos de la imputación del delito consumado: la creación del riesgo jurídicamente desaprobado y la realización del riesgo”. Cf.: LYNETT, Eduardo Montealegre. Estudio introductorio a la obra de Günther Jakobs. In.: *El funcionalismo en Derecho Penal: libro homenaje al profesor Günther Jakobs*, 2003, p. 33-34.

⁷⁴⁰ LYNETT, Eduardo Montealegre. Estudio introductorio a la obra de Günther Jakobs. In.: *El funcionalismo en Derecho Penal: libro homenaje al profesor Günther Jakobs*, 2003, p.32-33.

Para o teórico, a teoria da imputação objetiva⁷⁴¹ tem a função de “determinar as características objetivas gerais de um comportamento imputável”:

Os institutos da imputação objetiva podem ser todos reduzidos a duas raízes e têm dois conteúdos distintos conforme cada uma das raízes. Por um lado, trata-se da finalidade do Direito Penal de garantir a segurança das expectativas. [...]. Por outro lado, os institutos da imputação objetiva servem à forma de regulação, predominante no Direito Penal, a dos crimes de resultado. Aqui se situa o principal âmbito de aplicação das regras a serem desenvolvidas quanto à causalidade. Ademais, essa forma de regulação implica na [sic] necessidade de que o risco criado de modo não autorizado pelo agente também se concretize para que possa existir consumação⁷⁴².

Nos crimes de resultado há necessidade de desenvolver regras gerais da imputação objetiva, uma vez que a lei menciona somente a causação de um resultado, mas essa causação apenas pode ser suficiente se for juridicamente essencial⁷⁴³.

A teoria da imputação objetiva do comportamento “aporta o material com cuja ajuda se pode interpretar o resultado posto em marcha por uma pessoa como um acontecer socialmente relevante ou irrelevante, como um acontecer socialmente estranho ou adaptado”⁷⁴⁴. Busca-se atribuir significado social ao resultado:

Sem esse material de interpretação, o resultado não é mais do que um conglomerado naturalista, na melhor das hipóteses, algo que um indivíduo persegue, um curso causal, ou um curso causal psicologicamente sobredeterminado; em todo caso, não é mais do que um amálgama heterogêneo de dados que não adquiriram significado social algum. Só a imputação objetiva converte esse referido amálgama em algo comunicativamente, em algo compreensível. Com outras palavras: só aquilo que é objetivamente imputável pode denominar-se num sentido geral ação. Por conseguinte, sob o ponto de vista do Direito Penal, não se coloca a questão sobre se uma ação produziu-se de maneira objetivamente imputável, mas se um resultado, por ser objetivamente imputável, constitui uma ação jurídico-penalmente relevante. Sem o esquema objetivo da interpretação não se alcança o âmbito do social⁷⁴⁵.

⁷⁴¹ Conforme lições de Pacelli: “Também na imputação objetiva do resultado, o ilustre penalista e filósofo elabora concepção bastante singular, construindo uma teoria centrada nos papéis (sociais) desempenhados pelas pessoas na sociedade, não podendo o Direito Penal se lhes exigir, como regra, nenhum outro compromisso que não seja a atuação nesses limites”. Cf.: PACELLI, Eugênio. *Manual de Direito Penal: Parte Geral*, 2015, p. 75.

⁷⁴² JAKOBS, Günther. *Tratado de Direito Penal: teoria do injusto e culpabilidade*, 2008, p. 267-269.

⁷⁴³ JAKOBS, Günther. *Tratado de Direito Penal: teoria do injusto e culpabilidade*, 2008, p. 267.

⁷⁴⁴ JAKOBS, Günther. *Fundamentos do Direito Penal*. Tradução André Luís Callegari; colaboração Lúcia Kalil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 22-23.

⁷⁴⁵ JAKOBS, Günther. *Fundamentos do Direito Penal*, 2003, p. 22.

De acordo com seu idealizador, “os institutos da imputação objetiva podem ser todos reduzidos a duas raízes e têm dois conteúdos distintos conforme cada uma das raízes”. Trata-se da finalidade do Direito Penal de garantir a segurança das expectativas⁷⁴⁶. Os institutos da imputação objetiva servem à forma de regulação dos crimes de resultado, predominantes no Direito Penal: “imputam-se os desvios a respeito daquelas expectativas que se referem ao portador de um papel. Não são decisivas as capacidades de quem atua, mas as capacidades do portador de um papel”⁷⁴⁷.

Por “papel” entende-se “um sistema de posições definidas de modo normativo, ocupado por indivíduos intercambiáveis; trata-se, portanto, de uma instituição que se orienta com base nas pessoas”⁷⁴⁸. A causalidade é condição mínima para a imputação objetiva⁷⁴⁹.

A teoria da imputação objetiva de Jakobs tem uma configuração baseada em determinados conceitos, adiante expostos, mas tal ordenação representa apenas uma das respostas coerentes possíveis⁷⁵⁰. Esses conceitos constituem o fundamento teórico dessa proposta, a partir da consideração de que o comportamento está vinculado a papéis.

O primeiro conceito é o de risco permitido⁷⁵¹. Não faz parte de nenhum cidadão eliminar todo risco de lesão do outro⁷⁵²:

(...) em determinados âmbitos, a necessidade de um risco permitido de modo algum é contraditória com a proteção de bens jurídicos: para poder fazer uso dos bens é necessário por em perigo estes ou outros bens. (...). Não se trata, entretanto, de introduzir riscos pela porta dos fundos ou levar ao máximo a proteção dos bens jurídicos. Numerosas hipóteses de risco permitido geraram-se simplesmente por aceitação histórica; estes riscos constituem costumes. (...). No entanto, tomam parte da configuração da sociedade, concretamente, da configuração que afinal deve ter a sociedade com o estado de desenvolvimento que contemporaneamente se nota. (...). O risco permitido está, e sempre esteve, presente em todos os âmbitos vitais; não é filho da técnica⁷⁵³.

⁷⁴⁶ JAKOBS, Günther. *Tratado de Direito Penal: teoria do injusto e culpabilidade*, 2008, p. 268-269.

⁷⁴⁷ JAKOBS, Günther. *Fundamentos do Direito Penal*, 2003, p. 20.

⁷⁴⁸ JAKOBS, Günther. *Fundamentos do Direito Penal*, 2003, p. 20.

⁷⁴⁹ JAKOBS, Günther. *Tratado de Direito Penal: teoria do injusto e culpabilidade*, 2008, p. 283.

⁷⁵⁰ JAKOBS, Günther. *Fundamentos do Direito Penal*, 2003, p. 24.

⁷⁵¹ Sobre esse conceito, importante o seguinte apontamento: “Esta vinculação do Direito com o costume não significa que tudo que aquilo que seja mais ou menos habitual esteja, só por isso, permitido; não se trata, portanto, de equipar o Direito ao meio ambiente da realidade. Não é a própria práxis, mas as normas que determinam as condutas que conformam o risco permitido. Entretanto, resulta evidente com que frequência uma práxis consolidada modifica as normas reitora das condutas até uma regulação mais branda ou mais estrita. O Direito não pode desvincular-se da evolução da sociedade na qual tem vigência”. Cf.: JAKOBS, Günther. *A imputação objetiva no Direito Penal*. Tradução André Luís Callegari. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 25.

⁷⁵² JAKOBS, Günther. *Fundamentos do Direito Penal*, 2003, p. 24.

⁷⁵³ JAKOBS, Günther. *A imputação objetiva no Direito Penal*, 2000, p. 25.

O segundo conceito é o do princípio da confiança⁷⁵⁴: “quando o comportamento se entrelaça, não faz parte do papel do cidadão controlar de maneira permanente a dos demais; de outro modo, não seria possível a divisão do trabalho”⁷⁵⁵. Ele se manifesta “em todos os âmbitos vitais, posto que praticamente em todas as partes cabe encontrar organizações em regime de divisão de tarefas”⁷⁵⁶. Para Jakobs, apenas em determinados âmbitos se pode vincular o princípio em questão à proteção de bens jurídicos, uma vez que a ideia de responsabilidade ficaria destruída se todos os sujeitos não fossem concebidos como sujeitos responsáveis⁷⁵⁷.

O terceiro conceito refere-se à proibição de regresso, segundo a qual “um comportamento, que de modo invariavelmente considerado é inofensivo, não constitui participação em uma atividade não permitida”⁷⁵⁸. Trata-se daquelas hipóteses em que “o autor desvia até o limite delitivo o comportamento de um terceiro que *per si* carece de sentido delitivo”⁷⁵⁹. Os limites que envolvem este último conceito são bastante discutíveis, segundo seu próprio autor⁷⁶⁰.

O quarto conceito refere-se à capacidade ou competência da vítima. Parte-se da consideração de que a configuração de um contato social seja de competência não do autor, mas também da vítima. Daí falar-se em competência da vítima⁷⁶¹. O caso mais conhecido refere-se ao consentimento⁷⁶².

⁷⁵⁴ Especificamente em relação ao princípio da confiança, Jakobs o concebe em duas modalidades: “Em primeiro lugar, na hipótese em que alguém, atuando como terceiro, gera uma situação que é inofensiva sempre e quando o autor que age em continuação cumpra com seus deveres. Neste caso, a confiança se dirige à verificação de que o autor realizará seu comportamento de modo correto. (...). Em segundo lugar, a confiança se dirige a que uma determinada situação existente tenha sido preparada de modo correto por parte de um terceiro, de maneira que aquele que fizer uso dela, o potencial autor, se cumprir com os seus deveres, não ocasiona dano algum”. Cf.: JAKOBS, Günther. *A imputação objetiva no Direito Penal*, 2000, p. 26.

⁷⁵⁵ JAKOBS, Günther. *A imputação objetiva no Direito Penal*, 2000, p. 25.

⁷⁵⁶ JAKOBS, Günther. *A imputação objetiva no Direito Penal*, 2000, p. 27.

⁷⁵⁷ JAKOBS, Günther. *A imputação objetiva no Direito Penal*, 2000, p. 26.

⁷⁵⁸ JAKOBS, Günther. *A imputação objetiva no Direito Penal*, 2000, p. 27.

⁷⁵⁹ JAKOBS, Günther. *A imputação objetiva no Direito Penal*, 2000, p. 27.

⁷⁶⁰ JAKOBS, Günther. *A imputação objetiva no Direito Penal*, 2000, p. 28.

⁷⁶¹ JAKOBS, Günther. *A imputação objetiva no Direito Penal*, 2000, p. 29.

⁷⁶² Sobre tal conceito, importante enfatizar que Jakobs o considera bastante aplicável nos cuidados médicos intensivos. No entanto, ele atribui maior importância prática aos casos em que a vítima, com seu próprio comportamento, dá razão para que a consequência lesiva lhe seja imputada. Isso porque se trata de um dever de autoproteção ou a própria vontade. As infrações dos deveres de autoproteção e a vontade agrupam-se sob o rótulo de ação a próprio risco. Cf.: JAKOBS, Günther. *A imputação objetiva no Direito Penal*, 2000, p. 30.

Para Jakobs, “um comportamento do qual se sabe que produzirá lesões segue sendo conforme o papel na medida em que a vítima não tenha o direito a que não se produza o comportamento lesivo”⁷⁶³.

Todas as hipóteses conduzem à exclusão da imputação.

Em relação à antijuridicidade, Jakobs concebe a figura do tipo de injusto, que constitui uma unidade jurídica e social de sentido próprio⁷⁶⁴. Para a análise autônoma da antijuridicidade, importa que ela adicione algo ao nível do tipo⁷⁶⁵: “esse é o caso quando existe justificação. Não existindo justificação, porém, essa ausência precisa ser constatada em uma etapa mental diversa da realização do tipo”⁷⁶⁶.

Jakobs não confere autonomia à antijuridicidade se não houver justificação, o que leva o doutrinador a afirmar que “o tipo realizado constitui injusto em caso de ausência de causas de justificação”⁷⁶⁷. Na ausência de justificação fala-se num grau da averiguação do crime, mas tal ausência não constitui um nível do próprio crime⁷⁶⁸.

Quanto à relação entre tipo e antijuridicidade, Jakobs assinala que a antijuridicidade deve ser entendida dentro de um processo de imputação. O autor compreende o injusto na própria realização do tipo, quando inexistentes as respectivas causas justificantes, de modo que a antijuridicidade só cumpriria a função de congregar os elementos negativos do injusto. A antijuridicidade como elemento autônomo do delito só subsiste se houver a existência de uma causa justificante⁷⁶⁹.

O pensador toma o tipo como *ratio essendi* da ilicitude⁷⁷⁰, mas o faz de maneira diversa da proposta de Mezger. Jakobs associa o injusto (e a antijuridicidade) a um processo de imputação, “em que as causas de justificação representariam motivos jurídicos fundados de aceitação da conduta típica por parte da ordem jurídica como uma conduta socialmente tolerável em face do contexto”⁷⁷¹. A autonomia da antijuridicidade é bastante mitigada no modelo de funcionalismo que ele propõe. Ele concebe a figura do tipo de injusto, que constitui uma unidade jurídica e social de sentido próprio. A

⁷⁶³ JAKOBS, Günther. *A imputação objetiva no Direito Penal*, 2000, p. 29.

⁷⁶⁴ JAKOBS, Günther. *Tratado de Direito Penal: teoria do injusto e culpabilidade*, 2008, p. 230.

⁷⁶⁵ JAKOBS, Günther. *Tratado de Direito Penal: teoria do injusto e culpabilidade*, 2008, p. 231.

⁷⁶⁶ JAKOBS, Günther. *Tratado de Direito Penal: teoria do injusto e culpabilidade*, 2008, p. 231.

⁷⁶⁷ JAKOBS, Günther. *Tratado de Direito Penal: teoria do injusto e culpabilidade*, 2008, p. 231.

⁷⁶⁸ JAKOBS, Günther. *Tratado de Direito Penal: teoria do injusto e culpabilidade*, 2008, p. 231.

⁷⁶⁹ TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*, 2002, p. 154.

⁷⁷⁰ TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*, 2002, p. 154.

⁷⁷¹ TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*, 2002, p. 154.

antijuridicidade só ganha autonomia quando acrescenta algo ao tipo (o que ocorre quando há a presença de uma causa de justificação)⁷⁷².

A tese central do conceito de culpabilidade no Direito Penal⁷⁷³, para Jakobs, parte daquilo que se entende por sentido ou por natureza no âmbito de uma explicação funcional⁷⁷⁴. Assim, a culpabilidade no sistema funcional de Jakobs refere-se ao agente com capacidade penal e deve ser entendida como a exigência de fidelidade ao direito⁷⁷⁵. É o resultado de uma imputação (juízo de atribuição) reprovadora, no sentido de que a defraudação que se produziu vem motivada pela vontade defeituosa de uma pessoa⁷⁷⁶.

6.5 Da concepção adotada

Do que foi exposto, reconhece-se a possibilidade de enriquecer o tipo objetivo, conforme propõe a teoria funcionalista teleológica concebida por Roxin, sem um abandono integral das premissas ontológicas.

⁷⁷² JAKOBS, Günther. *Tratado de Direito Penal: teoria do injusto e culpabilidade*, 2008, p. 230.

⁷⁷³ A culpabilidade não será estudada no trabalho de forma detida, por extrapolar suas finalidades. No entanto, esse instituto recebe uma configuração teórica bastante original. Para Lynett, Jakobs funde integralmente a prevenção e a culpabilidade ao ponto de o fim da pena determinar o conteúdo da culpabilidade. Cf.: LYNETT, Eduardo Montealegre. Estudio introductorio a la obra de Günther Jakobs. In.: *El funcionalismo en Derecho Penal: libro homenaje al profesor Günther Jakobs*, 2003, p. 27. De fato, Jakobs compreende “o principio da culpabilidade é um pressuposto necessário da legitimação da pena estatal”. A culpabilidade formal pressupõe que o sujeito competente possa ser representado como pessoa. Aqui, fica bastante nítida a conotação estrita que Jakobs atribui ao termo “pessoa”. Há culpabilidade material “enquanto não houver alternativas plausíveis ao ordenamento concreto, enquanto não houver outra via que a de presumir a autodefinição dos sujeitos submetidos a norma como membros deste ordenamento”. Cf.: JAKOBS, Günther. *Fundamentos do Direito Penal*, 2003, p. 11-42.

⁷⁷⁴ De acordo com Jakobs: “No âmbito de uma explicação funcional a distinção fundamental é: sociedade ou mundo externo. Referindo-o à comunicação, gostaria de formulá-lo do seguinte modo: sentido ou natureza. Com outras palavras, ou bem o autor expressa com seu ato um sentido relevante para a comunicação ou bem não chega a alcançar o plano do relevante para a comunicação, mantendo-se na natureza, ainda que esse autor venha a considerar privadamente essa natureza com sentido. *Tertium non datur*. O que se entende como natureza e o que se entende como sentido determinam-se funcionalmente. Esta é a tese central para o conceito funcional de culpabilidade no Direito Penal. A diferenciação não pode ser, por isso, a mesma em todos os âmbitos da sociedade”. Cf.: JAKOBS, Günther. *Sociedade, norma e pessoa: teoria de um Direito Penal funcional*, 2003, p. 38.

⁷⁷⁵ PACELLI, Eugênio. *Manual de Direito Penal: Parte Geral*, 2015, p. 75.

⁷⁷⁶ JAKOBS, Günther. *Fundamentos do Direito Penal*, 2003, p. 11. Jakobs, na mesma obra (p. 43), assim sintetiza a sua concepção de culpabilidade: “3. Como é impossível demonstrar que a partir do ponto de vista individual seja preferível respeitar as normas sociais cognoscíveis, é assunto de cada um procurar a motivação necessária para respeitar a norma, isto é, a fidelidade ao ordenamento jurídico. O que se chama de culpabilidade é um déficit de fidelidade ao ordenamento jurídico. 4. Culpabilidade material é a falta de fidelidade perante normas legítimas. As normas não adquirem legitimidade porque os sujeitos se vinculam diretamente a elas, e sim quando se atribui a uma pessoa que pretende cumprir um rol de que faz parte o respeito da norma, especialmente o rol do cidadão, livre na configuração de seu comportamento. O sinalagma dessa liberdade é a obrigação de manter fidelidade ao ordenamento jurídico”.

Em relação à tipicidade objetiva e ao tipo objetivo, considera-se, ainda, que há necessidade de incorporar determinados filtros normativos aptos a resolver problemas de causalidade em nível anterior à análise da tipicidade subjetiva, divergindo assim daquilo que os modelos finalistas propõem. Urge reconhecer também a insuficiência dos requisitos da tipicidade objetiva conforme entendia o finalismo, uma vez que não se mostra correto “afirmar que uma estrutura da ação de caráter pré-jurídico e vinculativo para o legislador determina o conteúdo da finalidade e da tipicidade”⁷⁷⁷.

O próprio conceito de finalidade parece possuir um caráter normativo⁷⁷⁸, de modo que seu conteúdo de sentido apenas pode ser desvendado por meio da interpretação dos tipos penais concretos⁷⁷⁹. Assim, não parece que a finalidade seja (por si só) derivado da natureza das coisas.

Por outro lado, aceita-se a teoria da imputação objetiva nos termos propostos por Roxin. Rejeita-se a exagerada normatização do tipo penal.

A complexidade da sociedade pós-industrial, que entrelaça as próprias pautas punitivas encampadas pelo Direito Penal, demonstra que a normatização de inúmeros aspectos da vida humana é uma constante e não uma mera criação teórica. E essa acentuada normatização da vida pode ser atribuída não apenas às instituições formais de controle e às instituições informais (tradicionais nesse mister), mas também ao indivíduo imerso na sociedade de contatos anônimos.

Na sociedade pós-industrial, o grau de publicização da vida íntima, dos projetos individuais, em suma, de tudo aquilo que se refere à autodeterminação individual permite que aquelas instituições (formais e informais) tenham acesso a todo o tipo de informação que possa se fazer útil para ordenar ou reordenar a vida do ser. O indivíduo, de modo geral, parece ignorar essas circunstâncias ou lhe atribuir escassa importância⁷⁸⁰.

Não é necessário rechaçar o normativismo, mas buscar alternativas para que este não cause os efeitos deletérios que pretende impedir. Opta-se por aquela via que se

⁷⁷⁷ ROXIN, Claus. Contribuição para a crítica da teoria finalista da ação. In: *Problemas fundamentais de Direito Penal*. Trad. Ana Paula dos Santos e Luis Natscheradetz. Lisboa: Vega, 1998, p. 127.

⁷⁷⁸ ROXIN, Claus. Contribuição para a crítica da teoria finalista da ação. In: *Problemas fundamentais de Direito Penal*, 1998, p. 127.

⁷⁷⁹ Não é demais ressaltar que a própria compreensão de dolo finalista tem sido questionada, havendo quem proponha uma conceituação mais normativa, que ignora, inclusive, a vontade como elemento integrante do dolo. Sobre o dolo sem vontade, conferir: GOMES, Enéas Xavier. *Dolo sem vontade psicológica: perspectivas de aplicação no Brasil*. 2016. (Tese). (Doutorado em Direito). Belo Horizonte: Universidade Federal de Minas Gerais, 2016.

⁷⁸⁰ Conferir: GARLAND, David. *A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea*. Rio de Janeiro: Renan, 2008.

apresenta indispensável para conciliar o trabalho dogmático e a práxis: o desenvolvimento do tipo objetivo e da tipicidade objetiva de forma conexa à realidade das coisas, em pleno respeito aos limites de cunho naturalista. Não se ignora, outrossim, os excessos normativistas presentes na concepção funcionalista sistêmica de Jakobs.

Quanto à relação entre o tipo e a antijuridicidade, acolhe-se o entendimento de que estão numa relação de regra e exceção, embora a tipicidade seja a *ratio essendi* da ilicitude. Mais uma vez, segue-se a lição de Roxin.

É conveniente assegurar autonomia à antijuridicidade, de modo que se afasta tanto das concepções que pretendem unificá-la com a tipicidade como daquelas que negam autonomia a esta última. Ainda que um comportamento justificado gere efeitos práticos semelhantes à conduta atípica, há diferenças de cunho dogmático que demonstram a conveniência de assegurar autonomia à tipicidade e à antijuridicidade.

Relativamente às funções do tipo penal, é preciso citar a funções de garantia, selecionadora e motivadora.

A função de garantia do tipo não se esgota no princípio da legalidade, que é uma tarefa inacabada dentro da dogmática e da política criminal. E isso se relaciona intimamente com o crime econômico, uma vez que a própria descrição da conduta proibida é permeada por juízos normativos altamente mutáveis em razão da própria dinamicidade de tal crime. Além disso, em termos de delinquência econômica ignora-se que da tipicidade objetiva emergem controvérsias importantes, como a técnica das normas penais em branco e o limite da taxatividade típica.

A função selecionadora reflete as próprias dificuldades teóricas e práticas do bem jurídico-penal. O papel do Direito Penal perpassa, necessariamente, pela identificação de zonas de conflito entre a liberdade do indivíduo e a intervenção estatal. Na delinquência econômica, isso é mais complicado em razão da porosidade das fronteiras do lícito e do ilícito.

Não é preciso muito esforço para evidenciar que as atividades econômicas necessitam de um núcleo básico de liberdade indispensável para permitir o seu próprio exercício e entrelaçam diversos segmentos da sociedade.

A função motivadora do tipo é importante, uma vez que se espera uma abstenção do comportamento proibido, o que evidencia uma expectativa do legislador quanto algum grau de eficiência da cominação penal estabelecida. No âmbito dessa função, certamente há muito a ser estudado e aprimorado.

Diante do que foi acima afirmado, forçoso reconhecer uma dimensão material à tipicidade. À tipificação de uma conduta não basta sua mera correspondência formal ao descrito na lei penal; imprescindível, ainda, é a verificação da lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico protegido.

Nesse sentido, Roxin afirma que um resultado somente pode ser atribuído a quem, ao mesmo tempo, deu causa mediante um comportamento que criou um risco proibido de sua ocorrência⁷⁸¹.

Figueiredo Dias ensina que, “todos os tipos incriminadores devem, na sua revelação objetiva, precisar quem pode ser autor do respectivo tipo de crime; qual a conduta em que esse se consubstancia; e, na medida do possível, dar indicação explícita ou implícita, mas sempre clara, do(s) bem(s) jurídico(s) tutelados”⁷⁸².

A tipicidade formal, portanto, refere-se à correspondência entre a previsão legal e a ação constatada no caso concreto⁷⁸³. Um fato da vida será típico na medida em que ocorrer a subsunção deste ao tipo legal de crime. Para Toledo, do juízo formal de subsunção decorre a função de garantia do tipo⁷⁸⁴.

Para Pacelli, “a tipicidade formal, isto é, a subsunção do fato à norma, constitui apenas o ponto de partida”⁷⁸⁵. A tipicidade material é o ponto de chegada: haverá “efetiva violação ao bem jurídico protegido”⁷⁸⁶. Ela se relaciona à lesividade da ofensa ao bem jurídico⁷⁸⁷.

A importância do bem jurídico para a tipicidade penal impede o reconhecimento de uma tipicidade meramente formal.

Para Toledo, dentro de uma concepção material, o juízo de tipicidade assume particular relevância. Ao considerar o tipo não como simples modelo diretivo ou

⁷⁸¹ ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General*, Tomo I, 1997, p.264.

⁷⁸² DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal. Parte Geral. Questões fundamentais. A doutrina geral do crime*. Tomo I São Paulo: Revista dos Tribunais, Editora Coimbra: 2007, p. 295.

⁷⁸³ Busato refere-se à tipicidade formal como um elemento da pretensão conceitual de relevância. Cf.: BUSATO, Paulo César. *Direito Penal: Parte Geral*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 299.

⁷⁸⁴ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de Direito Penal*: de acordo com a Lei n. 7.209, de 11-7-1984 e com a Constituição de 1988, 1994, p. 125.

⁷⁸⁵ Ainda segundo o autor: “Fala-se, então, em tipicidade formal quando se quer apontar a coincidência ou a perfeita subsunção de um ato realizado pela conduta humana a uma norma jurídica, e, mais especificamente, a um tipo penal. Portanto, o exame e o juízo que se fazem acerca desta correspondência (do fato à norma) esclarecem a tipicidade apenas do ponto de vista formal, isto é, da perspectiva da descrição da lesão. No entanto, referida análise, repita-se, constitui apenas o ponto de partida para a descoberta do crime”. Cf.: PACELLI, Eugênio. *Manual de Direito Penal: Parte Geral*, 2015, p. 93.

⁷⁸⁶ PACELLI, Eugênio. *Manual de Direito Penal: Parte Geral*, 2015, p. 93.

⁷⁸⁷ BUSATO, Paulo César. *Direito Penal: Parte Geral*, 2015, p. 270-271.

orientador, mas como portador de sentido, o controle da tipicidade será ampliado⁷⁸⁸.

Nem todas as condutas que subsumem ao tipo serão portadoras de tipicidade material, ainda que, abstratamente, haja o juízo de tipicidade formal. Para Pacelli, a “exigência de tipicidade material e não apenas formal, porém, demonstra a insuficiência do texto (e das palavras) para o enfrentamento das diferentes situações que podem se encontrar abarcadas em um mesmo conteúdo linguístico ou vernacular”⁷⁸⁹.

6.6 Contribuição do princípio da eficiência para a racionalidade da tipicidade penal

Ripollés traça uma linha argumentativa para identificar um conteúdo mínimo para a racionalidade penal⁷⁹⁰. Essa iniciativa é difícil, uma vez que se move no campo do aparato jurídico sancionador, o qual é condicionante e condicionado pelas funções declaradas e pelas funções ocultas do Direito Penal⁷⁹¹.

A racionalidade, em síntese breve, “é a capacidade para elaborar, no marco desse controle social, uma decisão legislativa atendendo-se aos dados relevantes da realidade social e jurídica sobre os quais ela incide”⁷⁹².

Ripollés⁷⁹³ entende que a racionalidade legislativa penal deve ser estruturada em cinco níveis. Trata-se das racionalidades: a) linguística; b) jurídico-

⁷⁸⁸ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de Direito Penal*: de acordo com a Lei n. 7.209, de 11-7-1984 e com a Constituição de 1988, 1994, p. 130.

⁷⁸⁹ PACELLI, Eugênio. *Manual de Direito Penal: Parte Geral*, 2015, p. 15.

⁷⁹⁰ RIPOLLÉS, José Díez. *La racionalidad de las leyes penales*, 2013, p. 86.

⁷⁹¹ RIPOLLÉS, José Díez. *La racionalidad de las leyes penales*, 2013, p. 86-111: “La legislación penal, como el Derecho Penal en su conjunto, se mueve en el campo del control social jurídico sancionador, control encaminado a garantizar el orden social de convivencia. Este orden de convivencia, que implica la interacción y coordinación de los planes de vida de los diferentes miembros de la sociedad no puede ni asegurarse ni legitimarse en la sociedad moderna si no se corresponde con el sistema básico de creencias del conjunto de la sociedad”.

⁷⁹² RIPOLLÉS, José Díez. *La racionalidad de las leyes penales*, 2013, p. 86.

⁷⁹³ Silva Sánchez critica a ideia de Ripollés: “Precisamente porque Díez Ripollés toma como base de su modelo de racionalidad ética las «creencias socialmente compartidas» ha de admitir, según creo, que una ley penal abiertamente irracional — en términos éticos — en España (como una que estableciera penas de mutilación corporal) sea, en cambio, absolutamente racional — en términos éticos — en Nigeria. Con ello, el modelo se mueve en términos de un relativismo que es imposible eludir si no se adopta un concepto fuerte (y universal) de justicia en cuanto a la legislación penal. Un concepto así no excluye, naturalmente, la historicidad que es propia de la vida del ser humano en este mundo, así que no implica que la búsqueda esforzada del Derecho no dé lugar a concretos sistemas, más o menos imperfectos, de «creencias sociales compartidas». Más bien, pretende fijar el objetivo más allá de estos sistemas coyunturales de creencias sociales, en el bien entendido de que ya hemos hallado, afortunadamente, bastantes criterios que trascienden a aquéllos. Pues bien, si ese concepto trascendente de lo normativamente correcto se sustituye por un sucedáneo comunicativo («creencias compartidas»), resulta imposible que desde un «sistema de creencias compartidas» quepa efectuar juicio alguno de racionalidad ética (de legitimación básica) sobre

formal; c) pragmática; d) teleológica; e, e) ética⁷⁹⁴. Estes diversos níveis⁷⁹⁵, por sua vez, estariam submetidos a uma dimensão transversal de eficiência⁷⁹⁶. No entanto, o autor não identifica de maneira clara a forma de mediação realizada pelo vetor em questão.

A irracionalidade da legislação penal⁷⁹⁷, no Brasil⁷⁹⁸, tem sido comumente identificada de maneira pontual e a partir da análise de casos concretos.

Para Ripollés, não é possível diferenciar o utilitário e o valorativo no início da fundamentação do Direito Penal. Na linha teórica dele, tudo é inicialmente utilitário, pois as decisões político-criminais básicas são todas elas instrumentais⁷⁹⁹. Mas, os critérios de utilidade não são acolhidos necessariamente com vistas à racionalidade do Direito Penal ou da legislação penal a partir do horizonte de ampliação dos círculos de liberdade individual e da função declarada daquele ramo.

O início e o desenvolvimento do eixo central de uma dinâmica penal poderão ocorrer por meio da valoração desse critério de utilidade.

A pesquisa parte da ideia de que “o atuar como se os homens fossem utilitariamente racionais (ainda que não apenas isso) aparece como uma possibilidade de

la producción legislativa que tiene lugar en otro «sistema de creencias compartidas»; una conclusión que, por mi parte, no me resigno a aceptar ni en términos espaciales ni en términos temporales. Por ello, me encaminaría por la senda de las «desacreditadas» teorías material-normativas «que pretenden establecer límites directos al contenido posible de la actividad legislativa penal, límites que se pretenden de algún modo emanados directamente de la razón». Y trataría de seguir el paso en la permanente búsqueda de una Justicia no inmanente a las creencias compartidas en una sociedad dada, sino trascendente a ésta. En el fondo, supongo, porque invierto el orden de las premisas del razonamiento de *Díez Ripollés y, con Ollero* entre otros, creo que la democracia, con toda su virtud, «no es sino una de las más fecundas expresiones históricas de los fundamentos éticos objetivos posibilitadores de una convivencia humana» digna de tal nombre”. In.: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Díez Ripollés, José Luis: La racionalidad de las leyes penales, Madrid (Trotta) 2003, 205 pp. In.: *Revista de Derecho Penal y Criminología*. 2ª época, n. 16, 2005, p.370-390.

⁷⁹⁴ RIPOLLÉS, José Díez. *La racionalidad de las leyes penales*, 2013, p. 90.

⁷⁹⁵ Para Ripollés: “Afortunadamente existen otros enfoques teóricos que se corresponden mejor con el conjunto de exigencias de racionalidad que el legislador debe atender: En el campo de la sociología jurídica ha que se destacar sin duda la postura de Habermas, quien ha manifestado contundentemente que todo procedimiento legislativo democrático debe atender a contenidos morales y éticos, a intereses, a cuestiones pragmáticas y a fórmulas de coherencia jurídica”. Cf.: RIPOLLÉS, José Díez. *La racionalidad de las leyes penales*, 2013, p. 90.

⁷⁹⁶ RIPOLLÉS, José Díez. *La racionalidad de las leyes penales*, 2013, p. 90-91. Ele não explicita a filiação teórica acerca da ideia de eficiência como dimensão transversal. No entanto, sobre os diferentes níveis de racionalidade, ele pretende estabelecer um procedimento racional de elaboração de leis e não somente um aparato instrumental de análise racional das leis já existentes. Com isso, a racionalidade ética marca o âmbito de atuação das demais racionais. A teleológica estabeleceria os objetivos a serem satisfeitos dentro desse marco. Já as restantes, ocorreriam em uma ordem de projeção decrescente da instrumentalidade.

⁷⁹⁷ Para Ripollés, a lei penal padecerá de irracionalidade se não atendidos àqueles níveis. Para detalhes, conferir: RIPOLLÉS, José Díez. *La racionalidad de las leyes penales*, 2013, p. 96-97.

⁷⁹⁸ Os vetores não são sistematizados, em regra. Consideram-se exemplos de irracionalidade da legislação penal dois extremos: aplicação da pena privativa de liberdade em razão de lesão insignificante ao bem jurídico-penal; aplicação da pena de multa em casos de grave violação ao bem jurídico-penal.

⁷⁹⁹ RIPOLLÉS, José Díez. *La racionalidad de las leyes penales*, 2013, p. 126.

um Direito Penal liberal⁸⁰⁰. A partir disso, as soluções típicas da criminalidade econômica devem considerar essa variável desde o momento pré-codificador.

Aliás, a falta de observância do princípio da eficiência pelo legislador penal, inclusive no Brasil e especialmente em matéria econômica, contribui, como nota Silva Sánchez, para um acentuado caráter de ineficiência que costuma ser apontado em relação ao Direito Penal da sociedade pós-industrial:

Así: a) La sanción de hechos no ineficientes. b) La sanción de hechos ineficientes con penas superiores al coste de la tolerancia. c) La sanción de hechos ineficientes con penas inferiores al coste de su tolerancia, pero ineficaces por ser asimismo inferiores a los beneficios esperables por el delincuente de ese delito. d) La sanción de hechos ineficientes con penas inferiores al coste de su tolerancia, pero no con las menores posibles (noción de subsidiariedad)⁸⁰¹.

Orienta-se o estudo a partir dos seguintes aspectos que causam a ineficiência: a) particularidades do acontecer econômico; b) tratamento de favor dado a alguns crimes; e, c) a própria natureza do crime econômico.

As particularidades do acontecer econômico são apontadas como causas de ineficiência do Direito Penal porque dificultam uma elaboração da resposta penal no tempo em que o fenômeno econômico ocorre e, mais: no tempo em que ele se reinventa. Outro argumento é o de que o controle penal em si não tem aptidão para promover a redução da criminalidade econômica⁸⁰².

O tratamento de favor dado a alguns crimes econômicos já ao nível da elaboração da própria lei penal surge como uma circunstância importante, que costuma ser identificado a partir de estudos comparativos com a criminalidade violenta⁸⁰³.

No âmbito de investigações desses dois parâmetros de ineficiência, há quem apresente sutil discordância, ao sublinhar que “é a própria natureza do “crime de

⁸⁰⁰ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Eficiencia y Derecho Penal*, 1996, p. 106.

⁸⁰¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Eficiencia y Derecho Penal*, 1996, p. 113.

⁸⁰² GARCIA, Rogério Maia. A sociedade do risco e a (in)eficiência do Direito Penal na era da globalização. *Revista de Estudos Criminais*, 2005, p. 77-104.

⁸⁰³ Para Santos: “Parte da ideia de que as condutas qualificadas como criminosas e sancionadas com as molduras penais mais elevadas são os crimes dos pobres, reservando-se um outro tratamento para as condutas igualmente danosas – ou até mais lesivas – dos poderosos. Mesmo nos Estados Unidos, onde os números da criminalidade violenta são muito elevados, há estudos que provam que todos os dias morrem mais pessoas em consequência de acidentes laborais do que em virtude dos homicídios tradicionais, o que suscita algumas perplexidades quanto ao sancionamento comparativo das condutas”. Cf.: SANTOS, Cláudia Maria Cruz. *O crime de colarinho branco (da origem do conceito e sua relevância criminológica à questão da desigualdade na Administração da justiça penal)*. Universidade de Coimbra, Boletim da Faculdade de Direito. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 214.

colarinho branco” que, ao originar entraves (...) à sua regulamentação pela lei criminal, acaba por conduzir a um favorecimento prático dos seus agentes”⁸⁰⁴:

Em primeiro lugar, cremos não ser a regra um intencional favorecimento dos agentes mais poderosos. Algumas criminalizações recentes de condutas que exigem especiais conhecimentos ou determinadas posições ocupacionais demonstram-no, para além de que há muito se prevê, por exemplo, a responsabilização penal dos titulares de cargos políticos, bem como dos médicos ou advogados por ilícitos perpetrados no âmbito de sua actividade profissional. Por outro lado, as discrepâncias ao nível das molduras penais parecem ter-se atenuado, até por força de um certo abaixamento das penas no domínio da criminalidade patrimonial que é habitualmente vista como a criminalidade dos pobres. Para além de que, por outro lado, alguns aparentes tratamentos benevolentes de crimes de colarinho branco podem ser justificados pelo facto de a comunidade continuar a vê-los como menos preocupantes para a sua segurança. As ofensas que pressupõem violência na execução e em que se preenche o estereótipo do “um contra um” em que o agressor *quer* provocar um mal à vítima permanecem como as mais gravemente valoradas e as que mais pânico suscitam: o que, de certo modo, torna compreensível a opção de as sancionar com, comparativamente, maior severidade. Finalmente, devemos sublinhar que, apesar da frequente inexistência de um deliberado intuito de favorecimento dos *white-collars* na elaboração da lei, a forma como esta é construída acaba, em alguns casos, por dificultar a sua aplicação ao crime de colarinho branco. O sancionamento efectivo esbarra, na verdade, com múltiplos obstáculos, sobretudo porque a complexidade, diversidade e mutabilidade dos comportamentos delituosos é dificilmente captável à luz de princípios tão clássicos como o da determinabilidade da lei penal⁸⁰⁵.

O entendimento de Abade, em relação aos crimes contra o sistema financeiro nacional, é externado no mesmo sentido:

Tratando-se de crimes contra o sistema financeiro nacional, novos desafios surgem: pela própria característica do criminoso envolvido e dos instrumentos que o levam a perpetrar o crime – valendo-se do sistema bancário-financeiro que hoje se estrutura sob uma base global –, a persecução penal se volta cada vez mais para ampliar os mecanismos de cooperação em matéria penal, dentre eles, a assistência penal internacional. Novamente, o fenómeno transfronteiriço acarreta a necessidade de novas formas de cooperação, cada vez mais densas⁸⁰⁶.

Essa visão não é exclusiva dos crimes contra o sistema financeiro nacional. Há entendimentos semelhantes em relação a outras linhas da expansão do Direito Penal.

⁸⁰⁴ SANTOS, Cláudia Maria Cruz. *O crime de colarinho branco (da origem do conceito e sua relevância criminológica à questão da desigualdade na Administração da justiça penal)*, p. 221.

⁸⁰⁵ SANTOS, Cláudia Maria Cruz. *O crime de colarinho branco (da origem do conceito e sua relevância criminológica à questão da desigualdade na Administração da justiça penal)*, p. 220-221.

⁸⁰⁶ ABADE, Denise Neves. Persecução penal contemporânea dos crimes de colarinho branco: os crimes contra o sistema financeiro nacional e a assistência legal internacional. In.: ROCHA, João Carlos de Carvalho (coord). *Crimes contra o sistema financeiro nacional: 20 anos de Lei n. 7.492/86*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 129-172.

Com isso, a análise dos tipos relacionados à criminalidade econômica apresenta-se, muitas vezes, com um alto grau especulativo⁸⁰⁷. A superação dessa situação exige o reconhecimento da necessidade de integrar o princípio da eficiência ao processo de tipificação penal das condutas.

Note-se que os tradicionais princípios da subsidiariedade (intervenção mínima) e da fragmentariedade da intervenção penal, largamente consagrados na doutrina e jurisprudência, dizem diretamente respeito à tipicidade.

De acordo com Roxin, o princípio da subsidiariedade relaciona-se com a ideia de que a pena é a *ultima ratio* da política social e o princípio da fragmentariedade refere-se a determinadas formas de ataque:

En la medida en que el Derecho Penal sólo protege una parte de los bienes jurídicos, e incluso ésa no siempre de modo general, sino frecuentemente (como el patrimonio) sólo frente a formas de ataque concretas, se habla también de la naturaleza fragmentaria" del Derecho Penal⁸⁰⁸.

A subsidiariedade recomenda a intervenção penal somente nos casos em que “os demais meios de controle social, formais (Direito Civil, Administrativo, Empresarial, etc.) e informais (escola, associações, família), menos drásticos do que a tutela penal, falharem”⁸⁰⁹. Eles dirigem-se à atividade legislativa e a condicionam.

Com Silva Sánchez, deve-se reconhecer também que tais princípios remetem à ideia de eficiência:

En primer lugar, desde luego es errónea la postura que parte de un rechazo de entrada de la posible relevancia político-criminal de los análisis de coste-beneficio. En segundo lugar, y a partir de lo anterior, puede sostenerse que la fundamentación de la legitimación de la existencia genérica de un Derecho Penal, así como la fundamentación y, en su caso, crítica del Derecho Penal específicamente existente, puede acometerse desde un punto de vista específicamente económico. (...)En efecto, el Derecho Penal es fundamentalmente un sistema de protección subsidiaria de bienes jurídicos, y

⁸⁰⁷ Nas palavras do autor: “esta ausência de dados remete a investigação criminológica a mera especulação e, como tal, fica difícil propor novas disposições penais, sobretudo em matéria econômica, uma vez que não é raro que os poderosos grupos de interesses estão em condições de obstruir a criação de novas normas penais”. Cf.: Tiedemann, Klaus. La criminalidad económica como objeto de investigación. *Cuadernos de Política Criminal*. Instituto Universitario de Criminología: Edersa, n. 19, 1983 *apud* NEVES, Eduardo Viana Portela. A atualidade de Edwin H. Sutherland. In. *Inovações no Direito Penal Econômico: contribuições criminológicas, político criminais e dogmáticas* / Organizador: Artur de Brito Gueiros Souza – Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2011, p. 58.

⁸⁰⁸ ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General*, Tomo I, 1997, p. 65.

⁸⁰⁹ KALIL, José Arthur Di Spirito. *A informação ao consumidor e o Direito Penal: um estudo sobre a legitimidade da intervenção penal nas relações de consumo*. 2011. (Tese). (Doutorado em Direito). Belo Horizonte: Universidade Federal de Minas Gerais, 2016, p. 102.

los principios de subsidiariedad y ultima ratio remiten inequívocamente a la noción de eficiencia⁸¹⁰.

Da mesma forma, pode-se dizer, ainda com Silva Sánchez, que, no Estado Democrático de Direito, uma das funções do Direito Penal é a redução da própria violência estatal:

Pero el Derecho Penal, en mi esquema, tiene, por otro lado, la función de la reducción de la propia violencia estatal, con lo que también aquí aspira a una reducción de los costes empleados, a su vez, en la neutralización del coste del delito⁸¹¹.

É nesse sentido que o autor almeja obter um Direito Penal com o mínimo de violência possível, isto é, que seja eficiente em seu grau máximo⁸¹²: “quanto à pena privativa da liberdade, é evidente, em primeiro lugar, que “seus custos econômicos e sociais determinam sua redução ao estritamente imprescindível”⁸¹³.

O próprio Silva Sánchez explica que as teses utilitaristas foram responsáveis pela reação à crueldade das penas, ao tempo em que buscaram promover a humanização destas justamente a partir das considerações de eficiência⁸¹⁴.

A proporcionalidade entre a gravidade do fato e a gravidade da pena implica a análise de custo-benefício. Um elemento de controle permanente é o de que os custos sociais globais da repressão do delito não podem ser superiores aos custos da tolerância desse delito, sob o risco de incorrer em evidente ineficiência⁸¹⁵.

É possível dizer que os princípios da fragmentariedade e da subsidiariedade possuem também uma fundamentação econômica⁸¹⁶, embora não seja razoável justificar metodologicamente que a eficiência seja o único fim ou o fim supremo da ordem jurídica⁸¹⁷. É pertinente aceitar que o princípio da eficiência possa servir de fundamento para legitimar normativamente a intervenção punitiva do Estado⁸¹⁸.

Por isso, propõe-se que o princípio da eficiência tenha uma função rearticuladora dos princípios constitucionais penais relativos à intervenção penal. Ele é

⁸¹⁰ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Eficiencia y Derecho Penal*, 1996, p. 120.

⁸¹¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Eficiencia y Derecho Penal*, 1996, p. 121.

⁸¹² SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Eficiencia y Derecho Penal*, p. 1996, 122.

⁸¹³ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Eficiência e Direito Penal*, 2004, p.45.

⁸¹⁴ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Eficiencia y Derecho Penal*, 1996, p. 1996, 122.

⁸¹⁵ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Eficiencia y Derecho Penal*, 1996, p. 122.

⁸¹⁶ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Eficiencia y Derecho Penal*, 1996, p. 122.

⁸¹⁷ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Eficiencia y Derecho Penal*, 1996, p. 125.

⁸¹⁸ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Eficiencia y Derecho Penal*, 1996, p. 126.

compreendido, aqui na presente pesquisa, como um verdadeiro sobreprincípio delimitador do poder punitivo do Estado justamente porque compõe um estado de coisas a ser buscado. Humberto Ávila explica:

Os sobreprincípios como, por exemplo, os do Estado de Direito, da segurança jurídica, da dignidade humana e do devido processo legal, exercem importantes funções mesmo na hipótese bastante comum de os seus subprincípios já estarem expressamente previstos pelo ordenamento jurídico. Como princípios que são, os sobreprincípios exercem as funções típicas dos princípios (interpretativa e bloqueadora), mas, justamente, por atuarem, sobre outros princípios (daí o termo sobreprincípio) não exercem nem a função integrativa, nem a definitiva (porque essa função, apesar de indireta, pressupõe a maior especificação e os subprincípios atuam para ampliar e não especificar). Na verdade, a função que os sobreprincípios exercem distintivamente é a função rearticuladora, já que eles permitem a interação entre os vários elementos que constituem o estado de coisas a ser buscado⁸¹⁹.

Para Ávila, “os sobreprincípios funcionam como fundamento, formal e material, para a instituição e atribuição de sentido às normas hierarquicamente inferiores”⁸²⁰.

Em consequência da concepção de tipicidade material aqui adotada, entende-se que os problemas relacionados à ofensa ao bem jurídico são referentes à tipicidade penal. Assim, o sobreprincípio da eficiência compreende não apenas os princípios da subsidiariedade e fragmentariedade, mas também os da insignificância e adequação social.

O princípio da insignificância surge na teoria do tipo como um critério de interpretação restritiva orientada ao bem jurídico⁸²¹. O estudo já realizado sobre o bem jurídico-penal demonstra a dificuldade desse ponto de partida para a limitação material da intervenção penal, o que persiste em relação ao juízo valorativo de tipicidade.

⁸¹⁹ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 2007, p. 99-93.

⁸²⁰ Importante salientar que os sobreprincípios não se confundem com os postulados. Ávila explica os postulados normativos nos seguintes termos: “A definição de postulados normativos aplicativos como deveres estruturantes da aplicação de outras normas coloca em pauta a questão de saber se eles podem ser considerados como princípios ou regras. (...). Como os postulados situam-se em um nível diverso do das normas objeto de aplicação, defini-los como princípios ou regras contribuiria mais para confundir do que para esclarecer. Além disso, o funcionamento dos postulados difere muito do dos princípios e das regras. (...). Diversamente, os postulados, de um lado, não impõem a promoção de um fim, mas, em vez disso, estruturam a aplicação do dever de promover um fim; de outro, não prescrevem indiretamente comportamentos, mas modos de raciocínio e de argumentação relativamente a normas que indiretamente prescrevem comportamentos. Rigorosamente, portanto, não se podem confundir princípios com postulados”. Cf.: ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 2007, p. 88-89.

⁸²¹ ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General*, Tomo I, 1997, p. 297.

Ainda que a teoria do bem jurídico penal esteja imersa em controvérsias dogmáticas, é possível fixar objetivos modestos para a tipicidade material, especialmente a partir da exigência de uma pretensão mínima de ofensividade.

Sabe-se que a ofensividade traduz o grau de ofensa ao bem jurídico. Um bem jurídico pode ser ofendido porque lhe foi causada uma lesão ou apenas um perigo⁸²². A pretensão de ofensividade representa a concretização do princípio da intervenção mínima⁸²³. O juízo de ofensividade, como elemento integrante da análise típica, desempenha três funções: a dogmática, a sistemática e a interpretativa⁸²⁴.

A função dogmática refere-se ao substrato valorativo relacionado à transgressão da norma. A função sistemática se traduz no uso do bem jurídico por referência, que permite a hierarquia valorativa das infrações descritas individualmente e na ordenação dos crimes no Código Penal e nas leis especiais. A função interpretativa, impõe que o bem jurídico seja o ponto de partida do trabalho de interpretação⁸²⁵.

O princípio da adequação social foi inicialmente idealizado por Welzel. A adequação social é o estado “normal” de liberdade social de ação⁸²⁶. Sua função dogmática relaciona-se ao estabelecimento de parâmetros/critérios de interpretação do tipo, cuja significação não se limita de nenhum modo somente ao Direito Penal, abarcando o ordenamento em geral⁸²⁷:

Como âmbito *normal* da liberdade de atuação social distingue-se a adequação social das causas de justificação, porque estas concedem também uma “liberdade” de ação, mas de natureza especial; trata-se de uma *permissão especial*, de uma *autorização* para realizar ações típicas, isto é, socialmente inadequadas⁸²⁸.

A ideia básica de Welzel é que aquelas ações que se movem dentro do que “históricamente ha llegado a ser el orden ético-social de la vida en comunidad, y que

⁸²² BUSATO, Paulo César. *Direito Penal: Parte Geral*, 2015, p. 317.

⁸²³ BUSATO, Paulo César. *Direito Penal: Parte Geral*, 2015, p. 388.

⁸²⁴ BUSATO, Paulo César. *Direito Penal: Parte Geral*, 2015, p. 386.

⁸²⁵ BUSATO, Paulo César. *Direito Penal: Parte Geral*, 2015, p. 386-388.

⁸²⁶ WELZEL, Hans. *Derecho Penal alemán*, 1976, p. 68. Nas palavras do autor: “La adecuación social constituye en cierto modo la falsilla de los tipos penales: es el estado “normal” de libertad social de acción, que les sirve de base y es supuesto (tácitamente) por ellos. Por esto quedan también excluidas de los tipos penales las acciones socialmente adecuadas, aun en todos aquellos casos que pudieran ser subsumidas en ellos, por ejemplo, de acuerdo a criterios causales”.

⁸²⁷ WELZEL, Hans. *Derecho Penal alemán*, 1976, p. 69.

⁸²⁸ WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista*, 2008, p. 60-61.

por tanto son “socialmente adecuadas”, no pueden encajar nunca en un tipo, aunque segun su tenor literal se las pudiera subsumir en el mismo”⁸²⁹.

O princípio da adequação social nem sempre teve uma função determinada dentro da tipicidade penal. Ora foi concebido como recurso excludente da tipicidade, ora como critério de exclusão da antijuridicidade. Para Welzel, a adequação social seria um vetor importante para a compreensão e a interpretação dos tipos:

Na função dos tipos de apresentar uma “amostra” da conduta proibida fica evidente que as formas de conduta por eles selecionadas têm, por um lado, um caráter social, ou seja, referem-se à vida social, mas, por outro lado, são inadequadas a uma vida social ordenada. Nos tipos se destacada a natureza *social* e ao mesmo tempo *histórica* do Direito Penal: indicam as formas de conduta que supõem uma infração grave da ordem histórica social.

Isso repercute na compreensão dos tipos, que, por influência da doutrina da ação causal, eram demasiadas restritas ao se procurar a essência do tipo nas lesões causais de bens jurídicos. (...).

As condutas socialmente adequadas não são necessariamente exemplares, mas apenas condutas que se mantêm dentro dos limites da liberdade de atuação social. A determinação desses limites não é tarefa fácil⁸³⁰.

Essa ideia do âmbito de normalidade de ação como núcleo da adequação social foi aplicada por Welzel também na esfera das relações negociais: seriam socialmente adequados os negócios que se circunscreveriam dentro dos limites de uma gestão ordenada, ainda que resultem desvantajosos⁸³¹.

Roxin realça a contemporânea importância do princípio da adequação social. Ele indica que realmente a construção do instituto por seu idealizador foi vacilante historicamente⁸³², havendo muita variação teórica.

Após algumas modificações sobre a localização topográfica do princípio da adequação social na teoria do delito e sobre sua função, Welzel⁸³³ retomou a premissa de que este é também importante para a interpretação de alguns caracteres dos tipos.

⁸²⁹ ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General*, Tomo I, 1997, p. 293.

⁸³⁰ WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista*, 2008, p. 60.

⁸³¹ WELZEL, Hans. *Derecho Penal alemán*, 1976, p. 67.

⁸³² Importante a síntese do autor: “Esta teoría ha suscitado mucho interés hasta hoy, pero su historia ha sido cambiante. El propio Welzel, debido a una modificación parcial de su concepción del tipo, consideró durante un tiempo la adecuación social como causa de justificación de Derecho consuetudinario (cfr. nm. 27) y posteriormente volvió a su interpretación como restricción del tipo, pero modificando a lo largo de los años en varias ocasiones los ejemplos manejados para esta figura jurídica. Actualmente la doctrina delimita de modo muy diverso el campo de aplicación de la adecuación social, y un sector la considera un caso de exclusión del tipo, otro la trata como causa de justificación, y otro incluso como causa de exculpación; muchos autores la rechazan, por la imprecisión de sus criterios, como peligrosa para la seguridad jurídica y superflua en relación con los métodos reconocidos de interpretación, o sólo la admiten a lo sumo como principio interpretativo general”. Cf.: ROXIN, Claus, *Derecho Penal: Parte General*, Tomo I, 1997, p. 293.

Bitencourt sintetiza essa dispersão teórica nos seguintes termos:

O próprio Welzel, seu mais destacado defensor, vacilou sobre seus efeitos, admitindo inicialmente como excludente da tipicidade, depois como causa de justificação e, finalmente, outra vez, como excludente da tipicidade. Por último, conforme anota Jescheck, Welzel acabou aceitando o princípio da “adequação social” somente como “princípio geral de interpretação”, entendimento até hoje seguido por respeitáveis penalistas⁸³⁴.

O finalista Maurach abstém-se de acolher o princípio da adequação social em sua teoria. Segundo o pensador, as objeções que foram atribuídas a esse princípio seriam corretas, sendo duvidoso que ela pudesse proporcionar um critério regulador para o tipo ou para as causas de justificação⁸³⁵.

Para Roxin, o princípio supõe uma relevante perspectiva para o tipo à medida que a atipicidade de uma conduta socialmente adequada é uma consequência necessária para a teoria do tipo. O pensador divide as condutas socialmente adequadas em dois grupos: a) risco juridicamente irrelevante ou permitido e; b) ações insignificantes e socialmente toleradas de um modo geral⁸³⁶. Mas, a teoria da adequação social deveria ser substituída por critérios mais precisos⁸³⁷.

Para Stratenwerth, Welzel cunhou a adequação social a partir de uma constelação de casos de conteúdos muito diversos⁸³⁸.

No âmbito da doutrina espanhola, Cerezo Mir entende que o critério da adequação social como causa de exclusão da tipicidade da conduta é desnecessário⁸³⁹.

Igualmente, Muñoz Conde e García Arán rechaçam o critério de adequação social como causa de exclusão do tipo, mas reconhecem um papel interpretativo e uma função de crítica do Direito Penal vigente⁸⁴⁰:

⁸³³ O próprio Welzel aponta que a distinção insuficiente entre a adequação social e as causas de justificação pesou sobre a teoria da adequação social desde a sua elaboração. Cf.: WELZEL, Hans. *Derecho Penal alemán*, 1976, p. 68.

⁸³⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Erro de tipo e erro de proibição: uma análise comparativa*, 2013, p. 47.

⁸³⁵ MAURACH, Reinhart. *Tratado de Derecho Penal*, 1962, p. 348.

⁸³⁶ ROXIN, Claus, *Derecho Penal: Parte General*, Tomo I, 1997, p. 295-296.

⁸³⁷ ROXIN, Claus, *Derecho Penal: Parte General*, Tomo I, 1997, p. 295-296.

⁸³⁸ “En este sentido se trata, por un lado, de un método auxiliar de interpretación: en su redacción general abstracta, el tipo puede abarcar, ocasionalmente, formas de conducta que están en total consonancia con el orden social y, por ello, razonablemente, el tipo no puede estar referido a ellas”. Cf.: STRATENWERTH, Günter. *Derecho Penal: Parte General. El hecho punible*, 2005, p. 134.

⁸³⁹ Isso porque mediante uma interpretação teleológica restritiva ficariam excluídas dos tipos de injusto as condutas socialmente adequadas. Cf.: CERESO MIR, José. *Derecho Penal: Parte General*, 2007, p. 478-479.

⁸⁴⁰ MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal: Parte General*, 2010, p. 255.

Sin embargo, se confunden con esta teoría de la adecuación social dos planos distintos y con distinta trascendencia: el social y el jurídico. Ciertamente, lo que es adecuado socialmente, es decir, los comportamientos habituales en la sociedad aceptados y practicados por la mayoría, no deberían ser generalmente típicos, es decir, penalmente relevantes. Pero sucede muchas veces que existe un desfase entre lo que las normas penales prohíben y lo que socialmente se considera adecuado. Este desfase puede llevar, incluso, a la derogación de hecho de la norma jurídica y a proponer su derogación formal, pero mientras que esto último no suceda, no puede admitirse que la adecuación social sea una causa de exclusión de la tipicidad. La adecuación social puede ser un criterio que permita, en algunos casos, una *interpretación restrictiva* de los tipos penales que, redactados con excesiva amplitud, extienden en demasía el ámbito de prohibición. Pero ésta es una consideración fáctica que no puede pretender validez general, dada su relatividad e inseguridad. Por ello, debe rechazarse el criterio de la adecuación social como causa de exclusión del tipo aunque mantenga toda su vigencia como criterio de interpretación y crítica del Derecho Penal vigente⁸⁴¹.

Na doutrina brasileira, é possível encontrar o mesmo entendimento⁸⁴².

Da literatura penal depreende-se que o princípio da adequação social não se mostrou muito útil em relação ao objetivo de estabelecer parâmetros de racionalidade para um Direito Penal que se faça eficiente a partir de sua aptidão para excluir o tipo.

No âmbito da criminalidade econômica, a aplicação desse princípio mostra-se ainda mais controversa. Tiedemann afirma que a adequação social, como causa de justificação ou de exclusão da imputação (propostas cunhadas por Welzel ao longo da evolução do princípio), traz alguns problemas gerais. Em tal âmbito, em regra, há uma atuação profissional e se lhe atribui uma importância especial na transgressão dos limites jurídicos da mesma⁸⁴³. Há uma ênfase no desvalor da ação a ponto de se propugnar pela ampliação de novas figuras típicas de mera fraude à lei.

⁸⁴¹ MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal: Parte General*, 2010, p. 255-256.

⁸⁴² Para Bitencourt: “O certo é que a imprecisão do critério da ‘adequação social’ — diante das mais variadas possibilidades de sua ocorrência —, que, na melhor das hipóteses, não passa de um princípio sempre inseguro e relativo, explica por que os mais autorizados penalistas internacionais — como Muñoz Conde, Jescheck, Zaffaroni e Rodríguez Mourullo, entre outros — não o aceitam nem como excludente da tipicidade nem como causa de justificação. Aliás, nesse sentido, é muito ilustrativa a conclusão de Jescheck ao afirmar que ‘a ideia da adequação social resulta, no entanto, num critério inútil para restringir os tipos penais, quando as regras usuais de interpretação possibilitam a sua delimitação correta. Nestes casos, é preferível a aplicação dos critérios de interpretação conhecidos, pois, desta forma, se obtêm resultados comprováveis, enquanto que a adequação social não deixa de ser um princípio relativamente inseguro, razão pela qual só em última instância deveria ser utilizada’”. Cf.: BITENCOURT, Cezar Roberto. *Erro de tipo e erro de proibição: uma análise comparativa*, 2013, p. 47.

⁸⁴³ TIEDEMANN, Klaus. *Derecho Penal Económico*, 2009, p. 52.

Em razão da imprecisão do princípio da adequação social para reduzir o âmbito de incidência da matéria típica, Roxin desenvolve o princípio da insignificância⁸⁴⁴.

Para Cerezo Mir, o princípio da insignificância seria, assim como o da adequação social, incompatível com as exigências de segurança jurídica⁸⁴⁵.

No Brasil, o princípio da insignificância é bastante difundido na doutrina e na jurisprudência. Não há previsão codificada. Coube à jurisprudência dos tribunais superiores o estabelecimento de critérios para a sua aplicação.

De acordo com Bitencourt, segundo esse princípio, é necessária uma efetiva proporcionalidade entre a gravidade da conduta que se pretende punir e a drasticidade da intervenção estatal⁸⁴⁶. O princípio da insignificância é um recurso para efetivar as exigências da tipicidade material, uma vez que “frequentemente, condutas que se amoldam a determinado tipo penal, sob o ponto de vista formal, não apresentam nenhuma relevância material, por não produzirem uma ofensa significativa ao bem jurídico tutelado”⁸⁴⁷.

Para Pacelli, o princípio da insignificância “pretende cumprir exatamente essa função redutora do excesso penal, perfeitamente justificada no sistema de interpretação”⁸⁴⁸. É possível afastar a tipicidade penal, uma vez que o bem jurídico declarado não chegou a ser lesado.

⁸⁴⁴ De acordo com Haddad e Silva: “[Roxin] seguiu as considerações axiológicas do Direito Penal de Von Liszt, que criticou os excessos da jurisdição penal, e o princípio da adequação social introduzido pelo jurista alemão Hans Welzel (1904-1977), segundo o qual o tipo delitivo não deve alcançar condutas socialmente aceitas, ambos precursores das correntes reducionistas. Claus Roxin asseverou que o princípio da insignificância é também meio de interpretação restritiva do tipo penal. Partindo da ideia sistemática fundamental de que os elementos do conceito de delito devem corresponder às finalidades político-criminais, Roxin defendeu que a vinculação ao direito à utilidade político-criminal não pode contradizer-se, mas sim compor a unidade dialética. Para superar o dualismo metodológico da dogmática, de um lado, e da política criminal, de outro, o autor utilizou-se do princípio da insignificância como instrumento de introdução da política criminal no âmbito da elaboração dogmática”. Cf.: HADDAD, Carlos Henrique Borlido; SILVA, Camila Alves. A aplicação dos institutos da Lei nº. 9.099/1995 aos crimes de bagatela. In.: *Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul - Ajuris*, volume 40, n. 130, Rio Grande do Sul: junho/2013, p. 174-175.

⁸⁴⁵ CEREZO MIR, José. *Derecho Penal: Parte General*, 2007, p. 479.

⁸⁴⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Erro de tipo e erro de proibição: uma análise comparativa*, 2013, p. 48-49.

⁸⁴⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Erro de tipo e erro de proibição: uma análise comparativa*, 2013, p. 49.

⁸⁴⁸ PACELLI, Eugênio. *Manual de Direito Penal: Parte Geral*, 2015, p. 94.

Para Bitencourt é inadequado admitir a aplicação do princípio da insignificância apenas em razão do bem jurídico abstratamente tutelado. Para o autor, o exame casuístico nunca deve ser desprezado⁸⁴⁹.

A jurisprudência brasileira passou a exigir a presença de aspectos objetivos e de aspectos subjetivos para a aplicação do princípio: a) mínima ofensividade da conduta do agente; b) reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento; c) nenhuma periculosidade da ação; e, iv) inexpressividade da lesão jurídica provocada⁸⁵⁰.

A partir de seu reconhecimento como critério de política-criminal pretende-se que o princípio seja um vetor de interpretação restritiva do tipo, a fim de excluir situações fáticas que causem ínfima lesão ao bem jurídico-penal⁸⁵¹. No entanto, a jurisprudência dos tribunais superiores é divergente quanto aos parâmetros para a compreensão do que seria insignificante no caso concreto⁸⁵².

⁸⁴⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Erro de tipo e erro de proibição: uma análise comparativa*, 2013, p. 49. Para o autor, “a insignificância de determinada conduta deve ser aferida não apenas em relação à importância do bem jurídico atingido, mas especialmente em relação ao grau de sua intensidade, isto é, pela extensão da lesão produzida”.

⁸⁵⁰ Para uma crítica ao princípio da insignificância, conferir as lições de Paulo Busato: “Parece completamente fora de lugar falar em *princípio da insignificância* ou *princípio de bagatela*, eis que se está referindo a um princípio orientador da intervenção penal. Assim, a ideia transmitida pelo uso das referidas expressões, a uma, minimiza o valor e a importância do tema, a duas, não expressa corretamente o seu sentido e orientação. A minimização do valor e da importância do tema dá-se porque foneticamente se associa o princípio a uma questão desprezível, bagatelar, insignificante, quando, na verdade, ela ocupa o foro central de filtragem político-criminal. Em contraposição, a expressão *princípio de intervenção mínima*, ao tempo em que afirma a intervenção, a limita, deixando clara a necessidade de discussão axiológica da medida político-criminal de intervenção penal. A deturpação do sentido e orientação da questão, derivada das expressões *bagatela* ou *insignificância*, é óbvia. Passa a errônea impressão de que a discussão é sobre a incriminação ou não de bagatelas ou de aspectos insignificantes da vida social. Pior que isso, induz à conclusão de que o objeto material sobre o qual se debruça o intérprete é o determinante único da necessidade de intervenção penal, gerando, por vezes, quando associado a uma necessidade positivista atávica que ainda contamina, de modo especial, a práxis forense brasileira, em decisões que referem expressamente à necessidade de fixação objetiva, por exemplo, de valores de referência para crimes patrimoniais. *Contrario sensu*, a adoção do termo *intervenção mínima* dá a exata medida e os precisos contornos do princípio, posto que se trata de expressar que a intervenção penal é reservada, seletiva, mínima em face das circunstâncias e não vinculada a critérios objetivos, menos ainda a valores. No que tange aos critérios, desde logo, a desorientação é barbara, chegando ao cúmulo de apontar para um verdadeiro Direito Penal de autor, levando em consideração as condições pessoais e os antecedentes do réu para rechaçar ou aceitar a aplicação do princípio.154 Seria bastante curioso submeter a Corte à consideração de uma hipótese idêntica onde em concurso de pessoas com o réu, outro agente completamente primário e de bons antecedentes cometesse o crime”. Cf.: BUSATO, Paulo César. *Direito Penal: Parte Geral*, 2015, p. 63-65.

⁸⁵¹ HADDAD, Carlos Henrique Borlido; SILVA, Camila Alves. A aplicação dos institutos da Lei nº. 9.099/1995 aos crimes de bagatela. In.: *Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul - Ajuris*, p. 175.

⁸⁵² HADDAD, Carlos Henrique Borlido; SILVA, Camila Alves. A aplicação dos institutos da Lei nº. 9.099/1995 aos crimes de bagatela. In.: *Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul - Ajuris*, p. 175.

No âmbito da criminalidade econômica, Zini afirma que a insignificância deve ser observada, desde que preenchidos seus requisitos de aplicação⁸⁵³.

A aplicação do princípio da insignificância aos casos concretos, muitas vezes, ocorre apenas após o percurso de vários momentos processuais⁸⁵⁴, sendo que em parte relevante de casos sua alegação inicial ocorre apenas na instância superior⁸⁵⁵. Ademais, o STF e o STJ divergem sobre um mesmo critério⁸⁵⁶.

Considerando que a insignificância possui íntima ligação com outros ramos, essa comunicabilidade entre as instâncias penal e administrativa também traz elementos complicadores⁸⁵⁷. Não há identidade entre os objetivos perseguidos pelas diversas instâncias. O não interesse da Administração Pública no ajuizamento de uma ação fiscal ou medida judicial correlata relaciona-se, de maneira imediata, com aspectos referentes ao custo da litigância e com a existência de opções mais eficientes do ponto de vista econômico (como o protesto).

O cenário já esmiuçado nesta investigação em relação à expansão do Direito Penal demonstra que o princípio da adequação social e o princípio da insignificância não têm cumprido a contento o objetivo pretendido pela doutrina.

Sabe-se que a solução típica pode ser compreendida sob dois aspectos: a) o momento pré-codificador (decisões de cunho político-criminais); e, b) momento pós-codificador (que envolve o trabalho dogmático).

⁸⁵³ ZINI, Júlio César Faria. Apontamentos sobre o Direito Penal Econômico e suas especificidades. In.: *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, n. 60, Belo Horizonte, jan./jun. 2012, p. 147-207.

⁸⁵⁴ Como exemplo, sem exaustão: no Agravo Regimental no Recurso Especial – AgRg no REsp 1320020-RS, julgado pela Quinta Turma do STJ, afastou-se a incidência de tipicidade material no que tange à pesca em período defeso. Para tanto, utilizou-se a insignificância e o critério do bem jurídico.

⁸⁵⁵ HADDAD, Carlos Henrique Borlido; SILVA, Camila Alves. A aplicação dos institutos da Lei nº. 9.099/1995 aos crimes de bagatela. In.: *Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul - Ajuris*, p. 175. Os autores mencionam o percentual de 36,7% dos processos analisados em pesquisa com data-base de 2011.

⁸⁵⁶ Por exemplo: no AgRg no REsp 1320020-RS, julgado pela Quinta Turma do STJ, afastou-se a incidência de tipicidade material no que tange à pesca em período defeso. Para tanto, utilizou-se o critério do bem jurídico.

⁸⁵⁷ Por exemplo: aplicação de atos do Ministério da Fazenda que modificaram o valor estabelecido em lei para o não ajuizamento de ações fiscais no âmbito administrativo-fiscal. Há dissonância entre o STJ e o STF acerca da possibilidade de o valor aplicável como parâmetro para a aplicação do princípio da bagatela própria ser oriundo de ato infralegal. No Habeas Corpus – HC 120620-RS, a Segunda Turma do STF “destacou que, no curso dos processos, advieram as Portarias 75/2012 e 130/2012, do Ministério da Fazenda, que atualizaram os valores para R\$ 20.000,00”. Por se tratar de normas mais benéficas aos réus, deveriam ser imediatamente aplicadas, nos termos do art. 5º, XL, da CF. Ainda segundo a Corte, o valor correspondente ao não recolhimento dos tributos seria inferior àquele estabelecido pelo Ministério da Fazenda e não haveria reiteração criminosa ou introdução, no País, de produto que pudesse causar dano à saúde.

Assim, os princípios ora estudados não têm permitido a efetivação da função redutora do tipo e, por conseguinte, não têm auxiliado de maneira satisfatória a concretização de uma intervenção penal menos irracional e mais eficiente ainda no nível da elaboração das leis penais materiais.

O tipo penal possui uma abertura para congregar variantes históricas e sociais⁸⁵⁸. O panorama histórico sobre o tipo e a tipicidade demonstra que estes são claramente influenciados por premissas que se revelaram muito heterogêneas entre si⁸⁵⁹.

Pretende-se, agora, abordar a solução típica sob o aspecto do momento pré-codificador, o qual ocorre sob os influxos da dinâmica penal. Esse momento inicia-se com a emergência das disfunções sociais. O tipo consolida o êxito de uma disfunção social que foi tida como apta para receber uma resposta jurídico-penal.

A dinâmica penal exige um modelo estruturado, em geral, em três fases, a saber: a) a pré-legislativa; b) a legislativa; e, c) a pós-legislativa. Essas fases estão em um contexto de retroalimentação acentuada⁸⁶⁰.

Em breve apanhado, a fase pré-legislativa não apenas condiciona de modo decisivo o desenvolvimento da etapa legislativa, como também pré-determinará os aspectos que serão privilegiados na fase pós-legislativa. A fase legislativa, que marca a pauta das análises pós-legislativas, pode levar à modificação futura dos modos operacionais dos agentes sociais que influenciaram a etapa anterior. Já a fase pós-legislativa seriamente desenvolvida fornecerá informações decisivas para eventualmente iniciar uma nova fase pré-legislativa, mas também obrigará a fase legislativa a acomodar-se a pautas pré-fixadas⁸⁶¹.

⁸⁵⁸ WELZEL, Hans. *Derecho Penal alemán*, 1976, p. 66: “En la función de los tipos de presentar el “modelo” de la conducta prohibida se pone de manifiesto que las formas de conducta seleccionadas por ellos tienen, por una parte, un carácter social, es decir, están referidos a la vida social, pero, por otra parte, son precisamente inadecuadas a una vida social ordenada. En los tipos se hace patente la naturaleza social y al mismo tiempo histórica del Derecho Penal: señalan las formas de conducta que se apartan gravemente de los órdenes históricos de la vida social. Esto repercute en la comprensión e interpretación de los tipos (...)”.

⁸⁵⁹ O tipo aparece na literatura de Maurach, outro finalista, como uma manifestação clara do poder punitivo à medida que a conduta materialmente antijurídica, não suscetível de ser incluída na “figura abstrata” cunhada pelo tipo, permanece fora do alcance do Direito Penal. Cf.: MAURACH, Reinhart. *Derecho Penal*, 1962, p. 263. Nas exatas palavras do autor: “Por la formación del tipo una conducta antinormativa quedará sometida al poder punitivo del Estado; tan sólo por este proceso se podrá convertir la antinormatividad en delito. La conducta materialmente antijurídica, no susceptible de ser incluida en una “figura rectora” acuñada por el tipo, permanece fuera del alcance del Derecho Penal y de todo enjuiciamiento juridicopenal”.

⁸⁶⁰ RIPOLLÉS, José Díez. *La racionalidad de las leyes penales*, 2013, p. 19.

⁸⁶¹ RIPOLLÉS, José Díez. *La racionalidad de las leyes penales*, 2013, p. 19.

Os principais problemas levantados pela criação típica em matéria econômica podem ser assim sintetizados: a) separação externa entre normas de conduta e normas sancionadoras; b) particularidades do tipo que demandam a incriminação de condutas de fraude à lei; c) a necessidade de que o Direito Penal Econômico tome por base uma “forma econômica de ver as coisas”, sem que se permita o arbítrio punitivo; e, d) a alta mutabilidade dos interesses relacionados à vida econômica e à política econômica⁸⁶². Uma disfunção social pode, portanto, carregar essas variáveis.

A disfunção social, em termos gerais, é uma falta de relação entre uma determinada situação social ou econômica e a resposta ou falta de resposta dada pelo subsistema jurídico, no caso o Direito Penal⁸⁶³.

Os agentes sociais que podem lograr êxito em seu intento ou que, no mínimo, colocam em marcha o processo decisório de resposta penal são muito plurais, envolvendo forças políticas, sociais, econômicas institucionalizadas (como o governo, partidos políticos, segmentos empresariais) e grupos sociais organizados, mas não institucionalizadas (como movimentos sociais, associações)⁸⁶⁴.

Em seus pressupostos fáticos, a disfunção que será consolidada no tipo pode ser real ou aparente. Uma disfunção social real nem sempre origina uma resposta jurídico-penal consentânea com seus pressupostos fáticos. Uma disfunção social aparente pode ser ativada por agentes sociais movidos justamente pela intenção de se fazer passar por real uma disfunção que é aparente⁸⁶⁵. É frequente que a essência da matéria de proibição consolidada no tipo esteja embasada em tais espécies⁸⁶⁶.

Em ambos os casos, serão construídas normativamente respostas penais para fazer frente a demandas que, se aplicado o princípio geral da subsidiariedade e da fragmentariedade, competiriam a outros ramos do Direito. Observa-se que há uma intervenção penal sem necessidade no círculo de liberdade individual⁸⁶⁷.

A pretensa utilidade que se pretende obter em razão dos aspectos fáticos, linguísticos e argumentativos da disfunção social é indispensável para alcançar a credibilidade social⁸⁶⁸.

⁸⁶² TIEDEMANN, Klaus. *Derecho Penal y nuevas formas de criminalidad*, 2007, p. 24-30.

⁸⁶³ RIPOLLÉS, José Díez. *La racionalidad de las leyes penales*, 2013, p. 20.

⁸⁶⁴ RIPOLLÉS, José Díez. *La racionalidad de las leyes penales*, 2013, p. 21.

⁸⁶⁵ RIPOLLÉS, José Díez. *La racionalidad de las leyes penales*, 2013, p. 21.

⁸⁶⁶ RIPOLLÉS, José Díez. *La racionalidad de las leyes penales*, 2013, p. 21.

⁸⁶⁷ A palavra liberdade é usada em sentido comum, sem o rigor conceitual próprio das teorias da justiça.

⁸⁶⁸ Para o autor: “A utilidade percebida pela sociedade estará, em geral, conectada à resolução dos efeitos negativos causados pela disfunção social, sejam estes materiais, expressivos ou integradores. Esta

No entanto, essa credibilidade necessária para incluir a disfunção social no debate coletivo não deve depender das habilidades dos agentes sociais impulsionadores (como, em geral, tem ocorrido no marco da sociedade pós-industrial), mas reunir determinadas qualidades intrínsecas à própria disfunção⁸⁶⁹:

Em primeiro lugar, tal desajuste social deve ter características suscetíveis de despertar *atenção social*. Esta é um bem socialmente escasso, tanto quanto ao número de assuntos como a persistência deles. Tem-se identificado certas qualidades dos assuntos que originam efeitos distintos: 1) os assuntos remotos, insolúveis ou incompreensíveis terminam produzindo desinteresse; 2) os que contêm componentes dramáticos despertam ou mantêm facilmente a atenção (...); 3) os assuntos sociais vinculados à experiência direta da maioria dos cidadãos possuem um grau de atenção intensa e persistente (...). Em segundo lugar, amplos ou relevantes setores sociais devem considerar a *utilidade* da abordagem dessa disfunção social⁸⁷⁰.

O processo de formação de conhecimento da disfunção social no debate coletivo não ignora duas características: a) a necessidade de sua estabilização cognitiva; e, b) a consolidação por meio da imersão emocional dada pela população, com ampla manipulação do medo do delito⁸⁷¹. A concretização desse processo ocorre por meio do intercâmbio de opiniões e impressões, em que, por um lado, reforça-se a visibilidade social do desajuste social e do mal estar que este cria e, por outro, outorga-se a essa disfunção a substantividade e autonomia para que seja reconhecida como um autêntico problema social⁸⁷².

Finalizada a fase pré-legislativa, inicia-se a fase legislativa, que abarca o conjunto de atuações que tem lugar no parlamento, envolvendo a análise da iniciativa de lei, as discussões, as deliberações, a aprovação do projeto, a publicação e a entrada em vigor da lei⁸⁷³. Ambas irão ativar a fase posterior e o desenvolvimento jurídico-dogmático do tipo.

utilidade, imprescindível para obter a credibilidade social, pode diferir notavelmente dos interesses que persigam os agentes sociais impulsionadores do processo. Aceita a disfunção social no sentido indicado, esta primeira fase [pré-legislativa] conclui-se com a inclusão na agenda temática social do desajuste coletivo identificado e da abertura da possibilidade de que o subsistema jurídico-penal tenha que modificar-se para adaptar-se à nova realidade socioeconômica”. Cf.: RIPOLLÉS, José Díez. *La racionalidad de las leyes penales*, 2013, p. 23.

⁸⁶⁹ RIPOLLÉS, José Díez. *La racionalidad de las leyes penales*, 2013, p. 22.

⁸⁷⁰ RIPOLLÉS, José Díez. *La racionalidad de las leyes penales*, 2013, p. 22.

⁸⁷¹ RIPOLLÉS, José Díez. *La racionalidad de las leyes penales*, 2013, p. 22.

⁸⁷² RIPOLLÉS, José Díez. *La racionalidad de las leyes penales*, 2013, p. 27.

⁸⁷³ RIPOLLÉS, José Díez. *La racionalidad de las leyes penales*, 2013, p. 50. No Brasil ocorre da mesma forma: “O processo legislativo início quando alguém ou algum ente toma a iniciativa de apresentar uma proposta de criação de novo direito. O projeto de lei deve ter início na Câmara dos Deputados, se não

Considerando o desenrolar da dinâmica penal a partir do gatilho de uma disfunção social, que pode ser aparente ou real, é possível que a legislação penal apresente-se com graus de irracionalidade. A solução típica é inadequada desde seu início. Aprofunda-se a ineficiência intrínseca do Direito Penal.

Reconhece-se que os indivíduos não atuam apenas de forma racional. Mas há determinados contextos, como o funcionamento real dos mercados, que parecem pressupor que as condutas humanas sejam influenciadas por graus mínimos de racionalidade ou, pelo menos, que esta é exercida em maior grau do que em outros contextos⁸⁷⁴. A delinquência econômica, igualmente, acompanha essa premissa.

6.7 Da aplicação do princípio da eficiência sob o eixo negativo e da tipicidade: um critério impeditivo para a criação de tipos penais e um critério para a exclusão de tipos penais

A integração do princípio da eficiência à tipicidade penal implica, por um lado, num aumento das exigências para tipificação das condutas, o que significa incrementar seus pressupostos, ou seja, aumentar os obstáculos (primeiro objetivo). Por outro lado, sua inobservância pelo legislador deve conduzir o juiz a uma interpretação no sentido de entender inaplicáveis tais tipos penais aos casos concretos. (segundo objetivo). Portanto, no primeiro caso, limita a atuação do legislador. No segundo, a judicial. Por isso, fala-se em atuação do princípio da eficiência sob o eixo negativo.

Isso tem o objetivo de permitir que, num momento posterior, estudos de cunho dogmático avaliem a observância do princípio e, eventualmente, apresentem críticas à atuação do legislador e/ou do juiz, com o objetivo de aperfeiçoar o sistema.

Propõe-se a promoção de análises de custo-benefício, tendo como horizonte a atuação do agente e os ônus que tanto ele como a sociedade suportam, incluindo aí aqueles custos econômicos e aqueles não monetários. Por razões óbvias, parte-se da premissa de que a gravidade da pena não é a única responsável por irradiar eventuais desincentivos. É preciso que essa expectativa de custos contemple, ao menos, o produto

resulta de iniciativa de senador ou de comissão do Senado”. Cf.: MENDES, *Curso de Direito Constitucional*, 2012, p. 1017.

⁸⁷⁴ Para Bermejo: “El espacio de colaboración entre investigaciones jurídicas y psicología cognitiva se presenta con la pretensión de mejorar el conocimiento de la racionalidad de los individuos tanto en relación con su conjunto de oportunidades como con la satisfacción de sus preferencias”. Cf.: BERMEJO, Mateo. *Prevención y castigo del blanqueo de capitales*, 2009, p. 22.

da gravidade da pena (em seus aspectos qualitativos e quantitativos) e da probabilidade de sua ocorrência. Há quem entenda que a probabilidade de aplicação da sanção seja o fator de maior desmotivação⁸⁷⁵.

Os danos característicos da delinquência econômica são, em princípio, financeiros e de difícil previsão. Em alguns países, a estimativa aponta que os custos financeiros superam todo o restante da criminalidade. Essa análise, evidentemente, considera como variável as violações que a delinquência econômica causa para diversos bens jurídicos clássicos, como a vida, liberdade e integridade física das pessoas, de maneira cíclica e continuada⁸⁷⁶. Tais danos não são os únicos. Há danos imateriais, a exemplo da deformação causada nos mercados e dos desequilíbrios acarretados na concorrência. São efeitos remotos, mas relevantes à medida que os custos do crime econômico são externalizados para os integrantes da sociedade.

A intervenção penal, de forma declarada, é um custo para o indivíduo. Mas, em muitos casos, essa compreensão é apenas aparente porque mascara os custos do delito, os quais são suportados pela sociedade, e impede a constatação dos benefícios que o crime gera para o seu agente. Em suma: o crime econômico demonstra sua face mais ativa de ato ineficiente que causa desequilíbrios no mercado ao mesmo tempo em que aparenta ser uma alternativa bastante benéfica para o agente que o realiza.

Em trabalho apresentado no “Anuario de Derecho Penal Económico y de la Empresa”, publicado em 2012, Rodríguez aponta que a eficiência dos mercados é uma variável que permeia todos os níveis da normatização de comportamentos correlatos à criminalidade econômica e que isso não é desconhecido pelas diferentes organizações internacionais. Naqueles mercados cujos danos geram efeitos indiretos à eficiência de mercado os comportamentos humanos lesivos são interpretados como menos danosos, gerando reflexos evidentes na ênfase dada às respostas penais⁸⁷⁷.

⁸⁷⁵ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Eficiencia y Derecho Penal*, p. 113-115.

⁸⁷⁶ Nesse sentido, Bajo-Fernández e Silvina Bacigalupo: “Los daños característicos de la delincuencia económica son los **financieros**. Las cifras que se manejan, sobre todo en USA, escapan a toda previsión. Ciertamente las valoraciones que se hacen para la delincuencia americana no son trasladables a Europa, dada nuestra distinta delincuencia y economía pero también aquí se manejan cifras excepcionales. En la década de los años setenta, por ejemplo, en Alemania, de todos los datos conocidos el más razonable fijó como valor de los daños en unos diez mil o quince mil millones de marcos por año”. Esto permite decir que los daños económicos superan la totalidad de los causados por el resto de la delincuencia”. Cf.: BAJO-FERNÁNDEZ, Miguel; BACIGALUPO, Silvina. La delincuencia económica desde el punto de vista criminológico. In.: BAJO-FERNÁNDEZ, Miguel; BACIGALUPO, Silvina. *Derecho Penal Económico*. (Colección Ceura). Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S. A, 2001, p. 30-31.

⁸⁷⁷ Para o autor: “Las diferentes organizaciones internacionales que han asumido un fuerte protagonismo en la ordenación y la supervisión del comercio internacional y de las políticas económicas de los Estados ha hecho gran hincapié en el control y el castigo, incluso penal, de las conductas que han considerado

Se, por um lado, a ideia de eficiência de mercados parece ser levada em consideração nas respostas penais, por outro, o horizonte não parece ser a autodeterminação do indivíduo e a ampliação dos círculos de liberdade individual.

Os danos geralmente associados ao crime, nas considerações da AED, são agrupados em, pelo menos, duas categorias⁸⁷⁸: a) os custos que o crime gera diretamente sobre a sociedade; e, b) os custos derivados da alocação de recursos econômicos, pessoais e materiais destinados à prevenção do delito⁸⁷⁹.

Para Bajo-Fernández e Bacigalupo, a delinquência econômica é marcada pelos seguintes efeitos: espiral, contágio, reação em cadeia e poder do corruptor⁸⁸⁰:

Aunque no se equivoca Opp al acusar a estas expresiones de vaguedad, es lo cierto que cualquier sistema de mercado (dirigido o libre) no puede soportar más allá de determinados niveles de delincuencia porque, precisamente, al superarlos se produce una pérdida de confianza que hace quebrar el sistema. En este sentido la delincuencia económica requiere una especial atención por la gravedad de uno de sus efectos característicos: El de **resaca o espiral** (*Sog- und Spiralwirkung*), cuya descripción es la siguiente: en un mercado de fuerte competencia la deslealtad en la competencia se produce cuando se han agotado las posibilidades legales de lucha. En esta situación quien primero delinque presiona al resto a la comisión de nuevos hechos delictivos (efecto de resaca), y cada participante se convierte así en eje de una nueva resaca (efecto de espiral). Este efecto de especial **contagio** (*Ansteckungswirkung*) se ve además facilitado porque el autor potencial es consciente del número enorme de delitos económicos, de la importancia de la cifra negra y de la benignidad de las penas previstas en las leyes suscitando una imagen amable y positiva del delincuente. Especial importancia tiene también en estos delitos la **reacción en cadena** (*Kettenreaktion*), cuya explicación es la siguiente: En un delito económico de elevados daños materiales, el perjudicado constituye el primer eslabón de una cadena de víctimas porque

disfuncionales con las directrices maestras del comercio capitalista a nivel mundial. Han puesto mucho énfasis en impedir conductas atentatorias contra el libre comercio, contra los Derechos de propiedad industrial o contra el libre movimiento de capitales, además de atacar los tráficos ilegales de todo tipo, con la excepción del de armas y parcialmente el de personas, y la reversión de los beneficios de estos comportamientos al comercio legal en clave de ilegítima competencia. En cambio, su contundencia ha sido menor a todos los niveles –legal, político y económico–, cuando los comportamientos a considerar no son perjudiciales de forma directa para la mejor eficiencia de los mercados, sino que son observados como limitaciones a su dinamicidad. En este caso se encontrarían las conductas lesivas para el medio ambiente, los abusos contra los Derechos de los trabajadores, las conductas contrarias a los intereses de los consumidores o contra la salud pública en los sistemas de producción industrial de carácter legal”. Cf.: RODRIGUÉZ, Luís Ramón Ruiz. Limitaciones técnicas, jurídicas e ideológicas para el conocimiento y sanción de la criminalidad económica. In.: CARO CORIA, Dino Carlos (Director). *Anuario de Derecho Penal Económico y de la Empresa*. Lima: Centro de Estudios de Derecho Penal Económico y de la Empresa (CEDPE), 2012, p. 34.

⁸⁷⁸ MONTERO SOLER, Alberto; TORRES LÓPEZ, Juan. *La economía del delito y de las penas: Un análisis crítico*. Editorial Comares, Granada, 1998, p. 45-50.

⁸⁷⁹ Ortiz de Urbina también entiende que o delito gera custos decorrentes do delito em si e do sistema de prevenção. Cf.: ORTIZ DE URBINA, Íñigo. Análisis Económico del Derecho y Política Criminal. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2004, p. 31-72.

⁸⁸⁰ BAJO-FERNÁNDEZ, Miguel; BACIGALUPO, Silvina. La delincuencia económica desde el punto de vista criminológico. In.: BAJO-FERNÁNDEZ, Miguel; BACIGALUPO, Silvina. *Derecho Penal Económico*, 2001, p. 32.

hace transmitir de unos a otros las dificultades de pago, las crisis y las quiebras, sobre todo en períodos de recesión económica. Además, los delitos económicos reclaman complementariamente otros delitos secundarios como falsificación de documentos, exhibición de justificantes falsificados, corrupción, etc., y entre sus efectos encadenados no sólo hay que referirse a las quiebras sucesivas, sino también a los despidos masivos de trabajadores, alza de interés en los institutos de crédito, encarecimiento o aumento de las condiciones de los seguros, etc. Por último, se ha hablado del **poder corruptor** que esta delincuencia ejerce sobre la Administración pública involucrando a los funcionarios públicos y, efectivamente, es muy común, en los procesos que conoce la prensa, verlos involucrados en delitos de esta índole⁸⁸¹. (Grifos dos autores).

Diante do que foi afirmado e iniciando o estudo pelas soluções típicas relacionadas ao momento pré-codificador (que envolve aspectos de política criminal), pretende-se, ao menos, que o princípio da eficiência possa ser um recurso apto para identificar os objetivos declarados e latentes das disfunções sociais subjacentes ao tipo desde as tratativas iniciais. É preciso partir da aceitação de que o crime econômico é um delito de enriquecimento e se destina precipuamente a isso⁸⁸².

Alguns tipos penais correlatos à criminalidade econômica parecem ignorar os custos do delito para a sociedade ao passo que incorporam os benefícios que a conduta proibida causa aos agentes em certos contextos. Um Direito Penal eficiente no marco da sociedade pós-industrial não pode, a um só tempo, direcionar sua força apenas para os delitos clássicos.

Um Direito Penal respeitoso com o quadro axiológico da CRFB/88 e que pretenda impor limites ao poder punitivo do Estado precisa reconhecer que os custos do crime econômico podem superar sim todo o custo financeiro e imaterial do restante da criminalidade. Ademais, há muito parece ser inegável que uma parcela significativa de crimes patrimoniais violentos é resultado de um Direito Penal que se constituiu como a réplica da defesa da propriedade individual, ignorando particularidades históricas sobre a assimetria do acesso a determinados bens.

⁸⁸¹ BAJO-FERNÁNDEZ, Miguel; BACIGALUPO, Silvina. La delincuencia económica desde el punto de vista criminológico. In.: BAJO-FERNÁNDEZ, Miguel; BACIGALUPO, Silvina. *Derecho Penal Económico*, 2001, p. 32-33.

⁸⁸² Bajo-Fernández e Silvina Bacigalupo indicam que uma pesquisa francesa concluiu que em determinado momento os custos de alguns crimes econômicos implicaram de 90 a 100% do restante da delinquência. Cf.: BAJO-FERNÁNDEZ, Miguel; BACIGALUPO, Silvina. La delincuencia económica desde el punto de vista criminológico. In.: BAJO-FERNÁNDEZ, Miguel; BACIGALUPO, Silvina. *Derecho Penal Económico*, 2001, p. 32.

A solução de um problema social por meio do Direito Penal “tem lugar em todo caso por meio do sistema jurídico enquanto sistema social parcial, e isso significa que tem lugar dentro da sociedade”⁸⁸³.

Com isso, o primeiro objetivo em relação ao princípio da eficiência refere-se à sua utilização como um óbice para a criação de certos tipos penais: aqueles cuja ineficiência aparece como fator desejado, ainda que de maneira oculta. Essa ineficiência ocorre, de maneira mais evidente, nas seguintes criações típicas: a) tipos meramente simbólicos; b) tipos que não contemplam um bem jurídico-penal; e, c) tipos que são reflexos dos interesses políticos emergenciais⁸⁸⁴.

É conveniente frisar que o horizonte dessa proposta é a preservação de uma estrutura econômica porque esta é imprescindível para o indivíduo, conforme já abordado no trabalho. Se violada, impede-se a efetivação do compromisso constitucional de democratização econômica⁸⁸⁵.

Acatando que o princípio da eficiência possa ser um obstáculo para a incriminação de condutas (primeiro objetivo), descortina-se a dinâmica penal destinada a editar tipos penais com a pretensão de não cumprir o objetivo declarado ou manifesto a que se propõe e que, ao mesmo tempo, albergam com grande êxito as funções latentes responsáveis pela perpetuação da seletividade penal.

Iniciando agora a abordagem pelos tipos penais simbólicos, é de conhecimento corrente que toda norma penal carrega um mínimo de simbolismo. Os tipos penais simbólicos, no entanto, recebem essa nomenclatura em virtude da atribuição de uma conotação mais específica no âmbito das discussões sobre o desenvolvimento dogmático do Direito Penal⁸⁸⁶.

⁸⁸³ JAKOBS, Günther. *Sociedade, norma e pessoa: teoria de um Direito Penal funcional*, 2003, p. 7.

⁸⁸⁴ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Eficiencia y Derecho Penal*, p. 113.

⁸⁸⁵ A preservação da estrutura econômica também é estudada por Silvina Bacigalupo e Miguel Bajo Fernandez. Filia-se ao entendimento dos autores, formulado no sentido de que não se pretende condenar o sistema econômico, mas reconhecer os danos que a criminalidade econômica acarreta a ele: “De todas formas luchar contra la delincuencia económica no implica una condena del sistema económico donde se produce, en nuestro caso el capitalista. Más bien al contrario, significa un reconocimiento de que la citada delincuencia lesiona una estructura socio-económica que se quiere preservar”. Cf.: BAJO-FERNÁNDEZ, Miguel; BACIGALUPO, Silvina. *La delincuencia económica desde el punto de vista criminológico*. In.: BAJO-FERNÁNDEZ, Miguel; BACIGALUPO, Silvina. *Derecho Penal Económico*, 2001, p. 49.

⁸⁸⁶ HASSEMER, Winfried. *Derecho Penal simbólico y protección de bienes jurídicos*. In.: BUSTOS RAMÍREZ, Juan. (Coord.). *Pena y Estado*, 1995, p. 26-36: “El Derecho Penal simbólico se da bajo formas muy diversas: Derecho Penal que está menos orientado a la protección del bien jurídico que a efectos políticos más amplios como la satisfacción de una ‘necesidad de acción’. Es un fenómeno de la crisis de la política criminal actual orientada a las consecuencias. Ello convierte gradualmente al Derecho Penal en un instrumento político flanqueador de bienes jurídicos universales y delitos de peligro abstracto. Este Derecho Penal se aviene a las imágenes de una ‘inseguridad global’ y de una ‘sociedad de

De acordo com Terradillos Basoco, se a eficácia instrumental do Direito Penal “reside en su aptitud para prevenir la realización de ciertos comportamientos, la simbólica residiría en su aptitud para producir un cierto número de representaciones individuales o colectivas, valorizantes o desvalorizantes”⁸⁸⁷. Para o teórico, a função simbólica é “inescindible de la instrumental, a la que sirve de complemento”⁸⁸⁸. A tônica dos tipos penais simbólicos é o contraste entre as funções manifestas e ocultas do Direito Penal, que estão incorporadas aos pressupostos históricos de desenvolvimento desse ramo e que irradiam efeitos até hoje. Além da propalada expansão do Direito Penal, o bem jurídico declarado não goza de qualquer proteção⁸⁸⁹.

Por conseguinte, os tipos penais simbólicos podem conseqüentemente impedir a criação de outros tipos penais adequados para efetivar a resposta penal a ser dada às disfunções sociais. É perfeitamente possível que a função simbólica seja utilizada para criar e reforçar representações ideológicas de um âmbito muito mais amplo do que aqueles das funções instrumentais⁸⁹⁰.

Os agentes sociais que possuem capilaridade para manipular o poder punitivo no bojo das disfunções sociais que iniciam as dinâmicas penais não ignoram os benefícios (para o agente) decorrentes do incremento dessa função simbólica dos tipos penais e da conseqüente ausência de eficiência dos tipos.

Constatando a existência de tipos penais simbólicos, ou seja, daqueles que apenas possuem a aparência de que irradiam efeitos inibidores, não se pode concluir que eles necessariamente indicam a desnecessidade de proibição formal da conduta. Com isso, pode-se evidenciar que a conduta típica pode ser sim danosa para a sociedade e demandar uma resposta penal por meio de um tipo penal que sequer foi projetado para cumprir quaisquer desincentivos.

Evidentemente, não se trata de uma exclusividade da criminalidade de cunho econômico, embora nesta o aludido fenômeno seja mais perceptível. Concorde-se com Jiménez, quando este observa, em determinados temas, um choque entre o Direito

riesgo’. Un Derecho Penal simbólico con una función de engaño no cumple la tarea de una política criminal y mina la confianza de la población en la Administración de Justicia”.

⁸⁸⁷ TERRADILLOS BASOCO, Juan. *Función simbólica y objeto de protección del Derecho Penal*. In.: BUSTOS RAMÍREZ, Juan. (Coord.). *Pena y Estado*. Santiago: Editorial Jurídica Conosur, 1995, p. 9-22.

⁸⁸⁸ TERRADILLOS BASOCO, Juan. *Función simbólica y objeto de protección del Derecho Penal*. In.: BUSTOS RAMÍREZ, Juan. (Coord.). *Pena y Estado*, 1995, p. 9-22.

⁸⁸⁹ TERRADILLOS BASOCO, Juan. *Función simbólica y objeto de protección del Derecho Penal*. In.: BUSTOS RAMÍREZ, Juan. (Coord.). *Pena y Estado*, 1995, p. 9-22.

⁸⁹⁰ TERRADILLOS BASOCO, Juan. *Función simbólica y objeto de protección del Derecho Penal*. In.: BUSTOS RAMÍREZ, Juan. (Coord.). *Pena y Estado*, 1995, p. 9-22.

Penal e a empresa; contraste este em que um percebe o outro, reciprocamente, como uma fonte de ameaça e risco⁸⁹¹.

Em suma: a ausência de quaisquer considerações de custo-benefício da incriminação levada a cabo pelo legislador a partir do horizonte de proteção do bem jurídico-penal pode surgir como um objetivo latente precisamente para perpetuar a ineficiência do Direito Penal e assegurar a ampliação do poder punitivo para outros âmbitos⁸⁹² de forma desejada, mas não revelada.

O fato de o Direito Penal ser utilizado por uma classe dominante ou por um poder político-econômico para perpetuar ideologias subjacentes não significa que esta seja sua característica⁸⁹³. É possível imaginar um Direito Penal mais neutro a essas configurações⁸⁹⁴.

Incorporar análises de custo-benefício (mediadas pela eficiência) aos tipos penais já no momento pré-codificador (que incorpora as considerações de política-criminal) tem o objetivo declarado de mitigar o incremento das funções simbólicas dos tipos penais envolvidos e contribuir para a redução da ineficiência do Direito Penal.

Em relação ao bem jurídico-penal, este foi acolhido como instrumento de limitação do poder punitivo do Estado. No entanto, sabe-se que ele não tem sido capaz de refrear a hipertrofia do Direito Penal. Ainda assim, acolhe-se o instituto a fim de se preservar o seu papel de limitação negativa para a criação típica.

⁸⁹¹ De acordo com o autor: “Por un lado, desde el Derecho Penal se percibe la *empresa como una fuente enorme de peligros* de toda índole -lo cual, en parte, es cierto-, y los operadores jurídico penales -y, al final, el propio legislador- tienden a *confundir ilícito empresarial o societario con ilícito penal*. Desde la empresa, el sistema penal se antoja como un enemigo permanente, a veces, quizás más que la propia competencia”. Cf.: JIMÉNEZ, Joan J. Queralt. La corrupción en los negocios: algunas cuestiones penales. In.: CONDE PUMPIDO, Tourón. (Director). *Derecho Penal Económico*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2003, p. 76.

⁸⁹² Entende-se que isso ocorre quando a empresa não identifica a primazia do social em detrimento sobre do individualismo exacerbado como um valor. Assim, ainda que isso ocorra há determinados contextos que demandam uma heterorregulação. Assim, concorda-se com Jiménez: “la empresa ha de consentir la progresión de la actual *línea de fondo* que prima lo social sobre lo individual en extremos que conciernen al bienestar general. Si ello es así y son sinceras las declaraciones empresariales sobre la ética comercial ha de irse más allá de la autorregulación: *ha de imponerse una heterorregulación efectiva y convincente para el público*. Esta regulación ha de venir de la mano, como en el control financiero y bursátil, de *instituciones de control públicas e independientes*. La autorregulación se muestra impotente para abordar esta labor. Cf.: JIMÉNEZ, Joan J. Queralt. La corrupción en los negocios: algunas cuestiones penales. In.: CONDE PUMPIDO, Tourón. (Director). *Derecho Penal Económico*, 2003, p. 79-80.

⁸⁹³ Basta ler o Plano Nacional de Política Criminal e Penitenciária de 2015 - Plano, elaborado pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária – CNPCP.

⁸⁹⁴ Bacigalupo e Bajo-Fernández reconhecem a possibilidade de um Direito Penal neutro a ideologias. Cf.: BAJO-FERNÁNDEZ, Miguel; BACIGALUPO, Silvina. La delincuencia económica desde el punto de vista criminológico. In.: BAJO-FERNÁNDEZ, Miguel; BACIGALUPO, Silvina. *Derecho Penal Económico*, 2001, p. 59.

Há uma função ideológica também subjacente ao próprio discurso de proteção de bens jurídicos, o que não é nenhuma novidade. Não é demais lembrar que as fórmulas ideológicas podem também se manifestar “en los bienes jurídicos, encubriendo la verdadera naturaleza de las relaciones sociales concretas que se protegen por el Derecho Penal, con lo que el objetivo protegido se corresponderá, aunque en forma encubierta, con los intereses de los grupos hegemónicos”⁸⁹⁵.

Modernamente, defende-se a existência de tipos penais que sequer possuem um bem jurídico-penal⁸⁹⁶. Esse segmento doutrinário inclina-se por enfatizar a excepcionalidade desses tipos penais, de forma que aqueles que não possuem de forma subjacente um bem jurídico devem estar submetidos a um maior reforço epistemológico para a sua criação e/ou permanência no ordenamento jurídico. Do ponto de vista fático, o tipo penal deve incluir e irradiar efeitos inibidores em relação ao comportamento delituoso que se pretende evitar a partir do valor supostamente protegido por meio da intervenção penal punitiva. Quanto aos tipos penais que não protegem um bem jurídico (admitidos excepcionalmente) essa circunstância deve ser especialmente considerada.

Em relação aos interesses políticos emergenciais, sabe-se que estes são muito plurais e que podem ser identificados em contextos e situações que, eventualmente, abalam a permanência de determinados grupos no poder estatal formal.

Observa-se um uso exagerado da intervenção penal para coibir determinados ataques (como, por exemplo, os crimes contra a propriedade individual) em detrimento de outros de igual (ou maior) transcendência (como é o caso dos crimes contra o meio ambiente).

A criação de tipos penais ineficientes na criminalidade econômica coroa esse contexto. Além disso, tais tipos aparecem como um incentivo benéfico para o agente e para o segmento da sociedade que minimiza os efeitos deletérios de graves crimes econômicos, compreendendo-os como integrantes das “regras do jogo”. O agente externaliza para a sociedade os custos do delito e causa desequilíbrios de mercado, uma vez que nem todos (a exemplo dos concorrentes) participam dessa cadeia cíclica.

⁸⁹⁵ TERRADILLOS BASOCO, Juan. Función simbólica y objeto de protección del Derecho Penal. *In.*: BUSTOS RAMÍREZ, Juan. (Coord.). *Pena y Estado*, 1995, p. 9-22.

⁸⁹⁶ Nesse sentido, Roxin: ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General*, Tomo I, 1997, p. 58-59. Também: STRATENWERTH, Günter. *Derecho Penal: Parte General*. El hecho punible, 2005, p. 56-57.

A contribuição que o princípio da eficiência pode prestar enquanto vetor apto a incrementar os obstáculos para a criação de tipos penais simbólicos, de tipos que não protegem um bem jurídico e de tipos emergenciais é bastante vasta.

De início, deve-se partir da consideração de que o comportamento humano tipificado que se quer evitar deve ser visto como um custo fático-real para o seu agente (e não meramente formal-ideológico). A partir daí, todo o sistema de prevenção referente à criminalidade econômica deve ser estudado, incluindo a probabilidade fática e jurídica de aplicação concreta da sanção penal.

Isso deve ocorrer, por um lado, já no momento das primeiras discussões sobre as pautas temáticas que envolvem as disfunções sociais que irão ativar as dinâmicas penais. Permite-se identificar, de modo mais claro, as disfunções sociais reais e, lado outro, é possível minimizar o avanço daquelas disfunções sociais aparentes.

É certo que as disfunções sociais reais continuarão a existir porque estão atreladas diretamente às configurações e arranjos sociais. O ordenamento deve ser capaz de cunhar, quando se fizer necessário, uma resposta jurídica e, se for o caso, de natureza penal. Nesse contexto, a eficiência pode agregar à intervenção penal novos elementos, a fim de mitigar, paulatinamente, a continuidade do processo de liquefação pelo qual passa o Direito Penal na sociedade pós-industrial (sociedade da segunda modernidade).

O mínimo que se pretende é que a criação típica tenha alguma aptidão real para, uma vez realizado o comportamento que se pretendeu coibir, possam ser ativados os processos de criminalização secundária⁸⁹⁷, com todos os custos decorrentes das sanções penais e das demais medidas do sistema de prevenção para o agente.

Isso parece óbvio, mas em certos temas de criminalidade econômica observa-se justamente o contrário, o que leva pesquisadores a apontar a existência de contextos de “organizada irresponsabilidade”⁸⁹⁸.

⁸⁹⁷ Os processos de criminalização realizam-se em duas etapas que se retroalimentam: a) a criminalização primária; e, b) a criminalização secundária. A criminalização primária é o ato e o efeito de sancionar uma lei penal que incrimina ou permite a punição de certas pessoas. A criminalização secundária é a ação punitiva exercida sobre pessoas concretas. Cf.: BARATTA, Alessandro. *Criminología y sistema penal*. Colección Memoria Criminológica, vol. 1. Montevideo-Buenos Aires: Editorial BdF, 2004, p. 142.

⁸⁹⁸ Muito elucidativa para o trabalho é a conclusão de Paul, em estudo sobre caso ambiental concretamente discutido na Alemanha: “En resumen: la argumentación del Tribunal, es decir, el manejo judicial de las cuestiones de la causa, la autoría, la prueba, la parte legitimada, necesidad de protección jurídica, la responsabilidad, la capacidad jurídica, etc. desvelan la verdad escondida en esta comedia forense escenificada por la justicia administrativa de Hamburgo. El Derecho vigente y los Tribunales responsables de aplicarlo no condenan, sino protegen a los responsables de las tragedias ecológicas y a quienes deberían ser procesados como tales. La Justicia transforma la autoría general del crimen ecológico en absolución jurídica. No existe forma más perfecta para lo que puede ser denominada la *descontaminación simbólica* de la degradada realidad de la naturaleza”. Cf.: PAUL, Wolf.

Paul define a tese em determinados contextos de macrocriminalidade na forma seguinte: “el Estado moderno y la Sociedad Industrial conforman una comunidad de intereses la cual realiza lo que se denomina la organizada irresponsabilidad”. Ele aplica a tese na macrocriminalidade ambiental, que “sólo actúa en su dimensión simbólica al sublimar, o sea normalizar, la realidad de la contaminación”⁸⁹⁹.

Com isso, “este sólo es útil para legalizar y con ello legitimar las múltiples actividades contaminadoras, las cuales - en términos criminológicos - se denominan crímenes”⁹⁰⁰. O conjunto normativo de Direito Ambiental seria responsável justamente por garantir a inefetividade da proteção jurídica do meio ambiente e as figuras criminológicas auxiliariam essa característica⁹⁰¹. Segundo Paul, a simbologia jurídica protetora do meio ambiente é, na verdade, a simbologia de sua ocupação e utilização pelos interesses econômicos⁹⁰², não direcionada a qualquer proteção efetiva do valor em questão. O Direito Ambiental, em sentido lato, incluindo os aspectos referentes à

Macrocriminalidad ecológica y Derecho Penal simbólico: una investigación iusfilosófica en el sistema de la organizada irresponsabilidad. *In.*: BUSTOS RAMÍREZ, Juan. (Coord.). *Pena y Estado*, 1995, p. 113-124.

⁸⁹⁹ PAUL, Wolf. Macrocriminalidad ecológica y Derecho Penal simbólico: una investigación iusfilosófica en el sistema de la organizada irresponsabilidad. *In.*: BUSTOS RAMÍREZ, Juan. (Coord.). *Pena y Estado*, 1995, p. 113-124.

⁹⁰⁰ PAUL, Wolf. Macrocriminalidad ecológica y Derecho Penal simbólico: una investigación iusfilosófica en el sistema de la organizada irresponsabilidad. *In.*: BUSTOS RAMÍREZ, Juan. (Coord.). *Pena y Estado*, 1995, p. 113-124.

⁹⁰¹ A explicação do autor: “Desde luego, el Derecho no cumple aislado esa función simbólica. Las campañas publicitarias de la Industria Química y los Foros Internacionales también contribuyen a hacernos olvidar el palpable hecho de la contaminación. Se ha constituido un complejo y sofisticado sistema de maniobras para el engaño -incluyendo los espectáculos de los medios de comunicación, los anuncios publicitarios justificatorios, los peritajes pseudocientíficos de expertos, las varias correcciones administrativas de valores límites y los procedimientos judiciales simbólicos- tal como demuestra diáfananamente el caso de los Lobos Marinos. Las normas del Código Administrativo Procesal aplicadas por el Tribunal de Hamburgo se han evidenciado como la más efectiva garantía de la inefectividad de la protección jurídica del medio ambiente. Contrariamente al lenguaje jurídico -el cual mediante sus raciocinios formales funciona como agencia de la descriminalización, esto es, la normalización de lo criminal- el lenguaje de la propia naturaleza desvela, por su materialidad inequívoca, la megadimensión de la ecodestructividad: la naturaleza degradada, la atmósfera contaminada, el mar envenenado, el bosque quemado, los animales intoxicados, las especies en vías de extinción, son manifestaciones de la condición humana autodestructiva y además, en su respectivo contexto, la refutación empírico-práctica de la pretensión político-jurídica, que reclama protección y conservación efectiva por parte del Derecho ambiental”. Cf.: PAUL, Wolf. Macrocriminalidad ecológica y Derecho Penal simbólico: una investigación iusfilosófica en el sistema de la organizada irresponsabilidad. *In.*: BUSTOS RAMÍREZ, Juan. (Coord.). *Pena y Estado*, 1995, p. 113-124.

⁹⁰² PAUL, Wolf. Macrocriminalidad ecológica y Derecho Penal simbólico: una investigación iusfilosófica en el sistema de la organizada irresponsabilidad. *In.*: BUSTOS RAMÍREZ, Juan. (Coord.). *Pena y Estado*, 1995, p. 113-124.

intervenção penal, “presta-se a corporificar a racionalidade específica do sistema predominante da irresponsabilidade organizada”⁹⁰³.

Acredita-se que esse contexto mencionado pelo pesquisador seja uma das razões pelas quais a aplicação do princípio da eficiência ao crime econômico costuma ser rechaçada de plano sob a argumentação de que as iniciativas que buscam essa via são comprometidas com propostas de aprofundamento da seletividade penal ou acolhedoras de teorizações meramente autoritárias.

Ocorre que se a intervenção penal no círculo de liberdade individual deve se apresentar como um custo fático para o indivíduo, que precisa (re)orientar suas decisões e sua conduta, é bem natural exigir que o comportamento proibido pelo tipo tenha mínima aptidão para cumprir os objetivos declarados que acolheu.

Reconhece-se que cabe ao Estado o papel de assegurar a promoção da riqueza, isto é, “del despliegue multilateral de las fuerzas esenciales de la especie, y la promoción de la posibilidad, por parte de los individuos, de la apropiación, también multilateral (no alienante) e igualitaria de esta riqueza”⁹⁰⁴. E para isso cabe dirigir a cominação penal “sólo frente a las conductas (todas) que dificulten gravemente o imposibiliten la participación no discriminante en los procesos de producción y distribución igualitaria de la riqueza producida”⁹⁰⁵.

Também se pretende que a incorporação de análises de custo-benefício irradie-se para todos os elementos dos tipos penais. O princípio da eficiência deixaria de estar circunscrito a aspectos de política-criminal (marco pré-codificador das soluções típicas) para ser também incorporado à fase judicial (marco pós-codificador das soluções típicas). O objetivo da proposta é permitir, por fim, o exercício da crítica dogmática a ser feita em cada tipo, o que pode fundamentar um aperfeiçoamento do sistema, inclusive através de reforma legislativa.

Iniciando pela estrutura formal do tipo objetivo, a eficiência deve mediar aspectos como: sujeito ativo, verbo núcleo do tipo e os elementos descritivos e normativos. Esses elementos ora elencados nem sempre são escolhidos de maneira adequada a partir do horizonte de que a conduta típica deve refletir efeitos inibidores e

⁹⁰³ PAUL, Wolf. Macrocriminalidad ecológica y Derecho Penal simbólico: una investigación iusfilosófica en el sistema de la organizada irresponsabilidad. In.: BUSTOS RAMÍREZ, Juan. (Coord.). *Pena y Estado*, 1995, p. 113-124.

⁹⁰⁴ TERRADILLOS BASOCO, Juan. Función simbólica y objeto de protección del Derecho Penal. In.: BUSTOS RAMÍREZ, Juan. (Coord.). *Pena y Estado*, 1995, p. 9-22.

⁹⁰⁵ TERRADILLOS BASOCO, Juan. Función simbólica y objeto de protección del Derecho Penal. In.: BUSTOS RAMÍREZ, Juan. (Coord.). *Pena y Estado*, 1995, p. 9-22.

contar como um custo real para o agente. Ao contrário. Tendo em vista a CRFB/88 e os diplomas internacionais assumidos pelo Brasil, parece que muitos tipos penais são propositalmente criados sem a observância dos requisitos constitucionais e convencionais que se fazem necessários.

O fato econômico lesivo que recebe uma resposta penal possui dificuldades:

Desde un punto de vista técnico surge ya la dificultad de traducir al lenguaje del tipo penal los conceptos y criterios pertenecientes al ámbito de la economía en donde, por otra parte, influyen especialmente los rápidos avances tecnológicos. Los ataques al orden económico pueden presentarse desde frentes muy distintos, sobre todo, en sistemas económicos como el nuestro en el que se busca mantener un equilibrio entre modernas formas de intervencionismo estatal en la economía con la libertad de mercado. De otro lado, la *heterogeneidad* del tema dificulta también una política legislativa eficaz y exhaustiva. En efecto, la propia variedad de las infracciones obliga a la creación de leyes especiales de escasa conexión, ya que poco en común tienen los delitos monetarios consistentes en la sustracción de las transacciones con el exterior al control administrativo, con el descubrimiento de secretos industriales o el cheque en descubierto. Si a esto se le añade que en su mayoría son conductas de fraude y que éste no se presta a una descripción detallada, tenemos ya el cuadro de las dificultades para el tratamiento penal de esta delincuencia⁹⁰⁶. (grifos originais).

A escolha ineficiente daqueles citados elementos do tipo ignora as funções que este exerce no Estado de Direito. Em suma: almeja-se que a própria descrição do comportamento típico ocorra com o aporte do princípio da eficiência e considere aspectos de custos do comportamento a ser desincentivado sob a ótica dos indivíduos da sociedade que suportam tais custos e sob a ótica daqueles que exercem ditas condutas.

O segundo objetivo pretendido refere-se à contribuição que a eficiência pode prestar para a retirada formal (exclusão) de tipos penais ineficientes.

Retoma-se que uma das causas da ineficiência do Direito Penal é a sanção de fatos não ineficientes⁹⁰⁷, a permanência de tipos penais de baixíssima ocorrência

⁹⁰⁶ BAJO-FERNÁNDEZ, Miguel; BACIGALUPO, Silvina. La delincuencia económica desde el punto de vista criminológico. In.: BAJO-FERNÁNDEZ, Miguel; BACIGALUPO, Silvina. *Derecho Penal Económico*, 2001, p. 53.

⁹⁰⁷ Nesse sentido, o alerta de Paul, para quem toda a normativa referente à proteção do meio ambiente favorece a proteção simbólica desse valor: “El *interés ecológico* es sólo simbólicamente protegido. El Derecho ambiental estatal pone en escena una pseudo-realidad. Su expresión simbólica en forma de obras legislativas, declaraciones eco-constitucionales, instituciones, actos administrativos y decisiones judiciales crea la impresión de que existe una actitud y completa asistencia y prevención ecológica de parte del Estado y con ello se reproduce al mismo tiempo la lealtad y confianza' de los ciudadanos en el sistema. Los símbolos jurídicos poseen -en este sentido- una función *manipulativa*. Crean deslumbramiento, tranquilidad e ilusiones. Estos representan una ficticia realidad y estructuran una falsa conciencia forjadora igualmente de autoengaño. Los propios políticos, legisladores, jueces y funcionarios del Derecho ambiental no sólo son «productores», sino también víctimas de sus interpretaciones simbólicas de la realidad ecológica. Es su imperturbable creencia en las pretensiones normativas y las

fática também contribui para a ineficiência do Direito Penal. Por isso, é necessária a redução formal (exclusão) de tais tipos. Essa análise é casuística, evidentemente.

Ademais, a análise sobre a eventual desnecessidade do tipo penal deve considerar também as funções que ele exerce na dogmática e aptidão que ele possui para proteger o bem jurídico declarado e ativar os processos de criminalização secundária. Esse exame deve ser realizado em etapas sucessivas e cíclicas, sem desconsiderar que os elementos estão conectados uns aos outros. Pelas mesmas razões, os tipos penais que não cumprem a função de garantia, por deficiências derivadas dos elementos da tipicidade objetiva, devem ser excluídos do ordenamento. Cabe sempre considerar que a manutenção do aparato sancionador penal possui um custo relevante.

Os signos linguísticos utilizados na redação do fato típico parecem insuficientes para a observância da garantia do *nullum crimen*⁹⁰⁸.

Por fim, o princípio da eficiência pode ser um artifício interpretativo. Nos casos em que não houver proporcionalidade entre a diminuta ofensividade causada pela conduta e o custo (econômico e imaterial) de toda a persecução penal a eficiência (enquanto sobreprincípio) poder rearticular os princípios constitucionais penais a fim de possibilitar a redução do tipo objetivo.

6.8 Da aplicação do princípio da eficiência sob o eixo positivo e da tipicidade: um critério para a criação de tipos penais e um critério para a (re)interpretação dos tipos penais

Objetiva-se que o princípio da eficiência funcione como um critério de orientação da atuação do legislador, quando da seleção das condutas que serão tipificadas (primeiro objetivo) e como critério para a (re)interpretação de tipos penais (segundo objetivo), tarefa a cargo dos juízes. Por isso, fala-se em atuação do princípio da eficiência sob o eixo positivo. Também em seu eixo positivo, o princípio da eficiência condiciona as atividades legislativa e judicial.

posibilidades instrumentales del Derecho ecológico sustituyen *la real situación del Ser por la ficticia situación del Deber Ser*. El Derecho ecológico y su aplicación se muestran como una multidimensional y deslumbrante obra, como la racional industria de la ilusión en la cual nadie puede distinguir entre apariencia y realidad". Cf.: PAUL, Wolf. Macrocriminalidad ecológica y Derecho Penal simbólico: una investigación iusfilosófica en el sistema de la organizada irresponsabilidad. In.: BUSTOS RAMÍREZ, Juan. (Coord.). *Pena y Estado*, 1995, p. 113-124.

⁹⁰⁸ As denúncias no sentido de que o princípio da legalidade está cada vez mais poroso frente ao avanço do poder punitivo seriam diminutas se eles tivessem aptidão para tanto. A eficiência pode contribuir para as propostas de descriminalização formal de determinados tipos penais.

Em relação ao primeiro objetivo, a eficiência pode ser um recurso teórico importante para as soluções típicas desde o início das dinâmicas penais.

Quanto ao segundo objetivo, cabe desde já esclarecer que não se almeja criar elementos teóricos para mascarar incriminações inconstitucionais, não recepcionadas (incompatíveis com a CRFB/88) ou inconventionais (violadoras dos diplomas internacionais assumidos pelo Brasil).

Parte-se da constatação de que as variáveis relacionadas aos diversos paradigmas da sociedade pós-industrial (sociedade da segunda modernidade) modificaram os pressupostos fáticos de uma disfunção social subjacente ao tipo. Sugere-se que essa compreensão ocorra a partir de um recorte no tempo e no espaço. Com isso, as pesquisas e discussões realizadas podem demonstrar que o tipo penal continua necessário para coibir um determinado comportamento, mas em virtude de justificativas fáticas bastante diversas. Por corolário, seria possível extrair novas interpretações para uma determinada incriminação a fim de assegurar a sua permanência no ordenamento jurídico.

Entende-se que essa proposta requer, evidentemente, bastante cautela e zelo, a fim de se fazer compatível com o quadro axiológico da CRFB/88 e com os diplomas internacionais assumidos pelo país. A CRFB/88 e o Direito Penal orientam-se por uma responsabilidade penal subjetiva e disso não se aparta. Não se pretende incorporar a eficiência como um substitutivo valorativo apto a flexibilizar o quadro principiológico que deriva desse sistema de imputação.

No entanto, a concepção de tipicidade penal acolhida no trabalho possui um viés normativista, ainda que condizente com as estruturas ônticas do modelo finalista. Se todos os institutos de Direito Penal devem ser cunhados e desenvolvidos a partir dos fins de política-criminal, incorporando-se aspectos de ordem axiológica a toda dogmática, não é um absurdo pretender que as análises de custo-benefício sejam levadas em consideração nos tipos penais da criminalidade econômica.

Concorda-se com Silva Sánchez, que aduz que “precisamente, el objetivo de maximización de prevención y garantías que, por mi parte, he asignado al Derecho Penal apela a esa idea de control de la criminalidad con el menor coste posible”⁹⁰⁹.

⁹⁰⁹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Eficiencia y Derecho Penal*, p. 113.

7 DO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA, DA APLICAÇÃO DA CONCEPÇÃO ADOTADA E DA LEI N. 7.492, DE 1986

Nas discussões sobre o projeto de lei que se converteu na Lei n.7492/1986 percebe-se uma argumentação retórica, com um conteúdo nitidamente simbólico⁹¹⁰. Ela é apontada pelos estudiosos como um diploma precário e imperfeito, especialmente quando se observa que o horizonte de proteção seria o sistema financeiro nacional⁹¹¹.

Os próprios parlamentares envolvidos nas discussões sobre ela apontavam a necessidade de substituí-la por uma nova legislação⁹¹². No entanto, a Lei n. 7.492, de 1986, permanece no ordenamento brasileiro⁹¹³.

O diploma legal é conhecido no Brasil pela alcunha de “Lei dos crimes do colarinho branco”⁹¹⁴, expressão que comporta, desde os estudos iniciais de Sutherland, uma profusão de categorias e de condutas delitivas⁹¹⁵.

O aparato punitivo relacionado aos crimes contra o sistema financeiro nacional, compreendido de maneira conjunta, tem sido considerado ineficiente:

⁹¹⁰ Para detalhes sobre o tema: Cf.: PÁDUA, Renata Rodrigues de. *Dos crimes contra o sistema financeiro nacional*, 2012.

⁹¹¹ PIMENTEL, Manoel Pedro. *Crimes contra o sistema financeiro nacional: comentários à Lei 7.492, de 16.6.86, 1987*, p. 11. Para Fragoso: “A precaríssima legislação penal dos últimos tempos proporciona, igualmente, material para análise crítica em outros setores, notadamente em relação do Direito Penal Tributário e Econômico. Verifica-se que o governo vem lançando mão da ameaça penal indistintamente, num conjunto de leis altamente defeituosas, que levam os juristas à perplexidade. Tem-se impressão de que as leis no Brasil são hoje feitas clandestinamente e, no que tange ao Direito Penal, que são feitas por leigos”. Cf.: FRAGOSO, Heleno Cláudio. *O novo Direito Penal Tributário e Econômico*. 1966. Disponível em: <http://www.fragoso.com.br/cgi-bin/heleno_artigos/arquivo62.pdf>. Acesso em: 07 fev. 2017.

⁹¹² PIMENTEL, Manoel Pedro. *Crimes contra o sistema financeiro nacional: comentários à Lei 7.492, de 16.6.86, 1987*, p. 21.

⁹¹³ “Nossa impressão pessoal, que não discrepa do pensamento da maioria dos especialistas, é no sentido de que esta lei, pelos seus defeitos e imperfeições, não aprimorou a disciplina repressiva dos crimes contra a ordem econômica e continuará a prevalecer a impunidade para a maior parte desses e de outros delitos congêneres”. Cf.: PIMENTEL, Manoel Pedro. *Crimes contra o sistema financeiro nacional: comentários à Lei 7.492, de 16.6.86, 1987*, p. 31.

⁹¹⁴ Sobre a origem da expressão: FERRO, Ana Luiza Almeida. Sutherland: a teoria da associação diferencial e o crime de colarinho branco. *De jure: Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, n. 11, p. 144-167, jul./dez. 2008. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/28347>>. Acesso em 23 ago 2017. Conferir também: GUTIÉRREZ ZARZA, María Ángeles. Investigación y enjuiciamiento de los delitos de cuello blanco en el sistema judicial norteamericano. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, v. 50, único, p. 579-653., jan./dez. 1997.

⁹¹⁵ No mesmo sentido, Núñez Fernández: “Desde que Sutherland diera la primera definición hasta nuestros días, la concepción del crimen del cuello blanco ha evolucionado notablemente. Asistimos a un momento de profusión y de diversificación de las conductas que se incluyen en la categoría delictiva que nos ocupa, por lo que recientes corrientes de pensamiento abogan por una construcción conceptual basada en elementos subjetivos”. Cf.: NÚÑEZ FERNÁNDEZ, José. Algunos aspectos conceptuales y políticos de la criminalidad de cuello blanco. *Cuadernos de política criminal*, Madrid, n. 71, p. 523-535. 2000.

A Lei n. 7.492/86 não se apresenta mais capaz de gerar a *prevenção geral positiva ou negativa*, permanecendo desconhecida e desinfluyente para estimular ou inibir comportamentos, tanto mais que as suas penas [são] ilusoriamente altas nos seus limites máximos (...). Quando há condenação, a pena tende ao mínimo. Os antecedentes, a conduta social e a personalidade dos agentes dos crimes contra o sistema financeiro nacional costumam ser favoráveis, de acordo com o julgamento tradicionalmente realizado pelo Poder Judiciário. E comumente trata-se de réus primários, que dissolverão suas penas por meio de recursos de demorado julgamento, que não interrompem a prescrição⁹¹⁶.

Para Abade, modificou-se a própria feição de tais crimes:

A nova geração dos crimes contra o sistema financeiro nacional é liderada, hoje, por delitos que apresentam natureza transnacional. Assim, a persecução penal dos crimes previstos na Lei n. 7.492/86 tem, atualmente, característica diferencial ululante em relação aos atos instrutórios utilizados há 20 anos: não se concebe uma eficiente persecução sem a ajuda de outros Estados. O incremento da máquina estatal na persecução desses crimes – cada vez mais sofisticados – não pode prescindir de uma necessária evolução dos aparatos de cooperação internacional⁹¹⁷.

Enquanto a lei permaneceu no *tempo-estático* essas formas de delito se reinventaram em *tempo-dinâmico*. A lei, que já nasceu imperfeita, escancarou gradativamente os seus defeitos dogmáticos e sua insuficiência para coibir condutas lesivas ao sistema financeiro. Cabe indagar se representam um custo real para o agente e se possuem aptidão para gerar desincentivos.

As incriminações da Lei n. 7.492, de 1986, solidificaram-se nos tipos penais ao passo que a criminalidade que lhe é correlata avançou (e continuará a fazê-lo), transformando, de forma sofisticada e silenciosa, condutas isoladas em arranjos fáticos de alta complexidade, os quais se aproveitam da própria reinvenção do capitalismo.

E também a redação defeituosa dos tipos penais é responsável pela baixa aptidão da lei para gerar os objetivos declarados. No entanto, por outro lado, apresenta-se como um instrumento legal bastante eficaz para atingir os objetivos latentes:

⁹¹⁶ GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. *Exame necroscópico da lei do colarinho branco*. In.: ROCHA, João Carlos de Carvalho (coord.). *Crimes contra o sistema financeiro nacional: 20 anos de Lei n. 7.492/86*, 2006, p. 1-15.

⁹¹⁷ ABADE, Denise Neves. Persecução penal contemporânea dos crimes de colarinho branco: os crimes contra o sistema financeiro nacional e a assistência legal internacional. In.: ROCHA, João Carlos de Carvalho (coord.). *Crimes contra o sistema financeiro nacional: 20 anos de Lei n. 7.492/86*, 2006, p. 129-172.

No Brasil, ainda, é este um terreno privilegiado para as cifras obscuras. O conhecimento da dimensão desse tipo de delinquência resulta antes de sinais empíricos do que de retratos estatísticos. Decorridas duas décadas da Lei n. 7.492, ainda não há, por absurdo que possa parecer – estatísticas oficiais de âmbito nacional, seja do Ministério Público, seja do Judiciário, apresentando números sobre absolvições, prescrições ou condenações com trânsito em julgado nos casos dos crimes contra o sistema financeiro nacional. Por outro lado, a inércia do Estado, pois nem estatísticas consegue produzir, estimula a sofisticação dos crimes contra o sistema financeiro. De fato, a regra da realidade atual é que o crime contra o sistema financeiro configura um crime transnacional – e assim deve ser o enfoque em sua persecução. Excepcionalmente (em casos, não por coincidência, que se mostram menos gravosos ao bem jurídico protegido), os delinquentes do sistema financeiro não se utilizam do aparato bancário global para perpetrar suas condutas ilícitas. Esses efeitos da globalização não passam despercebidos pelas instituições internacionais. Assim, a apóstola oficial do Fundo Monetário Nacional sobre os crimes contra o sistema financeiro alerta: considerando o ‘desenvolvimento e crescente sofisticação das empresas comerciais e financeiras’, a ‘variedade e diversidade de crimes financeiros tende a crescer’. Especificamente, menciona-se o aumento de fraudes financeiras por meio da internet: negociação de títulos fictícios, fabricação virtual de cheques, ações e outros títulos falsos (*desk top publishing*) e fraudes envolvendo cobrança de taxas ilícitas⁹¹⁸.

Para Callegari, desde a Lei 7.492, de 1986, que regula os crimes contra o sistema financeiro nacional, “pouco se esclareceu a respeito de determinadas condutas incriminadas, ficando, na maioria das vezes, os tribunais encarregados de preencher os vazios deixados pelo legislador”⁹¹⁹. Observa-se que muitas soluções típicas não se apresentam como um custo fático e não geram desincentivos aos agentes.

O crime contra o sistema financeiro nacional escancara uma nova realidade criminológica daquela tradicional: é uma delinquência que, acima de todas as outras, busca o lucro e o enriquecimento dos seus protagonistas, que são em regra indivíduos pertencentes a estratos sociais médios ou elevados⁹²⁰. Além disso, é um tipo de criminalidade cuja identidade, por um lado, demanda uma peculiar e ambivalente resposta social e legal e, por outro, demonstra a ausência de uma consciência criminal do sujeito que o comete⁹²¹.

⁹¹⁸ ABADE, Denise Neves. Persecução penal contemporânea dos crimes de colarinho branco: os crimes contra o sistema financeiro nacional e a assistência legal internacional. In.: ROCHA, João Carlos de Carvalho (coord.). *Crimes contra o sistema financeiro nacional: 20 anos de Lei n. 7.492/86*, 2006, p. 129-172.

⁹¹⁹ CALLEGARI, André Luís. *Gestão temerária e o risco permitido no Direito Penal*. Revista dos Tribunais, São Paulo: *Revista dos Tribunais*, v. 837, 2005, p. 409-416.

⁹²⁰ ABADE, Denise Neves. Persecução penal contemporânea dos crimes de colarinho branco: os crimes contra o sistema financeiro nacional e a assistência legal internacional. In.: ROCHA, João Carlos de Carvalho (coord.). *Crimes contra o sistema financeiro nacional: 20 anos de Lei n. 7.492/86*, 2006, p. 129-172.

⁹²¹ NÚÑEZ FERNÁNDEZ, José. Algunos aspectos conceptuales y políticos de la criminalidad de cuello blanco. *Cuadernos de política criminal*, 2000, p. 523-535.

Para Gonçalves, após muitos anos de permanência da Lei no ordenamento pátrio, não houve a sua revogação expressa e, com isso, ela preserva somente o “mínimo de eficácia tido por Kelsen como essencial para a vigência da lei”⁹²²:

A lei não se mostrou maleável para responder a novas demandas de proteção. Exemplificamos com os seguintes itens: i) a falta de transparência na gestão de instituições financeiras e na atuação dos órgãos de fiscalização; ii) as auditorias negligentes, imperitas ou fraudulentas; iii) a relação incestuosa entre órgãos governamentais e instituições financeiras públicas ou com capitais públicos, como bancos oficiais e fundos de pensão; iv) a gestão de recursos vindos de agências internacionais de fomento; v) as taxas extorsivas de juros e o abuso na concessão de empréstimos; vi) a garantia de ressarcimento dos poupadores e investidores, quando lesado pela gestão inescrupulosa de instituições financeiras⁹²³.

Os agentes do crime de colarinho branco são “pessoas perfeitamente integradas, as quais, quando interpeladas, só se reconhecem, quando muito, protagonistas de meras irregularidades formais”⁹²⁴. Com isso, “o réu do crime contra o sistema financeiro nacional considera as irregularidades por ele perpetradas como práticas efetuadas por todos, e acabam por fazer parte das ‘regras do jogo’”⁹²⁵.

A Lei n. 7.492, de 1986, foi escolhida para estudo em conformidade com a proposta teórica da presente tese em razão dessas particularidades⁹²⁶.

Este Capítulo tem o objetivo de: a) detalhar a contribuição que o princípio da eficiência pode prestar à racionalidade do poder punitivo penal; e, b) aplicar a proposta teórica da presente tese à análise de alguns tipos penais previstos na legislação penal secundária escolhida, que finca raízes em elementos econômicos importantes.

⁹²² GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. *Exame necroscópico da lei do colarinho branco*. In.: ROCHA, João Carlos de Carvalho (coord.). *Crimes contra o sistema financeiro nacional: 20 anos de Lei n. 7.492/86, 2006*, p. 1-15.

⁹²³ GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. *Exame necroscópico da lei do colarinho branco*. In.: ROCHA, João Carlos de Carvalho (coord.). *Crimes contra o sistema financeiro nacional: 20 anos de Lei n. 7.492/86, 2006*, p. 1-15.

⁹²⁴ ABADE, Denise Neves. Persecução penal contemporânea dos crimes de colarinho branco: os crimes contra o sistema financeiro nacional e a assistência legal internacional. In.: ROCHA, João Carlos de Carvalho (coord.). *Crimes contra o sistema financeiro nacional: 20 anos de Lei n. 7.492/86, 2006*, p. 129-172.

⁹²⁵ ABADE, Denise Neves. Persecução penal contemporânea dos crimes de colarinho branco: os crimes contra o Sistema financeiro nacional e a assistência legal internacional. In.: ROCHA, João Carlos de Carvalho (coord.). *Crimes contra o sistema financeiro nacional: 20 anos de Lei n. 7.492/86, 2006*, p. 129-172.

⁹²⁶ A análise dogmática dos tipos penais pode ser estudada em: PÁDUA, Renata Rodrigues de. *Dos crimes contra o sistema financeiro nacional*, 2012.

7.1 Do princípio da eficiência sob o eixo negativo e da tipicidade: um critério impeditivo para a criação de tipos penais e um critério para a exclusão de tipos penais

Segundo o eixo negativo, o primeiro objetivo refere-se à contribuição do princípio da eficiência para incrementar pressupostos para a criação de tipos penais.

De maneira exemplificativa, realça-se a sua atuação como incremento aos obstáculos que impedem a incriminação de condutas relacionadas à livre disposição patrimonial, ainda que em tempos de emergência. O mesmo pode se pensar em relação ao exercício de uma lícita atividade econômica.

Em termos de utilização do poder punitivo, a história confirma que este oscila para incriminar condutas que inicialmente fazem parte do núcleo intangível de direitos fundamentais individuais. A constatação de Sutherland, tomada como epígrafe que abre a presente tese⁹²⁷, bem demonstra que as amarras democráticas são frágeis e que estas são construídas de forma paulatina e diária.

Esse eixo negativo também pode permitir a realização de outro filtro. Para alcançar o segundo objetivo propõe-se que o princípio da eficiência atue como um recurso teórico apto a promover a exclusão de tipos penais. Entende-se que devem ser removidos aqueles tipos penais da Lei n. 7.492, de 1986, que carregam uma carga epistemológica de ineficiência além daquela que se apresenta como um predicado inerente a qualquer intervenção penal.

Para buscar um Direito Penal eficiente é preciso realizar também a redução das incriminações formais que ele congrega, ainda que muitas soluções típicas não tenham aptidão para ativar os processos de criminalização secundária.

A partir da Lei n. 7.492, de 1986, observa-se que a ineficiência do Direito Penal revela-se a partir de soluções típicas que: a) são meramente simbólicas; b) não protegem um bem jurídico-penal; e, c) são fundadas em disfunções sociais aparentes.

⁹²⁷ A epígrafe é: “O crime é relativo tanto do ponto de vista legal, como do ponto de vista social. Ele tem tido um conteúdo constantemente variável. (...) Eis o que, em épocas diferentes, constituía crime: imprimir um livro; professar a doutrina médica da circulação do sangue; conduzir com rédeas, vender moeda a estrangeiros, guardar ouro em casa, comprar mercadorias em caminho para o mercado, ou, no mercado, a fim de vendê-las por preço superior (...). Em geral, o Direito Criminal não é cumprido para punir as espécies um tanto sutis de fraude. O “status” do criminoso e as atitudes da parte influente do público com as suas ações são altamente importantes no determinar se suas ações são ou não são crimes. Assim, o que é crime e o que não é crime não são dois tipos distintos de comportamento, mas constituem um ‘continuum’”. Cf.: SUTHERLAND, Edwin H; CRESSEY, Donald R. *Princípios de criminologia*, 1949.

Quanto às soluções típicas que são meramente simbólicas e que não protegem um bem jurídico-penal, aponta-se o art. 9º, primeira parte:

Art. 9º Fraudar a fiscalização ou o investidor, inserindo ou fazendo inserir, em documento comprobatório de investimento em títulos ou valores mobiliários, declaração falsa ou diversa da que dele deveria constar:
Pena - Reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa.

De acordo com Tigre Maia, cuida-se de resguardar o patrimônio dos “investidores, mas protegendo também o interesse estatal na fiscalização do mercado, quer exercendo-a para fins de controle de seu funcionamento, quer com finalidade tributária, mas de qualquer modo, para proteger o sistema financeiro nacional”⁹²⁸.

Para Prado, tutelam-se a fé pública dos documentos comprobatórios de investimentos e o patrimônio dos investidores, tratando-se de um delito pluriofensivo⁹²⁹. Para o autor, o delito assemelha-se ao delito de falsidade ideológica, previsto no art. 299, CP, recaindo a distinção na especificidade do bem jurídico tutelado⁹³⁰.

Pimentel, pioneiro no estudo dogmático da Lei n. 7.492, de 1996, entende que o objeto jurídico “é, mais uma vez, a boa execução da política econômica do Estado”⁹³¹. O autor identifica, como bens jurídicos secundários relevantes, a fé pública e o patrimônio⁹³².

Para Costa Jr., Queijo e Machado, no mesmo sentido, o bem jurídico “continua a ser a política econômica do Estado”⁹³³.

Para Tórtima, a tutela imediata exerce-se sobre o interesse estatal na fiscalização do mercado e sobre o patrimônio do investidor. De maneira mediata, visa-se assegurar a estabilidade e confiabilidade do sistema financeiro nacional⁹³⁴.

Para Baltazar Júnior, é uma forma especial de falsidade ideológica⁹³⁵.

⁹²⁸ TIGRE MAIA, Rodolfo. *Dos crimes contra o sistema financeiro nacional*, 1999, p. 86.

⁹²⁹ PRADO, Luiz Regis. *Direito Penal Econômico: ordem econômica, relações de consumo, sistema financeiro, ordem tributária, sistema previdenciário, lavagem de capitais*, 2007, p. 204.

⁹³⁰ PRADO, Luiz Regis. *Direito Penal Econômico: ordem econômica, relações de consumo, sistema financeiro, ordem tributária, sistema previdenciário, lavagem de capitais*, 2007, p. 204.

⁹³¹ PIMENTEL, Manoel Pedro. *Crimes contra o sistema financeiro nacional: comentários à Lei 7.492, de 16.6.86, 1987*, p. 82.

⁹³² PIMENTEL, Manoel Pedro. *Crimes contra o /: comentários à Lei 7.492, de 16.6.86, 1987*, p. 82.

⁹³³ COSTA JR, Paulo José da; QUEIJO, Maria Elizabeth; MACHADO, Charles M. *Crimes do colarinho branco*. 2 ed. São Paulo: Saraiva. 2002, p. 98.

⁹³⁴ TORTIMA, José Carlos. *Crimes contra o sistema financeiro nacional: uma contribuição ao estudo da Lei 7492/86, 2000*, p. 87.

⁹³⁵ BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Crimes federais*, 2017, p. 658.

No entanto, a fraude à fiscalização refere-se a uma função de controle de informação. Considerando, em última análise, que a norma deve ter como bem jurídico-penal o patrimônio da instituição e/ou das pessoas que com ela celebrem operações, necessário diferenciar as regras que permitem a tutela de bens jurídicos.

Adriasola propõe uma distinção entre a regulação e a supervisão. A supervisão é basicamente uma atividade de controle e vigilância; já a regulação está orientada a dirigir determinadas variáveis do mercado⁹³⁶. A decisão dos agentes econômicos depende, em grande medida, da informação que se possui a respeito da conduta do outro⁹³⁷. Os agentes econômicos devem saber que contam com normas suscetíveis a garantir o acesso a determinados direitos, normas estas que guiarão suas decisões e permitirão a previsão das decisões de seus competidores⁹³⁸.

Para o autor, sem perder de vista as garantias do Direito Penal tradicional, há necessidade de criminalizar condutas que essencialmente colocam em risco as regras do jogo em matéria econômica⁹³⁹.

Na presente tese, entende-se que a intervenção penal não pode ser utilizada para reforçar as atividades de supervisão e/ou de mero controle. Os sistemas de governança corporativa devem ser aprimorados a fim de que estes auxiliem a efetivação de um sistema financeiro eficiente. Em suma: rejeita-se o uso do Direito Penal para reforçar mero trânsito de informações em detrimento da proteção ao bem jurídico-penal.

García Caveró afirma que “en una economía de mercado dinámica (...) se necesita asegurar también un sistema crediticio que permita movimientos económicos rápidos y aseguren las ganancias a futuro de los agentes económicos”⁹⁴⁰.

Relativamente às formas típicas que se fundam em disfunções sociais aparentes, aponta-se o art. 3º, que possui a seguinte redação:

⁹³⁶ ADRIASOLA, Gabriel. Legitimidad de la intervención del Derecho Penal en la actividad económica. In.: RUBINSKA, Ramiro M; ALMENAR, Daniel Schurjin. *Derecho Penal Económico*. Madrid: Marcial Pons, 2010, p. 93-114.

⁹³⁷ ADRIASOLA, Gabriel. Legitimidad de la intervención del Derecho Penal en la actividad económica. In.: RUBINSKA, Ramiro M; ALMENAR, Daniel Schurjin. *Derecho Penal Económico*, 2010, p. 93-114.

⁹³⁸ ADRIASOLA, Gabriel. Legitimidad de la intervención del Derecho Penal en la actividad económica. In.: RUBINSKA, Ramiro M; ALMENAR, Daniel Schurjin. *Derecho Penal Económico*, 2010, p. 93-114.

⁹³⁹ ADRIASOLA, Gabriel. Legitimidad de la intervención del Derecho Penal en la actividad económica. In.: RUBINSKA, Ramiro M; ALMENAR, Daniel Schurjin. *Derecho Penal Económico*, 2010, p. 93-114.

⁹⁴⁰ GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho Penal Económico: Parte General*. Lima: ARA Editores, Universidad de Piura, 2003, p. 56.

Art. 3º Divulgar informação falsa ou prejudicialmente incompleta sobre instituição financeira: pena - reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa.

De acordo com Tigre Maia, “a matéria-prima por excelência da escolha do investimento é a informação, quer acerca de onde aplicar, quer como de no que investir, a difusão de boatos ou inverdades sobre qualquer instituição abala a sua credibilidade e a do mercado”, porque “resulta em retração de aplicações, no geral, e retirada de recursos de dada instituição”⁹⁴¹.

Para Araújo Jr. trata-se do “crime de pânico financeiro”⁹⁴².

Segundo Pimentel, o tipo penal tem o objetivo de conferir proteção ao investidor e ao mercado, bem como à própria instituição (quando se tratar de terceiros à administração da instituição)⁹⁴³. Com isso, o bem jurídico-penal é a boa execução da política econômica do Governo⁹⁴⁴.

Prado entende que se tutelam a veracidade e a completude das informações das instituições financeiras com o objetivo de garantir segurança, regularidade e credibilidade das operações a serem realizadas⁹⁴⁵.

Baltazar Júnior aponta que a ideia é a necessidade de uma especial proteção à confiança no Sistema Financeiro, pois a divulgação de uma informação falsa sobre a saúde da instituição financeira pode provocar uma corrida de correntista à instituição para sacarem seus valores⁹⁴⁶. O bem jurídico-penal é a “boa execução da política financeira e econômica do governo, assegurando a confiança nas transações dos investidores e regular desenvolvimento do mercado de valores mobiliários”⁹⁴⁷.

Na pesquisa entende-se que o tipo penal tem baixa aptidão para proteger o bem jurídico-penal em questão justamente em razão da configuração e dos arranjos sistêmicos entre as instituições financeiras integrantes do sistema financeiro nacional. Tendo em vista os diversos paradigmas da sociedade pós-industrial, já estudados, parece ser diminuta a possibilidade de que a divulgação de informações falsas, da maneira

⁹⁴¹ TIGRE MAIA, Rodolfo. *Dos crimes contra o sistema financeiro nacional*, 1999, p. 48.

⁹⁴² ARAÚJO JÚNIOR, João Marcello de. *Dos crimes contra a ordem econômica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, 150.

⁹⁴³ PIMENTEL, Manoel Pedro. *Crimes contra o sistema financeiro nacional: comentários à Lei 7.492, de 16.6.86, 1987*, p. 43.

⁹⁴⁴ PIMENTEL, Manoel Pedro. *Crimes contra o sistema financeiro nacional: comentários à Lei 7.492, de 16.6.86, 1987*, p. 44.

⁹⁴⁵ PRADO, Luiz Regis. *Direito Penal Econômico: ordem econômica, relações de consumo, sistema financeiro, ordem tributária, sistema previdenciário, lavagem de capitais*, 2007, p. 176.

⁹⁴⁶ BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Crimes federais*, 2017, p. 618.

⁹⁴⁷ BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Crimes federais*, 2017, p. 618.

exigida pela redação do tipo penal, possa levar a instituição a riscos reais de insolvência patrimonial.

Deve-se ressaltar que a doutrina e a jurisprudência vêm se inclinando para permitir a prevalência dos direitos relacionados à liberdade de expressão em detrimentos de outros que também contam com envergadura constitucional⁹⁴⁸.

Ademais, salienta-se que desde 1986, as técnicas de saneamento financeiro de instituições financeiras modificaram-se bastante. E estas continuam sendo aprimoradas especialmente após a estabilização monetária do país⁹⁴⁹. Essas medidas impactaram diretamente no decréscimo de regimes especiais, sendo possível observar uma queda abrupta desde o ano de 2001⁹⁵⁰.

7.2 Do princípio da eficiência sob o eixo positivo e da tipicidade: um critério para a criação de tipos penais e um critério para a (re)interpretação dos tipos penais

Sob o eixo positivo, para concretizar o primeiro objetivo propõe-se que o princípio da eficiência atue como recurso teórico para a criação típica.

De uma maneira global, todo o sistema punitivo relacionado aos crimes contra o sistema financeiro nacional é considerado insuficiente, imperfeito e ineficiente.

Considerando que esses delitos possuem atualmente uma feição bastante diferenciada daquela que impulsionou a criação da lei, sendo apontados como delitos transnacionais e com particularidades complexas, é preciso identificar de maneira cautelosa as disfunções sociais reais que devem receber uma resposta jurídico-penal.

⁹⁴⁸ Nesse sentido, conferir a ADI 4815, que declarou inexigível a autorização prévia para a publicação de biografias. A Corte pretendeu afastar medidas de censura à liberdade de expressão e havendo direitos violados seria possível a via da reparação.

⁹⁴⁹ Para detalhes sobre essas técnicas de saneamento financeiro, conferir: BRASIL. Banco Central do Brasil. *O Banco Central e as novas técnicas de saneamento do sistema financeiro nacional após a estabilização monetária*. Disponível em: <<http://www.bcb.gov.br/htms/livrosfn.asp?idpai=artregesp>>. Acesso em 24 ago 2017.

⁹⁵⁰ De acordo com o BACEN, de 1946 a 2001, 832 instituições foram submetidas a regime especial: “A tabela abaixo [tabela dos regimes especiais desde 1946 até 31/12/2001] resume o universo de empresas submetidas a regime especial, por efeito da atuação do Banco Central do Brasil. Até o final de 2001, foram decretados regimes especiais em 832 instituições, dentre as quais estão 175 organizações bancárias, 104 administradoras de consórcios e 40 sociedades de crédito imobiliário. Dessas instituições, 724 tiveram seus regimes já encerrados e 108 permanecem sob liquidação extrajudicial”. No entanto, a partir do ano 2001, foram decretados regimes especiais em 244 instituições, sendo que destas apenas 56 são bancos. Cf.: BRASIL. Banco Central do Brasil. *O Banco Central e as novas técnicas de saneamento do sistema financeiro nacional após a estabilização monetária*. Disponível em: <<http://www.bcb.gov.br/htms/livrosfn.asp?idpai=artregesp>>. Acesso em 24 ago 2017.

Cabe salientar, pontualmente, que o Direito Penal não deve ser o único instrumento utilizado nesse sistema de prevenção. Cabe imaginar ser bastante frutífero o desenvolvimento de uma resposta jurídica mais complexa, a semelhança do que ocorre com a Lei n. 9.613, de 1998, que pretende fazer frente ao crime de “lavagem de dinheiro”⁹⁵¹, notadamente no ponto em que traça uma interface entre os mecanismos administrativos e penais.

Uma conduta prevista em outros ordenamentos e que costuma ser indicada como necessária é a incriminação da utilização de informação privilegiada no âmbito do sistema financeiro, com a exigência de que seja suscetível a gerar prejuízos para os agentes econômicos⁹⁵².

É possível extrair outra contribuição sob a égide do eixo positivo. Para atingir o segundo objetivo propõe-se que o princípio da eficiência atue com um artifício para orientar a (re)interpretação das soluções típicas. No âmbito da Lei n. 7.492, de 1986, o art. 19 e o art. 20 podem ser estudados a partir dessa proposta:

Art. 19. Obter, mediante fraude, financiamento em instituição financeira:
Pena - Reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa.

Parágrafo único. A pena é aumentada de 1/3 (um terço) se o crime é cometido em detrimento de instituição financeira oficial ou por ela credenciada para o repasse de financiamento.

Art. 20. Aplicar, em finalidade diversa da prevista em lei ou contrato, recursos provenientes de financiamento concedido por instituição financeira oficial ou por instituição credenciada para repassá-lo:

Pena - Reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa.

Para Prado, busca-se reprimir as condutas voltadas para obter empréstimos fraudulentos ou fraudar a própria aplicação do recurso repassado por instituição

⁹⁵¹ Essa lei comporta críticas, especialmente em relação à generalidade dos crimes antecedentes, que, por via transversa, pode mascarar a criminalidade econômica de grande porte ou impacto. No entanto, essa abordagem extrapola o objetivo da presente tese, sendo útil apenas realizar esse alerta para evitar equívocos de interpretação relacionados ao pensamento da autora.

⁹⁵² A exemplo do tipo penal existente na lei que dispõe sobre o mercado de valores mobiliários e cria a Comissão de Valores Mobiliários – CVM. Trata-se da Lei n. 6.385, de 1976, artigo Art. 27-D, com a redação dada pela Lei n. 10.301, de 2001: Utilizar informação relevante ainda não divulgada ao mercado, de que tenha conhecimento e da qual deva manter sigilo, capaz de propiciar, para si ou para outrem, vantagem indevida, mediante negociação, em nome próprio ou de terceiro, com valores mobiliários: (Artigo incluído pela Lei nº 10.303, de 31.10.2001) Pena – reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa de até 3 (três) vezes o montante da vantagem ilícita obtida em decorrência do crime. (Incluído pela Lei nº 10.303, de 31.10.2001).

financeira oficial⁹⁵³. Segundo o autor, “tutelam-se a regularidade do funcionamento das instituições financeiras e seu patrimônio”⁹⁵⁴.

Em relação ao art. 19, Pimentel aponta que o bem jurídico é a boa execução da política econômica do Governo, ofendida com a conduta do agente e o patrimônio da instituição financeira que concede o financiamento, sob a égide da fraude⁹⁵⁵. Quanto ao artigo 20, ele entende que o objeto jurídico ofende a correta execução da política econômica, uma vez que há o desvio de recursos concedidos em condições especialmente favorecidas, com juros subsidiados.

Na mesma linha, Costa Jr., Queijo e Machado entendem que no art. 19 a boa execução da política econômica é comprometida com o financiamento fraudulento e no art. 20 há o interesse estatal na execução correta da política de crédito⁹⁵⁶.

Segundo Tigre Maia, quanto ao art. 19, a objetividade jurídica imediata é a proteção dos interesses patrimoniais das instituições integrantes do sistema financeiro nacional e, por extensão, de seus investidores, poupadores, acionistas, etc. contra lesões potenciais originárias da obtenção fraudulenta de recursos a elas pertencentes. De maneira mediata pretende-se resguardar o interesse estatal na integridade e manutenção do próprio sistema e dos objetivos socioeconômicos por ele almejados através de suas políticas de fomento. Em relação ao artigo 20, o escopo é resguardar o interesse o interesse público prevalente na destinação dos recursos financeiros originários do erário governamental e assegurar que os beneficiários de tais recursos apliquem-nos na concretização das metas econômicas que presidiram sua concessão⁹⁵⁷.

Segundo Tórtima, a tutela jurídica imediata, no art. 19, é exercida sobre o patrimônio da própria instituição financeira, bem como a fé pública no mercado financeiro. De forma mediata, a proteção estende-se ao sistema financeiro nacional. Na figura legal do art. 20, tutela-se, diretamente, o patrimônio das instituições financeiras

⁹⁵³ PRADO, Luiz Regis. *Direito Penal Econômico: ordem econômica, relações de consumo, sistema financeiro, ordem tributária, sistema previdenciário, lavagem de capitais*, 2007, p. 238-242.

⁹⁵⁴ PRADO, Luiz Regis. *Direito Penal Econômico: ordem econômica, relações de consumo, sistema financeiro, ordem tributária, sistema previdenciário, lavagem de capitais*, 2007, p. 238-242.

⁹⁵⁵ PIMENTEL, Manoel Pedro. *Crimes contra o sistema financeiro nacional: comentários à Lei 7.492, de 16.6.86, 1987*, p. 144.

⁹⁵⁶ COSTA JR, Paulo José da; QUEIJO, Maria Elizabeth; MACHADO, Charles M. *Crimes do colarinho branco*. 2 ed. São Paulo: Saraiva. 2002, p. 122-127.

⁹⁵⁷ TIGRE MAIA, Rodolfo. *Dos crimes contra o sistema financeiro nacional*, 1999, p. 123-125.

oficiais, eventualmente ameaçado pela inescrupulosa utilização, por parte do agente, em atividade econômica diversa da prevista, dos recursos liberados a seu favor⁹⁵⁸

Para Baltazar Júnior, o art. 19 é “uma forma especial de estelionato, devendo prevalecer sobre este em caso de concurso aparente de normas”⁹⁵⁹. O bem jurídico é a própria credibilidade do mercado financeiro, além dos interesses patrimoniais das instituições financeiras e, mediadamente, de seus investidores, poupadores e acionistas⁹⁶⁰. Quanto ao art. 20, indica que a prática “consiste na obtenção de financiamento agrícola, industrial ou para outra finalidade especificada em lei ou contrato, seguida da aplicação em finalidade diversa daquela prevista na norma ou em instrumento contratual”⁹⁶¹. O bem jurídico-penal seria a higidez do sistema financeiro.

Baltazar Júnior, em relação ao artigo 20, ensina que, em relação os recursos devem ser provenientes de instituição financeira oficial, ou em caso de instituição financeira privada, que esta tenha agido como mera intermediária, repassando recursos de origem pública. Não haverá crime no desvio de finalidade de recursos de origem privada⁹⁶². Para a jurisprudência é suficiente a demonstração de que os valores não foram aplicados na destinação prevista, sendo desnecessário evidenciar o que efetivamente se fez com os valores desviados⁹⁶³.

Há, ainda, entendimento de que tais crimes (art. 19 e art. 20) tutelam meras funções de controle de informações, sem qualquer bem jurídico genuíno ou autêntico⁹⁶⁴.

Os delitos ora estudados, especialmente o artigo 19, assemelham-se ao delito de fraude de subvenções, previsto em outros ordenamentos, como é o caso da Alemanha⁹⁶⁵ e da Espanha⁹⁶⁶.

⁹⁵⁸ TORTIMA, José Carlos. *Crimes contra o sistema financeiro nacional: uma contribuição ao estudo da Lei 7492/86*, 2000, p. 132-135.

⁹⁵⁹ BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Crimes federais*, 2017, p. 688.

⁹⁶⁰ BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Crimes federais*, 2017, p. 688.

⁹⁶¹ BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Crimes federais*, 2017, p. 695.

⁹⁶² BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Crimes federais*, 2017, p. 696.

⁹⁶³ BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Crimes federais*, 2017, p. 696.

⁹⁶⁴ Assim: ALVES, Amanda Bastos. *Dos crimes contra o sistema financeiro nacional como expressão do Direito Penal simbólico no Brasil*. 2016. 235f. Dissertação (Mestrado em Direito). Belo Horizonte: Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito.

⁹⁶⁵ Na Alemanha, é um dos assuntos mais trabalhados por Tiedemann. Cf.: BATARRITA, Adela Asúa. Estafa común y fraude de subvenciones de la protección del patrimonio a la protección de la institución subvencional. In.: TIEDEMANN, Klaus; ZAPATERO, Luis Arroyo. *Hacia un Derecho Penal Económico europeo: jornadas en honor del profesor Klaus Tiedemann*, 1995, p. 125.

⁹⁶⁶ Para Martínez-Buján Pérez os crimes previstos na Alemanha e na Espanha diferem-se: “En efecto, a diferencia de lo que sucede en el Derecho Penal alemán (en el que este delito se tipifica como una modalidad defraudatoria específica, totalmente desgajada de los delitos fiscales, incluida en el mismo capítulo de la estafa y de la infidelidad patrimonial), en el Derecho español el fraude de subvenciones se ha venido incardinando desde su creación en el Título de los delitos contra la Hacienda pública”. Cf.:

Em relação ao ordenamento espanhol, Martínez-Buján Pérez, ensina que em matéria de bem jurídico-penal há dissonância na doutrina:

A mi juicio, un enfoque adecuado para exponer la compleja problemática generada en torno al bien jurídico de este delito exige, ante todo, partir del dato de su ubicación sistemática. Tal ubicación sistemática no puede ser desconocida y, de hecho, expresa una realidad que es indudablemente correcta, a saber, la idea de que las ayudas públicas representan instrumentos financieros de las Administraciones en su vertiente de gasto público. Así, el legislador penal, aporrado en la previsión del art. 31 de nuestra Constitución, tutela conjuntamente los dos criterios esenciales de la actividad financiera de los poderes públicos: de un lado, protege la obtención de recursos financieros mediante la creación de los delitos tributarios; de otro lado, tutela la asignación equitativa de los recursos obtenidos a través de los gastos pertinentes mediante la tipificación de los fraudes en la captación de subvenciones y de ayudas públicas⁹⁶⁷.

Ele afasta-se, ademais, do setor da doutrina espanhola que entende que o bem jurídico-penal é o patrimônio⁹⁶⁸, assim como Batarrita⁹⁶⁹.

MARTÍNEZ-BUJÁN PEREZ, Carlos. *Derecho Penal Económico y de la Empresa: Parte Especial*, 2005, p. 608. No ordenamento espanhol, assim dispõe o art. 308, do CP: Artículo 308. 1. El que obtenga subvenciones o ayudas de las Administraciones Públicas en una cantidad o por un valor superior a ciento veinte mil euros falseando las condiciones requeridas para su concesión u ocultando las que la hubiesen impedido será castigado con la pena de prisión de uno a cinco años y multa del tanto al séxtuplo de su importe salvo que lleve a cabo el reintegro a que se refiere el apartado 5 de este artículo. 2. Las mismas penas se impondrán al que, en el desarrollo de una actividad sufragada total o parcialmente con fondos de las Administraciones públicas los aplique en una cantidad superior a ciento veinte mil euros a fines distintos de aquéllos para los que la subvención o ayuda fue concedida salvo que lleve a cabo el reintegro a que se refiere el apartado 5 de este artículo. 3. Además de las penas señaladas, se impondrá al responsable la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del Derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante un período de tres a seis años. 4. Para la determinación de la cantidad defraudada se estará al año natural y deberá tratarse de subvenciones o ayudas obtenidas para el fomento de la misma actividad privada subvencionable, aunque procedan de distintas administraciones o entidades públicas. 5. Se entenderá realizado el reintegro al que se refieren los apartados 1 y 2 cuando por el perceptor de la subvención o ayuda se proceda a devolver las subvenciones o ayudas indebidamente percibidas o aplicadas, incrementadas en el interés de demora aplicable en materia de subvenciones desde el momento en que las percibió, y se lleve a cabo antes de que se haya notificado la iniciación de actuaciones de comprobación o control en relación con dichas subvenciones o ayudas o, en el caso de que tales actuaciones no se hubieran producido, antes de que el Ministerio Fiscal, el Abogado del Estado o el representante de la Administración autonómica o local de que se trate, interponga querrela o denuncia contra aquél dirigida o antes de que el Ministerio Fiscal o el Juez de Instrucción realicen actuaciones que le permitan tener conocimiento formal de la iniciación de diligencias. El reintegro impedirá que a dicho sujeto se le persiga por las posibles falsedades instrumentales que, exclusivamente en relación a la deuda objeto de regularización, el mismo pudiera haber cometido con carácter previo a la regularización de su situación. (...). Cf.: ESPAÑA. Código Penal y legislación complementaria. Edición actualizada a 14 de diciembre de 2017. Ministerio de Justicia: Boletín Oficial del Estado. Disponible em: <https://boe.es/legislacion/codigos/codigo.php?id=038_Codigo_Penal_y_legislacion_complementaria&modo=1>.

⁹⁶⁷ MARTÍNEZ-BUJÁN PEREZ, Carlos. *Derecho Penal Económico y de la Empresa: Parte Especial*, 2005, p. 608.

⁹⁶⁸ Para o autor: “En suma, sobre la base de este entendimiento del bien jurídico patrimonio, la tesis pluriofensiva no sólo no aportaría dato material alguno para la cabal comprensión del contenido de injusto del art. 308, sino que (adoptando el criterio jurídico-económico) se podría ver abocada a una exégesis tan

Os crimes do art. 19 e do art. 20 relacionam-se com políticas de crédito necessárias para o fomento das atividades econômicas, as quais são indispensáveis para o Estado e, principalmente, para outros agentes econômicos. Salienta-se, ainda, que isso ocorre em ambiente com arranjos fáticos que estão imersos nos efeitos da globalização, impondo a superação de suas próprias dificuldades regionais e locais.

Os recursos subsidiados compõem uma relevante frente de pulverização de recursos em diversos segmentos econômicos, a exemplo das atividades agrícolas, pecuárias, industriais, etc.⁹⁷⁰ Eles contam determinadas facilidades para os captadores, a exemplo de juros mais baixos e prazos de pagamentos diferenciados. No entanto, a expansão desenfreada de operações com recursos de tal natureza contribui para o aumento do endividamento interno e externo do país e pode, ainda, colaborar para a desaceleração econômica e para a restrição de investimentos a longo prazo. A retração de um único segmento econômico pode gerar efeitos em cascata, afetando áreas relevantes, como a de insumos e a de infraestrutura. Os principais efeitos afetam a competitividade da economia e obstaculizam iniciativas de retomada econômica⁹⁷¹.

Propõe-se a realização de novas interpretações para os tipos penais em exame⁹⁷², a fim de que estes possam ter aptidão para proteger o bem jurídico-penal a partir as circunstâncias fáticas específicas da sociedade pós-industrial.

sumamente restrictiva que paradójicamente dejaría fuera del ámbito delictivo conductas que aparecen inequívocamente incluídas en el tenor literal de la norma.' Cf.: MARTÍNEZ-BUJÁN PEREZ, Carlos. *Derecho Penal Económico y de la Empresa: Parte Especial*, 2005, p. 615.

⁹⁶⁹ BATARRITA, Adela Asúa. Estafa común y fraude de subvenciones de la protección del patrimonio a la protección de la institución subvencional. In.: TIEDEMANN, Klaus; ZAPATERO, Luis Arroyo. *Hacia un Derecho Penal Económico europeo: jornadas en honor del profesor Klaus Tiedemann*, 1995, p. 146-147.

⁹⁷⁰ O setor agrícola, por exemplo, exerce um papel fundamental na economia nacional e tem grande participação no PIB (Produto Interno Bruto) do país, tendo aptidão real para interferir em outros setores econômicos, de forma direta e/ou indireta, o que contempla, inclusive, a geração de trabalho e emprego. Há reflexos, ainda, nos sistemas de importação e de exportação de diversos segmentos.

⁹⁷¹ CRUZ, Paulo Roberto Davidoff Chagas. Notas sobre o financiamento de longo prazo na economia brasileira do pós-guerra. *Economia e Sociedade*, [S.l.], v. 3, n. 1, p. 66-81, out. 2016. ISSN 1982-3533. Disponível em: <<https://periodicos.sbu.unicamp.br/ojs/index.php/ecos/article/view/8643218/10766>>. Acesso em: 13 jan. 2018.

⁹⁷² Em relação às comunicações ao Ministério Público pelo BACEN, verifica-se que o crime do art. 19 é o de maior incidência, o que pode levar ao questionamento no sentido de que o delito não possui baixa ocorrência. Cf.: BRASIL. Banco Central do Brasil. *Crimes Financeiros - Comunicação ao Ministério Público - Capitulação Penal - Incidências Período: 1966 a Dezembro/2015*. Disponível em: <http://www.bcb.gov.br/Pre/crimes/Quadro_maiores_incidencias.pdf>. Acesso em 24 ago 2017. Entre 1986 a 2015 foram 2899 ocorrências.

8 CONCLUSÃO

1. O Direito Penal, que tem a feição equivalente ao modelo social em que está inserido, pode ser mais ou menos liberal; mais ou menos autoritário. O crime econômico acompanha as mais primitivas formas de trocas e a intervenção penal na atividade econômica não é exclusividade da sociedade atual, embora seja perceptível um aumento significativo da criminalização na esfera dos interesses econômicos.

2. O estudo sobre o atual modelo social demonstra que há um estado de crise e incerteza em relação à busca de fundamentos para a própria modernidade, o que influencia as crises de fundamentação epistemológica do Direito Penal. A globalização dirige ao Direito Penal demandas práticas acerca de uma abordagem que se faça eficiente sobre a criminalidade que lhe é própria. É nesse contexto que um segmento de autores, como Schünemann, aponta corretamente a necessidade de evidenciar a parcialidade do Direito Penal clássico (liberal).

3. O movimento do “Law and Economics” (AED) surge com a pretensão de explicar os institutos jurídicos a partir de uma dimensão econômica. Há relativo consenso de que teria se desenvolvido com maior intensidade sob os influxos acadêmicos da Escola de Chicago. Embora o traço mais marcante da AED tenha sido inicialmente a proposta de substituição do conceito de justiça pelo de eficiência econômica, tal perspectiva não tem sido mais comum a todos os partidários da AED. Modernamente, pergunta-se de que maneira os critérios econômicos podem auxiliar a construção do Direito e a presente tese parte de tal premissa.

4. No âmbito da AED há várias acepções de eficiência: a) critério de Pareto; b) critério de Kaldor Hicks; c) critério simplificado da maximização da riqueza de Posner; e, d) critério instrumental.

5. No ordenamento pátrio, o princípio da eficiência encontra guarida em nível constitucional e em outros ramos do Direito. O modelo de Estado adotado pela CRFB/88 não busca apenas assegurar as garantias individuais, mas também promover direitos sociais e coletivos. Para alcançar esse mister, o Estado precisa ser eficiente. Assim, as considerações de eficiência devem nortear, por imposição constitucional (art. 37), toda intervenção estatal e a mera inclusão do princípio da eficiência no texto da CRFB/88 não qualifica, por si só, qualquer atividade da Administração.

6. O Direito Penal orienta-se a determinados valores, notadamente à concretização da justiça, e a alguns objetivos. Portanto não está adstrito à realização pura e simples do princípio da eficiência. Nos dias atuais, acredita-se que a fundamentação epistemológica e crítica do Direito Penal pode se dar também a partir de um ponto de vista econômico.

7. A presente tese parte da perspectiva de que o princípio da eficiência deve ser estudado no âmbito do dever-ser. Pode-se dizer que o objetivo de aplicação da lei por parte do Estado é minimizar o dano social agregado da atividade criminal. O delito, segundo a AED, é um ato socialmente indesejado, ou seja, o crime é um ato ineficiente que causa desequilíbrios de mercado. Enquanto recurso teórico, o princípio da eficiência é capaz de contribuir para a racionalidade da incriminação, somando-se a outros conceitos importantes da teoria do delito, como o de bem jurídico-penal.

8. Propõe-se o aproveitamento do princípio da eficiência no âmbito das criminalizações primária e secundária: a) em relação à atividade do legislador penal, o princípio da eficiência pode contribuir para a seleção das condutas que justificam criminalização, pois todo o crime há de ser uma conduta ineficiente; e, b) quanto à atividade judicial, o juiz haverá de decidir os casos concretos com observância também do princípio da eficiência, o que pode significar inclusive corrigir a atuação do legislador.

9. A conciliação do princípio da eficiência com os princípios constitucionais penais ocorrem sob dois eixos. Sob o negativo ele pode: a) impedir a criação de tipos penais; e, b) excluir tipos penais já existentes. Sob o eixo positivo ele deve: a) permitir a criação de tipos penais; e, b) possibilitar a (re)interpretação dos tipos penais. Nas duas esferas, o princípio da eficiência poderá ser um recurso teórico de crítica doutrinária às atuações legislativa e judicial. A proposta orienta-se pela via metodológica de inclusão da obediência ao princípio da eficiência como um dos pressupostos da tipificação penal. A conduta criminosa, de um lado, gera benefícios para quem dela usufrui e, por outro, externaliza aos demais agentes os custos desse desequilíbrio e isso é mais visível na criminalidade econômica.

10. Atualmente, pode-se dizer que a intervenção penal na atividade econômica, no Brasil, faz-se, sobretudo, por meio de legislação extravagante. Dentre os mencionados diplomas legais deve-se referir: a) Lei 7.492, de 1986; b) Lei 8.137, de 1990; c) Lei 9.605, de 1998; d) Lei 9.613, de 1998; e, e) Lei 11.343, de 2006.

11. A tipicidade penal tem se ocupado da proteção de valores diversos, normalmente designados como bens jurídicos. A pergunta sobre o que o legislador pode e deve proibir aos seus cidadãos sob a ameaça de pena, está no centro do debate penal e o bem jurídico-penal ainda desperta acirrada controvérsia. Assim, há quem sustente a inutilidade do conceito de bem jurídico penal para fundamentar a incriminação e o próprio Direito Penal. Outro segmento relaciona-se ao Direito Penal da Prevenção e ao Direito Penal da Precaução, pelos quais, em geral, pretende-se a legitimar as figuras delitivas que protegem bens jurídicos coletivos mediante antecipação da proteção penal. Para outros autores, no entanto, o bem jurídico penal continua essencial para limitar e racionalizar a intervenção penal. Na presente tese, destaca-se a importância teórica do bem jurídico, que permanece como um indispensável elemento de limitação negativa.

12. Em relação à possibilidade (ou não) de a noção de ordem econômica ser um bem jurídico-penal, é possível superar os contornos formais que comumente lhe são atribuídos. Assim, é pertinente apreendê-la como o elo entre as relações de produção, circulação e distribuição de bens. Ao se adotar um conceito de patrimônio dinâmico, é permitido atribuir à ordem econômica uma projeção coletiva. É em tal perspectiva que se pode compreendê-la como um bem jurídico penal.

13. A integração do princípio da eficiência aos critérios que orientam a atividade de tipificação penal das condutas depende que se conheça o arcabouço teórico que fundamenta o conceito de tipo penal. Compreende-se o tipo penal consoante o conceito tripartite de crime. A despeito de sua evolução histórica, reconhece-se a necessidade de enriquecer o tipo objetivo consoante a proposta funcionalista de Roxin. A complexidade da sociedade pós-industrial, que entrelaça as próprias pautas punitivas encampadas pelo Direito Penal, demonstra que a normatização de inúmeros aspectos da vida humana é uma constante e não uma mera criação teórica ou acadêmica. Sendo assim, a proposta de cunho normativista acolhida não deve ser rechaçada, uma vez que ela pode contribuir para a conciliação entre o trabalho dogmático e a práxis, de forma conexas à realidade das coisas e com respeito aos limites naturais (ontológicos).

14. O tipo penal desempenha importantes funções dogmáticas, a exemplo das funções de garantia, selecionadora e motivadora. O estudo do tipo penal permite reconhecer uma dimensão material à tipicidade. Os tradicionais princípios da subsidiariedade (intervenção mínima) e da fragmentariedade da intervenção penal dizem diretamente respeito à tipicidade. Eles dirigem-se e condicionam a atividade

legislativa e remetem à ideia de eficiência, sendo possível neles identificar uma fundamentação econômica.

15. A tese propõe que o princípio da eficiência, atuando como um sobreprincípio, tenha uma função rearticuladora dos princípios constitucionais penais relacionados à intervenção penal. Além dos princípios da subsidiariedade e da fragmentariedade, o sobreprincípio da eficiência compreende também os princípios da adequação social e da insignificância, os quais, todavia, não têm permitido a função redutora do tipo.

16. A integração do princípio da eficiência à tipicidade penal implica, por um lado, num aumento das exigências para tipificação das condutas, o que significa incrementar seus pressupostos, ou seja, aumentar os obstáculos (primeiro objetivo). Por outro lado, sua inobservância pelo legislador deve conduzir o juiz a uma interpretação no sentido de entender inaplicáveis tais tipos penais aos casos concretos (segundo objetivo).

17. Em relação ao eixo negativo, a eficiência pode agregar à intervenção penal novos elementos, sendo apta: a) a impedir a criação de determinados tipos penais; e, b) a incrementar os obstáculos para a criação de tipos penais simbólicos, para aqueles que não protegem um bem jurídico e para os tipos emergenciais. Em relação ao eixo positivo, a eficiência pode subsidiar análises que possam: a) orientar a atuação do legislador na criação de tipos penais; e, b) a (re)interpretar tipos penais (segundo objetivo), tarefa a cargo dos juízes.

18. A Lei n. 7.492, de 1986, é apontada pela doutrina como um diploma imperfeito e precário, que possui um conteúdo nitidamente simbólico em muitos tipos penais. A redação defeituosa dos tipos é um dos fatores responsáveis pela baixa aptidão da lei para gerar os objetivos manifestos. Desde a época de sua edição até os dias atuais, a própria feição dos crimes contra o sistema financeiro nacional modificou-se bastante. São crimes transnacionais e há déficits de proteção em relação ao bem jurídico-penal envolvido, o qual é compreendido a partir de uma projeção coletiva, ou seja, como um valor indispensável para que o indivíduo realize seus propósitos em uma era marcada pelo processo de liquefação das relações sociais, políticas e econômicas. Em uma era marcada pela liquefação da própria gestão do capital.

19. A Lei n. 7.492, de 1986, foi escolhida para estudo em conformidade com a proposta da tese. A partir desse horizonte, é possível detalhar a contribuição do princípio da eficiência sob os eixos negativo e positivo.

20. Sob o eixo negativo, propõe-se que o referido recurso teórico seja: a) um filtro impeditivo de criação de tipos penais; e, b) um vetor para a exclusão de tipos penais. No primeiro objetivo, realça-se a sua atuação como um incremento aos obstáculos que impedem a incriminação de condutas de livre disposição patrimonial lícita ou que se refira ao exercício de alguma atividade econômica. No segundo objetivo, identifica-se a sua contribuição para a exclusão dos artigos 9º e 3º.

21. Sob o eixo positivo, propõe-se que o princípio da eficiência atue como: a) recurso teórico para a criação típica; e, b) um artifício para orientar a (re)interpretação das soluções típicas. Quanto ao primeiro objetivo, aponta-se a incriminação de utilização de informação privilegiada no âmbito do Sistema Financeiro que gere prejuízos econômicos para os agentes econômicos. Em relação ao segundo objetivo, propõe-se a (re)interpretação dos artigos 19 e 20.

REFERÊNCIAS

Documentos jurídicos

BRASIL. Banco Central do Brasil. *III Fórum sobre inclusão financeira*. Disponível em: <http://www.bcb.gov.br/pre/evnweb/atividade/21.11_Painel1_Mesa1_Fabio_Schiavinato_201201031343321980.pdf>. Acesso em: 30 jan 2017.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 20 jul. 2016.

BRASIL. Decreto-Lei nº 200, de 25 fev. 1967. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. *Diário Oficial [da República do Brasil]*, Brasília, Distrito Federal, 27 fev.1967, retificado em 8 mar. 1967, retificado em 30 mar. 1967 e retificado em 17 jul. 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0200.htm>. Acesso em 10 ago. 2016.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 dez. 1940. Código Penal. *Diário Oficial [da República do Brasil]*, Brasília, Distrito Federal, 31 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm#art49%C2%A71>. Acesso em 20 jul. 2016.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.914, de 9 de dez. 1941. Lei de introdução do Código Penal (decreto-lei n. 2.848, de 7-12-940) e da Lei das Contravenções Penais (decreto-lei n. 3.688, de 3 outubro de 1941). *Diário Oficial [da República do Brasil]*, Brasília, Distrito Federal, 9 dez. 1946. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3914.htm>. Acesso em 20 jul. 2016.

BRASIL. Exposição de motivos do Anteprojeto encaminhado ao Senado Federal. Disponível em: <http://livraria.senado.leg.br/e_CPC_2015>. Acesso em 10 ago. 2016.

BRASIL. Lei nº 7.492, de 16 jun. 1986. Define os crimes contra o sistema financeiro nacional, e dá outras providências. *Diário Oficial [da República do Brasil]*, Brasília,

Distrito Federal, 18 jun. 1986. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/17492.htm>. Acesso em 20 jul. 2016.

BRASIL. Lei nº 9.613, de 3 mar. 1998. Dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências. *Diário Oficial [da República do Brasil]*, Brasília, Distrito Federal, 4 mar. 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19613.htm>. Acesso em 20 jul. 2016.

BRASIL. Lei nº 9.784, de 29 jan. 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. *Diário Oficial [da República do Brasil]*, Brasília, Distrito Federal, 1 fev. 1999 e retificado em 11 mar. 1999. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm>. Acesso em 20 jul. 2016.

BRASIL. Lei 13.105, de 16 mar. 2015. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em 20 jul. 2016.

BRASIL. Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado. 1995. Acesso em 10 jul. 2016. Disponível em: <<http://www.bresserpereira.org.br/documents/mare/planodiretor/planodiretor.pdf>>.

BRASIL. Plano Nacional de Política Criminal e Penitenciária. 2015. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/cnppc-1/imagens-cnppc/plano-nacional-de-politica-criminal-e-penitenciaria-2015.pdf>>. Acesso em 31 jul. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Recurso Especial*. AgRg no REsp 1320020/RS, Rel. Ministro Campos Marques (Desembargador Convocado do TJ/PR), Rel. p/ Acórdão Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgamento em 16/04/2013, DJe 23/05/2013. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201200876683&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Mandado de Segurança*. MS 17.500-DF, Rel. Min. Benedito Gonçalves, julgamento em 9/12/2015, DJe 15/12/2015 (Informativo n. 575).

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial*. REsp 1.565.429-SE, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 24/11/2015, DJe 4/2/2016 (Informativo n. 576).

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade*. ADI 2.596, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 19-3-03, DJ de 2-5-03. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/listarProcesso.asp>>. Acesso em 21 ago. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus*. HC 133984/MG, rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 17.5.2016. Informativo 826, 2ª Turma. Disponível em: <www.stf.jus.br>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário*. RE 328.812-ED, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 6-3-08, DJE de 2-5-08. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/listarProcesso.asp>>. Acesso em 21 ago. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário*. RE 579951/RN, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 20.8.2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/listarProcesso.asp>>. Acesso em 21 ago. 2016.

ESPAÑA. Código Penal y legislación complementaria. Edición actualizada a 14 de diciembre de 2017. Ministerio de Justicia: Boletín Oficial del Estado. Disponível em: <https://boe.es/legislacion/codigos/codigo.php?id=038_Codigo_Penal_y_legislacion_complementaria&modo=1>.

Livros e artigos

ABADE, Denise Neves. Persecução penal contemporânea dos crimes de colarinho branco: os crimes contra o sistema financeiro nacional e a assistência legal internacional. In.: ROCHA, João Carlos de Carvalho (Coord.). *Crimes contra o sistema financeiro nacional: 20 anos de Lei n. 7.492/86*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

ABANTO VASQUEZ, Manuel A. Hacia un nuevo Derecho Penal de las empresas: más allá de solución penal y meramente administrativa del delito económico. In.: *Revista Penal*, Valencia, n. 21, p. 3-23., jan. 2008.

ADRIASOLA, Gabriel. Legitimidad de la intervención del Derecho Penal en la actividad económica. In.: RUBINSKA, Ramiro M; ALMENAR, Daniel Schurjin. *Derecho Penal Económico*. Madrid: Marcial Pons, 2010, p. 93-114.

AFTALION, Enrique R. *Derecho Penal Administrativo*. Buenos Aires: Arayú, 1955.

ALEMANY GARCÍA, Macario. *El concepto y la justificación del paternalismo*. Tesis. (Tesis doctoral). Orientadores: Dr. Manuel Atienza y Dr. Juan Ruiz Manero. Alicante: Universidad de Alicante, 2005.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5 ed. alemã. 2 ed. 4 tir. São Paulo: Editora Malheiros, 2015.

ALFONSO, Luciano Parejo. *Eficacia y administración: tres estudios*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 1995.

ALVES, Amanda Bastos. *Dos crimes contra o sistema financeiro nacional como expressão do Direito Penal simbólico no Brasil*. 2016. 235f. Dissertação (Mestrado em Direito). Belo Horizonte: Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito.

AMBOS, Kai. Bien jurídico y 'harm principle': bases teóricas para determinar la función global del Derecho Penal Internacional. In.: *Revista de Derecho Penal y Criminología de la UNED*. 3ª Época, n. 10 (julio de 2013). Madrid: Uned, 2013, p. 343-378.

ANITUA, Gabriel Ignácio. *Histórias dos pensamentos criminológicos*. Tradução Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan. Instituto Carioca de Criminologia, 2008.

ARAÚJO JÚNIOR, João Marcello de. *Dos crimes contra a ordem econômica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

ARZT, Gunther. Aprofundamento e particularidades. In.: ROXIN, Claus. *Introdução ao Direito Penal e ao Direito Processual*. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes; coord. e supervisor Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

ÁVILA, Humberto. Moralidade, razoabilidade e eficiência na atividade administrativa. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*. Salvador, Instituto de Direito Público da

Bahia, nº 4, outubro/novembro/dezembro, 2005. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em 01 jul 2016.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4 ed. rev. 3 tir. São Paulo: Editora Malheiros, 2005.

BACIGALUPO, Enrique. *Derecho Penal: Parte General*. 2 ed. Totalmente renovada y ampliada. Buenos Aires: Hammurabi, 1999.

BACIGALUPO, Enrique. *Derecho Penal Económico*. 1 ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2004.

BAJO-FERNÁNDEZ, Miguel; BACIGALUPO, Silvina. La delincuencia económica desde el punto de vista criminológico. In.: BAJO-FERNÁNDEZ, Miguel; BACIGALUPO, Silvina. *Derecho Penal Económico*. (Colección Ceura). Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S. A, 2001.

BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Crimes federais*. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014.

BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Crimes federais*. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BARATTA, Alessandro. *Criminología y sistema penal*. Colección Memoria Criminológica, vol. 1. Montevideo-Buenos Aires: Editorial BdF, 2004.

BARZOTTO, Luis Fernando. Razão de Lei: contribuição a uma teoria do princípio da legalidade. *Revista DireitoGV*, volume 3, 2007, p. 219-260.

BATARRITA, Adela Asúa. Estafa común y fraude de subvenciones de la protección del patrimonio a la protección de la institución subvencional. In.: TIEDEMANN, Klaus; ZAPATERO, Luis Arroyo. *Hacia un Derecho Penal Económico europeo: jornadas en honor del profesor Klaus Tiedemann*. Madrid: Boletín Oficial del Estado, 1995.

BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as consequências humanas*. Tradução Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1999.

BAUMAN, Zygmunt. *Legisladores e intérpretes: sobre modernidade, pós-modernidade e intelectuais*. Tradução Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.

BAUMAN, Zygmunt. *Medo líquido*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2008.

BAUMAN, Zygmunt. *Vida a crédito: conversas com Citlali Rovirosa-Madrado*. Tradução Alexandre Werneck. Rio de Janeiro, 2010.

BAUMAN, Zygmunt. *Vida líquida*. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2007.

BECK, Ulrich. *Risk society. Towards a new modernity*. Londres: Sage Publications, 1992.

BAYÓN MOHÍNO, Juan Carlos. Eficiencia e inalienabilidad. Edición digital a partir de *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Doxa, n. 15-16 (1994), p. 971-991.

BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*. Barcelona: Paidós, 1998.

BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. *Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna*. Tradução do inglês Maria Amélia Augusto. Oieras: Celta Editora, 2000.

BECKER, Gary. *Crime and punishment: an economic approach*. Journal of Political Economy, v. 76, n. 1, 1968, p. 69-217.

BERMEJO, Mateo G. *Prevención y castigo del blanqueo de capitales*. Una Aproximación desde el Análisis Económico del Derecho. 2009. Tesi. (Tesi doctoral UFP). Director de la tesi: Dr. Jesús-María Silva Sánchez. Madrid: Universitat Pompeu Fabra, 2009.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*, 1. 20. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Crimes contra a ordem tributária*. São Paulo: Saraiva, 2013.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Erro de tipo e erro de proibição: uma análise comparativa*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRANDÃO, Cláudio. *Teoria jurídica do crime*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

BRODT, Luis Augusto Sanzo. Bem jurídico e criminalidade econômica: uma abordagem sob a perspectiva pessoal do bem jurídico. In: *Criminalidade Econômica em Debate*. Organizador Luís Augusto Sanzo Brodt. Porto Alegre: Núria Fabris, 2018.

BUGARIN, Paulo Soares. O princípio constitucional da eficiência: Um enfoque doutrinário multidisciplinar. *Revista do TCU*. Brasília, v. 32, n. 87. jan/mar, 2001, p. 30-50.

BUSATO, Paulo César. *Direito Penal: parte geral*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan. (Coord.). *Pena y Estado*. Santiago: Editorial Jurídica Conosur, 1995.

BUSTOS-RAMÍREZ, Juan; HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Lecciones de Derecho Penal: teoría do delito, teoría del sujeto responsable y circunstancias del delito*. Volumen II. Madrid: Editorial Trota, 1999.

CALLEGARI, André Luís. *Gestão temerária e o risco permitido no Direito Penal*. Revista dos Tribunais, São Paulo: *Revista dos Tribunais*, v. 837, 2005, p. 409-416.

CALLEGARI, André Luís. *Lavagem de dinheiro*. São Paulo: Atlas, 2014.

CALSAMIGLIA, Albert. Eficiencia y Derecho. Edición digital a partir de *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 4, 1987, p. 267-287.

CALSAMIGLIA, Albert. Justicia, Eficiencia y Derecho. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n 1 (Septiembre-diciembre 1988), p. 305-335.

CALSAMIGLIA, Xavier. Racionalidad individual y colectiva: mecanismos jurídicos y económicos de articulación. Edición digital a partir de *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 13 (1993), p. 69-88.

CANCIO MELIÁ, Manuel. Algunas reflexiones sobre lo objetivo y lo subjetivo en la teoría de la imputación objetiva. In.: *El funcionalismo en Derecho Penal: libro*

homenaje al profesor Günther Jakobs. Tomo I. Bogotá: Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia, 2003.

CARVALHO, Érika Mendes de; ÁVILA, Gustavo Noronha de. Falsos bens jurídicos e política criminal de drogas: uma aproximação crítica. In: CARVALHO, Érika Mendes de; ÁVILA, Gustavo Noronha de. (Org.). *10 Anos da Lei de Drogas: aspectos criminológicos, dogmáticos e político-criminais*. 1ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016, v. 1, p. 631-659.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 24 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010.

CASTELLS, Manuel. *A era da informação: economia, sociedade e cultura*. Vol. 3. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. Volume I. Tradução de Roneide Venâncio Majer com a colaboração de Klaus Brandini Gerhardt. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. Volume I. 8 ed. Tradução de Roneide Venâncio Majer com a colaboração de Klaus Brandini Gerhardt. São Paulo: Paz e Terra, 2005.

CASTILHO, Ela Wiecko Wolkmer de. *O controle penal nos crimes contra o sistema financeiro nacional: lei n. 7.492, de 16/06/1986*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

CEREIJIDO, Juliano Henrique da Cruz. O princípio constitucional da eficiência na Administração Pública. In.: *Revista de Direito Administrativo*, n. 226, 2001, p. 231-241.

CEREZO MIR, José. Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del Derecho Penal del riesgo. In.: *Revista De Derecho Penal y Criminología*, 2ª Época, n.º 10 (2002), p. 47-72.

CEREZO MIR, José. *Derecho Penal: Parte General*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Lima (PE): Ara Editores, 2007.

COELHO, Cristiana de Oliveira. *O caráter científico da Análise Econômica do Direito: uma explicação de sua influência como doutrina jurídica*. 2008. 150f. Dissertação (Mestrado em Direito). Brasília: Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, p. 142.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito e Economia*. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Law and Economics*. 6th.ed. Boston: Pearson Series in Economics, 2012.

CORREIA, Eduardo. *Direito Criminal*. Volume I. Coimbra: Almedina, 1971.

COSTA, José da Fonseca. As noções jurídico-processuais de eficácia, efetividade e eficiência. In: *Revista de Processo*, n. 121. São Paulo: RT, 2005.

COSTA JR, Paulo José da; QUEIJO, Maria Elizabeth; MACHADO, Charles M. *Crimes do colarinho branco*. 2 ed. São Paulo: Saraiva. 2002.

COUTINHO, Clara; LISBÔA, Eliana. Sociedade da informação, do conhecimento e da aprendizagem: desafios para a educação no século XXI. *Revista de Educação*. Volume XVIII, n. 1. Lisboa: Revista do Departamento de Educação da Faculdade de Ciências da Universidade de Lisboa, 2011.

CRUZ, Paulo Roberto Davidoff Chagas. Notas sobre o financiamento de longo prazo na economia brasileira do após-guerra. *Economia e Sociedade*, [S.l.], v. 3, n. 1, p. 66-81, out. 2016. ISSN 1982-3533. Disponível em: <<https://periodicos.sbu.unicamp.br/ojs/index.php/ecos/article/view/8643218/10766>>. Acesso em: 13 jan. 2018.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. A previsão do princípio da eficiência no projeto do novo Código de Processo Civil brasileiro, In.: *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2014, n. 233, p. 69-74.

CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Curso de Direito Administrativo*. 11 ed. Bahia: Editora Juspodvium, 2012.

DALBORA, José Luiz Gusman. Estudio preliminar. In: BIRNBAUN, Johann M. Franz. *Sobre la necesidad de lesión de derechos para el concepto de delito*. Traducción directa del alemán y estudio preliminar por José Luiz Gusman Dalbora. Montevideo: BdF, 2010.

DE LA MALTA, Noberto J. Observaciones para una discusión sobre el concepto funcional de propiedad y patrimonio. In.: TIEDEMANN, Klaus; ZAPATERO, Luis Arroyo. *Hacia un Derecho Penal Económico europeo: jornadas en honor del profesor Klaus Tiedemann*. Madrid: Boletín Oficial del Estado, 1995.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal. Parte Geral. Questões fundamentais. A doutrina geral do crime*. Tomo I São Paulo: Revista dos Tribunais, Editora Coimbra: 2007.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 25 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012.

DIAS, Jorge Figueiredo. Direito Penal e Estado de Direito material. *Revista de Direito Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

DIDIÉRIE, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento I*. 17.ed.Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 2 ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2009.

DONNA Edgardo Alberto; BARBERO, Natalia. Prólogo. In.: GARCÍA FALCONÍ, Ramiro. *Derecho Penal Económico*. Tomo I. 1. Ed. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2012.

ESTELLITA, Heloisa; GRECO, Luís. Empresa, quadrilha (art. 288 do CP) e organização criminosa. Uma análise sob a luz do bem jurídico tutelado. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, São Paulo, v. 19, n. 91, p. 393-409., jul./ago. 2011. Disponível em: <http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=88490>. Acesso em: 17 dez. 2017.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FERNÁNDEZ, Miguel Bajo. Concepto y contenido del Derecho Penal Económico. In.: *Estudios de Derecho Penal Económico*. Caracas: Livrosca, 2002.

FERNÁNDEZ, Miguel Bajo. Derecho Penal Económico: desarrollo económico, protección penal y cuestiones político-criminales. In.: TIEDEMANN, Klaus; ZAPATERO, Luis Arroyo. *Hacia un Derecho Penal Económico europeo*: jornadas en honor del profesor Klaus Tiedemann. Madrid: Boletín Oficial del Estado, 1995.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*: teoria do garantismo penal. 3. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. Doce cuestiones en torno a “Principia iuris”. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*. n 1, septiembre 2011- febrero 2012, pp. 3-34.

FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y garantismo*. Madrid: Trotta, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. *La democracia a través de los Derechos*: el constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político. Madrid: Editorial Trotta, 2014.

FERRO, Ana Luiza Almeida. Sutherland: a teoria da associação diferencial e o crime de colarinho branco. *De jure*: Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, n. 11, p. 144-167, jul./dez. 2008.

FEUERBACH, Paul Anselm von. *Tratado de Derecho Penal*: común vigente em Alemania. Traducción al castellano de la 14. ed. alemana por Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeyer. Buenos Aires: Hammurabi, 2007.

FILIPPETTO, Rogério. *Lavagem de dinheiro*: crime econômico da pós-modernidade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FISCHER, Douglas. O custo social da criminalidade econômica. *Inovações no Direito Penal Econômico*: contribuições criminológicas, político criminais e dogmáticas. Organizador: Artur de Brito Gueiros Souza. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2011, p. 17-44.

FLORENZANO, Vincenzo D. *Sistema financeiro e responsabilidade social*: uma proposta de regulação fundada na teoria da justiça e na Análise Econômica do Direito. São Paulo: Texto Novo, 2004.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito Econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *O novo Direito Penal Tributário e Econômico*. 1966. Disponível em: <http://www.fragoso.com.br/cgi-bin/heleno_artigos/arquivo62.pdf>. Acesso em: 07 fev. 2017.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. Notas sobre a eficiência administrativa na Constituição Federal. In.: *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 30, p. 77-85, 2000.

GARCIA, Rogério Maia. A sociedade do risco e a (in)eficiência do Direito Penal na era da globalização. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 5, n. 17, p. 77-104., jan./mar. 2005.

GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho Penal Económico: Parte General*. Lima: ARA Editores, Universidad de Piura, 2003.

GARCÍA FALCONÍ, Ramiro. Nueva delincuencia y nuevos delincuentes. In.: GARCÍA FALCONÍ, Ramiro. *Derecho Penal Económico*. Tomo I. 1. Ed. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2012.

GARCÍA FALCONÍ, Ramiro. El bien jurídico y su recepción en el Derecho Penal. In.: GARCÍA FALCONÍ, Ramiro. *Derecho Penal*. Tomo I. 1. Ed. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2012.

GARLAND, David. *A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea*. Rio de Janeiro: Renan, 2008.

GIDDENS, Anthony; BECK, Ulrich; LASH, Scott. *Modernidade reflexiva*. Tradução de Magda Lopes. São Paulo: UNESP, 1997.

GOMES, Enéas Xavier. *Dolo sem vontade psicológica: perspectivas de aplicação no Brasil*. 2016. (Tese). (Doutorado em Direito). Belo Horizonte: Universidade Federal de Minas Gerais, 2016.

GOMES, Rodrigo Carneiro. *O crime organizado na visão da Convenção de Palermo*. 2ed. Belo Horizonte, Del Rey, 2009.

GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. *Exame necroscópico da lei do colarinho branco*. In.: ROCHA, João Carlos de Carvalho (coord). *Crimes contra o sistema financeiro nacional: 20 anos de Lei n. 7.492/86*, 2006, p. 1-15.

GRACÍA MARTIN, Luis. Derecho Penal de la globalización y de la Unión Europea. GARCÍA FALCONÍ, Ramiro. In.: *Derecho Penal Económico*. Tomo I. 1. Ed. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2012.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

GRECO, Luís. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

GUTIÉRREZ ZARZA, María Ángeles. Investigación y enjuiciamiento de los delitos de cuello blanco en el sistema judicial norteamericano. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, v. 50, único, p. 579-653., jan./dez. 1997.

HADDAD, Carlos Henrique Borlido; SILVA, Camila Alves. A aplicação dos institutos da Lei nº. 9.099/1995 aos crimes de bagatela. In.: *Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul - Ajuris*, volume 40, n. 130, Rio Grande do Sul: junho/2013, p. 174-175.

HASSEMER, Winfried. Derecho Penal simbólico y protección de bienes jurídicos. In.: BUSTOS RAMÍREZ, Juan. (Coord.). *Pena y Estado*. Santiago: Editorial Jurídica Conosur, 1995.

HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1989.

HASSEMER, Winfried. ¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico-penal? In.: *La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático?* Roland Hefendhel (Ed.). Madrid: Marcial Pons, 2007.

HASSEMER, Winfried. El fundamento del Derecho Penal Económico. *Revista de Derecho Penal*, Buenos Aires, n. 2, p. 119-135, 2013.

HAWKING, Stephen W. *Uma breve história do tempo*. Tradutor Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2015.

HEFENDEHL, Roland. Debe ocuparse el Derecho Penal de riesgos futuros? *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. Artículos. RECPC 04.14.2012, p. 3. Disponível em: <http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_04-14.pdf>. Acesso em 13 mar. 2014.

HEFENDHEL, Roland. Las jornadas desde la perspectiva de un partidario del bien jurídico. In.: *La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático?* Roland Hefendhel (Ed.). Madrid: Marcial Pons, 2007.

HIERRO, Liborio. *Justicia, igualdad y eficiencia*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002.

HRUSCHKA, Joachim. *La imputación ordinaria y extraordinaria en Pufendorf*. trad. de Nuria Pastor Muñoz. Cuadernos de conferencias y artículos n. 35. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2006.

JAKOBS, Günther. *A imputação objetiva no Direito Penal*. Tradução André Luís Callegari. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

JAKOBS, Günther. *Ação e omissão no Direito Penal*. Tradução de Mauricio Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003.

JAKOBS, Günther. ¿Qué protege el Derecho Penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma? In.: *El funcionalismo en Derecho Penal: libro homenaje al profesor Günther Jakobs*. Tomo I. Bogotá: Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia, 2003.

JAKOBS, Günther. *Fundamentos do Direito Penal*. Tradução André Luís Callegari; colaboração Lúcia Kalil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

JAKOBS, Günther. *Sociedade, norma e pessoa: teoria de um Direito Penal funcional*. Tradução de Mauricio Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003.

JAKOBS, Günther. *Tratado de Direito Penal: teoria do injusto e culpabilidade*. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes e Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

JIMÉNEZ, Joan J. Queralt. La corrupción en los negocios: algunas cuestiones penales. In.: CONDE PUMPIDO, Tourón. (Director). *Derecho Penal Económico*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2003.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 8 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

KALIL, José Arthur Di Spirito. *A informação ao consumidor e o Direito Penal: um estudo sobre a legitimidade da intervenção penal nas relações de consumo*. 2011. (Tese). (Doutorado). Belo Horizonte: Universidade Federal de Minas Gerais, 2016.

LARA, Fabiano Teodoro de Rezende. *A Análise Econômica do Direito como método e disciplina*. Revista da Associação Mineira de Direito e Economia, v. 1, p. 004, 2009.

LOPES, Luciano Santos. *A relação entre tipo legal de crime e a ilicitude: uma análise do tipo total de injusto*. Tese (doutorado). 237f. Belo Horizonte: Universidade de Minas Gerais, Faculdade de Direito, 2010.

LOPES, Mônica Sette. O realismo jurídico: o discurso jurídico e a apreensão da realidade. In.: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, v. 45, 2004, p. 297-340.

LUIZI, Luiz. *O tipo penal, a teoria finalista e a nova legislação penal*. Porto Alegre: Fabris, 1987.

LYNETT, Eduardo Montealegre. Estudio introductorio a la obra de Günther Jakobs. In.: *El funcionalismo en Derecho Penal: libro homenaje al profesor Günther Jakobs*. Tomo I. Bogotá: Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia, 2003.

LYRA, Roberto. *Criminalidade econômico-financeira*. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

LYOTARD, Jean-François. *A condição pós-moderna*. Rio de Janeiro, José Olympio Editora, 2002.

MACKAAY, Ejan. History of Law and Economics. *Encyclopedia of Law and Economics*, vol. I Bouckaert and de Gheest, Eds., 2000, p. 65-117.

MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise Econômica do Direito*. Tradução Rachel Sztanj. Editora Atlas, 2015.

MARQUES, Daniela de Freitas. *Elementos subjetivos do injusto*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

MARQUES, Daniela de Freitas. *Sistema jurídico penal: do perigo proibido e risco permitido*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2008.

MARTÍNEZ-BUJÁN PEREZ, Carlos. *Derecho Penal Económico y de la Empresa: Parte Especial*. 2 ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005.

MARTINS, Fernando Rodrigues. *Controle do patrimônio público: comentários à lei de improbidade administrativa*. 4 ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MATHIS, Klaus. Consequentialism in Law. In.: *Efficiency, Sustainability, and Justice to Future Generations*. Springer Netherlands, Dordrecht. Series: Law and Philosophy Library, Volume 98. Disponível em: <https://www.unilu.ch/fileadmin/fakultaeten/rf/mathis/Dok/6_Mathis_Consequentialism_in_Law.pdf>. Acesso em 13 set. 2016.

MAURACH, Reinhart. *Tratado de Derecho Penal*. Prólogo de Octavio Pérez-Vitoria Moreno. Traducción y notas de Derecho Español por Juan Córdoba Roda. Barcelona: Ediciones Ariel, 1962.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo moderno*. 7 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. 34 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 27 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2010.

MENDES, Gilmar. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012.

MERCADO PACHECO, Pedro. *El Análisis Económico del Derecho: una reconstrucción teórica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994.

MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven. *Economics and the Law. From Posner to Post-Modernism and Beyond*. New Jersey: Princeton University, 1999.

MERKEL, Adolf. *Derecho Penal*. Tomo I. Madrid: La España Moderna, 1906.

MEZGER, Edmund. *Derecho Penal: Parte General*. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1958.

MEZGER, Edmund. *Tratado de Derecho Penal*. Trad. José Arthur Rodrigues Muñoz y Francisco Muñoz Conde. Buenos Aires: Hammurabi, v.1, 2010.

MILL, John Stuart. *Utilitarianism, Liberty and Representative Government*. Part II: On Liberty. Londres: Dent, 1859, Reimpreso en 1954.

MIR PUIG, Santiago. *Estado, pena y delito*. Colección: Maestros del Derecho Penal, n. 21. Montevideo-Buenos Aires: Editorial BdeF, 2006.

MIR PUIG, Santiago. Significado y alcance de la imputación objetiva en Derecho Penal. In.: *Nuevas formulaciones en las Ciencias Penales*. Homenaje a Claus Roxin. Córdoba: Marcos Lerner Editora Córdoba, 2001.

MOCCIA, Sergio. De la tutela de bienes a la tutela de funciones. In.: SILVA SÁNCHEZ, JESÚS-MARÍA, Jesús María. (Org.) *Política criminal y nuevo Derecho Penal*. Barcelona: Bosch Editor, 1997.

MOCCIA, Sérgio. *El Derecho Penal entre o ser y o valor: función de la pena y sistemática teleológica*. Tradução Antonio Bonanno. Buenos Aires: IBDF, 2008.

MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal: Parte General*. 8 edición, revisada y puesta al día. València: Tirant lo Blanch Libros, 2010.

MONTERO SOLER, Alberto; TORRES LÓPEZ, Juan. *La economía del delito y de las penas: Un análisis crítico*. Editorial Comares, Granada, 1998.

MORENO, Octavio Pérez-Vitoria. Prólogo. In.: MAURACH, Reinhart. *Tratado de Derecho Penal*. Prólogo de Octavio Pérez-Vitoria Moreno. Traducción y notas de Derecho Español por Juan Córdoba Roda. Barcelona: Ediciones Ariel, 1962.

NEGRÃO, Ricardo. *Manual de Direito Comercial e de Empresa*. Volume 2: títulos de crédito e contratos empresariais 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. 7 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2015.

NÚÑEZ FERNÁNDEZ, José. Algunos aspectos conceptuales y políticos de la criminalidad de cuello blanco. *Cuadernos de política criminal*, Madrid, n. 71, p. 523-535, 2000.

NUSDEO, Fábio. *Curso de Economia: introdução ao Direito Econômico*. 4 ed. rev. atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

OCDE. Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico. *Knowledge Management in the Learning Society*. Paris: OCDE.

OLIVERCRONA, Karl. *Lenguaje jurídico y realidad*. Buenos Aires: Distribuições Fontamara, 1992.

ORTIZ DE URBINA, Íñigo. Análisis Económico del Derecho y Política Criminal. *Revista de Derecho Penal y Criminología*. 2ª Época, Diciembre de 2004, Nº Extraordinario 2, p. 31-72.

ORTIZ DE URBINA, Íñigo. Análisis económico y delito: lo que hay y lo que puede haber. In.: *Economía industrial*, n. 398: Análisis Económico del Derecho, p. 55-64. Madrid: Ministerio de Industria, Energía y Turismo, 2015, p. 55-64.

OST, François. *O tempo do direito*. Tradução: Maria Fernanda Oliveira. São Paulo: Instituto Piaget, 1999.

PACELLI, Eugênio. *Manual de Direito Penal: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2015.

PÁDUA, Renata Rodrigues de. *Dos crimes contra o sistema financeiro nacional: a responsabilidade penal dos administradores de cooperativas de crédito*. 2012. 163f.

Dissertação (Mestrado em Direito). Belo Horizonte: Universidade de Minas Gerais, Faculdade de Direito.

PAUL, Wolf. Macrocriminalidad ecológica y Derecho Penal simbólico: una investigación iusfilosófica en el sistema de la organizada irresponsabilidad. *In.*: BUSTOS RAMÍREZ, Juan. (Coord.). *Pena y Estado*, 1995.

PELLICER, Esther Gispert. La Mod a tecnológica en la educación: peligros de un espejismo. *In*: Pixel-Bit. Revista de Medios y Educación, (nº9Junho), 81- 92. Disponível em: Depósito de Investigación Univerdidad de Sevilha. <<https://idus.us.es/xmlui/handle/11441/45460>>. Acesso em 13 jul. 2017.

PIMENTEL, Manoel Pedro. *Crimes contra o sistema financeiro nacional*: comentários à Lei 7.492, de 16.6.86. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987.

PIMENTEL, Manoel Pedro. *Direito Penal Econômico*. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1973.

POSNER, Richard A. *A Economia da Justiça*. Tradução Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

POSNER, Richard A. *Economic Analysis of Law*. 4 ed. Canada: Little, Brown and Company, 1992.

POSNER, Richard. Utilitarianism Economics, and Legal Theory. *Journal of Legal Studies*, VIII (1), 1979.

POSNER, Richard. *The Problems of Jurisprudence*. Harvard University Press, 1990.

PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

PRADO, Luiz Regis Prado. *Direito Penal do Ambiente*: meio ambiente, patrimônio cultural, ordenação do território, biossegurança (com a análise da Lei 11.105/2005) . São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

PRADO, Luiz Regis. *Direito Penal Econômico*: ordem econômica, relações de consumo, sistema financeiro, ordem tributária, sistema previdenciário, lavagem de capitais. 2 ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

- REALE JÚNIOR, Miguel. *Antijuridicidade concreta*. São Paulo: Bushatsky, 1974.
- REGO, Bruno Paulo Castendo. *Risco e cosmopolitismo: ambiente, modernidade e Europa no pensamento de Ulrich Beck*. 2008. 148f. Dissertação (Mestrado em Filosofia da Natureza e do Ambiente). Universidade de Lisboa. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10451/1730>>. Acesso em 09 jun. 2014.
- RIPOLLÉS, José Díez. *La racionalidad de las leyes penales*. Madrid: Editorial Trota, 2013.
- ROCHA, Leonel Severo. Tempo e Constituição. *Revista Direitos Culturais*, v.1, n.1, dez. 2006, p. 177-199.
- RODRIGUES, Filipe Azevedo. *Análise econômica da expansão do Direito Penal*. 2013. 194f. Dissertação. (Mestrado em Direito). Natal: Universidade do Rio Grande do Norte, Faculdade de Direito, 2013.
- RODRIGUES, Filipe Azevedo. *Análise econômica da expansão do Direito Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2014.
- RODRIGUÉZ, Luís Ramón Ruiz. Limitaciones técnicas, jurídicas e ideológicas para el conocimiento y sanción de la criminalidad económica. In.: CARO CORIA, Dino Carlos (Director). *Anuario de Derecho Penal Económico y de la Empresa*. Lima: Centro de Estudios de Derecho Penal Económico y de la Empresa (CEDPE), 2012.
- ROJAS, Ricardo Manuel. Un acercamiento al Análisis Económico del Derecho Penal Económico. In.: RUBINSKA, Ramiro M; ALMENAR, Daniel Schurjin. *Derecho Penal Económico*. Madrid: Marcial Pons, 2010.
- ROMEO CASABONA, Carlos María. Aportaciones del principio de precaución al Derecho Penal. In.: *Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho Penal y en la Criminología*. UNED, Madrid, 2001.
- ROSS, Alf. *Sobre el Derecho y la Justicia*. Buenos Aires: Editorial Universitaria, 1997.
- ROXIN, Claus. *A Proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*. Org. e trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Traducción de la 2 edición alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Pena, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997.

ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General. Tomo II. Especiales formas de aparición del delito*. Traducción de la 1ª edición alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Pena (Director), José Manuel Paredes Castañón, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 2014.

ROXIN, Claus. *Estudos de Direito Penal*. 2. ed. Tradução Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

ROXIN, Claus. *Introdução ao Direito Penal e ao Direito Processual*. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes; coord. e supervisor Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

ROXIN, Claus. ¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho Penal? In.: *La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático?* Roland Hefendhel (Ed.). Madrid: Marcial Pons, 2007.

ROXIN, Claus. Injerencia e imputación objetiva. In.: *Nuevas formulaciones en las Ciencias Penales*. Homenaje a Claus Roxin, 2001.

ROXIN, Claus. *Política Criminal e sistema jurídico penal*. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro/São Paulo: Editora Renovar, 2000.

ROXIN, Claus. Contribuição para a crítica da teoria finalista da ação. In: *Problemas fundamentais de Direito Penal*. Trad. Ana Paula dos Santos e Luis Natscheradetz. Lisboa: Vega, 1998.

ROXIN, Claus. *Teoría del tipo penal: tipos abiertos y elementos del deber jurídico*. Versión castellana del Prof. Dr. Enrique Bacigalupo. Buenos Aires: Ediciones Del Palma, 1979.

SANCINETTI, Marcelo A. *Fundamentación subjetiva del ilícito y desistimiento de la tentativa. Una investigación sobre la fundamentación del ilícito en Jakobs*. Bogotá: Temis, 1995.

SANTANA, Selma Pereira de. A tensão dialética entre os ideais de garantia, eficiência e funcionalidade. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 13, n. 52, p. 250-275., jan./fev. 2005.

SANTIAGO, Silvino. Pós-fácio. In.: LYOTARD, Jean-François. *A condição pós-moderna*, 2002.

SANTOS, Alvacir Correa dos. *Princípio da eficiência da Administração Pública*. São Paulo: LTR, 2003.

SANTOS, Cláudia Maria Cruz. *O crime de colarinho branco (da origem do conceito e sua relevância criminológica à questão da desigualdade na Administração da justiça penal)*. Universidade de Coimbra, Boletim da Faculdade de Direito. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: parte geral I*. 6. ed., ampl. e atual. Curitiba: ICPC Cursos e Edições, 2014.

SCARANCE FERNANDES, Antonio. Reflexões sobre as noções de eficiência e de garantismo no Processo Penal. *Sigilo no Processo Penal: eficiência e garantismo*. (Vários). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

SCHAEFER, Gilberto José; SHIKIDA, Pery Franciso Assis. Economia do crime: elementos teóricos, evidências empíricas. *Análise econômica*. Ano 18, n. 33, março, 2000. Porto Alegre, Faculdade de Ciências Econômicas, UFRGS, 2000.

SCHÜNEMANN, Bernd. Del Derecho Penal de la clase baja al Derecho Penal de la clase alta. In.: GARCÍA FALCONÍ, Ramiro. *Derecho Penal Económico*. Tomo I. 1. Ed. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2012.

SCHÜNEMANN, Bernd. El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y de su interpretación. In.: *La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático?* Roland Hefendhel (Ed.). Madrid: Marcial Pons, 2007.

SCHÜNEMANN, Bernd. ¿Ofrece la reforma del Derecho Penal Económico Alemán un modelo o un escarmiento?. Tradução María Teresa Rodríguez Montañés). In. Jornadas sobre la Reforma del Derecho penal en Alemania. Madrid: CGPJ, 1991, p. 31-44, *apud*

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Eficiencia y Derecho Penal*. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1996, Fascículo I, pp. 93-127.

SEN, Amartya. *Sobre Ética e Economia*. Tradução: Laura Teixeira Mota. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

SEN, Amartya. The Discipline of Cost-Benefit Analysis. In: *Journal of Legal Studies*, n. 29, 2000, p. 931-952. Disponível em: < <http://dash.harvard.edu/handle/1/3444801>> Acesso em 25 jul 2017.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Tradução: Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Eficiencia y Derecho Penal*. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1996, Fascículo I, pp. 93-127.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Eficiência e Direito Penal*. Trad. Maurício Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2004.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del Derecho Penal*. 2 ed. Madrid: Editora Civitas, 2001.

SOUZA, Valéria Padovani de; SANTOS, Juarez Cirino dos; Universidade Federal do Paraná. Setor de Ciências Jurídicas. Programa de Pós-Graduação em Direito. *Imputação objetiva na obra de Claus Roxin e sua aplicação no Direito Penal brasileiro*. Defesa: Curitiba, 2006. Biblioteca Digital da UFPR. Disponível em <<http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/handle/1884/3044>>. Acesso em 29 mai. 2017.

STELZER, Joana; GONÇALVES, Everton das Neves. Análise Econômica do Direito: uma inovadora teoria geral do direito. In.: OLIVEIRA, Amanda Flavio de (coord). *Direito Econômico: evolução e institutos*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

STOCK, Bárbara Sordi. Eficiência do Processo Penal: uma breve leitura a partir da dicotomia tempo das relações sociais e tempo do direito. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 5, n. 18, p. 203-207., abr./jun. 2005.

STRATENWERTH, Günter. La criminalización en los delitos contra bienes jurídicos colectivos. In.: *La teoría del bien jurídico*. Roland Hefendehl, Andrew Von Hirsch y Wolfgang Wohlers (Eds.). Madrid: Marcial Pons, 2007.

STRATENWERTH, Günter. *Derecho Penal: Parte General. El hecho punible*. Tomo I. Trad. Manuel Cancio Meliá e Marcelo A. Sancinetti. Madrid: Thomson-Civitas, 2005.

STRECK, Lênio. *Hermenêutica jurídica em crise*. 7. ed. revista e atualizada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SUTHERLAND, Edwin H; CRESSEY, Donald R. *Princípios de Criminologia*. Tradução de Asdrúbal Mendes Gonçalves. São Paulo: Livraria Martins, 1949.

TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 2. ed. rev. ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

TAVARES, Juarez. *Teorias do delito: variações e tendências*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980.

TERRADILLOS BASOCO, Juan María. Derecho Penal, sistema económico y empresa. In.: GARCÍA FALCONÍ, Ramiro. *Derecho Penal Económico*. Tomo I. 1. Ed. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2012.

TERRADILLOS BASOCO, Juan. Delitos relativos a la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente. In.: TERRADILLOS BASOCO, Juan (Ed.) *Derecho Penal del Medio Ambiente*. Madrid: Editorial Trota, 2007.

TERRADILLOS BASOCO, Juan. Función simbólica y objeto de protección del Derecho Penal. In.: BUSTOS RAMÍREZ, Juan. (Coord.). *Pena y Estado*. Santiago: Editorial Jurídica Conosur, 1995, p. 9-22.

TIEDEMANN, Klaus. Apresentação crítica. In: ARAÚJO JÚNIOR, João Marcello de. *Dos crimes contra a ordem econômica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

TIEDEMANN, Klaus. *Derecho Penal Económico: introducción y parte geral*. San José: Grijley, 2009.

TIEDEMANN, Klaus. *Derecho Penal y nuevas formas de criminalidad*. San José: Grijley, 2007.

TIEDEMANN, Klaus. La criminalidad económica como objeto de investigación. *Cuadernos de Política Criminal*. Instituto Universitario de Criminología: Edersa, n. 19, 1983 *apud* NEVES, Eduardo Viana Portela. A atualidade de Edwin H. Sutherland. In. *Inovações no Direito Penal Econômico: contribuições criminológicas, político criminais e dogmáticas* / Organizador: Artur de Brito Gueiros Souza – Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2011.

TIEDEMANN, Klaus. *Lecciones de Derecho Penal Económico* (comunitario, español, Alemán). Barcelona: PPU, 1993.

TIGRE MAIA, Rodolfo. *Dos crimes contra o sistema financeiro nacional*. 1 ed. 2 tir. São Paulo: Malheiros, 1999.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de Direito Penal: de acordo com a Lei n. 7.209, de 11-7-1984 e com a Constituição de 1988*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

TORTIMA, José Carlos. *Crimes contra o sistema financeiro nacional: uma contribuição ao estudo da Lei 7492/86*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

VARGAS, José Cirilo de. *Do tipo penal*. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

VAZ, Paulo Afonso Brum. *Juizado Especial Federal: contributo para um modelo democrático de justiça conciliativa*. 363 f. Tese (Doutorado em Direito). Universidade do Vale do Rio dos Sinos, 2015.

VERDÚ, Pablo Lucas. *O sentimento constitucional: aproximações ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política*. Tradução de Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

VON LISZT, Franz. *Tratado de Direito Penal alemão. Tomo II*. Trad. da última edição e com. por José H. D. Pereira. Rio de Janeiro: F. Briguiet & C. Editores, 1899.

VON LISZT, Franz. *Tratado de Direito Penal alemão. Tomo I*. Trad. José Higino. Atualização Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russerl, 2003.

VON HIRSCH, Andrew. El concepto de bien jurídico y el ‘principio del daño’. In.: “In.: *La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático?* Roland Hefendhel (Ed.). Madrid: Marcial Pons, 2007.

WEDY, Miguel Tedesco. Eficiência, garantias e justiça no Processo Penal. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 12, n. 52, p. 163-186., jan./mar. 2014.

WELZEL, Hans. *Derecho Penal alemán*. Trad. Juan Bustos Ramírez *et al.* Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1976.

WELZEL, Hans. El problema de la validez del Derecho. In: RODRÍGUEZ PANIAGUA, José Maria (org). *Derecho injusto y Derecho nulo*. Madrid: Aguilar, 1971.

WELZEL, Hans. La dogmática en el Derecho Penal. In.: *Estudios de Filosofía del Derecho y Derecho Penal*. Colección: Maestros del Derecho Penal, n. 14. Montevideo-Buenos Aires: Editorial BdeF, 2006.

WELZEL, Hans. La teoría de la acción finalista y el delito culposo. In.: *Estudios de Filosofía del Derecho y Derecho Penal*. Colección: Maestros del Derecho Penal, n. 14. Montevideo-Buenos Aires: Editorial BdeF, 2006.

WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista*. Tradução, prefácio e notas de Luiz Regis Prado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

WOHLERS, Wolfgang. Las jornadas desde la perspectiva de um escéptico del bien jurídico. In.: *La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático?* Roland Hefendhel(Ed.). Madrid: Marcial Pons, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho Penal: Parte General*. 2 ed. Buenos Aires: Ediar, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no Direito Penal*. 2. ed. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2007.

ZINI, Júlio César Faria. Apontamentos sobre o Direito Penal Econômico e suas especificidades. In.: *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, n. 60, Belo Horizonte, jan./jun. 2012, p. 147-207.