

**UNIVERSIDADE ESTADUAL PAULISTA “JÚLIO DE MESQUITA FILHO”
FACULDADE DE CIÊNCIAS HUMANAS E SOCIAIS**

SABRINA SANTOS MACEDO

**TUTELA JURÍDICA DAS INFRAÇÕES À ORDEM ECONÔMICA: ENTRAVES
SOBRE A LEGITIMIDADE DO DIREITO PENAL E DIREITO ADMINISTRATIVO
SANCIONADOR**

FRANCA

2023

SABRINA SANTOS MACEDO

**TUTELA JURÍDICA DAS INFRAÇÕES À ORDEM ECONÔMICA: ENTRAVES
SOBRE A LEGITIMIDADE DO DIREITO PENAL E DIREITO ADMINISTRATIVO
SANCIONADOR**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao
Curso de Direito da Faculdade de Ciências
Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista
“Júlio de Mesquita Filho” como requisito parcial
para obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Área de concentração: Direito Penal Econômico

Orientador: Prof. Dr. Fernando Andrade Fernandes

FRANCA

2023

M141t	Macedo, Sabrina Santos Tutela jurídica das infrações à ordem econômica: : entraves sobre a legitimidade do Direito Penal e Direito Administrativo Sancionador / Sabrina Santos Macedo. -- Franca, 2023 67 p. Trabalho de conclusão de curso (Bacharelado - Direito) - Universidade Estadual Paulista (Unesp), Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Franca Orientador: Fernando Andrade Fernandes 1. Infrações à ordem econômica. 2. Direito Penal Econômico. 3. Direito Administrativo Sancionador. 4. Legitimidade. I. Título.
-------	---

Sistema de geração automática de fichas catalográficas da Unesp. Biblioteca da Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Franca. Dados fornecidos pelo autor(a).

Essa ficha não pode ser modificada.

SABRINA SANTOS MACEDO

**TUTELA JURÍDICA DAS INFRAÇÕES À ORDEM ECONÔMICA: ENTRAVES
SOBRE A LEGITIMIDADE DO DIREITO PENAL E DIREITO ADMINISTRATIVO
SANCIONADOR**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito da Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” como requisito parcial para obtenção do Título de Bacharel em Direito. Área de concentração: Direito Penal Econômico.

BANCA EXAMINADORA

Presidente: _____

Prof. Dr. Fernando Andrade Fernandes

1º Examinador: _____

Profª. Ms. Mariana Delgado Britez

2º Examinador: _____

Prof. Ms. Giuseppe Cammilleri Falco

Franca/SP, 23 de novembro de 2023.

*A Bartolomeu, Romeu e Alita por me ensinarem que o amor está no
apreciar dos momentos mais singelos.*

AGRADECIMENTOS

Gostaria de agradecer, primeiramente, aos meus pais, Andréa Macedo e Vinícius Macedo, por todo amor, incentivo, e por nunca terem poupado esforços para que eu tivesse a oportunidade e o privilégio de cursar minha graduação na Universidade Pública. Agradeço também minhas avós, Maria Bonfim e Anna Macedo, por acreditarem em mim e por todo apoio, que sem o qual eu não teria chegado até aqui.

Ao meu irmão, Arthur Macedo, por ser meu exemplo de autenticidade, resiliência e sabedoria. Obrigada por me inspirar.

À família que escolhi, meus amigos, que foram e são meu porto seguro. Amanda Carvalho e Beatriz Vieira, obrigada por verem e acreditarem na minha essência não importa quanto o tempo passe. Maria Eduarda Martins e Camila Matias, obrigada por serem o melhor presente que pude receber nessa passagem pela Universidade. Murilo e Thiago Marangoni, obrigada por compartilharem comigo as infinitas gargalhadas e por não me abandonarem em meus momentos mais desafiadores.

Ao meu Professor-Orientador Fernando Andrade Fernandes, por ter conseguido despertar meu interesse pelo Direito Penal Econômico e por aceitar ser meu orientador. Sobretudo, serei eternamente grata por ter acreditado em mim e na minha capacidade quando eu mesma não acreditava.

Por fim, agradeço à EJUR por ter me apresentados amigos que levo em meu coração, por ter me desafiado de inúmeras formas que me fez crescer pessoal e profissionalmente e, ainda, por ter me permitido experienciar a prática na área que pretendo seguir juridicamente.

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo analisar a atual sistemática de regulação das infrações à ordem econômica, através dos discursos legitimadores da tutela jurídica a partir da perspectiva do Direito Penal e do Direito Administrativo Sancionador. Para tanto, parte-se de uma análise sociológica e jurídica, amparada por pesquisa bibliográfica, sobre as consequências da pós-modernidade no Direito Penal; concepções dogmática e criminológica dos delitos econômicos; surgimento do Direito Penal Econômico e o modo de construção do tipo penal; e a aplicação do Direito Administrativo Sancionador como alternativa à proteção penal nas infrações de caráter econômico. Ademais, o método de abordagem dedutiva orienta a construção lógica deste trabalho, demonstrando a estrita relação entre a sociedade de risco e a expansão jurídico-penal e, como consequência, a disseminação do discurso de descriminalização de determinadas condutas em nome da aplicação do Direito Administrativo Sancionador.

Palavras-chave: Ordem econômica – Infrações econômicas – Legitimidade – Direito Penal Econômico – Direito Administrativo Sancionador.

ABSTRACT

The aim of this paper is to analyze the current system for regulating violations of the economic order, through the discourses that legitimize legal protection from the perspective of Criminal Law and Administrative Sanctions Law. To this end, we begin with a sociological and legal analysis, supported by bibliographical research, on the consequences of post-modernity on Criminal Law; dogmatic and criminological conceptions of economic crimes; the emergence of Economic Criminal Law and the way in which the criminal type is constructed; and the application of Administrative Sanctioning Law as an alternative to criminal protection in economic offenses. In addition, the deductive approach method guides the logical construction of this work, demonstrating the strict relationship between the risk society and legal-penal expansion and, as a consequence, the dissemination of the discourse of decriminalization of certain conducts in the name of the application of Administrative Sanctioning Law.

Keywords: Economic order - Economic offenses - Legitimacy - Economic Criminal Law - Administrative Sanctioning Law.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	11
2. OBJETIVO	12
2.1. Objetivo Geral	12
2.2. Objetivos Específicos.....	12
2.3. Problematização.....	12
3. MÉTODOS E MATERIAL	13
4. ORDEM ECONÔMICA	14
4.1. Compreensão da ordem econômica sob a perspectiva jurídica	14
4.2. Constituição Política e Constituição Econômica.....	15
4.3. Ordem econômica no ordenamento jurídico brasileiro	19
4.3.1. Nas Constituições brasileiras.....	19
4.3.2. Legislações especiais.....	22
5. DIREITO PENAL ECONÔMICO	27
5.1. Conceito de Direito Penal Econômico.....	27
5.2. Bem jurídico tutelado: ordem econômica	29
5.3. Delitos Econômicos.....	32
5.3.1. Concepção criminológica	32
5.3.2. Perspectiva dogmática	36
5.4. Construção do tipo penal	38
5.4.1. Crimes de perigo.....	38
5.4.2. Tipos penais abertos	41
5.4.3. Normas penais em branco.....	42
5.4.4. Elementos normativos do tipo	45
6. LEGITIMIDADE DA TUTELA JURÍDICA DAS INFRAÇÕES À ORDEM ECONÔMICA	48
6.1. Expansão jurídico-criminal frente ao discurso legitimador do Direito Administrativo Sancionador.....	48
6.2. Aplicação concomitante do Direito Criminal e Direito Administrativo Sancionador: configuração de <i>bis in idem</i> ?	56
7. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	61
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	62

1. INTRODUÇÃO

A configuração da sociedade contemporânea compreende características, até então, nunca experimentadas na história da civilização. Em virtude da globalização, a dinâmica das relações sociais e econômicas foram marcadas por um alto nível de complexidade, de forma que, além de se disseminar os avanços tecnológicos com o objetivo de promover o bem-estar individual, prolifera-se os riscos desencadeados por tais progressos.

Os reflexos das intensas transformações acabam por afetar o Direito, como produto social. Como forma de atender as novas demandas sociais, o sistema jurídico contemporâneo depara-se com um paradoxo: proteger os indivíduos dos novos riscos e manter-se alinhado aos seus princípios fundamentais.

Ante às novas necessidades sociais, é inevitável a presença do Direito Criminal como instrumento de proteção dos interesses que passam a ser considerados relevantes. Para se adequar à sociedade de riscos, o sistema jurídico-penal ampliou seu espaço de atuação, passando a tutelar novos bens jurídicos, flexibilizando suas regras de imputação e relativizando seus princípios político-criminais de garantia (SÁNCHEZ, 2002, p. 21).

Essa tendência expansionista do Direito Penal abrangeu interesses tradicionalmente tutelados por outros âmbitos jurídicos, como por exemplo, a ordem econômica. Neste sentido, a criminalização de novas condutas que poderiam afetar a convivência pacífica da sociedade pós-industrial foi reconhecida como fenômeno da administrativização do Direito Penal.

Como consequência das manifestações deste “novo” Direito Penal, surgiu o Direito Penal Econômico, ao qual cumpre tutelar os interesses que fogem da atuação estatal, a fim de combater a criminalidade econômica.

Entretanto, a expansão do Direito Criminal provoca amplas discussões acerca de sua legitimidade, as quais estão longe de chegar a um consenso. Como alternativa à ampliação da tutela jurídico-penal, parte da doutrina defende a descriminalização das condutas delitivas econômicas, as quais deveriam se sujeitar à proteção do Direito Administrativo Sancionador.

Em meio ao cenário de intersecção entre o Direito Penal Econômico e o Direito Administrativo Sancionador na regulação das infrações à ordem econômica, este trabalho busca analisar os limites de atuação dos respectivos sistemas jurídicos na tutela da ordem econômica.

2. OBJETIVO

2.1. Objetivo Geral

Este Trabalho de Conclusão de Curso tem como objetivo o estudo dos limites entre o Direito Criminal e o Direito Administrativo Sancionador, mais especificamente, na intersecção apresentada por ambos sistemas jurídicos no que tange à regulação das infrações à ordem econômica. Diante da tendência mundial de resistência à expansão da tutela jurídico-criminal, objetiva-se analisar os desdobramentos da tutela jurídica das infrações econômicas no contexto de administrativização do Direito Criminal.

2.2. Objetivos específicos

- a) Compreender a ordem econômica como bem jurídico de caráter supraindividual e como esteve prevista no ordenamento jurídico brasileiro ao longo dos anos;
- b) Analisar o Direito Penal Econômico como um ramo do Direito Penal, que, no entanto, detém características singulares na construção do tipo penal;
- c) Analisar a questão da legitimidade que envolve a tutela jurídica das infrações contra a ordem econômica no contexto da administrativização do Direito Penal.

2.3. Problematização

- a) As práticas criminosas contra a ordem econômica dispensam a tutela jurídico-penal em virtude da subsidiariedade do Direito Penal?
- b) Seria legítima a aplicação do Direito Administrativo Sancionador nos crimes contra a ordem econômica?

3. MÉTODOS E MATERIAL

Tendo em vista o estudo analítico deste trabalho, a fundamentação teórica está embasada na pesquisa bibliográfica de materiais publicados sobre: (a) constitucionalismo econômico e os limites à intervenção estatal no livre mercado; (b) consequências da pós-modernidade na tipificação dos crimes; (c) concepções dogmática e criminológica dos delitos econômicos; (d) elementos do Direito Penal Econômico e o modo de construção do tipo penal; (e) diferença entre ilícitos administrativo e penal; (f) descriminalização dos delitos econômicos e administrativização do Direito Penal; e (g) aplicação do Direito Administrativo Sancionador nas infrações econômicas.

No que tange aos materiais que foram utilizados informa-se a legislação brasileira, doutrinas disponibilizadas na Biblioteca Virtual da Unesp, monografias, dissertações e artigos científicos acessados por meio das plataformas Google Acadêmico, SciELO, DEDALUS USP, ATHENA - Tesouro da UNESP e Sistema de Bibliotecas da FGV, assim como conteúdos disponibilizados em sítios eletrônicos.

Adotou-se o método de abordagem dedutivo, partindo-se dos conceitos e premissas relacionados à ordem econômica, à bem juridicamente tutelado, à sociedade do risco, ao Direito Penal Econômico, ao processo de elaboração das normas incriminadoras e ao Direito Administrativo, a fim de verificar a legitimidade penal na tutela dos ilícitos contra a ordem econômica.

4. ORDEM ECONÔMICA

Previamente à abordagem sobre a ordem econômica como bem juridicamente tutelado, faz-se imprescindível tecer algumas considerações doutrinárias a respeito do conceito de ordem econômica, bem como a relação entre política e economia.

4.1. Compreensão da ordem econômica sob a perspectiva jurídica

Em que pese o debate envolvendo o conceito de ordem econômica não seja atual, a análise deste se faz indispensável para a compreensão deste trabalho.

A partir do século XX, sobretudo após a Constituição de Weimar, de 1919, o termo “ordem econômica” passou a integrar o mundo jurídico, sendo um indicativo do caráter social atribuído ao capitalismo com o surgimento do Estado Social de Direito.

A discussão acerca da expressão “ordem econômica” decorre da polissemia que a acompanha. Nos dizeres de Vital Moreira (1973, p. 67 *apud* GRAU, 2010, p. 64), a expressão pode assumir três distintas conotações:

Em um primeiro sentido, “ordem econômica” é o modo de ser empírico de uma determinada economia concreta; a expressão, aqui, é termo de um conceito de fato e não de um conceito normativo ou de valor (é conceito do mundo do ser, portanto); o que caracteriza é a circunstância de referir-se não a um conjunto de regras ou normas reguladoras de relações sociais, mas sim a uma relação entre fenômenos econômicos e materiais, ou seja, relação entre fatores econômicos concretos; conceito do mundo do ser, exprime a realidade de uma inerente articulação.

Em um segundo sentido, “ordem econômica” é expressão que designa o conjunto de todas as normas (ou regras de conduta), qualquer que seja a sua natureza (jurídica, religiosa, moral, etc), que respeitam à regulação do comportamento dos sujeitos econômicos; é o sistema normativo (no sentido sociológico) da ação econômica.

Em um terceiro, “ordem econômica” significa ordem jurídica da economia.

De forma sintetizada, a primeira conotação atribuída à ordem econômica refere-se ao modo empírico que caracteriza a relação entre os fatores econômicos; a segunda conotação, por sua vez, tem a ordem econômica a partir de uma perspectiva sociológica, como sendo o sistema estabelecido para a ação econômica; e por fim, há a perspectiva jurídica do termo.

Para Max Weber (2009, p. 209), no entanto, a ordem jurídica se opõe à ordem econômica:

É evidente que os dois modos de consideração se propõem problemas totalmente heterogêneos, que seus “objetos” não podem entrar imediatamente em contato, e que a “ordem jurídica” ideal da teoria do direito não tem diretamente nada a ver com o cosmos das ações econômicas efetivas, uma vez que ambos se encontram em planos diferentes: a primeira, no plano ideal de vigência pretendida; o segundo, no dos acontecimentos reais.

Muito embora a ordem jurídica esteja no plano do *dever ser* e a ordem econômica no plano do *ser*, o autor alemão defende que, em uma possível relação entre as esferas, a ordem jurídica passa a ser compreendida no sentido sociológico, pois “não significa um cosmos de normas interpretáveis como logicamente ‘corretas’, mas um complexo de motivos efetivos que determinam as ações humanas reais” (WEBER, 2009, p. 210).

De certo modo, as considerações de Max Weber se fazem presentes na interpretação do artigo 170, da Constituição Federal de 1988, que dispõe sobre a ordem econômica:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios [...] (BRASIL, 1998).

Isto porque, dado o contexto jurídico da Constituição, espera-se que os preceitos nela inseridos reflitam uma conotação normativa, ou seja, do plano do *dever ser*. Contudo, conforme transcrição acima, o artigo em questão indica o modo de *ser* das relações econômicas brasileiras. De forma que, assim como defendido por Weber, quando da relação entre o jurídico e econômico, a ordem jurídica passa a pertencer ao mundo empírico.

Tal diferença conotativa pode ser melhor compreendida ao comparar o texto da Constituição Federal brasileira com conteúdo normativo expresso na Constituição de Weimar. O artigo 151 da referida Constituição Alemã dispõe que a organização da vida econômica deve observar os princípios da justiça e ter como objeto a garantia de uma existência digna. Nota-se, portanto, que o emprego do verbo “dever” utilizado na referida Constituição apresenta a ordem econômica a partir da conotação normativa, ao passo que o artigo 170 da Constituição Federal Brasileira supracitado dispõe a ordem econômica sob o viés sociológico, isto é, empírico.

Para fins deste trabalho, a ordem econômica será considerada como uma parcela da ordem jurídica, assim como esta compreende a ordem pública, privada e social. Sob tal ponto de vista, portanto, a ordem econômica compreende um sistema de princípios e regras jurídicas que se destinam à regulação da atividade econômica (GRAU, 2010, p. 58).

4.2. Constituição Política e Constituição Econômica

Em consonância com a concepção jurídica da ordem econômica, nas certas palavras de André Ramos Tavares (2006, p. 69), “é preciso reconhecer que a economia apresenta uma conotação política indelével”. Assim, é inegável o reflexo político na economia

de um país. Neste sentido, o autor conclui que a “economia política, pois, seria a expressão da atividade do Estado no campo econômico”.

A fim de demonstrar a relação entre política e economia, será sucintamente analisada a evolução histórica político-constitucional à luz do contexto econômico.

A partir do final do século XVIII, nos moldes do constitucionalismo clássico, a Constituição surgiu da necessidade de regular o poder estatal e proteger os direitos individuais. Deste modo, até o século XIX, as Constituições, como Lei Fundamental do Estado, refletiam o liberalismo político e econômico. Nos dizeres de Raul Machado Horta (1997, p. 7):

O primeiro se confundia com as liberdades e as garantias individuais, instrumentos de resistência e da limitação do Poder, para preservar a indevassável autonomia individual, e o liberalismo econômico repelia a presença do Estado na atividade econômica, que deveria expandir-se na livre concorrência do mercado.

Os textos constitucionais que definem o constitucionalismo clássico são a Constituição norte-americana de 1787 e as Constituições francesas do período revolucionário. Em ambas as Cartas Políticas não há previsão de regras acerca do funcionamento da atividade econômica.

Nota-se que, embora a Constituição do Estado liberal não contemplasse dispositivos normativos explícitos a respeito da ordem econômica, esta fazia-se presente de modo implícito, conforme a realidade liberal pautada na ingerência do Estado na economia. Assim, “bastava o que definido, constitucionalmente, em relação à propriedade privada e à liberdade contratual” (GRAU, 2010, p. 73) para que a Carta Política ditasse de modo abstrato o funcionamento da ordem econômica liberal.

Contudo, a partir do século XX, mais especificamente após a Primeira Guerra Mundial (1914-1918), com o agravamento dos problemas sociais em decorrência das transformações econômica, política e social, tornou-se de suma importância institucionalizar os direitos humanos de segunda geração, que compreendem os direitos econômicos, sociais e culturais, no texto constitucional a fim de que estes gozassem da mesma proteção assegurada aos direitos individuais (PINTO; VIVA, 2012, p. 2).

Com o declínio do liberalismo político e econômico, advém o Estado Social de Direito. Este, por sua vez, não representa uma ruptura por completo do liberalismo. De acordo com o explicitado por Baldan (2009, p. 88):

O caráter liberal Do Estado Social de Direito se manifesta na possibilidade de uma transformação da política estatal pela via democrática, respeitando a economia de mercado capitalista e o direito de propriedade sobre os bens de produção.

Diante de um neocapitalismo, o Estado Social de Direito

[...] responsabiliza a Administração pública pela tarefa de proporcionar à generalidade dos cidadãos as prestações necessárias e os serviços públicos adequados ao pleno desenvolvimento de sua personalidade, reconhecida não somente através das liberdades tradicionais, mas também, a partir da consagração constitucional dos direitos fundamentais de caráter econômico, social e cultural (BALDAN, 2009, p. 89).

A transição do Estado liberal para o Estado Social de Direito ocorreu de forma gradativa como resultado da incorporação da ordem econômica aos textos constitucionais. O constitucionalismo moderno, portanto, tem como uma de suas principais características “a conformação consciente e sistemática da ordem econômica por meio de uma decisão política” (TAVARES, 2006, p. 71) após a Primeira Guerra Mundial, “quando se perdeu a confiança na autorregulação econômica do mercado” (TAVARES, 2006, p. 72).

A integração da ordem econômica à dimensão jurídica constitucional resulta no surgimento da Constituição Econômica, que consiste na previsão de “regras e princípios jurídicos voltados para a disciplina das relações entre Estado e agentes econômicos” (PINTO; VIVA, 2012, p. 5), com a finalidade de conferir a segurança jurídica às múltiplas relações existentes no mercado globalizado.

Como marco histórico de tal fenômeno, tem-se a Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição Alemã de 1919.

A Constituição Mexicana de 1917, nas palavras de Raul Machado Horta (1991, p. 7), é considerada “como a primeira Constituição Político-Social do mundo”, uma vez que contém disposições acerca do trabalho, da previdência social e da propriedade, de forma a submeter “a propriedade privada às limitações decorrentes do interesse público” (HORTA, 1991, p. 7).

Por sua vez, a Constituição Alemã de 1919 inseriu o Estado como agente limitador da livre iniciativa e da liberdade econômica à luz dos princípios da justiça e da dignidade humana. A Constituição de Weimar, como é conhecida, tornou-se um modelo constitucional que exerceu influência direta, por exemplo, na elaboração da Constituição Brasileira de 1934 (HORTA, 1991, p. 8).

Com o objetivo de “suavizar as injustiças e opressões econômicas e sociais que se desenvolveram à sombra do liberalismo” (SILVA, 2019, p. 801), o intervencionismo estatal na ordem econômica opera em nome da justiça social, definindo regras para o exercício da

livre iniciativa e, conseqüentemente, da livre concorrência, a fim de reprimir os abusos ao poder econômico por parte dos agentes de mercado.

Todavia, conforme crítica tecida por José Afonso da Silva (2019, p. 803),

Assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, não será tarefa fácil num sistema de base capitalista e, pois, essencialmente individualista. É que a justiça social só se realiza mediante distribuição da riqueza. Um regime de acumulação ou de concentração do capital e da renda nacional, que resulta da apropriação privada dos meios de produção, não propicia efetiva justiça social, porque nele sempre se manifesta grande diversidade de classe social, com amplas camadas de população carente ao lado de minoria afortunada. A história mostra que a injustiça é inerente ao modo de produção capitalista, mormente do capitalismo periférico.

Como reflexo da ineficácia do Estado Social de Direito, o Estado Democrático de Direito advém com o intuito de superar o neocapitalismo, inaugurando o constitucionalismo contemporâneo.

Tendo em vista o objetivo a ser alcançado, o jurista Gaspar Ariño Ortiz (1999, p. 36 *apud* BALDAN, 2009, p. 90) descreve o Estado Democrático de Direito como modelo em que

[...] os abismos sociais devem ser eliminados e as desigualdades sociais corrigidas. Proclama-se o dever dos poderes públicos de promover as condições para que a liberdade e a igualdade sejam reais e efetivas. A imagem abstrata do homem livre e igual é substituída pela do homem condicionado e desigual. Significa uma real presença e participação dos cidadãos através de suas entidades representativas (entidades sociais e políticas) nos centros de decisão governamental e administrativo.

A democratização econômico-social tem como norte a dignidade da pessoa humana, de modo que a atividade econômica deve ser direcionada para a realização dos cidadãos em todos os seus aspectos, inclusive em seu aspecto econômico. Entretanto, a mera previsão de uma Constituição Econômica na Carta Política de um Estado “não tem um significado substancial, já que [...] não garante a efetividade daquele fim” (SILVA, 2019, p. 802).

Perante a insuficiência do Estado liberal e a ineficiência do Estado Social, pode-se concluir, portanto, que o êxito do Estado Democrático de Direito em sua tentativa de promover uma ordem na vida social e econômica, deve ser por meio, senão, da instrumentalização da ordem econômica por meio de políticas pública, ou seja, por meio da intervenção estatal (GRAU, 2010, p. 72).

4.3. Ordem econômica no ordenamento jurídico brasileiro

4.3.1. Nas Constituições brasileiras

A primeira Constituição brasileira a prever expressamente normas de caráter econômico foi a Carta de 1891, que consagrou o regime republicano federativo. Neste texto constitucional, houve a incorporação de elementos do liberalismo, política econômica predominante na época.

Em observância ao contexto político-econômico, a lei tinha como principal função garantir a liberdade do mercado sem intervenção por parte do Estado. Desta forma, a Constituição se ocupou em delimitar as competências administrativas no processo econômico, bem como em assegurar o direito de propriedade, juntamente com demais direitos individuais, conforme redação do artigo 72, *caput*:

A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade nos seguintes termos: [...] (BRASIL, 1891).

O panorama político e econômico tomou novos rumos com o advento da Primeira Guerra Mundial (1914-1918). Como consequência do período bélico, o mundo sentia os efeitos da crise global de 1929. Ainda, internamente, o Brasil passava pela Revolução de 1930, marco importante para o desenvolvimento da legislação econômica. Nas palavras de Édson Luís Baldan (2009, p. 44), “o período de 1930 a 1934, pós-revolucionário, é apontado como um dos mais férteis da legislação econômica”, isto porque a Carta de 1934 incorporou em seu texto a Constituição Econômica, com tendência estatizante e regulamentadora.

Em contraponto ao texto constitucional anterior, a Constituição de 1934, que inaugurou a Era Vargas, tratava expressamente de uma ordem econômica alinhada a objetivos sociais, no Título IV, intitulado “Da Ordem Econômica e Social”. Conforme redação do artigo 115, *caput*:

A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos existência digna. Dentro desses limites, é garantida a liberdade econômica (BRASIL, 1934).

Outrossim, a Carta atribuía função fiscalizadora ao Estado por meio do parágrafo único, do artigo 115, ao prever que “Os Poderes Públicos verificarão, periodicamente, o padrão de vida nas várias regiões do País” (BRASIL, 1934). Além de admitir o monopólio estatal de acordo com a redação do artigo 116:

Por motivo de interesse público e autorizada em lei especial, a União poderá monopolizar determinada indústria ou atividade econômica, asseguradas as

indenizações, devidas, conforme o artigo n. 112, nº 17, e ressalvados os serviços municipalizados ou de competência dos Poderes locais (BRASIL, 1934).

Posteriormente, embora inserida no contexto totalitário do Estado Novo, a Constituição outorgada em 1937 não substituiu o modelo econômico liberal. Sob o título “Da Ordem Econômica”, a Lei Maior proclamou um rigoroso intervencionismo estatal na economia expresso no em seu artigo 135, que estatuiu:

Art. 135. Na iniciativa individual, no poder de criação, de organização e de invenção do indivíduo, exercido nos limites do bem público, funda-se a riqueza e a prosperidade nacional. A intervenção do Estado no domínio econômico só se legitima para suprir as deficiências da iniciativa individual e coordenar os fatores da produção, de maneira a evitar ou resolver os seus conflitos e introduzir no jogo das competições individuais o pensamento dos interesses da Nação, representados pelo Estado. A intervenção no domínio econômico poderá ser mediata e imediata, revestindo a forma do controle, do estímulo ou da gestão direta (BRASIL, 1937).

Juntamente com as normas de caráter econômico, o trabalho foi inserido como um “dever social”, sendo responsabilidade do Estado protegê-lo, consoante redação do artigo 136:

Art. 136. O trabalho é um dever social. O trabalho intelectual, técnico e manual tem direito a proteção e solicitude especiais do Estado. A todos é garantido o direito de subsistir mediante o seu trabalho honesto e este, como meio de subsistência do indivíduo, constitui um bem que é dever do Estado proteger, assegurando-lhe condições favoráveis e meios de defesa (BRASIL, 1937).

Visando um equilíbrio em relação ao espírito radical da Carta anterior, a Constituição de 1946, no Título V, referente à “Ordem Econômica e Social”, conferiu à ordem econômica um viés conciliador entre a liberdade de iniciativa e a valorização do trabalho humano no *caput* de seu artigo 145, além de prever o trabalho como uma obrigação social no parágrafo único:

Art 145. A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da justiça social, conciliando a liberdade de iniciativa com a valorização do trabalho humano.

Parágrafo único. A todos é assegurado trabalho que possibilite existência digna. O trabalho é obrigação social. (BRASIL, 1946)

Em observância ao estabelecido no texto constitucional precedente, a Lei Maior de 1946 também dispôs no artigo 146 a intervenção estatal na econômica, mediante lei especial e com vistas ao interesse público e limitada aos direitos fundamentais constitucionalmente garantidos.

Além de tratar sobre organização da ordem econômica e reconhecer o intervencionismo estatal, a Carta de 1946 versou, pela primeira vez, acerca da repressão ao abuso do poder econômico, em seu artigo 148, cuja redação é a seguinte:

Art. 148. A lei reprimirá toda e qualquer forma de abuso do poder econômico, inclusive as uniões ou agrupamentos de empresas individuais ou sociais, seja qual

for a sua natureza, que tenham por fim dominar os mercados nacionais, eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros (BRASIL, 1946).

No que tange à Constituição de 1967, esta encontrava-se repleta de “intenções e formulações [liberais], como reação contra as tendências socializantes agravadas entre 1961 e 1964” (BUESCU, 1986, p. 169). Os elementos da política econômica do Estado encontravam-se dispostos no Título III, “Da Ordem Econômica e Social”.

Logo no primeiro artigo do mencionado Título, estão previstos os princípios da ordem econômica nacional, nos seguintes termos:

Art 157. A ordem econômica tem por fim realizar a justiça social, com base nos seguintes princípios:
 I - liberdade de iniciativa;
 II - valorização do trabalho como condição da dignidade humana;
 III - função social da propriedade;
 IV - harmonia e solidariedade entre os fatores de produção;
 V - desenvolvimento econômico;
 VI - repressão ao abuso do poder econômico, caracterizado pelo domínio dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros (BRASIL, 1967).

No parágrafo 8º, do artigo transcrito supra, tratou-se a respeito do intervencionismo, sendo facultado ao Estado:

§8 – [...] a intervenção no domínio econômico e o monopólio de determinada indústria ou atividade, mediante lei da União, quando indispensável por motivos de segurança nacional, ou para organizar setor que não possa ser desenvolvido com eficiência no regime de competição e de liberdade de iniciativa, assegurados os direitos e garantias individuais (BRASIL, 1967).

Como pode-se observar, a ingerência estatal na economia não mais se pautava sob a justificativa do interesse público, ressaltando-se a livre concorrência e a liberdade de iniciativa. Posicionamento este que perdurou após a Emenda Constitucional de 1969.

A Carta democrática de 1988, por sua vez, inovou ao desassociar a Ordem Econômica e Financeira, reservada ao Título VII, da Ordem Social, disposta no Título VIII.

O Título VII da Constituição Federal de 1988 está sistematizado em quatro capítulos, sendo que o enfoque deste trabalho será o Capítulo I, “Dos Princípios Gerais da Atividade Econômica”.

A Constituição Econômica contida no texto constitucional vigente estabelece no artigo 170 os ditames da ordem econômica e os princípios que devem ser observados no exercício da atividade econômica,

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:
 I - soberania nacional;
 II - propriedade privada;
 III - função social da propriedade;

- IV - livre concorrência;
- V - defesa do consumidor;
- VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;
- VII - redução das desigualdades regionais e sociais;
- VIII - busca do pleno emprego;
- IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País (BRASIL, 1988).

Apesar do texto constitucional consagrar o modelo econômico capitalista, representado sobretudo pelos princípios da livre concorrência, livre iniciativa e propriedade privada, o caráter social que impera no Estado Democrático de Direito submete o *modus operandi* da ordem econômica à valorização do trabalho humano e à função social da propriedade.

Ademais, a Carta Política de 1988, seguindo o modelo da Constituição de 1946, tratou especificamente em seu artigo 173, §4º, sobre a repressão ao abuso do poder econômico que tenha como objetivo a dominação dos mercados, a eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

Por fim, o artigo 174, caput, da Constituição Federal de 1988, atribuiu ao Estado a função de agente normativo e regulador, ficando a cargo daquele o dever de fiscalizar, incentivar e planejar atividade econômica.

4.3.2. Legislações especiais

Após traçado o histórico da ordem econômica no ambiente constitucional brasileiro, abordar-se-á a seguir alguns aspectos do panorama histórico da ordem econômica nas legislações especiais.

As primeiras disposições legais a preverem explicitamente matéria econômica com caráter intervencionista surgiram na década de 1930, durante o governo de Getúlio Vargas. A primeira que merece destaque é o Decreto-Lei 869/1938.

Considerada a primeira lei antitruste do Brasil, o Decreto-Lei 869/1938 foi inspirado no projeto de Código Penal argentino, nas propostas da Comissão de reforma do Direito Penal na Alemanha, bem como na jurisprudência e legislação norte-americanas (GUZZO, 2013, p. 86).

Nitidamente uma norma de caráter econômico-penal, o Decreto-Lei em questão preocupou-se em definir, nos incisos dos artigos 2º e 3º, as condutas consideradas crimes

contra a economia popular, bem como delimitou as penas a serem aplicadas, com vistas a regulamentar o art. 141 da Constituição Federal de 1937, que diz:

Art. 141. A lei fomentará a economia popular, assegurando-lhe garantias especiais. Os crimes contra a economia popular são equiparados aos crimes contra o Estado, devendo a lei cominar-lhes penas graves e prescrever-lhes processos e julgamentos adequados à sua pronta e segura punição (BRASIL, 1937).

Ainda sobre a norma em questão, Forgioni (2005, p. 114 *apud* GUZZO, 2013, p. 88) faz a seguinte consideração:

Ao mesmo tempo, o art. 141 do texto constitucional brasileiro de 1937 colocava como princípio, a proteção à economia popular. Regulamentado o referido dispositivo, veio o Decreto-lei 869, de 18 de novembro de 1937, nitidamente, em muitos de seus aspectos, uma lei antitruste. Note-se que o primeiro diploma brasileiro antitruste surge com a função constitucional bastante definida, buscando a tutela da economia popular e, portanto, precipuamente, do consumidor. Dentro da nossa linha de evolução histórica, essa constatação não deve causar qualquer surpresa, mas sim fazer sobressair o fato de que a evolução da disciplina, no Brasil, não se deu como nos países com uma certa tradição antitruste: o antitruste não nasce, no Brasil, como um elo lógico de ligação entre o liberalismo econômico e (manutenção da) liberdade de concorrência. Nasce como repressão ao abuso do poder econômico e tendo como interesse constitucionalmente protegido o interesse da população, do consumidor. Essa função constitucionalmente assegurada à nossa primeira Lei Antitruste constitui uma das principais diferenças que se fazem sentir entre o sistema norte-americano e o brasileiro. A legislação norte-americana vem calcada no princípio da proteção e manutenção da concorrência (como correlata a um princípio liberal e não na proteção direta do consumidor).

Posteriormente, no ano de 1945, sobreveio o Decreto-Lei 7.666, conhecido também como Lei Malaia. Esta norma, de caráter econômico-administrativo, dispôs sobre os atos infracionais à moral e à economia popular. Guizzo (2013, p. 94) esclarece o contexto de surgimento desta lei:

Percebe-se claramente que tal norma jurídica apareceu em época de pós-guerra, o que por certo, é período sempre tormentoso, onde a proteção da economia nacional é uma prática, de certa forma, até normal. No caso em questão, o protecionismo se fez presente na intensidade de dispositivos contrários aos abusos de poder econômico, bem como, amparadores da indústria pátria.

Nesta lógica administrativa, a Lei Malaia teve como destaque a criação da CADE (Comissão Administrativa de Defesa Econômica), como meio de intervenção estatal na economia do País. Além de estar subordinada diretamente ao Presidente da República, competia ao órgão em questão fiscalizar o exercício do poder econômico, assim como reprimir o abuso deste. Por fim, no mesmo ano, em virtude da queda de Getúlio Vargas e com o fim do Estado Novo, a Lei Malaia foi revogada pelo Decreto-Lei 8.167/1945, pelo Presidente Provisório, José Linhares.

Com o retorno de Getúlio Vargas ao poder como Presidente da República, por meio do voto direito, foi sancionada a Lei 1.521/1951, que teve como objetivo alterar os

dispositivos da legislação vigente sobre crimes contra a economia popular, ou seja, o Decreto-Lei 869/1938.

Conhecida como Lei de Economia Popular, esta norma sistematizou crimes e contravenções contra a economia popular, de forma a atualizar e acrescentar as condutas previstas na legislação em vigor. No entanto, alguns doutrinadores entendem que as condutas delituosas relacionadas ao abuso do poder econômico encontravam-se aquém da realidade brasileira, tratando-se de uma defasagem normativa (BALDAN, 2009, p. 47).

Mais tarde, no governo de João Goulart, foi promulgada a Lei 4.137/1962, que tinha como objetivo concretizar a defesa da concorrência regulamentando o art. 148 da Constituição Federal de 1946, que previa:

Art. 148. A lei reprimirá toda e qualquer forma de abuso do poder econômico, inclusive as uniões ou agrupamentos de empresas individuais ou sociais, seja qual for a sua natureza, que tenham por fim dominar os mercados nacionais, eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros (BRASIL, 1946).

Denominada Lei do Abuso do Poder Econômico, a norma em questão enumerou um extenso rol de formas de abuso do poder econômico nos incisos de seu artigo 2º, aplicando sanções administrativas aos agentes que explorassem atividades econômicas com fins lucrativos excedendo o exercício legal de seu poder econômico.

Outrossim, a Lei do Abuso do Poder Econômico substituiu a CADE (Comissão Administrativa de Defesa Econômica) pelo CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica), tendo jurisdição em todo território nacional para apurar e reprimir os abusos ao poder econômico por meio da aplicação e fiscalização da referida lei. Assim como, tal disposição legal pormenorizou as normas processuais e judiciais atinentes à apuração das formas de abuso do poder econômico.

No governo de José Sarney, sancionou-se a Lei 7.492/1986, que definia os crimes contra o sistema financeiro nacional. Sobre a conjuntura história, Nicole Trauczynski (2014, p. 24) ressalta:

A Lei 7.492/1986 – Lei dos crimes contra o Sistema Financeiro Nacional – foi editada num contexto de crise e após um processo conturbado de elaboração legislativa. O clamor público existente à época, diante dos sucessivos escândalos financeiros e agudas crises econômicas e inflacionárias, fez com que o Estado adotasse medidas a assegurar a normalidade dos mercados e os interesses de investidores depositantes, injetando volumosos recursos oriundos da arrecadação fiscal.

Comumente conhecida como Lei do Colarinho Branco, a Lei 7.492/1986 teve seu projeto aprovado às pressas em uma tentativa de harmonizar as más relações entre o regime militar e os grupos financeiros no período de redemocratização do País. Sendo assim, o

apelido faz jus à tentativa simbólica de punição aos ricos, uma vez que as condutas fraudulentas praticadas pelos gestores de instituições financeiras não se subsumiam às normas previstas na Lei de Economia Popular, Lei 1.521/1951 (TRAUCZYNSKI, 2014, p. 25).

Ademais, sobre a necessidade da tutela penal em decorrência da ineficácia da tutela administrativa, tem-se que:

De todo modo, a Lei foi proposta e aprovada no intuito de reforçar a tutela tendente a assegurar a normalidade do sistema financeiro nacional, resguardando os interesses da coletividade (depositantes e demais usuários), tendo em vista a marcada ineficiência regulatória em âmbito administrativo, que não obteve êxito em estancar os abusos e fraudes gerenciais, implicando a aplicação de vultuosos recursos na contenção dos efeitos negativos de aludidas manobras que lançavam no restante do sistema (TRAUCZYNSKI, 2014, p. 26).

Após a Constituição da República de 1988, foi promulgada, no governo de Fernando Collor, a Lei 8.137/1990. Esta teve como objetivo definir crimes contra a ordem tributária, contra a ordem econômica e contra às relações de consumo, e, por conseguinte, prever as sanções penais a serem aplicadas.

Em manifestação realizada no Projeto da mencionada Lei, nº 4.788/1990, o Ministro da Justiça à época, Bernardo Cabral, e a Ministra da Economia, Fazenda e Planejamento, Zélia Maria Cardoso de Mello, fizeram os seguintes apontamentos a respeito da matéria tributária:

Em verdade, o objetivo básico colimado, qual seja o de desestimular a prática criminosa, não vem sendo alcançado, fato esse que tem causado grandes e irreparáveis prejuízos à Fazenda Nacional.

[...]

Diante desse quadro, entende-se absolutamente necessária a tomada de providências imediatas, aperfeiçoando-se as normas reguladoras da matéria, o que se propõe seja feito de acordo com as normas constantes do anexo projeto de lei, que ora tenho a honra de submeter à apreciação de Vossa Excelência.

[...]

Além disso, o projeto proposto, em algumas hipóteses, torna mais severa a penalidade aplicável, prevendo a reclusão de dois a cinco anos para o infrator, ao invés dos atuais seis meses a dois anos de detenção (BRASIL, 1990, p. 14)

No tocante aos crimes contra a ordem econômica e as relações de consumo, pontuaram:

Concomitantemente, o projeto busca coibir a prática dos crimes de abuso de poder econômico, que tanto têm sobressaltado a sociedade brasileira, com notório agravamento nos últimos tempos, diante da crise econômica, social e de exercício de legítima autoridade que propicia, mormente no campo da atividade econômica monopolizada ou oligopolizada, o florescimento da impunidade dos agentes de tais delitos.

[...]

Objetivamente, cuida-se de instituir legislação protetora da economia popular e da efetiva defesa do consumidor, esmagado pela crescente audácia na prática de tais fatos anti-sociais, de outro turno cerceadora da livre concorrência e inibidora dos princípios regentes de uma economia de mercado compatível com os interesses

coletivos merecedores da atuação responsável do Poder Público (BRASIL, 1990, p. 15).

A promulgação da Lei 8.137/1990 promoveu alterações no Código Penal, mais especificamente nos artigos, 163, 172, 275, 276, 279, §1º do 316 e 318, em consonância ao disposto na legislação especial.

Em seguida, no governo de Itamar Franco, foi publicada a Lei 8.884/1994, que revogou expressamente a Lei do Abuso do Poder Econômico, Lei 4.137/1962. A respeito do contexto histórico da Lei 8.884/1994, Fonseca e Carmo (2014, p. 14) ressaltam que:

Antecedente e simultaneamente à promulgação e vigência da lei nº 8.884/94 o Estado brasileiro buscava a estabilização econômica, com o combate à inflação e estabilização da moeda, bem como a fixação e regulação de preços pelas regras de mercado, pondo fim, regra geral, ao tabelamento de preços e à intervenção do Estado em sua formação. Objetivos esses alcançados somente após 1994, mediante a edição do Plano Real, objeto da Medida Provisória nº 434, de 27 de fevereiro de 1994.

A disposição legal em questão teve como objetivo

[...] reformular por completo o sistema de defesa da concorrência, vez que: a) transformou o CADE em autarquia; b) atribuiu-lhe destinação orçamentária específica; c) deu estabilidade aos conselheiros e ao procurador geral do CADE, atribuindo-lhes mandatos e determinando a exoneração somente nos termos autorizados pela lei de concorrência; d) embora não tenha utilizado o termo SBDC (Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência), a Lei nº 8.884/94 criou um verdadeiro sistema de Defesa da Concorrência, tanto sob o ponto de vista material como instrumental, prevendo de forma sistematizada e coordenada os princípios, as condutas vedadas, e os órgãos integrantes do Sistema de Defesa da Concorrência; e) estabeleceu a coexistência de três órgãos na defesa da concorrência atribuindo competência a cada um, quais sejam: o CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica) continuava como tribunal administrativo julgando os processos administrativos relativos às condutas anticompetitivas e os atos de concentração, a SDE (Secretaria de Direito Econômico) vinculada ao Ministério da Justiça com funções de instaurar e instruir o processo administrativo, e a SEAE (Secretaria de Acompanhamento econômico), vinculada ao Ministério da Fazenda, com a função de emitir parecer em atos de concentração (CARMO; FONSECA, 2014, p. 13-14).

Por fim, adveio a Lei 12.529/2011 durante o governo de Dilma Rousseff. Denominada Lei Antitruste, o objetivo de tal norma era reestruturar o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), anteriormente uma mera criação doutrinária, dispondo sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica.

A nova Lei Antitruste, apesar de seu caráter econômico-administrativo, realizou alterações significativas na Lei 8.137/1990, que definia os crimes contra a ordem econômica. Dentre as mudanças ocorridas, a Lei 12.529/2011 revogou as condutas consideradas formas de abuso do poder econômico, incorporando tais tipos ao longo de seu artigo 36. Desta forma, o que antes se considerava ilícitos penais passaram a ser ilícitos administrativos, submetidos às penas previstas nos artigos 37 a 45, da Lei 12.529/2011, quais seja, multas e demais atos administrativos.

No Capítulo 6 deste trabalho serão analisadas as consequências da substituição da tutela jurídico-penal para a esfera administrativa, bem como a possibilidade de aplicação de sanções cumulativas.

5. DIREITO PENAL ECONÔMICO

5.1. Conceito de Direito Penal Econômico

Os estudos científicos acerca do Direito Penal Econômico tiveram início na Alemanha no contexto da Primeira Guerra Mundial. Consolidando-se nos últimos anos da década de 1920 e primeiros anos da década de 1930 (TIEDEMANN, 1983, p. 65). Deste modo, Jorge de Figueiredo Dias e Manuel da Costa Andrade (2000, p. 68 *apud* GUARAGNI; KOBUS, 2016, p. 237) afirmam:

O Direito Penal Econômico, dum modo geral, alimenta-se das sequelas das crises económicas ou dos afrontamentos bélicos. Deve mais à urgência duma mobilização para a guerra, para a reconstrução dos escombros, que a serena reflexão dos juristas.

Alexandre Knopfholtz (2013, p. 48) destaca que o amadurecimento e a evolução do Direito Penal Econômico se devem a três principais razões: (i) no campo político, com o surgimento dos Estados Sociais e de Direito, sobretudo após a Segunda Guerra Mundial; (ii) no campo filosófico, com o advento da filosofia da linguagem e da noção de alteridade; e, por fim, (iii) no campo sociológico, com o início dos estudos a respeito da sociologia do risco.

A conceituação de Direito Penal Econômico não é pacífica entre os doutrinadores, em virtude da falta de precisão acerca de seu objeto de proteção: a ordem econômica. Nas palavras de Raúl Cervini (2016, p. 14):

El problema pasa por delimitar ese bien jurídico, delimitación imprescindible para la seguridad jurídica, que a su vez proporcionará los márgenes legitimantes de esta nueva disciplina o rama del derecho penal (derecho penal económico), sin que con ello se pretenda propugnar su autonomía científica respecto de este.¹

Por conseguinte, há duas acepções sobre o conceito de Direito Penal Econômico, uma de caráter estrito e outra de caráter amplo.

A partir de um entendimento dirigista, Tiedemann (1986, p. 74 *apud* SOUZA, 2011, p. 120) compreende o Direito Penal Econômico, em sentido estrito, como “a parte do Direito penal que reforça com ameaças penais o Direito Administrativo Econômico. É dizer, é o

¹ “O problema está na delimitação deste bem jurídico, delimitação imprescindível para a segurança jurídica que, por sua vez, proporcionará as margens legitimadoras dessa nova disciplina ou ramo do Direito Penal (Direito Penal Econômico), sem que com isso se pretenda defender sua autonomia científica”. (CERVINI, 2016, p. 14) (Tradução livre)

direito da direção estatal e do controle da economia”. Nesta linha de raciocínio, o Direito Penal Econômico é “o conjunto de normas jurídico-penais que protegem a ordem econômica, entendida como regulação jurídica do intervencionismo estatal na economia” (FERNANDEZ, 1979, p. 36 *apud* BALDAN, 2009, p. 127)

Nota-se que o conceito apresentado vincula o Direito Penal Econômico às características do delito econômico em sentido estrito, sendo “a infração jurídico penal que lesiona ou põe em perigo a ordem econômica entendida como regulação jurídica do intervencionismo estatal na economia de um País” (FERNANDEZ; BACIGALUPO, 2010, p. 13, *apud* SOUZA, 2011, p. 120).

As críticas tecidas à delimitação estrita levam em consideração as consequências ocasionadas por tal perspectiva do Direito Penal Econômico: (i) a proteção dos interesses individuais dos particulares, neste caso, do Estado, mas não estendendo à proteção de interesses supraindividuais; (ii) considera-as que tal disciplina abrange apenas as regras do Direito Penal que protegem a ordem econômica; e (iii) a ordem econômica é superficialmente entendida como a regulamentação legal do intervencionismo estatal na economia (CERVINI, 2016, p. 26).

Ainda, em que pese o conceito em caráter estrito possa abranger qualquer sistema econômico adotado pelos Estados, este acaba por restringir os limites de atuação do Direito Penal Econômico, conforme preceitua o autor mencionado supra (2016, p. 13):

Esta posición no solo confunde el concepto de orden económico con una determinada forma de intervención estatal en la economía, sino que reduce exageradamente los límites del derecho penal económico a las infracciones fiscales, monetarias, de contrabando y a las que afectan la determinación y formación de los precios, y lo aísla de aquellos casos en que el Estado renuncia a intervenir en el ámbito de la economía.²

Por outro lado, há o conceito de Direito Penal Econômico por um viés amplo, definido por Tiedemann (1986, p. 74 *apud* SOUZA, 2011, p. 120) como “a regulação jurídico-penal de toda a cadeia de produção, fabricação, circulação e consumo de bens e serviços, ou, vale dizer, todo o acontecer econômico”.

Assim como a interpretação estrita, o viés amplo associa o Direito Penal Econômico ao conceito de delito econômico em sentido amplo, como “aquela infração que, afetando um bem jurídico patrimonial individual, lesiona ou põe em perigo, igualmente, a regulação

² “Esta posición no apenas confunde o conceito de ordem econômica com uma determinada forme de intervenção estatal, mas também reduz exageradamente os limites do Direito Penal Econômico aos delitos fiscais, monetários, de contrabando e àqueles que afetam a determinação e formação de preços, isolando-o dos casos em que o Estado se abstém de intervir na esfera da economia.” (CERVINI, 2016, p. 13) (Tradução livre)

jurídica da produção, distribuição e consumo de bens e serviços” (FERNANDEZ; BACIGALUPO, 2010, p. 14, *apud* SOUZA, 2011, p. 120).

Portanto:

Não se cuida, aqui, mais da proteção do novo intervencionismo estatal, mas sim, da atividade econômica dentro da economia de mercado. Nessa concepção ampla, apresentando-se a ordem econômica, ao contrário do ocorrente na concepção estrita, como bem jurídico de segunda ordem, subsistente por detrás dos interesses patrimoniais individuais (BALDAN, 2009, p. 130).

Em síntese, embora haja certa dissonância entre os doutrinadores a respeito da limitação de um conceito para o Direito Penal Econômico, pode-se afirmar que esta disciplina está dedicada aos estudos dos delitos econômicos e das consequências jurídicas que as normas penais preveem para seus autores (BACIGALUPO, 2005, p. 35 *apud* SOUZA, 2011, p. 121).

5.2. Bem jurídico tutelado: ordem econômica

Conforme explicitado anteriormente, o Direito Penal Econômico tem como objeto de proteção “el orden de la economía instituído y dirigido por el Estado, vale decir, la economía nacional en su totalidad y en sus sectores parciales”³ (TIEDEMANN, 1983, p. 64).

Para compreender a ordem econômica como bem juridicamente tutelado, deve-se partir da noção de bem jurídico, que está diretamente relacionada com a evolução histórica de delito, uma vez que se considera crime como uma lesão ou ameaça a determinado bem jurídico (GODOY, 2010, p. 20). Tendo em vista o pensamento doutrinário moderno, dar-se-á enfoque às teorias funcionalistas do Direito Penal.

A Teoria Funcionalista edificou-se na Alemanha no início de 1970, sendo seus principais precursores Günter Jakobs e Claus Roxin.

O funcionalismo sistêmico ou radical, defendido por Jakobs (1997, p. 50), apoia-se em um normativismo exacerbado, de forma que bem jurídico é considerado:

Un bien es una situación o hecho valorado positivamente. El concepto de situación se entiende, en este contexto, en sentido amplio, comprendiendo no sólo objetos (corpóreos y otros), sino también estados y procesos. Un bien llega a ser bien jurídico por el hecho de gozar de protección jurídica.⁴

Como consequência:

³ “A ordem da economia instituída e dirigida pelo Estado, ou seja, a economia nacional em sua totalidade e sem seus setores parciais.” (TIEDEMANN, 1983, p. 64) (Tradução livre)

⁴ “Um bem é uma situação ou fato valorado positivamente. O conceito de situação se entende, neste contexto, em sentido amplo, compreendendo não só objetos (corpóreos e outros), mas também estados e processos. Um bem chega a ser bem jurídico pelo fato de gozar de proteção jurídica.” (JAKOBS, 1997, p. 50) (Tradução Livre)

Jakobs y sus discípulos sostienen la opinión de que el Derecho penal no protege bienes jurídicos, sino la vigencia de la norma. El delito, por lo tanto, es desafiar a la norma. En consecuencia, no se protege lo que llamamos bien jurídico, [...] sino exclusivamente la vigencia de la norma⁵ (ROXIN, 2013, p. 4).

Em contrapartida, o funcionalismo teleológico ou moderado proposto por Roxin (2002, p. 206) entende que:

A função do Direito Penal consiste em garantir a seus cidadãos uma existência pacífica, livre e socialmente segura, sempre e quando estas metas não possam ser alcançadas com outras medidas político-sociais que afetem em menor medida a liberdade dos cidadãos.

Deste modo, caberia ao Direito Penal ocupar-se em garantir uma existência digna e segura ao indivíduo quando as demais áreas do Direito não forem capazes de fornecer tais fins aos cidadãos por meio de menor intervenção. Assim, nota-se que, de acordo com esta vertente da Teoria Funcionalista, a função do Direito Penal alinha-se ao propósito do Estado Democrático de Direito, de assegurar a todos uma existência digna conforme os ditames da justiça social (SILVA, 2019, p. 803) e o princípio da *ultima ratio* aplicado à disciplina jurídico-penal.

A partir da função do Direito Penal proposta pelo autor, este conceitua bem jurídico como:

Circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines para el funcionamiento del propio sistema⁶ (ROXIN, 1997, p. 56).

Nota-se, portanto, que a primeira vertente da Teoria Funcionalista define um conceito positivista de bem jurídico, “afirmando que seria tudo aquilo que, aos olhos do legislador, constituísse as condições de uma vida saudável para a comunidade jurídica” (GODOY, 2010, p. 29). Ao passo que a segunda vertente, com o objetivo de impedir a arbitrariedade do legislador na determinação dos objetos de tutela, determina que o bem jurídico deve ser extraído da própria Constituição, na qual encontram-se “os fatores de política criminal mais importantes, dignos de proteção penal” (ARAÚJO JR., 1995, p. 17).

No contexto da vertente proposta por Roxin, o bem jurídico pode ser encarado “como uma faca de dois gumes, pois ao mesmo tempo em que exerce uma função de garantia

⁵ “Jakobs e seus discípulos defendem a opinião de que o direito penal não protege bens jurídicos, mas a validade da norma. O crime, portanto, é o desafio à norma. Consequentemente, ele não protege o que chamamos de bem jurídico, [...] mas exclusivamente a validade da norma.” (ROXIN, 2013, p. 4) (Tradução livre)

⁶ “Circunstâncias ou fins dados que são úteis para o indivíduo e seu livre desenvolvimento dentro de um sistema social geral estruturado com base nessa concepção de fins para o funcionamento do próprio sistema.” (ROXIN, 1997, p. 56) (Tradução Livre)

contra os abusos do Estado, atua como instrumento de organização repressiva” (ARAÚJO JR., 1995, p. 33). Sendo assim, apenas serão legitimados aqueles interesses que afetarem a convivência pacífica (ROXIN, 2008, p. 37 *apud* GODOY, 2010, p. 56).

Em virtude do Estado Democrático de Direito, os direitos individuais passaram a ser valorados à luz dos interesses sociais. Nas palavras de Roxin (2013, p. 6):

Tanto los bienes jurídicos individuales como los bienes jurídicos de la colectividad sirven en última instancia a las posibilidades de desarrollo del individuo.⁷

A respeito da diferença entre ambos os bens jurídicos, o autor prossegue:

[...] la lesión de u bien jurídico individual afecta inmediatamente a la posibilidad de desarrollo de u determinado ser humano, mientras que la lesión de u bien jurídico de la colectividad afecta de modo mediato a las posibilidades de desarrollo de todas las personas⁸ (ROXIN, 2013, p. 6)

Um exemplo de garantia constitucional que abrange bem jurídico de natureza individual e supraindividual é a proteção conferida às relações econômicas. Frente ao dinamismo das relações econômicas na sociedade moderna, marcado pela ampla necessidade de força de trabalho e de capital que, por conseguinte, implica em relações de poder e conflitos de interesses sociais, as relações econômicas, respectivamente, compreendem o patrimônio individual e a ordem econômica como bem jurídico individual e supraindividual.

A ordem econômica passou a ser objeto de interesse jurídico, decorrente da função estatal de resguardo do sistema político-econômico. Sendo assim, há o surgimento de um bem jurídico que transcende a proteção do patrimônio individual, uma vez que também visa “garantir um justo equilíbrio na produção, circulação e distribuição da riqueza entre os grupos sociais” (ARAÚJO JR., 1995, p. 36).

Cumprе salientar que, como resultado da organização político-econômica de cada País em determinado período histórico, a ordem econômica juridicamente protegida deve ser analisada de acordo com a legislação nacional vigente, pois o seu funcionamento será determinado com base no modelo econômico estabelecido pelo contexto político (BALDAN, 2009, p. 65).

⁷ “Tanto os bens jurídicos individuais como os bens jurídicos da coletividade servem em última instância às possibilidades de desenvolvimento do indivíduo” (ROXIN, 2013, p. 6) (Tradução livre)

⁸ “A lesão a um bem jurídico individual afeta imediatamente a possibilidade de desenvolvimento de um ser humano específico, enquanto a lesão a um bem jurídico coletivo afeta de modo mediato as possibilidades de desenvolvimento de todas as pessoas” (ROXIN, 2013, p. 6) (Tradução livre)

5.3. Delitos econômicos

5.3.1. Concepção criminológica

À luz da criminologia positivista clássica, que se propôs a investigar as causas e fatores da criminalidade, a conduta criminosa está associada a patologias pessoais e sociais. Nas palavras de Arguello (2005, p. 9)

A criminologia positivista tradicional caracteriza-se por um paradigma etiológico, pelo qual a criminalidade se torna um atributo de determinados indivíduos ('anormais'), cuja propensão a delinquir pode ser determinada pelas suas características biológicas e psicológicas (diferenciando-os dos indivíduos 'normais'), ou pelos fatores socioambientais a que estão submetidos. Essa criminologia etiológica (individual ou socioestrutural) parte das seguintes questões, entre outras: quem é o criminoso? Por que pratica o crime? Quais fatores socioambientais influenciam nas taxas de criminalidade?

Baseadas em amostras tendenciosas de atos criminais, as teorias gerais do comportamento criminoso estabelecem “a pobreza como causa do crime ou em outras condições sociais e traços pessoais que estão assumidamente relacionados com a pobreza” (SUTHERLAND, 2015, p. 30). Destaca-se como principais patologias sociais: a pobreza, a moradia precária, falta de escolaridade, rompimento de laços familiares; enquanto as patologias pessoais estariam intrincadas a anomalias biológicas, inferioridade intelectual e instabilidade emocional.

Considerado como sociólogo do desvio no contexto do século XX, Sutherland buscou propor uma explicação mais adequada do comportamento criminoso. Dentre as inúmeras contribuições científicas do sociólogo, uma das que merece destaque é a *Teoria da Associação Diferencial*.

A teoria em questão, visando superar o paradigma criminológico da patologia, fundamenta-se sobre nove princípios, citados abaixo com base nas perspectivas de Clécio Lemos, tradutor e responsável pela apresentação inicial da primeira edição do “Crime de Colarinho Branco: versão sem cortes” (2015, p. 14):

1. A conduta criminosa se aprende, como qualquer outra atividade.
2. O aprendizado se produz por interação com outras pessoas em um processo de comunicação.
3. A parte mais importante do aprendizado tem lugar dentro dos grupos pessoais íntimos.
4. O aprendizado do comportamento criminoso abrange tanto as técnicas para cometer o crime, que às vezes são muito complicadas e outras muito simples, quanto a direção específica dos motivos, atitudes impulsos e racionalizações.
5. A direção específica dos motivos e impulsos se aprende de definições favoráveis ou desfavoráveis a elas.

6. Uma pessoa se torna delinquente por efeito de um excesso de definições favoráveis à violação da lei, que predominam sobre as definições desfavoráveis a essa violação.
7. As associações diferenciais podem variar tanto em frequência como em prioridade, duração e intensidade.
8. O processo de aprendizagem do comportamento criminoso por meio da associação com pautas criminais e anticriminais compreende os mesmos mecanismos abrangidos por qualquer outra aprendizagem.
9. Se o comportamento criminoso é expressão de necessidades e valores gerais, não se aplica por estes, posto que o comportamento não criminoso também é expressão dos mesmos valores e necessidades.

O conceito de “associação diferencial” foi cunhado pelo sociólogo estadunidense em 1937 para se referir às “associações, relações sociais e à interação entre criminosos como uma condição ao crime” (RODRIGUES, 2021, p. 50). De forma sintetizada o referido autor continua:

Identificar os processos que envolviam a formação do comportamento delituoso foi o que fez Sutherland, ou seja, o comportamento criminoso advém de um processo que envolve o engajamento do indivíduo no âmbito de um grupo social, sendo oriundo de uma interação com outros indivíduos, com diferentes pontos de vista acerca da violação ou não das normas vigentes em determinado momento histórico (2021, p. 50).

Diante da premissa de que o comportamento ilícito é aprendido assim como o comportamento lícito, Sutherland (2015, p. 32) evidencia como principal causa da criminalidade “as relações sociais e interpessoais associadas algumas vezes com a pobreza e algumas vezes com a riqueza, e algumas vezes com os dois fatores”. Sendo assim, a conduta criminosa se aprende por meio do contato, seja ele direto ou indireto, com outros indivíduos que praticaram o comportamento desviante.

Após dezessete anos de pesquisa sobre as práticas criminosas das setenta maiores empresas norte-americanas da época, o sociólogo reformulou suas considerações sobre o aprendizado criminoso. Como resultado, lançou em 1949 seu último livro, “White Color Crime”.

De acordo com o pensamento do autor, na obra supramencionada são tecidas críticas às teorias gerais do comportamento criminoso. Sutherland alega que as estatísticas utilizadas pelos criminólogos positivistas clássicos eram tendenciosas, isto porque os criminosos da alta classe econômica são detentores de grande poder político e econômico e, conseqüentemente, conseguem se desvencilhar da prisão e da condenação; bem como, as infrações cometidos por aqueles não constam nas estatísticas criminais, haja vista que “não são presos por policiais fardados, não são julgados em tribunais criminais, e não são condenados às prisões” (SUTHERLAND, 2015, p. 32).

Nesta linha de raciocínio, Paul e Niehoff (2001, p. 42) indicam que o comportamento desviante do criminoso de colarinho branco é incentivado pelo baixo risco do crime em ser identificado e punido pelo Estado.

A partir de suas pesquisas, Sutherland constatou que a criminalidade dos homens de negócios ocorria na mesma proporção, ou até com mais frequência, que a criminalidade daqueles pertencentes à classe mais baixa. Assim, o autor atribuiu a expressão “crime de colarinho branco” a espécie de “crime cometido por uma pessoa de respeitabilidade e alto status social no curso de sua atividade” (SUTHERLAND, 2015, p. 33).

No que tange ao criminoso de colarinho branco, não se trata de um marginalizado social que por meio do crime visam satisfazer suas necessidades primárias. Na verdade, como esclarecido por João Marcello de Araújo Júnior (1995, p. 57):

São homens que, em geral, pertencem às classes sociais mais poderosas, que desfrutam de boa estima pública, que exercem atividades reputadas importantes e, quase sempre não consideram suas condutas como criminosas, mas, sim, como “simples negócios”.

O autor continua:

São pessoas socialmente ajustadas, que possuem aquela “especial destreza para os negócios” e, por isso aproveitam-se das disfunções do sistema econômico para obter lucros extraordinários, pondo em risco a confiança e a segurança da ordem econômica (1995, p. 57).

Outro ponto que merece destaque dentre às contribuições tecidas por Sutherland está a impunidade característica dos delitos econômicos. À época de suas pesquisas, o autor constatou que do total de novecentas e oitenta decisões proferidas contra as empresas norte-americanas, apenas cento e cinquenta e oito foram decretadas pela justiça criminal (SUTHERLAND, 2015, p. 83). Apesar de transcorridos setenta e quatro anos desde a primeira publicação da obra, a impunidade referente aos delitos econômicos ainda se faz presente na realidade mundial, inclusive, na brasileira.

Diante da falha do sistema punitivo, o criminólogo norte-americano menciona algumas hipóteses como justificativa do tratamento diferenciado atribuído aos crimes de colarinho branco.

A primeira delas está na falta de comoção pública relacionada a estes crimes. Devido a uma falha das agências de comunicação:

Estas não expressam os sentimentos morais estruturados da comunidade com relação aos crimes de colarinho branco, em parte porque os crimes são complicados e não apresentados de forma fácil nos noticiários, [...] e provavelmente, na maior parte das vezes porque essas agências de comunicação pertencem ou são controladas por homens de negócio (SUTHERLAND, 2015, p. 103).

Sendo assim, a sociedade acaba por não sentir o impacto direto destes crimes, pois, em regra, a prática de delitos econômicos não envolve a utilização de meios violentos, de forma que não configuram objeto de interesse da mídia sensacionalista. Ainda, Sutherland (2015, p. 103) destaca:

Os efeitos desses crimes podem ser difundidos por um longo período de tempo e talvez recaia sobre milhões de pessoas, mas não gera muito sofrimento para uma pessoa específica num momento específico.

Outro fator que corrobora para a impunidade dos delitos econômicos, é o status financeiro, econômico e social do agente. Diante da concentração de poder no criminoso de colarinho branco, “aqueles que são responsáveis pelo sistema de justiça criminal [legisladores], têm medo de enfrentar os empresários” (SUTHERLAND, 2015, p. 100) por temerem as consequências diretas deste confronto. Portanto, por temerem – e de certo modo, admirarem os homens de negócios -, os legisladores não enquadram tais criminosos nesta categoria.

Por conseguinte, há a utilização do estereótipo do criminoso como aquele pertencente à classe econômica mais baixa, que não desfruta de poder econômico e político. A partir de tal fato, verifica-se uma deturpação no processo de criminalização:

Ainda que a criminalização primária abarque uma infinidade de condutas, aparentando uma isonomia e uma universalidade na formação legislativa do direito penal, a orientação seletiva da criminalização secundária demonstra, com fatos e dados a manutenção do status quo (BRITO, 2022, p. 33).

À vista disso, nota-se a existência de uma orientação seletiva na identificação dos crimes. Na qual, o próprio sistema penal, por influência dos detentores de poder político e econômico, “condiciona e opta por gerir a criminalidade etiquetando e selecionando aqueles indivíduos que majoritariamente pertencem aos extratos sociais menos favorecidos” (FACHIN; MAZONI, 2012, p. 7), minimizando o estigma destes como crime.

Ressalta-se, por fim, que a conceituação de Sutherland a respeito dos crimes de colarinho branco teve como parâmetro o sujeito ativo do delito, isto é, o criminoso. No entanto:

Os crimes econômicos confundir-se-iam com todos os crimes em espécie definidos pelo direito penal, porque para serem considerados como tais, bastaria que fossem praticados por um sujeito ativo dotado de condição econômica diferenciada (SCHMIDT, 2011, p. 24).

Sendo assim, em que pese “a grande maioria dos crimes econômicos sejam praticados por indivíduos que, em razão de seus negócios possuem uma especial habilidade no trato da sempre crescente complexidade da vida econômica” (ARAÚJO JÚNIOR, 1995, p. 57), considerar como delito econômico os crimes cometidos por pessoas de elevado prestígio

social e pertencente à classe econômica mais abastada seria um equívoco. Isto porque, nem todas as condutas caracterizadas como crimes econômicos seriam abrangidas, além de permitir que qualquer delito fosse inserido na criminalidade econômica.

5.3.2. Perspectiva dogmática

Do ponto de vista dogmático, encontra-se uma certa dificuldade por parte dos juristas em conceber uma definição acerca dos delitos econômicos. Tal dificuldade decorre da heterogeneidade do tema, uma vez que a lesão à ordem econômica pode suceder de condutas variadas, evidente na grande quantidade de leis especiais que tipificam tais manifestações delinquentes.

Baldan (2009, p. 151) em referência aos pensamentos de Klaus Tiedemann (1985, p.10), representante da doutrina moderna sobre o assunto, esclarece que:

Emprega-se o termo ‘conduta penal profissional’ (*occupational crime*), com tal referência ao papel profissional e à atividade econômica passando a caracterização do delito econômico a se fundamentar agora menos na respeitabilidade do autor e sua situação nas classes sociais mais elevadas e mais na peculiaridade do ato (*modus operandi*) e no objetivo de seu comportamento.

Tendo em vista as definições elaboradas pelos criminólogos, o jurista alemão propõe a seguinte definição para os crimes econômicos:

Aquelas condutas que contradizem o comportamento de acordo com a imagem de um correto comerciante e, que, por sua execução e efeitos, além de lesionar interesses individuais, podem pôr em perigo a vida econômica ou a ordem que a rege (TIEDEMANN, 1983, p. 62).

Em consonância, Baldan (2009, p. 153) aponta que:

O conceito de delito econômico compreende, em primeiro instante, as transgressões [...] contra a atividade interventora e reguladora do Estado na economia. Abrange também as infrações no campo dos demais bens jurídicos coletivos ou supraindividuais da vida econômica, os quais, por necessidade conceitual, transcendem os bens jurídicos individuais. E, finalmente, inclui os delitos patrimoniais clássicos quando estes se dirigem contra patrimônios supraindividuais ou quando constituem abuso de medidas e instrumentos da vida econômica.

Com efeito, Martos Nuñez (1987, p. 161 *apud* BALDAN, 2009, p. 165) aponta cinco elementos intrínsecos ao crime econômico, quais sejam: (i) ação penalmente relevante; (ii) sujeitos da ação; (iii) qualidades pessoais dos sujeitos da ação; (iv) o abuso do poder; e, por fim, (v) a infração à ordem pública econômica.

A respeito do primeiro elemento, ação penalmente relevante, Miguel Reale Jr. (2020, p. 96) esclarece:

A ação constitui uma modificação do mundo exterior, mas uma alteração significativa, ou seja, realização de um resultado socialmente relevante. E ação relevante é aquela que produz efeitos valorados, como de significação social.

Ainda, o autor destaca:

A ação traz em si um dado valorativo e, em razão da capacidade de o agente apreender o significado valorativo da ação que realiza, em vista de um fim, há uma intencionalidade significativa. (REALE JR., 2020, p. 96).

No caso dos delitos econômicos, a ação penalmente relevante refere-se àquela resultante da liberdade do agente em infringir as normas jurídicas que regulam a vida socioeconômica em vista de um enriquecimento ilícito às custas das expectativas sociais.

No que concerne aos sujeitos da ação, os sujeitos ativos podem ser tanto pessoas físicas ou jurídicas, empresário, sociedade empresária ou funcionário público. Os sujeitos passivos, por sua vez correspondem, primeiramente, ao sistema econômico nacional; no entanto, poderão ser sujeitos passivos da infração econômica os cidadãos participantes da vida econômica do Estado, haja vista que tal lesão quebra a confiança pública na intervenção estatal na economia (BALDAN, 2009, p. 166-167).

Conforme abordado no tópico anterior, os criminosos econômicos detêm as características do delinquente dos crimes de colarinho branco, isto é, são pessoas de moral respeitável, que gozam de elevada posição social e econômica e realizam a conduta infratora no desempenho de sua função (ARAÚJO JR., 1995, p. 57).

O abuso do poder, como elemento essencial do delito econômico, está no fato do sujeito ativo aproveitar de sua influência econômica, política e social, valendo-se da confiança social depositada nas relações jurídico-mercantis com o objetivo de satisfazer seu interesse individual. Nas palavras de Sérgio Varella Bruna (1997, p. 177):

Tem-se por abuso do poder econômico o exercício, por parte do titular de posição dominante, de atividade empresarial contrariamente a sua função social, de forma a proporcionar-lhe, mediante restrição à liberdade de iniciativa e à livre concorrência, apropriação indevida (efetiva ou potencial) de parcela da renda social superior àquela que legitimamente lhe caberia em regime de normalidade concorrencial.

Por último, a infração da ordem pública econômica diz respeito à lesão das “normas jurídico-penais que protegem a ordem pública econômica, sem prejuízo de que, em certas ocasiões, a concreta modalidade de ataque possa afetar, também, determinados interesses individuais” (BALDAN, 2009, p. 169).

Em síntese, ainda que de forma não totalmente satisfatória, são considerados delitos econômicos: crime de estelionato; crimes relacionados às formas de corrupção dos funcionários públicos; crimes contra a ordem econômica; crimes tributários e de contrabando;

crimes falimentares e demais crimes como cobrança de ágio no contrato de arrendamento, receptação, tráfico de alimentos e medicamentos (PÉREZ, 1999, p. 43).

5.4. Construção do tipo penal

O Direito Penal Econômico é compreendido como uma parte do Direito Penal clássico, haja vista que o primeiro compartilha dos mesmos princípios dogmáticos do segundo, como o princípio da reserva legal, das regras de imputação objetiva e subjetiva, bem como a sistemáticas de penas.

Contudo, o Direito Penal Econômico é considerado um segmento diferenciado, que conta com características próprias, exigindo certas adaptações do Direito Penal clássico para a especificidade da natureza econômica. Dentre as particularidades científicas do Direito Penal Econômico está a tutela de bens jurídicos supraindividuais; delitos de perigo abstrato; técnicas especiais de tipificação, como leis penais em branco e elementos normativos do tipo. Este tópico tem como objetivo analisar cada uma das características mencionadas.

Cumprе ressaltar que os doutrinadores, em sua maioria, não reconhecem a autonomia do Direito Penal Econômico em virtude da submissão deste aos princípios basilares do Direito Penal. Do ponto de vista de Manoel Pedro Pimentel (1984, p. 14 *apud* BALDAN, 2009, p. 143), reconhecer a autonomia da disciplina em questão implicaria na conversão do Direito Penal Econômico em uma arma de opressão estatal, como “um poderoso instrumento coercitivo capaz de esmagar as maiores conquistas das humanidades, no campo da liberdade”.

Klaus Tiedemann (1986, p. 69), no entanto, representa uma tendência doutrinária defensora de uma posição intermediária com relação a autonomia do Direito Penal Econômico. Acredita-se em uma autonomia funcional deste, sem que implique em uma autonomia absoluta, tendo em vista as singularidades normativas que serão analisadas abaixo.

5.4.1. Crimes de perigo

Giddens (2000a, p. 42), sociólogo britânico que dedica seus estudos à análise das relações sociais e suas práticas no espaço e no tempo, considera que o risco sempre fez parte da história das civilizações:

A nossa época não é a mais perigosa – não é mais arriscada – do que as épocas anteriores, mas o equilíbrio entre riscos e perigos alterou-se. Vivemos num mundo

em que os perigos criados por nós são tão ameaçadores, ou mais, do que os perigos que nos são exteriores.

A diferença está nos tipos de perigo criados com o avanço das sociedades. À vista disso, o sociólogo conclui que o fenômeno da globalização, característico da civilização moderna, é um dos fatores que ocasionaram o avanço da criação de riscos provocados, isto é, aqueles que têm como origem o desenvolvimento tecnológico (GIDDENS, 2000a, p. 35).

Com o advento da globalização, portanto, houve uma intensificação quantitativa e qualitativa do risco, de modo que este passou a representar uma ameaça não somente a um único indivíduo, mas a “todos ou ao menos uma grande quantidade de pessoas” (GIDDENS, 1991, p. 112).

Nesta senda, Miguel Reale Júnior (1971, p. 56) define perigo como:

[...] a aptidão, a idoneidade, ou a potencialidade de um fenômeno de ser causa de dano, ou seja, é a modificação de um estado verificado no mundo exterior com a potencialidade de produzir a perda ou diminuição de um bem, o sacrifício ou a restrição de um interesse.

Esta nova dinâmica das relações sociais, por conseguinte, produziu reflexos no Direito Penal, uma vez que este passou a ter, também, a intenção de controlar os riscos que ameaçam os interesses dos indivíduos e da sociedade. Como exemplo desta atuação preventiva do Direito Penal, tem-se os crimes de perigo, que são o objeto de análise deste tópico.

De acordo com a classificação dogmática, considerando a relevância da afetação do bem jurídico, existem os crimes de dano e os crimes de perigo. No que tange à primeira categoria, consoante explicação de Cezar Roberto Bitencourt (2023, p. 141), consiste em crime de dano:

Aquele para cuja consumação é necessária a superveniência de um resultado material que consiste na lesão efetiva do bem jurídico. A ausência desta pode caracterizar a tentativa ou um indiferente penal, como ocorre com os crimes materiais (homicídio, furto, lesão corporal).

Por outro lado, deve-se considerar a configuração da sociedade pós-industrial, a qual tem como elemento caracterizador riscos com alto teor de periculosidade e lesividade (BECK, 1998, p. 43 *apud* BEZERRA; BEZERRA JR., 2016, p. 210). Diante deste contexto:

havendo a disseminação de condutas arriscadas, das quais não se tem informações concretas relativas à sua lesividade, verifica-se que a intervenção penal através de dano seria ineficaz, visto que só penalizaria os riscos tornados em fato – restando como lacuna de punibilidade os casos em que o perigo não se transformou em lesão, mas poderia tê-lo feito (FERNANDES; SILVEIRA, 2021).

Objetivando a adaptação da intervenção à atual conjuntura, o legislador visando prevenir condutas arriscadas que possam lesionar inúmeras vítimas, lança mão de uma técnica

de tipificação que seja capaz de criar um campo de proteção antecipada, culminando nos crimes de perigo.

Nesta categoria dogmática, a conduta tipificada não se atém à lesão do bem jurídico protegido, conforme o crime de dano, mas sim, à exposição do bem jurídico ao perigo (FERNANDES; SILVEIRA, 2021). No que tange à classificação dos delitos de perigo, estes podem ser concretos, abstrato-concretos ou abstratos. Ressalta-se que tal categorização está pautada na forma de afetação do bem jurídico, isto é, na técnica de tipificação (BUERGO, 2001, p. 18 *apud* FERNANDES; SILVEIRA, 2021). A seguir, abordar-se-á a estrutura dogmática das três categorias de crime de perigo.

Os crimes de perigo concreto são “os delitos em que o perigo constitui elemento do tipo, de tal forma que somente se aperfeiçoam com a verificação efetiva da situação perigosa” (MARTINS NETO, 2014, p. 51). À vista disso, Fernandes e Silveira (2021) ressaltam que nos crimes de perigo concreto, faz-se necessária análise do caso concreto a fim de verificar a existência de elementos que configurem a periculosidade ao bem juridicamente protegido. Desta forma, a legitimação de tais crimes não é tão conflituosa na doutrina, uma vez que aqueles pautam-se na análise *ex post* da situação.

Por outro lado, considerando a dificuldade probatória de determinados crimes característicos da sociedade pós-moderna, surge os crimes de perigo abstrato. Estes “consistem na criminalização pelo legislador de condutas previamente consideradas perigosas, acarretando, portanto, uma presunção de perigo que não precisa concretamente ocorrer na situação de fato” (Mendoza, 2001, p. 21 *apud* FERNANDES; SILVEIRA, 2021).

Como o perigo decorre da presunção legislativa, levanta-se o questionamento quanto à legitimidade dos crimes de perigo. Muitos doutrinadores consideram tal estrutura delitiva inconstitucional por ir de encontro ao princípio da ofensividade, que tem como principal função limitar o *jus puniendi* estatal por meio da atividade legislativa, bem como ao princípio da intervenção mínima, que atribui ao Direito Penal o caráter subsidiário na proteção dos bens jurídicos (BITENCOURT, 2023, p. 32).

Em contrapartida, Fernandes e Silveira (2021) demonstram que os crimes de perigo abstrato são legitimados em observância aos pressupostos do Estado Democrático de Direito, uma vez que:

[...] considerando-se os princípios da racionalidade e proporcionalidade, a própria observância à máxima da *ultima ratio* conduz também à obediência a tais postulados, vez que, tratando-se de mecanismo subsidiário e necessário, a adoção de tipificações que, até certo ponto, poderiam flexibilizar garantias fundamentais encontram-se satisfatoriamente justificadas, bem como se mostram proporcionais.

No mesmo sentido, faz-se possível a legitimação destes modelos dogmáticos frente ao princípio da lesividade, segundo o qual não há crime sem haver lesão a bem juridicamente tutelado, vez que a mera criminalização de condutas após a materialização do dano não seria efetiva aos objetivos de prevenção de lesão da norma penal, de modo que a tipificação em momento anterior ao dano ou mesmo à própria exposição do bem jurídico visa justamente à coibição de lesões.

Por fim, há a modalidade dos crimes de perigo abstrato-concreto. Conforme a própria denominação, trata-se de uma categoria intermediária entre os crimes de perigo abstrato e os crimes de perigo concreto, de forma que se fazem presentes características de ambas. Define-se os crimes de perigo abstrato-concreto como:

[...] tipos penais intermediários nos quais, apesar da existência de presunção legislativa acerca da periculosidade da ação ou da exposição de determinado bem jurídico (característica do perigo abstrato), seria necessário demonstrar o condão da conduta para essa exposição nas circunstâncias do fato, utilizando-se de exame *ex post* (característica do perigo concreto) (FERNANDES; SILVEIRA, 2021).

Em síntese, as semelhanças entre esta nova modalidade e as demais encontram-se no fato de que, assim como os crimes de perigo concreto, o perigo constitui-se como elemento normativo do tipo, uma vez que cabe à autoridade competente a constatação do perigo por meio de interpretação valorativa da norma penal conforme o caso. Além disso, como nos crimes de perigo abstrato, a lesividade decorre da presunção do legislador no momento da tipificação da conduta (FERNANDES; SILVEIRA, 2021).

Em razão das complexas mudanças inerentes ao estilo de vida da sociedade contemporânea, faz-se necessária a intervenção penal em âmbitos antes não tutelados. Contudo, não se trata da expansão do Direito Penal tradicional, demanda-se a adaptação deste às inseguranças sociais com o objetivo de gerenciar os novos riscos. Para tanto:

o Direito Penal deverá nortear seus institutos à prevenção de fatos e atos que possam pôr em risco um bem jurídico tutelado. A norma penal que tipifica os novos riscos, conseqüentemente, não possuirá o elemento lesão; mas sim o elemento perigo (DIAS, 2004 *apud* BEZERRA; BEZERRA JR., 2016, p. 214).

5.4.2. Tipos penais abertos

Para Giddens (2000a, p. 43), a aceitação dos riscos é um dos elementos fundamentais para uma economia dinâmica e uma sociedade inovadora, de tal modo que, para sobreviver à modernidade, é preciso enfrentar os fatores de risco.

A partir desta perspectiva, compreende-se a relevância do Direito Penal Econômico. Tiedemann (2014, p. 1) ressalta:

Derecho Penal Económico presenta particularidades en relación a cuestiones de la parte general. Estas singularidades se deben tanto a razones de técnica legislativa,

como al hecho que el Derecho Penal Económico tiene en cuenta los nuevos fenómenos socioeconómicos y opta por soluciones novedosas en cuanto a su contenido.⁹

Sendo assim, o tipo penal que, de modo geral, descreve todos os elementos básicos do injusto, por meio dos tipos penais abertos, passa a não descrever o objeto da proibição de forma exaustiva. De tal modo que o delito apenas poderá ser configurado por meio da verificação positiva da reprovabilidade (ROXIN, 1997, p. 298).

Muitos sustentam que a ausência de critérios mínimos nos tipos penais abertos ocasiona certa insegurança jurídica, pois acreditam que abre espaço para o arbítrio estatal:

Outra das características do Direito Penal Econômico está determinada pela existência, em muitos casos, de tipos penais abertos. Isto se dá porque as figuras delitivas que as leis descrevem (leis de conteúdo econômico) não definem suficientemente a conduta proibida, requerendo uma complementação judicial de seus elementos. É o juiz, no momento de aplicação da lei, quem deve exercer a complementação. Isso pode afetar a princípio da legalidade (...), pois os tipos abertos deixam às vezes uma margem excessiva à apreciação judicial e constituem um convite à aplicação da analogia, que é a negação do princípio “nullum crimen, nulla poena sine previa lege”, que é o mesmo que não haver delito sem tipicidade. (GONZÁLEZ, 1998, p. 43, *apud* SOUZA, 2011, p. 69).

Em síntese, a utilização dos tipos penais abertos é uma das formas que o legislador encontrou para que as normas penais não se tornem obsoletas em decorrência das rápidas transformações as quais a sociedade contemporânea está submetida.

5.4.3. Normas penais em branco

As normas penais incriminadoras, em sua maioria, descrevem as condutas típicas de forma completa, isto é, são constituídas por dois preceitos, quais sejam, preceito primário – que se ocupa pela definição da conduta criminosa, e o preceito secundário – responsável pela descrição da sanção penal a ser aplicada. Tais normas, portanto, não dependem de outras para serem aplicadas (BITENCOURT, 2023, p. 99).

No entanto, é preciso considerar a acessoriedade característica do Direito Penal Econômico. Haja vista que a compreensão da redação e interpretação do tipo penal econômico depende de tal característica, em virtude da abundante presença de normais penais em branco e dos elementos normativos (BARRANCO; GÓMEZ-ALLER; MARTÍN; SÁNCHEZ; 2018, p. 50).

⁹ “O Direito Penal Econômico apresenta particularidade em comparação com a parte geral. Essas singularidades se devem tanto a razões de técnica legislativa, quanto ao fato de que o Direito Penal Econômico leva em conta os novos fenômenos socioeconômicos e opta por soluções inovadoras em termos de conteúdo” (TIEDEMANN, 2014, p.1).

A normas penais em branco são uma exceção às normas penais incriminadoras. Estas são consideradas como normas incompletas por descrevem as condutas típicas a partir de preceitos genéricos ou indeterminados, que precisam de complementação de outras normas (BITENCOURT, 2023, p. 99).

Assim, é característica das normas penais em branco a dependência de uma outra norma para que aquela seja aplicada. Esta outra norma é denominada norma complementar, sendo integrante do próprio tipo penal, considerando que este é incompleto e “por conseguinte, incompreensível por não se referir a uma conduta juridicamente determinada e, faticamente, identificável” (BITENCOURT, 2023, p. 99).

No que tange à origem legislativa das normas complementares, a doutrina distingue normas penais em branco em sentido lato e normas penais em branco em sentido estrito.

As normas penais em branco em sentido estrito são compostas por:

Uma fonte formal heteróloga, pois remetem a individualização (especificação) do preceito a regras cujo autor é um órgão distinto do poder legislativo, o qual realiza o preenchimento do ‘branco’ por meio de sua individualização, através de atos administrativos (BITENCOURT, 2023, p. 99).

Sendo assim, as normas incriminadoras em questão são complementadas por normas advindas de categorias inferiores à lei ordinária, como por exemplo, portarias, regulamentos, resoluções ou mesmo instruções normativas.

Por outro lado, as normas penais em branco em sentido lato são aquelas:

Em que há fonte formal homóloga, são aquelas que recorrem a regulamentações da mesma lei ou de outra lei, ou seja, originadas da mesma instância legislativa, contanto que possam ser pronunciadas por remissões (externas ou internas) expressas e concludentes (BITENCOURT, 2023, p. 99).

Conclui-se, portanto, que tais normas em branco apresentam uma homogeneidade nas fontes, pois a norma complementar é originária da mesma instância legislativa.

Sobre a legitimidade das normas penais em branco, ressalta-se que o uso destas tem como justificativa evitar a obsolescência dos tipos penais e, conseqüentemente, a realização de constantes reformas legislativas, uma vez que conteúdo das normas penais em branco, geralmente, referem-se à tutela bens jurídicos supraindividuais (BARRANCO; GÓMEZ-ALLER; MARTÍN; SÁNCHEZ; 2018, p. 51).

Ainda que a finalidade das normas em questão esteja alinhada com a dinâmica da sociedade atual, alguns doutrinadores questionam a delimitação e a constitucionalidade de tal técnica em virtude dos princípios da reserva legal e da legalidade.

Aqueles que apontam a lesividade ao princípio da reserva legal – segundo a qual determinadas matérias apenas poderão ser disciplinadas por lei formal, excluindo-se a utilização de qualquer outra espécie normativa, consideram que:

O Direito Penal deve emprestar sua sanção a algumas regras de caráter administrativo, sem abusar das normas penais em branco, nem, muito menos, da constituição de tipos abertos, para com isso não violar o princípio da reserva legal, nem transferir a atividade incriminadora do legislador para a administração (ARAÚJO JR., 1995, p. 50).

Nesta linha de raciocínio:

Com efeito, a norma penal em branco válida é aquela que contém o núcleo essencial da conduta punível descrito no preceito primário da norma incriminadora, sob pena de violar o princípio da reserva legal de crimes e respectivas sanções (BITENCOURT, 2023, p. 110).

Outros doutrinadores, por sua vez, fazem referência à violação do princípio da legalidade, que garante que apenas poderão ser considerados crimes e impostas as devidas sanções se houver uma lei que assim defina. Neste sentido:

En primer lugar, en determinadas materias no siempre es fácil determinar cuál es el precepto extrapenal que debe entenderse violado, lo que ocasiona problemas de taxatividad. En segundo lugar, el legislador pierde el control sobre el proceso de criminalización de conductas. Con remisiones “a bulto” se iguala en el tipo penal la infracción de normas extrapenales cuya importancia puede ser muy diversa. Se iguala la infracción de una norma básica con otra que puede tener carácter secundario. Mas en tercer lugar, y lo que es más importante, como la remisión se realiza con frecuencia a normas de rango infralegal (reglamentos), se deja en manos de distintos ejecutivos (central, autonómico o local) la determinación definitiva del comportamiento típico, en el marco de un procedimiento de producción normativa que no reúne ni de lejos la transparencia que tiene la ley (BARRANCO; GÓMEZ-ALLER; MARTÍN; SÁNCHEZ; 2018, p. 51-52)¹⁰.

Bitencourt (2023, p. 110) acrescenta:

Nesses termos, a validade da norma complementar decorre da autorização concedida pela norma penal em branco, como se fora uma espécie de mandato, devendo-se observar os seus estritos termos, cuja desobediência ofende o princípio constitucional da legalidade.

Em suma, pode-se inferir que a validade da norma penal em branco decorre da conduta punível descrita, de forma que deve observar os preceitos constitucionais. No entanto,

¹⁰ “Em primeiro lugar, em determinadas matérias, nem sempre é fácil determinar qual preceito legal deve ser entendido como violado, o que causa problemas quanto à taxatividade. Em segundo lugar, o legislador perde o controle sobre o processo de criminalização de condutas. Com meio de referências em grandes quantidades, a violação de normas extrapenais de importância variável é equiparada ao delito penal. A violação de uma norma básica é equiparada a violação de uma norma que pode ser de importância secundária. Mas em terceiro lugar, e o mais importante, como a referência é realizada com frequência a normas infralegis (regulamentos), a determinação definitiva do comportamento típico é deixada nas mãos de diferentes executivos (centrais, regionais ou locais), no âmbito de um procedimento de produção normativa que não chega nem perto de atender aos requisitos de transparência da lei.” (BARRANCO; GÓMEZ-ALLER; MARTÍN; SÁNCHEZ; 2018, p. 51-52).

a eficácia da norma penal em branco depende da existência da norma complementar, uma vez que esta é indispensável para caracterização da tipicidade.

5.4.4. Elementos normativos do tipo

A teoria sobre o tipo penal passou por diversas fases ao longo da História. No entanto, foi a partir do final do século XVIII que se compreendeu o tipo penal como uma categoria sistemática autônoma, revolucionando o conceito analítico de crime. Esta evolução deve-se aos estudos de Ernest Von Beling, jurista alemão (BITENCOURT, 2023, p. 170).

Para o referido autor, o tipo penal tinha a função meramente descritiva do delito. Assim, explica Bitencourt (2023, p. 170):

A função do tipo, para Beling, era definir delitos, e por isso se caracterizava pela sua natureza objetiva e neutra, isto é, livre de valor. O caráter objetivo do tipo significava a ausência de elementos subjetivos ou anímicos que, nessa época, integravam a culpabilidade; o caráter neutro, por sua vez, significava a ausência de valorações legais ou normativas que pudessem estar relacionadas com o juízo de antijuridicidade.

Desta forma, o modelo proposto trata o tipo penal de modo objetivo e avalorado, dado que “toda valoração da conduta deveria restringir-se à apreciação da sua antijuridicidade, enquanto os momentos subjetivos ou a atitude anímico espiritual do agente comporiam exclusivamente o exame da culpabilidade” (HORTA, 2005, p. 143).

Contudo, atualmente, o tipo penal é visto para além da mera descrição objetiva da conduta proibida. Isto porque a eficácia da aplicação da norma depende da interpretação da lei penal, sendo que tal interpretação está submetida ao contexto histórico da sociedade, conforme ressaltado por Alamiro Velludo Salvador Netto (2010, p. 219 *apud* BACH, 2012, p. 108):

Em resumo, a norma penal não é objeto pronto para apreensão, mas demanda uma interpretação que a realize em sua integralidade. Isso aparece claramente com conceitos, por exemplo, como o de “mulher honesta”, originalmente previsto no Código de 1940 na narrativa dos delitos de passo sexual mediante fraude e rapto. O perpassar histórico muda e estreita gradativamente a sua compreensão, até a situação-limite de completa inadequação e, em consequência, revogação legislativa. Não parece duvidoso que elementos normativos, como conceitos a serem interpretados, podem abrir a tipicidade, permitindo a inclusão de situações que circundam aos seu redor.

Sobretudo no contexto de um Direito Penal inserido em Estado Democrático de Direito, o tipo penal consta com uma estrutura complexa a fim de descrever o injusto de forma exaustiva. Desta forma, a estrutura do tipo penal é composta por elementos objetivos-descriptivos, objetivos-normativos e subjetivos.

No entendimento de Marion Bach, os elementos objetivo-descritivos e objetivo-normativos têm como finalidade assegurar “que o agente tenha conhecimento de todos os dados necessários à caracterização da infração penal” (2012, p. 107). Nesta perspectiva, os elementos objetivos compreendem:

Os elementos objetivo-descritivos, que são aqueles cujo conhecimento se opera através de mera verificação sensorial, sem que seja necessário qualquer juízo de valor. Exprimem, pois, ‘juízos de realidade’. Estão, também, os elementos normativos, que são aquelas que carecem de valoração jurídica ou ético social para que possam ser compreendidos, não sendo bastante um exercício meramente cognitivo (BACH, 2012, p. 107-108).

A respeito dos elementos subjetivos, a autora mencionada os conceitua como aqueles que “consistem em dados representativos do estado de espírito psíquico-volitivo do agente (psique do indivíduo que pratica a conduta descrita no tipo penal), como dolo, motivo, intenções” (BACH, 2012, p. 108).

Verifica-se, assim, que os elementos objetivo-descritivos são perceptíveis por meio da análise ontológica do mundo fático, ao passo que os elementos objetivo-normativos exigem uma análise axiológica dos valores no contexto cultural (LOPES, 2001, p. 461).

Por marcarem grande presença nos delitos econômicos, este tópico tem como enfoque a análise dos elementos objetivo-normativos do tipo penal. Conforme a proposta de Edmundo Mezger, estes elementos podem ser classificados de acordo com o tipo de valoração, dividindo-se em valoração jurídica, cultural ou quantitativa.

Os elementos objetivo-normativos de valoração quantitativa são aqueles deixados a critério do juiz, como o “prejuízo considerável” para a vítima, existente no crime de dano qualificado no art. 163, parágrafo único, IV, do Código Penal (HORTA, 2005, p. 149).

Enquanto os elementos objetivo-normativos de valoração cultural dizem respeito ao parâmetro de avaliação do juiz no processo de valoração, devendo ser realizado de acordo com regras e conceitos vigentes, mas que, no entanto, não pertencem a esfera do Direito. Como exemplo, Horta (2005, p. 149) cita o termo “obsceno” que caracteriza o delito descrito no artigo 233, *caput*, do Código Penal.

Por fim, os elementos objetivo-normativos de valoração jurídica são aqueles cuja valoração é determinada no próprio ordenamento jurídico, como por exemplo, o conceito de direito autoral presente nos crimes de violação de direito autoral no art. 184, *caput*, do Código Penal (HORTA, 2005, p. 149).

Tendo em vista os elementos objetivo-normativos de valoração jurídica, Tiedeman (2014, p. 3) ressalta sobre a possível confusão que pode haver entre as normas penais em branco e os elementos objetivos em questão. O jurista alemão pontua:

No es muy claro por qué debe tratarse de manera diferente el caso de los elementos normativos y el de la norma penal en blanco (más "abierta" que un tipo penal con elementos normativos). Sobre todo, si el contenido penal de la ley en blanco, sin considerar la regulación extrapenal, se presenta como bastante neutral para dar al tipo un carácter de injusto típico conviene introducir y mantener en él la existencia de la valoración extrapenal.¹¹

De fato, pode ocorrer a associação equivocada entre os elementos objetivo-normativos do tipo penal e as normas penais em branco, no caso destas serem admitidas em caráter amplo, quando a norma complementar é originária da mesma instância legislativa. Tal confusão conceitual justifica-se pelo fato de ambas as técnicas buscarem “complemento” para termos empregados genericamente a fim compreender integralmente o tipo penal.

Para os doutrinadores, o critério material seria o mais adequado para diferenciar as leis penais em branco e os elementos objetivo-normativos do tipo, levando-se em consideração a função desempenhada por cada técnica:

[...] A diferença consistiria na função que cumpre a cada um dos distintos tipos: quando estamos diante de uma invocação a outras normas para a valoração das características típicas, é um elemento normativo; ao contrário, quando existe uma remissão a outras disposições, estaremos diante de uma lei penal em branco. Enquanto os elementos normativos desempenhem uma função interpretativa, a lei penal em branco complementa ou conforma o tipo (PAVÓN, 2004, p. 108 *apud* BACH, 2012, p. 111).

Assim como as normas penais em branco, o uso dos elementos objetivo-normativos do tipo também é criticado por implicar na interpretação do injusto de forma imprecisa, ferindo o princípio da legalidade.

Como explicitado por Luciano Santos Lopes (2001, p. 466):

Tal princípio condiciona a função de garantia do tipo penal e a inclusão dos elementos normativos na sua estrutura. O princípio da legalidade, base estrutural do próprio Estado de Direito, é pedra angular do direito penal que vise à segurança jurídica. Dá a possibilidade do prévio conhecimento dos crimes e das penas e garante que o cidadão não será submetido a coerção penal distinta daquela aposta na lei.

O autor continua:

A função de garantia individual exercida pelo princípio da legalidade estaria seriamente comprometida se as normas que definem os crimes não dispusessem de clareza denotativa na significação de seus elementos. Entre estas modalidades está o emprego de elementos normativos sem precisão semântica, que não permitem uma ‘certeza típica’. A eficaz função garantidora do tipo penal fica na dependência da descrição das normas incriminadoras e dos bens jurídicos valorados. Daí decorre que a técnica legislativa pode vir a ferir tal princípio, usando cláusulas genéricas,

¹¹ “Não é claro porque o caso dos elementos normativos deve ser tratado de forma diferente do caso da norma penal em branco (mais "aberta" do que uma infração penal com elementos normativos). Sobretudo, se o conteúdo penal da lei em branco, sem considerar a norma extrapenal, é apresentado como neutro o suficiente para conferir ao tipo um caráter de injusto típico, a existência da valoração extrapenal deve ser introduzida e mantida nela.” (TIEDEMANN, 2014, p. 3)

elementos normativos em demasia e sanções punitivas totalmente indeterminadas no tempo (LOPES, 2001, p. 467).

A despeito da crítica realizada ao emprego dos elementos objetivo-normativos do tipo, é necessário reconhecer as vantagens que essa construção legal traz ao ordenamento jurídico-penal brasileiro. Primeiro, destaca-se a construção de tipos penais que não sejam excessivamente casuísticos, haja vista o não detalhamento minucioso dos elementos do injusto; outrossim, a atualização do conteúdo valorativo do tipo penal está nas mãos do intérprete da norma penal, evitando alterações legislativas constantes em virtude da evolução histórica dos valores sociais (LOPES, 2001, p. 468).

6. LEGITIMIDADE DA TUTELA JURÍDICA DAS INFRAÇÕES À ORDEM ECONÔMICA

6.1. Expansão jurídico-criminal frente ao discurso legitimador do Direito Administrativo Sancionador

A sociedade pós-moderna, em virtude das profundas mudanças jurídicas, sociais e políticas, é, sobretudo, caracterizada pelo fenômeno da globalização, sendo o fator que norteia a sociedade tecnológica na busca constante pelo progresso. Como consequência, a estrutura social se modifica a fim de atender as novas necessidades, principalmente no âmbito econômico, marcado pela alta dinamicidade e complexidade.

Neste contexto, no qual prevalece a racionalidade, além do conhecimento, dissemina-se os riscos decorrentes dos avanços tecnológicos. Marion Bach (2018, p. 2) esclarece que:

os avanços científicos e tecnológicos abalaram [...] a almejada segurança jurídica e social, dando origem aos riscos globais, que colocam em perigo até mesmo as condições da vida humana: todos se tornam, a um só tempo, vítimas e autores potenciais de graves ilícitos (BACH, 2018, p. 3).

Observa-se, portanto, que a consolidação da economia capitalista somada à globalização desta, cria um cenário de risco generalizado para a sociedade. Pode-se afirmar que a maior parte dos riscos aos quais os indivíduos estão sujeitos provém de decisões que outros indivíduos tomam no manejo dos avanços técnicos (SÁNCHEZ, 2002, p. 29).

A nova estrutura social e econômica relacionada com a constante exposição de riscos de procedência humana reflete nos parâmetros de proteção da sociedade. Deste modo, determinadas condutas tradicionalmente consideradas delitivas deixam de ser criminosas, por

serem vistas como obstáculo às próprias finalidades perseguidas com a globalização, ao mesmo tempo em que surgem novas modalidades de delito (SÁNCHEZ, 2002, p. 79).

Como consequência de tais transformações, a norma penal se faz necessária em novos âmbitos, ampliando os interesses objeto de proteção penal, “de modo que se passa a abarcar alguns bens que ainda não tinham sido elevados à dignidade penal ou, merecimento de pena” (FERNANDES, 2003, pp. 70-73 *apud* FERNANDES; SILVEIRA, 2021).

Isto significa que o Direito Penal é demandado a tutelar determinados bens jurídicos que tradicionalmente pertenciam a outros ramos do Direito, mais especificamente ao Direito Administrativo, como por exemplo, a ordem econômica, o sistema financeiro, o sistema tributário e o meio ambiente.

Helena Regina Lobo da Costa (2013, p. 113) salienta que:

No campo econômico, de fato, direito penal e direito administrativo aproximam-se a largos passos, verificando-se, de um lado, uma administrativização do direito penal e, de outro, um recrudescimento punitivo do direito administrativo sancionador.

A partir da constatação de tal fenômeno pela doutrina, passou-se, então, a questionar legitimidade do Direito Penal na tutela dos novos interesses sociais, levando em consideração, sobretudo, o princípio da intervenção mínima.

Inicialmente, compartilha-se do entendimento de Jesus-Maria Silva Sánchez (2002, p. 27):

O Direito Penal é um instrumento qualificado de proteção de bens jurídicos especialmente importantes. Fixado este ponto, parece obrigatório levar em conta a possibilidade de que sua expansão obedeça, ao menos em parte, já a aparição de novos bens jurídicos.

Sob tal perspectiva, o Direito Penal gozaria de legitimidade para regulamentar as infrações contra a ordem econômica, sendo esta considerada um bem jurídico supraindividual, conforme tratado anteriormente no Capítulo 5.3.

No entanto, pelo prisma do Direito Penal clássico, pensado no contexto iluminista do século XVIII, com o objetivo de garantir as liberdades dos indivíduos contra o poder estatal de punição, na maioria das vezes arbitrário, a expansão jurídico-criminal acarretaria a sua própria deturpação, isto é, o Direito Penal se tornaria puramente simbólico em virtude da tendência expansionista. Nas palavras de Hassemer (2007, p. 230 *apud* SOUZA, 2011, p. 124):

Produção de leis penais e aplicação do Direito Penal como blefe: não é preciso demonstrar em profundidade porque esta saída de salvação do dilema da prevenção do Direito Penal moderno é um caminho equivocado. O Direito Penal simbólico, que tendencialmente abre mão de suas funções manifestas em favor das latentes, trai as tradições liberais do Estado de Direito, em especial o conceito de proteção de bens jurídicos, e fraudula a confiança da população na tutela penal.

Nesta senda, a aplicação do Direito Penal na proteção de bens jurídicos além daqueles considerados individuais representaria um sacrifício das garantias essenciais do Estado de Direito. Isto porque, deixar-se-ia de observar as regras e os princípios penais e processuais, elaborados pela Ciência Penal desde a época do Iluminismo, “em prol de uma duvidosa função preventiva que possa vir a desempenhar diante dos riscos derivados das disfunções dos modernos sistemas sociais” (SOUZA, 2011, p. 125).

Silva Sánchez (2002, p. 137) aponta que aqueles que se contrapõem à expansão jurídico-criminal, propõem “que a maior parte do fenômeno expansivo do Direito Penal teria de ser, sem mais, reconduzido ao Direito Administrativo Sancionador” (SÁNCHEZ, 2002, p. 137).

Com efeito, no contexto nacional, e com enfoque na tutela da ordem econômica – objeto de estudo deste trabalho, autores como Miguel Reale Júnior, Eduardo Reale Ferrari e Helena Regina Lobo da Costa, defendem a legitimidade do Direito Administrativo Sancionador:

Em linhas gerais, na seara econômica, **em face da subsidiariedade penal, uma utilização primeira do Direito Administrativo na tutela da ordem econômica, mas com nuances específicas – daí a especificação sancionador** -, vez que preciso uma maior independência dos órgãos repressores do Poder Executivo, principalmente, e Legislativo, assim como a delimitação restritiva da forma de atuação repressora (SOUZA, 2011, p. 133/134). [Grifos nossos]

A postura defendida pelos autores mencionados parece ser vista como tendência no cenário legislativo brasileiro, sobretudo a partir da década de 1990, quando o Estado Democrático de Direito promoveu a retirada do Estado da posição de agente econômico direto, ocasionando diversas privatizações e desestatizações e demandando novas estratégias de regulação econômico-social” (MEDEIROS, 2017, p. 18). Explica-se.

A primeira legislação brasileira a tratar sobre a criminalização de condutas atentatórias à ordem econômica e respectivas sanções penais foi a Lei nº 8.137/1990, sob o contexto de coibir práticas consideradas formas de abuso de poder econômico e diminuir a impunidade dos agentes de tais delitos.

Todavia, em 1994, foi publicada a Lei nº 8.884, que transformou o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em autarquia e estabeleceu um sistema de defesa da concorrência, dispondo de medidas materiais e instrumentais para a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica.

Por fim, em 2011, foi promulgada a Lei nº 12.529, denominada “Lei Antitruste”, que teve como objetivo reformular a defesa da concorrência do País. Com isto, as condutas que figuravam como ilícitos penais, previstas nos artigos 4º, 5º e 6º da Lei 8.137/1990, foram

revogadas e passaram a figurar como ilícitos administrativos no artigo 36 da 12.529/2011. Enquanto ilícitos penais, as condutas estavam sujeitas à pena de reclusão, de dois a cinco anos, ou multa; como ilícitos administrativos, as condutas estão sujeitas a multas variáveis de acordo com a pessoa do agente consoante artigo 37 da Lei 12.529/2011, reproduzido abaixo:

Art. 37. A prática de infração da ordem econômica sujeita os responsáveis às seguintes penas:

I - no caso de empresa, multa de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do valor do faturamento bruto da empresa, grupo ou conglomerado obtido, no último exercício anterior à instauração do processo administrativo, no ramo de atividade empresarial em que ocorreu a infração, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação;

II - no caso das demais pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como quaisquer associações de entidades ou pessoas constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, que não exerçam atividade empresarial, não sendo possível utilizar-se o critério do valor do faturamento bruto, **a multa será entre R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) e R\$ 2.000.000.000,00 (dois bilhões de reais)**;

III - no caso de administrador, direta ou indiretamente responsável pela infração cometida, quando comprovada a sua culpa ou dolo, multa de 1% (um por cento) a 20% (vinte por cento) daquela aplicada à empresa, no caso previsto no inciso I do caput deste artigo, ou às pessoas jurídicas ou entidades, nos casos previstos no inciso II do caput deste artigo.

§ 1º Em caso de reincidência, as multas cominadas serão aplicadas em dobro (BRASIL, 2011) [*Grifos nossos*].

Além das multas previstas acima, poderão ser aplicadas as seguintes sanções administrativas:

Art. 38. Sem prejuízo das penas cominadas no art. 37 desta Lei, **quando assim exigir a gravidade dos fatos ou o interesse público geral**, poderão ser impostas as seguintes penas, isolada ou cumulativamente:

I - a publicação, em meia página e a expensas do infrator, em jornal indicado na decisão, de extrato **da decisão condenatória**, por 2 (dois) dias seguidos, de 1 (uma) a 3 (três) semanas consecutivas;

II - a proibição de contratar com instituições financeiras oficiais e participar de licitação tendo por objeto aquisições, alienações, realização de obras e serviços, concessão de serviços públicos, na administração pública federal, estadual, municipal e do Distrito Federal, bem como em entidades da administração indireta, por prazo não inferior a 5 (cinco) anos;

III - a inscrição do infrator no Cadastro Nacional de Defesa do Consumidor;

IV - a recomendação aos órgãos públicos competentes para que:

a) **seja concedida licença compulsória de direito de propriedade intelectual de titularidade do infrator**, quando a infração estiver relacionada ao uso desse direito;

b) **não seja concedido ao infrator parcelamento de tributos federais por ele devidos** ou para que **sejam cancelados, no todo ou em parte, incentivos fiscais ou subsídios públicos**;

V - a cisão de sociedade, transferência de controle societário, venda de ativos ou cessação parcial de atividade;

VI - a proibição de exercer o comércio em nome próprio ou como representante de pessoa jurídica, pelo prazo de até 5 (cinco) anos; e

VII - qualquer outro ato ou providência necessários para a eliminação dos efeitos nocivos à ordem econômica. (BRASIL, 2011) [*Grifos nossos*].

Ainda, o legislador estabeleceu, no artigo 45 da Lei 12.529/2011, os critérios que serão utilizados para aplicação das penas descritas acima, sendo que será levado em consideração (i) a gravidade da infração; (b) a boa-fé do infrator; (c) a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator; (d) a consumação ou não da infração; (e) o grau de lesão, ou perigo de lesão, à livre concorrência, à economia nacional, aos consumidores, ou a terceiros; (f) os efeitos econômicos negativos produzidos no mercado; (g) a situação econômica do infrator; e, por fim, (h) a reincidência.

Para os doutrinadores que defendem a aplicação do Direito Administrativo Sancionador, a delimitação do espaço a ser ocupado pelo âmbito jurídico-criminal é verificada por meio da dignidade penal. Deste modo, a criminalização é considerada legítima quando “da presença concomitante de um bem jurídico penal, do respeito aos princípios fundamentais do Direito Penal, assim como da eficiência na utilização do sistema jurídico-criminal” (SOUZA, 2011, p. 143).

Para tanto, a fim de verificar a dignidade penal, considera-se a análise de três critérios formais, quais sejam: (i) a natureza jurídica dos ilícitos administrativos e penais; (ii) as sanções aplicáveis por cada instância; e (iii) o processo adotado no âmbito administrativo e no penal (MEDEIROS, 2017, p. 31).

Brevemente sobre os referidos critérios, os doutrinadores que defendem o caráter sancionador do Direito Administrativo não consideram haver uma distinção substancial entre o ilícito penal e o ilícito administrativo, sendo que “[...] a escolha pela qualificação de uma conduta como ilícito penal ou administrativo não é senão de política legislativa, tendo em vista, primordialmente, a busca de maior eficácia social” (REALE JÚNIOR, 1999, p. 123 *apud* BALDAN, 2009, p. 140).

Quanto às sanções aplicáveis, distinguem-se as sanções administrativas das sanções penais pelo caráter pecuniário daquelas, enquanto as últimas podem levar à privação da liberdade do agente (MEDEIROS, 2017, p. 31).

Por fim, no que tange ao processo adotado por cada instância:

[...] o processo criminal se sujeita a especiais garantias, ao passo que, no direito de mera ordenação social, a competência para a aplicação de sanções é das autoridades administrativas, com a possibilidade de posterior impugnação judicial (MEDEIROS, 2017, p. 31).

À vista do exposto, defende-se a legitimidade da transferência da tutela jurídica no âmbito econômico para o Direito Administrativo Sancionador em nome de uma maior

segurança e eficácia na regulamentação dos delitos econômicos, considerando, respectivamente, as técnicas não tradicionais utilizadas pelo Direito Penal na construção do delito econômico e a morosidade do sistema judiciário.

Todavia, Silva Sánchez (2002, p. 143) ressalta que se opor à “modernização” do Direito Penal equivale a defender um “Direito Penal de classes”, “no qual o ladrão convencional continue sofrendo uma pena, enquanto o delinquente econômico [...] ficaria à margem do Direito Penal”.

Ainda, o referido autor destaca que a ampliação do Direito Penal é um dado constatado, de forma que, promover a “devolução” da tutela dos bens jurídicos característicos da sociedade de risco ao Direito Administrativo, é evitar olhar para os motivos que levaram à tal expansão (SÁNCHEZ, 2002, p. 137).

De acordo com o exposto no início deste Capítulo, pode-se dizer que a sociedade do risco e a expansão do Direito Penal estão diretamente relacionadas como fatores de causa e efeito, respectivamente. Contudo, a ampliação das fronteiras jurídico-criminais não diz respeito à totalidade do Direito Penal, mas, especificamente, no âmbito da delinquência econômica. Como consequência, a ordem econômica passou a ser objeto de proteção penal a partir da administrativização deste, culminando no surgimento de um novo ramo jurídico-penal, o Direito Penal Econômico, abordado no Capítulo 5 deste trabalho.

Ainda que o Direito Penal tenha sido demandado em decorrência das configurações da sociedade pós-industrial, questiona-se a validade e efetividade legislativa, uma vez que a administrativização do Direito Penal é vista como uma forma de abuso do caráter simbólico deste ramo jurídico (SOUZA, 2011, p. 166).

Dentre as críticas, primeiramente, há a discordância quanto às técnicas empregadas pelo legislador, as quais foram exploradas no capítulo anterior, sendo: crimes de perigo, tipos penais abertos, normas penais em branco e elementos normativos do tipo. Para Helena Regina Lobo da Costa (2010, p. 153), os instrumentos normativos utilizados pelo legislador para a construção do tipo no Direito Penal Econômico representam uma ameaça à segurança jurídica dos indivíduos em virtude do comprometimento dos princípios da legalidade e lesividade penais.

No que tange a este apontamento, deve-se considerar o princípio da unicidade do ordenamento jurídico:

La regla básica de esta lectura y que deriva del principio de unidad del ordenamiento jurídico es que la interpretación del elemento normativo no puede contradecir la normativa extrapenal, considerando delictivos comportamientos que son admisibles en el ámbito extrapenal. [...] exigen que los elementos normativos sean entendidos

de modo conforme a la interpretación que existe en el sector del Derecho del que provienen (MARTIN; SÁNCHEZ; GOMEZ-ALLER; BARRANCO, 2018, p. 50).¹²

Outrossim, não se pode perder de vista que “em ordem a fornecer respostas adequadas às novas questões, faz-se necessária a utilização em larga escala de instrumentos e institutos penais antes pouco utilizados ou mesmo inexistentes” (FERNANDES; SILVEIRA, 2021). Além disso, a doutrina alega que há determinada vantagem prática em utilizar as técnicas legislativas em questão para a construção do tipo penal: evitar a obsolescência dos tipos penais e a necessidade de uma reforma legislativa quando houver modificação nas normas de referência (MARTIN; SÁNCHEZ; GOMEZ-ALLER; BARRANCO, 2018, p. 51).

Outra incoerência apontada pelos defensores da aplicação do Direito Administrativo Sancionador está na dificuldade de delimitação do bem jurídico tutelado pelo Direito Penal Econômico. Neste sentido, Miguel Reale Júnior (2009, p. 24) observa que “[...] o tipo penal não pode tutelar a mera desobediência à administração, devendo-se sempre verificar se há, concomitantemente, afetação do bem jurídico”. Todavia, ainda hoje a noção de bem jurídico não é pacífica.

Conforme visto no Capítulo 5, após a Segunda Guerra Mundial, a perspectiva das Teorias Funcionalistas ganhou força em decorrência do novo contexto em que a sociedade moderna foi inserida. Os expoentes destas teorias são os alemães Claus Roxin e Gunther Jakobs. Para o primeiro autor, defensor do funcionalismo teleológico, considera-se como bem jurídico digno de proteção penal os interesses que afetam a convivência pacífica dos cidadãos, sejam interesses individuais ou coletivos. Ao passo que no funcionalismo sistêmico, defendido por Gunther Jakobs, a função do direito penal seria proteger a própria validade da norma penal.

Sendo assim, a crítica em questão não se revela como um entrave à aplicação do Direito Penal Econômico se analisada sob o entendimento jurídico-penal moderno.

Ainda, alguns pensadores afirmam que a utilização do Direito Penal sob o viés econômico é um reforço da atividade administrativa do Estado, que pode corroborar com a presença de determinado grau de autoritarismo. Assim, assevera Marion Bach (2018, p. 9):

[...] permitir ao Estado fazer uso do direito penal para si, ao invés de empregá-lo para proteção de bens jurídicos que dizem respeito ao indivíduo (diretamente, nos bens jurídicos individuais, ou indiretamente, nos bens jurídicos transindividuais). Há

¹² “A regra básica dessa leitura, que decorre do princípio da unidade do sistema jurídico, é que a interpretação do elemento normativo não pode contrariar o direito extrapenal, considerando criminosa a conduta admissível na esfera extrapenal. [...] exigem que os elementos normativos sejam entendidos de acordo com a interpretação existente na área do Direito da qual se originam.” (MARTIN; SÁNCHEZ; GOMEZ-ALLER; BARRANCO, 2018, p. 50) (Tradução livre)

sempre um risco de autoritarismo no fato de o detentor do poder punitivo estabelecer crimes e penas para se autopreservar.

Em contrapartida, ressalta-se que “diante do enfraquecimento do Estado no contexto de globalização, muitas atividades que antes eram praticadas diretamente por órgãos estatais passaram às mãos de empresas privadas” (COSTA, 2013, p. 117), ficando a cargo do Estado o exercer a função de agente normativo e regulador, devendo fiscalizar, incentivar e planejar atividade econômica.

No caso da ordem econômica, bem jurídico tutelado pelo Direito Penal Econômico, pode-se falar em legitimidade do poder punitivo partindo do pressuposto de que o bem jurídico tutelado se refere a interesses estatais e coletivos, qual seja, a confiança dos indivíduos perante o funcionamento do sistema econômico do País.

Ainda que se questione a aplicação do Direito Penal Econômico na regulação das infrações contra a econômica, de acordo com Silva Sánchez (2002, p. 145):

seria razoável que em um Direito Penal mais distante do núcleo criminal e no qual se impusessem penas mais próximas às sanções administrativas (privativas de direitos, multas, sanções que recaem sobre pessoas jurídicas) se flexibilizassem os critérios de imputação e as garantias político-criminais.

Para o mencionado autor, frente as configurações e aspirações da sociedade contemporânea, seria difícil impedir uma certa expansão do Direito Penal. Admitindo-se este fato, o criminólogo defende que, na existência de um Direito Penal que tutela bens jurídicos não tradicionais, este deve flexibilizar as regras de imputação e os princípios político criminais, salvaguardando a funcionalidade e as garantias do sistema jurídico-penal (SÁNCHEZ, 2002, p. 146-147).

Considerando a configuração atual do Direito Penal Econômico, nota-se que, em certo nível, este se adequa aos requisitos propostos para sua legitimidade, uma vez que este apresente particularidades na tipificação do delito econômico, além de usufruir dos fundamentos da imputação objetiva a fim de avaliar “se a conduta do autor criou ou não um risco juridicamente relevante de lesão a um bem jurídico com relação ao resultado” (SANTIN, 2017, p. 175).

Entretanto, para que a estrutura da dogmática penal contemporânea, caracterizada pela menos intensidade garantística, seja minimamente compatível com as garantias materiais e processuais do sistema jurídico-criminal, a flexibilização do Direito Penal deveria prescindir das penas privativas de liberdade, para que, assim, possa nortear seus institutos ao gerenciamento de riscos de forma eficaz (SÁNCHEZ, 2002, p. 141).

6.2. Aplicação concomitante do Direito Criminal e Direito Administrativo Sancionador: configuração de *bis in idem*?

Tendo em vista que, na regulação das infrações à ordem econômica, dispõe-se de sanções penais de carácter privativo de liberdade, restritivo de direito e pecuniário, além das sanções administrativas, cumpre analisar se há violação do princípio *non bis in idem* quando da aplicação do concomitante das duas esferas jurídicas.

Primeiramente, o *non bis in idem* trata-se de um princípio tradicional do Direito Penal, segundo o qual, “ninguém deve ser sancionado ou processado mais de uma vez pelo mesmo fato”. De sua definição, pode-se depreender que este princípio decorre dos demais princípios do sistema jurídico-criminal, dentre eles, o princípio da legalidade, culpabilidade, segurança jurídica e tutela efetiva (MENDES; BUONICORE; DE-LORENZI, 2022, p. 2).

A proibição do *bis in idem* está prevista implicitamente no texto constitucional brasileiro, mas, por outro lado, está definido de modo expresse em tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário, como o artigo 8.4 da Convenção Americana de Direitos Humanos, que dispõe: “O acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos”, bem como artigo 15.7 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos que preconiza: “Ninguém poderá ser processado ou punido por um delito pelo qual já foi absolvido ou condenado por sentença passada em julgado, em conformidade com a lei e os procedimentos penais de cada país”.

Diante o exposto, verificar-se-á se a relação entre o Direito Penal Econômico e o Direito Administrativo Sancionador pode representar uma ameaça ao princípio em questão.

O Direito Penal Econômico, conforme salientado ao longo deste trabalho, é caracterizado pela dependência do âmbito extrapenal para compreensão e construção do delito econômico. Desta forma, aposta-se na simbiose entre as normas penais e administrativas para proteger os bens jurídicos supraindividuais que, por sua vez, são menos determinados se comparados aos tipos do Direito Penal clássico (CARNELÓS, 2021, p. 17).

Neste sentido:

La mayoría de las infracciones que componen el Derecho penal económico tienen carácter accesorio. Con esta característica se quiere indicar que el tipo penal se construye a partir de normas jurídicas de carácter fiscal, mercantil o administrativo. [...]. Esto no quiere decir que por supuesto el tipo penal, en virtud del carácter de “ultima ratio”, no deba añadir algún requisito ulterior que aumente el desvalor del

resultado o de la conducta prohibida (MARTIN; SANCHÉZ; GOMER-ALLER; BARRANCO, 2018, p. 50).¹³

Evidencia-se, portanto, a assessoriedade do Direito Penal Econômico, uma vez que este necessita das normas administrativas para delimitar o risco juridicamente desaprovado. Luís Greco (2006, p. 169) esclarece que no caso das normas tradicionais do Direito Penal, cabe ao juiz determinar o risco criado pelo agente é ou não permitido, podendo ou não recorrer às normas administrativas. No entanto, quando se trata de normas penais complementadas pelo Direito Administrativo, a determinação do risco é feita pelo órgão administrativo em momento anterior, isto é, quando da elaboração da própria norma.

Deste modo, indaga-se se as infrações à ordem econômica, objeto de análise deste trabalho, podem constituir um ilícito penal e um ilícito administrativo concomitantemente:

Uma mesma conduta pode ser proibida em mais de um ramo do ordenamento jurídico, de modo que sua realização constitua ilícito sancionado em distintas instâncias. Em razão dessa possibilidade, para além da vedação de *bis in idem* no interior do Direito Penal, discute-se também a sua incidência na intersecção entre este e o Direito Administrativo Sancionador: se um mesmo fato constitui ilícito penal e administrativo, pode ele ser processado e sancionado nas duas instâncias? (MENDES; BUONICORE; DE-LORENZI, 2022, p. 2).

Diante da limitação jurídico-penal para valoração do risco juridicamente desaprovado, que requer a vinculação das normas penais e administrativas para compreensão do comportamento proibido, cumpre analisar se há diferenças entre o ilícito penal e o ilícito administrativo, bem como o caráter das sanções aplicadas nas respectivas instâncias.

Inicialmente, não há um consenso entre os pesquisadores sobre a existência de uma distinção entre o ilícito penal e o administrativo, deste modo, abordar-se-á as considerações elaboradas no que tange as diferenciações normativa e material.

Na lição de Baldan (2009, p. 136), considera-se haver diferença entre os ilícitos penais e administrativos a partir do critério normativo. Para o autor:

Com efeito, ao Direito Penal pertencem condutas que, antes e independentemente de sua valoração como ilícitos, têm um mais amplo desvalor moral, cultural e social. A conduta em si mesma considerada, independentemente de sua proibição legal, é axiologicamente relevante e pertence, portanto, ao Direito Penal. O ilícito administrativo, por sua vez, configura uma conduta axiologicamente neutra e pertence, por isso, ao Direito de mera ordenação.

Observa-se, diante do exposto, que a análise normativa pauta-se no princípio da ponderação axiológica. Isto é, por meio da aplicação do referido princípio, delimita-se o

¹³ “A maioria dos delitos que compõem o Direito penal econômico é de natureza acessória. Essa característica significa que a infração penal é construída com base em regras legais de natureza fiscal, comercial ou administrativa. [...]. Isso não significa que, evidentemente, a infração penal, em virtude de sua natureza de ‘ultima ratio’, não deva acrescentar algum requisito adicional que aumente o desvalor do resultado ou da conduta proibida” (MARTIN; SANCHÉZ; GOMER-ALLER; BARRANCO, 2018, p. 50) (Tradução livre).

desvalor ético-social do injusto econômico, além de interpretar e sistematizar os interesses jurídicos pertencentes à ordem pública econômica (BALDAN, 2009, p. 138).

A respeito do caráter substancial entre os tipos de ilícito em questão, Miguel Bajo Fernandez (1979, p. 91 *apud* BALDAN, 2009, p. 141) aponta o seguinte:

O crime lesiona interesses vitais juridicamente protegidos, isto é, *bens jurídicos*; enquanto a infração administrativa lesiona os interesses da Administração na colaboração do cidadão, vale dizer, *bens administrativos*.

Assim, para o autor supramencionado, entende-se que os ilícitos penais se ocupariam dos atos mais graves e intoleráveis para a vida social, enquanto os ilícitos administrativos teriam como objetivo atos menos gravosos.

Em contrapartida, Miguel Reale Júnior considera inexistente uma diferença substancial entre os tipos de ilícito, de forma que, a categorização de uma conduta como ilícito penal ou administrativo é uma questão política praticada pelo legislador ao buscar uma maior eficácia social (BALDAN, 2009, p. 140).

Para fins deste trabalho e para o que será abordado a seguir, considerar-se-á o posicionamento do jurista Bajo Fernandez. Sendo assim, a distinção entre o ilícito penal e o administrativo está nos bens protegidos pelo Direito Penal Econômico e Direito Administrativo Sancionador.

Adentrando brevemente na questão sobre as sanções aplicadas pelo Direito Penal e Direito Administrativo Sancionador, tem-se que o Direito Penal tem como sanção a pena, como medida mais grave de intervenção estatal, compreendida por três espécies: pena privativa de liberdade, pena restritiva de direito e multa. Ao passo que a sanção administrativa não se constitui como pena, uma vez que não pode ser convertida em privação de liberdade. Contudo, “a distinção torna-se impossível quando se trata de multa, já que também a multa penal, no Brasil, não pode ser convertida em pena de prisão” (MENDES; BUONICORE; DE-LORENZI, 2022, p. 2).

Ademais, deve-se considerar que:

La inmensa mayoría de los delitos que se inscriben en el Derecho penal económico colidan con sanciones administrativas. [...] una suerte de progresión o línea continua que va desde las sanciones administrativas leves, pasando por las graves y muy graves, hasta desembocar en el tipo penal (MARTIN; SANCHÉZ; GOMER-ALLER; BARRANCO, 2018, p. 53).¹⁴

¹⁴ “A grande maioria das infrações previstas no Direito penal econômico colide com sanções administrativas. [...], uma espécie de progressão ou linha contínua que vai de sanções administrativas menores, passando por graves e muito graves, até chegar ao tipo penal” (MARTIN; SANCHÉZ; GOMER-ALLER; BARRANCO, 2018, p. 53) (Tradução livre).

No Brasil, até então, a doutrina e a jurisprudência adotam o entendimento de que não há objeções no acúmulo de sanções penais e administrativas, em virtude da independência entre as instâncias como consequência do princípio da separação dos poderes. O Supremo Tribunal Federal decidiu que, exceto nas hipóteses de determinados crimes tributários, a ausência de decisão definitiva no âmbito administrativo sobre determinado fato não impede a instauração e nem a suspensão do processo penal acerca do mesmo fato. Além disso, o órgão de cúpula do Poder Judiciário considerou que a decisão administrativa não vincula os julgadores na esfera penal (MENDES; BUONICORE; DE-LORENZI, 2022, p. 14).

Todavia, o entendimento acima tem demonstrado seguir novos rumos no contexto mundial. Isto porque, em março de 2014, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos proferiu decisão pragmática, na qual reconheceu a violação do princípio *non bis in idem* no caso que ficou conhecido como “Grande Stevens”. De acordo com o Tribunal, “admitida a natureza sancionatória do direito administrativo italiano, as punições advindas do direito penal e do direito administrativo, tendo como origem a mesma conduta, violam a Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais” (BACH, 2018, p. 12).

Ainda, o Tribunal de Justiça da União Europeia, em 2018, considerou a violação do *non bis in idem* nos casos “Enzo Di Puma” e “Antonio Zeca”, nos quais houve a instauração e julgamento de processo administrativo sancionador a respeito dos mesmos fatos em que o réu foi absolvido no âmbito penal (MENDES; BUONICORE; DE-LORENZI, 2022, p. 15).

A partir de então, parte da doutrina passou a entender que a acumulação de sanções penais e administrativas é admitida desde que sejam (i) impostas por autoridades distintas, (ii) fundamentadas em bases normativas diversa e (iii) para cumprir funções de penalidades diferentes (BACH, 2018, p. 11). A respeito de tal consideração, observa-se, portanto, a existência de uma relativa independência entre as instâncias, conforme os dizeres abaixo:

A Constituição determina, em relação aos ilícitos ambientais e de improbidade, a aplicação conjunta de sanções penais e administrativas, estabelecendo uma independência entre tais instâncias. A legislação infraconstitucional expande essa ideia para outros ilícitos. Todavia, essa autonomia entre as esferas não pode ser entendida como absoluta, possibilitando a cumulação integral das sanções penais e administrativas e a total incomunicabilidade das decisões nos dois âmbitos. Pelo contrário, tendências legislativas recentes e decisões de Cortes internacionais mostram que o múltiplo sancionamento e persecução deve ser admitido apenas se atendidos certos requisitos, ligados principalmente à existência de regramento legal e à observância da proporcionalidade, impossibilitando uma intervenção excessiva do Estado – ainda que mediante diferentes remos jurídicos – sobre os cidadãos. Deve-se reconhecer, portanto, uma independência mitigada entre as instâncias (MENDES; BUONICORE; DE-LORENZI, 2022, p. 17).

Conclui-se, portanto, que o assunto é demasiado controverso, mas que caminha a um entendimento pacificado a partir do momento em que se reconhece que há uma independência mitigada entre as instâncias. Além disso, a questão do *bis in idem* reflete à ausência de distinção na aplicação dos dois tipos de sanção decorrentes do *ius puniendi*, sendo que a adoção de uma técnica legislativa diversa, que se preocupasse em delimitar o escopo de atuação do Direito Penal e do Direito Administrativo, poderia encaminhar a discussão a um novo patamar.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto neste trabalho, evidencia-se que, a configuração da sociedade pós-moderna, marcada pela presença constante de elevados fatores de risco, e o movimento expansionista do Direito Criminal estão intimamente relacionados. Desta forma, a expansão jurídico-criminal é um fato, não há como impedi-la, uma vez que esta já ocorreu. No entanto, atualmente busca-se uma descriminalização das condutas tipificadas a fim de manter os interesses individuais como referência do Direito Penal.

Este estudo buscou analisar as consequências de tal movimento, mais especificamente, no campo das infrações contra a ordem econômica, uma vez que o bem jurídico em questão é concomitantemente tutelado pelo Direito Penal Econômico e pelo Direito Administrativo Sancionador e envolve amplas discussões acerca da legitimidade de sua tutela.

Constatada a administrativização do Direito Criminal, como efeito de sua expansão, parte da doutrina passou a defender a intervenção penal mínima nos moldes do Direito Penal clássico. Para tanto, disseminaram-se críticas à aplicação do Direito Penal na esfera econômica, sustentando que a tutela da ordem econômica por meio das normas penais restaria ilegítima, em virtude da deturpação da função do Direito Criminal. Como alternativa, caberia ao Direito Administrativo Sancionador regular tais infrações em nome de uma maior eficácia e segurança jurídica.

Entretanto, conforme demonstrado, é preciso cautela antes de se posicionar nesta discussão. Isto porque, primeiramente, aplicar ao cenário atual as estruturas da dogmática penal tradicional é desconsiderar o contexto da sociedade pós-moderna e suas demandas. Assim como, justificar a proteção penal na ordem econômica simplesmente por esta ter sido uma demanda social, também não a faz legítima.

Salienta-se, portanto, que ambas as propostas carecem de requisitos que as tornem, de fato, legítimas. No que tange ao Direito Penal Econômico, para que sua expansão seja coerente, é preciso considerar a supressão da pena privativa de liberdade. Ao passo que, o Direito Administrativo Sancionador, na forma tal como o defendem, carece de garantias materiais e processuais, perdendo de vista o alinhamento deste com os princípios fundamentais do sistema jurídico.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO JÚNIOR, João Marcello de. **Dos crimes contra a ordem econômica**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

ARGUELLO, Katie. **Do Estado social ao Estado penal: invertendo o discurso da ordem**. Disponível em: <http://www.cirino.com.br/artigos/Artigo%20Katie.pdf>. Acesso em: 04 jun. 2023.

BACH, Marion. **Leis penais em branco e princípio da legalidade penal**. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2012. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/27509>. Acessado em: 17 ago. 2023.

BALDAN, Edson Luís. **Fundamentos do Direito Penal Econômico**. Curitiba: Juruá, 2009.

BERCOVICI, G. Constituição econômica e dignidade da pessoa humana. **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade de São Paulo, [S. l.], v. 102, p. 457-467, 2007. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67764>. Acesso em: 12 mai. 2023.

BEZERRA, Ingrid de Lima; BEZERRA JR., Francisco Glauberto. Crimes de Perigo Abstrato na Sociedade do Risco. **Revista de Criminologias e Políticas Criminais**. Vol. 2, n 1, 2016, p. 191–208. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/revistacpc/article/view/295>. Acesso em: 07 nov. 2023.

BITENCOURT, Cezar R. **Tratado de direito penal: parte geral (arts. 1º a 120)**. v.1. São Paulo: Editora Saraiva, 2023. E-book. ISBN 9786553627109. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553627109/>. Acesso em: 20 jul. 2023.

BRASIL. Constituição (1891). Lex: **Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de fevereiro de 1891**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm. Acesso em: 29 maio 2023.

BRASIL. Constituição (1934). Lex: **Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em: 29 maio 2023.

BRASIL. Constituição (1937). Lex: **Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm. Acesso em: 29 maio 2023.

BRASIL. Constituição (1946). Lex: **Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm. Acesso em: 29 maio 2023.

BRASIL. Constituição (1988). Lex: **Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 29 maio 2023.

BRASIL. **Lei 12.529/2011.** Lei que Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. Promulgada em 30 de novembro de 2011. Brasília: Câmara dos Deputados, 2011. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2011/lei-12529-30-novembro-2011-611850-publicacaooriginal-134358-pl.html>. Acessado em: 24 out. 2023.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 4.788/1990.** Define crimes contra a administração tributária, de abuso do poder econômico e dá outras providências. Brasília: Câmara dos Deputados, 1990. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1147359&filename=Dossie-PL%204788/1990. Acessado em: 29 maio 2023.

BRITTO, Thiago da Cunha. A orientação seletiva da criminalização secundária e o papel das agências de fiscalização e controle na detecção dos crimes de colarinho branco. **Revista do Tribunal de Contas da União**, n. 149, 2022. Disponível em: <https://revista.tcu.gov.br/ojs/index.php/RTCU/article/view/1840>. Acesso em: 04 jun. de 2023.

BRUNA, Sérgio Varella. **O poder econômico e a conceituação do abuso em seu exercício**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

BUESCU, Mircea. A ordem econômica nas Constituições da República. **Revista de informação legislativa**, Brasília, v. 23, n. 91, p. 153-172, 1986. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/180317>. Acesso em: 04 jun. de 2023.

CARMO, Aendria de Souza.; FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **A defesa da concorrência e a concretização dos princípios da Ordem Econômica Constitucional**. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=80e888e0e8706954>. Acesso em: 25 jul. 2023.

CARNELÓS, Guilherme Ziliani. **A “independência das instâncias”: investigação sobre origem e aplicação de aplicação na esfera penal**. 2021. Tese (Mestrado em Direito Penal) – Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, 2021 Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br:80/dspace/handle/10438/31513>. Acesso em: 14 set. 2023.

CERVINI, Raúl. Derecho penal económico. Perspectiva integrada. **Revista de Derecho: Publicación de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Uruguay**, n. 3, 2008, p. 11–58. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6119889>. Acesso em: 30 maio 2023.

COSTA, Helena Regina Lobo da. **Direito penal econômico e direito administrativo sancionador: ne bis in idem como medida de política sancionadora integrada**. Tese de Livre-Docência. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2013.

COSTA, Helena Regina Lobo da. **Proteção penal ambiental: viabilidade, efetividade, tutela por outros ramos do direito**. São Paulo: Saraiva, 2010.

FACHIN, Melina Girardi.; MAZONI, Ana Paula de Oliveira. **A teoria do etiquetamento do sistema penal e os crimes contra a ordem econômica: uma análise dos crimes de colarinho branco**. 2012. Disponível em:

<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/viewFile/10183/10422>. Acesso em: 04 jun. de 2023.

FERNANDES, Fernando Andrade; SILVEIRA, Dana Rocha. Acerca dos crimes de perigo abstrato-concreto na doutrina geral dos crimes de perigo. **IUS ET VERITAS**, n. 62, 2021, p. 204-214. Disponível em: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/23906>. Acesso em: 07 nov. 2023.

GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. Tradução de Raul Fiker. São Paulo: Unesp, 1991.

GIDDENS, Anthony. **O mundo na era da globalização**. Tradução de Saul Barata. Lisboa: Editoria Presença, 2000^a.

GODOY, Regina Maria Bueno de. **Bem jurídico penal**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: <https://repositorio.pucsp.br/xmlui/handle/handle/9105>. Acesso em: 01 jun. 2023.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica**. 14. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

GRECO, Luís. A relação entre o direito penal e o direito administrativo no direito penal ambiental: uma introdução aos problemas da acessoriedade administrativa. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 14, n. 58, maio 2006, pp. 167-168.

GUARAGNI, Fábio André; KOBUS, Renata Carvalho. O Abuso Do Poder Sob O Enfoque Do Direito Penal Econômico. **Revista Jurídica**, [S.l.], v. 2, n. 43, p. 234 - 259, fev. 2017. Disponível em: <https://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/1830>. Acesso em: 01 out. 2023.

GUZZO, Fabiano César Rebussi. O paradoxo da defesa do consumidor como finalidade das políticas de concorrência no Brasil II - égide dos decretos-lei n. 869/1938 e 7.666/1945. **ATHENAS: Revista Eletrônica de Direito, Política e Filosofia**, v. II, p. 77-106, 2013.

Disponível em:
http://www.fdcl.com.br/revista/site/download/fdcl_athenas_ano2_vol2_2013_artigo5.pdf.
 Acesso em: 07 ago. 2023.

HORTA, Frederico Gomes de Almeida. Dos elementos normativos do tipo por sua precisão conceitual. **Revista do Centro Acadêmico Afonso Pena**, n. 1, 2005, p. 141-181. Disponível em: <https://revistadocaap.direito.ufmg.br/index.php/revista/article/view/84>. Acessado em: 07 ago. 2023.

HORTA, Raul Machado. Constituição e Ordem Econômica e Financeira. **Revista de informação legislativa**, Brasília, v. 28, n. 111, p. 5-20, 1991.

JAKOBS, Günther. **Derecho penal: parte general, fundamentos y teoría de la imputación**. 2. ed. Traducción de Joaquin Cuello Contreras; Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1997.

KNOPFHOLZ, Alexandre. **A denúncia genérica nos crimes econômicos**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2013.

LOPES, Luciano Santos. **Considerações sobre o tipo penal, seus elementos normativos e a teoria linguística**. Revista do Centro Acadêmico Afonso Pena, n. 1, 2001, p. 455-479. Disponível em: <https://revistadocaap.direito.ufmg.br/index.php/revista/article/view/139>. Acessado em: 27 jul. 2023.

MARTIN, Adán Nieto; SÁNCHEZ, Juan Antonio Lascuraín; GOMEZ-ALLER, Jacobo Dopico e BARRANCO, Norberto J. De La Mata. **Derecho Penal Económico y de la Empresa**. Madrid: Editorial Dykinson, 2018.

MARTINS NETO, Alfredo Pinheiro. Direito Penal Econômico como **Direito Penal de Perigo: A tutela da livre concorrência na sociedade de risco contemporânea**. 2013. 104 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Centro de Ciências Jurídicas/FDR, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2014.

MEDEIROS, Alice Bernardo Voronoff de. **Por um discurso de justificação e aplicação para o Direito administrativo sancionador no Brasil**. 2017. 279 f. Tese (Doutorado em Direito Público) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017.

MENDES, Gilmar; BUONICORE, Bruno Tadeu; DE-LORENZI, Felipe da Costa. Ne bis in idem entre Direito Penal e Administrativo Sancionador: considerações sobre a multiplicidade de sanções e de processos em distintas instâncias. **Revista Brasileira de Ciências Criminas**. vol. 192. ano 30. p. 75-112. São Paulo: Ed. RT, setembro – outubro/2022. Disponível em: <https://www.thomsonreuters.com.br/content/dam/ewp-m/documents/brazil/pt/pdf/other/rbccrim-192-ne-bis-in-idem-entre-direito-penal-e-administrativo-sancionador.pdf>. Acesso em: 05 out. 2023.

PAUL, Roberto J.; NIEHOFF, Brian P. White collar crime: causes and prevention. **Journal of Individual Employment Rights**, 2001. p. 41-57. Disponível em: <https://access.portico.org/Portico/auView?auId=ark:%2F27927%2Fpgk5sz4j94>. Acesso em: 04 jun. de 2023.

PÉREZ, Carlos Martínez Buján. **Derecho Penal Económico: Parte Geral**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

PINTO, Felipe Chiarello de Souza; VIVA, Rafael Quaresma. O constitucionalismo econômico: a Constituição econômica brasileira no documento promulgado em 05 de outubro de 1988. **XXI Congresso do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito (CONPEDI): Direito e Economia**, Niterói, p. 8-24, 2012.

REALE JÚNIOR, Miguel. **Dos estados de necessidade**. São Paulo: Bushatsky, 1971.

REALE JÚNIOR, Miguel. **Fundamentos de Direito Penal**. São Paulo: Grupo GEN, 2020. E-book. ISBN 9788530991609. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530991609/>. Acesso em: 04 jun. 2023.

REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições de direito penal – parte geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

RODRIGUES, Hailton dos Santos. **A formação do comportamento delitivo: Uma análise da teoria da associação diferencial de Edwin H. Sutherland**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Portucalense, Paranhos, 2021. Disponível em: <http://repositorio.uportu.pt:8080/handle/11328/3871>. Acesso em: 04 jun. de 2023.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal, tomo I**. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997.

ROXIN, Claus. **El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen**. Traducción de Manuel Cancio Meliá. Granada: Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, n 15, 2013. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/56887>. Acesso em: 02 jun. 2023.

ROXIN, Claus. **Funcionalismo e imputação objetiva no Direito Penal**. Tradução Luís Greco. – 3ª ed. – Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SANTIN, Janice. A imputação objetiva e sua aplicação nos delitos econômicos e empresariais; in: Lobato/Martinelli/Santos, **Comentários ao Direito Penal Econômico Brasileiro**. Belo Horizonte, 2017, p. 167-209.

SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. Tradução de Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SCHMIDT, Andrei Zenkner. A delimitação do direito penal econômico a partir do objeto do ilícito. In: VILARDI, Celso Sanchez; PEREIRA, Flávia Rahal Bresser; e NETO, Theodomiro Dias (coords.). **Direito Penal Econômico: Crimes Financeiros e Correlatos** (Série GVlaw). São Paulo: Saraiva, 2011.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2019.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros. Da criminologia à política criminal: direito penal econômico e o novo direito penal. In: Souza, Artur de Brito Gueiros (org.). **Inovações no direito penal**

econômico: contribuições criminológicas, político criminais e dogmáticas. Brasília: Esmpu, 2011. p. 125.

SOUZA, Luciano Anderson de. **Análise da legitimidade da proteção penal da ordem econômica.** 2011. Tese (Doutorado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. doi:10.11606/T.2.2011.tde-10092012-152423. Acesso em: 20 jul. 2023

SUTHERLAND, Edwin H. **Crime de Colarinho Branco: versão sem cortes.** Tradução de Clécio Ramos. 1. Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional Econômico.** São Paulo: Método, 2006.

TIEDEMANN, Klaus. **Parte general del derecho penal económico.** Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2014. Disponível em: <https://www.cervantesvirtual.com/obra/parte-general-del-derecho-penal-economico/>. Acesso em: 03 jun. 2023.

TIEDEMANN, Klaus. O Conceito de Direito Econômico, de Derecho Penal Econômico e de Delito Econômico. **Revista Chilena de Derecho**, vol. 10, no. 1, 1983, pp. 59–68. *JSTOR*, <http://www.jstor.org/stable/41608096>. Acesso em: 03 jun. 2023.

TRAUCZYNSKI, Nicole. **Gestão fraudulenta e concurso de normas na lei dos crimes contra o sistema financeiro nacional.** 2014. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. doi:10.11606/D.2.2014.tde-20012015-153607. Acesso em: 26 jul. 2023.

WEBER, Max. **Economia e Sociedade: Fundamentos da sociologia compreensiva.** 4. ed. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 2000, 2009 (reimpressão).