

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

OTÁVIO AUGUSTO MANTOVANI SILVA

**AS FINALIDADES DA PENA NO ÂMBITO DO DIREITO PENAL
ECONÔMICO**

**FRANCA- SP
2023**

OTÁVIO AUGUSTO MANTOVANI SILVA

**AS FINALIDADES DA PENA NO ÂMBITO DO DIREITO PENAL
ECONÔMICO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” como parte das exigências para obtenção do título de Mestre em Direito. Área de concentração: Sistemas normativos e fundamentos da cidadania.

Orientador: Prof. Dr. Fernando Andrade Fernandes

**FRANCA - SP
2023**

S586f Silva, Otávio Augusto Mantovani
As finalidades da pena no âmbito do Direito Penal Econômico /
Otávio Augusto Mantovani Silva. -- Franca, 2023
227 p.

Dissertação (mestrado) - Universidade Estadual Paulista (Unesp),
Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Franca
Orientador: Fernando Andrade Fernandes

1. Direito Penal. 2. Crimes Econômicos. 3. Finalidade da Pena
Criminal. 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.

OTÁVIO AUGUSTO MANTOVANI SILVA

**AS FINALIDADES DA PENA NO ÂMBITO DO DIREITO PENAL
ECONÔMICO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” como parte das exigências para obtenção do título de Mestre em Direito. Área de concentração: Sistemas normativos e fundamentos da cidadania.

BANCA EXAMINADORA

Presidente: _____

Prof. Dr. Fernando Andrade Fernandes

1º Examinador: _____

Prof. Dr. Leonardo Simões Agapito

2º Examinador: _____

Prof. Dr. Matheus de Alencar e Miranda

Franca, 18 de dezembro de 2023

AGRADECIMENTOS

Todos aqueles que de alguma forma convivem ou conviveram comigo, sabem o quanto eu sonhei e sonhava estar no Mestrado, e avançar na vida acadêmica. De origem humilde, filho de um vigilante e de uma servidora pública do baixo escalão do estado, estudante do ensino público desde a tenra idade, chegar à universidade pública em um dos vestibulares mais disputados do Brasil, foi uma enorme vitória. Avançar e conseguir chegar ao Mestrado, e agora poder dissertar sobre algo, é muito gratificante.

Em primeiro lugar, agradeço a Deus que cuidou e zelou por cada detalhe em minha vida, e a intercessão de Nossa Senhora Aparecida, que também esteve comigo ao longo de todo este processo, amparando-me e protegendo.

Em segundo lugar, agradeço imensamente ao prof. Dr. Fernando Andrade Fernandes, que é minha maior inspiração acadêmica, mas cuja admiração transcende a Faculdade. Agradeço aos 10 anos de convivência e orientação. Muito obrigado querido Prof., pois mais do que me auxiliar na formação como acadêmico do Direito, o senhor também me auxiliou formando-me para vida! Espero honrá-lo minimamente com este trabalho, e por tantos outros que ainda virão, como forma de gratidão, e retribuição, mesmo que mínima, por tudo que o senhor fez, e significa em minha vida!

Meus sinceros agradecimentos aos professores Dr. Leonardo Simões Agapito e Dr^a Ana Gabriela Braga que estiveram presentes em minha banca de qualificação, contribuindo de forma inestimável à pesquisa, ainda que em fase inicial, com aspectos críticos que foram essenciais para o bom desenvolvimento do trabalho.

Agradeço também a todos os professores da Pós-Graduação em Direito, que foram essenciais para minha formação acadêmica de excelência; agradeço também à Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” – Faculdade de Ciências Humanas e Sociais do campus de Franca e todo o corpo de servidores técnicos e administrativos, especialmente na pessoa do Sr. Valter Nailton Silva, sem os quais o Programa de Pós-Graduação em Direito não teria alcançado tantas conquistas. Alegro-me pelos 08 anos de vínculo institucional com a Unesp, que tornou-se minha segunda casa.

Dedico também meus agradecimentos a todos meus colegas de mestrado e pós-graduação, com vários deles se tornando meus amigos/irmãos, compartilhando comigo experiências, sofrimentos, trabalhos acadêmicos, orientações, compartilhando suas vidas. Quero destacar, especialmente, aquelas e aqueles que fazem parte da “Família” de Orientandos, Ana Paula Bougleux Andrade Resende, Mariana de Arco e Flexa Nogueira,

Mariana Rigacci, André Massoli e Rodrigo Aparecido Negretti, com quem compartilhei tantos momentos difíceis e felizes, e que também contribuíram sobremaneira nas inúmeras bancas de trabalhos de conclusão de curso, produções e discussões acadêmicas. Foi e é sempre um prazer enorme dividir com vocês essa caminhada.

Por fim, agradeço imensamente à minha família, que foi e é minha base, sempre prestando, apoio incondicional, vibrando comigo nas alegrias, e me apoiando nas angústias. Muito obrigado aos meus pais José Mário e Marcia por tanto, por serem exemplos a mim! Muito obrigado ao meu irmão Igor, meu grande parceiro para todas as horas. Muito obrigado minha amada esposa Verônica por estar comigo nesse momento tão importante em minha vida (no mesmo ano do nosso casamento, inclusive!). Obrigado ao meu filho Heitor, que quando da defesa deste trabalho, ainda não terá chegado, mas quero que saiba que você me impulsionou a ir mais além!

*Buscai primeiro o Reino dos céus, e a sua justiça, e
tudo mais lhe será acrescentado, Aleluia, Aleluia!
(Evangelho de São Mateus, 6, 33).*

RESUMO

SILVA, Otávio Augusto Mantovani. **As Finalidades Da Pena No Âmbito Do Direito Penal Econômico**. Orientador: Prof. Dr. Fernando Andrade Fernandes. 2023. 228f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, 2023.

Por meio da presente pesquisa, a partir do contexto da sociedade contemporânea, cujas características são a complexidade, globalização, bem como o fato de ser marcadamente econômica e do risco, busca-se verificar a compatibilidade das tradicionais finalidades das penas, e analisar qual(is) dela(s) é (são) mais adequadas para as penas aplicadas aos delitos econômicos. Considerando a racionalidade própria à criminalidade econômica, tendo por base o método de pesquisa dedutivo, partindo de aspectos gerais dos institutos relacionados ao tema, e, valendo-se do procedimento metodológico de revisão bibliográfica sistemática da literatura, a pesquisa partirá de um exame criminológico do problema, procurando identificar as peculiaridades que envolvem os delitos econômicos, considerando os enormes impactos sociais de tal modalidade delitiva nas circunstâncias da sociedade brasileira. Pretende-se realizar uma verificação, no plano político-criminal, a respeito da adequação e idoneidade da resposta penal em relação a estes mesmos delitos, analisando-se também a atual sistemática de finalidade de penas aplicada nesses casos, considerando-se, a hipótese de os julgadores tradicionalmente confundirem finalidade da pena com a finalidade do sistema jurídico-penal ou da política criminal. Parte-se do pressuposto de que o fundamento para punir será a reprovação, ao passo que a finalidade da pena deverá ser analisada a depender da modalidade de crime praticado. Ademais tem-se a hipótese de que a não compreensão acerca do fim adequado da sanção criminal pode levar a uma enorme possibilidade de proceder à punição do agente de maneira desproporcional ou de se perpetuar a impunidade, dando causa a maiores dificuldades no plano propriamente dogmático e jurisprudencial, perpetuando-se a seletividade penal do sistema e reincidência destes agentes. Por fim, após a análise de algumas correntes criminológicas sobre os crimes econômicos, e das tradicionais teorias sobre a finalidade das penas, tendo como premissa, que os criminosos econômicos são racionais, serão analisadas as penas privativa de liberdade, a de multa e as *shame sanctions*, como estratégias para o enfrentamento à criminalidade econômica a partir da compreensão acerca da finalidade adequada para a pena criminal a estes delitos tão complexos e específicos, partindo de um ponto de vista axiológico-valorativo, o que permitirá que seja feita uma diferenciação em relação à punição de agentes que pertencem a um ambiente próprio, que é o ambiente econômico, dos agentes dos crimes “comuns”, buscando-se uma política criminal mais efetiva, diminuindo-se a intervenção penal, sem se olvidar da necessidade de se reduzir a seletividade e a taxa de reincidência nestes delitos.

Palavras-Chave: Crimes Econômicos; Fundamentos e Finalidades das penas; Sanção Penal.

ABSTRACT

SILVA, Otávio Augusto Mantovani. **The Purposes of Penalty in the Scope of Economic Criminal Law**. Orientador: Prof. Dr. Fernando Andrade Fernandes. 2023. 228f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, 2023.

Through this research, based on the context of contemporary society characterized by complexity, globalization, and a marked economic and risk-related nature, we seek to assess the compatibility of traditional purposes of penalties and analyze which one(s) is (are) more suitable for penalties applied to economic offenses. Considering the inherent rationality of economic crime and employing a deductive research method, starting from general aspects of the institutes related to the subject, and utilizing the methodological procedure of systematic literature review, the research will begin with a criminological examination of the problem, aiming to identify the peculiarities surrounding economic offenses and considering the significant social impacts of such criminal activities in the circumstances of Brazilian society. The intention is to conduct an examination at the political-criminal level regarding the adequacy and suitability of penal response to these offenses, also analyzing the current purpose system of penalties applied in these cases. This includes considering the hypothesis that judges may traditionally confuse the purpose of the punishment with the purpose of the legal-penal system or criminal policy. The assumption is made that the basis for punishment will be condemnation, while the purpose of the penalty should be analyzed depending on the type of crime committed. Furthermore, there is a hypothesis that a lack of understanding regarding the appropriate end of criminal sanctions may lead to a significant possibility of disproportionate punishment or the perpetuation of impunity. This could result in greater difficulties in the doctrinal and jurisprudential realm, perpetuating the penal system's selectivity and the recurrence of these offenders. Finally, after analyzing some criminological perspectives on economic crimes and traditional theories on the purposes of penalties, assuming that economic criminals are rational, we will examine imprisonment, fines, and shame sanctions as strategies for addressing economic crime. This is done by understanding the appropriate purpose for criminal penalties in these complex and specific offenses from an axiological- evaluative standpoint. This approach allows for differentiation in the punishment of individuals belonging to the economic environment compared to those involved in "common" crimes, seeking a more effective criminal policy, reducing penal intervention, and addressing the need to decrease selectivity and the rate of recurrence in these offenses.

Keywords: Economic Crimes; Foundations and Purposes of Penalties; Penal Sanction.

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

FIGURA 1– Fluxograma psicológico da fraude	68
---	----

Sumário

RESUMO	7
ABSTRACT	8
INTRODUÇÃO	11
CAPÍTULO 1 - ANÁLISE DOS PRINCIPAIS ASPECTOS DA DELINQUÊNCIA	
ECONÔMICA.	22
1.1. Crimes Econômicos: Perspectiva Criminológica	29
1.1.1. Perspectivas sociológicas: Teorias positivas, da Imitação, Durkheim e Merton.....	37
1.1.2. A proposta de Sutherland e os crimes econômicos	42
1.1.3. Teoria da Neutralização de Culpa	48
1.1.4. Análise Econômica Do Direito.....	50
1.1.5. Teoria Da Escolha Racional	55
1.1.6. Teoria das Ações Rotineiras.....	59
1.1.7. Teoria da Agência e do Triângulo das Fraudes.....	63
1.1.8. Crimes Econômicos E Criminologia Crítica	68
1.2. Tomada de Posição: Criminoso Econômico, delinquente racional	74
CAPÍTULO 2: SANÇÃO CRIMINAL – FINALIDADES NO ORDENAMENTO	
JURÍDICO BRASILEIRO	78
2.1. Finalidades das Penas e Crimes Econômicos	91
2.1.1. Teorias Retributivistas (Absolutas).....	97
2.1.2. Teorias prevencionistas (relativas).....	107
2.1.4. Teorias mistas (Ecléticas ou Unificadoras) contemporâneas	132
2.1.5. Teorias Expressivas da Pena	138
2.1.6. Teoria negativa e agnóstica da pena.....	143
2.2. Tomada de Posição: Reprovação como Finalidade da Pena aos Crimes econômicos	147
CAPÍTULO 3. PENAS E CRIMES ECONÔMICOS	164
3.1. Penas em espécie	165
3.1.1. Pena Privativa de Liberdade.....	165
3.1.2. Pena de Multa.....	173
3.1.3. <i>Shame Sanctions</i>	
3.2. Tomada de posição: qual pena aplicar ao criminoso Econômico.	
4. CONSIDERAÇÕES FINAIS	202
5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	206

INTRODUÇÃO

A construção do Estado moderno aconteceu como uma forma de delimitar o monopólio do poder, a partir da noção hobbesiana de que o estado de natureza dos seres humanos é o de guerra constante de todos contra todos – instabilidade, agressividade e desconfianças, com cada homem sendo conduzido por sua própria razão. Isso significa que, enquanto todos tiverem racionalmente direito a todas as coisas, sem a presença de um agente mediador como o Estado, não será possível haver segurança para qualquer pessoa, pois enquanto todos forem livres para tudo, ninguém será livre para viver (HOBBS, 1983). Nas palavras de Tobias Barreto (2013), da mesma forma que a ideia de um território e de um povo fazem parte da construção do conceito de Estado, a ideia de direito de punir é um dos elementos formadores do conceito geral da sociedade. De acordo com Max Weber (1999) as estruturas básicas do Estado moderno se formam a partir da coação – força advinda do exercício legítimo dos poderes constituídos. Essa lógica leva a entender que uma comunidade humana democrática será aquela em que a única fonte do “direito à violência” se concentrará nas mãos do Estado.

A sociedade contemporânea é marcada por profundas e velozes mudanças tecnológicas e científicas, vez que se caracteriza como globalizada, altamente complexa, movida por fatores econômicos, e com uma elevada exposição/sensibilidade a riscos dos mais diversos, e que em alguma medida impactam todas as relações sociais (BECK, 1944, p. 22). Nesse contexto, é possível constatar que existe uma dependência recíproca entre o Direito Penal e a sociedade, considerando-se que aquele é um “cartão de visitas” capaz de expressar, com precisão, a realidade de determinada configuração social, e, dessa forma, em alguma medida, ele acaba por ser instado a empreender esforços na resolução de novos problemas sociais. Ademais, pode-se visualizar uma realidade na qual tanto a sociedade influencia o Direito Penal como este influencia em sua configuração e formação¹ (FERNANDES, 2003, p. 54); (JAKOBS, 1995, p. 19).

¹ Continua Fernando Fernandes, dissertando que: “Ao que o primeiro aspecto pertine, não é demais recordar as íntimas relações existentes entre o modelo de estado e o respectivo modelo de Direito Penal - sentido amplo -, de modo a ser inequívoca a influência de uma determinada concepção de estado no conjunto das idéias que se tem acerca do Sistema Jurídico-Penal. Em reparo e esclarecimento ao que acaba de ser dito, para logo é necessário elucidar o sentido e a forma que se dá esse relacionamento entre modelo de Estado e o respectivo modelo de Direito Penal. Com efeito, somente um sentido de dupla via, de interferência recíproca, pode satisfatoriamente explicar as relações existentes entre o modelo de Estado e o modelo de Direito Penal. Ou seja, não é somente em um sentido de mão única, do Direito Penal para o modelo de Estado, ou vice-versa, que se forma a relação entre ambos, mas sim as implicações são recíprocas (...).” Fernandes, 2003, p. 54.

Em outras palavras, a depender do momento histórico respectivo, bem como de sua dinâmica específica, a própria questão penal assume enfoques diversos, em especial em decorrência de sua construção, e respectiva complexidade, sendo, portanto, essencial uma perspectiva em conjunto capaz de oferecer os elementos necessários para a compreensão menos inadequada possível da questão jurídico criminal (FERNANDES, 2001, p. 9)².

No contexto da sociedade do risco pode se observar a utilização do Direito Penal para o controle de riscos e diminuição de danos sociais futuros, que antes nem mesmo eram imaginados. Almeja-se garantir o desenvolvimento social de modo ordenado (NETTO, 2006, p. 121), impedindo, ao mesmo tempo, que, por exemplo, condutas de entes coletivos, denominados tradicionalmente como pessoas jurídicas, e de indivíduos produzam danos sociais cada vez mais significativos. Observa-se aqui um processo de franca expansão do Sistema Jurídico-Penal³, impulsionado especialmente pelo fenômeno da globalização política e econômica, com a integração cada vez maior dos mercados globais (SILVA SÁNCHEZ, 2008).

É possível constatar, na contemporaneidade, uma diversificação de condutas criminosas realizadas por agentes antes pouco alcançados pelo sistema de justiça criminal, ou, talvez de forma mais correta, verifica-se uma maior percepção de crimes que até então expressavam baixa sensibilidade social, como por exemplo, delitos que são atribuídos a banqueiros, políticos, empreiteiros, dirigentes esportivos, e de todo tipo de pessoa que, no exercício de suas funções, geralmente de elevada relevância no âmbito da administração pública e de organizações empresariais, acabam por delinquir; são os chamados “delitos de colarinho branco”, tipologia inserida no âmbito da Escola criminológica de Chicago, em 1939, pelo americano Edwin Sutherland (1940). Tais delitos, especialmente quando associados à corrupção, têm ganhado enorme destaque no contexto da realidade brasileira, o que faz com que os motivos desta criminalidade sejam alvo de muitas discussões sociais e

² Nas palavras de Fernando Fernandes: “Portanto, o sentido da relação existente entre modelo de estado, institucionalização de uma determinada organização social, e respectivo modelo de Direito Penal é de interferência recíproca. No que se refere à forma do relacionamento, é evidente que somente poderá ser um relacionamento dinâmico, como provam as mudanças que um modelo determina no outro, antes referidas” (FERNANDES, 2001, p. 58).

³ A utilização da terminologia “sistema jurídico penal” se deve a uma opção epistemológica buscando integrar as disciplinas que o compõe, quais sejam, a criminologia, a dogmática jurídico-penal e a política criminal, permitindo construir um sistema aberto às valorações como caminho necessário ao alcance de soluções mais justas aos problemas jurídico-criminais. Assim afirma Fernando Fernandes (2001, p. 28): “Trata-se de provar que o Direito Penal não pode ordenar-se num sistema fechado nem abandonar-se à mercê de um pensamento tópico, o qual opere à margem do sistema, mas sim que, em lugar de tudo isso, se construa um sistema aberto, no qual cada novo problema seja discutido com conhecimento do sistema disponível e se resolva de um modo que possa integrar-se no referido sistema ou force a sua modificação. Numa palavra, do que se trata é da solução do problema em particular conforme à realidade e à liberdade de oposição intrassistemática”.

acadêmicas, com seus reflexos nas mais diversas áreas, com questões direcionadas a uma maior intervenção jurídico-penal sendo aventadas (FERNANDES, 2018).

A partir do momento que a sociedade passa a demandar do estado uma intervenção por meio da regulação penal, não se está ampliando simplesmente o âmbito punível de intervenção penal, mas está estimulando o uso de um “último recurso” que a sociedade legitimamente pode dispor para intervir, visando assegurar a vida comum. Ora, se há uma demanda por maior intervenção penal em um âmbito específico, como no campo do Direito Penal econômico, isso não significa que o Estado está abdicando do princípio da *ultima ratio* do direito penal.

Interessante observar, inclusive, que a lógica do Direito Penal como *última ratio* deve ser base também para punir crimes econômicos, na medida em que o sistema punitivo será legitimado com base em limites racionais do sistema de penas⁴. Os crimes econômicos atingem uma nefrágica gama de valores e bens jurídicos, que faz com que cada vez mais seja necessário buscar meios idôneos e racionais para puni-los adequadamente.

Ainda que a expressão “delitos de colarinho branco” seja ampla, há, de fato, um debate acerca da concreta e mais adequada definição criminológica desta categoria delitiva, e, em geral, os autores que se ocupam desta análise pontuam a existência de três características que podem ser consideradas como próprias deste tipo de delinquência, quais sejam: i) um comportamento no âmbito do exercício de uma profissão ou função legítima; ii) a finalidade de obter um determinado benefício de natureza econômica ou profissional⁵; e, por fim, iii) a não utilização de violência como meio para alcançar tais fins executando a infração penal (SUTHERLAND, 1940); (FRIEDRICHS, 2007); (HUNTER, 2015).

É importante considerar também que a criminalidade econômica será diversa e terá características que lhe são próprias a depender das estruturas de cada sistema econômico, e da conjuntura histórico-social específica. Muito embora a abordagem não venha a se aprofundar sobre a verificação do bem jurídico (interesse) envolvido nesses delitos, as suas características típicas são: “a) caráter supraindividual; b) relevância direta para o sistema econômico cuja

⁴ Aqui, importante a citação de um acórdão do Tribunal Constitucional Português, feito por Anabela Miranda Rodrigues (2017, p.97): “o recurso a meios penais está (...) constitucionalmente sujeito a limites consideráveis. Consistindo as penas, em geral, na privação ou sacrifício de determinados direitos (maxime, a privação da liberdade, no caso da prisão), as medidas penais só são constitucionalmente admissíveis quando sejam necessárias, adequadas e proporcionadas à proteção de determinado direito ou interesse constitucionalmente protegido (...), e só serão constitucionalmente exigíveis quando se trate de proteger um direito ou bem constitucional de primeira importância e essa proteção não possa ser suficiente e adequadamente garantida de outro modo”.

⁵ E desta característica deriva a premissa que desde o início da pesquisa consideramos como pressuposto para a análise destes crimes: os agentes que praticam tais delitos o fazem no exercício de uma racionalidade específica, e por isso, tais crimes são derivados de decisões racionais, com uma lógica de custo-benefício bastante presente.

sobrevivência, funcionamento ou implementação se almeja garantir; c) origem histórica nas práticas intervencionistas estatais na Economia; d) natureza artificialmente construída, sem referentes ontológicos e culturais claramente definidos e previamente aceitos” (MALAN, 2011, p. 380)⁶.

Dentre os delitos mais comuns praticados neste âmbito, incluem-se os crimes econômicos (afetando direta ou indiretamente a administração pública) cometidos por pessoas que ocupam posições relevantes no mundo dos negócios e da política, realizando condutas criminosas em seu ambiente profissional. Verifica-se nesses crimes uma danosidade elevada, tamanha, que muitas vezes nem mesmo é necessário demonstrar no plano fático qualquer perigo ou lesão real ao bem jurídico-penalmente relevante (RAMON; FERREIRA; JÚNIOR, 2012, p.8).

No entanto, mesmo que haja uma infinidade de estudos referentes a esses delitos, ainda há grande importância em analisar um aspecto acerca deles, com bastante relevo científico e prático, versando sobre a questão do fundamento e finalidade das penas nos crimes econômicos. Vale ainda destacar a enorme complexidade desses delitos e o envolvimento direto com questões de ordem pública, interesses sociais e transindividuais, bens jurídicos que possuem enorme valor em nossa sociedade, como a defesa da concorrência, a proteção do consumidor, a tutela do meio ambiente, moralidade pública, a eficiência e a primazia da defesa do interesse público por parte da administração pública, atingindo-se frontalmente a harmonia do sistema normativo penal, e, ainda reflexamente, vários outros bens jurídicos individuais penalmente relevantes. Assim, é fundamental analisar os fenômenos que se relacionam com tal categoria delitiva, também observada sob a ótica das novas tendências jurídico-penais, buscando-se assim a adequada compreensão de uma racionalidade de penas adequada a tais crimes.

Pois bem, o ponto que justifica a análise das penas no caso de crimes econômicos na presente pesquisa é que, com o passar dos anos e o constante ingresso no sistema prisional

⁶ Em complemento, de acordo com Anabela Miranda Rodrigues (2017, p.95) “Reconhece-se que a proteção de bens jurídicos na esfera econômica constitui um dos desafios principais do direito penal econômico, ligado quer à natureza coletiva dos bens em causa, quer às dificuldades de tipificação do ilícito e à frequente utilização de crimes de perigo abstrato. A este propósito, reitera-se, por um lado, que estes bens jurídicos não são uma criação artificial, pelo menos diferente, em substância, de toda a criação artificial que se pode dizer que está ligada à atividade de configuração típica pelo legislador de condutas puníveis: só ações ou omissões lesam ou põem em perigo bens jurídicos, sendo as exigências colocadas ao nível da tipicidade, relativas à necessidade de as ações ou omissões serem tanto quanto possível precisa e minuciosamente descritas para que se possam identificar, reveladoras, afinal, da afirmação do direito penal do bem jurídico; e, por outro lado, que são as características do bem jurídico protegido em cada caso e as modalidades típicas da sua afetação que devem orientar a opção do legislador por crimes de dano ou crimes de perigo. Sendo que no caso do recurso a estes últimos, o cuidado deve ser redobrado para não incorrer no enfraquecimento de garantias ou dos critérios de imputação.”.

brasileiro de muitos destes criminosos, muitos inclusive associados à classe política, condenados a penas privativas de liberdades - em que pese a maioria deles, por conta da primariedade e de diversos outros pontos a serem analisados quando da dosimetria da pena, acabam sendo beneficiados com benefícios de execução penal, tais como regime aberto ou prisão domiciliar com tornozeleira eletrônica - vários institutos como a progressão de regime, a delação premiada, a prisão domiciliar, as saídas temporárias, entre outros, foram postos em questionamento, estes sempre associados a problemas relacionados aos fins e fundamentos exatos da pena, em especial no momento de sua execução (FERNANDES, 2018).

Surgem, assim, as principais questões-problema da pesquisa: quando o julgador vai decidir um processo versando sobre "crime econômico", frente às modernas Teorias criminológicas da criminalidade econômica ele tem que levar em conta as tradicionais finalidades relacionadas aos fins da pena⁷? A partir desta questão geral, questiona-se ainda: se as tradicionais finalidades ainda servem, será que alguma prepondera em relação à criminalidade econômica, por exemplo, a reprovação em relação à prevenção? Ou por outro lado existem outros fins que atendam melhor as características criminológicas específicas da criminalidade econômica? Como punir o delinquente econômico frente à finalidade da pena adequada a ele?

De fato, todas estas indagações surgem, em grande parte, porque o tradicional sistema de penas e seus regimes de execução estão fundamentalmente pensados e estruturados, e até mesmo é interpretado, de acordo com parâmetros centrados em outra modalidade de delinquência, o chamado “delinquente marginal” – tomando-se como exemplos aqueles agentes que cometem os crimes de roubo, furto, tráfico de drogas, estelionato (ZAFFARONI, 2017) - que ainda ocupa majoritariamente o sistema prisional brasileiro, demonstrando-se, pois, que o sistema carcerário pátrio não é efetivo para oferecer respostas a tais crimes, não permitindo a adequada ressocialização ou mesmo a neutralização de tais autores de crimes econômicos, não se observando fundamentos e fins adequados para tais penas.

Não raras vezes a doutrina e a jurisprudência fazem uma confusão entre fundamento e finalidade da pena. Aqui parte-se da doutrina quadripartida da pena, para o qual, a análise da pena criminal é dividida em quatro fases que investigarão, ou responderão quatro perguntas: 1) Fundamentos (por que punir?), 2) Finalidades (para que punir?), 3) Espécies (como

⁷ Nas ciências sociológicas, tradicionalmente a ideia de “fim” faz referência aos efeitos sociais que se buscam alcançar com ações sociais específicas. Já a “função” tem por referência as consequências reais, e não aquelas que necessariamente um sistema deseja quando da realização das mesmas ações sociais (HASSEMER; MUÑOS CONDE, 1989, p.99).

punir?), 4) e oportunidade de punição (quando punir?) (RUVIO, 2016)⁸. Todas estas quatro questões e fases da pena criminal serão interconectadas e orientadas por razões e finalidades de política criminal⁹, sendo que a cada crime será possível visualizar fundamentos, finalidades, espécies e oportunidades de punição próprios. A presente pesquisa, portanto, tem a pretensão de analisar de forma bastante objetiva a finalidade (para que punir) e algumas das espécies (como punir) de pena que podem ser aplicadas aos crimes econômicos, partindo da lógica de que o fundamento da pena para os criminosos econômicos é a reprovação¹⁰.

Ademais, é importante considerar que em um contexto de Estado Democrático de Direito, os sujeitos de direitos, destinatários das normas jurídicas, devem conhecer e poder racionalmente aceitar os termos do pacto social. Em um Estado de Direito os custos de uma intervenção são elevados, razão pela qual, a intervenção penal também deve ser adequadamente fundamentada, e justificada em fundamentos e fins que sejam direcionados ao bem-estar de uma coletividade. O Direito Penal, como instrumento que deve ser posto ao serviço do Estado de Direito¹¹, se justifica por argumentos racionais, na medida em que suas

⁸ Parte-se aqui da teoria quadripartida da legitimação da pena criminal, de modo que todas as questões devem ser respondidas antes de se aplicar qualquer pena criminal a um condenado.

⁹ Um detalhe relevantíssimo a ser esclarecido ao leitor (e que ao longo do texto será reforçado), é que as finalidades (para quê) da política criminal, não necessariamente serão idênticas àquelas aplicadas exclusivamente à pena em si. Obviamente a pena será influenciada por estas finalidades, mas seu fim específico, conforme se demonstrará, será próprio, e se inserirá no contexto do Sistema Jurídico-Penal, complementado por outras estratégias de enfrentamento à criminalidade. Vale reforçar que a política criminal é que vai estabelecer as finalidades que serão perseguidas pelo Direito Penal, refletindo na interpretação dogmática, e na aplicação concreta da norma. De acordo com Fernando Fernandes (2001, p.32) o sistema punitivo estatal deve ser orientado pelas finalidades estabelecidas pela política criminal: “Um Sistema Punitivo Estatal que se pretenda moderno, funcional, evoluído quanto à orientação e às consequências, somente pode comprometer-se com uma função de antecipar e evitar a ocorrência dos conflitos; numa palavra: ser inspirado por motivos de política criminal. Obtém-se, dessa forma, um sistema estruturado a partir de uma ordem conceitual, referido à realidade e orientado para as finalidades político-criminais”.

¹⁰ Partimos desse pressuposto, pois a pena apontará para o sentido da pena criminal, que a nosso ver é retribuir ou reprovar, sem qualquer outra intenção, sendo que este fundamento decorre da própria garantia de liberdade, autonomia e responsabilidade do sujeito alvo da intervenção da norma penal, como pessoa humana que é. Nesse sentido, afirma Marcelo Ruivo “Consiste na punição do crime pelo desvalor social insuportável que representa para a comunidade e, nesse contexto, a pena como retribuição é dos elementos característicos do direito penal clássico, consubstanciado no que à primeira vista, poderia aparentar ser uma imposição de um ‘mal justo contra o mal injusto do crime’” (RUIVO, 2016, p. 164). O “porquê” da pena deverá ser a retribuição/reprovação, enquanto a finalidade dependerá de cada categoria de crime em específico.

¹¹ De acordo com Fernando Fernandes o Estado de direito é o “primado de direito na construção do Estado e na regência da vida comunitária dos cidadãos, com característica particular da sujeição do próprio estado às regras por ele editadas” (FERNANDES, 2003, p.61). No campo penal a compreensão do que seja o Estado de Direito, tem por finalidade proteger/resguardar o cidadão de eventuais investidas injustas daquele que detém o monopólio da intervenção e da interpretação do Direito Penal. Estado de Direito no sentido de se garantir a aplicação do direito de forma igual, com liberdade a todos (ROXIN, 1972, p.33). Ademais, essa função de proteção de garantias, e limitações ao exercício do poder, projetada ao Direito Penal, leva à compreensão de que existe uma “dimensão de garantia dessa parcela do Ordenamento Jurídico, assegurando a proteção dos cidadãos contra a prepotência, o arbítrio e a injustiça, especialmente por parte do Estado, o qual detém o monopólio da intervenção penal legalizada” (FERNANDES, 2003, p. 60).

sanções são racionalmente explicadas¹². O Direito Penal se justifica na necessidade de existir determinado tipo de reação, de forma que a partir do momento que optamos por identificar determinada conduta como carecedora de intervenção penal, é fundamental a justificativa dos efeitos éticos-sociais que essa punição gerará.

Ora, se a sanção penal justifica o Direito Penal, ao se buscar compreender os fundamentos e finalidades da pena se está buscando encontrar o próprio sentido e fim do Direito Penal, na medida em que ele “se compõe da soma de todos os preceitos que regulam os pressupostos e consequências de uma conduta a que se comine uma pena ou uma medida de segurança” (ROXIN, 1997, p.41), pois “sem punição e instituições incumbidas de dosar e executar a punição, não há Direito Penal. É justo dizer, então, que o instituto da sanção penal fornece os elementos caracterizadores do Direito Penal” (FLETCHER, 1998, p.25)¹³.

Na medida em que compreendemos que o Direito Penal possui uma sanção específica, que deve ser racionalmente detalhada, torna-se possível compreender que o modelo eleito para punir explica as razões e a estrutura de criminalização, de forma que “a relação entre a pena e o Direito Penal é de mútua dependência e de mútua justificação” (COSTA, 2018, p.21), sendo por isso necessária uma investigação mais apurada sobre ela.

A pesquisa partirá, portanto, de uma perspectiva funcionalista do Direito Penal, tendo como mote a perspectiva de que os fins da pena também indicarão para os fins do próprio sistema penal. Se o sistema penal é “convidado” a intervir na esfera dos crimes econômicos é essencial investigar quais os fins aplicados às penas para estes delitos, permitindo uma compreensão, inclusive, das modalidades penais que melhor correspondam/ofereçam uma resposta adequadamente para o fato social, crime econômico.

Quando se observa a realidade legislativa no âmbito penal no Brasil é possível se observar duas situações específicas: o sistema tende a tornar mais severas (ou recrudesce) as penas aplicadas a crimes praticados pelos que possuem menores condições socioeconômicas ou que são socialmente marginalizados, e simultaneamente tem aumentado ou expandido o processo de tipificação, criminalizando condutas por vezes sem se atentar à ofensividade

¹² Nesse sentido afirma José Frederico Marques (2002, p.106) “O Direito Penal tem suas sanções específicas, o que, no entanto, não significa que a pena não se filie como espécie ao mesmo gênero, ao conceito geral de sanção que a doutrina jurídica formula”. É essencial, portanto, que se tenha claramente em mente as razões precisas para se justificar uma intervenção tão drástica na liberdade de um determinado sujeito por meio da intervenção penal.

¹³ Continua Roxin, afirmando que “Pena e medida de segurança são, portanto, o ponto de referência comum a todos os preceitos jurídico-penais, o que significa que o Direito Penal, em sentido formal, é definido por suas sanções. Se um preceito pertence ao Direito Penal não o é porque regula normativamente a infração de mandamentos ou proibições – pois isto também o faz múltiplos preceitos civis ou administrativos -, senão porque essa infração é sancionada mediante penas ou medidas de segurança.” (ROXIN, 1997, p.41).

dessas, não verificando também a eficácia preventiva das punições aplicadas. Isso faz com que o Direito Penal possua duas medidas em seu sistema, não se observando uma técnica ou proporcionalidade adequada na punição, por exemplo, da macrocriminalidade econômica e política, com autores destes delitos se escondendo atrás de um Direito Criminal simbólico que escolhe bodes expiatórios para punir ao invés de enfrentar esta criminalidade de maneira eficiente¹⁴.

Trata-se de reflexão extremamente atual, primeiramente, em decorrência do elevado número de casos existentes. Além disto, verifica-se uma enorme complexidade na análise destes delitos econômicos, o que inflama ainda mais as discussões, especialmente em uma perspectiva mais punitivista, não se encontrando segurança jurídica na aplicação da legislação criminal em relação a tais delitos como forma de se atender a uma finalidade e um fundamento de política criminal¹⁵ adequado aos fins da sociedade em relação a eles. Vale lembrar que cabe à política criminal estabelecer as finalidades que serão norteadoras do Direito Penal, orientando também a aplicação e interpretação da dogmática no caso concreto, especialmente de seu processo de valoração normativa, buscando o equilíbrio entre a prevenção e a garantia¹⁶. Isso justifica a presente abordagem com a finalidade de, primordialmente, chegar à adequada compreensão do problema e posteriormente trabalhar na

¹⁴ Nesse sentido André de Abreu Costa (2021) pontua sobre as tratativas do Direito Penal para com delinquentes econômicos da “alta sociedade” e aqueles da criminalidade “marginal”.

¹⁵ Compreende-se a política criminal como um “conjunto sistemático de princípios, segundo os quais o Estado e a sociedade devem organizar a luta contra o crime”. (Von Liszt *apud* Drapkin, 1978, p. 70). Em outras palavras, a política criminal é uma política pública pela qual o Estado orienta e decide como lidar com a criminalidade. Nesse sentido, afirma Pablos de Molina que “a Política Criminal deve se incumbir de transformar a experiência criminológica em opções e estratégias concretas assumíveis pelo legislador e pelos poderes públicos”. (Molina, *apud*, Oliveira, 2009, p. 83). De acordo com Jesús-Maria Silva Sánchez “a Política Criminal proporciona a necessária referência a fins e valores ao cumprir a ‘missão política’ de orientar a evolução da legislação penal (perspectiva de lege ferenda) ou sua própria aplicação no presente (perspectiva de lege lata) às finalidades materiais do Direito Penal (SILVA SÁNCHEZ, 1992, p. 48). Nas palavras de Fernando Fernandes (2001, p. 47) a política criminal é “tradicionalmente compreendida como a busca de uma constituição o mais adequada possível do Direito Penal para que possa corresponder à sua missão de proteger a sociedade, uma mais aprofundada consideração a respeito parte do problema de determinar a coordenação com o âmbito do Direito ou com o da política, particularmente a social. Nesses termos, a política criminal é um setor objetivamente delimitado da política jurídica geral: é a política jurídica no âmbito da justiça criminal”. Ou seja, ela permite uma complementariedade funcional do sistema jurídico-penal, pois o Sistema Jurídico Penal “parte da concepção de cada Ciência Criminal como um ‘sistema’ autônomo – subsistema, diríamos nós – dotado de fins e racionalidade próprios que, contudo, opera no ambiente determinado pelas demais Ciências Criminais, condicionando-lhe o equilíbrio e estimulando-lhe a adaptação e a ‘redução da complexidade’ (FERNANDES, 2001, p. 41), cabendo à política Criminal “determinação dos limites em que deve operar a punibilidade, no interior dos quais deve atuar a dogmática jurídico-penal. (...) antes de se limitar à indagação do como reagir-se, a política criminal passa a preocupar-se também com aquilo a que deve reagir-se” (FERNANDES, 2001, p. 49-50).

¹⁶ “Um Sistema Punitivo Estatal que se pretenda moderno, funcional, evoluído quanto à orientação e às consequências, somente pode comprometer-se com uma função de antecipar e evitar a ocorrência dos conflitos; numa palavra: ser inspirado por motivos de política criminal. Obtém-se, dessa forma, um sistema estruturado a partir de uma ordem conceitual, referido à realidade e orientado para as finalidades político-criminais” (FERNANDES, 2001, p. 32).

resolução deste, de acordo com as particularidades da sociedade brasileira e do sistema de justiça criminal aqui existente.

Insta, por fim, considerar que existe uma grande produção científica na seara do Direito Penal Econômico, mas com enfoque na dogmática e na teoria do delito, havendo uma carência significativa na análise sobre as repercussões do Direito Penal Econômico na *Teoria das consequências jurídicas do delito*, a saber, no âmbito das teorias da pena, em especial no Brasil, o que dificulta, no plano concreto, a aplicação das penas a estes casos, justificando-se o escopo da presente pesquisa, que buscará problematizar e analisar de forma mais detida esta problemática.

Ademais a pesquisa buscará analisar a racionalidade das penas para os crimes econômicos, trazendo enorme impacto na Ciência jurídico-criminal e mesmo na realidade prática, a fim de tornar possível a reflexão sobre caminhos ou possíveis soluções para lidar com esses crimes, seja por meio de finalidades outras de Direito Penal, ou mesmo com uma política criminal de não intervenção, utilizando-se, assim, de outras medidas alternativas, tais como a justiça restaurativa, ou de outros ramos jurídicos que sejam mais político-criminalmente eficazes a oferecer uma resposta à altura, considerando o elevado mal que esses crimes têm causado ao país.

A pesquisa será realizada por meio do uso do método dedutivo, partindo de premissas gerais e abstratas acerca dos temas e institutos para, por meio dessas, realizar testes das teorizações propostas. O método dedutivo, que tem como autor precursor René Descartes, propõe um caminho metodológico necessário para a construção do conhecimento, passando pelas expectativas e análises dos conceitos teóricos amplos que envolvem a pesquisa, caminhando para uma crítica por meio da formulação de problemas em torno das questões centrais analisadas para que, por meio dessas, consiga-se alcançar o objetivo da pesquisa.

O objetivo geral desta pesquisa é analisar a compatibilidade das tradicionais finalidades das penas em relação aos crimes econômicos, apurando-se qual delas será a mais adequada, para posteriormente verificar qual, ou quais penas podem ser aplicadas para os criminosos econômicos. Parte-se da compreensão de que a pena deve motivar um comportamento respeitoso à norma jurídica, e o sistema tradicional de penas não cumpre adequadamente sua função no contexto desta criminalidade, considerando-se, ainda, os respectivos impactos sociais quanto a não adequada aplicação de finalidades específicas a esta delinquência, seja para uma realidade de perpetuação da impunidade e da seletividade penal em relação a estes agentes, e, por outro lado, para a expansão da intervenção do Direito Criminal na complexa realidade econômica. Ora, se a pena deve motivar um comportamento

respeitoso à norma, tendo em vista os motivos, é crucial verificar quais finalidades de pena se revelam compatíveis.

Para que o objetivo geral deste trabalho possa ser alcançado, pretende-se organizar os objetivos específicos da pesquisa. A pesquisa, conforme relatado acima, foi realizada com base no método dedutivo, partindo de premissas gerais e abstratas verdadeiras dos temas e institutos para, por meio dessas, realizar testes das teorizações propostas. Para tal, foi utilizado o procedimento metodológico de revisão bibliográfica sistemática da literatura acerca do tema a partir de livros, teses, dissertações e outras produções científicas de referência na área, que possibilitem um aprofundamento no assunto trabalhado.

A pesquisa possui enorme relevância acadêmica, seja por poder aprofundar a temática dos crimes econômicos por uma perspectiva pouco explorada, qual seja, a finalidade de suas punições, seja pelo fato de poder também trazer contribuições de ordem prática aos aplicadores do Direito Penal Econômico, na medida em que ao se aprofundar acerca dos critérios racionais mais adequados a esta delinquência, pode-se empregar medidas político-criminalmente mais adequadas no plano concreto. Para poder ampliar tal contribuição no plano prático, é fundamental observar os processos, fundamentos e finalidades empregadas pelos magistrados em suas decisões judiciais, quando da escolha da medida adequada da pena no caso concreto.

Nesse sentido, partindo de preceitos já comprovados por autores especializados no estudo da configuração do Direito Penal frente às características da sociedade contemporânea, bem como em relação às teorias acerca dos fundamentos e finalidades das penas, será feita análise das penas aplicadas à criminalidade econômica, buscando-se, ainda a finalidade mais adequada para lidar com tais delitos.

Portanto, em um primeiro capítulo foram analisadas algumas teorias criminológicas que tangenciam a temática dos crimes econômicos, permitindo uma melhor compreensão deste fenômeno, com suas características, consequências e peculiaridades próprias. Para tanto, foram utilizadas referências tradicionais e contemporâneas no âmbito da criminologia, tomando-se ao final do primeiro capítulo, algumas das teorias criminológicas como marcos teóricos principais para a compreensão dos crimes econômicos. Em um segundo capítulo foram estudadas as principais teorias sobre as finalidades das penas, especificando-se, posteriormente, qual (quais) é (são) a(s) mais adequada, considerando o contexto criminológico dos delitos econômicos para lidar com tais delitos. Por fim, em um terceiro capítulo, após definir o marco teórico criminológico para analisar os crimes econômicos, e sustentar uma das finalidades da pena como a mais adequada para lidar com os crimes

econômicos, no terceiro capítulo, tomando por base um julgado envolvendo o crime de corrupção, buscou-se analisar cada um dos padrões de pena existentes no ordenamento jurídico brasileiro, apresentando inclusive a modalidade das *shame sanctions*, refletindo sobre qual ou quais penas são ideais para lidar com tal criminalidade, cumprindo o fundamento e a finalidade ideal para os crimes econômicos.

Isto posto, espera-se conseguir alcançar tais objetivos a partir de uma investigação crítica, dogmática e sistêmica, considerando, ainda, o contexto da configuração da sociedade contemporânea, marcada por enormes avanços tecnológicos, caracterizada como sendo do risco, extremamente complexa, econômica, de consumo e intensamente regulada, precipuamente no contexto das atividades econômicas e políticas, ambiente no qual estes delitos econômicos acontecem.

CAPÍTULO 1 - ANÁLISE DOS PRINCIPAIS ASPECTOS DA DELINQUÊNCIA ECONÔMICA.

Com o avançar das revoluções industrial e tecnológica, surgindo novas situações de risco, e considerando-se a ampliação da complexidade das relações, tanto técnicas como sociais, pode-se visualizar o surgimento de novas manifestações do fenômeno delitivo que demandam também uma capacidade e forma de resposta específica do Sistema Penal. O enfoque dado a estes delitos coincidiu inclusive com o momento histórico no qual se pode visualizar uma produção desproporcional de normas penais (FERNANDES; GARCÍA, 2013, p.2). Nesse sentido aponta Fernando Fernandes e Nicolás García (2013, p.2)

Desde aquele momento, foram estabelecidas as bases que culminaram no fenômeno conhecido como sobrecarga do sistema punitivo estatal, caracterizado por estar sobrecarregado tanto em relação aos mecanismos de aplicação do Direito Penal, de modo que não se mostrava eficiente nem funcional¹⁷ (tradução nossa).

No que diz respeito à delinquência econômica - que é tratada por alguns doutrinadores como sinônimo dos crimes do colarinho branco¹⁸ -, considerando-se a elevada quantidade de cifras ocultas¹⁹ e a baixa confiança social relacionada à possível punição destes delitos, a busca por sanções que sejam político-criminalmente mais eficazes para sua prevenção é fundamental. Nesse sentido, é crucial compreender e legitimar racionalmente a intervenção penal, ou, então, buscar medidas outras, mesmo que extrapenais, que sejam capazes de minorar os casuísmos legislativos e o simbolismo de suas eventuais condenações (tão comuns para casos de delitos cometidos por sujeitos com algum grau de influência, de poder ou econômica).

De acordo com Sheila Jorge Selim de Sales (2006, p.416) o processo de inflação legislativa, com diplomas esparsos:

é fenômeno causado tão só para censurar fatos (e não seus autores, por não se mostrarem perigosos), uma vez que não geram penalidade in concreto. Trata-se de uma legislação promulgada para ser ‘virtual’, cuja finalidade é ser estigmatizante de determinados fatos e, a um só tempo, indulgente para com seus autores²⁰.

¹⁷ “Desde ese momento, se crearon las bases que culminaron con el fenómeno denominado como *overload* del sistema punitivo estatal, caracterizado por estar sobrecargado tanto con relación a los mecanismos de aplicación del Derecho Penal, de manera tal que pasaba ni por ser eficiente ni por ser funcional”.

¹⁸ Nesse sentido, Bajo Fernández pontua que a expressão delinquência econômica vem sendo utilizada como sinônimo de delinquência de colarinho branco: “Esta identificación es explicable porque ya el propio Sutherland dentro de las actividades económicas, científicas o políticas que podrían dar lugar a la delincuencia de cuello blanco, se preocupó fundamentalmente de las infracciones económicas relegando el resto de las actividades profesionales” (BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. La delincuencia económica desde el punto de vista criminológico. In: Nuovas tendencias del derecho penal económico y de la empresa. Lima: Ara Editores, 2005. p. 23).

¹⁹ Ou seja, o elevado número de casos que nem mesmo chegam às instâncias formais de controle.

²⁰ Fernando Fernandes (2001, p.97) ainda dissertando sobre a inflação legislativa, pontua que o “*overload* do sistema punitivo estatal, sobrecarregado tanto n oque se refere à previsão dos crimes e respectivas sanções como também nos mecanismos de aplicação do Direito Penal”, torna-o “não eficiente e não funcional”.

Ao se observar a legislação criminal contemporânea não se pode esconder que a política criminal atual passa a estar orientada para o consequencialismo (SILVA SANCHEZ, 2000. p.99), buscando como regra aplicar punições elevadas apenas de maneira pragmática, atingindo-se qualquer objetivo ou finalidade²¹. Quando se vê o fenômeno criminal e a sociedade apenas sob este aspecto consequencialista pragmático, de modo praticamente irrestrito (sem qualquer limite), o direito penal acaba por se tornar em um instrumento de “engenharia social” (DIAS, 1999, p.37), o que não é aceitável sob o ponto de vista do Ordenamento Jurídico pátrio, pautado no primado da garantia de direitos e da proteção da dignidade da pessoa humana²².

De acordo com SILVA SANCHEZ (2000, p.100), ao se observar tal racionalidade, pode-se perceber que ela é perniciosa, no sentido de que ao excluir toda e qualquer forma de teleologia que não se compatibilize com seus “fins instrumentais de controle”, ela não se atenta para os valores essenciais e necessários a um sistema jurídico-político que seja coerente e coeso²³.

Um sistema dogmático jurídico penal não se pode orientar apenas por fundamentos desconectados à realidade constitucional e com fins instrumentais, em especial quando não se atinge a prevenção efetivamente. Em nome de uma nova racionalidade, com técnicas específicas, não se pode abjurar qualquer dos valores “nuclearmente determinantes no Direito como sistema axiológico” (ANDRADE, 1992, p.181), de forma que o modelo teleológico contemporâneo para o direito penal dos tempos atuais deve traduzir uma “unidade axiológica funcional” própria (DIAS, 1999, p.38). Ao se conciliar uma racionalidade funcional e axiológica se observará valores inerentes ao Estado Democrático de Direito, afinal não cabe ao Direito Penal, com a sanha de perseguir e punir o crime opor-se a valores que sejam caros e irrenunciáveis ao ordenamento tais como a dignidade da pessoa humana e a liberdade. Não

²¹ Vide as recentes reformas na legislação penal especial, como no caso dos crimes contra a Lei de Licitações, com hipóteses como art. 337-E, 337-F, com penas mínimas superiores à de outros delitos (como Corrupção Passiva), e iguais a de crimes como Roubo.

²² Dignidade da pessoa humana, de acordo com Fernando Fernandes (2003, p.64) “considerada como um valor autônomo e específico, inerente a todos os homens em virtude da sua simples condição de ser humana, a dignidade da pessoa humana figura como uma referência constitucional unificadora de todos os direitos fundamentais – desde os direitos pessoais, até os direitos sociais, passando pelos direitos dos trabalhadores, como também confere unidade à organização econômica (...) a proteção à dignidade humana no âmbito jurídico-penal é mediada pela sua expressão nos concretos bens jurídicos objetos da tutela, que assim cumprem a função de exteriorizar sua proteção”.

²³ Nesse sentido, Fernando Fernandes (2001, p.97) ainda destaca que “a hipertrofia gerada no Sistema penal pela tendência para a excessiva criminalização” contribui para evidenciar o “enfraquecimento produzido na eficácia intimidatória da sanção, compara à ineficácia provocada pela abusiva aplicação de uma determinada enfermidade”.

se deve olvidar que o Direito Criminal se justifica também, em alguma medida, racionalmente, pela sanção racional que é por ele aplicada²⁴.

O Estado Democrático de Direito, como conhecemos, pressupõe que para que seus destinatários possam aceitá-lo, as normas, e orientações básicas que ditarão seu funcionamento, sejam compreensíveis por todos seus agentes, e ao mesmo tempo passíveis de serem respeitadas (HABERMAS, 1989). Nas palavras de Jorge de Figueiredo Dias, uma teleologia que queira valer (DIAS, 1983, p.13):

para o presente e futuro próximo e para um Estado de Direito material, de cariz social e democrático, deve exigir do direito penal que só intervenha com seus meios próprios de atuação ali, onde se verifiquem lesões insuportáveis das condições comunitárias essenciais de livre realização e desenvolvimento da personalidade de cada homem.

Esse aspecto democrático do Estado de Direito, inclusive, leva à compreensão de um modelo Estatal vinculado, ou circunscrito por uma Constituição que irradiará toda uma carga axiológica de valores nos diversos ramos do Direito, inclusive o Direito Penal (FERNANDES, 2003). Assim preleciona Fernando Fernandes (2003, p.61-62):

O que se busca com a vinculação ao aspecto democrático é a própria legitimação do Estado, e do Direito que o regulamenta, no âmbito social e não para além dele, sendo necessária uma orientação deste último no sentido da missão social do Sistema como um todo, abandonando-se a técnica de estrutura-lo em um universo abstrato, a histórico e independente das realidades socioculturais (...) Portanto, a projeção do aspecto democrático do modelo em análise no modelo de Direito Penal diz respeito à sua necessária legitimação e não somente formal, mas, principalmente, material.

A dogmática²⁵, influenciada pela política-criminal e pela criminologia, deve se atentar aos postulados básicos das teorias dos fundamentos e dos fins da pena, e, além disso, “não pode desatender-se que a racionalidade funcional está aqui preordenada à salvaguarda e proteção de bens jurídicos fundamentais” (ANDRADE, 1992, p.181), sempre com o enfoque de se buscar uma intervenção penal que seja capaz de produzir efeitos ético-sociais esperados.

De acordo com Fernando Fernandes (2003, p.59) para se conseguir entender o fundamento da política criminal, que orientará todos os demais ramos do sistema jurídico-penal, deve-se primeiro saber o modelo de Estado formalmente previsto em uma determinada constituição, pois isso leva à “identificação do modelo de ordenação social respectivo”. Outrossim, “a referência aqui feita vai buscar na estrutura do Estado não tanto no que a

²⁴ Em outras palavras, pode-se vislumbrar que a própria existência do Direito Penal na realidade se justifica pela necessidade de uma resposta punitiva própria, com características que lhe são peculiares.

²⁵ Sobre a dogmática penal, qual seu papel no mundo jurídico? De acordo com Enrique Gimbernát: “em um autêntico Estado Democrático e de Direito a dogmática é um instrumento imprescindível para manter o direito penal sob controle, para que a pena não chegue mais longe de onde o legislador se propôs a que chegasse, para criar penas presididas pela calculabilidade e pela segurança jurídica. A idéia penal mais progressiva e avançada é, primeiro, somente isso: uma idéia. Para realizá-la é necessário formulá-la legalmente; esta formulação – e sua interpretação – será tanto mais perfeita quanto mais desenvolvido e seguro seja o aparato dogmático de que se dispõe” (GIMBERNAT ORDEIG, 1990. p.160).

Constituição expressamente estabelece, mas sobretudo no conjunto normativo e nas intenções de valor nela inseridos” (FERNANDES, 2003, p. 59). Isso significa que os fundamentos da política criminal podem ser inferidos da Constituição que funda um determinado Estado, mas, além disso, os fundamentos da política criminal podem ser encontrados nos valores que estão além da própria Constituição. Ora, o ordenamento jurídico brasileiro prevê um Estado Democrático de Direito orientado pela lógica da intervenção mínima e pela máxima liberdade do indivíduo. Logo, a política criminal terá como valores básicos aqueles decorrentes do modelo de Estado eleito por uma determinada sociedade. Todo este processo de reconhecer os fundamentos da política criminal servirá para orientar os processos de valoração do próprio Direito Penal, de forma que nas palavras de Ana Júlia Arruda (2023, p. 120):

ao trazer à tona o fundamento político da Constituição e, por decorrência, da política criminal, não se trata de politizar o Direito Penal, mas reconhecer que os respectivos parâmetros de valoração devem remontar à sua funcionalidade para além do caráter repressivo como uma finalidade em si mesma. É reconhecer que a norma penal e seu respectivo conteúdo valorativo, que expressa os fundamentos de política criminal, estão relacionados ao sistema político-social e aos interesses consagrados como essenciais, os quais, no contexto do Estado Democrático de Direito, referem-se à dignidade humana na perspectiva da máxima autorrealização da pessoa em sociedade.

Isso significa que o Estado de Direito deverá se orientar por uma lógica antropocêntrica, limitado pelo império da lei, tendo a dignidade da pessoa humana como princípio condutor de todas as demais finalidades e fundamentos da política pública (inclusive a política criminal). Nesses termos, afirma Fernando Fernandes que:

considerada como um valor autônomo e específico, inerente a todos os homens em virtude da sua simples condição de ser humano, a dignidade da pessoa humana figura como uma referência constitucional unificadora de todos os direitos fundamentais – desde os direitos pessoais (direito à vida, à integridade física e moral, etc.), até aos direitos sociais (direito ao trabalho, à saúde, à habitação), passando pelos direitos dos trabalhadores (direito à segurança no emprego, liberdade sindical, etc.), como também confere unidade à organização econômica. Disso decorre a consideração do homem como sujeito e não como objeto dos poderes ou relações de domínio (FERNANDES, 2003, p. 64).

Sendo o ser humano, e sua dignidade o fundamento da existência do Estado, a intervenção penal em sua liberdade somente pode ser legítima quando for necessária e eficaz para proteger a dignidade do próprio agente, ou de terceiros afetados (TAVARES, 2020). Ademais, a dignidade da pessoa humana deve servir como limitador tanto no processo de intervenção penal direta, quanto no de elaboração de medidas normativas, sendo certo que apenas aqueles comportamentos jurídico-penalmente proibidos, e que de alguma forma afetem terceiros, terão o alcance da norma. Em outras palavras, apenas aqueles casos de maior gravidade, e que demandem uma tutela indispensável serão objeto de intervenção do Sistema Jurídico-Penal. A política criminal, portanto, orientada por princípios como, por exemplo, o

da subsidiariedade e da proporcionalidade, deve ter por objetivo intervenções que não gerem custos mais elevados que os benefícios, nos termos orientados por Fernando Fernandes:

trata-se de um referente político criminal, de cunho particularmente funcional, que implica em um duplo juízo: o da necessidade, dizendo respeito à inexistência de outros meios – jurídicos ou não – capazes de oferecer uma tutela adequada e suficiente (subsidiariedade); o da idoneidade, relativo à aptidão e eficácia da tutela penal para a proteção do bem (adequação); o da proporcionalidade, implicando em uma verificação das vantagens e desvantagens político-criminais da intervenção penal, com vistas a se poder afirmar que a tutela não gera mais custos que benefícios (FERNANDES, 2003, p. 69).

Diz o artigo 170 da Constituição Federal que “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 (...)” (BRASIL, 1988). Observa-se aqui a lógica de uma ordem econômica orientada à proteção de uma existência digna de todos.

Ao se observar a realidade político-legislativa brasileira pode-se constatar que o legislador continuamente tem desrespeitado mandamentos básicos que dão fundamento à intervenção do estado no âmbito penal, que deveria ser restrita apenas àquelas ações que de alguma forma ofendam valores fundamentais à sobrevivência da sociedade, e para os quais a eventual aplicação e execução de uma pena seriam eficazes sob o aspecto preventivo especial e geral, em especial para punir os delitos praticados pelos agentes poderosos, com elevado *status* político e social (CROAL, *apud* FIGUEIREDO, 2010, p.304).

Pode-se observar, ainda, certo desdém por parte do legislador em criminalizar condutas que de fato são graves e causam grandes danos à sociedade, seguindo-se, por outro lado, com uma tendência de recrudescer a punição para crimes cometidos por delinquentes de mais baixas condições socioeconômicas, havendo assim uma ínfima ou quase nula efetividade no que diz respeito ao aspecto preventivo em relação aos crimes econômicos, especialmente os praticados pela elite econômica e política. Confunde-se o sentido da categoria político-criminal do merecimento de pena, apontando-se à necessidade de uma pena elevada, com eficiência no enfrentamento a tais delitos.

Os danos econômicos gerados por essas práticas delitivas são na casa dos milhões/bilhões, de modo que podemos categoricamente afirmar que “superam a totalidade dos danos causados pelo resto da criminalidade tradicional” (CALLEGARI, 2001, p.10). Mas não apenas danos financeiros são derivados da criminalidade econômica, outros como “danos que atentam contra a vida, a saúde e a integridade física”, decorrentes das “fraudes de alimentos, manipulação de medicamentos, de cosméticos”, fraudes ambientais, são todos exemplos de danos indiretamente provocados pela criminalidade econômica (CALLEGARI,

2001, p.10). Estas condutas podem afetar toda a coletividade, com danos sociais²⁶ que justificam a intervenção das normas penais no âmbito da referida criminalidade.

Além de todos os danos materiais (os econômicos diretos, e outros indiretos) e sociais, também existem danos imateriais diversos causados pela criminalidade econômica, como, por exemplo, “a perda de confiança no tráfico mercantil, a deformação do equilíbrio do mercado, a eliminação da concorrência”, que, por vezes, não são sentidos de imediato, mas causam impactos na estrutura da própria sociedade. (CALLEGARI, 2001, p.10). Nesse ponto, menciona Miguel Bajo Fernandez (*apud* CALLEGARI, 2001, p.10), que os principais efeitos da criminalidade econômica são:

ressaca ou espiral, cuja descrição é a seguinte: num mercado de forte concorrência, a deslealdade na concorrência se conduz quando se esgotam as possibilidades legais de luta. Nesta situação, quem primeiro delinqui acaba pressionando o resto à comissão de novos fatos delitivos (*efeito de ressaca*), e cada participante se converte assim no centro de uma nova ressaca (*efeito de espiral*). Este efeito de especial contágio se encontra facilitado por que o autor potencial é consciente do número enorme de delitos econômicos, da importância da cifra negra e da benignidade das penas previstas nas leis, suscitando uma imagem amável e positiva do criminoso.

Sabendo das dificuldades no processo investigatório para se elucidar tais delitos, e de que muitas práticas nem mesmo chegarão ao conhecimento das autoridades competentes, há uma potencialização/incentivo à perpetuação/prática constante dessa atividade delitiva, pelo sentido geral de impunidade, ou a uma “certeza de que vale a pena arriscar cometer algum delito econômico” (CALLEGARI, 2001, p.11).

Embora para estes delitos tenhamos uma intervenção bastante reduzida, ainda é possível observar uma crescente edição de tipos penais de forma completamente assistemática e inefetiva, em especial por não conseguir garantir efeitos preventivos concretos nas estatísticas criminais. O fenômeno da inflação legislativa²⁷ no que diz respeito aos tipos penais relacionados aos delitos dos poderosos (como por exemplo, os crimes contra a economia popular, contra a ordem econômica e o sistema financeiro, ambientais, entre outros):

²⁶ Nas palavras de Reis Friede e Luciano Aragão (2016, p.10) “nesse sentido, o dano social pode ser definido como aquele que é ocasionado por uma conduta (comissiva ou omissiva) socialmente reprovável, antijurídica ou não, praticada pelo Estado ou por particular (pessoa física ou jurídica), cuja consequência é a diminuição da qualidade de vida da sociedade ou de determinado grupo social. Cabe destacar, nesta definição, que a causa do dano poder ser uma conduta socialmente reprovável, antijurídica ou não. Entende-se por conduta socialmente reprovável a contrariedade do fato em relação ao sentimento comum de justiça; o comportamento que afronta o que o homem médio tem por justo, correto. Há, por conseguinte, uma lesividade social inserta na conduta, provocando um efetivo dano à coletividade, independente de o agente ter conhecimento de seu caráter danoso”.

²⁷ De acordo com Fernando Fernandes (2001, p.96-97) o fenômeno da inflação legislativa é resultado do “contexto do modelo do Estado Social, com a correspondente fundamentação no positivismo jurídico, que se acentuou o crescimento desmedido de normas penais incriminadoras, provocando um ‘alargamento incontrolável das áreas de criminalização’ e uma verdadeira inflação legislativa penal”.

é fenômeno causado tão-só para censurar fatos (e não seus autores, por não se mostrarem perigosos), uma vez que não geram penalidade *in concreto*. Trata-se de uma legislação promulgada para ser ‘virtual’, cuja finalidade é ser estigmatizante de determinados fatos e, a um só tempo, indulgente para com seus autores (SALES, 2006, p.417).

Aqui está posto um dos problemas que fundamenta nossa abordagem e pesquisa. Ao se elaborar sem respeito a qualquer proporcionalidade uma série de tipos penais não se está observando os padrões/parâmetros mínimos de legitimidade do direito penal, além disso, deixando de lado questões mais complexas relacionadas à política criminal contemporânea, preocupada em conter os “novos riscos” de uma sociedade igualmente complexa e repleta de riscos, potencializados a partir dos inúmeros avanços tecnológicos (BECK, 1995, p.181), o que levou ao confronto entre essa nova realidade e a lógica de exclusiva proteção apenas dos bens jurídicos.

Nesse aspecto, em especial, segundo Guilherme Gouvêa de Figueiredo, por um lado, alguns passaram a defender que o Direito penal deveria abandonar a tradicional perspectiva liberal (de intervenção mínima e apenas para os casos de bens jurídicos clássicos e mais relevantes, como a vida e o patrimônio), devendo tomar como objetivo a defesa de interesses difusos, vagos, universais, ou supra individuais; por outro, ainda existem aqueles mais apegados ao viés mais clássico do direito penal, que ainda defendem que esse deverá continuar a restringir suas intervenções com políticas-criminais apenas voltadas à tutela de um bem jurídico penalmente relevante bem específico, de cunho pessoal, sendo este bem um dos fatores motriz para garantir a legitimidade²⁸ da intervenção penal (FIGUEIREDO, 2010, p.307)²⁹.

²⁸ Sobre a crise de legitimidade pela qual passa o Direito Penal, Silva Sánchez afirma que: “Al respecto, hay quien entiende que un Derecho penal que en amplios sectores opera de modo básicamente simbólico pierde a la larga fiabilidad, no pudiendo cumplir sus funciones de protección; es decir, en otras palabras, que la función meramente simbólica de algunos preceptos obstaculizaría la función instrumental general del Derecho penal. Por mi parte, estimo que eso es así ciertamente ‘a la larga’. De modo inmediato, sin embargo, la legislación simbólica, con su estigmatización de la conducta correspondiente y la cualificación del bien de que se trate, constituye además una manifestación especialmente clara de un Derecho penal de connotación ‘educativa’ o ‘ético-social’. En ella se hallan ausentes ciertamente las funciones preventivas que, a mi juicio, habrían de legitimarlo. Precisamente por ello – y pese a que es evidente que la legislación puramente simbólica constituye una característica del Derecho penal de nuestro tiempo – puede considerarse ya que las disposiciones con una exclusiva función simbólica son ilegítimas y deben desterrarse del Ordenamiento jurídico”. (SILVA SÁNCHEZ, 2002, p. 305-306)

²⁹ Interessante aqui as considerações de Guilherme Gouvêa de Figueiredo, baseadas no pensamento de Jesús-Maria Silva Sánchez, pontuando: “O que se tem constatado é que a sociedade se torna insegura e atemorizada diante destes novos riscos emergentes do desenvolvimento técnico-científico, podendo-se dizer que, paralelamente, vivemos em uma sociedade que se pode designar como ‘sociedade do medo’ ou da ‘insegurança’. Num certo sentido, a existência objetiva de riscos repercute subjetivamente numa sensação coletiva de insegurança, que, por outro lado, é consequência da enorme complexidade que marca a contemporaneidade e, ademais, vê-se potencializada pela influência dos meios de comunicação, gerando uma insegurança subjetiva que extravasa, muitas vezes, os níveis de risco objetivo (real). Ora, na medida em que cresce, de forma incontínente, o sentimento social de insegurança, cresce também, um pouco por todo lado, o clamor social por medidas que resultem em alguma sorte de efeito preventivo”. (FIGUEIREDO, 2010, p.315).

Para que seja possível desenvolver um sistema de penas que seja racional e proporcional aos crimes econômicos devemos ter por base dois vetores criminológicos específicos: suas características gerais, e o contexto em que tais crimes se desenvolvem. Via de regra, estes agentes fazem parte de círculos sociais de classe média-alta, com formação acadêmica e profissional acima do padrão médio, e com habilidades técnicas próprias, praticando seus delitos no âmbito de uma estrutura complexa tal qual de uma empresa. Deixa-se de lado a ideia de *White-collar crimes* para se nominá-los como *respectable crimes* (RODRIGUES, 2017, p. 98).

Para conseguirmos aprofundar e propor perspectivas para elucidar alguns dos problemas acima mencionados, e possivelmente oferecer alternativas legítimas para uma regulação mais eficaz dos crimes econômicos (considerando a falência das soluções institucionais existentes), deve-se buscar uma abordagem criminológica desses delitos, e a partir dela se buscará identificar indícios que permitam entender a ineficácia do sistema penal pátrio no enfrentamento aos delitos dos poderosos, moldando as eventuais alterações que serão promovidas no sistema institucional de controle, e no direito penal propriamente dito, verificando os aspectos relacionados aos adequados fundamentos e finalidades das penas aplicadas a estes delitos.

1.1.Crimes Econômicos: Perspectiva Criminológica

Para uma adequada compreensão do fenômeno dos crimes econômicos, é essencial uma abordagem criminológica que consiga orientar com maior precisão sua lógica. Mas, afinal, por que analisar sob o viés criminológico? A própria compreensão do que seja criminologia pode auxiliar a justificativa da abordagem. De acordo com Garcia-Pablos Molina (2003, p.47), a Criminologia pode ser compreendida como uma ciência interdisciplinar com um método empírico, e que possui como principal objetivo “apresentar uma informação válida, contrastada e confiável sobre o surgimento, a dinâmica e as variáveis do crime, contemplando-o como fenômeno individual e como problema social”.

Já para Donald Cressey e Edwin Sutherland (1992), a Criminologia tem como conceito todo um conjunto de conhecimentos específicos que se relacionam em alguma medida ao delito, compreendendo-o como fenômeno social, “sendo nele incluído os processos de elaboração das leis, violação das leis e de reação à infração das leis”, de forma que é a sociedade, a coletividade quem definirá como crime todos os comportamentos “indesejáveis”, sendo a punição aplicada a esses uma “reação social”. Portanto, o objeto de análise da

Criminologia, para Sutherland e Cressey, é a sequência de interações entre comportamentos desviantes, sociedade e reação social (SUTHERLAND; CRESSEY, 1992, p. 3). Outrossim, é importante fixar que a Criminologia não se ocupa apenas com o estudo empírico do fenômeno do crime, mas também sobre o criminoso em si, a vítima e seu respectivo papel, e os diversos sistemas/mecanismos de controle social aplicáveis (SHECAIRA, 2020, p. 51).

Ademais, pode-se verificar que a Criminologia não envidou esforços em compreender apenas e exclusivamente o fenômeno do crime enquanto fato social individual, praticado por e a favor de apenas um único indivíduo, sendo relevante também a prática de atos ilegais por meio ou em favor de organizações, em especial organizações econômicas.

Em termos de recorte metodológico quanto à abordagem criminológica, a preocupação do presente trabalho se dará com a criminalidade econômica compreendida em sua perspectiva empresarial. Mesmo essa delinquência econômica empresarial pode ainda ser dividida em duas principais perspectivas: 1) formal: composta por delitos que são realizados em nome de ou em favor de uma determinada empresa/corporação (crimes corporativos³⁰); 2) material: os atos e comportamentos criminosos são realizados por sujeitos que detêm características especiais em aspectos profissionais, com uma elevada ou privilegiada posição social e dentro da corporação, sempre com o viés de maximizar o lucro individual (Crimes ocupacionais³¹).

No contexto das novas tecnologias e do avanço da informática e dos novos meios de comunicação e informação, com uma racionalidade comercial e calculista bastante exacerbada, nas palavras de José de Faria Costa (1992, p.540), as organizações tornaram-se personagens importantes, produzindo efeitos penais e criminógenos em seus atos. Ora, na medida em que a sociedade avança, o Direito Penal também é convidado a avançar para abranger novos fenômenos sociais, com características e elementares próprias de uma

³⁰ De acordo com Raymond Paternoster e Sally S. Simpson (*apud* SOUZA; JAPIASSÚ, 2017, p. 1032), crime corporativo (*corporate crime*) consiste em “atos ilegais praticados por empresas ou seus representantes, empreendidos para se atingir determinados objetivos da organização”.

³¹ “Crime ocupacional (*occupational crime*) consiste em uma categoria de ilícitos econômicos que enfeixa comportamentos bastante diversificados” (SOUZA; JAPIASSÚ, 2017, p. 1032). Nas palavras de Claudia Cruz Santos *occupational crime* possui pelo menos duas abrangências distintas: “Por um lado, refere-se aos delitos praticados por funcionários contra os interesses das organizações, públicas ou privadas, para as quais trabalham; por outro, engloba também as infrações cometidas por pessoas individuais no exercício das suas atividades.” (SANTOS, 2001, p. 81). Ademais é importante diferenciar que “a nova criminalização de condutas atentatórias à ordem econômica tem estreita delimitação”, pois no que diz respeito aos crimes econômicos, os crimes do “colarinho-branco, a criminalidade dos poderosos, enfim, é distinta de outras subdivisões frequentemente perceptíveis”, de forma que “nem sempre se confundem com a chamada delinquência profissional (*occupational crime*), ou seja, aquela que tem estreita ligação entre o crime e a atividade profissional. (...) Por igual, não se pretende o trato penal da chamada delinquência de cavalheiros (*kavaliersdelikt*), crimes que podem ser praticados por indivíduos de alto nível social, mas nem sempre relacionados com sua atividade profissional.” (SILVEIRA, 2006, p. 28).

sociedade de massas³². É nesse contexto complexo, com relações interpessoais das mais diversas, que se desenvolveu a criminalidade econômica, marcada por diversas características derivadas dessa sociedade do risco, assentada em valores econômicos em quase todas as relações sociais, também complexa e marcada por deveres especiais a cada um dos agentes envolvidos nas diversas relações sociais.

Ademais, a criminalidade econômica pode ter conceitos variados. Nas palavras de Ela Castilho (1996, p.31):

O conceito de criminalidade econômica depende primeiramente do enfoque que se lhe dê: criminológico ou normativo. Depois, em cada uma das perspectivas há um alto grau de variabilidade, que depende, de um lado, da teoria criminológica adotada e, de outro, do critério de classificação jurídica. Os autores, em geral, ao abordarem o tema, iniciam ressaltando as dificuldades de definir os fatos que devem ser considerados crimes econômicos. Há definições mais amplas, outras mais restritas.

O primeiro a desenvolver uma teoria dos crimes econômicos no âmbito das Ciências Criminais, e mais especificamente, na Criminologia, foi o sociólogo estadunidense Edwin Sutherland (1983), que, em linhas gerais, conceituou esses delitos como crimes de colarinho branco que, em suas palavras, “pode ser definido aproximadamente como um crime praticado por uma pessoa, de respeitabilidade e elevado status social, no curso da sua ocupação”³³. (SUTHERLAND, 1983, p.7). É também característica relevante desta criminalidade econômica o fato de os delitos serem praticados no contexto de violação da confiança (FIGUEIREDO, 2012), aspectos que serão melhor abordados abaixo³⁴.

Acerca das características do criminoso econômico, de acordo com Günter Kaiser e José Arturo Rodríguez Núñez (1988) ele possui características *sui generis*. Geralmente pertencem às classes sociais mais elevadas e atuam a partir de uma “moral de duplo sentido”, praticando atos às escusas do grande público, sempre como um “camaleão”, e por isso, via de regra, permanecendo “impune”. Ademais, essa delinquência é marcada por elevadas cargas de “nocividade social”, com uma adaptabilidade elevada aos sistemas e modelos econômicos da

³² Nesse sentido, Jacobo López Barja de Quiroga (apud FERNANDES, 2003, p. 58): “quando as relações sociais são simples é possível aplicar-se um direito penal clássico, com seu aspecto tríplice: ação, relação de causalidade e resultado. Pelo contrário, quando as relações sociais são altamente complexas, quando a massificação conduz à fabricação em massa, com intervenção de muitas pessoas, e à venda também de forma massificada, aquele aspecto tríplice já não é capaz de responder. A sociedade de massas cria amplamente o risco e demanda um direito penal que possa resolver os problemas que ela gera. A solução se encontra em atividades de intervenção, por meio de uma ampla rede de normas administrativas, com exigência de permissões e controles, esquecendo-se do resultado para acudir claramente ao perigo.”.

³³ Apesar de todo seu mérito, as concepções teóricas de Sutherland foram também criticadas e reapreciadas por diversos outros pesquisadores, com a grande parte destas críticas sendo voltadas a buscar tornar mais objetiva o conceito destes delitos de colarinho branco (FERNÁNDEZ, 2000. p.525);(SHAPIRO,1990. p. 346).

³⁴ Nesse sentido “os criminosos de colarinho branco desenvolvem sua atividade delituosa de forma muito distinta do criminoso comum, já que, para além de quase nunca recorrerem à violência, utilizam-se de artifícios peculiares relacionados ao aproveitamento dos vínculos de confiança, que se multiplicam ao passo em que as relações sociais e econômicas se tornam mais complexas, e à burla pelo emprego fraudulento de conhecimentos muito específicos e refinados” (FIGUEIREDO, 2012, p.428).

sociedade, com os autores desses delitos, muitas vezes, possuindo um elevado “prestígio profissional”, reconhecidos como “bem-sucedidos” socialmente. Ou seja, para Günter Kaiser e José Arturo Rodríguez Núñez, esta realidade criminológica denota e reforça a sabedoria popular no sentido de que, no sistema de justiça criminal, “captura-se os pequenos e se deixa escapar os grandes infratores” (KAISER; RODRÍGUEZ NÚÑEZ, 1988, p.357)³⁵.

Outra característica comum a estes delitos econômicos é o fato de geralmente não serem associados a qualquer tipo de violência para consecução de seus fins³⁶. Essa característica reforça a opacidade³⁷ destas condutas criminosas, que são bem menos visíveis e perceptíveis para a sociedade de um modo geral, dificultando eventual intervenção penal ativa para fins de prevenção ou repressão. Observa-se, pois, que o delinquente econômico, diferentemente do criminoso comum, quando de seu ato, não se expõe socialmente, valendo-se apenas de sua posição privilegiada para a prática de seus atos criminosos (BAJO FERNÁNDEZ, 2005, p.45). Isso se deve, porque a partir da revolução científica, com seus variados avanços repercutindo em todos os âmbitos, inclusive nas relações humanas, as atividades delinquentiais se envolveram de “uma especialização laboral com decisivas consequências para o objeto do nosso estudo”, de forma que, com o alto grau de especialização exigido para a prática destes atos criminosos, todos aqueles que não dominam sua *expertise* e *modus operandi* não conseguirão os investigar, e, quiçá, punir (SANTOS, 2000, p.101)³⁸.

Ademais, outra característica que colabora para sua impunidade, e fortalece a seletividade do sistema é o fato dos delitos dos poderosos, geralmente não possuírem vítimas

³⁵ Nesta mesma perspectiva Mir Puig leciona que este delinquente denota pouquíssima culpa, tendo em vista que sua consciência está identificada com a de um homem de negócios, apenas buscando atingir lucros para sua empresa a qualquer custo, fazendo com que seu julgamento sobre o certo ou errado sejam desviados pelo constante desejo de riqueza e poder (MIR PUIG, 1994, p. 117-118).

³⁶ Nas palavras de Sutherland (2019, p.85) “A criminalidade de colarinho branco floresce em pontos onde homens de negócios e profissionais poderosos entram em contato com pessoas que são socialmente vulneráveis. A esse respeito, é semelhante a roubar doces de um bebê. Muitos dos crimes da classe baixa, por outro lado, são cometidos contra pessoas de riqueza e poder na forma de arrombamento e roubo. Devido a essa diferença no poder comparativo das vítimas, os criminosos de colarinho branco gozam de relativa imunidade”.

³⁷ Aqui interessante a consideração de Guilherme Gouvêa de Figueiredo (2014, p.207) no sentido de que “De fato, nesta espécie de criminalidade, as vítimas desconhecem sua condição: seja porque os crimes cometidos, notoriamente desvaliosos, atingem as vítimas somente de forma reflexa ou bagatelar em relação a cada uma delas, mesmo sendo o resultado inegavelmente ofensivo aos interesses coletivos, seja porque muitos dos agentes justificam sua atitude por serem eles mesmos vítimas delas – ou seja, acaba por haver uma maior tolerância social, à medida que a conduta passa a ser socialmente aceita com a justificativa de que todos fazem o mesmo”.

³⁸ Nesse sentido afirma Cláudia Maria Cruz Santos (2000, p.101): “E, se isso ocorre no campo das empresas, no que respeita a funcionários particularmente qualificados que lesam os interesses do empregador – a título de exemplo, veja-se o que se passa com os especialistas em informática -, o mesmo não deixa de suceder relativamente a profissões liberais tão tradicionais como a medicina ou a advocacia. Também as infrações perpetradas pelas grandes sociedades e no seu próprio interesse, frequentemente de cariz financeiro ou fiscal, pressupõem o domínio de um fluxo informacional que, regra geral, não está ao alcance dos cidadãos”.

definidas de maneira clara, sendo elas, majoritariamente difusas, e atingidas apenas de maneira indireta ou reflexa, mesmo que os resultados destas ações evidentemente ofensivos a toda a coletividade. Algumas espécies de infrações, como as tributárias e as ambientais, por exemplo, são vistas muitas vezes como condutas normais, e por isso aceitáveis, sem qualquer vitimização. Sem uma vítima bem definida os delitos que envolvem interesses coletivos e difusos, como os econômicos, acabam por cair na impunidade (BAJO FERNÁNDEZ, 2005, p.44).

Por serem praticados em contextos de organização, hierarquizada, com divisão de funções e complexidades próprias, a responsabilização penal em relação a estes delitos, é muitas vezes difusa, e pouco efetiva, se não compreendido adequadamente as características destes delitos.. Assim: “as dificuldades de prova da responsabilidade inerentes à divisão das tarefas acrescem se tivermos em conta que, para além da responsabilidade moral nem sempre coincidir com a autoria material, são frequentes os casos em que se alega inexistir uma intenção criminosa, invocando-se antes o descuido, a falta de condições” (SANTOS, 2001, p. 106)³⁹.

Como exemplos de delinquência econômica pode-se citar inúmeros tipos de fraudes, ações temerárias, ações falimentares, corrupção pública e privada, formações de carteis, lavagem de ativos ilícitos, ações para manipulação do mercado de capitais, sonegação fiscal, crimes tributários de um modo geral, crimes contra as relações de consumo, concorrência desleal, entre outros, previstos em legislações penais esparsas⁴⁰.

³⁹ Em complemento, de acordo com Anabela Miranda Rodrigues, os crimes econômicos geralmente são praticados no contexto organizado, sendo assim “de um ponto de vista estrutural, uma criminalidade organizada em sentido amplo” em que “participam normalmente conjuntos de pessoas estruturados hierarquicamente, quer seja na forma de empresas, quer na forma estrita de organização criminosa” (RODRIGUES, 2006, p.24). Isso gera um efeito importante a ser considerado quando da prática de crimes como os econômicos, qual seja “A dissociação entre execução material direta e responsabilidade determina que o resultado lesivo possa aparecer significativamente separado, tanto no espaço, como no tempo, da ação dos sujeitos importantes ligados à prática do crime” (RODRIGUES, 2006, p. 24). Nas palavras de Eduardo Saad-Diniz (2019, p.163), citando Jeffrey Reiman, também são características deste crime: 1) ser “altamente custoso (‘it takes far more dollars from our pockets than all the FBI Index crimes combined’)”, ou seja, com um elevado custo econômico à sociedade; 2) “altamente difundido na sociedade” (‘probably much more so than the crimes of the poor’), ou seja, são muito mais comuns do que se é divulgado publicamente; 3) “raramente investigados e sujeitos a uma série de tratamentos diferenciados à ‘clientela de classe alta’”, muito em decorrência de suas demais características, em especial a complexidade de suas práticas; 4) “nos poucos casos em que chegam a uma sentença condenatória, a resposta penal é insuficiente e desproporcional frente aos custos que impuseram à sociedade”, o que revela a necessidade de se investigar/apurar uma melhor postura ou forma com o qual o fim ou fundamento das penas para tais delitos devem ser aplicadas.

⁴⁰ São alguns exemplos de crimes econômicos aqueles previstos na Lei 8137/90 e os artigos 1º e 2º da Lei 8176/91; os delitos contra o sistema financeiro presentes na Lei 7492/86; o art. 10 da LC 105/2001; os artigos 359-A a 359-H do Código Penal; os Delitos de branqueamento de capitais (Lei 9.613/98); os delitos contra o mercado de capitais (arts. 27-C, 27-D e 27-E da Lei 6.385/76); os delitos contra a previdência social previstos no Código Penal; os delitos Societários (art. 177 do CP); os delitos contra a economia popular (Lei 1.521/1951); os delitos contra a relação de consumo; Corrupção ativa (art. 333 do CP) e passiva (art. 317 do CP), entre outros.

De acordo com Anabela Miranda Rodrigues (2017, p.94) os crimes econômicos não são “constitutivamente” representantes de um direito penal simbólico, pois eles não reforçam “interesses ou funções que nunca deveriam ser considerados como bens jurídicos”. Além do mais, não se olvida que os riscos envolvidos nessas atividades não são ilusórios, mas sim muitas vezes bastante complexos e aflitivos, pois “relações pessoais são substituídas por comportamentos anômicos e standardizados”, com uma neutralidade comportamental que muitas vezes reforça uma “aparência externa de licitude” dos delitos econômicos (RODRIGUES, 2017, p.95).

Dados estes fatores, os crimes econômicos geralmente ocorrem fora do âmbito de visualização e controle social, com difícil percepção por parte da sociedade em geral, e por isso com menores índices de persecução penal, diferentemente dos crimes “comuns” que são, na sua grande maioria, facilmente constatáveis na prática, e com isso são mais investigados e enfrentados. Da complexidade mencionada anteriormente surge o problema da dificuldade que os órgãos de controle possuem para selecionar e habilmente reagir frente a estes delitos. Além da questão policial, existindo uma enorme dificuldade de se conseguir institucionalmente desvendar estas condutas criminosas, é possível notar que mesmo o “legislador revela, muitas vezes, problemas na regulamentação de matérias mais complexas, e as autoridades judiciárias sentem, também, particulares dificuldades na apreciação das mesmas” (CRUZ SANTOS, 2001, p.101).

O que se observa é uma atividade legislativa - em especial quanto a estes crimes - não efetiva, expansiva e casuística, despreocupada com as questões de ordem técnica (que são relevantes no âmbito criminal) promulgando-se leis esparsas, que também levam a problemas sérios relacionados à sua eficácia e legitimidade (FIGUEIREDO, 2010, p. 308). Assim sendo, de acordo com Guilherme Gouvêa de Figueiredo (2014, p.199), desde que os crimes cometidos pelos mais influentes e poderosos da sociedade passaram a ser alvo de estudos, pode-se observar uma constante demanda por criminalização e recrudescimento das sanções penais a serem impostas a estes delinquentes. Deste modo, muito embora o Direito Penal tenha sido pensado para ser a *ultima ratio* na resolução das demandas sociais, hoje em dia tem sido colocado como instrumento de *prima ratio* (FIGUEIREDO, 2010, p.305) em relação à criminalidade econômica.

Falar em criminalidade econômica é também falar em globalização, com novos atores políticos e econômicos com escalas e efeitos globais. Há um recorte ideológico também neoliberal, com ausência de regulação pública efetiva. Nesse contexto são desenvolvidas propostas de autorregulação ou compliance:

O imperativo desregulador aliado à escalada de desenvolvimento tecnológico, que permite um fluxo de informação em tempo real ao redor do Planeta, criou o que Zigmunt Bauman chamou de “proprietários ausentes”: os reais proprietários das empresas acionistas e investidores, que investem os seus recursos em atividades econômicas sobre as quais ‘não têm controle administrativo e operacional direto e localizado (RODRIGUES, 2017, p.90).

Esse contexto de desregulamentação empresarial levou aos debates acerca da governança corporativa, e o *compliance* como instrumentos de um capitalismo regulatório “técnica de intervenção na atividade econômica de autorregulação regulada” (RODRIGUES, 2017, p.90), como uma saída para aplicar intervenções pontuais em situações nas quais o comportamento empresarial praticado fuja daquele padrão almejado para a atividade desenvolvida. Tais normas possuem uma característica híbrida, sendo elaboradas e influenciadas por uma ambiência estatal e privada, sempre com foco supraestatal, buscando regular o ambiente corporativo de forma mais efetiva/eficaz (RODRIGUES, 2017, p.91)⁴¹.

A lógica desta cultura do *compliance* é permitir que, através de normas administrativas, ou corporativas internas, se pressione as corporações detentoras de tais ferramentais normativos a punirem internamente, ou reprimirem determinados comportamentos ilícitos, que antes seriam demandados/punidos no âmbito criminal. Entretanto, conforme aponta Anabela Rodrigues, tais medidas não foram e não são suficientes para evitar crises ou violações normativas, demandando a intervenção estatal por meio do Direito Penal (RODRIGUES, 2017).

As crises do modelo econômico com base no capitalismo, em especial a crise de 2008, demonstraram que não é suficiente deixar nas mãos do próprio mercado a regulação da atividade econômico-financeira, pois na realidade o que se está fazendo é “converter o lobo em pele de cordeiro”, e não regulando sua atividade, que se assim não for pode causar ruturas econômicas profundas, gerando uma “perda de confiança” e a “necessidade de proteger a integridade do próprio mercado e a estabilidade do sistema econômico” por meio da intervenção de normas estatais (RODRIGUES, 2017, p.93).

⁴¹ Embora não seja este o objeto da nossa análise enquanto pesquisa, de acordo com Anabela Miranda Rodrigues, ao menos em termos históricos: “O primeiro instrumento legislativo a prever normas de autocontrole e autofiscalização típicas de programas de cumprimento é apontado como tendo sido o Foreign Corrupt Practices Act, adotado em 1977, nos Estados Unidos da América. Esta lei – subsequentemente ampliada e atualizada – teve por finalidade moralizar as práticas comerciais das empresas norte-americanas, evitando uma prática que consistia na conquista de mercados internacionais através da corrupção de autoridades públicas estrangeiras, ou seja, mediante uma condenável forma de concorrência desleal e, em 2002, a lei Sarbanes-Oxley (Sarbanes-Ox Act) foi uma tentativa de restabelecer a confiança dos investidores no mercado e uma resposta às megafraudes que entretanto tinham ocorrido, protagonizadas por grandes empresas, como a World-Com ou a Enron, do lado americano, ou a Parmalat ou o Banco Barings, do lado europeu. O objetivo foi o de proteger os acionistas, com a obrigação, para os dirigentes executivos das empresas, de observar os ‘deveres gerais e especiais de organização”(RODRIGUES, 2017, p.91).

De acordo com Anabela Rodrigues as propostas dos penalistas para tal problema são dispare e variadas, indo desde a propositura de um “crime econômico de caráter político” com base nas ideias de Wolfgang Naucke, até o “discurso da resistência ao direito penal” que reforça a importância de seu caráter simbólico negativo, contribuindo para uma expansão de um direito penal cada vez mais simbólico (RODRIGUES, 2017, p.94), emissor de sinais que visem “tranquilizar” uma sociedade clemente por sua intervenção. Não se pode olvidar, entretanto, que a função simbólica não é uma exclusividade do direito penal, e que quando ele assim o for, deve-se buscar emitir símbolos, sinais também positivos.

Sally Simpson (*apud*, SAAD-DINIZ, 2019) evidenciou que os criminosos econômicos, em especial no contexto de corporações empresariais, não são intimidados com os mecanismos intimidatórios existentes. Por essa contribuição consegue-se evidenciar e deixar bastante clara a existência de uma lacuna quanto a esta criminalidade, o que revela a necessidade de se revisar a forma de atuação do sistema de justiça criminal neste contexto próprio (SAAD-DINIZ, 2019. P.18).

Ao se inverter a metodologia utilizada pela criminologia, trazendo os pressupostos utilizados para a verificação da “criminalidade de rua” para a criminalidade econômica, tende-se a reforçar um julgamento moral próprio, de forma que questões específicas podem ser colocadas, como:

Por que um assaltante merece maior reprovação ética de seu comportamento do que uma multinacional que sonega ou lava fortunas, devassa ecossistemas inteiros ou sustenta a escravidão moderna? Por que a criminalidade corporativa não é sentida pelas pessoas? Por que há relativamente tão pouco ressentimento quando uma empresa local é vulnerada por uma multinacional? (SAAD-DINIZ, 2019, p.21).

O fenômeno da criminalidade econômica afeta diretamente o estereótipo daqueles que são parte de uma classe social mais abastada, obedecem ou respeitam o ordenamento jurídico, com padrões morais próprios. Observa-se, ademais, no Ordenamento Jurídico brasileiro, o convívio entre uma demanda punitiva com criminosos “tradicionais”, com uma política de maior flexibilidade quanto à criminalidade corporativa (SAAD-DINIZ, 2019, p. 21).

Embora contemporaneamente possa se visualizar um maior enfoque na percepção geral do público sobre os crimes econômicos, ainda não são tão significativamente perceptíveis as consequências sociais, morais e emocionais destas práticas delitivas, razão pela qual é importante aprofundar a análise a partir das correntes criminológicas sobre estes delitos. Todo este processo “obstrui os processos de aprendizado histórico e a formação de uma memória geracional” sobre os males desta criminalidade (SAAD-DINIZ, 2019, p.23).

Nesse contexto é que algumas outras teorias criminológicas foram desenvolvidas para compreender a dinâmica e o funcionamento da criminalidade econômica, e por isso é importante trabalharmos com algumas delas, trazendo, inclusive, fundamento criminológico para o pressuposto inicial da pesquisa (de que o criminoso econômico é racional) para posteriormente avançar sobre os aspectos relacionados aos fundamentos e finalidades da pena a esses delitos.

1.1.1. **Perspectivas sociológicas: Teorias positivas, da Imitação, Durkheim e Merton**

No início da Criminologia, antes mesmo de se desenvolver com uma estrutura científica um pouco mais apurada, já na escola “clássica” Cesare Beccaria (2011), da mesma forma que a perspectiva filosófica utilitarista, defendia a lógica de que o homem é um ser racional, e o crime deriva de uma relação matemática entre custo e benefício. Nas palavras de Figueiredo Dias (1997, p.8): “decisiva a este propósito é a ideia do racionalismo ao serviço do hedonismo: o homem atua movido pela procura do prazer, pelo que as penas devem ser previstas de modo a anularem as gratificações ligadas à prática do crime”.

Em Beccaria (2011) pode-se, inclusive, encontrar, que ao menos no que diz respeito à criminalidade dos poderosos, independentemente de se prever penas, talvez só o fato de eles serem efetivamente descobertos, processados, e ainda que sofram uma pena não tão grave, já haverá consequências práticas que uma sanção criminal elevada talvez não seria capaz de atingir com maior rigor. As mencionadas consequências talvez sejam mais importantes do que se ter penas altíssimas, na medida em que isso muitas vezes não funcionará para tais delitos que “são mais efetivamente prevenidos pela certeza das penas, do que por sua severidade” (BECCARIA, 2011, p. 87).

Como um dos precursores das Escolas Sociológicas europeias Gabriel Tarde expressou que a criminalidade não decorre de quaisquer fatores biológicos ou atávicos, mas sim de valores que são compartilhados no contexto de determinados grupos sociais, que, por meio do exemplo, ensinariam aos sujeitos próximos (TARDE, 1890, p. 46). O mesmo autor desenvolveu o conceito das “leis da imitação”, relevantes para compreender a prática de crimes; são elas:

- 1) O fator proximidade: os indivíduos imitam os outros na relação diretamente proporcional à intensidade dos contatos e na razão inversa da distância; quanto mais próximo, maior a imitação; 2) O fator hierarquia: a imitação é feita de baixo para cima; os indivíduos das classes mais baixas imitam os das classes superiores; os filhos imitam os pais; as pessoas do interior imitam as da cidade etc.; e 3) O fator cronológico: quando há uma contradição entre dois modelos de comportamento, o novo substitui o antigo; por exemplo, os homicídios por arma de fogo substituíram

os homicídios à faca, os crimes na condução de veículos substituíram os crimes dos carros com tração animal etc. (*apud* SOUZA; JAPIASSÚ, 2017, p.1036).

Acerca das ideias da imitação e da perspectiva criminológica de Gabriel Tarde, Costa Andrade e Figueiredo Dias (1997, p.25) afirmam que:

Em sede explicativa [Gabriel Tarde], pôs a tônica na pressão social no sentido da imitação-repetição, formulando as leis da imitação. Segundo estas leis, a imitação funciona de cima para baixo (do pai para o filho, do superior para o subordinado, do nobre para o plebeu, da cidade para o campo...) e a sua intensidade aumenta com a proximidade social (imitando-se, v. g., mais facilmente o superior imediato do que o chefe supremo, que vive longe e mal se vê), antecipando deste modo as teses da associação diferencial de Sutherland. Tarde toma também posição na querela sobre a relevância criminógena da miséria, acentuando que tal relevância não é necessária nem contínua: mais importante que a miséria seria o desfasamento entre o teor dos desejos e os dos recursos, que pode atingir grandes proporções, mesmo em relação aos ricos.

Em Tarde pode-se verificar a compreensão de que a sociedade é um todo orgânico, possuindo articulações internas a partir das várias instituições existentes, sempre primando para a autopreservação. Todavia o pensamento criminológico dos tempos de Gabriel Tarde ainda estava bastante associado a paradoxos como o da pobreza e outros elementos sociais. Tal panorama de pensamento só foi alterado com as Escolas Sociológicas norte-americanas, sendo Edwin Sutherland um dos pioneiros nesse sentido.

Além de Tarde, outro importante pensamento criminológico é o derivado dos trabalhos do francês Émile Durkheim. A interpretação funcional de Durkheim exerceu forte influência no pensamento criminológico brasileiro, muito embora toda sua potencialidade ainda esteja pouco explorada. A partir de sua teorização pode-se verificar uma lógica do crime não mais relacionado a aspectos biológicos, sendo visto como um fenômeno social normal; um fenômeno necessário e útil a todo o equilíbrio e desenvolvimento sociocultural, permitindo, ainda, mudanças a partir do estabelecimento de parâmetros sobre o aceitável (DURKHEIM, 1999).

Sua ideia e interpretação do fato social e do crime formam base da solução para o problema da ordem social, de forma que “a consciência coletiva regula a moralidade para assegurar o controle social, o qual, se não é consistente o bastante, cede espaço para o comportamento desviante e, por conseguinte, à configuração da anomia” (SAAD-DINIZ, 2019, p.28). Em Durkheim pode-se observar que o processo de divisão e especialização do trabalho contribui para o reforço da divisão cada vez mais latente dos papéis sociais e, em contrapartida, eleva o nível de integração dos sujeitos. Desse modo “tanto mais integrada a sociedade, mais absoluta a coesão e o poder de universalidade a identidade normativa da sociedade” (SAAD-DINIZ, 2019, p.29). A depender do nível de abalo à harmonia e a paz, o controle social irá intervir.

A conceituação de crime para essa perspectiva remonta a uma consciência coletiva bem determinada, remetendo à lógica de afetação da harmonia social, e que deve ser combatida para reestabilizar a harmonia. O comportamento desviante orienta a ação dos sujeitos, possuindo uma função social, definida sociologicamente por Durkheim como sendo a “antecipação da moral futura, um encaminhamento para o mundo futuro” (DURKHEIM, 2007, p.86). O crime, então, permite compreender ou diferenciar mais adequadamente os comportamentos sociais aceitáveis dos inaceitáveis, toleráveis ou normais, dos intoleráveis ou anormais. Na medida em que os sujeitos vivem em sociedades anômicas, sem normas, torna-se complexa a atividade de estabelecimento de vínculos, e por esse motivo, aqueles sujeitos que não possuam um referencial normativo definido e claro, possuem uma maior propensão a trilhar o caminho do comportamento desviante. (DURKHEIM, 1999).

Para solucionar este problema do sujeito desviante, deve-se compreender que o direito é reflexo e instrumento de regulação dos diversos comportamentos, regulando a vida em sociedade. O conceito de anomia possui um importante papel na compreensão funcional e moral do crime. A anomia, para Durkheim (2000), pode ser compreendida como uma “doença da aspiração infinita”, de forma que “a ausência de normas (*normlessness*) forçada pela redução anômica resulta em dissociação social dos indivíduos e sucessão de atitudes anômicas negativas” (SAAD-DINIZ, 2019, p.30), reduzindo ou diminuindo os vínculos estabelecidos entre os sujeitos, potencializando a prática delitiva. A anomia, de acordo com Durkheim (1999), designará os estados de vazio normativos em uma sociedade, que entre outros efeitos produzirá condutas desviadas de seus membros; em outras palavras, a crise normativa de determinado ordenamento gerará a crise das estruturas e organização da sociedade (DURKHEIM, 1999). De acordo com Pablos Garcia Molina (2003, p. 787):

Émile Durkheim observou o novo quadro estrutural imposto pela industrialização com as mesmas aspirações que inspiraram Auguste Comte, o fundador da sociologia moderna: construir uma sociedade racional e solidária a partir das ruínas da sociedade tradicional, por meio de uma análise científica da monumental mudança social experimentada (tradução nossa)⁴².

Nas palavras de Eduardo Saad-Diniz (2019, p.30) “os contextos de anomia também são conhecidos pela falta de institucionalismo societário (*societal institutionalism*) e diluição do referencial de internalização de comportamentos”, fazendo com que na ausência de um referencial normativo específico, aqueles que estão em um contexto de anomia, possuam

⁴² Nas palavras de Pablos Garcia Molina (2003, p. 787) “DURKHEIM contempló el nuevo marco estructural impuesto por la industrialización con las mismas pretensiones que animaran a Comte, fundador de la moderna sociología: construir una sociedad racional y solidaria de las ruinas de la sociedad tradicional, mediante un análisis científico del monumental cambio social experimentado”.

maior tendência a comportarem-se de forma criminosa. Para Durkheim existem duas formas de sociedade: a mecânica – que trabalha com juízos mais primitivos, autossuficiente, monolítica e uniforme, com pouca divisão no trabalho, e baixa complexidade social – e a orgânica – mais complexa, dinâmica e evoluída, com divisões de tarefas bastante segmentadas, e interdependentes, pautadas pela lógica da solidariedade social (DURKHEIM, 1999).

Essa distinção entre sociedade mecânica e orgânica é relevante, pois na primeira o Direito cumpre por função preservar ao máximo a uniformidade de seus membros em torno de um determinado grupo, sendo seus instrumentos de ação, a repressão das condutas que se desviem da norma vigente. Já na sociedade orgânica, o Direito, e notadamente o Direito Penal, deve ter por fim assegurar ou regulamentar a interação dos grupos que compõe a sociedade, arbitrando os mecanismos restitutórios, reprováveis e preventivos (GARCIA-MOLINA, 2003, p. 788). O crime na sociedade, para Durkheim (1999), reflete uma situação de crise, que gerará disfunções sociais decorrentes do próprio delito, sendo reportado como algo “normal”, e inevitável, decorrente da convivência social, e da diversidade existente nela.

Durkheim ainda pontua que toda sociedade manterá uma coesão social minimamente estável, quando exercida uma pressão sobre a consciência coletiva (uniformidade), e sobre os indivíduos, para que respeitem as normas do sistema (DURKHEIM, 1999), com essa pressão sendo exercida por reprovações “morais” de ordem coletiva, ou mesmo por meio de penas criminais. Ora, sempre existirá uma parcela da sociedade que não cumprirá as regras do jogo, havendo um custo social aos cidadãos que atende às demandas coletivas, apontando Durkheim que a criminalidade cumprirá o papel de manter a “solidariedade social”, pois a pena ao sujeito que venha a praticar crimes, não se justificará por razões de retribuição ou prevenção, mas sim para evitar a “desmoralização do cidadão honesto” (GARCIA-MOLINA, 2003, p.790), que cumpre os sacrifícios sociais a todos demandado, mantendo a lealdade e a confiança no sistema.

Por fim, em Durkheim é possível entender que a repressão, assim como o crime, é fundamental para a manutenção e existência da sociedade, sendo função da pena satisfazer a consciência coletiva, ou seja, o castigo aplicado ao criminoso servirá como reparação feita aos sentimentos dos todos. Não se trata, ainda, de um ato de defesa da sociedade (ideais iluministas), mas de um ato capaz de reforçar a consciência coletiva e manifestação dos

valores comuns, uma “vingança passional graduada quantitativa e qualitativamente que atingiria espontaneamente o efeito de reforçar a coesão social” (SHECAIRA, 2020, p. 201)⁴³.

De acordo com Eduardo Saad-Diniz, além de Durkheim, na criminologia estadunidense de Robert Merton a anomia ganhou maior especialização, compreendendo-a como o meio pelo qual determinadas estruturas sociais condicionam e exercem pressão sobre os sujeitos na sociedade, levando todos eles à desintegração (SAAD-DINIZ, 2019, p.31). Mas, na realidade, o que o autor americano está fazendo ao falar sobre a questão das estruturas sociais, é criticar o próprio sistema individualista/capitalista americano. Aqui, consegue-se ver que não é a dissociação moral ou a quebra em um sistema normativo, levando à desintegração do sujeito, que permitem ou condicionam o comportamento criminoso, mas todas as estruturas sociais concretas. Por esse motivo, a importância de se buscar compreender como funcionam as instituições e a regulação do controle social. “Não se interpreta a anomia sem a devida compreensão das fontes materiais estruturais do comportamento anômico, desigualdade de oportunidade, enorme pressão social pela internalização de valores culturais universais e da própria anomia institucional”. (SAAD-DINIZ, 2019, p.32). Com a perspectiva de Merton pode-se observar algumas das causas do crime, como os desarranjos sociais e institucionais que diminuem as oportunidades aos sujeitos.

Ainda sobre este aspecto da anomia e a influência do fenômeno criminal na sociedade, Deborah Cohen (2014) analisou quais seriam os seus impactos no fenômeno criminológico organizacional e em especial na ética de negócios. No contexto de uma relação de empregado-empregador, pode-se compreender o porquê alguns são motivados a cometer delitos, não confiando no ambiente da organização e não se motivando a sacrificar seus interesses individuais em prol do coletivo, comportando-se de maneira antissocial. Ademais, no contexto da criminalidade econômica organizacional, geralmente há uma redução dos juízos morais, o que torna os agentes, geralmente, indiferentes frente aos danos causados por suas condutas. Todo o processo de tomada de decisões torna-se anômico e amoral (COHEN, 2014, p.181)⁴⁴.

⁴³ O que vai diferenciar a pena aqui daquela aplicada em sociedades mais primitivas é a quantidade e a qualidade do castigo (sociedades menos evoluídas aplicariam um castigo mais intenso).

⁴⁴ De acordo com Eduardo Saad-Diniz (2019, p.178), Deborah Cohen, quando escreveu sobre a escala de anomia típica à criminalidade econômica, algumas características passam a ser marcantes, sendo elas: “1) sensação de isolamento social (percepção de que as relações não são confiáveis e estimulantes); 2) sensação de desilusão (indiferença dos líderes da comunidade); 3) sensação de estranhamento frente às metas impostas, 4) sensação de desempoderamento, frente à natureza imprevisível do sistema social; 5) sensação de anomia ou ausência de normas (*normlessness*), com a consequente deterioração dos valores sociais”.

De acordo com Diane Vaughan (*apud* SAAD-DINIZ, 2019, p.34), que realizou inúmeros experimentos empíricos, é possível constatar que determinados ambientes organizacionais podem sim estimular o comportamento desviante, seja normalizando-o no contexto em que ele se insere, seja pela conformidade aos procedimentos que favorecem o comportamento desviante. É interessante observar que os crimes econômicos, em especial, aqueles relacionados ao ambiente corporativo, e praticados neste contexto, produzem danos sociais valorativamente muito mais significativos do que a criminalidade “de rua”, embora, no que diz respeito à reprovação moral, não haja a mesma mobilização social.

Na criminalidade econômica, por exemplo, ante a sua alta qualificação ou natureza técnica, torna-se muito complexo definir a moralidade das condutas criminosas (YEAGER, 1995, p.251). Na medida em que não há uma internalização dos mecanismos de funcionamento da sociedade, e havendo uma constante instabilidade das instituições sociais, em especial empresarial, os interesses privados e egoísticos, ganham maior prestígio frente aos coletivos, levando a um contexto social ainda mais desviado pela criminalidade.

As teorias criminológicas de matriz sociológica contribuíram significativamente para reduzir, ou desmistificar a tradicional visão da escola positivista – crimes associados a questões biológicas e como patologia individual –, com a sociedade sendo um elemento importante para compreender como se dá o fenômeno do crime, considerando suas influências no sujeito. O fundamento para punir se encontraria na necessidade de socialização do sujeito, que dissociado e não tão bem socializado, não é capaz de respeitar valores e padrões mínimos aceitáveis. Porém, é possível observar que os criminosos econômicos se diferem dos criminosos em geral, pois na sua maioria, não carecem de socialização, fazendo com que seja necessário aprofundarmos mais a análise criminológica destes delitos. Para tanto, ainda no âmbito das teorias sociológicas, é importante analisar uma perspectiva que deu os primeiros passos para a observância das características principais dos crimes econômicos.

1.1.2. A proposta de Sutherland e os crimes econômicos

Antes do trabalho desenvolvido pelo sociólogo estadunidense Edwin Sutherland (1983), a problemática e os estudos acerca dos crimes praticados pelos mais poderosos era pouquíssima, ou quase nada era explorado pelas teorias criminológicas de um modo geral, que na sua grande maioria buscavam alguma forma de associação do fenômeno delitivo com a pobreza ou mesmo fatores biológicos. Mesmo no início da abordagem sociológica, a criminalidade econômica não era detidamente analisada.

Sutherland inicia seu trabalho abandonando as tradicionais teorias que buscavam causas das mais variadas para explicar o crime, e já na década de 30 empreende na busca de uma nova forma de explicá-lo. Assim, o criminólogo passa a se aproximar mais das teorias sociológicas, distanciando-se daquelas de cunho biológico naturalista. Para ele o crime, via de regra, pode ser explicado a partir da influência de padrões delinquenciais aos quais os indivíduos normais estão sujeitos nos seus vários ambientes de convivência, e que de alguma forma favorecem o comportamento criminoso.

De acordo com Eduardo Saad-Diniz (2019, p.61) a obra de Sutherland foi amplamente influenciada pela perspectiva sociológica de Charles Richmond Henderson, trazendo evidências no sentido de que a posição social dos criminosos em muito influencia na compreensão das causas dos crimes. Ademais, para Sutherland (1983, p.7), as perspectivas criminológicas tradicionais eram incapazes de explicar de forma satisfatória o comportamento complexo que expressa o crime econômico.

Neste contexto que Sutherland desenvolve uma nova perspectiva criminológica a partir da chamada *Teoria Da Associação Diferencial*. De acordo com ela o delinquente pratica determinada conduta desviante influenciado pela associação a determinados grupos específicos, de forma que toda a motivação e o processo de aprendizagem se dão dentro da realidade, no interior, destes grupos específicos. Assim, sempre que os valores dentro de um determinado grupo de alguma forma favoreçam o desvio “o indivíduo violará a lei, precisamente porque os estímulos favoráveis a tal comportamento excedem os desfavoráveis” (SANTOS, 2001, p. 44). Nesse mesmo sentido, a partir das leis da imitação, mencionadas por Gabriel Tarde (1903, p.70), todos os que convivem em um mesmo ambiente determinado, tendem a repetir as condutas mais comuns naquele espaço.

Destarte, embora alguns possuam predisposições maiores que outros para a prática do delito, o convívio fortalece o processo de comunicação delinquencial durante a socialização dos membros de determinado grupo (FIGUEIREDO, 2012, p.424). A partir do momento que os sujeitos mantinham algum grau de contato, atitudes, valores, cultura, entre outros processos, eram aprendidos, de modo que “uma pessoa se torna delinquente quando as definições favoráveis à transgressão da lei superam sobre as definições favoráveis à obediência da lei – é este o princípio da associação diferencial.” (SOUZA, 2011, p.111)⁴⁵. A

⁴⁵ Nas Palavras de Artur Brito e Carlos Japiassú (2017, p.1038) “É oportuno registrar que, em razão do contraste entre a teoria da associação diferencial, enquanto teoria explicativo-geral, válida para a generalidade da população, e os dados estatísticos, que então apresentavam uma criminalidade alta nas classes sociais mais baixas e uma criminalidade baixa nos estratos sociais superiores, Edwin Sutherland aprofundou seus estudos empíricos analisando 980 decisões de cortes judiciais e administrativas contra as 70 maiores corporações norte-

criminalidade então resultaria não de um “déficit” de socialização, mas de um processo de “socialização diferencial”, em que os sujeitos em relacionamento seriam induzidos a se comportarem desta forma criminosa.

Tudo isso explica a enorme importância que Sutherland deu aos delitos de colarinho branco quando da explicação e aprofundamento de sua *Teoria Da Associação Diferencial*, afinal não existe melhor exemplo do que o dos crimes cometidos pelos mais poderosos para ilustrar que a prática de infrações penais não depende de qualquer fator social como a pobreza, considerando que embora detentores de elevada posição social, econômica e política, estes agentes delinquem.

Sutherland desenvolve um conceito a respeito dos criminosos e dos delitos de colarinho branco, a partir de um aspecto subjetivo, afirmando que “crime de colarinho branco pode ser definido aproximadamente como um crime praticado por uma pessoa, de respeitabilidade e elevado status social, no curso da sua ocupação” (SUTHERLAND, 1983, p.7) conforme já foi reiteradamente informado. A partir desta conceituação criminológica é possível pontuar, e reforçar, alguns elementos importantes destes delitos.

O primeiro dos pontos é que, por mais óbvio que seja os delitos de colarinho branco sempre devem ser considerados ou constituídos como infrações penais. Tal obviedade pode perder seu sentido se observarmos as várias críticas que a Teoria de Sutherland sofreu ao longo dos anos, em especial no que diz respeito à enorme seletividade das instâncias formais de controle, que no momento de criminalizar as condutas praticadas por sujeitos com algum grau de influência, muitas vezes não as adequam dentro da moldura de tipos penais específicos (SUTHERLAND, 1945).

Os delitos econômicos - via de regra, e conforme já pontuado anteriormente - são praticados por pessoas específicas, que de alguma forma possuem um elevado grau de respeitabilidade, *status* no exercício de suas profissões, sendo estas condutas também praticadas no ambiente e no contexto do exercício da profissão, e por isso ocorrendo por meio da violação da *confiança*⁴⁶. O traço característico que o diferencia do criminoso comum é o

americanas, envolvendo infrações como concorrência desleal, publicidade enganosa, violação de patentes, marcas e direitos autorais, violações de leis trabalhistas, fraudes financeiras, abusos de confiança de administradores de empresas, violações de embargos de guerra etc. Depois de coletar e tabular os dados de suas investigações, o Autor chegou à conclusão de que 'empresários' e 'homens de negócios' também perpetravam infrações penais, conquanto não integrassem as estatísticas oficiais. Segundo ele, 'esses fatos não são discretas violações de regulamentos técnicos. São ações criminais deliberadas e possuem relativa unidade e consistência'".

⁴⁶ Ora, geralmente, o criminoso econômico detém formação acadêmica e ocupa posições sociais elevadas, que geralmente não desafiam a regularidade das normas. Assim, “o indivíduo que engaja na criminalidade econômica em regra não menospreza nem o ordenamento jurídico nem as normas sociais” (SAAD-DINIZ, 2019, p. 62), conhecendo e aplicando, muitas vezes, o padrão esperado pela moral social vigente.

fato de que estando em uma organização empresarial ele possui maiores facilidades para práticas delinqüenciais à espreita do julgamento social.

Edwin Sutherland (1983) também tenta colocar em evidência o tão comum “esquecimento” que tais condutas criminosas geralmente estão sujeitas na realidade prática, tornando seus praticantes ainda mais “intangíveis”. Tanto os instrumentos formais de controle, quanto a sociedade, de um modo geral, nesse sentido, tratam os delitos de colarinho branco de maneira extremamente distinta se comparados com os crimes praticados por outros agentes⁴⁷. Ademais o autor ainda detalha a peculiaridade desses delitos, afirmando que:

Criminosos de colarinho branco, da mesma forma que ladrões profissionais, raramente são recrutados entre jovens delinquentes. Como parte do processo de aprendizagem prático dos negócios, um jovem com idealismos e ponderação pelos outros é induzido aos crimes de colarinho branco. Em muitos casos seu superior determina que ele faça coisas que ele considera como antiética ou ilegal, enquanto que em outros casos ele aprende com outros que estão em seu mesmo nível hierárquico como eles fazem sucesso por si. Ele aprende técnicas específicas de violação da lei, junto com definições e situações em que aquelas técnicas podem ser usadas. Ele também desenvolve uma ideologia geral. Essa ideologia cresce em parte a partir de práticas específicas e é generalizada como natural a partir de frases como “nós não estamos nos negócios por nossa saúde”, “negócios são negócios” e “nenhum empreendimento é feito apenas de coisas boas” (SUTHERLAND, 1982, p. 245).

Por todas estas características mencionadas, a clássica definição dos delitos de colarinho branco abordada pelo autor restringia a prática desses crimes para aqueles sujeitos que possuíam algum grau de respeitabilidade e *status* em sua atividade profissional⁴⁸. A partir

⁴⁷ Em breve resumo, de acordo com Sutherland os crimes de colarinho branco seriam: “violações da lei por parte de pessoas da alta classe socioeconômica são, por conveniência, chamadas de crimes do colarinho branco. Esse conceito não pretende ser definitivo, mas visa tão-somente chamar a atenção para os crimes que não são normalmente incluídos dentro do âmbito da criminologia. Crime do colarinho-branco pode ser definido aproximadamente como um crime cometido por uma pessoa de respeitabilidade e status social elevado no curso de sua ocupação profissional. Consequentemente, excluem-se outros crimes da classe social alta, como a maioria dos casos de homicídio, intoxicação ou adultério, na medida em que estes casos não são geralmente parte de suas atividades profissionais. Excluem-se também os abusos de confiança de altos integrantes do submundo, já que não se trata de pessoas de respeitabilidade e status social Elevado” (SUTHERLAND, 1983, p. 227).

⁴⁸ Luciano Feldens, citando a doutrina alemã de Mergen, responsável por criar o Psicograma de Mergen, em que é traçado um perfil do criminoso econômico, traz à baila as principais características que facilitam na compreensão dos motivos que levam o agente a praticar tais crimes: “materialismo: o delinquente de colarinho branco apenas concede valor aos bens materiais, apreciando os valores ideais, intelectuais ou morais unicamente como meio de enriquecer-se. Tal como o toxicômano, necessita aumentar, sem cessar, a dose da droga. Sua tensão psicológica se libera com a ganância, sendo a sua psicologia, neste sentido, similar a de um jogador; egocentrismo e narcisismo: sua personalidade não passa pelo primeiro estágio do egocentrismo, sem desenvolvimento de sua afetividade e sem abertura à vida racional. Seu narcisismo lhe faz sentir-se medida e critério dos demais, soberano e insensível a críticas; dinamismo e audácia: são dotados de um extremo dinamismo, próprio de seu caráter primário e de seu otimismo egocêntrico, que o impede de dosar os riscos. Essa vitalidade lhes outorga facilidade de persuasão; inteligência: são refinados, quicá inteligentes, mas raramente cultos. Sua inteligência é dirigida ao êxito imediato. Não são violentos, mas usam a sua inteligência contra o que seja preciso sem inibição alguma; periculosidade: em que pese observador superficial os tenha como honoráveis cidadãos favorecidos pelo destino, o certo é que a combinação de uma forte potencialidade criminal e uma grande capacidade de adaptação social lhes faz um dos criminosos mais perigosos. Sua periculosidade se acentua ao ignorar todo limite ético; hipocrisia: sua imoralidade contrasta com seu papel social de mecenas e homem alentador de grandes causas; • neurose: a mania de lucro provoca deficiências graves de afetividade que permite

disso o autor conseguiu também destacar a forma, um tanto quanto leniente, e mesmo benevolente, que os delitos econômicos eram tratados pela sociedade e pelos instrumentos formais de controle, se comparado ao tratamento a outros crimes (SUTHERLAND, 1982).

Não se satisfazendo em apontar tal benevolência Sutherland ainda traçou as principais razões para tal. Sendo estes agentes pessoas extremamente poderosas e respeitadas, sobre eles pairava um *mix* de admiração, medo e respeito entre os membros do sistema de justiça (SUTHERLAND, 1982). Ademais os delinquentes também ocupavam o mesmo ambiente cultural daqueles que atuariam em seu processo de persecução penal (delegados, magistrados e promotores), diminuindo largamente o estigma do “criminoso”. Outro significativo fator que contribui para as latentes desigualdades é o fato de o sistema legal ser visto com enorme descrédito no controle de tais condutas, de modo que embora existam inúmeros tipos, os vários comportamentos favoráveis à prática delitiva, e, que estão de alguma forma sedimentados no consciente social coletivo, prevaleceriam sobre a legislação em si (SANTOS, 2001, p.56).

Em Sutherland⁴⁹ pode-se observar o início da mudança do paradigma criminológico para uma lógica de confiança e desconfiança, na medida em que nas relações interpessoais, acreditamos em diversos sujeitos, e quando interagimos com estes acabamos por aprender comportamentos que podem gerar a fragilização da sociedade e levar à maior desorganização social (SUTHERLAND, 1982). Pode-se observar, a partir dos trabalhos de Sutherland, que pessoas com maiores reputações e já muito bem socializadas, com muito poder inclusive, realizavam inúmeras práticas criminosas que vulnerabilizavam toda a sociedade. O trabalho do sociólogo americano demonstrou que “a criminologia simplesmente falha em conceber a criminalidade dos poderosos” (SAAD-DINIZ, 2019, p.65) pelo menos até a elaboração de seu trabalho. Sem uma análise aprofundada, inclusive das estruturas do contexto da prática destes

encontrar neuróticos com dificuldades de comunicação humana e com um característico comportamento sexual de impotência; carência de sentimento de culpabilidade: comparado com o delito comum, o delito econômico não provoca reação social, o que explica que o autor careça de consciência de culpabilidade”. (FELDENS, 2002. p. 139-140).

⁴⁹ De acordo com Eduardo Saad-Diniz (2019, p.63) compreender os elementos pelos quais Sutherland traz a estrutura dos crimes de colarinho branco, é essencial para a consolidação e maior compreensão da própria criminologia econômica. Contribuem para essa compreensão, de acordo com o autor, os seguintes pressupostos: 1) os criminosos econômicos, via de regra, são partes da classe média e alta, ocupantes de posições sociais, e envolvidos em práticas que lhe causam não apenas ganhos e custos econômicos, “mas também desorientação e que por essa razão deveriam ser considerados ‘crimes’”; 2) as práticas criminosas são derivadas do envolvimento dos agentes em negócios ou ocupações; 3) o crime econômico prepondera em determinados segmentos da indústria; 4) o envolvimento com essa prática delitiva vai depender muito de cada atividade empresarial/industrial; 5) nenhum crime, seja ele de colarinho branco ou “comum” deve ser associado a fatores como a pobreza ou riqueza da pessoa, bem como a questões ligadas à sociopatia e/ou psicopatia; 6) tanto a criminalidade baixa como a alta são explicadas pelos mesmos fatores; 7) “todo crime deve ser aprendido e esse aprendizado se dá a partir da interação com o outro e com as definições legais” (SAAD-DINIZ, 2019, p.64).

crimes (como a cultura capitalista da competição), a partir dessa perspectiva, não será possível chegar à adequada compreensão destes delitos.

Todas as demais críticas de alguma forma tentaram tornar mais democrático o conceito dos *white collar crimes*, de modo a não limitar sua abrangência pelos aspectos subjetivos anteriormente colocados por Sutherland, dando maior enfoque às características específicas do delito de maneira objetiva⁵⁰. Neste ponto, a definição de Sutherland foi duramente criticada por não considerar as peculiaridades objetivas do crime, focando em demasia nos aspectos subjetivos relacionados ao agente. Dentre os autores que podem ser mencionados, que buscou tecer maiores considerações sobre o delito em si, minorando o foco no criminoso, está Susan Shapiro (1990).

Ao se colocar um enfoque mais apurado em alguns aspectos objetivos que levam o agente a delinquir, como por exemplo, a violação da confiança e as facilidades a sua disposição, todos os instrumentos e mecanismos capazes de conter tais delitos devem ter por enfoque buscar prevenir as situações que de alguma forma permitam o abuso de confiança, ou diminuam essas facilidades.

Da mesma forma que os critérios subjetivos são insuficientes para definir um crime econômico, estabelecendo-se apenas aspectos objetivos (como a facilidade na prática do delito, ou as comuns violações à confiança por parte desses agentes), pode-se ampliar o conceito de crime econômico, abarcando casos inclusive, que na realidade são tipicamente *blue collar crimes*, perpetuando-se assim toda a seletividade do sistema, e não atuando de maneira efetiva e eficaz na redução das desigualdades nesse aspecto.

Nesse mesmo sentido Claudia Maria Cruz Santos (2001) afirma que o conceito de crimes de colarinho branco foi ampliado, considerando a relação destas práticas com sujeitos de elevada casta social. Assim, pode-se observar a manipulação e a violação das normas por comportamentos mais complexos de membros de uma alta casta, dificultando ainda mais o controle das instâncias formais. A autora afirma que:

Começaremos por reconhecer serem inegáveis algumas das vantagens das redefinições de *white-collar crime*. Na verdade, para além do óbvio proveito que este entendimento traz à análise dos números sobre a eficácia do combate à criminalidade de colarinho branco, um outro contributo surge como particularmente valioso: a atenção prestada às especificidades da própria infração, sobretudo no que respeita ao modo de execução do crime. Considerações estas que são imprescindíveis à construção de modelos de controlo – ainda mais repressivos, mas essencialmente preventivos – daquela criminalidade. Na verdade, somos até tentados a entender que as respostas a duas grandes interrogações da teoria do white-collar

⁵⁰ Nesse sentido, FERNÁNDEZ, José Núñez. Algunos aspectos conceptuales y políticos de la criminalidad de cuello blanco. Cuadernos de Política Criminal. n. 71. Madrid: Comunidad de Madrid, 2000. p.525.

crime – as causas e os métodos de combate – poderão, com maior proveito, ser procuradas à luz destas novas definições (SANTOS, 2001, p. 71).

Todas as discussões e trabalhos desenvolvidos por Sutherland acerca dos crimes colarinho branco contribuíram para as discussões atuais, inclusive, acerca da criminalidade econômica-empresarial⁵¹. Para conseguirmos atingir o objetivo do presente trabalho, e assim verificar a adequação das finalidades tradicionais das penas a tais delitos, deve-se adotar um conceito dos crimes de colarinho branco, que simultaneamente considere os elementos subjetivos do agente – em especial sua elevada e privilegiada posição social, para assim se excluir a figura dos *blue collar crimes* dessa definição, e outros fatores como serem eles praticados em contextos profissionais – e ao mesmo tempo considere aspectos objetivos operacionais relacionados ao delito (FIGUEIREDO, 2012, p.429).

Além da perspectiva sociológica, é importante verificar algumas outras teorias criminológicas sobre estes delitos econômicos, e que serão objeto de abordagem a partir de agora.

1.1.3. Teoria da Neutralização de Culpa

A *Teoria Da Neutralização* da culpa parte da lógica de haver um conjunto de métodos específicos nos quais os sujeitos que venham a praticar crimes, ou quaisquer atos ilícitos, neutralizam eventual efeito da culpa, ou censura interior, típica de alguém que sabe que está fazendo algo de errado. Ela foi desenvolvida a partir da pesquisa de David Matza e Gresham Sykes (2018), que estudavam a teoria da associação diferencial de Edwin Sutherland no contexto dos delitos cometidos por jovens. Eles observaram que, normalmente, todos somos cientes dos deveres e obrigações a serem cumpridos diante da lei, mas para praticar determinados atos imorais e ilegais, algumas técnicas psicológicas seriam empregadas para evitar a punição moral interior, e neutralizar a culpa (MATZA; SYKES, 2018).

⁵¹ Nas palavras de Artur de Brito Gueiros Souza: “sendo assim, respeitados a contribuição revolucionária e o legado histórico, cumpre perguntar: qual a importância de se rediscutir um criminólogo cujos estudos têm mais de meio século de existência? Como será visto, a resposta reside na constatação de que, baldados os muitos anos transcorridos desde a publicação dos trabalhos sobre o criminoso do colarinho-branco, subjacente a toda uma multiplicidade de discussões dogmático-penais e político-criminais – particularmente acerca da legitimidade do Direito Penal Econômico e do novo Direito Penal – faz-se latente o ranço ideológico há tempos detectado por Sutherland. Dito de forma exemplificativa, ainda hoje, o original criminoso do colarinho-branco não se considera criminoso. Igualmente, doutrinadores, cientistas e mesmo práticos da justiça criminal têm dificuldades em identificar suas ações como efetivamente merecedoras de reprovação penal. Ao contrário, vicejam teses deslegitimadoras ou criativas construções normativas tendentes, mais ou menos explicitamente, a mantê-los fora do alcance punitivo estatal. O resultado, como verificado adiante, seria uma insistente manutenção, no âmbito das agências formais de controle – polícia, justiça e penitenciária –, de uma opção preferencial pelos baixos estratos sociais, em um cenário não muito distinto daquele detectado pelo grande criminólogo da Universidade de Indiana.” (SOUZA, 2011, p.117).

Partindo do pressuposto de que as organizações empresariais são locais propícios à prática de infrações, especialmente criminais, passa a ganhar relevância a observação por meio da perspectiva desta teoria, pois:

Podemos recortar vários tipos de criminalidade económica: a) uma criminalidade que se desenvolve à margem da empresa, não tocando, pois, a própria empresa; b) a criminalidade que germina dentro da empresa contra a própria empresa; c) a criminalidade levada a cabo por pessoas da empresa contra outros membros da empresa, e, finalmente, d) a criminalidade que se projecta a partir da empresa (COSTA, 1992, p.543).

O alemão Claus Roxin também disserta sobre as inúmeras influências criminológicas no âmbito da criminalidade econômica, que direcionaram a doutrina, inclusive, para o âmbito da neutralização da culpa. Para ele são influências que caracterizam a especificidade da criminalidade econômica: 1) a “tendência à adaptação” dos sujeitos que integram uma organização empresarial e econômica; 2) ao serem integrados “ao aparato” pode-se conduzir a uma “participação irreflexiva” em ações que sujeitos não-integrados jamais cometeriam; 3) o “empenho excessivo” em prestar serviço, seja por “ambição”, “desejo de notoriedade”, “convicção ideológica” ou, ainda, por conta de “impulsos criminais sádicos ou de natureza similar”; 4) existe uma complacência subjetiva de que “se eu não faço, outro fará no meu lugar”; e, por fim 5) há a incidência de um certo “temor”, próximo ao “domínio pela coação”, de forma que a “negativa no cumprimento da ordem”, levará à “perda do posto”, ou ao “menosprezo pelos colegas”, cumulado com uma convicção de que a impunidade está garantida pela ordem dos “de cima” (ROXIN, 2006, p.246). Em outras palavras, existem uma série de estímulos para que o agente se sinta “confortável” em praticar um crime, como os diversos delitos econômicos.

De acordo com Ulrich Sieber (2013, p.96), todo o processo de investigação com viés criminológico revela que:

a criminalidade empresarial, resulta em primeiro lugar determinante a influência específica da empresa na conduta dos empregados. (...) As infrações às normas são favorecidas, especialmente, por um clima de erosão normativa, por técnicas de neutralização no interior da empresa, para facilitar as violações normativas, por pressões aos empregados para que encontrem ‘soluções inovadoras’, assim como por oportunidades para a comissão de delitos.

De acordo com Manuel da Costa Andrade e Jorge de Figueiredo Dias (1997, p.235) o processo de “neutralização de culpa” deriva de “dinâmicas psicológicas” muito específicas dos criminosos econômicos, o que leva a praticarem delitos sem uma resistência grande a eventuais consequências. Outrossim, os autores afirmam que:

As normas legais raramente ou nunca assumirem a natureza de imperativos categóricos, destinados a valer em todas as condições. Todos os preceitos legais revelam grande plasticidade ou flexibilidade e permitem um conjunto mais ou menos amplo, mais ou menos explícito, de justificações. Todos os preceitos legais

comportam a possibilidade de manipulação dos seus elementos (...), o que se traduz na redução, em concreto, da sua vigência (DIAS; ANDRADE, 1997, p.237).

Para negar a culpa, essa teoria afirma que existem processos de negação que podem ser classificados em pelo menos cinco itens, e em alguma medida, nas palavras de Manuel da Costa Andrade e Jorge de Figueiredo Dias, se aplicam também à criminalidade econômica. São eles: 1) negação à responsabilidade: o criminoso compreende que suas condutas foram derivadas de ações irresistíveis; 2) nega-se o dano: considerando as hipóteses em que as vítimas são difusas ou coletivas, a quantificação e mensuração dos danos é de difícil quantificação; 3) nega-se a própria vítima: da mesma forma que se nega o dano, nega-se a condição humana às vítimas desses delitos; 4) também colabora para a neutralização da culpa a tentativa de naturalizar a conduta criminosa com a lógica de que “todos fazem”, e por isso não há porque se condenar seus atos; 5) e por fim, apela-se a uma lealdade às regras do grupo social se comparado às leis da sociedade, condenando-se aqueles que os condenam (DIAS; ANDRADE, 1997, p. 241).

Qualquer que seja a estratégia de enfrentamento à criminalidade econômica, a partir dessa teoria, deve-se ter por base, ou pressuposto, romper ou afetar diretamente qualquer desses cinco processos de neutralização da culpa, sendo aqui importante a reflexão sobre o fim e fundamento adequado da sanção criminal aos delitos econômicos. Ou seja, sendo a prevenção, a ressocialização, ou mesmo outro fim, deverá necessariamente minorar os efeitos que levam à diminuição subjetiva da culpa do agente quando da prática delitiva, elevando a perspectiva interna do sujeito de que ele pode e é responsável pela violação da norma, causou o dano, que pode ter atingido uma vítima específica, ou mesmo a coletividade, com uma ação que não deve ser normalizada pelas leis ou pelo grupo social ao qual ele pertença.

1.1.4. **Análise Econômica Do Direito**

A relação entre o Direito e a Economia parece, a um primeiro momento, um tanto quanto peculiar, pois, enquanto o Direito se ocupa de normas e tutela da justiça, a Economia baseia-se na matemática e a organização empírica das coisas⁵². Todavia, conforme pontuado por Botelho e Ramos (2019), a relação de ambas as ciências foi importante para que o Direito pudesse aprimorar a aplicação de suas normas, de forma proporcional às possíveis

⁵² Neste sentido: “disso decorre que a Ciência Econômica, responsável pelo estudo da relação entre a escassez dos recursos versus as necessidades humanas ilimitadas, entrelaça-se com a Ciência Jurídica, cujo escopo é o enquadramento das mencionadas relações nas normas jurídicas. Não houvesse escassez ou a necessidade de repartir os bens entre os homens, não existiriam sistemas econômicos, tampouco a própria Economia – que é, fundamentalmente, o estudo da escassez e dos problemas dela decorrentes para satisfazer a necessidade humana.” (GONÇALVES; CARDOSO, 2016, p. 79).

consequências. É neste momento que ganha relevo a ciência do Direito Econômico, como resultado de um movimento teórico conhecido como *Law and Economics*.

De acordo com Talia Fischer a economia é a ciência social que vai analisar o processo de escolha e o comportamento racional dos sujeitos na produção e consumo dos diversos bens escassos na realidade empírica (FISCHER, 2014, p. 38). Isso leva a crer que em condições de escassez de bens e produtos, os sujeitos envolvidos nas diversas relações sociais existentes (como o Estado, os entes coletivos, e até mesmo os criminosos econômicos) tendem a buscar maximizar racionalmente a utilidade dos bens e coisas que têm à sua disponibilidade. Considerando que os agentes possuem preferências e desejos variados, a análise econômica da realidade — incluindo o direito — parte da premissa de que as pessoas sempre buscarão maximizar a satisfação de seus desejos para aumentar seus benefícios, mesmo em face de eventuais custos. Em situações nas quais os custos superam os benefícios, é provável que o indivíduo opte por não agir.

Um ponto de vista comum entre os juristas e os economistas é o de que a lei (a norma) é um instrumento para orientar o comportamento social, sendo seus incentivos, recompensas e sanções o centro de análise dos diversos casos envolvendo Direito e Economia (BOTELHO; RAMOS, 2019). Analisar o direito penal a partir de uma análise econômica comportamental (*behavior law economics*) basicamente é partir do pressuposto de análise que o criminoso, a vítima e os aplicadores da lei tomam decisões racionais nos casos concretos. Em outras palavras, um sujeito decide praticar um crime não porque outros fatores sociais e culturais o levaram a assim fazer, e sim, porque existe uma possibilidade grande de benefícios que justifica o uso de sua força e tempo para a empreitada criminosa.

A *Behavior Law Economics*, ou Análise Econômica do Direito (terminologia brasileira) é uma corrente teórica que alinha o pensamento do Direito com a Economia, a partir da constatação de que o comportamento humano possui uma racionalidade própria. A ideia é compreender como a lógica do pensamento humano funciona, em especial quando relacionada a aspectos econômicos da realidade. De acordo com Cass Sustein (2000, p.1):

nas últimas duas décadas, cientistas sociais adquiriram conhecimento sobre como as pessoas verdadeiramente tomam decisões. Muitos desses trabalhos exigem alterações nos modelos de escolha racional, os quais tem dominado as ciências sociais, incluindo a análise econômica do direito. Esses modelos estão frequentemente equivocados, no sentido simples de que fazem previsões incorretas. As pessoas não são sempre "racionais" no sentido que os economistas supõem. Mas disso não se segue que o comportamento das pessoas seja imprevisível, sistematicamente irracional, aleatório, livre de regras ou incompreensível para os cientistas sociais. Pelo contrário, estas qualificações podem ser descritas, utilizadas e, até "modeladas".

Para esta teoria os agentes quando vão tomar decisões e julgamentos, muitas vezes se utilizam de atalhos cognitivos para buscar uma informação mais completa, sem demandar um aprofundamento (custo) informacional (SUSTEIN, 2000). Também são importantes nos processos decisórios dos agentes os chamados “vieses” ou “desvios” da racionalidade, que permitem a abstração cognitiva em determinadas situações, sendo alguns exemplos desses vieses (SANTOLIM, 2015, p.415):

a) "aversão às extremidades" (extremeness aversion): as pessoas são avessas à extremos, e se uma opção é "extrema", isso depende de como as alternativas são colocadas, o que leva a "efeitos de acordo" (para se situar entre as alternativas dadas, a maioria das pessoas procuram um "acordo", ou "meiotermo"); b) "desvio retrospectivo" (hindsight bias): os indivíduos, ao exminar fatos passados, tendem a vê-los como inevitáveis, ou próximos à inevitabilidade, o que pode afetar considerações na fixação de responsabilidade jurídica; c) "otimismo" (optimistic bias): os seres humanos tendem a ser otimistas, superestimando as hipóteses de sucesso, e minimizando as de fracasso; d) "manutenção do status quo" (status quo bias): os indivíduos atribuem um maior valor a um "direito de propriedade" que já tenham do que a um que ainda não tenham e o de "otimismo seletivo" ou "excesso de confiança" (self-serving bias), pelo qual as pessoas tendem a acreditar que resultados negativos tendem a ocorrer mais com os outros do que consigo mesmos. Assim, por exemplo, como os indivíduos preferem a manutenção do status quo do que se adaptar a situações alternativas, assumindo que todas estas situações têm o mesmo valor (em termos econômicos), há conclusões importantes, em termos de formação dos contratos, pois revelam preferência por "regras-padrão" em contratos (default rules, contratos típicos) e por contratos de adesão (form contracts).

Após a identificação desses vieses e atalhos cognitivos, o Direito deve atuar por meio de suas normas para conduzir ou induzir os agentes a adotarem comportamentos específicos, alinhados aos parâmetros normativos estabelecidos por um determinado sistema.

A análise econômica do crime teve seus passos iniciais com o trabalho de Gary Becker, em seu ensaio *Crime and Punishment: An Economic Approach*. Neste texto, o autor trouxe uma breve associação dos crimes com os fundamentos da economia, tendo por base a ideia de que os criminosos quando agem partem de uma escolha racional, mensurando sempre em seus atos os custos e benefícios de determinada atividade delinquente (BECKER, 1968).

O mesmo autor ainda questiona qual o fundamento para definição e a quantificação da espécie e modalidade de sanção que o Estado pode e irá utilizar por meio da legislação penal, indagando sobre as razões para haver diferenças tão acentuadas em como cada lei penal pune cada crime diferente, avaliando a extensão da punição e a eficiência da lei. O autor também verifica quais são as ofensas e crimes que merecem uma sanção criminal (BECKER, 1968), concluindo que “a eficiência da legislação criminal se vincula ao custo de detecção das atividades criminosas e de condenação dos infratores, bem como da resposta dos criminosos ao avanço da lei e da natureza das sanções” (BOTELHO; RAMOS, 2019, p.197).

De acordo com a economia clássica, os sujeitos (indivíduos) buscam sempre maximizar seus ganhos/benefícios/utilidades, a partir de preferências estáveis, e sempre

tendendo à acumulação (de coisas e informações). Nas palavras de Fernando do Araújo (2012, p.28-29) existe uma "racionalidade de que trata e ciência econômica" e ela "é essencialmente *procedimental* e raramente se aventura para o plano dos *fins*" e ademais "não é a ponderação minuciosa, escrupulosa, articulada de todos os custos e benefícios associados à totalidade de opções que o horizonte cognitivo possa abarcar – mas apenas uma resposta diferenciada, e *explicável*, a estímulos variáveis". Aqui ganha relevo ainda o chamado *princípio da otimização* para o qual o agente sempre escolherá a conduta, dentre todas as possíveis, que melhor apresente benefícios, frente aos custos existentes (ARAÚJO, 2012).

A partir desta perspectiva econômica, se os sujeitos decidem algo pensando apenas em seus benefícios, notadamente econômicos, o *quantum* de pena a ser aplicado para oferecer uma resposta adequada e proporcional, deve também ser voltado a diminuir as oportunidades de benefícios com a empreitada criminosa. Partindo deste pressuposto, conjugado com a ideia de que a sanção/resposta normativa deve ser proporcional e capaz de equilibrar os custos e benefícios para ser eficaz, será possível apurar uma pena com sua finalidade adequada quando tratamos de criminosos econômicos.

Esse conceito de racionalidade econômica influenciou também o Direito, em especial o Direito Penal, pois reforçou a ideia de que os indivíduos agem, em circunstâncias normais, racionalmente, o que permite pensar em sistemas preditivos, com sanções que afetem essa racionalidade, desmotivando o sujeito criminoso a agir de determinada forma. Assim, sob o ponto de vista jurídico-criminal, fica claro que: em qualquer de suas perspectivas (normativa ou positiva), ao se valer dos conceitos da racionalidade econômica derivados da *behavior law economics*, há o reconhecimento da capacidade dos indivíduos de reagirem a determinados incentivos (ou desincentivos), pois eles cometem atos, e infrações à normas, de forma racional⁵³.

Observa-se então que a Economia fornece, ou permite ao Direito desenvolver uma teoria comportamental capaz de entender e até prever como as pessoas agirão e reagirão frente a determinadas normas colocadas no ordenamento, permitindo ainda uma análise útil do padrão normativo, e da efetividade das políticas públicas aplicadas. Ora, as normas são instrumentos de indução, que podem deter efeitos sociais e econômicos importantes, com a *Teoria econômica do Direito* permitindo condições a avaliar tais objetivos. Por isso a Análise

⁵³ De acordo com Cesar Santolim (2015, p.409) "segundo os behavioristas, os indivíduos, no mundo real, padecem de uma racionalidade e de um poder de escolha limitados (como proposto por Herbert SIMON, na referência feita por ARAÚJO), em uma conduta 'que pretende ser racional mas que não transcende a ponderação dos custos implícitos na racionalidade', e que por isso, na heurística das decisões comuns e da economia da conduta (behavioral economics), substitui o objetivo da maximização pelo da satisfação, substitui a exigência do 'ótimo' pelo do meramente 'suficiente', daquilo que basta para poder agir".

econômica do Direito⁵⁴ é bastante relevante para o exame do fenômeno jurídico dos crimes econômicos.

A Análise Econômica do Direito também tem se aproximado do campo de trabalho do Direito Penal, auxiliando em abordagens sobre o custo do comportamento criminoso, bem como a eficácia e eficiência de penas sob a perspectiva econômica (equilibrando custos e benefícios). Na concepção de Steven Shavel o Direito Penal é um importante instrumento de controle social, atuando em concorrência com outros ramos do direito – com o civil, o administrativo e o tributário – para prevenir e sancionar todas as atividades que de alguma forma sejam nocivas às normas, e não tragam benefícios sociais à coletividade (SHAVEL, 1993). Assim, a partir da lógica de custos e benefícios, pode-se concluir inicialmente que o Direito Penal somente deve ser chamado a intervir quando sua atuação garanta um nível social de benefícios mais elevados que a aqueles existentes, ou que possam ser oferecidos por outros ramos do Direito (BOTELHO; RAMOS, 2019).

De acordo com Santolim (2015) a *Behavior law economics* já vem sendo questionadas nos últimos 30 anos, especialmente por ausência de comprovações empíricas, pois experimentos sociais realizados não comprovaram o comportamento dos sujeitos de acordo com o previsto pela teoria⁵⁵ (havendo menção, inclusive à *teoria da escolha racional*). De acordo com Colin Camerer e Goerge Loewestein (2004, p.03) nos princípios da teoria "está a convicção de que o incremento do realismo nos fundamentos psicológicos da análise econômica aprimorará o alcance da Economia em seus próprios termos – gerando percepções teóricas, fazendo melhores previsões e sugerindo melhores políticas". Embora existam críticas a esta teoria, ela se mostra particularmente útil para analisar o comportamento dos criminosos

⁵⁴ De acordo com Ivo Teixeira Gico Junior (2010, p.18) “a Análise Econômica do Direito nada mais é que a aplicação do instrumental analítico e empírico da economia, em especial da microeconomia e da economia do bem-estar social, para se tentar compreender, explicar e prever as implicações fáticas do ordenamento jurídico, bem como da lógica (racionalidade) do próprio ordenamento jurídico. Em outras palavras, a AED é a utilização da abordagem econômica para tentar compreender o direito no mundo e o mundo no direito. Note-se que a utilização do método econômico para analisar o direito não quer dizer que são os economistas que praticam a AED. Pelo contrário, na maioria dos casos, os pesquisadores que a praticam são juristas ou possuem dupla formação. De qualquer forma, são juseconomistas”.

⁵⁵ Exemplifica Cesar Santolim (2015, p. 410) “um dos exemplos citado é o do ultimatum bargaining game. Dois participantes, que desconhecem as identidades um do outro – a interação é anônima – e que necessitam dividir uma soma de dinheiro, sob a regra de que um deles fará a proposta do critério de divisão, e o outro terá a possibilidade de aceitá-la – caso em que os participantes dividirão a quantia – ou rejeitá-la – caso em que nenhum dos participantes recebe qualquer quantia. A ‘teoria da escolha racional’ prevê que o polícitante tirará vantagem da situação, sugerindo uma distribuição desproporcional da quantia, na certeza de que o oblato preferirá pouco a nada. Os estudos experimentais realizados, contudo, demonstraram que o resultado mais comum para este jogo foi o de uma repartição igual da quantia (metade para cada participante) e que, de outro lado, quando a proposta feita indicou uma desproporção significativa (mais de 70% para o polícitante) o oblato preferiu rejeitá-la (ficando com um resultado de zero). Essas observações trazem consequências na avaliação acerca de como as partes devem se comportar, especialmente no tocante á formação dos contratos”.

econômicos. A teoria sugere que, na maioria dos casos envolvendo criminosos econômicos, as decisões tomadas por esses indivíduos derivam de escolhas racionais e econômicas, fornecendo assim um entendimento mais preciso e adequado desse fenômeno criminal.

1.1.5. Teoria Da Escolha Racional

Após compreender brevemente a teoria conhecida como *Behavior Law Economics*, é importante refletir sobre uma das principais derivações dela, a *Teoria Da Escolha Racional*. De acordo com Eduardo Saad-Diniz (2019, p.67), desde o aprofundamento dos estudos desenvolvidos por Gary Becker, foi possível constatar que o crime possui uma explicação racional, e, portanto, mesmo com todas suas variáveis é possível mensurá-lo numericamente. Nesse sentido, pode-se verificar que o comportamento criminoso é consequência ou resposta a estímulos diversos buscando a maximização dos benefícios, evitando-se ao máximo punições⁵⁶.

Isidoro Blanco Cordero (2004, p.273) entende que a partir da *teoria da escolha racional (rational choice theory)* – que é derivada da Análise Econômica do Direito –, com uma perspectiva altamente utilitarista, as ideias que orientavam a criminologia clássica foram revitalizadas, resultando em duas perspectivas criminológicas específicas e diferentes: 1) aplicar a *teoria econômica* também à lógica do delito e suas práticas, com ênfase econômico-matemática entre os riscos e benefícios de se praticar determinada ação criminosa; 2) buscar “barrar” as janelas de oportunidades para prática de delitos, alterando também aspectos ambientais dos sujeitos criminosos.

Estudos e análises matemáticas e econômicas da sociedade contribuíram largamente para se mensurar as possibilidades de práticas criminosas, como desestimulá-las, incentivando o comportamento social “ideal”, que diminua a possibilidade de uma escolha racionalmente voltada ao crime. No contexto do pensamento criminológico, em especial com as contribuições de Derek Cornish e Ronald Clarke, pode-se observar como o processo decisório de tomada de decisões do ofensor funciona, sempre a partir de uma perspectiva que relaciona os custos e os benefícios, a partir de dois principais elementares: 1) o participar do crime; 2) o envolver-se ativamente nele (SAAD-DINIZ, 2019, p. 68). A “escolha” ou “eleição” racional permite explicar os crimes “tradicionais” e, em especial, a criminalidade econômica com todas suas peculiaridades próprias.

⁵⁶ Por isso, por muito tempo, a observação do fenômeno criminal, e do comportamento criminoso, esteve pautado em verificar a relação de custo-benefício de determinados comportamentos frente ao controle social formal aplicado para lidar com eles (PILIAVIN, 1986, p. 101-119).

Em linhas gerais, pode-se verificar que a *teoria da escolha racional* foi desenvolvida após amplas influências de perspectivas econômicas no Direito. Para tanto, é importante mencionar novamente o nome do economista-matemático Gary Stanley Becker. Segundo ele, a reflexão acerca da escolha racional para prática de crimes se deu em um fato corriqueiro em sua vida. Enquanto dirigia seu automóvel até a Universidade de Columbia, em um dia de aplicação de provas no curso de economia, ele estava atrasado, e precisou refletir de forma rápida entre o custo de estacionar em um lugar proibido, próximo à universidade levar uma multa e chegar mais rápido na aula, ou estacionar corretamente, mas em um local muito distante, atrasando ainda mais a avaliação, e, talvez, até precisando alterá-la. Ele optou por estacionar em local proibido após realizar um brevíssimo cálculo probabilístico aferindo o custo-benefício das possibilidades de ser multado (o custo de eventual sanção) com o benefício de se estacionar em um local mais próximo da universidade (embora proibido), do que estacionar em um local distante, analisando também qual seria a gravidade de sua conduta. Naquele dia ele não foi multado, e conseguiu aplicar a prova aos seus alunos, apontando, portanto, que seu ato ilícito “valeu a pena” (BECKER, 1993, p.386).

Foi a partir dessa experiência simples que Becker começou a teorizar sobre o processo de escolha racional dos seres humanos em diversas situações. Ora, se ele, como indivíduo realizou esse cálculo matemático para poder violar a lei, correndo o risco de ser sancionado, também a autoridade pública realizaria um cálculo matemático acerca dos melhores horários e tipos de pessoas/carros que seriam potenciais infratores, escolhendo por regras probabilísticas a melhor hora de fiscalizar eventuais infrações; em outras palavras, também o Estado avaliaria a probabilidade e o melhor momento de aplicar determinada pena frente à infração à norma (BECKER, 1993, p. 388), e, por consequência, também o criminoso econômico avaliaria o melhor momento de praticar sua infração.

De acordo com Garry Becker, mesmo após os estudos criminológicos sociológicos, em especial os de Sutherland, a noção de criminalidade ainda estava, em alguma medida, associada a fatores biológicos, patológicos ou mesmo sociais, com uma ideia de que alguns sujeitos mais vulneráveis social e biologicamente teriam maior propensão à prática de crimes. Mas para ele essas explicações não se sustentavam, pois na verdade todo comportamento criminoso possui uma motivação mais ou menos similar, qual seja, uma escolha racional entre ter um maior retorno financeiro ou qualquer outra recompensa com a prática criminosa, se comparado à eventual pena; ou seja, para ele, todos os crimes seriam praticados após o delinquente realizar um juízo de valor entre as possibilidades de ser pego e ser severamente

sancionado, e o lucro/benefício que ele (a) aferirá com a prática criminosa (BECKER, 1993, p. 390).

Ademais, Becker ainda afirma que algumas pessoas também não praticariam delitos por questões morais e éticas, mesmo que o ato em si fosse vantajoso do ponto vista econômico. Assim, não apenas as escolhas racionais dos criminosos seriam os fatores determinantes para praticar determinada conduta, sendo elas também influenciadas por aspectos econômicos e sociais do sujeito envolvido (BECKER, 1993, p.400). De acordo com Fernando Mantovani (2008, p.445) “há uma incontestável verdade no sentido de que, frente a uma minoria de pessoas que não delinquiria mesmo que não houvesse pena, e a outra minoria de pessoas que delinquiria apesar de existir pena, há uma grande maioria de pessoas que não delinque justamente porque existe pena.”.

Na mesma linha, Adán Nieto Martín afirma que o comportamento delitivo é conduzido com base em escolhas racionais que assegurem a máxima utilidade ao indivíduo, afirmando que:

O delinquente, longe de ser alguém irracional, frustrado, com problemas psíquicos ou marginalizado, seria um ator racional. Esta imagem do infrator, que retroage a Bentham, coincide com a que a análise econômica do direito vem propugnando desde os fins dos anos 60. A decisão de delinquir seria uma decisão racional, fruto da ponderação entre os custos e benefícios que previsivelmente decorre do comportamento infrator. A eleição do comportamento delitivo ou não delitivo depende da valoração que o indivíduo faça da relação entre recompensas e castigos de um ou outro comportamento (utilidade esperada). (NIETO MARTÍN, 2019, p.55).

O autor ainda afirma que quanto à criminalidade econômica essa teoria possuiria uma maior eficiência explicativa, tendo em vista que os indivíduos e corporações que praticam tais delitos tradicionalmente já operam em seus atos lícitos com uma perspectiva econômico-matemática, visando a máxima do maior benefício. Portanto:

A existência de uma organização empresarial permitiria gerir a tomada de decisões e processar a informação de maneira mais eficiente, somando-se a isto o fato de que se tratam de pessoas especializadas e que as atividades que realizam dentro de sua atividade (por exemplo, participar de uma licitação pública) se repetem ao longo do tempo, pelo que existiria maiores possibilidades de efetuar cálculos e fazer correções. (NIETO MARTÍN, 2019, p.56).

A partir dessa lógica, de que a criminalidade é derivada de forma primordial desse cálculo matemático de custo-benefício, considerando a escolha racional dos sujeitos, pode-se concluir que:

Um indivíduo irá violar a lei se o benefício potencial for superior ao custo suportável por conta desse ato. É da comparação desses termos que surge a transição para o ato ilícito. Para os economistas, seria suficiente que o Estado garantisse que o custo vinculado à comissão de uma infração fosse superior ao benefício a ser obtido, fazendo com que os indivíduos renunciem ao propósito ilícito.” (ROYER, 2009, p. 35).

A criminalidade econômica é caracterizada pela busca/fim de obter lucros/ganhos os mais variados, sendo direta ou indiretamente econômicos, com uma racionalidade própria, pautada na lógica de se analisar os custos econômicos, jurídicos e “reputacionais”, frente aos benefícios que terão se não forem descobertos pela prática delitiva. Ademais, a empresa, como estrutura complexa e relevante na sociedade econômica, nas palavras de Anabela Rodrigues (2017, p.99):

apontada como “foco de perigo” que propicia(ria) o cometimento de crimes – que, isoladamente, a pessoa não cometeria –, nela se desenvolvendo um “espírito criminal de grupo” e uma “má cultura corporativa”, que fomenta(ria) a aprendizagem de comportamentos criminais e de técnicas de neutralização da culpa.

Mas, a criminalidade não pode ser explicada apenas por esse modelo econômico, pois o fenômeno do crime é muito mais complexo e influenciado por diversos outros fatores, elencados por Guillaume Royer, tais como:

A idade, o sexo, o estado corporal e psíquico são fatores próprios de cada indivíduo, que lhes predisporia ou não à delinquência. Da mesma forma, o meio social, profissional ou familiar nos quais se desenvolve a pessoa explicaria sua predileção ou não à delinquência. Para além da simples comparação do custo e benefício da violação da lei penal, todos aqueles elementos influenciariam, em larga medida, sobre a formação da personalidade criminosa. Não se explicaria, assim, matematicamente, a dinâmica da passagem ao ato criminal. Na verdade, a busca de um interesse pessoal ou lucrativo é apenas um dos muitos fatores que justificariam a prática de um ato antissocial. Ao invés de imaginar, sistematicamente, o infrator como um calculador frio dos seus interesses, seria melhor analisar a passagem ao ato [ilícito] à luz de um turbilhão de motivações criminais. (ROYER, 2009, p.35)

Ao menos, no que diz respeito à criminalidade econômica, muito embora ela também seja influenciada por outros fatores, nas palavras do francês Guillaume Royer, a teoria da escolha racional explica com maior precisão o fenômeno pois:

A delinquência de negócios poderia se inserir dentro da dinâmica utilitarista. De um ponto de vista endógeno, este tipo de delinquente é um indivíduo de nível social elevado que atua em um ambiente profissional fortemente orientado pela atração do ganho. Em matéria de delinquência do colarinho branco, atua-se sem violência, sangue ou arma de fogo, mas, sim, com uma reflexão sobre a utilidade da violação da lei e sobre como tornar tal violação invisível. Neste caso, o direito penal econômico constitui-se um terreno fértil e propício para a criminologia utilitarista, de onde o indivíduo encontraria um estímulo para a violação da lei penal. Tal delinquência seria, então, o local de eleição do postulado do indivíduo racional e do modelo econômico de dissuasão de Gary S. Becker. (ROYER, 2009, p.36)

Por isso a importância em se aprofundar nessa teoria quanto à criminalidade tão específica como a econômica, marcada por características próprias. Compreendendo a relação entre os ofensores, vítimas, e contexto social em que todos estão inseridos, é possível trabalhar para desenvolver melhores modelos e formas de prevenir e intervir quanto ao fenômeno criminal, na medida em que “quanto mais vulnerável ou atraente a vítima, mais convincente são os argumentos para a escolha racional do ofensor”, que racionalmente poderá ver maiores benefícios em continuar com seu comportamento criminoso, de forma que compreendendo essa relação, será possível aplicar melhores “intervenções e estratégias

preventivas” nos contextos em que houver “vítimas mais vulneráveis” (SAAD-DINIZ, 2019, p. 69).

De acordo com Sally Simpson e Raymond Paternoster (*apud* SOUZA; JAPIASSÚ, 2017, p.1041), os delitos econômicos são objeto de ampla e aprofundada discussão, de modo que os aumentos dos escândalos envolvendo seus agentes e a baixíssima eficiência para lidar com tais condutas é alvo de inúmeras críticas, razão pela qual é importante aprofundar a análise sobre outra teoria criminológica, a das ações rotineiras.

1.1.6. Teoria das Ações Rotineiras

A *Teoria das ações rotineiras* teve suas bases fixadas nos estudos criminológicos de Ronald Clarke, Lawrence Cohen e Marcus Felson⁵⁷, acerca das influências da rotina cotidiana do ofensor (estilo de vida) e da vítima no fenômeno criminal (SAAD-DINIZ, 2019, p. 69). O crime somente ocorrerá, para essa teoria, a depender do espaço e o tempo da vítima, do criminoso e da ausência de normas jurídicas ou vigilância, tornando o objeto almejado pelo delinquente, vulnerável às suas ações.

De acordo com Pedro Dassin (2016, p. 391), os autores Cohen e Felson, quando da construção da *Teoria das atividades rotineiras* observaram que nas décadas de 60 e 70 do século XX, a criminalidade estadunidense não havia aumentado por fatores como o “aumento do número de delinquentes ou ao maior rigor exercido pelas instâncias formais de controle”, e sim pelo processo de alteração dos hábitos da própria população do país, que acabou por “criar mais oportunidades para o cometimento de delitos”, conforme já foi informado acima. Portanto, “as razões para o aumento da criminalidade não teriam raízes em questões demográficas ou nas taxas de pobreza e desemprego, como defendia parte da sociologia criminal, mas no aumento das oportunidades criadas com a mudança na rotina das pessoas” (NEWBURN, 2007, online), de modo que o crime não deve ser visto como um comportamento absurdamente anormal, e sim algo “esperado dentro de oportunidades e condições apropriadas” (DASSAN, 2016, p.391). O delinquente visualizou uma situação de oportunidade para cometer um crime, ele o fará (MEDINA ARIZA, 1998, p.286). Nas palavras de Miguel Agustín Torres (2005, online), para lidar com delitos econômicos, por exemplo, a partir dessa teoria:

⁵⁷ De acordo com Gennaro Vito *et all*, os autores Cohen e Felson, particularmente, conseguiram constatar que a criminalidade americana aumentou entre as décadas de 1950 e 1970, nos países ocidentais, período que coincidiu com a maior inclusão das mulheres no mercado de trabalho, que passaram a sair de suas casas, facilitando oportunidades para eventuais furtos e outros crimes em residências. (VITO, 2007).

as estratégias convencionais de prevenção devem ser complementadas com outras, rotineiras, quase domésticas, associadas aos estilos de vida, hábitos, costumes e atividades rotineiras do indivíduo e das organizações. Sendo o risco de vitimização um risco diferencial, seletivo, não resta dúvida que uma elementar atitude de cuidado e vigilância, de responsabilidade e cautela, por parte da vítima potencial em determinadas situações mitigará sensivelmente aquele com êxitos preventivos muito relevantes.

Assim, a partir da compreensão do fenômeno criminal pela *Teoria das atividades rotineiras*, empregar medidas de prevenção associadas à vigilância e controle doméstico ou dos estilos de vida é uma estratégia para enfrentar delitos, em especial alguns tão específicos como os econômicos. Essa teoria auxilia no entendimento acerca da influência dos diversos espaços, momentos e realidades da rotina da vida dos sujeitos, e como toda essa rotinização influencia nos contatos sociais e no fenômeno do crime. Ademais:

segundo os Autores, o modelo tradicional de prevenção da criminalidade empresarial baseia-se em duas premissas: 1ª quanto maior a certeza da punição, menor a probabilidade de ocorrência de um crime empresarial; 2ª quanto maior a severidade da punição, menor a probabilidade de ocorrência de um crime empresarial. Sendo assim, entre aqueles que “partilham esse ponto de vista”, pensa-se que as sanções atuais não seriam “nem certas”, nem graves o suficiente para afetar o comportamento de empresas (ou, mais especificamente, das pessoas que os gerenciam). (SOUZA; JAPIASSÚ, 2017, p.1042).

Para compreender os crimes econômicos o modelo tradicional de prevenção do crime, enquanto fim da pena, seria, para estes autores, um instrumento útil a nortear a argumentação básica da resposta penal. Ora, os criminosos de colarinho branco, na sua enorme maioria, são pessoas que evitam riscos, tentando ao máximo não se envolverem em atividades que em algum grau diminuam ou ameacem sua imagem moral e social. Assim, para Sally Simpson e Raymond Paternoster (*apud* SOUZA; JAPIASSÚ, 2017, p.1041), sanções como a prisão e a pena de multa trariam uma ameaça mais “significativa” aos empresários e criminosos em potencial considerando suas ações rotineiras, que poderiam ser afetadas pelo dano causado pela punição.

De mais a mais, para esses autores, como os crimes econômicos são praticados com base em uma lógica de racionalidade, que pondera e calcula estrategicamente os custos e benefícios de determinadas ações, buscando a máxima potencialização econômica, também a finalidade ou fundamento de pena para lidar com tais delitos deve passar por um raciocínio que calcule matematicamente o “custo-benefício” de determinada ação, se comparado a uma sanção criminal; o custo da sanção precisa “parecer” maior que o eventual “lucro” com a empreitada criminosa (SOUZA; JAPIASSU, 2017). O próprio processo de definir ou estabelecer de forma precisa as bases deste custo-benefício serão feitos com base nas influências exercidas pela opinião pública, que poderá mobilizar a sociedade em prol de uma perspectiva punitivista mais exacerbada.

Sucedese que para os mesmos autores os modelos formais de controle aplicados pelo sistema jurídico-penal são mais “filosóficos”, discursivos e “ideológicos” do que reais, científicos e concretos, e por isso são insuficientes para lidar adequadamente com a criminalidade econômica e empresarial. Para tanto, Simpson e Paternoster (*apud* SOUZA; JAPIASSÚ, 2017, p.1042) desenvolveram outra *teoria da escolha racional*, que no aspecto punitivo não se concentra apenas nas sanções formais, especificando também a dos seguintes elementos: 1) as sanções informais; 2) o respeito próprio do infrator, que se violado gerará ou legitimará um crime; 3) a constituição, avaliação e implementação de programas de cultura e *compliance*, todas essas medidas para tentar enfrentar a delinquência econômica.

O modelo que foi desenvolvido por eles ainda pressupunha que os autores dos crimes econômicos, por fazerem escolhas racionais, também deveriam ter certo grau de conhecimento ou percepção de que sanções “informais” poderiam ser aplicadas, inibindo o crime. São exemplos de sanções informais a estes delitos a “publicização negativa para empresa”, a “perda considerável do bom nome e a reputação da empresa”, a “possibilidade de que colegas, amigos próximos ou mesmo a família critiquem ou desaprovem o indivíduo” (SOUZA; JAPIASSÚ, 2017, p. 1042), medidas outras⁵⁸ que não se regeriam pela lógica da prisão ou da multa, sendo muitas vezes mais vergonhosas para o ofensor, que essas últimas, institucionalmente previstas. Deveriam ser adotadas sanções que afetassem a percepção sobre a gravidade e o risco de praticar determinada conduta⁵⁹.

Custos advindos de sistemas informais de controle, por essa perspectiva, também seriam efetivos na prevenção aos delitos econômicos. Outrossim, também possui um enorme potencial de inibir novos crimes a imposição de sanções formais ou informais de ordem

⁵⁸ Embora os autores não o afirmem explicitamente, é possível mencionar, como exemplo de sanções com características distintas das privativas de liberdade, as chamadas “sanções de vergonha”. Estas serão analisadas com mais detalhe no capítulo 3 desta obra.

⁵⁹ “A perspectiva da escolha racional é uma teoria criminológica de base utilitarista que seria mais abrangente do que o modelo estritamente baseado na prevenção ou dissuasão. Apesar de existirem variações da *teoria da escolha racional*, há alguns elementos em comum. Primeiro, a decisão de potenciais criminosos de cometer um delito é uma escolha racional que é influenciada pela percepção dos custos e benefícios da ação. Os custos do crime incluem, mas não se limitam, à possibilidade e gravidade de uma sanção jurídica formal. Outros custos incluem a certeza e a gravidade de sanções informais, perda de alternativas legítimas para a ação, custos morais e custos auto-impostos, como a perda do respeito próprio. Também se incluem na maioria dos modelos de escolha racional, mas não nos de prevenção, a percepção dos benefícios do crime. Em segundo lugar, os modelos de escolha racional equiparam ofensas a crimes na medida em que o tipo de informação necessária e empregada pelos delinquentes varia consideravelmente de acordo com a modalidade delitiva. O terceiro elemento comum é que as decisões de cometer uma ofensa em um determinado caso (uma ‘ocorrência criminal’) são influenciadas pelas características contextuais imediatas do crime. Para a criminalidade de rua, a decisão de praticar um crime é influenciada por considerações situacionais, como a proximidade do alvo, a facilidade com que se pode empreender uma fuga, a existência de dispositivos de segurança ou a percepção da probabilidade de uma vítima armada ou que ofereça resistência. Nos crimes empresariais, as decisões de delinquir provavelmente são influenciadas por considerações como a rentabilidade da empresa e o tamanho da companhia.” (SIMPSON; PATERNOSTER *apud* SOUZA; JAPIASSÚ, 2017, p.1043).

pessoal ao delinquente econômico, na medida em que afetando sua imagem social (e aqui será relevante analisar as *shame sanctions*), para preservá-la o agente consideraria evitar novas condutas criminosas. A percepção, portanto, de que será punido por um ato grave de forma certa deve ser um dos fundamentos de um sistema punitivo aos crimes econômicos para Simpson e Paternoster (SOUZA; JAPIASSÚ, 2017, p.1044).

Nas palavras de Saad-Diniz (2019, p.70), ao se integrar as *teorias da escolha racional, das ações rotineiras*, abre-se espaço para uma importante contribuição ao pensamento criminológico, permitindo-se construir uma melhor forma de prevenir e intervir no combate ao crime econômico, pois o fenômeno criminal, e “o engajamento no comportamento desviante depende uma série de variáveis, abrangendo a capacidade de encontrar parcerias ou a organização adequada, em ciclos de desemprego, na comunidade, ou no cárcere, ou incrementando os níveis de tensão que impulsionam as interações sociais” (SAAD-DINIZ, 2019, p. 68).

Ao combinar teorias como da escolha racional, do estilo de vida, e as atividades rotineiras, pode-se categorizar e melhor analisar os inúmeros elementos que influenciam na prática de atividades criminosas, como o contexto social, os padrões de comportamento de determinados grupos, a estrutura familiar, a questão do desemprego, as influências culturais, dentre outros.

Simpson e Paternoster ainda afirmam que para os delinquentes econômicos a escolha em aderir ou não a uma cultura de *compliance* empresarial também passa por uma escolha racional que calcula os custos/benefícios de se empregar tal método ou violar a lei sistematicamente. Para eles, a literatura acerca da delinquência empresarial tem repetidamente sugerido que tais delitos seriam cometidos não pela antecipação direta da vantagem a ser auferida, mas para driblar o que é percebido como uma despesa evitável advinda do *compliance*. Sendo assim, algumas regulamentações poderiam ser consideradas muito “custosas” por algumas empresas para poderem ser respeitadas e, conseqüentemente, seriam descumpridas. Assim, os delitos econômicos seriam praticados a partir da análise dos benefícios em se burlar a lei, frente à percepção de eventual custo ou despesa com eventuais programas de *compliance* que poderiam ser empregados nas corporações. (SIMPSON; PATERNOSTER apud SOUZA; JAPIASSÚ, 2017, p.1044).

Danos à imagem e a percepção pública da empresa ou instituição são muito mais graves e com impacto muito mais significativo do que aplicar meras penas de multa aos delinquentes econômicos. No contexto da criminalidade econômica e corporativa, essas teorias que trabalham com a racionalidade do comportamento desviante, lidam, ou pontuam

questões relacionadas à avaliação do custo racional do comportamento desviante, e dos respectivos efeitos intimidatórios, bem como a efetividade das sanções jurídicas aplicadas (SAAD-DINIZ, 2019, p. 71). Por isso no âmbito da criminalidade econômica as noções acerca dos motivos e razões que levam o sujeito a tomar aquela decisão (compreensão acerca do possível lucro) devem ser consideradas quando da fundamentação da sanção criminal.

1.1.7. Teoria da Agência e do Triângulo das Fraudes

A partir de uma perspectiva econômica, de acordo com Posner (2007), o homem sempre tenta racionalmente maximizar seus objetivos, satisfações e interesses. A partir desse ponto, questiona-se: até que momento o homem buscará o aumento de seus “lucros” de forma racional? Este é um questionamento bastante presente na chamada *teoria econômica da agência* (também derivada da Análise Econômica do Direito), que foi divulgada pela primeira vez por Jensen e Meckling (1976), tendo como principal premissa a ideia de que todos os indivíduos possuem um comportamento maximizador da utilidade econômica, sendo que o mercado, e as relações comerciais/econômicas são regidas por um conjunto de contratos bilaterais entre agentes econômicos (empresas, governos e pessoas físicas).

De acordo com Machado e Gartner (2017, p. 111) para essa teoria existe uma relação entre duas (ou mais) pessoas, de modo que “os agentes receberão poder para tomar decisões em nome dos proprietários. Os proprietários, ao delegarem poder, terão a expectativa de que seus objetivos e interesses sejam atendidos”. Ademais, para essa teoria também, o agente e o sujeito principal da relação jurídica possuem interesses e objetivos distintos em relação ao risco de investimento, de forma que nem sempre o agente agirá buscando atender ao melhor interesse do principal (que detém o poder de agência). Aqui, aumentam-se os custos com monitoramento e “pela adoção de sistemas de incentivo e remuneração, e de mecanismos de governança corporativa, despesas de concessão de garantias contratuais por parte do agente e do custo residual” (MACHADO; GARTNER, 2017, p.111).

Outra contribuição da teoria da agência é no sentido de que a relação entre o principal e o agente haverá uma confiança mútua, confiando o principal de que o agente irá trabalhar para alcançar a todos seus objetivos com a máxima presteza. Entretanto, essa confiança pode ser quebrada quando o agente busca na realidade satisfazer apenas seus interesses (MACHADO; GARTNER, 2017).

Ao estudar a quebra de confiança nessas relações específicas, entrevistando fraudadores, o criminólogo estadunidense elaborou a hipótese teórica conhecida como

triângulo da fraude. Esta teoria tem como pressuposto responder problema ou tentar entender como os agentes que assumem posições e confiança, decidem racionalmente violá-la e cometer um crime (MACHADO; GARTNER, 2017). Cressey observou que as pessoas que ocupam posições de confiança em corporações, quando estão diante de um problema econômico, e conseguem ver um “horizonte” na fraude, elas violam a confiança para satisfazer seus interesses (CRESSEY, 1953).

Os crimes econômicos possuem uma característica distintiva: são cometidos através de métodos astuciosos, nos quais o agente emprega estratégias fraudulentas específicas (BITENCOURT, 2023). Nesse contexto, a teoria criminológica conhecida como *triângulo das fraudes* se torna especialmente relevante. Essa teoria se estrutura em três pilares: 1) Pressão (ou motivação), que ocorre quando o agente enfrenta dificuldades financeiras pessoais, como o medo de perder o emprego ou outros problemas pessoais; 2) Oportunidade, surgindo quando o fraudador percebe a possibilidade de usar a fraude para atender a suas necessidades, especialmente ao identificar vulnerabilidades em sua organização ou estrutura social que possam ser exploradas para resolver um problema pessoal; 3) racionalização, em que o fraudador age de forma a classificar seu ato fraudulento com aceitável e justificável (CRESSEY, 1953). Se qualquer dessas variáveis estiver ausente no caso concreto, a fraude dificilmente acontecerá, razão pela qual, para esta teoria, uma medida política (e até mesmo político-criminal) para lidar com situações fraudulentas deve mitigar qualquer desses fatores que impulsionam o agente a tomar uma posição racional de determinada forma.

Nas palavras de Cressey (1953, p. 30):

Pessoas confiáveis se tornam violadores da confiança quando elas se consideram como tendo um problema financeiro que não pode ser compartilhado, e estão cientes de que este problema pode ser resolvido secretamente pela violação de confiabilidade financeira e conseguem aplicar, à sua própria conduta, verbalizações que lhes possibilitem ajustar seus conceitos de si mesmas como pessoas confiáveis como usuários de fundos e propriedades que lhes foram confiados.

Cressey (1953) verificou que em todos os casos envolvendo fraudes, a violação da confiança se dava no contexto de pessoas que possuem problemas financeiros, que não poderiam ser compartilhados com outras pessoas, mas que para elas seria possível socializar a solução do problema, por meio da violação criminal da confiança financeira. Ademais, o autor ainda pontua que praticamente todos os problemas financeiros/econômicos particulares, de alguma forma se relacionam à procura ou manutenção de um status social ou profissional (CRESSEY, 1993).

A fonte de pressão para estes agentes, de acordo com o mesmo autor, pode se dar em duas circunstâncias específicas: no “o desempenho a ser alcançado pelos agentes e a

remuneração percebida, que influenciará no padrão de vida desses agentes” (MACHADO; GARTNER, 2017, p.05). O desempenho das empresas, ou de um determinado setor de órgão público, pode levar o sujeito ativo a se arriscar mais para elevar o referido desempenho – no contexto empresarial, levar a corporação a participar melhor do mercado, aumentando sua competitividade - gerando a manutenção de seus status, ou posições profissionais⁶⁰. Já a remuneração, fixa ou variável, pode ser um dos fatores para o início das fraudes, na medida em que para tentar manter seu padrão de vida, o sujeito realiza o que for necessário para manter sua função, mesmo que tenha que quebrar a confiança (CRESSEY, 1953). Como possível solução a esse problema, por meio de políticas não criminais, gerar um desincentivo por meio do aumento da lucratividade, e da remuneração fixa⁶¹ dos agentes são medidas que se espera influenciar em seus comportamentos.

A oportunidade do cometimento de fraudes surge da soma de uma posição de confiança do sujeito ativo, que conhece toda a estrutura e funcionamento da empresa com seus pontos financeiros vulneráveis, e de um problema não compartilhável do agente. Aqui, quanto maior a corporação ou estrutura envolvida, maiores serão as oportunidades, razão pela qual maior deverá ser a estrutura de governança corporativa (com custos maiores), para adequadamente fiscalizar/verificar as falhas que gerem a fraude corporativa⁶², pois quanto maior a corporação, mais complexa torna-se sua operação, demandando uma resposta adequada (CRESSEY, 1953). Para reduzir a oportunidade é necessário aumentar o controle; o ponto é que o aumento do controle possui um valor econômico e gerencial bastante elevado, reduzindo facilidades e dinamicidades para procedimentos que demandam uma complexidade de reflexões.

⁶⁰ “Assim, os gestores podem reconhecer que eles serão destituídos de sua ocupação, a menos que mantenham o desempenho de suas empresas acima do esperado (MACEY, 1991). Portanto, pode-se inferir que o desempenho abaixo do ideal será um fator de pressão para os gestores das organizações” (MACHADO; GARTNER, 2017, p.112).

⁶¹ Como estratégia para diminuir os riscos de fraudes nas corporações, Michele Machado e Ivan Gartner apontam para a relevância de se fixar remunerações fixas para gestores e agentes mais propensos às fraudes ou crimes econômicos dos mais diversos, pois ao aumentar essa renda, o sujeito ativo desses crimes (agente), pode deixar de pensar apenas em seus ganhos, voltando os olhares aos principais (*teoria da agência*). Em suas palavras: “Assim, supõem-se que a remuneração fixa influenciará no nível de propensão ao risco dos gestores, pois quanto maior a remuneração fixa menor o nível de risco assumido pelo gestor. Ainda dentre as políticas de remuneração, existem aquelas relacionadas à lucratividade da empresa, ao implicar em uma relação positiva entre o aumento da lucratividade e a remuneração do gestor (TROY; SMITH; DOMINO, 2011; SCHRAND; ZECHMAN, 2012). Essa política tem o objetivo de incentivar o agente a buscar um melhor desempenho da empresa, o que contribui com a maximização dos interesses dos principais” (MACHADO; GARTNER, 2017, p.113).

⁶² Nas palavras de Machado e Gartner (2017, p.115) “o crescimento da empresa aumenta o poder dos gestores através de um montante maior de recurso sob seu controle. Com o aumento da empresa, as operações tornam-se mais complexas e difíceis de monitorar, o que incorrerá em um número maior de conflito de agência. Ocorrerá também um aumento nos custos de agência, tais como custos de monitoramento dos agentes – incentivos de remuneração e mecanismos de controle – despesas de vinculação contratual e perdas residuais”.

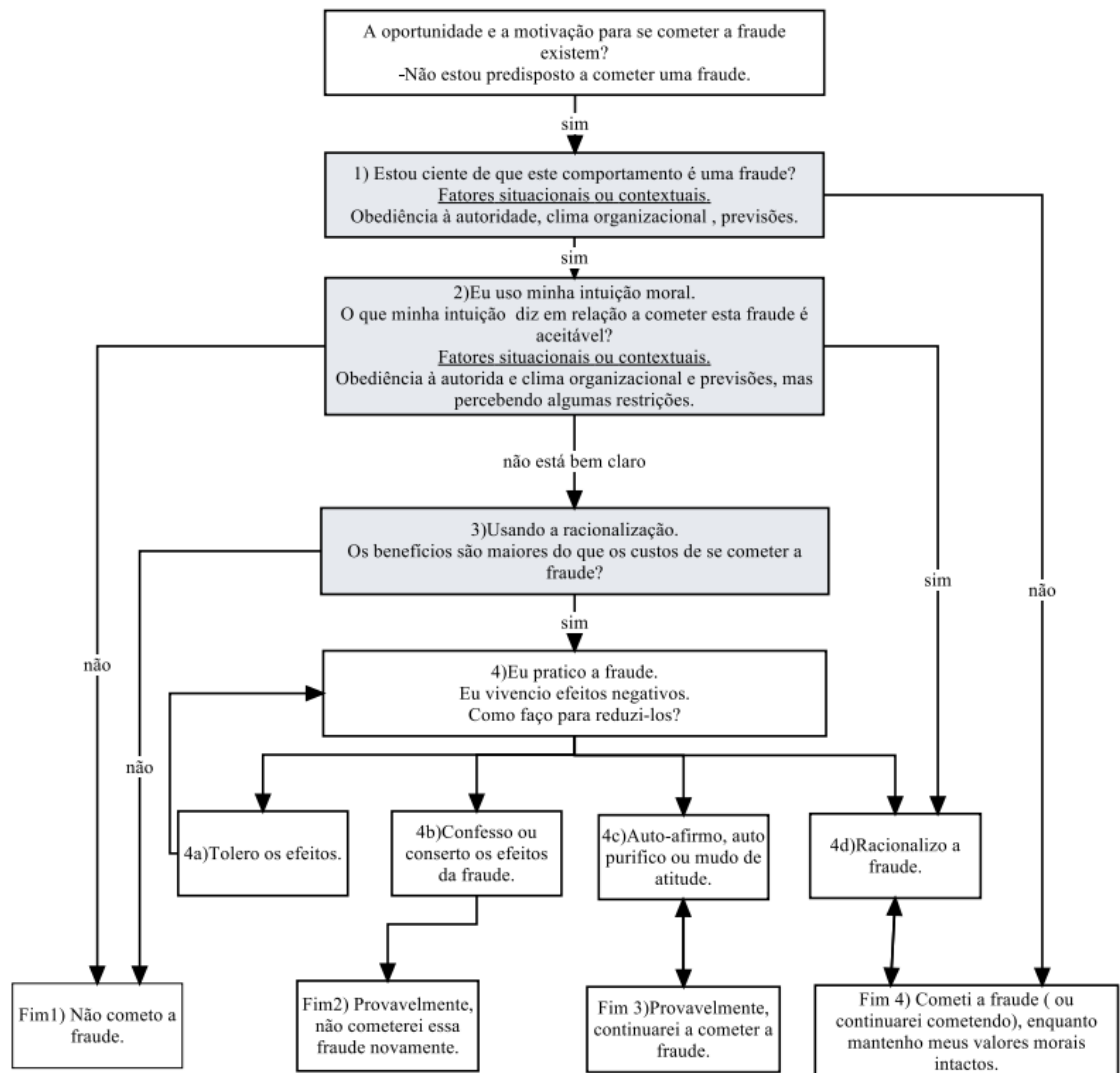
A pessoa que possui uma função ou cargo que demanda confiança quando possui um problema, tende a acreditar que se resolver o problema valendo-se de meios fraudulentos junto à corporação, não terá maiores dificuldades ou situações problemáticas. Ora, o processo de racionalização do ato, de acordo com Cressey (1953) parte de uma perspectiva em que para o agente, a violação da confiança é um problema: a) justificado; b) não criminal; c) completamente irresponsável do ponto de vista geral no contexto da empresa. A racionalização, é aqui o processo cognitivo em que o gestor busca classificar o ato fraudulento como aceitável e justificável (CRESSEY, 1953). Essa racionalização tende a ser diferente também a depender de atributos pessoais do agente, apontando Machado e Gartner (2017), por exemplo, que gestores mais jovens tendem a ser mais propensos a realizarem condutas mais arriscadas⁶³, da mesma forma que as mulheres são empiricamente menos propensas a realizar tais violações de confiança⁶⁴.

Por fim, a racionalização ou atitude está relacionada às motivações íntimas do indivíduo que podem levar o sujeito a se direcionar intencionalmente para determinada conduta criminosa. De acordo com L'Astorina e Borenstein (2011) se presentes as outras duas variáveis no caso concreto (Oportunidade e Pressão), a racionalização pode ser expressa em três estágios psicológicos básicos: 1) Desconhecimento, 2) Intuição e racionalização, 3) Processamento. Com base nessa divisão, eles apresentam um fluxograma psicológico (figura 01) relevando algumas situações que podem ser praticadas para mitigar ou dificultar o processo de racionalização da fraude.

⁶³ Os gestores mais velhos tendem a ser “mais analíticos em sua tomada de decisão, executando-a com maior cuidado, buscando por mais informações, realizando um diagnóstico mais preciso das informações coletadas.” (MACHADO; GARTNER, 2017, p. 116).

⁶⁴ Mencionando alguns estudos empíricos, Machado e Gartner (2017, p.116), trazem as seguintes reflexões, com dados também empíricos: “Mais especificadamente, Steffensmeier, Schwartz e Roche (2013) analisaram o efeito do gênero em crimes corporativos. Para tal, os autores utilizaram de 83 casos de fraudes corporativas envolvendo 436 réus, e subdividiram a amostra em crimes cometidos por indivíduos do gênero masculino, feminino, e crimes envolvendo esquemas com indivíduos independentemente do gênero. A partir dos resultados encontrados, os autores afirmaram que existem boas razões para acreditar que executivos do gênero feminino podem ser mais éticos em sua tomada de decisão, são mais prováveis a honrarem as leis fundamentais dos riscos financeiros, e a evitarem riscos excessivos, tanto dentro como fora do ambiente corporativo. Ainda, os resultados indicam que gestores do gênero feminino são menos propensos a criarem ou fomentarem uma cultura organizacional criminógena. Este resultado corrobora as afirmações de Reynolds (2006) e Zahra, Priem e Rasheed (2007). Reynolds (2006) argumenta que, como tomador de decisão mais intuitivo, o gênero feminino está mais apto a reconhecer sinais sutis dos protótipos de situações que envolvem ética e possui maior habilidade em reflexiva ou intuitivamente agir de forma eticamente aceitável. No mesmo sentido, Zahra, Priem e Rasheed (2007) afirmam que gestores do gênero masculino estão mais propensos a aceitar o comportamento antiético para atingir seus objetivos e, ainda, que, apesar dos progressos realizados pelas mulheres o centro de poder corporativo existente é dominado pelos homens. Em face disso, a maioria dos responsáveis por atos de fraudes corporativas são do gênero masculino, pois continuam a dominar as posições de liderança corporativa. Os estudos de Kelley, Ferrel e Skinner (1990), Reynolds (2006) e Zahra, Priem e Rasheed (2007) e Steffensmeier, Schwartz e Roche (2013) sugerem que gestores do gênero feminino são menos suscetíveis a cometerem atos fraudulentos. Portanto, presume-se que o gênero pode ser um inibidor de atos fraudulentos”.

Figura 01: Fluxograma psicológico da fraude



Fonte: L'ASTORINA; BORENSTEIN, 2011, p.7.

A primeira etapa do processo é conscientizar o sujeito ativo de que sua conduta é uma fraude, pois se ele assim não souber, continuará a praticá-la sem qualquer impulso moral (paz em sua consciência). Caso o sujeito já seja consciente de seu ato criminoso, em um segundo momento ele racionalizará a fraude, e o desconforto gerado pela prática poderá fazer com que ele a evite novamente. Se o agente deixa de evitar a fraude moralmente, ele passa a um terceiro estágio de racionalização, em que ele passará a avaliar os custos e benefícios de sua ação criminosa, pois se os custos forem mais elevados que os benefícios, ele não se empenhará em praticá-la; ao contrário, se os benefícios forem maiores, o sujeito ativo do crime poderá tomar as seguintes posições: 1) tolerar o efeito psicológico negativo por um

tempo, retornando à etapa psicológica anterior; 2) confessará que agiu de forma fraudulenta, e provavelmente não cometerá novamente a infração; 3) o sujeito ativo encontrará alguma desculpa para continuar, e permanecerá cometendo as fraudes que sempre o fez; 4) racionalizará a fraude, e continua cometendo mesmo com efeitos psicológicos negativos e que o impulsionem a não mais fazê-lo (L'Astorina, 2011)⁶⁵.

Ora, uma medida, criminal ou não, para ser efetiva no enfrentamento às fraudes deve mitigar a possibilidade do sujeito ativo racionalizar positivamente pela prática do crime, seja diminuindo os benefícios, aumentando os custos, ou oferecendo desincentivos emocionais e psicológicos à sua ação (aqui talvez reforce-se a lógica das *Shame Sanctions*, que serão melhor apuradas no capítulo 3), demonstrando ao agente que existe possibilidade de ser punido, e que a conduta por ele praticada pode não ser vantajosa.

1.1.8. Crimes Econômicos e Criminologia Crítica

O pensamento criminológico, tanto moderno quanto contemporâneo, sofreu alterações significativas em diversos aspectos e níveis. Essas mudanças, mesmo que de maneira indireta, influenciam a abordagem dos crimes econômicos. Nesse contexto, a Criminologia Crítica desempenha um papel fundamental, tanto na sua vertente mais radical quanto na interacionista, ao renovar os procedimentos metodológicos e os significados também atribuídos a esses delitos.

Assim, após apresentarmos brevemente estas duas vertentes (radical e interacionista), ou perspectivas relacionadas à criminologia crítica (buscando ainda o sentido ideal para os *white collar crimes*), será fundamental trazer questões relacionadas ao *labeling approach* e à teoria *radical*, que de alguma forma sintonizam ou contradizem aspectos da doutrina de Sutherland sobre os crimes econômicos.

⁶⁵ Humberto L'Astorina e Denis Borenstein ainda categorizam cada uma das possibilidades psicológicas e exemplos de atitudes dos sujeitos ativos de crimes fraudulentos. Em suas palavras (2011, p.08): "Segundo Murphy (2008) são nove as categorias de racionalização (...): 1) Minimizar, ignorar ou interpretar mal as consequências do ato. Ignorar qualquer consequência do ato, fazer com que elas pareçam menores do que realmente são, ou interpretar mal as consequências. Ex.: 'Não estou prejudicando ninguém'. 2) Comparação vantajosa Comparação do ato faltoso com outro ato muito maior e flagrante, assim o ato praticado parece menor. Ex. '-Isso não é nada comparado com...'. 3) Obscurecendo ação pessoal através da difusão de responsabilidade. Deslocamento da responsabilidade colocando-a para outros. Ex. '-Todo mundo faz isso'. 4) Obscurecendo ação pessoal deslocando a responsabilidade. Deslocamento da responsabilidade colocando-a sob outro. Ex. '- Fui mandado fazer.' 5) Justificativa moral. Ato faltoso é reconstruído como socialmente válido ou tendo uma justificativa moral (ex. terrorismo).'- Estou ajudando a organização. -Estou ajudando minha família'. 6) Rotulações eufemistas Uso de palavras e frases distorcidas que minimizam o ato e fazem soar melhor. '-Estou nivelando o campo de batalha.' 7) Desumanização da vítima. Age como se a vítima não fosse humana. '-Eles são a escória'. 8) Atribuição da culpa à vítima. Não assume nenhuma culpa, mas a transfere para a vítima. '-Foram eles que forçaram.'. 9) Adiamento. Tentativa de não pensar no assunto. -'Eu não penso nisso'".

A partir dessa perspectiva criminológica renovada, em um primeiro momento, pode-se observar que a figura do criminoso passa a não ser visto mais como alguém ao qual se pode atribuir um adjetivo de ordem negativa, com uma “a adesão a valores, normas, definições e o uso de técnicas que motivam e tornam possível um comportamento ‘criminoso’, um fenômeno não diferente do que se encontra no caso de comportamentos conforme à lei” (BARATTA, 2002, p.85). A criminalização não seria, portanto, derivada de um atributo inato ao homem, mas fruto de um processo de socialização, de forma que o comportamento criminoso se diferencia do padrão “normal” não por questões internas do indivíduo, mas sim por situações sociais e legais que são definidoras, na prática, do que é ou não o padrão de conduta aceitável em um determinado contexto. Igualmente, o crime passa a não ser visto apenas como um ato que de alguma forma atente contra os valores e princípios socialmente vistos como indispensáveis para a ordem social de um modo geral.

Nesse aspecto, é fundamental destacar a discussão entre a criminologia do consenso e a criminologia do conflito. A criminologia do consenso parte do princípio de que existem valores universais essenciais para a sociedade, cabendo ao direito assegurar a proteção e a livre manifestação desses valores. Em contraste, a criminologia do conflito, influenciada pela perspectiva crítica, argumenta que os valores promovidos pelos mecanismos de controle institucional refletem, na verdade, os interesses das classes dominantes (BARATTA, 2002, p.117). Esta visão de conflito, que se baseia em diversas teorias, incluindo as marxistas, tem influenciado o desenvolvimento da criminologia radical, destacando a dimensão classista do direito penal. A teoria criminológica do conflito também é capaz de encontrar uma relação íntima com o estudo dos crimes econômicos, em especial por haver tanto nesses últimos, quanto naquela, uma legítima preocupação com o problema da seletividade e desde o momento da criminalização até no da aplicação de pena e eventuais benefícios a estes agentes que pertencem a classes mais abastadas e socialmente tidas por superiores.

A perspectiva criminológica crítica reforça a noção de que a legislação é excessivamente dura com algumas pessoas, e muito benevolente com outras mais poderosas. No plano da criminalização por parte do legislador, pode-se constatar essa seletividade e favorecimento proporcionado pelo sistema institucional de controle, dado ao fato de as normas que tratam sobre os delitos econômicos serem extremamente lacunosas, fragmentárias e desiguais quanto ao tratamento se comparadas com outras realidades criminais (CULLEN, 1954, p. 117). Para melhor aprofundar a análise do processo de seletividade penal é importante aprofundar a análise acerca a teoria da reação social (*labeling approach*) e sua relação com os crimes econômicos.

1.1.8.1. Teoria da reação social (*labelling approach*)

A teoria da reação social ou do etiquetamento, popularmente conhecida como do *labelling approach*, surge em um contexto em que todos os métodos e objetivos da pesquisa criminológica foram alterados significativamente. Os criminólogos defensores desta perspectiva passaram a não mais olhar para fatores como a biologia, a psicologia, ou questões sociais como principais elementos que interferem na prática do crime, voltando-se para aspectos e questões institucionais responsáveis por definir, selecionar e controlar o crime, como os fatores determinantes para a prática delitiva. Dessa forma, a teoria do etiquetamento parte de uma perspectiva crítica às instâncias tradicionais de controle, condenando-as como sendo as principais responsáveis pela constituição e não prevenção da delinquência. A própria tipificação e conceituação legal do que seria ou não considerado crime, de alguma forma influencia na estigmatização dos comportamentos (FIGUEIREDO, 2012, p.431).

De acordo com Fernando Fernandes (2001, p.157) a teoria criminológica do *labelling*:

parte do substrato comum de que ‘as questões centrais da teoria e da prática criminológicas deixam de se reportar ao delinquente ou mesmo ao crime, para se dirigem sobretudo, ao próprio *sistema de controle*, como conjunto articulado de instâncias de produção normativa e de audiências de reação. O campo natural de investigação dessa criminologia deixa de ser os ‘motivos’ do delinquente para centrar-se sobre os critérios de seleção utilizados pelas agências ou instâncias formais de controle⁶⁶.

Os teóricos do *labelling approach* se utilizam de duas direções metodológicas distintas, que orientam todo o processo em trâmite na doutrina da reação social, podendo condensar estas direções na diferença entre a criminalidade “primária” e a “secundária” (BARATTA, 2001, p.86). Essa distinção deu os primeiros fundamentos para a pesquisa criminológica interacionista, que busca soluções para a estigmatização, procurando também responder dois principais questionamentos: “quais são os critérios em nome dos quais certas pessoas e só elas são estigmatizadas como delinquentes?” e “quais as consequências desta estigmatização?” (DIAS; ANDRADE, 1992, p. 342).

Para responder o primeiro dos pontos eles partem da observação dos mandatos de criminalização, apontando seus equívocos, por não permitirem o pluralismo cultural e político de valores que são legítimos de uma parte significativa da sociedade que já é segregada. Aqui eles também afirmam serem as próprias instâncias formais de controle, em determinados ambientes sociais, as grandes responsáveis pelo processo de estigmatização dos indivíduos. Já

⁶⁶ Em complemento, diz Schecaira (2004, p.56) “de um lado tem-se o controle social informal, que passa pela instância da sociedade civil: família, escola, profissão, opinião pública, grupos de pressão, clubes de serviço etc. Outra instância é a do controle social formal, identificada com a atuação do aparelho político do Estado. São controles realizados por intermédio da Polícia, da Justiça, do Exército, do Ministério Público, da Administração penitenciária e de todos os consectários de tais agências, como controle legal, penal etc.”.

para responder o questionamento sobre as consequências derivadas do processo de estigmatização deve-se observar que ela é capaz de afetar toda a identidade dos indivíduos, possibilitando a formação de verdadeiras “carreiras criminais” (DIAS; ANDRADE, 1992, p. 347). A partir então da absorção “bem-sucedida” do “estigma” de criminoso por parte do indivíduo, formar-se-á a figura do delinquente, de forma secundária. Nas palavras de Guilherme de Gouvêa Figueiredo (2012, p.433), deste aspecto pode-se compreender que:

o desvio não é característica de uma ação praticada por um indivíduo, mas um rótulo social e institucional que se atribui a alguém, estigmatizado então como desviante ou *outsider*. Daí emerge todo um ambiente intelectual de repulsa à reação social promovida contra os indivíduos rotulados como desviantes.

Sob a ótica do indivíduo rotulado, o simples ato de corresponder, de alguma forma, a um estereótipo previamente estabelecido durante o processo de criminalização, carrega um forte estigma. Essa percepção de estar fora dos padrões de comportamento aceitáveis, já marcado pelo estigma, pode levar o indivíduo a persistir em seu comportamento desviante. Assim, a doutrina do etiquetamento reforça de maneira bastante enfática toda sua crítica aos processos de persecução penal e seleção penal como estabelecidos atualmente, por serem extremamente estigmatizantes, pois desde o processo de criminalização, julgamento e execução, todas as etapas de alguma forma colaboram para a perda da identidade do indivíduo, que tenderá a permanecer ou se voltar ainda mais para a atividade criminosa. Nas palavras de Howard Becker (*apud* DIAS; ANDRADE, 1992, p. 352):

tratar uma pessoa como se ela não fosse, afinal, mais do que um delinquente acaba por funcionar como uma profecia que a si mesma se cumpre. Põe em movimento um conjunto de mecanismos que compelem a pessoa a conformar-se e a corresponder com a imagem que o público tem dela. Quando o desviante é apanhado, é tratado em harmonia com o diagnóstico vulgar. E é o tratamento que provavelmente provocará um aumento da delinquência.

Em outras palavras, “a estigmatização pública como desviado e criminoso implica na atribuição à pessoa de um papel desviado, que finalmente adota e conforme o qual se comporta” (BAJO FERNÁNDEZ, 2005. p.34). De acordo com Fernando Fernandes (2001, p.158), essa teoria possui em sua base ao menos 04 tópicos de política criminal “descriminalização, não-intervenção radical, diversão e *due process*”.

Como se observou a teoria do etiquetamento inverte o foco comum na figura do agente delinquente, voltando-se para o sistema institucional de justiça. Nos crimes de colarinho branco a questão da estigmatização ou etiquetamento é quase invisível, reforçando ainda mais a seletividade existente nos vários procedimentos do sistema de persecução criminal, que não trata os poderosos da mesma forma que os demais agentes. Importante mencionar também que tanto as teorias da reação social quanto as teorias sociológicas que se aprofundaram nos

crimes econômicos foram de alguma forma influenciadas pelo “interacionismo simbólico”. Ambas partem da ideia de que o comportamento criminoso é fundado num processo de aprendizagem específico⁶⁷.

O que diferencia ambas é que na teoria do etiquetamento o comportamento delincente é assimilado a partir dos rótulos e da ideia de que a criminalização de alguma forma seria neutra, para a associação diferencial (que influi significativamente a análise dos crimes econômicos) este comportamento é estimulado no contexto de um ambiente específico a partir de processos de comunicação internas dentro de um grupo criminoso, mesmo não existindo qualquer processo de criminalização formal. A partir dessas ideias consegue-se entender o porquê para os estudiosos do *labelling approach* os *white-collar* não eram atingidos em nenhum aspecto no que diz respeito ao processo de estigmatização e reação social (BAJO FERNÁNDEZ, 2005, p.35). Assim:

o comportamento dos *white-collars* – frequentemente não previsto pela lei, ou proibido, mas desacompanhado de um efetivo sancionamento, como carece daquela reação social, é comunitariamente considerado inócuo e não acarreta qualquer estigmatização para seus agentes. Os poderosos preservam assim a sua reputação e bom nome independentemente das práticas ilícitas que adoptem (SANTOS, 2001, p.140).

Considerando ser a criminologia da reação social amplamente avessa a todo o sistema institucional de controle, e aos processos formais de criminalização existentes, e também à própria pena privativa de liberdade, todas suas propostas de reforma para minorar o processo de seletividade e estigmatização do sistema passam por mecanismos “não institucionais”. Por outro lado, para alguns teóricos dos crimes de colarinho branco a solução para tais problemas deve passar por uma resposta mais efetiva do sistema institucional, combatendo a impunidade a partir não apenas do endurecimento de penas, mas também buscando novos tipos penais relacionados a estes crimes (FIGUEIREDO, 2012, p.435).

1.1.8.2. Crimes econômicos e criminologia radical

Após o surgimento da corrente doutrinária do etiquetamento a criminologia crítica sofreu fortes influências políticas. A nova perspectiva criminológica nos anos 70 apontava para as limitações existentes na teoria do *labelling*, que embora tenha se proposto resolver um problema, não foi apta a conseguir satisfatoriamente oferecer respostas para tais pontos, concentrando-se mais em questões relacionadas à definição legal e ao processo de

⁶⁷ “Segundo o interacionismo simbólico, a sociedade – ou seja, a realidade social – é constituída por uma infinidade de interações concretas entre indivíduos, aos quais um processo de tipificação confere um significado que se afasta das situações concretas e continua a estender-se através da linguagem” (BARATTA, 2001, p.87).

criminalização, desconsiderando a possibilidade de existirem outros elementos que explicariam a seletividade do sistema de controle, como fatores de ordem social e econômica, que em muito poderiam contribuir para a análise criminológica. Nas palavras de Alessandro Baratta, crítico da teoria do etiquetamento, ela não se preocupa tanto com os:

comportamentos lesivos de interesses merecedores de tutela, ou seja, aqueles comportamentos (criminalizados ou não) que aqui denominamos ‘comportamentos socialmente negativos’, em relação às mais relevantes necessidades individuais e coletivas. A qualidade de desvio efetivo que tais comportamentos problemáticos tem em face do funcionamento do sistema socioeconômico, ou a sua natureza expressiva de reais contradições daquele sistema, permanece inteiramente obscurecida, reduzindo-se o seu significado ao efeito das definições legais e dos mecanismos de estigmatização e controle social (...) (BARATTA, 2002, p. 98).

É nesse contexto que emerge a teoria da criminologia radical, buscando oferecer uma resposta criminológica mais globalizante, considerando os vários elementos que influem na prática dos crimes. Dessa forma, esta teoria tem suas linhas iniciais a partir da crítica às estruturas sociais postas, que perpetuam a existência de uma sociedade significativamente desigual, fragmentada, e que também gera um sistema institucional de controle da criminalidade injusto, fragmentado e desigual (TAYLOR; WALTON; YOUNG, 1973, p.176).

A partir de uma perspectiva marxista, e criticando os vários postulados positivistas existentes, a criminologia crítica pontua que a definição legal dos delitos é resultado da tentativa de se tentar controlar e adaptar todos os valores da classe trabalhadora aos de uma classe dominante, a partir da força estigmatizante exercida pelo Estado, que impõe valores e faz parecer ser natural a obediência à determinados *standards* de comportamento que são o padrão na classe dominante. Todas as propostas de reestruturação do sistema, que até então foram propostas, por desconsiderar este caráter classista, são menosprezadas pela criminologia radical (que é por esse mesmo motivo assim nominada). Por isso:

Os pressupostos teóricos de que parte, bem como a intencionalidade política que a caracteriza, levam a criminologia radical a recusar todas as tentativas de conceptualização já ensaiadas: porque partem de perspectivas epistemológicas viciadas e, além disso, funcionam como racionalização de legitimação ou mesmo apologética da ordem vigente. (DIAS; ANDRADE, 1992, p.78)

É importante salientar, entretanto, que paulatinamente esta corrente criminológica, com o seu desenvolvimento e aperfeiçoamento ao longo dos anos, chegou a aprimorar distintas perspectivas e abordagens que progressivamente foram minorando seu caráter radical, e até mesmo passaram a defender reformas do aparato estatal punitivo como um todo (FIGUEIREDO, 2012, p.437).

Vários pontos de comunhão entre as teorias dos *white-collar crimes* e a criminologia radical podem ser identificados⁶⁸. Conforme já pontuado anteriormente, a criminologia radical surge a partir da politização da criminologia crítica, não se alinhando aos parâmetros fixados pelo *labelling approach*, e questionando – influenciado pelas correntes filosóficas marxistas – o próprio funcionamento da justiça, que é extremamente desigual. Ela, da mesma forma que a criminologia do conflito, elegeu os delitos de colarinho branco como exemplo para justificar a necessidade de se revolucionar todo o sistema. A criminologia radical também busca aprimorar o processo de intervenção penal, colocando novos mandatos de criminalização e renovando os procedimentos já existentes, institucionais ou não, buscando a repressão e a prevenção dos delitos (FIGUEIREDO, 2012, p.437), como os crimes econômicos.

1.2. Tomada de Posição: Criminoso Econômico, delinquente racional

Isto posto, essencial aprofundar-se mais sobre a temática das penas em específico, pois ao não observar as características criminológicas típicas da delinquência econômica, e não as punir com penas que atinjam finalidades e com fundamentos ou sentidos específicos, pode afetar toda a sociedade, e a máquina pública, em especial na condução de políticas públicas governamentais, em especial a política pública criminal.

⁶⁸ As teorias dos crimes de colarinho branco (*white-collar crimes*) e a criminologia radical, apesar de terem origens e focos diferentes, compartilham diversos pontos em comum que permitem uma análise integrada dessas abordagens no estudo da criminalidade. Alguns dos principais pontos de comunhão entre essas teorias, que podem ser extraídos da leitura de seus principais expoentes, são os seguintes: 1. Crítica ao Sistema de Justiça Criminal: Ambas as teorias criticam o sistema de justiça criminal por seu tratamento desigual dos indivíduos com base em sua classe social. A criminologia radical enfatiza como as estruturas de poder e as desigualdades sociais influenciam o processo de criminalização, enquanto as teorias dos crimes de colarinho branco destacam a leniência do sistema em relação aos crimes cometidos por indivíduos de alta posição social e econômica. 2. Foco nas Desigualdades Sociais e Econômicas: Essas teorias concordam que as desigualdades sociais e econômicas são fatores fundamentais que contribuem para a criminalidade. Enquanto a criminologia radical foca em como a estrutura capitalista gera condições propícias para o crime, as teorias dos crimes de colarinho branco analisam como indivíduos em posições de poder exploram essas desigualdades para cometer crimes financeiros e de fraude. 3. Questionamento da Definição de Crime: Tanto a criminologia radical quanto as teorias dos crimes de colarinho branco questionam as definições convencionais de crime, argumentando que estas são moldadas por interesses de classes dominantes. Eles argumentam que muitos comportamentos prejudiciais cometidos por pessoas em posições de poder não são classificados como crimes ou são tratados com mais leniência do que os crimes cometidos por pessoas de classes mais baixas. 4. A Importância do Poder e da Influência: Ambas as abordagens enfatizam o papel do poder e da influência na perpetuação da criminalidade e na proteção dos criminosos de colarinho branco. A criminologia radical examina como o poder é utilizado para manter a estrutura social que favorece as elites, enquanto as teorias dos crimes de colarinho branco focam em como indivíduos e corporações poderosas usam seu status para escapar da punição. 5. Chamada por Reformas: As duas teorias compartilham um apelo por reformas significativas no sistema de justiça criminal e na estrutura social e econômica. Ambas defendem mudanças que abordem as raízes da criminalidade associadas à desigualdade e ao abuso de poder, embora possam divergir quanto aos métodos específicos e à extensão dessas reformas. Em suma, enquanto a criminologia radical foca mais amplamente nas estruturas de poder e desigualdade que facilitam o crime, as teorias dos crimes de colarinho branco concentram-se nos atos criminosos de indivíduos de alto status social e econômico. Ambas, no entanto, se unem na crítica ao sistema de justiça criminal por seu tratamento desigual baseado na classe social e na necessidade de reformas abrangentes.

A questão que se coloca, pois é se deve haver um fim e fundamento específico para punir tais delitos, ou os modelos tradicionais acerca dos fins da pena, como já colocados, são suficientes?

Nas palavras de Eduardo Saad-Diniz (2019, p.140), os crimes econômicos, em especial no contexto da administração pública, marcados pelo:

Desvio de dinheiro e afetação da capacidade distributiva do Estado podem vulnerar dramaticamente uma nação inteira. As doações corporativas, se alheias ao controle social e à regulação, conduzem o processo político e afetam os procedimentos eleitorais democráticos e os princípios de governança pública. O *lobby* corporativo captura as escolhas públicas, a política institucional e a representatividade popular. A captura regulatória fragiliza a confiança no Estado de Direito, plena de estratégias de desvio, subtração e extorsão que culminam em níveis subótimos de persecução penal, colaboração inidônea com as autoridades públicas, iniciativas corporativas inautênticas e corrupção das medidas de *law enforcement*.

Seja como for, a criminalidade econômica permanece ainda contemporaneamente com suas características típicas, já apontadas por criminólogos (como Marshal Clinard e Peter Yeager *apud*, SAAD-DINIZ, 2019, p.141), quais sejam: a) ações gravosas geralmente recebem penas muito inferiores ao dano, lesão ou ameaça de lesão causada; b) considerando o elevado nível técnico das corporações, estas preservam também uma elevada capacidade técnica defensiva, para minorar penas econômicas, como as de multa, se comparada à gravidade da conduta; c) considerando os outros dois fatores, observa-se um elevado nível de reincidência nos crimes econômicos.

Outrossim, de acordo com William Laufer a criminalidade de rua e os crimes econômicos são tratados de forma absolutamente discrepante, com imoralidades praticadas por estes últimos, sem uma carga moral tão negativa como no caso, por exemplo de um traficante, ou um furtador⁶⁹.

Mesmo que as condutas danosas realizadas pelos criminosos econômicos sejam mais de 20 vezes mais lesivas à sociedade (WHYTE, 2007, p. 70), muitas sequer chegam a serem

⁶⁹ Diz William Laufer (*apud* SAAD-DINIZ, 2019, p.142) “(...) a imoralidade do uso ilícito de drogas representa ao público a complexa, porém bastante familiar, combinação entre vício, doença, desemprego, improdutividade e crime. A coerência moral destes custos sustenta a guerra diária financiada pelo Estado, ainda que a despeito das evidências de que promover esta guerra é eficaz”. O mesmo autor, de acordo com Eduardo Saad-Diniz (2019), traz sugestões mais sofisticadas para que o controle social e a regulação dos negócios consigam auxiliar o Direito Penal na responsabilização e controle dos crimes econômicos e corporativos. Nas palavras de Saad-Diniz (2019, p.147): “A proposta de Laufer consiste precisamente em conceber a responsabilidade penal a partir do reconhecimento da complexidade do comportamento das organizações e, exigindo maior imaginação criminológica, levar em consideração a ausência de evidências, nem sobre as qualidades essenciais do comportamento corporativo socialmente desviante, nem sobre a funcionalidade das estratégias de controle. E que também assuma, assim como pensamos, o pressuposto de que a responsabilidade penal empresarial, tal qual é concebida, está apoiada em formas de controle social ainda longe do recomendável, tanto para a inclusão das demandas trazidas pelas vítimas, quanto para endereçar uma legítima resposta ao comportamento corporativo socialmente desviante. (...) existem evidências de uma baixa efetividade de medidas adotadas pelo sistema de justiça criminal para intimidar e prevenir, afirmando que esses sistemas embora sejam marcados por ‘fiscalizadores e reguladores gastam em regra muitas palavras em retórica moral sobre o comportamento corporativo socialmente danoso, mas bem poucas em reprovação autêntica e indignação moral’”.

incriminadas ou descobertas, considerando o status, a classe e a carga de confiança social dos sujeitos a elas relacionado⁷⁰. Quanto maior seu status, menor a chance de ser este agente responsabilizado e por isso, nas palavras de Eduardo Saad-Diniz (2019, p.149) as corporações e os agentes criminosos econômicos “estão de tal forma infiltradas na coesão social que os bens por elas aportados fazem com que a comunidade venha a questionar os males, em estado de alienação profunda e estranhamento”.

A ausência de indignação da sociedade frente à criminalidade econômica contribui substancialmente para que os danos que são causados por agentes “notáveis” e “respeitáveis” como os criminosos econômicos, quanto à percepção pública de impactos negativos sejam substancialmente diluídos, se comparado a delitos como furto, roubo, homicídio ou tráfico de drogas. Ora, inúmeras mortes podem decorrer direta ou indiretamente de práticas econômicas ou corporativas bastante prejudiciais à coletividade⁷¹.

Neste ponto, entende-se que pelas características esboçadas até o presente momento dos criminosos econômicos, as teorias criminológicas que trabalham com o Direito e a Economia, e ainda lidam com aspectos da racionalidade do sujeito criminoso e de seus atos, tais como a teoria da escolha racional, a *behavior law economics*, a teoria do triângulo das fontes, todas elas explicam ou fundamentam melhor a compreensão criminológica dos crimes econômicos, para se pensar em uma resposta político-criminalmente adequada. Pensar a pena e as medidas de política criminal para estes delinquentes será mais efetivo, e levará ao cumprimento da finalidade do próprio Direito Penal, se tomarmos como pressuposto criminológico ser sua atitude racionalmente voltada ao lucro/ganho/benefício.

A construção de Becker pode não se aplicar a inúmeros sujeitos de crimes, que nem sempre agem impelidos única e exclusivamente por decisões racionais buscando maximizar seus benefícios. Mas no contexto dos criminosos econômicos, esta é uma teoria que parece explicar com um pouco mais de parcimônia a relação do criminoso econômico com sua prática delitiva. Ora, praticamente todos, se não todos esses, são sujeitos que são socializados, e ocupam funções específicas em contextos organizacionais, com poder e status, portanto

⁷⁰ As condutas socialmente danosas causadas por delitos econômicos são situações tão presentes na realidade contemporânea que chega a ser um traço quase que indissociável de seu desenvolvimento, na medida em que “(O)s escândalos corporativos são cíclicos e sistematicamente acompanhados de movimentos de reforma” (SAAD-DINIZ, 2019, p.146).

⁷¹ Eduardo Saad-Diniz (2019, p.164), lista algumas das que acontecem ou são potencializadas, em especial no contexto norte-americano, mencionando a pesquisa empírica realizada por Grant Stitt e David Giacomassi: “acidentes de trânsito provocados por falha na produção do veículo, morte induzida pelo consumo de tabaco, quase 300 mil mortes por doenças cancerígenas provocadas pelo asbesto, danos às mulheres provocados por fraudes nos contraceptivos, trabalhadores padecendo de pneumoconiose, tragédias ambientais, catástrofes naturais com a cumplicidade de decisões corporativas.”

hábeis a tomar decisões racionais, que com toda certeza buscarão majorar seus ganhos e benefícios frente a eventuais custos e prejuízos; quase sempre impelidos por ações rotineiras no contexto organizacional em que vivem, cabendo à pena atuar para diminuir essas oportunidades.

Embora exista argumentação em sentido contrário⁷², reforçando que as decisões que são tomadas por criminosos econômicos podem não ser necessariamente racionais, sendo mais influenciadas por um contexto que permeia estes agentes, entende-se, ou parte-se do pressuposto, de que, mesmo que minimamente, seus atos criminosos são resultado do exercício racional de sua liberdade autônoma, e que por isso, mesmo existindo eventuais outras influências do meio externo, estas influências não diminuirão sua responsabilidade por uma escolha racionalmente feita, com o fim de atender a um lucro/ganho.

Entre os benefícios com a prática do crime pode-se mencionar os lucros derivados das práticas de crimes econômicos, com benefícios de ordem social, política e empresarial também bastante relevantes. Já os custos do ato criminal incluirão os dispêndios com ferramentas para cometer os crimes (ex.: alguma falsificação de documentos nos crimes envolvendo falso), os custos para evitar eventual captura ou descoberta dos atos criminosos (ex. corrupções necessárias para subornar autoridades constituídas), custos de oportunidades, e por fim, custos derivados de eventual pena aplicada concretamente.

Por isso, o debate sobre o fundamento e a finalidade ideal para se punir crimes econômicos deve passar pela discussão acerca da responsabilidade empresarial, com uma aplicação do direito penal que lhe é própria, afetando pontos ou características do delito que o tornam mais lucrativo ou funcional. Vejamos na sequência a abordagem acerca das penas e seus respectivos fundamentos e finalidades.

⁷² Neste sentido ARIELY, Dan. *A honesta verdade sobre a desonestidade: como mentimos para todos - especialmente para nós mesmos*. Rio de Janeiro: Sextante, 2012.

CAPÍTULO 2: SANÇÃO CRIMINAL – FINALIDADES NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Conforme afirmado anteriormente, a existência do poder do Estado torna-se imprescindível para ordenar a vida em sociedade e propiciar um nível adequado de segurança para todos. Thomas Hobbes afirma residir nisto a fonte e origem da justiça (1983), com a injustiça significando o não cumprimento de um contrato social tácito. Aqui, portanto, para que seja possível distinguir a justiça e a injustiça - o cumprimento e o não cumprimento de contratos - é necessária a existência de alguma espécie de poder coercitivo capaz de obrigar igualmente os homens ao cumprimento de seus acordos mediante o temor de algum castigo como penalidade de seu não cumprimento. O responsável por erigir tal poder de coerção é o próprio Estado. A justiça – o cumprimento dos pactos – é uma regra da razão pela qual somos proibidos de fazer todas as coisas que destroem a nossa vida e, por conseguinte, é uma lei de natureza.

A principal característica das normas de conduta, jurídicas ou sociais, é justamente sua coercibilidade, isto é, sua capacidade de reprovar simbólica ou de concretamente os atos indesejáveis. Segundo Hans Kelsen (1998), o teor fundamental da coação é, justamente, a aplicação de um mal ao destinatário mesmo contra sua vontade. É nisso que reside a essencial distinção do direito para com outros padrões de imposição deontológica – a capacidade sancionatória. Cezar Roberto Bitencourt (2020), por sua vez, sustenta que não existe ordem jurídica sem coerção. Pena e Estado são conceitos intimamente ligados entre si, sendo que o desenvolvimento do Estado está intimamente ligado ao da pena, pois a pena é uma “amarga necessidade de seres humanos imperfeitos” (BITENCOURT, 2023, p. 638).

Toda infração a uma norma jurídica pode gerar uma sanção, que, de acordo com Miguel Reale (2010, p. 675), pode ser definida como “toda consequência que se agrega, intencionalmente, a uma norma, visando seu cumprimento obrigatório”. A violação à norma pode gerar consequências de direito privado e outras de direito público, que, por sua vez, possuem respaldo no Direito Civil, Administrativo e Penal. De acordo com Gustavo Junqueira, do ponto de vista ontológico, não é possível afirmar que existem diferenças entre sanções de natureza penal e extrapenal, de modo que “na História do Direito, nem sempre foi ressaltada a diferença” (JUNQUEIRA; GARCIA, 2020, p.31).

A necessidade da pena criminal pode ser explicada por variadas formas e abordagens. De acordo com HÖRNLE, “de uma perspectiva social-religiosa, a necessidade da pena pode ser avaliada como indício de uma profunda ancoragem em concepções religiosas, que são

caracterizadas pelo desprezo aos ‘homens pecaminosos’, como ‘inimigos de Deus’” (HÖRNLE, 2020, p.17).

A pena criminal contemporaneamente pode ser compreendida como uma reação do ordenamento jurídico ao delito criminal; conforme aponta Luiz Regis Prado, ela é como que “consequências jurídico-penais do delito” (PRADO, 2008, 488)⁷³. De acordo com Yvana Savedra de Andrade Barreiros a pena “consiste num recurso usado pelo Estado para coibir condutas lesivas, tornando possível a convivência em sociedade” (BARREIROS, 2008, online). Ainda sobre a pena, Shecaira e Corrêa Júnior afirmam que ela “caracteriza-se como instituição, pois se encontra inserida em um conjunto coerente de normas que regulam e punem os fatos sociais definidos como delituosos pelo mesmo conjunto de normas” (SHECAIRA; CORRÊA JÚNIOR, 2002, 128).

De acordo com Soler, partindo de uma perspectiva unificadora, a “pena é a sanção aflitiva imposta pelo Estado, através de processo, ao autor de um delito, como retribuição de seu ato ilícito e para evitar novos delitos” (SOLER, 1992, p. 399). Já para Edmund Mezger:

a pena, em um sentido estrito, é, segundo o direito vigente, imposição de um mal proporcional ao fato; isto é, uma privação de bens jurídicos que alcança o autor em razão e na medida do fato punível que tenha cometido. Em tal sentido é, de acordo com sua essência, uma retribuição pelo mal que se cometeu, sem que, com isso, fique resolvido se, e até que ponto, deve servir exclusivamente a esse fim de retribuição (MEZGER, 1958, p.353).

Já Jakobs pontua que:

a pena é sempre reação ante a infração de uma norma. Mediante a reação sempre se põe às claras que há de observar-se a norma. E a reação explícita sempre se dá às expensas do responsável por haver infringido a norma (colocar ‘às expensas de’ se entende, neste contexto, como a perda de qualquer bem). Trata-se de um problema normativo: da determinação de um evento perturbador a quem tenha de suportar tais pesos, que são necessários para a eliminação da perturbação. (JAKOBS, 1997, p. 8).

Em palavras simples, pode-se observar que a pena é uma modalidade de sanção derivada da violação à norma jurídico-criminal, sendo uma consequência jurídica institucionalizada, imposta pelo Estado-Juiz e constitucionalmente limitada, a um sujeito considerado culpado, tendo por característica gerar ao sancionado uma restrição ou perda de determinado direito. Importante anotar também como premissa básica quatro afirmações: 1) a sanção criminal apenas existe no mundo jurídico institucionalizado de um Direito democraticamente construído; 2) somente deverá/poderá ser imposta por um magistrado, após

⁷³ Conceito de pena de acordo com Luís Greco (2019, p.67): “conceito mais tradicional – a pena é uma dor corporalmente sensível, ao passo que para uma visão mais moderna, a pena é uma realidade comunicativa, uma censura, uma reprovação. O conceito tradicional de pena peca, e não é adequado ao contexto contemporâneo, pois ele não pressupõe a aplicação de uma pena com uma culpabilidade específica do sujeito. Sem culpabilidade, não é possível chegar a uma pena legítima. A pena é, portanto, reação, acontecendo em um momento comunicativa irrenunciável aos agentes” (GRECO, 2019, p.68).

o respeito/observância de um processo com garantias fundamentais; 3) não é possível aplicar qualquer modalidade/tipo de sanção, havendo limites materiais e formais no texto constitucional; 4) sempre deverá haver previsão legal prévia sobre a modalidade de pena que será aplicada no caso concreto (COSTA, 2021, p.22) ⁷⁴.

Deve-se rememorar ainda que a discussão sobre a sanção penal tem fundamento no contexto/universo de uma sociedade cada vez mais moderna e fluída (BAUMAN, 2001), com múltiplas complexidades e expectativas de cada agente, de modo que o comportamento social precisa cada vez mais respeitar estas expectativas pré-determinadas (LUHMANN, 1983, p.48), para assegurar o funcionamento adequado do sistema. Nesse sentido:

à vista da liberdade de comportamento dos outros homens são maiores os riscos e também a complexidade do âmbito das expectativas. Consequentemente, as estruturas de expectativas têm que ser construídas de forma mais complexa e variável. O comportamento do outro não pode ser tomado como fato determinado, ele tem que ser expectável em sua seletividade, como seleção entre outras possibilidades do outro. Essa seletividade, porém, é comandada pelas estruturas de expectativas do outro. Para encontrar soluções bem integráveis, confiáveis, é necessário que se possa ter expectativas não só sobre o comportamento, mas sobre as próprias expectativas do outro. (LUHMANN, 1983, 47).

Pois:

Quem pode ter expectativas sobre as expectativas de outros (..) pode ter um acesso mais rico em possibilidades ao seu mundo circundante, e apesar disso viver mais livre de desapontamentos. Ele pode superar a complexidade e a contingência mais elevadas, em um nível mais abstrato. (LUHMANN, 1983, p. 48)

Verifica-se, então, que com a crescente despersonalização das relações sociais, o sistema punitivo, em especial o penal, passa a ganhar maior relevância, tendo como missão estabilizar expectativas e organizar/conter os riscos sociais cada vez mais crescentes⁷⁵. Como bem salientado por Silva Sánchez, a contemporaneidade fez com que os riscos de procedência humana, em um contexto cada vez mais tecnológico, fossem potencializados, pois “boa parte das ameaças a que os cidadãos estão expostos provêm precisamente de decisões que outros concidadãos adotam no manejo dos avanços técnicos” (SÁNCHEZ, 2011, p. 36), de modo que em uma sociedade altamente competitiva e fluída, outros indivíduos são percebidos por seus pares como “fonte de riscos pessoais e patrimoniais” (SANCHEZ, 2011, p.36).

Uma sociedade cada vez mais marcada pelo avanço da técnica e da informação, em níveis cada vez maiores, leva a um reforço dos riscos, que por sua vez demandarão uma maior

⁷⁴ A ideia inclusive de se prever garantias mínimas frente a atuação do Estado-Juiz é uma forma de tentar proteger direitos e garantias fundamentais consagradas a todos os indivíduos. Além da legalidade, a garantia de uma pena individualizada, por exemplo, é uma forma de permitir que se proteja um direito fundamental do sujeito submetido ou passível de submissão a uma pena criminal.

⁷⁵ Por isso afirma Silva Sánchez “Isto é, uma sociedade na qual os riscos se referem a danos não delimitáveis, globais e, com frequência, irreparáveis; que afetam a todos os cidadãos; e que surgem de decisões humanas” (SÁNCHEZ, 2011, p. 35).

intervenção jurídico-criminal. À vista disso, pode-se afirmar que as normas penais cumprirão o papel de serem:

expectativas de comportamento estabilizadas em termos contrafáticos. Seu sentido implica na incondicionalidade de sua vigência na medida em que a vigência é experimentada, e, portanto, também institucionalizada, independentemente da satisfação fática ou não da norma. O símbolo do ‘dever ser’ expressa principalmente a expectativa dessa vigência contrafática, sem colocar em discussão essa própria qualidade – aí estão o sentido e a função do ‘dever ser’ (LUHMANN, 1983, p.57).

A origem da pena é remota e se perde no tempo, especialmente “em virtude da constante necessidade de existência de sanções penais em todas as épocas e todas as culturas” (NERY, 2005, online). Deve-se reforçar, também, que toda a evolução do sistema de penas ao longo da história é marcadamente contraditória e complexa, de modo que, de acordo com Luigi Ferrajoli (2001, p. 385), esta é uma história “mais horrenda e infamante para a humanidade do que a própria história dos delitos”.

As penas existentes ao redor do mundo foram concebidas e consolidadas ao longo de um processo histórico evolutivo da Política Criminal, sendo alteradas no decorrer do tempo. Ao se estudar a evolução das penas, percebe-se que seu desenvolvimento ocorreu coincidentemente com o avanço do pensamento intelectual humano, de forma que, quanto mais racionalista este se tornava, mais humanitária a repressão penal foi se tornando em face dos delitos praticados, ainda que apenas em relação à sua forma, de corporais para privativas de liberdade, e em termos puramente formais.

Nos dias atuais, a atividade punitiva formalizada encontra-se centrada no Estado, mas nem sempre essa foi a realidade, afinal o papel de se aplicar e executar a pena já foi realizado e pensado das mais diversas formas na história, não havendo uma uniformidade quanto a essa temática em todos os locais do mundo. Diversos tipos e formas de aplicação de penas existiram e existem na sociedade contemporânea, havendo, entretanto, uma necessidade em comum, cientificamente defendida (em especial a partir do pensamento liberal): serem submetidas a limitações, baseadas especialmente em alguns princípios específicos (como o da legalidade, proporcionalidade, individualização, entre outros). Dessa forma é fundamental tecer algumas considerações acerca dessas limitações.

Em um primeiro momento, nos inícios da civilização humana, os “grupos sociais [...] eram envoltos em ambientes mágicos e religiosos. Fenômenos naturais, como a peste, a seca e erupções vulcânicas eram considerados castigos divinos, pela prática de fatos que exigiam reparação” (DUARTE, 1999, online). As sanções eram então de caráter eminentemente religioso, buscando-se reparar o mal realizado para aplacar a ira divina (TASSE, 2003, p.23).

Havia um papel simbólico da aplicação da pena, muito ligado a situações místicas e religiosidade, ou seja, sem fundamentação científica⁷⁶. Nesse sentido, dizia Cesare Lombroso (2010, p. 91) que “a vingança e a pena, confundindo-se uma com a outra, reduzia-se a um ferimento tal que bastasse para ressarcir a vítima ou seus amigos, ou a dor causada ao ofendido”. A pena, portanto, nasce sob a perspectiva da reciprocidade a um mal do crime⁷⁷.

Neste mesmo período primitivo da sociedade “quando algum indivíduo transgredia as regras locais, aquele que foi lesado tinha o direito de puni-lo, não sendo esta punição necessariamente proporcional ao dano sofrido. Era a chamada vingança privada” (CRUZ; ARAÚJO NETO, 2010). Havia aqui a chamada vingança de sangue, em que o membro de uma família, tribo ou clã teria o dever praticamente sagrado de matar ou sacrificar o membro de outra família, tribo ou grupo por ter havido a ofensa a um dos membros de sua organização (MARCÃO; MARCON, 2010). O indivíduo criminoso também poderia muitas vezes ser alijado do círculo social, passando a não ser mais considerado como membro de uma determinada comunidade, em decorrência de sua prática delinquencial (TASSE, 2003, p.26).

Entretanto, a lógica da vingança privada, deixando-se ao alvitre do ofendido a punição e todos seus aspectos, acabou por levar a alguns abusos, de modo que com o avanço da sociedade da época surge a famosa Lei de Talião “[...] regra que limitava a reação à ofensa recebida, devendo a punição ser proporcional ao mal recebido, ou seja, se alguém tivesse seu pai assassinado, poderia matar o pai do criminoso. É a famosa máxima do olho por olho, dente por dente” (CRUZ; ARAÚJO NETO, 2010). O modelo baseado na vingança privada não era socialmente adequado, na medida em que trazia uma consequência que transcendia a figura do delinquente, atingindo grupos e famílias inteiras, com guerras e atos indesejáveis cada vez mais constantes (JUNQUEIRA; GARCIA, 2020, p. 35), minando a possibilidade de paz social, tão importante para o avançar da civilização.

Em um momento posterior os crimes passaram a se resolver por meio da “composição, através do qual o ofensor comprava sua liberdade, com dinheiro, gado, armas, etc.” (DUARTE, 1999, online), ou seja, compensando financeiramente o mal que por ele era

⁷⁶ Antes mesmo de despontar a lógica do exercício exclusivo do *ius puniendi* pelo Estado, a pena era vista como uma consequência lógica, ou uma vingança privada aplicada àqueles que lesionassem alguém, ou causassem qualquer infração à ordem social, compensando os ofendidos ou os próprios deuses (JUNQUEIRA; GARCIA, 2020, p.34).

⁷⁷ Nas palavras de André de Abreu Costa (2021, p.70) “essa lógica reacional seria essencial ao sistema da comunidade em que o homem está inserido. Nesse contexto de contraprestação ou compensação à conduta que gerou a novação ação, toma-se ciência de que não é possível retornar o indivíduo ao *status quo ante* em todas as ocasiões, de forma que a contraprestação ou compensação se dará na medida do possível, reafirmando, a melhor forma, determinada situação considerada justa, em busca de um equilíbrio, uma harmonia entre os polos da situação”.

cometido. Como resposta ao modelo de vingança privada, já na idade antiga o processo de centralização/concentração do poder punitivo nas mãos de um único agente começa a se intensificar, sempre com a premissa de preservar comunidades e evitar a guerra. Já no Direito Hindu era possível observar a existência de pelo menos três tipos de sanções penais “purificação, expiação e pena propriamente dita. Nesta última categoria, incluíam-se, em sua maioria, as penas corporais, embora as pecuniárias fossem também aplicadas” (MARQUES *apud* JUNQUEIRA; GARCIA, 2020, p. 35).

Na Bíblia Sagrada, podem-se observar menções às sanções diversas, como as pecuniárias, corporais e capitais para atos que atentassem contra a lei mosaica⁷⁸, mas sempre com caráter reparatório referente aos danos causados pelo mal do crime praticado (bastante similar à perspectiva atual da reparação civil). Mas havia um nítido caráter punitivo penal, sendo uma espécie/forma de reparação à vontade divina que havia sido violada com a prática do ato criminoso (BITENCOURT, 2020, p.1702). No período Romano, as penas corporais e pecuniárias também estavam presentes como modalidades de sanções aplicáveis tanto no âmbito cível (privado), quanto público (penal), com uma marca forte de vingança privada, ou indenização pelo mal causado (BITENCOURT, 2020, p.1703).

No período da Idade Média verificou-se uma ampliação quantitativa e qualitativa na atividade de imposição de penas corporais, como a tortura, a pena de morte, dentre outros castigos físicos, impostos através de procedimento inquisitoriais⁷⁹. A Igreja Católica nesse momento contribuiu para o avanço desse fenômeno, marcando o período com o terror das penas aplicadas após o processo inquisitorial. A pena de morte continuou a ser aplicada, entretanto, com maiores requintes de crueldade do que no passado⁸⁰, sobretudo aos que eram considerados hereges à época e não concordavam com a ideologia pregada pela Igreja.

Com o final do século XVIII e o surgimento do Iluminismo, o ideário da razão foi propagado, especialmente com a finalidade de humanizar as penas. Neste período “os povos estavam saturados de tanto barbarismo sob pretexto de aplicação da lei. Por isso, o período

⁷⁸ Os livros bíblicos do Êxodo e do Levítico trazem inúmeros exemplos de penas aplicadas a atos cometidos por sujeitos que violassem a lei mosaica.

⁷⁹ É possível verificar também um aumento de penas pecuniárias, na medida em que se reparava o dano “pagando pela paz” para se evitar a guerra de maneira “definitiva” (JUNQUEIRA; GARCIA, 2020, p.35). Nas palavras de Oswald Marques (*apud* JUNQUEIRA; GARCIA, 2020, p. 35) “Não se pode, contudo, deixar de mencionar a prática da composição pecuniária (Verhgeld), trazida pelos germanos, que substituíra, com melhores resultados, a vingança privada, evitando a mortandade entre os grupos ou as famílias em conflito. O Verhgeld pode, sem dúvida, ser considerado a origem do instituto da reparação do dano”.

⁸⁰ De acordo com Tasse: “nesse período histórico, as práticas da tortura se alastraram pelo mundo todo com o objetivo duplice – ou obtenção de confissão dos acusados, ou aplicação de penalidades. [...] Durante a etapa conhecida como Inquisição, o Tribunal do Santo Ofício julgava, de forma violentíssima, aqueles que eram considerados hereges, sendo-lhes aplicadas severas punições, em geral a morte, porém, não sem antes toda uma série de torturas, a causar-lhes um sofrimento físico elevadíssimo.” (TASSE, 2003, p.28-29).

humanitário surge como reação à arbitrariedade da administração da justiça penal e contra o caráter atroz das penas” (DUARTE, 1999, online). Neste momento, o Direito Penal, até então caracterizado pela aplicação de penas com fundamento de caráter místico e religioso, passa pelo processo de secularização adquirindo ar de cientificidade⁸¹.

Ora, neste momento, também é possível observar o surgimento e os primeiros passos da ciência jurídico criminal, pautada nos valores liberais, como um reflexo do ideário liberal de limitação do poder Estatal. Se antes o paradigma para a aplicação da pena era a própria vontade divina, a racionalidade passou a ser o princípio. Sendo assim, também ela deverá orientar todas as atividades realizadas na sociedade, em especial aquelas praticadas pelo Estado, que deveria deixar de ser apenas “cumpridor” da vontade do soberano, para ser garantidor da segurança jurídica das relações - observando-se forte influência do movimento filosófico do *contratualismo* neste aspecto (SHECAIRA, 2020).

Um dos importantes referenciais, do ponto de vista criminal, deste momento é a obra de Cesare Bonesana, mais conhecido como “Marquês de Beccaria”. Nas palavras de Sérgio Salomão Shecaira (2020, p.109):

O livro que abre as portas desse período vem a lume em 1764: *Dei delitti e delle pene*. À exigência política de querer limitar o arbítrio e a opressão de um poder centralizado e autoritário somam-se as exigências filosóficas do jusnaturalismo de Grócio e do contratualismo de Rousseau (...) Beccaria transportou essas aspirações e esses princípios filosóficos ao campo do direito penal, e veio marcar o pensamento científico específico dessa ciência, mas também da criminologia.

Com Beccaria foram compilados princípios penais - hoje já consolidados formalmente como direitos fundamentais em diversos ordenamentos jurídicos - que, até aquele momento, não eram vistos como necessários para o exercício da atividade punitiva, que era muito marcada pelo suplício e pelas penas espetaculosas, que, de acordo com Michel Foucault, tinham por finalidade causar dor no condenado e medo nos que presenciavam os atos penais (FOUCAULT, 1997). É neste momento que se pode observar a inauguração da tradição jurídica que se diz contrária a toda e qualquer aplicação de penas cruéis, como as penas de morte, banimentos, torturas e prisões desnecessárias, baseando-se na razão e na individualidade dos sujeitos, considerando-se a dignidade da pessoa humana e a vedação de tratamento desumano ou degradante, nos termos dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos, que traduzem obrigações a serem cumpridas pelos estados membros.

⁸¹ Em complemento, é possível afirmar que “Voltaire, Montesquieu e Rousseau foram grandes defensores dessa transformação, afirmando que a pena deveria ser proporcional ao crime, levando em consideração as circunstâncias individuais de cada crime, além de se mostrar eficaz para todas as outras pessoas.” (CRUZ; ARAÚJO NETO, 2010, online).

Beccaria, em sua obra, é categórico ao se posicionar contra todo excesso punitivo, desde o juramento imposto aos acusados, os julgamentos secretos, o confisco, as penas infamantes, como a tortura, a desigualdade entre os condenados a serem castigados, a atrocidade dos suplícios, postulando pelo estabelecimento de limites entre a lei divina e a racional humana, apontando diferenças entre os pecados e os crimes. O autor ainda argumenta ser crucial, se for o caso, punir com base em critérios de proporcionalidade e razoabilidade quanto às penas cominadas aos delitos respectivos (SCHECAIRA, 2020, p.110).

Sobre a aplicação de pena, por exemplo, Marcelo Falcão Duarte afirma que de acordo com Beccaria “deveria ser vedado ao magistrado aplicar penas não previstas em lei. A lei seria obra exclusiva do legislador ordinário, que representa toda a sociedade ligada por um contrato social” (DUARTE, 1999, online). Ainda acerca disso, Ramon Aranha da Cruz e Félix Araújo Neto asseveram que:

foi Beccaria, entretanto, que veio a chamar a atenção de todos para ideia reformadora de uma pena. Para ele, “é melhor prevenir o crime do que castigar” [...]. Além disso, [...] sugeria que a ideia de prevenção evocada pela lei deveria ser obtida pela certeza de punição e por sua eficácia, não pelo terror evocado por ela (CRUZ; ARAÚJO NETO, 2010, online).

A obra de Beccaria foi um importante passo no processo evolutivo relacionado ao regime punitivo aplicado e na defesa de penas mais humanas aos indivíduos⁸². No período humanista, tendo como base a obra de Cesare Beccaria, formou-se o movimento posteriormente denominado como Escola Clássica, tendo três autores como expoentes Jeremy Bentham, Paul Johann Anselm von Feuerbach e Gian Domenico Romagnosi⁸³, e como pilares: a) ser o homem racional, igual e livre, b) haver um pacto social que fundamenta a existência do Estado e do Direito Penal, c) com uma concepção utilitarista do castigo, d) utilizando um método dedutivo lógico-abstrato (SCHECAIRA, 2020).

Neste ponto, é importante ressaltar também as correntes correcionalistas, que sustentavam que a pena se basearia unicamente na possibilidade de correção do indivíduo. De acordo com tal escola, que tem como alguns de seus pensadores Roeder, Dorado Montero e

⁸² Ademais, de acordo com Beccaria, “para que o castigo produza o efeito que dele se deve esperar, basta que o mal que causa ultrapasse o bem que o culpado retirou do crime. Devem contar-se ainda como parte do castigo os terrores que precedem a execução e a perda das vantagens que o crime devia produzir. Toda severidade que ultrapasse os limites se torna supérflua e, por conseguinte, tirânica”. (BECCARIA, 1764, p. 30).

⁸³ De acordo com Duarte (1999, online), seus pensamentos acerca do Direito Penal podem ser compreendidos da seguinte forma: “Romagnosi concebe o Direito Penal como um direito natural, imutável e anterior às convenções humanas, que deve ser exercido mediante a punição dos delitos passados para impedir o perigo dos crimes futuros. Jeremias Bentham considerava que a pena se justificava por sua utilidade: impedir que o réu cometa novos crimes, emendá-lo, intimidá-lo, protegendo, assim a coletividade. Anselmo Von Feuerbach opina que o fim do Estado é a convivência dos homens conforme as leis jurídicas. A pena, segundo ele, coagiria física e psicologicamente para punir e evitar o crime.”.

Mazolleni, seu fundamento “se expressa dizendo que a sociedade tem direito de castigar o culpável para emendá-lo” (MARCÃO; MARCON, 2002, online)⁸⁴.

Francesco Carrara foi também outro importante expoente deste período da Escola Clássica, em especial com sua obra Programa do Curso de Direito Criminal. Para o autor, o delito é uma figura jurídica e a pena “é um conteúdo necessário do direito. É o mal que a autoridade pública inflige a um culpado devido ao cometimento do delito. [...] A finalidade da pena é o restabelecimento da ordem externa na sociedade” (MARCÃO; MARCON, 2002, online).

Após este período humanitário do século XIX, especialmente pela influência da corrente filosófica positivista e dos vários estudos biossociológicos - então em alta em razão do apogeu das Ciências da natureza - surge o movimento conhecido como Escola Positivista ou, Positivismo criminológico (que inclusive trará bases para as teorias da prevenção especial), que pode ser dividida em três fases específicas, a antropológica (Cesare Lombroso), a sociológica (Enrico Ferri) e a jurídica (Rafael Garofalo). O Positivismo criminológico tem como característica ser marcado pela busca do conhecimento positivo, observável e objetivo na realidade, de forma que “(...) esta ciência, aplicando o método positivo ao estudo do delito, do delinquente e do meio, não faz outra coisa que levar à Ciência Criminal Clássica o sopro vívido das últimas e irrefreáveis conquistas feitas pela ciência do homem e da sociedade, renovada pelas doutrinas evolucionistas” (FERRI *apud* GARCIA PABLOS DE MOLINA; 2003, p. 186).

É nesse momento, após verificar a imperfectividade dos pressupostos clássicos dissuasórios da escola clássica, que a sanção penal passa a ser vista e interpretada como um reflexo jurídico necessário à prática do crime. Considerando que o delinquente seria aquele que detém algum grau de periculosidade, a pena deve ser fundamentada como medida de defesa social, com o fim de recuperar o criminoso (GARCIA PABLOS DE MOLINA, 2003).

⁸⁴ Sobre a escola correccionalista Giancarlo Vay e Tédney Silva afirmam: “A Escola Correccionalista tem como marco de seu surgimento a obra *Comentatio na poena malum esse debeat* (1839), de Cárlos Davis Augusto Röder, autor alemão que sofreu influências da filosofia panteísta de Karl Christian Friedrich Krause e tinha como ideal o desenvolvimento da piedade e do altruísmo. Röder defendeu a aplicação da pena como correção moral. Todavia, sua doutrina ganhou pouca repercussão em seu país, tendo encontrado o Correccionalismo terreno fértil em terras espanholas, ao ser traduzido para o espanhol por Francisco Giner de los Ríos. Este autor, baseando-se naquelas teorias, foi o responsável por elaborar uma doutrina de tutela penal mais eficaz e humana do que as até então existentes (...) Encontra-se esta Escola entre as adeptas das teorias relativas da pena, uma vez que, para seus pensadores, a pena teria como função principal a correção ou melhora do indivíduo para que ele se emende e não venha a (re)incidir na prática de condutas criminosas. A pena, portanto, não se justifica por si mesma (como quisera Kant, ao colocá-la como uma derivação do imperativo categórico que nós, moralmente, não poderíamos deixar de observar), mas sim por ser um instrumento útil a determinado fim, qual seja o de fazer cessar no agente o impulso motivador de sua conduta reprovável e torná-lo apto ao convívio social. Assim, percebe-se que a pena tinha em vistas uma preponderância de prevenção especial” (VAY; SILVA, 2012, p.6-7).

De acordo com Lombroso, o delito seria um fenômeno biológico, e, portanto, existiria um criminoso “nato”⁸⁵, que seria “caracterizado por determinados estigmas somato-psíquicos e cujo destino indeclinável era delinquir, sempre que determinadas condições ambientais se apresentassem” (DUARTE, 1999, online), e a sanção penal é uma consequência jurídica necessária à prática criminosa, e também um instrumento de defesa social, com vista à máxima recuperação do delinquente, inclusive, atendendo-se ao prazo suficiente para sua recuperação (considerando ser o delinquente alguém biologicamente desequilibrado). Lombroso ainda propôs que o criminoso teria características antropométricas diferentes das de outras pessoas, e por isso seria possível determinar com precisão sua condição criminosa (LOMBROSO, 2007).

No pensamento positivista sociológico de Ferri “o crime é fruto do convívio social, sendo responsáveis os homens, justamente por viverem em sociedade (responsabilidade social) e sendo o apenamento inexorável, uma vez que este constitui um instrumento de defesa social” (TASSE, 2003, p. 46). Ferri também vai refutar a ideia da sanção criminal ter por fundamento o livre arbítrio, pois ele seria uma mera ficção jurídica. Dessa forma, a pena deveria concentrar-se na readaptação plena do condenado para a adequada e necessária convivência social. Ademais, para ele, a pena, por si só, será ineficaz para lidar com o problema criminal se não vir acompanhada de reformas estruturantes na economia e no aspecto social (GARCIA PABLOS DE MOLINA; GOMES, 2012). Para Ferri cabe ao Direito Penal tentar ao máximo reaproveitar o delinquente na sociedade, considerando ainda que o crime se dá por razões antropológicas, em especial os fatos sociais dos mais diversos (FERRI, 1933).

Já Raffaele Garofalo aduz que o criminoso apresenta um distúrbio psicológico que o leva incorrer em crimes e que deve ser corrigido, chamando-o de anomalia moral. O crime está no indivíduo, em sua natureza degenerada. Ele apresentou a ideia de que os criminosos possuem uma deficiência moral inata, que ele descreveu como a incapacidade de sentir empatia pelos outros ou de sentir remorso por suas ações. Garofalo propôs que essas características poderiam ser identificadas através de estudos científicos e, consequentemente, poderiam ser usadas para distinguir criminosos de não criminosos. Foi este autor quem fixou os primeiros fundamentos da ideia que hoje conhecemos como periculosidade (perversidade,

⁸⁵ Sobre o criminoso nato, afirma Lombroso que “(...) delinquente nato padece de uma série de estigmas degenerativos comportamentais, psicológicos e sociais (fronte esquiva e baixa, grande desenvolvimento dos arcos supraciliares, assimetrias cranianas, fusão dos ossos atlas e occipital, grande desenvolvimento das maçãs do rosto, orelhas em forma de asa, tubérculo de Darwin, uso frequente de tatuagens, notável insensibilidade à dor, instabilidade afetiva, uso frequente de um determinado jargão, altos índices de reincidência etc.)” (LOMBROSO *apud* GARCIA PABLOS DE MOLINA; GOMES, 2012, p. 188).

ou grau de perigo do criminoso). Para ele o delito natural independeria de conjecturas legais ou culturais, e o crime “passa a ser apresentado como violação daquela parte do sentido moral que consiste nos sentimentos altruístas fundamentais de piedade e probidade, segundo o padrão médio” (SHECHAIRA, 2004, p.201). Garofalo introduziu o conceito de "delito natural", argumentando que certos atos são universalmente considerados criminosos porque violam os sentimentos básicos de piedade e probidade (honestidade) que são essenciais para a coexistência social. Segundo ele, crimes que violam esses sentimentos básicos deveriam ser punidos independentemente das leis específicas de uma sociedade. Esse conceito refletiu sua crença na existência de uma base natural para determinar o que constitui um crime, além das construções legais ou sociais (SHECHAIRA, 2004).

Em Garofalo “[...] a pena tem elevado conteúdo repressivo, ponto que conduz o autor à defesa da pena capital, pois sustenta que, se não houvesse eficácia corretiva do agente criminoso, na imposição da sanção penal, ante sua elevada temibilidade, deveria o mesmo ser eliminado.” (TASSE, 2003, 47), sendo que o fundamento para a sanção penal pode ser compreendido a partir da ideia de que: “a natureza elimina a espécie que não se adapta ao meio, também o Estado deve eliminar o delinquente que não se adapta à sociedade e às exigências da convivência”, com a pena devendo se adaptar a cada indivíduo em específico (GARCIA PABLOS DE MOLINA; GOMES, 2012, p. 191). O autor ainda exacerbou ao máximo a ideia de prevenção especial, pois chegou a defender a necessidade de penas de morte para os sujeitos considerados “irrecuperáveis” (GAROFALO, 1983, p.96-109). Além disso, Garofalo foi um defensor da aplicação de medidas preventivas e da reforma dos criminosos, em vez de se concentrar apenas na punição. Ele acreditava que o estudo científico da criminologia poderia contribuir para o desenvolvimento de métodos mais eficazes de prevenção do crime e reabilitação de criminosos, baseados em uma compreensão das causas subjacentes à criminalidade (GAROFALO, 1983, p.96-109).

Do pensamento destes três autores pode-se depreender que a pena pode ter por finalidade última a garantia da defesa social, especialmente realizada através de meios de intimidação, eliminação e correção coletiva dos sujeitos delinquentes que se encontram com um elevado grau de periculosidade.

Após o período da barbárie da Segunda Guerra Mundial, surgem teorias de defesa social e do indivíduo como pessoa humana, fundado em perspectivas democráticas e humanitárias também na esfera penal⁸⁶. Para esta última corrente, o caráter preventivo da pena

⁸⁶ De acordo com Sérgio Salomão Shecaira e Alceu Corrêa Junior esse: “[...] é um movimento que pressupõe a reforma das instituições jurídico-penais e da própria estrutura social. Para esses pensadores, o Direito Penal não

deve também observar ou se balizar na dignidade da pessoa humana do indivíduo condenado. Aqui, também, a pena passa a ser imposta representando os interesses da sociedade e em nome de uma determinada autoridade pública constituída.

Ao se observar a evolução histórica do pensamento penal deve-se reforçar que a pena não evoluiu linearmente do padrão Iluminista para algo mais humanizado e, em tese, proporcional. Na realidade, muitas vezes retrocessos são observados, como ideias no sentido de se retornar a razões e métodos de natureza aflagante e cruel no corpo dos sujeitos para as penas aplicadas concretamente, não se verificando tanto para a realidade do indivíduo que cometeu o delito, com o fim último de estabilização da norma e da ordem jurídica violada, a partir de uma aplicação do Direito Penal Simbólico⁸⁷.

Compreendido de forma breve o histórico da evolução penal com alguns dos principais fundamentos de pena ao longo da história, é importante verificar de forma mais apurada as finalidades e o processo de operação de medida da pena, tendo sempre o Norte no sentido de que a aplicação dela reforça, ou reafirma o exercício soberano do poder de punir estatal. Reforça-se ainda, que quanto à criminalidade econômica, embora diversas correntes com viés abolicionistas advoguem pelo fim da aplicação de sanções penais para lidar com a criminalidade, estas ainda falham ao não apresentar medidas ou propostas que seriam exequíveis e aptas a superar o sistema, sem serem tão utópicas e praticamente inaplicáveis (SILVA SÁNCHEZ, 1992, p.20). Por isso, conforme afirma Luigi Ferrajoli (2001, p.342), a alternativa existente e adequada para o momento e para lidar com o Direito Penal pode ser ele próprio, mas com respeito a garantias fundamentais.

Ademais, observa-se que as considerações teóricas dogmáticas sobre a pena, seu fundamento e finalidade, na realidade prática acabam por desempenhar uma função praticamente secundária, na medida em que as valorações penais geralmente são “arbitrárias, estereotipadas e moralmente condicionadas”. Nas palavras de Ana Bechara (2018, p.5) “de fato, a prática judicial pode ser adjetivada de selvagem, sendo impossível concluir que os

é a melhor forma de combater o crime. Nega-se a punição-retribuição, dando ênfase ao pensamento preventivo. É, em linhas gerais, o fim da ideologia do tratamento, garantindo-se ao agente do delito o direito de ser diferente.” (SHECAIRA; CORRÊA JUNIOR, 2002, 143).

⁸⁷ Nas palavras de Ana Elisa Bechara (2018, p.04), acerca desse processo evolutivo das penas “Na verdade, verifica-se que a transposição do arbítrio absolutista para uma pretensa racionalidade liberal acabou com o tempo e suas contingências políticas por conceder mais legitimidade simbólica ao Direito Penal, inclusive para a manutenção de um sistema que abandona a crueldade das penas só em seu aspecto formal. Observa-se, assim, que a pena privativa de liberdade não é concretamente mais humana do que as penas corporais que historicamente substituiu, podendo-se afirmar que, longe de uma mera evolução linear, a teoria da pena desenvolve-se sob um movimento pendular característico do Direito Penal em geral, cujo impulso alternado no sentido de maior liberdade ou de maior autoritarismo não é dado pela dogmática, estando na verdade politicamente condicionado”.

juízes pensam nas finalidades da pena tal como as teorias idealistas prescrevem”. Todo este processo é resultado daquilo que Eugenio Zaffaroni (2008, p.993) denomina como “raquitismo teórico”, em que há uma expansão discursiva da dogmática acerca da teoria do delito em comparação com a análise da pena.

Ora, ao se analisar as finalidades das penas, pode-se formular e compreender adequadamente o papel do próprio Direito Penal, na medida em que “o *telos* da pena é o que a faz ser compreendida e aceita” (COSTA, 2018, p. 23). Reforça-se que entender sua finalidade nos permite diferenciá-la de outras espécies de sanções previstas no ordenamento jurídico. Nossa sociedade contemporânea é fluída e complexa, com exigências cada vez mais tensionadas para respostas penais para questões igualmente complexas. Com relações sociais mais fluídas, a pena é demandada a cumprir a função de estabilizar as expectativas e reafirmar a lei frente aos riscos cada vez mais significativos⁸⁸, e que na sua grande maioria “provêm precisamente de decisões que outros concidadãos adotam no manejo dos avanços técnicos” (SÁNCHEZ, 2011, p.36). Outrossim, “uma sociedade marcada pelo excesso de técnica e de informação é uma sociedade marcada pelo incremento do risco – ao menos da sensação subjetiva dele – e uma sociedade mediatizada por uma maior demanda interventiva do Direito Penal” (COSTA, 2018, p.25).

É nesse contexto, de um Direito Penal como instrumento de intervenção social, que a discussão da finalidade e fundamento da pena⁸⁹ se demonstra ainda mais relevante nos dias atuais, com vários pensadores e estudiosos buscando compreender os melhores sentidos para a finalidade adequada deste instituto essencial do Direito Penal, acentuando-se que ela deve ser mais do que uma sanção penal como reforço à norma de conduta violada, notadamente porque a aplicação de uma sanção deve respeitar pressupostos mínimos de Direitos Humanos e os direitos fundamentais deles decorrentes. Entender as finalidades das penas permitirá encontrar as próprias razões para os quais o direito penal ainda é racionalmente sustentável e necessário (ao bem-estar social)⁹⁰ para uma intervenção social no âmbito dos crimes econômicos, de modo que pode se afirmar categoricamente que a relação entre o Direito Penal e a pena é de “mútua dependência e de mútua justificação” (COSTA, 2021, p.21).

⁸⁸ “Isto é, uma sociedade na qual os riscos se referem a danos não delimitáveis, globais e, com frequência, irreparáveis, que afetam a todos os cidadãos; e que surgem de decisões humanas” (SÁNCHEZ, 2011, p.35).

⁸⁹ Não raras vezes a doutrina e a jurisprudência fazem uma confusão entre fundamento e finalidade da pena. Aqui parte-se da doutrina quadripartida da pena, para o qual, a análise da pena criminal é dividida em quatro fases que investigarão, ou responderão quatro perguntas: 1) Fundamentos (por que punir?), 2) Finalidades (para que punir?), 3) Espécies (como punir?), 4) e oportunidade de punição (quando punir?)

⁹⁰ Os fins da pena serão orientados pela política criminal, direcionando também o caminho para o qual o Direito Penal de determinado ordenamento jurídico seguirá.

2.1. Finalidades das Penas e Crimes Econômicos

Conforme já pontuado, a pena é uma consequência jurídica do ato ilícito criminal. Toda discussão acerca das consequências jurídicas do delito se dá em decorrência da necessidade de se alcançar resultados positivos com a aplicação de medidas que sejam efetivas para reprovar comportamentos/conduitas antissociais. Assim “discutir pena é discutir como a sociedade vai conviver com os sujeitos que conhecendo e podendo compreender o alcance ilícito de seu comportamento, em relação à norma penal, materializam atos que em abstrato a referida norma manda obedecer ou proíbe” (PÉREZ ARROYO, 1996, p.227). A ideia é analisar o controle social e a proteção do ordenamento jurídico.

De acordo com Pérez Arroyo (1996, p.227) o controle social é definido como “os diversos mecanismos mediante os quais a sociedade exerce seu domínio sobre os indivíduos que a compõe”, se estruturando de duas formas ao menos: o controle informal ou mecanismos naturais de controle, e o formal no sistema punitivo jurídico. Esse último se estrutura com base na lógica prévia de que o sistema informal de controle foi ineficaz para conter determinadas condutas e interesses que estão desprotegidos. Dessa forma, pode-se afirmar que o sistema penal como um todo se estrutura com base em três finalidades: prevenção, repressão e reparação em relação ao ato punível (PÉREZ ARROYO, 1996, p.227).

É nesse contexto que se encontra a Política Criminal (política pública de finalidades tendente a eliminar ou diminuir a criminalidade), que determina a existência de uma Política Penal (com meios racionais e estruturados para lidar com o delito). São instrumentos da Política Penal, como forma de intervenção na realidade, materializando a tutela dos interesses sociais fundamentados na Política Criminal, as penas e as medidas de segurança, com uma terceira forma – indireta – que é a responsabilidade civil, naquelas hipóteses em que for verificável um dano (PÉREZ ARROYO, 1996, p.227). Nesse ponto podemos afirmar que a Política Penal possui três finalidades ao menos: uma repressiva ou reprovadora, outra reparadora e uma preventiva, e que serão de alguma forma influentes no processo de investigação, condução processual e consequente punição do violador da norma penal.

O fundamento e a finalidade da pena criminal são objetos de enormes discussões dogmáticas teóricas há anos, na medida em que se debate o próprio Direito Penal, afinal “por que punir”. Para Ramirez e Malarée:

Agora bem, o fundamento e o fim da pena tem sido objeto de grande discussão em Direito Penal. Esta discussão tem dado lugar às chamadas teorias da pena. Estas teorias são, no fundo, teorias do Direito Penal, pois seu objetivo é legitimá-lo, isto é, justificar, mediante explicações racionais, a imposição de um castigo que pode afetar

o patrimônio, a liberdade ou, inclusive, a vida de uma pessoa. (RAMIREZ; MALARÉE, 1997, p. 44).

Conforme visto no início deste capítulo, e também quando da análise de algumas escolas criminológicas, são fundamentos utilizados para se aplicar pena ao longo da história são os seguintes: racionalidade do sujeito, reação/defesa social, harmonia do sistema, redução da seletividade, entre outros. Da mesma forma, como já enunciado no início do trabalho, o parte-se da hipótese de que o fundamento para aplicar uma pena, deve ser o de reprovar, independentemente da finalidade. Neste momento é importante verificar também as finalidades da pena, sempre com a ressalva de que fundamento e finalidade são itens que se relacionam, mas não se equivalem. Ora, ao se verificar as finalidades da pena está a se buscar compreender “as propostas legitimantes do Direito Penal, constituindo teorias sobre a função e legitimidade” desta ciência, que orienta condutas na sociedade (ZAGALDIA ESPINAR, *apud* OLIVEIRA, 2017, p.122). Assim, as finalidades da pena orientarão e impactarão a todos os aspectos do sistema criminal, desde a perspectiva material, processual e penitenciária, afetando os sistemas formal e informal de controle da criminalidade.

Antes inclusive de se aprofundar sobre as finalidades das penas é essencial diferenciar a natureza da pena de sua finalidade. Em relação a sua natureza não há dúvidas de que ela é um mal/castigo, imposto àquele que violou uma norma penal. Ou seja, em sua natureza a pena é uma sanção retributiva (FRAGOSO, 2004). Já o fim será a forma pela qual esta pena se legitimará, ou melhor dizendo, a “finalidade da pena é entendida como sendo o objetivo que o Estado procura cumprir por meio da atuação penal” (MIR PUIG, 2003, p.77).

A partir de uma perspectiva funcionalista normativista, por exemplo, pode-se afirmar que o Direito Penal tem por função atuar por meio da norma para reestabelecer expectativas sociais eventualmente frustradas. Logo, a punição deve ter por fim maior estabilizar a expectativa social que foi abalada com a conduta delinquencial, orientando condutas dos agentes, para que não venham a defraudar expectativas legítimas (JAKOBS, 2003).

De acordo com Ana Elisa Bechara (2018, p.08) há anos que a dogmática penal do ocidente chegou à conclusão de quais seriam os três elementos chave para nortear a teoria da finalidade das sanções penais, derivando deles todo o funcionamento das penas por si: a retribuição, a prevenção geral e a prevenção especial. Antes de qualquer análise histórica e pormenorizada acerca das finalidades das penas, deve-se considerar conforme Antônio Luís Chaves Camargo (2002), que todas elas terão acopladas a si uma causa de justificação específica, com fundamentos próprios (como a periculosidade e a culpabilidade) e que se

relacionam entre si de maneira particular. Da mesma forma, todas estas teorias se fundamentam no debate jurídico-criminal entre retributivistas e preventivistas.

Acerca das finalidades, embora muitos tenham se esforçado nesse sentido (com debates científicos ao longo da história), nem sempre houve um consenso sobre o fim legítimo para se aplicar ou não uma pena criminal a um sujeito que tenha praticado uma infração (RODRIGUES, 1995). De acordo Déa Nery as teorias dos fins das penas

[...] são opiniões científicas sobre a pena, principal forma de reação do delito. [...]Constituem teorias oficiais de reação à criminalidade: de um lado, as teorias absolutas, ligadas essencialmente às doutrinas da retribuição ou da expiação; e de outro lado, as teorias relativas, que se analisam em dois grupos de doutrinas (as doutrinas da prevenção geral e as doutrinas da prevenção especial ou individual). E por fim, as teorias mistas ou unificadoras. (NERY, 2005, online).

Em linhas gerais, as teorias dos fins das penas podem ser divididas em três grandes grupos⁹¹: a) as teorias absolutas, b) as teorias relativas e c) as teorias mistas ou ecléticas⁹². As primeiras tendo um viés mais retributivista, as segundas preventivas, e as terceiras uma mescla das duas anteriores. Tais teorias se relacionam intimamente com o fundamento para punir, e são essenciais para ser possível dimensionar quais são os paradigmas ou fins que se buscam ao aplicar uma pena a qualquer indivíduo que seja, também trazendo importantes aspectos relacionadas aos reflexos que as punições podem trazer para as pessoas e para a sociedade em geral. Em outras palavras, elas servirão para nortear e estruturar a política criminal aplicável pelo julgador que interpretará a norma penal.

Colocados os aspectos introdutórios, é essencial, neste momento, antes de uma análise um pouco mais apurada acerca dos pressupostos teóricos para cada uma das principais teorias sobre as finalidades da pena, questionar e verificar sobre a necessidade de uma justificativa racional para a pena criminal, considerando os impactos e reflexos na própria lógica do Direito Penal.

⁹¹ De acordo com Fernando Galvão Rocha, a pena ainda possui uma finalidade externa, além das tradicionais mencionadas, na qual: “a legitimação da pena do ponto de vista externo decorre de análise que tem como referência princípios normativos externos aos estabelecidos pelo direito positivo. Advém das razões de ser do Direito Penal e da pena ser aplicada. Para tanto, devem-se considerar princípios morais, utilitários e políticos que não se encontram no sistema jurídico, mas antes fora dele. Princípios que determinam a conformação do Direito Penal como ele em seu momento histórico social. Envolve a existência de justas razões para aceitar a violência da pena como consequência à prática do crime” (ROCHA, 2007, p.3).

⁹² Nas palavras de Carlos Fontán Balestra “O modo tradicional de agrupar as teorias que se referem à função da pena tem sido objetado como ilegítima, já que pode afirmar-se que nenhuma delas tem deixado de reconhecer-lhe um fim. Pode-se dizer, como o faz Antolisei, que todas as teorias, não obstante a aparente grande variedade, movem-se ao redor de três ideias fundamentais: a ‘retribuição’, a ‘intimidação’ e a ‘emenda’” (FONTAN BALESTRA, 1998, p.538).

A discussão sobre o papel e o futuro do Direito Penal é objeto de análise já há bastante tempo, com questões como a necessidade de se realizar um processo de desinflação (ROXIN, 2009), ou se na realidade ele está em franca expansão, marcada por uma administrativização (SILVA SÁNCHEZ, 2011), alcançando bens jurídicos e espaços de intervenção antes inimagináveis de serem alcançados criminalmente. Todo este processo está relacionado à “utilização política e às políticas públicas” que utilizam como instrumento de contenção e busca de uma harmonia social mínima (COSTA, 2018, p.50), pois o Direito Penal e o Processo Penal legítimos devem atuar de forma o mais razoável possível para equacionar, e organizar a necessidade pública de segurança, com a necessidade privada de liberdade (CHOKR, 2006).

Tradicionalmente o Direito - e em especial o Direito Penal - é pensado sob uma perspectiva normativa-sancionadora, na medida em que violada uma norma, ela deve gerar uma consequência, sendo papel do julgador buscar a razão para se aplicar determinada sanção. Nas palavras de Zaffaroni (2013, p.18) “o poder punitivo é como bife à milanesa com batatas fritas, isto é, ninguém se pergunta por que existe. Parece que sempre esteve ali. Mas não é assim”.

É importante entender que o sistema penal quando atua por meio da aplicação de penas, está refletindo o exercício de um poder social específico, que somente pode ser legitimado e compreendido, a partir do momento em que se compreende sua racionalidade, pois, nas palavras de Zaffaroni (1998, p.20):

O poder social não é algo estático, que se "tem", senão algo que se exerce - um exercício - e o sistema penal quer mostrar-se como um exercício de poder planejado racionalmente. A construção teórica ou discursiva que pretende explicar essa planificação é o discurso jurídico-penal (que também pode chamar-se "saber penal", e outros designam mais formalmente como "Ciência Penal" ou do Direito Penal"). Se esse discurso jurídico-penal fosse racional e o sistema penal operasse conforme o mesmo, o sistema penal seria legítimo.

De acordo com Günther, o fundamento para punir está na

a capacidade de posicionamento crítico, atribuída à pessoa deliberativa, e o direito subjetivo igual ao exercício eficaz dessa capacidade em procedimentos democráticos institucionalizados juridicamente que, em conjunto, fundamentam a pretensão de vinculação do direito positivo (GÜNTHER, 2006, p. 230).

Além disso:

A conexão interna entre o procedimento democrático de criação de normas e de obediência a elas consiste, portanto, que em ambos os aspectos se pressupõe o mesmo conceito de pessoa deliberativa. Tanto validade legítima de normas quanto o dever de obediência a essas normas dependem de que a pessoa possa comportar-se de modo crítico em relação a proferimentos e ações (próprios e alheios) (GÜNTHER, 2006, p. 232).

Em outras palavras, a aceitabilidade do Direito, em especial do Direito Criminal, parte da relação que ele tem com a sociedade concreta, seus valores e culturas postas, ou seja, o Direito resulta de um acordo no contexto de uma comunidade concreta, com estruturas que lhes são próprias, e por isso devem ser analisadas quando da finalidade de punir (HABERMAS, 2002). Seja qual for a solução jurídica, ela somente se legitimará “no contexto de uma produção democrática”, apta a gerar uma aceitação racional (COSTA, 2018, p.46). Portanto, por que punir? Ao Direito incumbe regulamentar a intervenção punitiva, e por isso a importância de compreender a finalidade aplicada para as penas

Na medida em que se pressupõe ser o Direito Criminal como algo importante, de intervenção necessária, é preciso que se consiga legitimar adequadamente quais são as formas que ele agirá, e sempre o mais racionalmente possível (COSTA, 2021). Ou melhor dizendo, nas palavras de Jorge de Figueiredo Dias (1999, p.89) “à sombra do problema dos fins das penas, é no fundo toda a teoria do direito penal que se discute e, com particular incidência, as questões fulcrais da legitimação, fundamentação, justificação e função da intervenção penal”, de modo que “a questão dos fins das penas constitui, no fundo, a questão do destino do direito penal”.

A partir da premissa de que o Direito Penal é necessário para a convivência em sociedade - por convenção e na ausência de algo melhor - as sanções por ele aplicadas devem se legitimar em instrumentos específicos que permitam sua valoração e adequação racional. Nas palavras de Hassemer (2003, p.08):

Hoje em dia, diferentemente o que acontecia há alguns anos, é necessário, na Alemanha e em toda a Europa Ocidental, esclarecer aos estudantes e à opinião pública em geral porque a pena deve existir: que a pena tenha que existir lhes é quase sempre não somente óbvio, senão também uma opinião que, ademais de estar generalizada, é expressada pelos seres humanos com naturalidade.

Se não se consegue fundamentar a pena racionalmente, o próprio Direito Penal perde sua razão de existir, e por isso a importância de racionalmente se fundamentar a sanção criminal, com finalidades que lhe sejam igualmente pautadas em critérios racionais. É relevante mencionar aqui, antes de adentrar as teorias das penas, que as discussões em torno de cada uma delas tangencia dois elementos centrais: prevenção e culpabilidade⁹³. Em outras

⁹³ O termo culpabilidade é polissêmico. De acordo com Reinhart Maurach “a culpabilidade é um juízo formado sob o autor do crime, e esse juízo permite que ele seja submetido a uma sanção Criminal” (MAURACH, 1966, p.19). Já para JESCHECK (2002, p.34), a culpabilidade é a reprovabilidade pela formação da vontade e subdivide-se em (a) princípio de culpabilidade, (b) culpabilidade como fundamento da pena e (c) a culpabilidade como medida da pena. O primeiro (a) afirma que a pena somente pode ser fundamentada se o autor puder ser reprovado pelo fato e que a pena somente é admissível dentro dos limites da culpabilidade. O segundo (b) é a encarnação dos requisitos que podem excluir ou fundamentar a reprovabilidade do fato em atenção a existência

palavras, ou as teses se justificarão no sentido de que a pena deve punir o agente na medida de sua culpabilidade – o grau de reprovabilidade a conduta vai dosar o grau da punição, de modo que a pena terá um olhar ao passado; ou, então, a pena deverá levar em conta aspectos mais relacionados à prevenção – dissuasão – apontando-se para o futuro.

Importante aqui relembrar que o desenvolvimento das teorias sobre os fins das penas não se deu de maneira linear, com um começo, meio e fim, ou com uma corrente “sucedendo” a outra. O que há na realidade é um crescimento difuso, com todas as perspectivas se influenciando mutuamente, sendo por isso importante a análise acerca daquela que mais se adequa à realidade criminal tão contemporânea como a dos crimes econômicos. Frisa-se também que estas perspectivas sobre os fins das penas também marcam o contexto histórico, cultural, econômico, filosófico e político da sociedade. Assim, nas palavras de Antônio Luís Chaves Camargo (2002, p.35):

muitas foram as funções atribuídas ao direito penal, de acordo com a missão relacionada ao pensamento filosófico-jurídico que o inspirou, com vista a atingir a legitimidade de atuação do Estado e, via de consequência, a efetividade que procura demonstrar como instrumento de controle social. Assim, correspondendo ao momento histórico, a ciência do direito penal reflete, na formulação de seus institutos, a orientação filosófico-jurídica e a ideologia política vigente, relacionada com a forma de Estado adotada na organização social.

Logo, o Estado deve atender a finalidades específicas e racionais quando de sua intervenção penal, sob pena de se cair em um sistema pautado meramente em uma lógica de vingança privada, de modo que nas palavras de Miguel Reale Júnior:

Entendo que o não atendimento às finalidades da pena constitui (...) uma correta justificativa para fundamentar a prescrição, às quais adiciono o aspecto de punição do Estado pela inércia na atuação de seu poder-dever de punir. Se o Estado tem este poder-dever, e cumpre atuar em defesa da sociedade para reafirmar o valor tutelado pela lei, mas afrontado pelo delito, e não o faz em determinado tempo, conforme a gravidade do crime praticado, falece-lhe a possibilidade de exercitar este poder, sendo penalizado pela inércia. É esta uma forma de impor ao Estado o rápido cumprimento do poder-dever de punir no interesse da sociedade, perdendo-o se não o ativar e o concretizar em determinado tempo (REALE JÚNIOR, 2012, p. 518)

Antes mesmo de saber a finalidade da pena, é importante reforçar que a lei penal, de acordo com Hörnle serve a uma finalidade: a comunicação. As normais penais possuem uma autorização e um comando a todos os que estão submetidos a ela, impondo a esses agentes deveres e papéis específicos, por meio de comandos próprios (HÖRNLE, 2020). Assim “as leis penais expressam, formal e publicamente, valores centrais da comunidade e dão às pessoas boas razões para se comportarem de determinada forma” (HÖRNLE, 2020, p. 21), sendo que a expectativa de uma punição direcionará o cumprimento dos papéis e deveres dos

da ameaça penal. O terceiro (c) é o conjunto das circunstâncias que responsabilizam o autor e que são consideradas na determinação da pena. Aqui trabalharemos com a culpabilidade como medida da pena.

sujeitos. Vejamos, pois, algumas das principais teorias racionais sobre a finalidade das penas criminais, de uma forma geral, para ao final do capítulo, analisarmos aquela que melhor se identifica com a realidade dos crimes econômicos.

2.1.1. Teorias Retributivistas (Absolutas)

Estas teorias têm seu fundamento básico no idealismo filosófico alemão, com raízes em um momento histórico em que o Estado era absolutista, tendo como expoentes representantes Kant e Hegel. Para elas a função da pena é a máxima realização da justiça e do direito, não possuindo qualquer outro fim social instrumental (ROXIN, 1997, p.81-83). Ou seja, restabelecer a “igualdade” contestada com o mal do crime, a partir da pena. Dessa forma “nessas teorias preconiza-se a ideia de justiça e, assim, a pena é o mal justo para punir o mal injusto praticado, ou seja, o fato delituoso” (TASSE, 2003, p.66). Em outras palavras, o fundamento da pena aqui repousaria na relação entre o merecimento de punição da conduta ilícita e a reação penal, reprovando-se a conduta do sujeito que viola a norma.

A lógica é reafirmar uma afirmação justa que foi modificada ou ameaçada de modificações pelo comportamento injusto de determinado sujeito. Buscar-se-á, portanto, o reequilíbrio da situação que foi alterada⁹⁴, retribuindo e reprovando. Um dos pressupostos aqui é que a conduta criminosa não implicará em lesão apenas em face de um indivíduo determinado, mas a toda a sociedade da qual o criminoso faz parte, e por isso a necessidade de retribuição.

A finalidade retributiva da pena tem seu fundamento filosófico histórico no pensamento iluminista do século XVIII, com base no contrato social, em que todos são iguais, membros de uma mesma comunidade, e deve haver uma busca por justiça, sempre considerando também o livre-arbítrio do delinquente, não estando presentes requisitos ou argumentos de ordem utilitária. Sérgio Shecaira e Alceu Corrêa Júnior prelecionam que:

a teoria absoluta atribui à pena um caráter retributivo, ou seja, a sanção penal restaura a ordem atingida pelo delito. Essa reprimenda, pretendida pelos adeptos da teoria absoluta, ocorre com a imposição de um mal, isto é, uma restrição a um bem jurídico daquele que violou a norma. Com efeito, a teoria absoluta encontra na retribuição justa não só a justificativa para a pena (legitimação da intervenção penal), mas também a garantia de sua existência e o esgotamento de seu conteúdo. (SHECAIRA; CORRÊA JÚNIOR, 2002, 130)

⁹⁴ Nas palavras de André de Abreu Costa (2021, p.53) “Já que a lesão cometida se estende a toda comunidade, a pena seria a retribuição por parte dessa mesma comunidade de pessoas, direcionada ao sujeito que cometera o delito. Tal delito lesionaria, ao mesmo tempo, o plano individual e o social. A reparação pertenceria ao primeiro e a retribuição, ao segundo”.

Em síntese, a sanção penal deve ter como foco maior ser uma reprovação, ou compensação do mal causado pelo indivíduo criminoso⁹⁵, pois ele merece a punição como uma reação negativa por seu ato negativo, ou seja, uma reação “justa – e proporcional ao desarranjo social produzido pela conduta do criminoso” (COSTA, 2021, P.54). Há uma desvinculação da pena com qualquer efeito social, o que justifica sua nomenclatura como “teoria absoluta”. Aqui também pode ser questionado sobre o que deve ser compensado “a gravidade da ofensa em si mesma ou a malevolência do criminoso, que foi externada por tal ofensa (MERLE, 2009, p.02). De acordo com Mir Puig (1994, p.116), a perspectiva retribucionista responde à convicção de que nenhum mal deve ficar sem punição, e o sujeito culpado por este mal deve ser punido, de forma a que a justiça sempre impere no caso concreto, pois “a pena não aparece como instrumento dirigido à consecução de fins utilitários de bem-estar social, como seria de proteção da sociedade, senão como exigência ética derivada do valor Justiça”.

De acordo com Fernando Fernandes (2001, p.718) nas teorias absolutas a fundamentação para punir:

se encontra em um ideal de justiça e no sentido de expiação que se lhe atribui; sinal característico desse grupo é que não se identifica na pena qualquer fim socialmente útil, mas sim há o reconhecimento de que através da imposição da pena se retribui, equilibra e expia a culpabilidade do agente pelo facto cometido

De acordo com Claus Roxin, as teorias retribucionistas podem ser chamadas de absolutas pois: “para ela o fim da pena é independente, ‘desvinculado’ de seu efeito social (absolutas = desvinculado). (...) a pena deve ser justa e isso pressupõe que corresponda em sua duração e intensidade com a gravidade do delito, que o compense” (ROXIN, 1997, p.81), ou seja, não existe outra finalidade social da pena, em especial futura, que não ela mesma. Mesmo que eventualmente venha a existir um efeito preventivo, este não é da essência da pena, mas alheio a ela.

Nesta corrente retribucionista existem duas vertentes distintas acerca da retribuição, uma moral e outra jurídica, que têm como pilares respectivamente os alemães Immanuel Kant, e Georg Hegel. Em ambos é possível notar que a pena deverá se voltar para o ato já praticado, sendo impossível punir outras pessoas que não os condenados pelo crime praticado (ou seja, observando-se a intranscendência das penas).

⁹⁵ Nas palavras de Luigi Ferrajoli “São teorias absolutas todas aquelas doutrinas que concebem a pena como um fim em si própria, ou seja, como ‘castigo’, ‘reação’, ‘reparação’ ou, ainda, ‘retribuição’ do crime, justificada por seu intrínseco valor axiológico, vale dizer, não um meio, e tampouco um custo, mas sim um dever-ser metajurídico que possui em si seu próprio fundamento” (FERRAJOLI, 2002, p.204). Ou seja, a pena se fundamenta não em uma finalidade outra, que não a de retribuir.

Mesmo que em alguma medida a pena venha a auxiliar na prevenção, seja pela socialização ou neutralização do criminoso, estes não são elementos que serão sua finalidade legitimadora precípua para sua aplicação (MAURACH, 1995). Nesse sentido é possível observar que as bases filosóficas destas teorias arquitetam o homem como alguém plenamente capaz e livre para se autodeterminar, sendo o Estado o maior responsável por guardar a moral e a justiça, tutelando-se a liberdade individual (MEINI, 2013, p.145). Ou seja, o homem é punido com uma sanção penal, em decorrência do exercício inadequado de seu livre-arbítrio. Pode-se observar um fundamento de pena intimamente associado com a ideia de expiação e retribuição no contexto dessas teorias absolutas, punindo o agente “apenas para que a justiça impere” (CAMARGO, 2002, p.40), sem se preocupar tanto com uma recuperação/neutralização futura, mas sim retribuição do mal passado, pelo presente desestabilizado pelo mal criminoso. A pena representa uma “reprovação, uma censura ao fato ou ao autor do fato” (GRECO, 2019, p.69). Ora, a censura somente é cabível quando for possível verificar que o sujeito ativo do crime “merece” ser punido.

De acordo com Adel Tasse “segundo Kant, [...] a pena é um imperativo categórico exigido pela razão e pela justiça, consequência natural do delito, uma retribuição jurídica ao mal do crime como forma de compensação pelo mal praticado e reparação moral” (TASSE, 2003, 66). O imperativo categórico significa então algo que deveria ser, sem qualquer exceção, afinal ao mal do crime se imporia o mal da pena, resultando na igualdade como efetiva justiça, ou seja, a pena é uma exigência irrenunciável do sistema normativo, e deve sempre ser aplicada frente a um mal.

De acordo com Kant, considerando que o homem é “um fim em si mesmo”, não seria lícito qualquer instrumentalização do indivíduo em benefício da sociedade, não sendo assim legítimo qualquer tipo de castigo com razões de utilidade social. Para ele, quando alguém, no exercício de seu livre arbítrio, comete um delito, sua culpabilidade deverá ser retribuída ou compensada com o “mal da pena”, segundo as exigências de justiça. (KANT, 1974, p.146-153)⁹⁶.

A perspectiva teórica kantiana pode inclusive ser extraída de sua obra *Metafísica dos Costumes*, na medida em que segundo ele:

⁹⁶ Immanuel Kant, que trouxe alguns dos fundamentos filosóficos a tais teorias, dizia que se por algum acaso a pena possuísse a finalidade de recuperar o sujeito, ou servir como exemplo para toda a sociedade, o homem deixaria de ser um fim em si mesmo, tratando-se na realidade de um meio para aplicação da Lei (KANT, 2005, p.331). Kant (2005, p.333) ainda traz o exemplo da Ilha, em que ainda que a sociedade civil fosse dissolvida com o consentimento de todos os seus membros, antes de tudo, o último assassino na prisão teria de ser executado, para que cada um recebesse o que merece, ou que seus atos merecem, sendo que o homicídio não recai sobre as pessoas que não exigiram essa punição.

A punição imposta por um tribunal (*poena forensis*) é distinta da punição natural (*poena naturalis*) - na qual o vício pune a si mesmo e que o legislador não considera - jamais pode ser infligida meramente como um meio de promover algum outro bem a favor do próprio criminoso ou da sociedade civil. Precisa sempre ser a ele infligida somente porque ele cometeu um crime, pois um ser humano nunca pode ser tratado apenas a título de ser meio para fins alheios ou ser colocado entre os objetos de direitos a coisas; sua personalidade o protege disso, ainda que possa ser condenado à perda de sua personalidade civil. Ele deve previamente ter sido considerado punível antes que se possa de qualquer maneira pensar em extrair de sua punição alguma coisa útil para ele mesmo ou seus concidadãos. A lei da punição é um imperativo categórico e infeliz aquele que rasteja através das tortuosidades do eudaimonismo, a fim de descobrir algo que libere o criminoso da punição ou, ao menos, reduza sua quantidade (...) (KANT, 2003, p. 175).

Para o autor o direito é compreendido como sendo “a soma das condições sob as quais a escolha de alguém pode ser unida à escolha de outrem de acordo com uma lei universal de liberdade (KANT, 2003, p.76), de forma que violando o direito, está se violando a própria liberdade, e por isso a necessidade de uma punição pelo exercício indevido de suas liberdades individuais. Em Kant observamos que a “pena judicial” (*poena forensis*) “jamais pode ser puro meio para promover o bem para outro”, pois “o homem nunca pode ser manipulado como puro meio para as intenções de um outro”, e não pode “ser confundido sob os objetos do direito das coisas”, sendo o homem valorado a partir de uma “finalidade em si mesmo”, pois ele “possui uma dignidade (um absoluto valor intrínseco)” (KANT, 2003, p.153). A pena aqui então seria como uma forma de expiação dos males causados pelo autor do delito, sendo entendida quase que como uma penitência ou um castigo a ser cumprido para compensar o injusto praticado à coletividade, formada pelo pacto social⁹⁷.

Aqui a pena é compreendida, portanto, como um fim em si mesmo, não tendo qualquer pretensão de beneficiar a alguém ou mesmo à coletividade⁹⁸, pois se o ato criminoso deriva de uma escolha racional do agente, por violar a liberdade dos demais membros da coletividade, tal decisão deve possibilitar o retorno ao *status quo ante*⁹⁹. Assim, em Kant “o crime é a negação da própria liberdade como arbítrio e a pena a negação do crime, reafirmando a liberdade” (COSTA, 2021, p.61), servindo a pena como um instrumento de conversão interna do próprio agente criminoso, que após ser reprovado socialmente pela pena

⁹⁷ Racionalmente pensando, a lógica não é punir pela maldade do indivíduo causador do dano, e sim pela necessidade de compensar o mal e a gravidade do delito praticado. O “homem deve sair do estado de natureza para constituir o estado civil, porque é um ser livre. O fundamento da ordem jurídica (do direito estrito), bem como da moral, é, pois, a liberdade. A coação não pode ser entendida como fundamento do direito, senão como nota essencial das normas jurídicas, justamente para garantir convívio dos arbítrios (usos da liberdade) mediante uma lei universal de liberdade, ou, em outros termos, para dar eficácia ao direito” (GOMES, 2000, p.80).

⁹⁸ Nas palavras de André de Abreu Costa (2018, p.55) “Qualquer transformação moral operada no seio ou nos outros é resultado de sua própria capacidade racional e não da pena em si”.

⁹⁹ Ora, se a liberdade possui fundamento na racionalidade do agir, especialmente no modelo de estado contratualista, a pena seria minimamente moral sob essa perspectiva kantiana, na medida em que se o homem é conduzido pela razão, dela também deve derivar a sanção criminal.

aplicada, compreende este processo através de sua punição¹⁰⁰. Para essa perspectiva kantiana não há sentido, ou justificativa racional, para se aplicar penas por razões utilitárias, pois ela não deve servir para benefício pessoal ou social, e sim a para a própria reprovação da conduta e do resultado danoso¹⁰¹.

Hegel, por outro lado, a partir de um raciocínio dialético pontua que a pena na verdade seria uma negação ao crime, que por sua vez representa uma negação ao Direito. Há aqui o abandono de uma perspectiva ética, optando-se por uma lógica mais jurídica, pois “a pena é a negação do delito e, de conseguinte, afirmação do Direito que havia sido negado pelo delito” (PRADO, 2008, 489). Ela seria uma maneira de se reafirmar a ordem jurídica que fora abalada pela prática do delito, mostrando que ela se sobrepõe a qualquer desvio à suas normas¹⁰².

Enquanto em Kant a retribuição seria moral, em Hegel observa-se a ideia de retribuição jurídica, reafirmando o direito pela sua própria aplicação, pois o criminoso racional quando decide praticar seu ato ilícito, invalida a norma geral que regula um comportamento no sistema, exigindo uma “contranorma” que contrabalanceie a norma violada (COSTA, 2018, p.65). O crime viola a norma, sendo ele negado pela pena, que vai reafirmar o direito e superar o mal do crime¹⁰³. Além disso, a pena tem um caráter de direito ao próprio infrator da norma que é compreendido como um ser racional, sendo ela relacionada à “existência de sua liberdade”. Assim, o criminoso terá sua dignidade desrespeitada se “o significado e a medida da sua pena não forem tomadas a partir do seu próprio ato criminoso”, ou, ainda, caso venha a ser “considerado como um animal lesivo”, que deveria ter agido para fazer lago “não lesivo”, com o “fim de intimidação ou melhoramento” (HEGEL, 1968, p.190). Nas palavras de Hegel:

Nesta discussão, o que interessa, unicamente, é que o crime deve negar-se não como produção de um mal, senão como a vulneração do Direito como Direito, e logo, qual é a existência que tem o crime, e o que se deve anular; aquela é o verdadeiro mal que

¹⁰⁰ A punição deve ter como centro motivacional o próprio agente em sua liberdade, pois foi o exercício dessa que deu causa às ações praticadas pelo sujeito, reprovando-o pelo mal exercício de sua liberdade.

¹⁰¹ Nesse sentido afirma Roxin que “Para Kant, a pena só tem sentido se é retribuição da culpabilidade e, por consequência, não pode impor-se simplesmente como meio para conseguir outro bem para o delinquente mesmo ou para a sociedade, senão que tem de se impor, a todo momento, contra o delinquente porque delinuiu. Qualquer outro fim constituiria, para ele, uma afronta à dignidade da pessoa, já que jamais um homem pode ser utilizado como instrumento ou rebaixado à condição de objeto” (ROXIN, 1993, p. 55).

¹⁰² Para Hegel, o ordenamento jurídico é formado pela somatória de todas as vontades gerais das pessoas, sendo que a violação a este ordenamento, pela prática de um crime, representa um questionamento à vontade geral das pessoas. Esta vontade que foi violada poderá ser reparada com a aplicação de uma pena, que, por sua vez, terá por função negar a desordem causada pelo delito. Em outras palavras: a pena seria uma negação da negação ao direito, sendo assim sua finalidade o reestabelecimento da harmonia jurídica (HEGEL, 1993, p.100).

¹⁰³ De acordo com Hegel (1968, p.109) “A superação do delito é o castigo, pois segundo o conceito é a vulneração e, segundo a existência, o delito tem uma extensão determinada qualitativa e quantitativamente; portanto, sua negação, como existência, tem outra existência”.

deve arrancar-se e o ponto essencial é onde dita existência esteja. Contanto que os conceitos sobre este ponto não sejam terminantemente reconhecidos, deve dominar a desordem na consideração da pena. Como ser racional, o delinquente é honrado com a pena, que é mantida como continente de seu direito particular (HEGEL, 1968, p.108).

A pena então, deixa de ser um derivado moral, para ser consequência racional da prática do crime, exigindo-se sua aplicação para reestabilizar o Direito. Desta forma o delinquente ao se decidir pela prática criminosa está racionalmente construindo a ideia de que norma penal é inválida, e não deve ser respeitada, com a pena servindo para reestabelecer a norma universal violada, sendo uma dialética em relação ao crime¹⁰⁴, pois

Como ser racional, o delinquente é honrado com a pena, que é mantida como continente de seu direito particular. Esta honra não chega a ele se o conceito e a norma de sua pena não se tomam de seu ato mesmo e se é considerado o delinquente como um animal daninho, ao qual se haveria de fazer inofensivo, o aos fins da intimidação e da correção (HEGEL, 1968, p.109).

Observa-se que Hegel chega a resultados muito similares aos kantianos, na medida em que o crime é uma negação ao Direito, e a pena uma negação desta negação, ou seja, o delito e a pena se equivalem materialmente, afastando-se a ideia de mera vingança, possuindo a pena um papel didático de reestabelecer a ordem (ROXIN, 1997, p. 83)¹⁰⁵.

Um dos pontos relevantes dessa teoria se deve ao fato de que a partir de seus fundamentos foram trazidas as ideias acerca da proporcionalidade da pena em relação ao mal cometido, de modo que ela deveria ser o mais proporcional possível, garantindo-se o equilíbrio justo. Dentre os autores contemporâneos defensores de uma visão retribucionista das penas pode-se mencionar Hanz Welzel¹⁰⁶, René Ariel Dotti¹⁰⁷ e Miguel Reale Jr.¹⁰⁸. Destarte, a partir de uma visão puramente retributiva quanto aos fins da pena ela:

Esgota o seu sentido no mal que se faz sofrer ao delinqüente como compensação ou expiação do mal do crime; nesta medida é uma doutrina puramente social-negativa

¹⁰⁴ Nas palavras de Hegel “o crime deve negar-se não como a produção de um mal, senão como a vulneração do Direito como Direito, e logo, qual é a existência que tem o crime, e o que se deve anular; aquela é o verdadeiro mal que deve arrancar-se e o ponto essencial é onde dita existência esteja. Contanto que os conceitos sobre este ponto não sejam terminantemente reconhecidos, deve dominar a desordem na consideração da pena” (HEGEL, 1968, p.108).

¹⁰⁵ De acordo com Roxin “Hegel, (...) chega a resultados muito parecidos [aos de Kant], ao interpretar o delito como negação do Direito e a pena como negação desta negação, como ‘anulação do delito, que do contrário teria validade’ e, com isso, como ‘restabelecimento do Direito’ (loc. Cit., § 101): ‘A anulação do delito é retribuição enquanto esta seja, conceitualmente, uma lesão da lesão’. Materialmente, se distingue de Kant, sobretudo em que o princípio de Talião, praticamente irrealizável, o substitui pela ideia da equivalência de delito e pena, e, desta forma, fica imposta a *teoria da retribuição* durante os seguintes 150 anos. Sem embargo, Hegel está totalmente de acordo com Kant, ao reconhecer tampouco metas preventivas como intimidação e correção como fins da pena; segundo declara: ‘Com a fundamentação da pena desta maneira, é como quando se levanta um pau contra um cachorro: e ao homem não se lhe trata segundo sua honra e sua liberdade, senão como a um cão’” (ROXIN, 1997, p. 83).

¹⁰⁶ WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico-penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

¹⁰⁷ DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal: parte geral**. 3. ed. revista, atualizada, ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

¹⁰⁸ REALE JUNIOR, Miguel. **Teoria do Delito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

que acaba por se revelar estranha e inimiga de qualquer tentativa de socialização do delinqüente e de restauração da paz jurídica da comunidade afetada pelo crime. Em suma, inimiga de qualquer atuação preventiva e, assim, da pretensão de controle e domínio do fenômeno da criminalidade. (NERY, 2005, online)

Pode-se verificar que, *a priori*, esta corrente teórica tem por fundamento inicial para a pena o próprio delito cometido, que causa uma desarmonia no pacto social, sendo de fato um avanço se comparado à lógica dos castigos sem quaisquer limites e da retribuição metafísica que imperou por muitos anos na perspectiva criminal dos modelos políticos de feição *absolutista*. Além disso, do ponto de vista político-criminal, a pena com a perspectiva retributiva, observando-se a magnitude do crime praticado, permitiria controlar eventuais sentimentos de injustiça e desejo de vingança por parte das vítimas e demais afetados pelo crime (MEINI, 2013, p.147).

Ademais, a partir desta perspectiva pode-se reforçar que o crime é fruto de uma decisão racional de um sujeito igualmente racional e deliberativo, que é exclusivamente responsável nos limites da irritação social que causou¹⁰⁹. Dessarte, apenas a retribuição seria o fim possível para punir o agente sem que ele seja coisificado/objetificado, pois o limite da retribuição estará na própria culpabilidade¹¹⁰ do agente, pagando o mal com o mal¹¹¹, não sendo necessário buscar qualquer benefício outro, pois “o homem tem direito à pena, assim

¹⁰⁹ Nas palavras de Kant: “a razão relaciona, então, cada máxima da vontade concebida como universalmente legisladora com todas as demais vontades e com todas as ações para com nós próprios, e isso não se dá em virtude de qualquer outro motivo prático ou de qualquer vantagem futura, mas pela ideia da dignidade de um ser racional que não obedece a outra lei senão aquela que simultaneamente dá a si mesmo. No reino dos fins, tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem preço, pode ser substituída por algo equivalente; por outro lado, a coisa que se acha acima de todo preço, e por isso não admite qualquer equivalência, compreende uma dignidade. O que diz respeito às inclinações e necessidades do homem elas têm um preço comercial; o que, sem supor uma necessidade, se conforma a certo gosto, digamos, uma satisfação produzida pelo simples jogo, sem finalidade alguma, de nossas faculdades, tem um preço de afeição ou de sentimento [Affektionspreis]; mas o que se faz condição para alguma coisa que seja fim em si mesma, isso não tem simplesmente valor relativo ou preço, mas um valor interno, e isso quer dizer, dignidade. Ora, a moralidade é a única condição que pode fazer de um ser racional um fim em si mesmo, pois só por ela é possível ser membro legislador no reino dos fins. Por isso, a moralidade e humanidade quanto capaz de moralidade são as únicas coisas providas de dignidade”. (KANT, 2004, p. 65).

¹¹⁰ Nesse sentido afirma Merle que “retributivismo pode ser entendido no sentido de que a culpa dos punidos, sem exceção, deve ser o pré-requisito para qualquer punição. Também como uma resposta ao crime, e se esforça para equilibrar a culpa do criminoso e ofensa cometida por este, devendo ser esta a única punição justa. Um ser humano é responsável por suas ações. Isso significa que a responsabilidade de diversas ações leva a diversas consequências. Porém, a ideia de que o histórico de ações ilegais de uma pessoa carrega consequências no presente não deveria levar-nos a parar de tratá-las como seres racionais. Logo, o retributivismo não diferencia o sujeito da ação” (MERLE, 2009, p. 7).

¹¹¹ Continua Bettioli dizendo que a pena “é a expressão mais perfeita e acabada daquela exigência de que ao mal, como ao bem deve seguir-se o bem, algo que está verdadeiramente esculpido no coração dos homens. É a expressão dessa lei de justiça substancial sem qual as relações entre os homens seriam reguladas exclusivamente pela parêmia de Bentham: ‘Utilidade: ou maior felicidade para maior número’, isto é, por um puro cálculo de utilidade que, no frio de uma expressão matemática, congela o calor da vida moral; é a afirmação de um dos mais elevados valores do espírito humano, que vê no sofrimento a única via da redenção” (BETTIOLI, 1995, p.177).

como tem direito ao reconhecimento de sua dignidade de pessoa” (BETTIOL, 1995, p.177). Para essa teoria não há sentido ético e jurídico embasar uma pena em supostas razões sociais, cabendo à pena apenas reprovar o mal causado pela conduta criminosa. Nas palavras de Roxin:

A ideia de retribuição marca, pois, um limite ao poder punitivo do Estado e tem, nessa medida, uma função liberal de salvaguarda da liberdade. Certo é que não se pode determinar matematicamente de forma exata qual pena corresponde com a magnitude da culpabilidade; sem embargo, com a ajuda das regras legais de determinação da pena e uma teoria da determinação da pena cientificamente aperfeiçoada, se conseguem de todos os modos magnitudes penais de alguma forma calculáveis (ROXIN, 1997, p.84).

Uma das principais virtudes do retribucionismo é a noção de proporcionalidade da pena com o delito praticado¹¹², sendo outra a elevação da culpabilidade do agente como limite/pressuposto da aplicação da pena, impossibilitando que uma sanção penal vindoura, por exemplo, ultrapasse os limites típicos da dignidade da pessoa humana do criminoso (DIAS, 1999, p.93). Não há uma objetificação do preso, que não precisará servir a qualquer fim útil à uma coletividade de pessoas¹¹³. Nesse ponto afirma Paulo de Souza Queiroz (2005, p.23):

o principal mérito da fundamentação retributiva radica no fato de que a pena, independentemente dos fins a que se destina, deve ter sempre o delito como pressuposto, isto é, o crime conceitualmente é retribuição de um ‘mal’ e há de ser sempre proporcionada ao comportamento delituoso praticado, razão pela qual se presta, assim, a coibir abusos por parte do Estado na sua gradação.

Aos críticos das teorias absolutas, menciona-se que, embora *a priori*, a razão de uma pena pareça ser a de buscar a justiça no caso concreto, retribuindo o dano causado pelo delito na mesma proporção com uma pena, tal ideia falha ao não conseguir demonstrar, de maneira inequívoca e mensurável, como realidades tão diferentes como a do delito e a da pena poderiam se equivaler e compensar (ou seja não se demonstra precisamente com base em êxitos e fracassos), além do fato destas teorias, quando puramente aplicadas, concentrarem-se na lógica de simplesmente reprimir o delito sem ser possível buscar outra finalidade¹¹⁴. Não se olvida também, que na relação delito-pena, quando pensamos apenas em retribuição, verifica-se uma disfuncionalidade exacerbada¹¹⁵, fazendo que a vingança antes privada, por diversas vezes passe a ser objeto de análise e atuação do próprio Estado¹¹⁶.

¹¹² De acordo com Claus Roxin (1997, p.82), a pena justa sob essa perspectiva retribucionista demanda uma correspondência da sua duração e intensidade com a gravidade do delito, sendo uma medida compensatória por excelência.

¹¹³ Nas palavras de Beccaria “não existe liberdade todas as vezes que as leis permitem que em alguns casos o homem deixe de ser pessoa e se torne coisa” (BECCARIA, 2009, p.105).

¹¹⁴ O comportamento humano livre e racional é difícil de ser demonstrado, de modo que sempre haverá um questionamento sobre o possível comportamento do agente.

¹¹⁵ Nas palavras de Ana Messuti (2003, p.43,44) “A qualidade do tempo que se vive durante a pena, por ser precisamente ‘o tempo da pena’, não pode ser a mesma daquele que vive livre da pena. Qualquer atividade que

Por essa razão, com o advento dos modelos de Estados Democráticos de Direito, em especial no pós-Segunda Guerra, desenvolvendo-se constituições mais complexas, e cortes constitucionais mais fortes, buscando-se impor cada vez mais limites à atuação punitiva do Estado, passando a ser fundamental que a punição respeitasse uma determinada utilidade/finalidade social, que alguns doutrinadores passaram a criticar amplamente tais correntes retribucionistas, como por exemplo Hassemer¹¹⁷ (2005, p.370) e Mir Puig¹¹⁸ (1994, p.116).

Ademais, com o advento dos Estados Modernos, a vítima foi paulatinamente afastada cada vez mais do processo punitivo, sendo que a pena perde também sua referência de retribuição a uma ofensa específica praticada por alguém contra outra pessoa, pois o próprio agente que teve seu direito violado nem mesmo estará relacionado ali. Nas palavras de Günther:

se realize durante esse tempo não será verdadeira atividade, estará impregnada do tempo e do espaço da pena. Ainda que aparentemente esteja em movimento, o sujeito da pena está imobilizado em determinado espaço, no qual transcorre um tempo diferente. A pena, quando aplicada ao sujeito, se ‘temporaliza’ no tempo de vida do sujeito. Isto é, seu transcurso natural seguirá o fluir do tempo natural no qual transcorre a vida biológica do sujeito: seguirá seu gradual envelhecimento, e poderá, inclusive, ser interrompida por sua morte. Neste caso, o tempo objetivo impedirá o cumprimento do termo que o direito lhe havia fixado. Entretanto, para que o direito se concretize na realidade, para que ‘se realize’, deve passar do mundo ‘destemporalizado’ que criou a realidade social que responde ao fluxo natural do tempo. Ou seja, deve voltar à dimensão temporal de que havia se separado, esse processo se desenvolve pela aplicação da norma jurídica”.

¹¹⁶ Existem ainda algumas críticas no sentido de que a finalidade retributiva da pena é marcada por uma característica “medieval” de punir “expiando os pecados” (DIAS, 1999, p.92). Não à toa, o Papa Pio XII em carta direcionada ao VI Congresso Internacional de Direito Penal sustentou a ideia da retribuição nos seguintes termos “o Juiz Supremo, no juízo (julgamento) final, aplica unicamente o princípio da retribuição. Este possuirá, então, um valor que não cabe desconhecer” (JESHECK, 1993, p.97). Juarez Cirino dos Santos (2007, p.456) também pontua sobre isso que “a tradição religiosa judaico-cristã ocidental apresenta uma imagem retributiva-vingativa da justiça divina, que talvez constitua a influência cultural mais poderosa sobre a disposição psíquica retributiva da psicologia popular (...) a pena como expiação de culpabilidade lembra suplicios e fogueiras medievais, concebidos para purificar a alma do condenado; a pena como compensação de culpabilidade atualiza o impulso de vingança do ser humano, tão velho como o mundo”. Por fim, de forma ainda mais contundente diz Cézar Roberto Bitencourt (2004, p.117) que “uma teoria da pena que se fundamenta na retribuição do fato (pecado) cometido, que necessita de castigo para sua expiação, identifica-se melhor com argumentações religiosas do que jurídicas”.

¹¹⁷ Diz o autor que “cabe o rechaço ao que nos denominamos hoje de ‘teorias retributivas’ uma opinião científica que vê o sentido da pena na compensação do passado. Em uma variante objetiva, dirigida ao acontecimento exterior, ela significa a compensação do injusto e da culpabilidade através do mal da pena, em uma variante subjetiva, considerando o autor, ela fala da ‘expiação’ - com a qual de modo algum se tem em vista, como igualmente se mostrará de modo preciso, a expiação ou reconciliação do autor, senão somente o processo sacramental que compensa o injusto e a culpabilidade com a execução e o sofrimento da pena pelo condenado” (HASSEMER, 2005, p. 370). O autor ainda pontua que “as teorias absolutas praticamente não entram em contato com a realidade imperfeita, elas somente a valoram e lhe atribuem sentido. As teorias relativas sempre se voltam à realidade; elas não podem se livrar da questão se a pena exerce ou não os seus efeitos preventivos gerais ou preventivos especiais sobre a realidade imperfeita: se a pena realmente ‘soluciona’ os casos jurídico-penais. Para as teorias absolutas esta questão seria absurda” (HASSEMER, 2005, p.372).

¹¹⁸ Refletindo sobre a retribuição, Mir Puig afirma que “deve-se castigar o delinquente mesmo que isto não seja necessário no caso concreto? E esta consequência é precisamente a que torna insustentável, em primeiro lugar, o retributivismo em um Estado não teocrático nem metafísico que só se faça legitimado para intervir em benefício da sociedade” (MIR PUIG, 1994, P.116).

Com a generalização e estatização da pretensão punitiva, a retribuição sofreu uma dupla abstração: em vez da ofensa concreta e individual a uma pessoa, a pena passa a compensar a violação de uma norma jurídica geral e, no lugar da igualdade externa de tipo ou de valor da pena em relação à ofensa, ela se apresenta com um simples símbolo da reparação da injustiça (GÜNTHER, 2006, p.192).

Ora, resumir a pena a apenas uma censura, é não entender adequadamente seu sentido, e permitir reflexões dogmáticas penais, que punam, por exemplo, “os mortos, que inclusive podem ser censurados” (GRECO, 2019, p.69). A pena não pode ser apenas reprovação, em outras palavras “ela não é apenas a inflição de um mal, senão também reação e, nesse sentido comunicação” (GRECO, 2019, p.71). Mas além de ser comunicação a pena deve dar um passo além, pois ela não apenas toca um sujeito, mas pode modificar toda uma estrutura social e individual.

Garcia Amado, por exemplo defende um chamado “retribucionismo liberal”, que entenderia a pena a ser aplicada como decorrência de um merecimento racional pela realização de um mal muito reprovável, atribuindo-se a ela também funções preventivas (GARCIA AMADO, 2015, online), fundamentando-se apenas no mérito do ato do agente, na medida e sua culpa, responsabilidade ou maldade. Já Wolfgang Naucke (2011, p.95) por exemplo tem defendido uma perspectiva retributiva, mas com limite nos casos em que punir seja algo estritamente necessário para tutela de bens jurídicos específicos. Não se olvida que punir apenas com base na ideia de se criar um “sentimento de culpa” pelas ações, é praticamente ineficaz para reduzir reincidência (COSTA, 2021)¹¹⁹.

Embora alvo de muitas críticas, não se pode olvidar que a reprovação nas palavras de Marcelo Ruivo (2016, p.172), consiste “na expressão dos princípio da liberdade e da autonomia e, conseqüentemente, responsabilidade e igualdade, o que permite assentar o seu fundamento num juízo axiológico ou ético-jurídico concretizado na culpa do agente da conduta ofensiva, desvaliosa e reprovável, ao bem jurídico”, evitando qualquer problema relacionado a vinganças ou finalidades utilitárias, pois aplica-se uma pena, não para atender clamores sociais, mas para realização da justiça, reprovando o condenado pelo mal de seu crime. Assim, a reprovação como fim da pena deve primar pela lógica de aplicar uma sanção criminal ao sujeito que livremente decidiu violar a norma, e ferir a liberdade de outros

¹¹⁹ Outrossim, observa-se uma falácia na ideia de dignificar o apenado apenas retribuindo na medida de sua liberdade, afinal de nada adianta retribuir sem se preocupar com seu futuro, reabilitando-o (atentando-se à situação em que ele se encontrará após o término da pena); cria-se aqui um ambiente não propício ao retorno do agente para a sociedade, reforçando estigmas, ao invés de facilitar sua reconciliação com a sociedade (MERLE, 2009)

sujeitos, não tendo por enfoque apenas a ideia de “punir um mal, com outro mal”, e sim, sancionar o mal exercício da liberdade, com uma pena que afete este sujeito violador.

Compreendidas as linhas gerais sobre as teorias retributivas, vejamos alguns apontamentos sobre as teorias preventivas.

2.1.2. Teorias prevencionistas (relativas)

Paralelamente às teorias retribucionistas, as teorias relativas apontam que a pena deveria fundamentalmente guardar razões utilitárias e de convivência social ao serem aplicadas, de modo seus fins e efeitos sociais a justifiquem. Em outras palavras, diferentemente das teorias absolutas, em que a pena se justifica em si mesmo, aqui é preciso observar as consequências que ela produz para além dela, ou seja, nas consequências produzidas pela pena, e não nela mesma. Elas não pretendem serem absolutas como as retribucionistas com seu conceito de justiça absoluta. Fernando Fernandes (2001, p.718) ainda explicita que estas teorias “estão voltadas ou, referem-se, ao fim de prevenção de delitos”, pois muito além do ideal de justiça, ao se buscar prevenir delitos está a se preocupar com outro ideal tão relevante quanto o da justiça (foco nas teorias retribucionistas), qual seja a noção de segurança jurídica¹²⁰.

Para compreender a diferença entre as duas perspectivas é importante explicitar que, filosoficamente, quanto à forma de valoração de um determinado agir ético é possível analisar a sanção penal de duas formas: a) Consequencialista e b) Deontica. Do ponto de vista deontológico “uma boa ação é boa em si mesma”, ou seja, “um comportamento é bom se realiza os valores ínsitos a esse comportamento”, pautando-se pela lógica do merecimento (COSTA, 2018, p.89), ou seja, a pena é *merecida* pelo comportamento criminoso praticado. Todavia, a partir de uma perspectiva consequencialista, o valor do comportamento não está nele mesmo, e sim em suas consequências e efeitos produzidos no mundo exterior. A ética

¹²⁰ Sendo segurança jurídica uma expressão com significados dos mais diversos, parece-nos aqui interessante o conceito estabelecido por Ana Elisa Bechara (2018, p.09) para qual segurança jurídica “designa o conjunto de condições que permitem a cada indivíduo confiar que os direitos e deveres que o ordenamento jurídico assegura sejam respeitados”, conceito esse, que de acordo com Guzmán Dálbora (2017, p.5), é muito útil à ideia liberal civilista do *pacta sunt servanda* e remontando aqui no campo penal a um objetivo da pena buscar uma prevenção geral de crimes. A partir da segurança jurídica pode-se visualizar no campo penal duas correntes ou perspectivas teóricas quanto à finalidade das penas. De um lado a prevenção geral negativa, com enfoque na dissuasão do delinquente, alicerçada nos trabalhos de Feurbach, Bentham e Romagnosi (BECHARA, 2018, p.10), entendendo que a pena deveria ser vista e medida como um exemplo para que outros não venham a cometer delitos. Faltava a esta corrente um limite claro à ação punitiva estatal, na medida em que o fundamento da pena não se encontrava no sujeito ou no delito em si, e sim fora e além deste. Já as perspectivas prevenção geral positiva perseguem como principal fim, o reforço simbólico dos principais valores sociais, sejam eles valores éticos-sociais básicos (WELZEL, 1953), ou a proteção de uma determinada consciência acerca da norma violada (HASSEMER, 1982), ou o fim de reestabelecimento do simbolismo do sistema social ante a violação da norma e desarmonia normativa causada pela conduta criminosa (JAKOBS, 1996).

consequencialista pode ser dividida em outras duas vertentes: a) pragmatismo; b) utilitarismo. Para a perspectiva pragmática, o “bom” será alcançado todas as vezes que o comportamento atingir o fim destinado a ele. Já para a lógica utilitária o bom comportamento será aquele que realizar o “melhor bom” para toda a coletividade de pessoas¹²¹.

Assim, filosoficamente, o pensamento retribucionista é deôntico, com a pena voltada para si mesmo, esgotando-se em si¹²². Por outro lado, o prevenicionismo, o fim da pena não está em si, mas fora dela, para “evitar novas infrações em geral ou para evitar a reincidência do agente concreto” (COSTA, 2018, p.89), pois “a sanção não tem um fim, mas constitui em si mesma a obtenção de um fim” (JAKOBS, 2003, p.19)¹²³.

Historicamente, sob a perspectiva criminal, as teorias relativas tiveram seu início dogmático científico com os estudos de Franz von Liszt quando da propositura de uma reforma da lei penal alemã no século XIX¹²⁴, de forma que nas palavras de Bustos Ramirez (1995, p.63):

a pena, segundo o programa de reforma de Liszt, não deveria ser uma reação retributiva cega e automática ao crime, senão uma ação racional de objetivos conscientes da luta anticriminal. Consequentemente, a pena teria de ser concebida como pena racional com objetivos preventivos, cuja racionalidade se conseguirá como instrumento ‘na luta contra as causas de criminalidade’.

Ora, a ideia central na qual se fundamentou o pensamento de Liszt é de que o Direito Penal tem por fim a proteção de bens jurídicos específicos, de modo que toda sua sistemática, inclusive a pena, também deve refletir essa proteção¹²⁵. Isso leva à compreensão de que, de

¹²¹ Neste ponto também é importante a leitura feita a partir da perspectiva filosófica de John Rawls (2000), que relaciona o bem e o justo. Para ele, a ética, a partir de uma visão teleológica, entende o justo como sendo tudo aquilo que máxima ao máximo o bem em si, levando em conta as consequências, subordinadas ao justo político. Por outro lado, a ética deontológica não interpreta o justo como a maximização do bem, mas sim o bem da sociedade estabelecido por um consenso geral, sendo que mesmo existindo perdas, para alguns, estas podem se justificar por maiores benefícios à coletividade.

¹²² De acordo com John Rawls as teorias deontológicas propõem que “cada membro da sociedade é visto como possuidor de uma inviolabilidade fundada na justiça, ou, como dizem alguns, no direito natural, que nem mesmo o bem-estar de todos os outros pode anular. A justiça nega que a perda da liberdade para alguns se justifique por um bem maior partilhado por outros. O raciocínio que equilibra os ganhos e as perdas de diferentes pessoas como se elas fossem uma pessoa só fica excluído” (RAWLS, 2000, p.30).

¹²³ Em complemento, afirma Luigi Ferrajoli (2006, p.240) “a concepção da pena enquanto meio, em vez de como fim ou valor, representa o traço comum de todas as doutrinas relativas ou utilitaristas, desde aquelas da emenda e da defesa social àquelas da intimidação geral, daquelas da neutralização do delinquente àquelas da integração de outros cidadãos”.

¹²⁴ Pode-se encontrar noções iniciais sobre a ideia de prevenção já na Grécia Antiga, como demonstra o brocardo de Sêneca, que se inspirou em Protágoras: “*Nemo prudens punit quia peccatum est sed ne peccetur*” ou em tradução literal “Nenhum indivíduo racional pune pelo pecado cometido, mas para que futuramente não mais se peque” (HASSEMER, 2005, p. 369). Também em Beccaria vemos a defesa de um fim da pena voltado à prevenção. Em suas palavras “o fim das penas não é o de atormentar e afligir um ser sensível, nem o de anular um delito já cometido”, mas é sim, “impedir o réu de fazer novos danos aos seus concidadãos e de dissuadir os outros de fazer o mesmo” (BECCARIA, p.84).

¹²⁵ O “Direito Penal protege os bens através da intimidação de eventuais autores: aos que são educáveis, os educa; e aos reais autores que não o são, os impede da possibilidade de seguir cometendo fatos puníveis” (NAUCKE, 2004, p.70). De acordo com Nils Christie, a ideia aqui é causar alguma “dor” no delinquente para

um modelo que se pune pelo comportamento praticado (retrospecto), a pena deve ter um aspecto pensado ao comportamento futuro¹²⁶ (prospecto), evitando-se lesões futuras aos bens jurídicos (e à norma violada)¹²⁷. Para Von Liszt a pena então deverá cumprir as seguintes funções:

A correção de delinquentes dirige-se àqueles que necessitem dela e que sejam aptos a ela. A intimidação é para os delinquentes que não precisam de correção, e por último, a neutralização é para aqueles delinquentes não suscetíveis de correção (*apud* COSTA, 2018, p.92).

Enquanto as teorias absolutas partem da lógica de que a pena deve ser uma retribuição pelo mal causado pelo crime, na medida do merecimento do agente pela reprovabilidade de sua conduta, aqui, nas relativas, a pena deve se atentar a razões de política criminal de modo a influenciar na diminuição de comportamentos lesivos ou perigosos. Ou seja, “a missão da pena é unicamente dissuadir o autor de futuros fatos puníveis” (ROXIN, 1993, p.18), convencendo o agente a evitar comportamentos criminosos que não são esperados pela sociedade¹²⁸, em outras palavras, convencendo potenciais autores a agirem de forma contrafaticamente esperado¹²⁹. Interessante aqui as conclusões de Mir Puig sobre a diferenciação entre as teorias preventivas e as retribucionistas:

Os retribucionistas creem que a pena sirva à realização da Justiça e que se legitima suficientemente como exigência de pagar o mal com outro mal. Os preventivistas (ou prevencionistas) estimam, por outro lado, que o castigo da pena se impõe para evitar a delinquência na medida do possível e que só está justificado o castigo quando resulta necessário para combater o delito” (MIR PUIG, 1994, p.119).

A lógica é atribuir um mal (pena) para que o mal do crime seja superado por um bem causado pela pena. De acordo com Jescheck a ideia de prevenção se fundamenta em três pressupostos: 1) um possível prognóstico do comportamento humano potencialmente

que essa possa favorecer, mesmo que minimamente, a toda a coletividade de pessoas. Em suas palavras “se os que estejam sofrendo melhoraram ótimo; porém a meta principal é beneficiar ao público em geral, como se tem expressado claramente nas teorias que usam o termo ‘prevenção geral’” (CHRISTIE, 1998, p.48).

¹²⁶ Feijoo Sánchez é profundamente contrário a teorias que tenham por objetivo determinar a medida da pena com base em juízos prognósticos, pois em suas palavras: “Com nossos conhecimentos atuais não existe segurança a este respeito, sendo impossível enunciar um juízo de prognóstico minimamente seguro, a respeito da conduta futura do sujeito”. (FEIJOO SÁNCHEZ, 2007, p. 13).

¹²⁷ Nesse sentido afirma Giuseppe Bettiol (1995, p.174) “A pena se orienta ao futuro, mesmo que se respeite sempre uma proporção: está já não se refere à ação, e, por isso, não tencionará estabelecer a justa relação entre o mal realizado e o sofrimento infligido ao agente, senão que se direcionará ao futuro e se esforçará para determinar uma relação entre uma qualidade ou um *status* do indivíduo e a probabilidade de novos delitos”

¹²⁸ De acordo com Santiago Mir Puig “A pena não responde a uma exigência de Justiça, senão que se acha legitimada só como meio de prevenção de delitos. Não se castiga para reestabelecer uma ordem de valores, senão para evitar a realização de condutas que se estimam indesejáveis. Se a retribuição mira ao passado e se esgota no castigo do fato, a prevenção mira o futuro e persegue inibir, mediante a cominação punitiva, o cometimento de delitos” (MIR PUIG, 1994, p.118).

¹²⁹ Nas palavras de Mir Puig “A alternativa à retribuição é a prevenção. A pena não responde a uma exigência de Justiça, senão que se acha legitimada só como meio de prevenção de delitos. Não se castiga para restabelecer uma ordem de valores, senão para evitar a realização de condutas que se estimam indesejáveis. Se a retribuição mira ao passado e se esgota no castigo do fato, a prevenção mira o futuro e persegue inibir, mediante a cominação punitiva, o cometimento de delitos” (MIR PUIG, 1994, p. 118).

criminoso; 2) a pena pode se adequar à “periculosidade” do agente; 3) crença de que a criminalidade pode ser combatida por meio da correção, da intimidação e da segurança oferecida pela pena, em especial após um trabalho pedagógico exercido por ela (JESHECK, 1993, p.59). Evita-se, assim, ou busca-se evitar a ocorrência de delitos acima do suportável socialmente, sempre com um fim social para a pena criminal a ser aplicada.

As teorias prevencionistas ou relativas são divididas em dois grupos, prevenção geral e especial, sendo cada uma subdividida em outras duas classificações, positiva e/ou negativa. Nas palavras de Hassemer, elas podem ser resumidas da seguinte forma:

Essas teorias possuem duas orientações finalísticas: uma variante ‘preventiva especial’, que dirige a sua atenção ao autor concreto condenado a uma pena e espera para ele, a partir da pena, um efeito ‘ressocializador’, um efeito de adaptação; e uma variante ‘preventiva geral’ que se interessa pela generalidade dos cidadãos e, através da pena e da execução penal, espera em sua concepção estrita (apenas) uma intimidação do potencial delinquente, e em sua concepção ampla robustecer a consciência normativa de todos.” (HASSEMER, 2005, 369).

Importante mencionar aqui que as finalidades preventivas trouxeram uma evolução à Ciência jurídico-penal, pois voltou seu olhar ao aspecto pragmático e para o futuro da sociedade/coletividade, bem como sua relação com o Direito, e o Direito Penal em si.

Quanto à sua categorização, observamos que existem pelo menos duas teorias (que subdividirão), cada uma delas com um enfoque na aplicação de efeitos dissuasórios de ordem individual e/ou coletivos¹³⁰. Vejamos cada uma das perspectivas.

2.1.2.1. Prevenção geral

No que diz respeito às teorias da prevenção geral, elas possuem como foco nos cidadãos em geral (prevenção geral positiva), ou na generalidade de potenciais futuros autores de crime (prevenção geral negativa), tendo por principal meta evitar que a coletividade (totalidade de indivíduos) pratique menos ou nenhum crime. Pode-se dizer que:

¹³⁰ De acordo com Pérez Arroyo (1996, p.231) “En este sentido es claro que los fines de la pena según estas teorías relativas, son las de prevenir la comisión de los delitos en una sociedad de conflicto como las que sustentan el liberalismo post-capitalista y en donde los derechos se defienden y definen en base a los intereses económicos de quienes detentan el poder político y el poder de definición de las conductas delincuenciales”. Interessante também o resumo feito por Luigi Ferrajoli, segundo o qual, combinando os dois critérios teremos quatro tipos de doutrinas relativas ou utilitaristas, caracterizadas, respectivamente, pelas quatro finalidades preventivas supra descritas, ou seja: aa) doutrinas da prevenção especial positiva ou da correção, que conferem à pena a função positiva de corrigir o réu; ab) doutrinas da prevenção especial negativa ou da incapacitação, que lhe dão a função negativa de eliminar ou, pelo menos neutralizar o réu; ba) doutrinas de prevenção geral positiva ou da integração, que lhe atribuem a função positiva de reforçar a fidelidade dos cidadãos à ordem constituída; bb) doutrinas da prevenção geral negativa ou da intimidação, que lhe conferem função de dissuadir os cidadãos por meio do exemplo ou da ameaça que a mesma constitui” (FERRAJOLI, 2002, p. 212/213).

As teorias de prevenção geral, tiveram seu desenvolvimento no Iluminismo, na passagem do Estado Absolutista para o Liberal, e não objetivavam apenas retribuir o fato delitivo cometido, mas prevenir a sua prática por meio da intimidação de todos os membros da comunidade jurídica, pela ameaça da pena (BITENCOURT, 2002, p. 77).

Essa teoria tem sua origem no pensamento filosófico de Paul Johan Anselm Von Feuerbach¹³¹, partindo da ideia de intimidação psicológica, para qual a pena deve ser um instrumento de dissuasão, provocando “na psique do indeciso sensações de desagrado, que fizesse, prevalecer os esforços por impedir a prática e, desta maneira, pudessem exercer uma coação psíquica para abster-se da realização do fato” (ROXIN, 1997, p.90). Ou, nas palavras de Fletcher, a prevenção geral pressupõe a lógica de punir um agente para influenciar que outros não cometam as mesmas falhas (FLETCHER, 1998, p.30). A ideia é criar no criminoso em potencial um contra-motivo para que ele racionalmente possa se afastar da prática delitiva (DIAS, 1999, p.99).

A prevenção geral em um primeiro momento pode ser compreendida com um sentido de intimidação, e posteriormente integração. A pena tem, portanto, a finalidade de reafirmar a consciência social de que a norma violada pela prática do crime continua válida, permitindo que toda a sociedade volte a confiar no funcionamento adequado do ordenamento jurídico, pois o Estado reagiu à atividade delituosa, estabilizando e integrando novamente a harmonia (MEINI, 2013, p.153). A pena teria por função garantir o sentido da harmonia e confiança social na aplicação correta da Lei, de forma que fazer sofrer o condenado servirá como instrumento para reafirmar a norma.¹³² Ademais, a pena seria limitada pela própria lei, na medida em que não há crime nem pena sem prévia cominação legal. Nesse sentido Shecaira afirma que:

A prevenção geral pode ser encarada no sentido positivo ou de integração: não pela gravidade da pena com fim de intimidação- o que implicaria um dever moral de graduá-la ao máximo-, mas como resultado de eficaz atuação da justiça e da consciência que a sociedade passará a ter sobre esta realidade (SHECAIRA; CORRÊA JUNIOR, 2002, 132).

Em resumo, a ideia é intimidar dentro dos limites da legalidade¹³³, sendo que recuperar o sujeito será uma causalidade possível da pena, e não um fim. A principal característica das

¹³¹ Nesse sentido, afirma Nauckle (2004, p. 100) que “Feuerbach considera essas condições realizadas em uma prevenção geral que se limite a um âmbito de ameaça da pena. Esta ameaça da pena teria e deveria ser apresentada de uma maneira preventivo-geral dessa forma intimidativa. A ameaça da pena para intimidação não lesiona o direito de ninguém e não transforma ninguém em objeto e não desonra a ninguém. Se se comete o fato criminoso, então o castigo real será realizado unicamente sob uma legalidade livre de fins.”

¹³² Imagina-se que o sofrimento do condenado pode ser benéfico à sociedade, restabelecendo uma ordenação mínima na medida em que há uma superação “do dano que a punição constitui por algum tipo de ganho social que a punição atinge” (MOORE, 1997, p.92).

¹³³ Legalidade entendida como a “exigência de lei penal, escrita (lex scripta), anterior (lex praevia), certa (lex certa) e estrita (lex stricta)” (FERNANDES, 2001, p. 89).

teorias da prevenção geral é serem pautadas em razões sociais e políticas voltadas à coletividade de agentes, e não a razões morais e éticas individuais.

Entre as vantagens desta perspectiva, pode-se mencionar, de acordo com Roxin (1997, p. 92), que mesmo que o sujeito volte a reincidir na prática delitiva, a pena ainda continuará sendo útil, pois poderá ainda levar à intimidação; ademais, quando da valoração e aplicação da pena não seria necessário adotar critérios vagos e pouco precisos, como a periculosidade do agente. Aqui também se visualiza a vantagem de poder demonstrar a inviolabilidade do sistema jurídico perante a sociedade, pois se cometido um delito ele será sancionado para reforçar a possibilidade de confiança da coletividade no Direito (ROXIN, 1997).

Por outro lado, a perspectiva da prevenção geral acaba por reforçar um processo de objetificação do agente criminoso, instrumentalizando-o para um suposto “bem social” maior, que sequer é passível de demonstração concreta/fática¹³⁴, em especial no contexto de crimes “profissionais” ou cometidos por agentes com elevado nível profissional na prática delitiva – como o são os criminosos econômicos¹³⁵. Não parece justo aplicar uma pena, qualquer que seja ela, para estimular que outros sujeitos deixem de praticar determinados atos, (CAMARGO, 2002) pois se abre espaço para um controle punitivo estatal enorme, que dependendo da forma em que for conduzido pode levar a arbítrios¹³⁶. Por isso aqui a prevenção geral para servir adequadamente como finalidade para a sanção criminal demanda uma delimitação político-criminal que “não depreende do seu ponto de partida teórico” (ROXIN, 1998, p.23). A Prevenção geral pode ser dividida em dois vieses, o positivo e o negativo. Vejamos cada um deles.

¹³⁴ Quanto às desvantagens Roxin afirma que: “Em primeiro lugar, ao igual que a prevenção especial, não inclui nenhuma medida para a delimitação da duração da pena. Assim, pelo menos a prevenção geral negativa se encontra sempre ante ao perigo de converter-se em terror estatal. Pois, a ideia de que penas mais altas e mais duras tenham um maior efeito intimidatório tem sido, historicamente (apesar de sua provável inexatidão), a razão mais frequente para as penas ‘sem medida’. Assim mesmo, a objeção de que um castigo com fins preventivos atenta contra a dignidade humana tem mais peso na prevenção geral que na prevenção especial. Quer dizer, enquanto a ressocialização deve ajudar (pelo menos também) ao condenado, o castigo por motivos de prevenção geral só pesa sobre o autor por motivo da comunidade (ou seja, de outro) e a faculdade para isso requer uma justificação que esta teoria não pode oferecer por si mesma. Por último, a teoria da prevenção geral compartilha o defeito da teoria da retribuição de não poder dar geral impulso algum à execução da pena. Isto é válido para todas as formas de manifestação da prevenção geral na medida que, esta sempre se dirige à comunidade e não ao autor. Sem embargo, rege especial para a prevenção geral negativa. Pois uma execução da pena que tende à ‘mera intimidação dos cidadãos’ (Feuerbach), incitará mais à reincidência que a sua evitação e, desta maneira, prejudicará mais que beneficiará a luta contra a criminalidade” (ROXIN, 1997, p. 93).

¹³⁵ Ademais a própria necessidade de recorrer ao Direito Penal para sancionar alguns atos reforça a incapacidade da prevenção geral de prevenir delitos individualmente (ROXIN, 1998), que persistem em se repetir.

¹³⁶ Permite-se um maior terror estatal com o reforço de penas buscando prevenir o crime, intimidando os agentes (HASSEMER, 1974). Assim o que quiser punir por meio da pena tenderá a aplicar uma pena cada vez mais severa para aumentar o poder intimidatório.

2.1.2.1.1. Prevenção geral negativa

A *Teoria da prevenção geral* com viés negativo quanto à finalidade da pena parte da lógica de que a pena deve ter por função intimidar toda a coletividade, ou todos os membros de um corpo jurídico especial. A ideia é desencorajar quem potencialmente deseje realizar algum ato ilícito, valendo-se do medo da imposição de uma sanção criminal. Suas origens remontam ao pensamento utilitarista de Jeremy Bentham, pois ele definia a pena como:

um mal que é causado a um indivíduo a partir da intenção direta de outro, devido a algum ato que se afigura feito ou omitido. (..) A punição, então, é um mal - isto é, um mal fisco; uma dor, ou a perda de prazer, ou então qualquer situação ou condição da parte afetada que é a causa imediata de tal dor ou perda de prazer (BENTHAM 1962, p. 391).

Ademais, o autor continua afirmando que:

Na medida em que, pela ação de punir exercida sobre o delinquente, outras pessoas em geral veem-se dissuadidas da prática de atos com conotação indesejável, e o ato de punir é, por consequência considerado como portador da qualidade de dissuadir, pela impressão produzida sobre a vontade das pessoas; uma impressão produzida, neste caso, não pelo ato em si, mas pela ideia dele, acompanhada da expectativa de um suposto mal semelhante, como algo que possa acontecer em seus próprios feitos; (...); e, neste caso, também pode-se dizer produzido pelo exemplo ou pela força do exemplo (BENTHAM 1962, 391)¹³⁷.

Também é possível verificar traços históricos da *teoria da preventiva geral negativa* na obra de Beccaria, que pontuava que:

Os efeitos do castigo que se seguem ao crime devem ser em geral impressionantes e sensíveis para que os que o testemunharam; (..) Eu disse que a presteza da pena é útil, e é certo que, quanto menos tempo decorrer entre o delito e a pena, tanto mais os espíritos ficarão compenetrados da ideia de que não há crimes sem castigo; tanto mais se habituarão a considerar o crime como a causa da qual o castigo é o efeito necessário e inseparável (BECCARIA, 2013, p. 65).

Fernando Fernandes explica que na prevenção geral negativa “a tônica reside em estar voltada para exercer uma influência não sobre o autor do delito, mas sim sobre a comunidade, tendo a sanção penal como finalidade primeira a missão de atuar frente aos delinquentes em potencial de modo a que se abstenham de prática de delitos” (FERNANDES, 2001, p.718).

Ela possui enorme influência dos fundamentos filosóficos de Feurbach, com sua perspectiva de coação psicológica, já explicitada mais acima, de modo que os agentes potencialmente criminosos, pela pena fiquem intimidados e desistam de seus planos

¹³⁷ No original em Inglês “In so far as by the act of punishment exercised on the delinquent, other persons at large are considered as deterred from the commission of acts of the like obnoxious description, and the act of punishment is in consequence considered as endued with the quality of deterrent; it is by the impression made on the will of those persons, an impression made in this case not by the act itself, but by the idea of it, accompanied with the eventual expectation of a similar evil, as about to be eventually produced in their own instances, (...); and this case it is also said to be produced by the example, or by the force of example”.

(GÜNTHER, 2006, P. 190)¹³⁸, ou seja, o medo da pena pode e deve evitar novas infrações. Há aqui uma espécie de antecipação da coação psicológica, evitando-se o delito de forma antecipada, pois o que seria alcançado quando "cada um sabe que seu ato deve inevitavelmente ser seguido por um mal que será maior do que o desprazer emergente da insatisfação de seus impulsos para agir" (MEINI, 2013, p.152).

Parte-se da ideia, então, de que na medida em que todos os sujeitos estivessem sob uma coação psicológica e com receio de enfrentarem restrições à direitos, que estariam ameaçados pela aplicação de uma pena, eles deixariam de praticar crimes (MUÑOZ CONDE, 1985, p.29). O medo de ser sancionado penalmente é o que fará com que indivíduos deixem de praticar suas empreitadas, intimidando-os. A sistemática é a mesma já aplicada por outras áreas científicas, de forma, que a depender do estímulo, o ser vivo irá se comportar de alguma forma, positiva ou negativa. Para autores como Bentham, segundo Ivan Meini (2013, p.152), a intimidação deveria ocorrer durante o processo de execução da pena, e por isso a importância de como esta pena será executada.

A partir da prevenção geral negativa, caracterizada pela coação psicológica, embora aparentemente quando da aplicação da pena haja a defesa e o intuito ressocializador, na prática observou-se que a punição será utilizada mais como uma expectativa de ameaça a toda a coletividade. Por outro lado, essa ameaça, como instrumento de disciplina do comportamento, em alguma medida respeita os limites e liberdades do indivíduo, que não precisará ser “ressocializado”¹³⁹.

¹³⁸ Nesse mesmo sentido Luiz Regis Prado afirma que “a prevenção geral intimidatória [...] segundo a qual a pena previne a prática de delitos porque intimida ou coage psicologicamente seus destinatários” (PRADO, 2008, p.491).

¹³⁹ De acordo com Ivan Meini esta lógica da prevenção geral negativa não representa apenas uma teoria da pena, mas de toda norma penal (MEINI, 2013, p.151). Sob o aspecto da prevenção geral negativa, a pena deverá ser capaz de gerar um efeito de intimidação nos futuros delinquentes, objetivando que estas não venham a cometer delitos, pelo exemplo ali aplicado. Nessa acepção, Shecaria e Corrêa Júnior pontuam que: “Esta ideia apresenta um grave defeito, pois tende a criar um clima de terror, ou seja, quanto maior a pena, teoricamente seria mais eficaz a prevenção. Além disso, como justificar que a pena seja imposta a uma pessoa pensando-se unicamente nos efeitos que possa atingir a um terceiro? Cada novo crime não seria a negação cabal da eficácia desta teoria?” (SHECAIRA; CORRÊA JUNIOR, 2002, p. 131). Da mesma forma que a geral positiva, a prevenção geral negativa, não enumera de maneira clara quais seriam os critérios individualizadores da pena, e que seriam fundamentais para se garantir a intimidação da sociedade. Assim “quem pretende intimidar mediante a pena tenderá a reforçar esse efeito, castigando tão duramente quanto possível” (BARREIROS, 2008, online). Importante ainda considerar que ao se punir pensando em se intimidar os demais membros da sociedade, o Estado não estaria se valendo da culpabilidade do agente como fundamento para sua tomada de decisão. Nesse aspecto Tasse elucida: “A grande objeção que se tem formulado à teoria da prevenção geral é que não se pode impor a pena a alguém senão em função de sua culpabilidade e no limite desta, sendo que pela prevenção geral a sanção penal é imposta tendo em conta os outros, ou seja, o efeito intimidatório na sociedade e não a efetiva responsabilidade do autor do delito” (TASSE, 2003, p.72). Outras críticas ainda são feitas a essa teoria da prevenção geral negativa, especialmente em decorrência do utilitarismo destas, pois: “[...] aplicando-se as penas a seres humanos em nome de fins utilitários ou pragmáticos que pretendem alcançar no contexto social, elas

Quanto às principais críticas que podem ser levantadas a essa *teoria da prevenção geral negativa*, observa-se que, embora aparentemente possa parecer haver um fim maior a prevenção do delito, ela busca, na realidade, o exemplo gerado pela aplicação da pena, como um reforço do direito, fortalecendo-se a lógica original da retribuição jurídica, reafirmando o Direito penal e sua ordem. A partir disso nota-se que quando da aplicação da sanção ela pode ser desproporcional à culpabilidade do delinquente, em especial quando nas hipóteses de fins de intimidação da comunidade¹⁴⁰. Ademais não há uma adequação ao tratamento de criminosos que praticam seus delitos por convicção ou por qualquer decisão voluntária, mesmo que irracional, mas que não pondere custos e benefícios, o que dificulta punir uma série de sujeitos.

O Estado Democrático de Direito não permite que um determinado sujeito, mesmo que criminoso, seja utilizado como meio, ou mero instrumento para a intimidação da sociedade e seus membros, especialmente com o intuito de se alcançar o fim de prevenção geral¹⁴¹. Ademais, a ideia de se buscar a prevenção, considerando todos estes aspectos controvertidos, acabou por se converter em um “[...] instrumento de intervenção na luta contra a criminalidade. Sob essa ótica, o delinquente tende a converter-se num inimigo, e o direito Penal, em um direito Penal para inimigos” (BARREIROS, 2008, online). Essa não fixação de critérios e parâmetros claros sobre os limites para se caracterizar algo como intimidatório poderia levar a que as penas de vários delitos fossem aumentadas em larguíssima medida, entendendo-se, ainda, que não se estaria alcançando a intimidação eficaz.

De acordo com Salo de Carvalho, outra crítica pertinente a essa finalidade é o fato de ela depender de uma atuação incisiva dos Poderes Judiciário e Executivo na “aplicação da pena”, “sob pena da perda do seu caráter simbólico” (CARVALHO, 2013, p.65). Nega-se também qualquer conteúdo pedagógico da pena para fins de atingir interesses coletivos acima do próprio indivíduo. Ademais, em especial no âmbito dos crimes econômicos, nas palavras de Maria Lúcia Karam, “a história demonstra que a função de prevenção geral negativa nunca funcionou”, ou seja, os efeitos negativos nunca foram comprovados na evitação de novos

transformariam a pessoa humana em objeto, dela se serviriam para a realização de finalidades heterônimas e, nesta medida, violariam a sua eminente dignidade” (NERY, 2005, online).

¹⁴⁰ Em complemento, afirma Francisco de Assis Toledo (2001, p. 05) “não percebem os que pretendem combater o crime com a só edição de leis que desconsideram o fenômeno criminal como efeito de muitas causas e penetram em um círculo vicioso invencível, no qual a própria lei penal passa, freqüentemente, a operar ou como importante fator criminógeno, ou como intolerável meio de opressão”.

¹⁴¹ Nas palavras de Hörnle (2020, p.25) “ao contrário dos animais, perante os quais o controle comportamental somente é possível por meio de um rígido mecanismo de estímulo e reação, a agentes humanos é possível atribuir mais. É decisivo, em primeiro lugar, que as pessoas (em regra) possam compreender o sentido da exigência comportamental e, em segundo, que regras de prudência também possam ser entendidas como outros motivos”.

delitos, na medida em que a quantidade de crimes não é proporcional ao número de pessoas punidas, ou à gravidade/força da punição aplicada” (KARAM, 1991, p. 175). Da mesma forma Klaus Günther critica esta perspectiva afirmando que por esta finalidade a demanda por prevenção acaba por levar a punições mais severas para crimes mais incidentes na realidade prática, não se dosando a pena pela gravidade do delito, ou a culpabilidade do agente, e sim pela “medida necessária” para intimidar a coletividade (GÜNTHER, 2006, p.193)¹⁴².

Por estas *teorias relativas negativas*, praticamente sempre que uma norma penal for infringida, isso dará causa à aplicação da pena. “Por conseguinte, o Direito Penal deixa de ser a *ultima ratio* para converter-se em *prima ratio*, dado que a pena seria uma consequência absoluta da transgressão da norma” (PRADO, 2008, 494). Conforme afirma Luiz Regis Prado “uma pena fundada exclusivamente na prevenção geral infringe o princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que utiliza o indivíduo como meio para a consecução de fins sociais meramente utilitários, de duvidosa eficácia” (PRADO, 2008, p. 494). Vejamos a perspectiva da prevenção geral positiva.

2.1.2.1.2. Prevenção geral positiva

No que diz respeito à *prevenção geral positiva*, ela tem por principal finalidade buscar o reforço na firmeza e confiança do sistema jurídico penal, pautando-se na ideia de uma certeza de que a sanção penal não é apenas normativa, mas “se insere em um contexto social” (CAMARGO, 2002, p.51). Essa doutrina penal tem suas origens no Direito Alemão que:

tem patrocinado uma modalidade distinta das teorias preventivas denominada teoria da prevenção geral positiva. Este ponto de vista acentua, na versão que tem alcançado maior influência (a prevenção integradora) a função da pena como fortalecedora da lealdade normativa dos cidadãos. A desaprovação social do comportamento delitivo que se expressa através do caráter reprovador da pena contribui para confirmar, fortalecer e estabilizar as normas morais dos cidadãos, o que mantém limitados os comportamentos criminosos. (HIRSCH, *apud* COSTA, 2018, p.99).

A prevenção geral positiva tem suas bases sociológicas na doutrina de Durkheim. Foi ele quem se aprofundou sobre a perspectiva do fato social objetivo (ou seja, além dos indivíduos e suas subjetividades, exercendo pressões sobre eles). O autor diferencia os fatos sociais em *patológicos* e *normais*. Estes últimos são comuns à realidade de grupos sociais dos mais diversos, de forma que o crime deve ser tratado como um fato social normal, na medida

¹⁴² O autor complementa: “Penas intimidatórias são, afinal, também questionáveis porque, além do efeito negativo, não produzem nada que aumente a probabilidade de comportamento conforme às normas entre afetados. Elas não oferecem nenhuma solução construtiva para os problemas e conflitos que se julguem não poder resolver de outro modo que pela prática de um ilícito penal; elas não oferecem nenhuma alternativa ao comportamento delinquente avaliado como passível de sucesso” (GÜNTHER, 2006, p. 195).

em que “não se observa apenas na maior parte das sociedades desta ou daquelas espécies, mas em todas as sociedades de todos os tipos. Não há nenhuma onde não existe uma criminalidade” (DURKHEIM, 2007, p.52). Assim, não existe possibilidade de haver uma sociedade sem crime. Mas como evitá-los? Durkheim aponta que seria necessário introjetar os valores aos quais estes delitos se referem nas consciências individuais das pessoas de modo “a conter os sentimentos contrários” (DURKHEIM, 2007, p.68).

Conforme já pontuado acima, para Durkheim, além de inexorável às sociedades humanas, o crime é útil, ao permitir que “os sentimentos sociais e os laços” atingidos pela prática criminosa sejam reforçados (DURKHEIM, 2007, p.75). O crime nada mais é do que um fato social que retrata uma normalidade da coletividade “dado que aparece como estreitamente ligado às condições de qualquer vida coletiva” (DURKHEIM, 2003, p.67). Mesmo sendo um fato social, isso não significa que o crime não mereça uma reação social, de modo que a pena terá por fundamento ser essa reação ao crime, reforçando os valores e sentimentos sociais que são representados em uma estrutura normativa-institucional que foi violada (DURKHEIM, 1999, p.39). Nas palavras de Hassemer, complementando Durkheim:

“A sanção penal é a resposta corretiva à violação de uma norma imprescindível para nossa vida em sociedade; porém não é um mero exercício *l'art pour l'art*, senão um acontecimento que pretende assegurar a força da norma no futuro. E isso explica também o papel de protagonista do Direito Penal na percepção pública; especialmente em tempos como os nossos, caracterizados pela erosão das normas e mudança de valores, deve haver espaços, nos que se possa discutir sobre a validade das normas de forma clara, responsável e frutífera. Um desses espaços é o sistema penal. O direito penal estabelece o modelo das normas de comportamento fundamentais e irrenunciáveis e as impõe” (HASSEMER, 1999, p. 112)¹⁴³.

Para a prevenção geral positiva a pena deve ter por fundamento básico evitar a prática de novos delitos, oferecendo caminhos educativos que possam intervir na liberdade de agir do cidadão, para que torne a atender aos fins e valores próprios do direito (CAMARGO, 2002). A pena deve ter por fim um reforço na confiança e na firmeza do ordenamento jurídico, e ao mesmo tempo criar e fortalecer na maioria dos cidadãos uma atitude de respeito para com o Direito (ROXIN, 1997, p.89-93)¹⁴⁴. Assim essa teoria “caracteriza-se por atribuir à pena a

¹⁴³ No Original “La sanción penal es la respuesta correctora al quebrantamiento de una norma imprescindible para nuestra vida en sociedad; pero no es un mero ejercicio *l'art pour l'art*, sino un suceso que pretende asegurar la fuerza de la norma en futuro. Y ello explica también el papel estelar del derecho penal en la percepción pública; especialmente en tiempos como los nuestros, caracterizados por la erosión de las normas y el cambio de valores, debe haber espacios, en los que se pueda discutir sobre la validez de las normas de forma clara, responsable y fructífera. Uno de esos espacios es el sistema penal. El derecho penal establece el modelo de las normas de comportamiento fundamentales e irrenunciables, y las impone”.

¹⁴⁴ Em complemento, afirma Roxin que “Finalmente, a terceira das teorias penais não vê o fim da pena na retribuição nem em sua influência sobre o autor, senão na influência sobre a comunidade, que, mediante ameaças de pena e a execução desta deve ser instruída sobre as proibições legais e apartada de sua violação. Também aqui se trata, pois, de uma teoria que tende à prevenção de delitos (e com isso preventiva e relativa), como

finalidade de reforçar, na generalidade dos sujeitos, a confiança nas normas” (COSTA, 2008, 73)¹⁴⁵. Além disso, busca-se influir também em outros processos do controle social, que não apenas o direito penal, para se evitar novos delitos. Segundo Luiz Regis Prado:

[...] a prevenção geral positiva considera que a pena, enquanto instrumento destinado à estabilização normativa, justifica-se pela produção de efeitos positivos consubstanciados no fortalecimento geral da confiança normativa (“estabilização da consciência do direito”). Consequentemente, a pena encontra sua legitimação no incremento e reforço geral da consciência jurídica da norma (PRADO, 2008, p.491).

De forma resumida, sobre a prevenção geral positiva¹⁴⁶ também define Roxin que:

O aspecto positivo da prevenção geral ‘comumente se busca na conservação e reforço da confiança na firmeza e poder de execução do ordenamento jurídico’. Conforme isso, a pena tem a missão de ‘mostrar a inviolabilidade do ordenamento jurídico ante à comunidade jurídica e assim reforçar a confiança jurídica do povo’. Atualmente, se costuma atribuir a esse ponto de vista um maior significado que o mero efeito intimidatório (ROXIN, 1997, p.91).

Para a perspectiva mais acerca da finalidade preventiva geral da pena a classificação empreendida por Mir Puig dividiu sua abordagem em duas modalidades: 1) Prevenção Geral Positiva Fundamentadora; 2) Prevenção Geral positiva limitadora (MIR PUIG, 1999).

A perspectiva da prevenção geral positiva limitadora tem seu foco principal voltado a limitar a intervenção penal do estado, mais do que apenas fundamentá-la. Os defensores dessa vertente conjecturam três possíveis efeitos: aprendizagem, confiança e pacificação social. O processo de aprendizagem consiste em permitir que o criminoso se recorde ou aprenda o regramento social que não deve ser infringido, de modo que eventual transgressão levará à aplicação das sanções Direito Penal. A confiança representa a crença que os cidadãos têm no Direito quando ele é imposto, confiança de que o mal será retribuído na medida adequada por uma sanção penal. Por fim, a pacificação social pode ser obtida na medida em que se verifica que o delito foi sancionado e teve o problema decorrente de sua prática legitimamente

consequência do qual a pena deve, sem embargo, atuar não especialmente sobre o condenado, senão geralmente sobre a comunidade. Por essa razão, fala-se de uma teoria da prevenção geral” (ROXIN, 1997, p. 89).

¹⁴⁵ Em complemento, Maria Lúcia Karam afirma que “Mais recentemente, e dentro ainda de uma visão idealista e legitimante aparece a teoria, a que Baratta chama de prevenção-integração ou prevenção positiva, que, de uma perspectiva funcionalista, vê a pena, não como retribuição de um mal, nem tampouco como produtora de efeitos dissuasórios (a prevenção negativa), tendo sim como função primordial a prevenção positiva, no sentido de exercitar o reconhecimento da norma e a fidelidade ao direito, por parte dos membros da sociedade. O delito é visto como uma ameaça à integridade e à estabilidade social, enquanto expressão simbólica de uma falta de fidelidade ao direito, sendo a pena, por sua vez, a expressão simbólica oposta àquela representada pelo delito” (KARAM, 1991 p. 174).

¹⁴⁶ Ainda nessa temática Déa Nery afirma que “A pena pode ser concebida, como forma de que o Estado se serve para manter e reforçar a confiança da comunidade na validade e na força de vigência das suas normas de tutela de bens jurídicos e, assim, no ordenamento jurídico-penal; como instrumento por excelência destinado a revelar perante a comunidade a inquebrantabilidade da ordem jurídica, apesar de todas as violações que tenham tido lugar (prevenção geral positiva ou de integração)” (NERY, 2005, p.4).

resolvido pelo Direito (PRADO, 2008, 491)¹⁴⁷. Para os defensores desta visão, Hassemer, Roxin e Mir Puig, partindo da premissa de que outras teorias (retribuição, prevenção geral positiva fundamentadora, prevenção geral negativa, prevenção especial ...) apenas servem para ampliar em demasia o poder punitivo penal. Mas, na realidade, a pena deve ter por fim, observando os limites da culpabilidade do agente, e a proteção de bens jurídicos fundamentais, reafirmar valores sociais que foram violados pelo crime, todos estes valores com fundamento constitucional. Verifica-se aqui uma maior proximidade do Direito Penal com o Estado Democrático de Direito, pois ele somente será legítimo se houver uma garantia de maior controle social, com a menor intervenção/lesão a direitos possível, voltando-se a pena para preservação de direitos e não para retribuir uma infração à ordem jurídica (MIR PUIG, 1999, p.139). Ainda com Mir Puig (2007, p.65):

Esta vertente da prevenção geral positiva seria questionável se fosse concebida em termos tais que permitisse ampliar a ingerência do direito penal na esfera de atitude interna do cidadão. Entretanto, também é possível entendê-la como forma de limitar a tendência a uma prevenção geral meramente intimidatória que levaria ao terror por meio de um progressivo agravamento da ameaça penal. Este é o caminho correto. Assim, exigir que se busque a prevenção geral não apenas por medo da pena, mas também por uma razoável afirmação do direito em um Estado Social e Democrático de Direito, implicará limitar a prevenção geral por intermédio de uma série de princípios que devem restringir o direito penal neste modelo de Estado. Entre tais princípios encontra-se a exigência de proporcionalidade entre o delito e a pena.

Assim “quanto mais justa for a sanção, maior será o efeito da prevenção geral” (MIR PUIG, 2007, p.65), pois aqui a reafirmação de valores sociais terá freios, permitindo que estes valores sejam mensurados de acordo com sua importância para a coletividade. Ora, a própria punição diferenciada de crimes diferentes, em termos de valoração negativa, representa o quanto um valor é maior, ou mais representativo, carecedor de tutela, que outro. Ou seja, a pena precisa ser proporcional para conseguir reafirmar os valores perante a sociedade.

De acordo com Winfried Hassemer a prevenção geral positiva possui quatro sustentáculos básicos: 1) gerar a ressocialização do criminoso pelo reforço da norma; 2) para que esta norma violada volte a se estabilizar é necessário uma representação pública que demonstre claramente a aplicação da pena e o reforço da vigência da norma; 3) o juízo criminal deve ser feito no caso concreto e sempre observando a culpabilidade do agente; 4) deve haver um mínimo de previsibilidade normativa quanto às sanções (HASSEMER, 1999, p.112).

¹⁴⁷ Em complemento, de acordo com Garcia Amado, na perspectiva da prevenção geral positiva “a pena se justificaria como meio para que o sujeito seja forçado a aceitar o cumprimento da norma, a assimile, obedeça, não mais por temor, e sim por uma convicção que lhe fora internalizada” (GARCIA AMADO, 2015, online).

Para a abordagem positiva fundamentadora, defendida em larga medida por Gunther Jakobs - influenciado pela perspectiva de Niklas Luhmann¹⁴⁸ acerca da sociedade como um “sistema global de comunicação” - a pena tem por função reforçar a realidade normativa violada, considerando existirem expectativas sociais que são compartilhadas por determinado grupo de pessoas (JAKOBS, 2003)¹⁴⁹. A pena deve ter por fim assegurar a função orientadora das normas, compensando as frustrações das expectativas sociais causadas pelas práticas delitivas. Por isso, para retomar essas expectativas é essencial que a pena estatal produza uma “prevenção geral através do exercício no reconhecimento da norma” (CANCIO MELIÁ *et all*, 2003, p.03). Aqui a perspectiva é abstrata, tendo por fim orientar a comunidade a cumprir e preservar as expectativas de vigência das normas, combatendo as ações que venham a quebrar essas expectativas (JAKOBS, 1998, p.31). Não será relevante aqui a proteção de bens jurídicos violados, mas sim apenas revalidar a norma pela pena, sendo esta sua única função, uma função normativa (JAKOBS, 1997). Assim, a pena deve atuar como instrumento ou estratégia para garantir a vigência segura da norma. Nas palavras de Jakobs:

O resultado alcançado - a pena como confirmação da configuração da sociedade - tem pontos de estreito contato com uma teoria recente de acordo com a qual a pena tem a missão preventiva de manter a norma como esquema de orientação, no sentido de que aqueles que confiam numa norma devem ser confirmados em sua confiança. Fala-se de prevenção geral positiva - não intimidatória, mas como se tem dito, confirmatória - é, dizer, de uma confirmação perante todos. Essa teoria da prevenção geral positiva não carece de 'antecessores, porém é próxima, por sua vez, à doutrina de Welzel segundo qual o Direito Penal tem uma função ético-social', a que forma o "juízo ético-social dos cidadãos" (JAKOBS, 2003, p. 26).

Com essa perspectiva de Jakobs¹⁵⁰, relacionada à prevenção pelo reforço da norma, altera-se o centro de gravidade do direito, que deixa de ser o indivíduo em sua subjetividade,

¹⁴⁸ A teoria dos sistemas de Luhmann, de forma sucinta postula como objetivo primordial a compreensão e explicação das estruturas sociais, não a partir da sua origem histórica e das suas peculiaridades temporais, mas sim a partir da observação, análise e estudo dos diversos subsistemas que coexistem de forma auto-referencial e autopoietica dentro da sociedade. O sistema jurídico, neste entendimento, seria um subsistema dentro do sistema social, cuja tarefa principal residiria na fixação, estabilização e generalização de certas expectativas normativas de conduta e, conseqüentemente, de certas formas de organização previsíveis e recursivas. mantidas em situações de conflito. (LUHMANN, 1983).

¹⁴⁹ Quanto mais complexa e contingente a sociedade mais os homens encontraram no outro expectativas a serem realizadas. Assim, nas palavras de Luhmann (1983, p.47), “O preço disso está na potenciação do risco: na elevação da contingência simples do campo de percepção, ao nível da dupla contingência do mundo social. Reconhecer e absorver as perspectivas de um outro como minhas próprias só é possível se reconheço o outro como um outro eu. Essa é a garantia da propriedade da nossa experiência. Com isso, tenho que conceder que o outro possui igualmente liberdade de variar seu comportamento da mesma forma que eu. Também para ele o mundo é complexo e contingente. Ele pode errar, enganar-se, enganar-me. Sua intenção pode significar minha decepção. O preço da absorção de perspectivas estranhas, é formulado em termos extremados, sua inconfiabilidade”.

¹⁵⁰ O autor analisa o delito não a partir de uma conduta, mas sim da necessidade de imposição da pena. Não trabalha com a ideia de um indivíduo isolado mas a percepção da sociedade como um todo, um sistema autopoietico que tem o homem como uma estrutura portadora de papéis a desempenhar. Portanto, deve-se encontrar quem é o responsável pelo resultado ilícito entre os atores definidos pelo direito, cuja conduta significa

para ser a norma em sua perspectiva axiológica, considerando as várias expectativas institucionais existentes. Sai a pessoa e entra em cena o sistema normativo em seu aspecto comunicativo¹⁵¹. A lógica é permitir que se possa confiar na norma como algo certo, na medida em que as infrações penais frustram expectativas sociais, a pena servirá para reestabilizá-las.

Observa-se que a prevenção geral positiva parece ser mais eficaz e justa que a prevenção geral negativa, pois a intimidação por vezes é uma medida meramente fugaz se comparada à reafirmação de valores sociais que foram violados. Ademais, não há necessidade, e nem mesmo possibilidade empírica de demonstrar sua eficácia/validade, pois trata-se de uma finalidade simbólica e normativa, diferentemente da prevenção geral negativa, que depende de uma demonstração para mostrar a eficácia da intimidação como indicativo de evolução do Direito Criminal.

Destarte nas palavras de Jorge de Figueiredo Dias (1999, p.102):

a doutrina da prevenção geral oferece um entendimento racional e político-criminalmente fundado ao problema dos fins das penas; e, também, um entendimento suscetível de se fazer frutificar para a solução de muitos e complexos problemas dogmáticos e para o qual, por conseguinte, não se encontra ainda hoje alternativa viável.

De forma bastante crítica à perspectiva da prevenção geral positiva, afirma Marcelo Ruivo (2016, p.177), que estas teorias geram um afastamento da dignidade da pessoa humana do condenado pois:

o afastamento do valor tutelado desmaterializa, indefine e amplia o espaço de intervenção jurídica, fazendo o direito penal retornar - o que revela um paradoxo - ao mais empedernido legalismo. A norma torna-se o grande bem a ser protegido, que decerto tem o seu valor afirmado apenas por ser uma expectativa de conduta, cujo ideal se adequaria ao núcleo do positivismo jurídico baseado no valor da segurança jurídica. A finalidade não seria propriamente a reafirmação da vigência geral da norma, instituinte de um âmbito de proteção do bem jurídico variável de acordo com o contexto interpretativo, antes disso seria a afirmação da vigência de um rígido sentido da norma, que se entende contrariado pela conduta. Daí se pode dizer que não é a confirmação abstrata da existência da norma de conduta, mas sempre a intervenção concreta para preservar um sentido específico e tendencialmente invariável dela.

uma expressão de sentido que deve ser negada com o direito penal para estabilizar o ordenamento e demonstrar que este é vigente e deve ser respeitado. A finalidade da pena não se volta para o futuro mas para o presente, com a reafirmação da validade da norma.

¹⁵¹ De acordo com Schünemann, embora alguns apontem que Jakobs milite pela posição quanto à finalidade da pena sendo a da prevenção, a partir da compreensão do fenômeno do Direito Penal por uma perspectiva linguística, pois: “A tese de JAKOBS faz com que, com uma roupagem diferente, a única finalidade da pena seja a retribuição – chamada prevenção geral positiva – em uma retomada a Hegel do delito como a negação da norma, e a sanção a negação da negação. A função da pena é a reafirmação do sistema e volta-se ao presente, sem finalidades preventivas ou distanciadas do momento em que a comunicação foi violada. Todavia, este máximo de abstração elimina a realidade e transforma o processo de legítimo exercício da violência estatal - que resultará em prisão até mesmo pelo resto da vida - em um simples ato de comunicação” (SCHÜNEMANN, 2002, p.100).

Compreendida as linhas básicas da prevenção geral positiva¹⁵², é necessário se aprofundar acerca das *Teorias da Prevenção Especial*.

2.1.2.2. Prevenção Especial

Diferentemente das *teorias da prevenção* no seu sentido geral, que são destinadas a um grupo ou coletividade, para a prevenção especial, seja positiva ou negativa, regra geral a pena dirige-se a persuadir “à pessoa que está sofrendo a pena, visando recuperá-la ou neutralizá-la com a pena” (TASSE, 2003, p.68). Ou seja, a mensagem da pena deve se direcionar não ao coletivo, mas sim ao sentenciado, pois “o criminoso condenado será dissuadido de futuros crimes, depois de sua soltura (FLETCHER, 1998, p.30)¹⁵³.

Ela é “centrada na ideia de que a finalidade da pena consiste unicamente em prevenir que o delinquente pratique novos delitos, devendo a pena atuar sobre o autor individual (especial), com vista a evitar que cometa novos delitos” (FERNANDES, 2001, p.718). Dessa forma, pode-se reforçar que:

a prevenção especial tem um objetivo similar [em relação à prevenção geral] de prevenir crimes, mas num sentido diferente: punir um criminoso o impede de cometer outros crimes, após sua liberação. Da mesma forma, a prevenção geral objetiva ao impedimento do crime punindo um criminoso, apesar daqueles que são dissuadidos são os outros na população em geral mais do que o próprio criminoso (MOORE, 1997, p.84).

De acordo com Claus Roxin, as raízes filosóficas das teorias preventivas especiais constam na obra de Platão *Das leis*, em que o autor grego sustenta que os homens “sensatos” não devem ser punidos porque “pecaram”, mas sim para que não pequem de qualquer forma (ROXIN, 1997, p.85), punindo-se para prevenir novos pecados, e não pelo pecado em si.

¹⁵² Pode-se dizer que essa teoria possui inconvenientes que se dão: “Em primeiro lugar, porque não estipula quais seriam os critérios de medição das denominadas necessidades de estabilização da consciência jurídica. Logo, se a chamada prevenção geral positiva ou integradora se dirige a todos, e seu fim precípua reside em reafirmar a vigência da norma violada diante da totalidade do corpo social, sempre que houver uma infração normativa deverá ser aplicada uma pena, independentemente das características do agente” (PRADO, 2008, 493). Ainda deve-se mencionar que por não se considerar o elemento culpabilidade, com base nas características do agente criminoso, por essa teoria e perspectiva, poder-se-ia inclusive, punir qualquer agente, mesmo que inimputável, que tenha violado a norma penal, mesmo que tivesse atuado, por exemplo, em erro de proibição. Conforme aponta Regis Prado: “Isso é assim porque a teoria da prevenção geral positiva, ao separar da ideia de retribuição a necessidade de reafirmação do ordenamento jurídico, acaba por permitir a punição de qualquer comportamento que, por qualquer motivo, se pretenda impor a uma comunidade social, ainda que não tenha suficiente gravidade para ser objeto de pena” (PRADO, 2008, 493). Dessa forma, então, fica implícita a ideia de que a punição poderá ser aplicada ao criminoso, qualquer que sejam suas características, o que demonstra uma clara violação à dignidade da pessoa humana, e a tantos outros princípios processuais e penais, como o da individualização da pena.

¹⁵³ Em complemento, Jakobs pontua que “o especificamente preventivo-especial não é definir como conflito a lesão efetiva à validade da norma mediante a infração, senão tomar a infração da norma como mero sintoma de futuros delitos do próprio autor; o perigo de que se produzam tais delitos é o conflito a partir de um ponto de vista preventivo-especial” (JAKOBS, 1997, p.30).

Historicamente, as ideias de prevenção especial vieram posteriormente da retribuição e à da prevenção geral, sendo coincidente com o grande crescimento das cidades, o êxodo rural e as primeiras grandes revoluções industriais, marcadas pelo crescimento demográfico e criminal nos centros urbanos. O sujeito delinquente não é mais visto como um agente que deixou de seguir seu livre-arbítrio em prol do bem comum, para ser considerado intrinsecamente perverso e merecedor de uma intervenção estatal para “proteger as pessoas de bem” e evitar ou recuperar “criminosos degenerados” (RAMIREZ, 1997, p.102)¹⁵⁴.

Seja positiva ou negativa, a prevenção especial terá como mote a ideia de que o sujeito criminoso é perigoso – com a periculosidade sendo interpretada como a probabilidade de ele retornar à prática delitiva (BARROS, 2001) - e por isso a pena justa deve ser aquela que o impeça de voltar a delinquir seja recuperando-o ou neutralizando-o (MIR PUIG, 2003). Ou seja, a pena deve ser destinada apenas àqueles sujeitos que tenham demonstrado uma “personalidade perigosa”, que “atente contra a ordem social” ou que seja “potencialmente perigosa”, mitigando-se ao máximo eventuais possibilidades de reincidência delitiva. O criminoso não seria punido com uma “pena”, mas uma “medida”, pois nas palavras de Bustos Ramirez (1987, p.103):

a pena supõe a liberdade ou capacidade racional do delinquente e parte então de um critério de igualdade geral; a medida, ao contrário, parte do princípio de que o criminoso é um sujeito perigoso, diferente do normal, a quem se deve tratar em suas peculiares características perigosas.

De acordo com Claus Roxin, quem primeiro escreveu cientificamente sobre as *teorias preventivas especiais* foi o alemão Franz von Liszt, no contexto da Escola Sociológica alemã, segundo o qual “a prevenção especial pode atuar de três formas: assegurando a comunidade frente aos delinquentes, mediante o encarceramento destes; intimidando o autor, mediante a pena, para que não cometa futuros delitos; e preservando-lhe da reincidência, mediante sua correção” (ROXIN, 1997, p.85). Em seu contexto, Liszt desenvolveu uma teoria que pudesse permitir que a política criminal protegesse os interesses da “sociedade ordeira”, atuando na patologia social do indivíduo-criminoso, mas sem renunciar a ideias do Direito Penal liberal, limitando a atuação do Estado.

Mas não foi apenas Liszt o precursor das ideias criminológicas que culminaram nas teorias da prevenção especial; também a escola italiana e a correcionalista espanhola trouxeram suas contribuições relevantes para a construção das perspectivas preventivas-especiais. A *escola positivista italiana*, que inclusive foi mencionada no início deste capítulo,

¹⁵⁴ Estas são ideias ortodoxas de uma concepção positiva da prevenção especial.

foi largamente influenciada pelo positivismo naturalista de sua época, adotando um método tipicamente empírico, e com a ideia de que o criminoso seria “nato”, periculoso, temível, e por isso poderia ser objeto de uma medida para neutralizá-lo (segrega-los ou até mata-los – como dizia Garofolo para os criminosos “irrecuperáveis”) da sociedade¹⁵⁵, ou recuperá-lo ao convívio, nos termos inclusive do já exposto anteriormente.

Por sua vez a perspectiva *correncionalista* espanhola, com bases filosóficas no pensamento do filósofo alemão Krause, difundida especialmente por seu discípulo Karl Röder (DIAS, 2007, p.55), pontua que o delinquente não decide por si só pela prática criminosa, por ser um sujeito “anormal”, e por isso ele precisa de recuperação. O crime então é resultado da “vontade injusta do criminoso” (ANJOS, 2009, p.34). Para tanto, o direito precisa oferecer caminhos capazes de afastar o delinquente da prática criminosa, e das influências negativas do meio em que ele está inserindo, permitindo que sua “vontade injusta” seja paulatinamente minorada (CEREZO MIR, 2007, p.132). Também por influência da tradição católica espanhola, Concepción Arenal afirmava que a pena deve se justificar a fazer o bem aos sujeitos, não justificando que o Estado faça um mal ao criminoso, apenas porque sua conduta foi violadora da norma (CONCEPCCIÓN ARENAL, 1895). A pena deve ter um caráter profundamente correccional, tendo por fim expiar os males cometidos pelo sujeito através de sua reeducação, pois “não há criminosos incorrigíveis, mas somente não corrigidos (MARQUES, 2008, p.116)¹⁵⁶.

Qualquer que seja o viés da teoria preventiva especial, é importante saber que elas terão por foco dosar o poder punitivo que atuará especialmente sobre o indivíduo que praticou o delito, considerando suas características pessoais, não se orientando pelo viés da culpabilidade como fundamento para punir, e sim pela temibilidade ou periculosidade do criminoso, seja ele imputável ou não.

A perspectiva da prevenção especial foi muito importante ao permitir um olhar diferenciado para outras ciências, como a biologia, a sociologia e antropologia, sendo também relevante por voltar sua atenção ao ser humano, *indivíduo*, buscando reinseri-lo socialmente,

¹⁵⁵ Segundo GUSTAVO JUNQUEIRA (2004, p.78-79), "o comportamento humano no meio social era visto desde uma perspectiva técnico-causalista, dentro de um prisma das ciências naturais: o comportamento se encontrava, em suas causas internas e externas, predeterminado. Só quando o homem conhece as leis da natureza pode modificá-las para seu proveito, ou ao menos se adaptar a elas para que causem menores danos. Transportando tal pensamento para as ciências humanas, isso significa pensar que modificando as circunstâncias do cidadão, seus costumes sua educação e, em geral, tudo que tenha influenciado sua vida, o homem pode ser melhorado, conforme o prisma determinista social."

¹⁵⁶ Em complemento, pode-se afirmar que para a mencionada Escola espanhola “a pena não se dirige ao homem em abstrato, mas ao homem real, vivo e concreto que se tornou responsável por um determinado crime, revelador de uma defeituosa vontade (...) a sua finalidade é trabalhar para a causa do delito, isto é, a vontade defeituosa, procurando convertê-la segundo os ditames do direito” (BITENCOURT, 2007, p.63).

e, além disso, ela “colocou de manifesto o profundo abismo que separa a teoria da prática e as falhas da primeira, por desconhecer a transcendência do momento concreto de aplicação da pena e sua repercussão no homem também concreto, ao qual tampouco haviam reparado” (GARCIA-PABLOS DE MOLINA; GOMES, 2007, p.683). Ademais, mesmo que não se defenda esta perspectiva, outro acerto da prevenção especial como um todo foi racionalizar o direito penal buscando por fim agir no autor para minorar sua possibilidade de reincidência, de forma que a racionalidade penal deve ser voltada a uma:

Articulação escalonada dos objetivos intermediários que propõe assim como o modo de alcançá-los segundo o tipo de autor de que se trate: intimidação para o delinquente ocasional não necessitando de correção, correção para o que precise dela e é capaz de ressocialização e inocuidade (enclausuramento) do criminoso incorrigível perigoso sem prejuízo das exigências defensistas (lógicas) de toda a sociedade (GARCIA-PABLOS DE MOLINA; GOMES, 2007, p.683).

Entre os principais problemas comuns a essas teorias está o fato de ambas não fornecerem um referencial concreto à pena, que pode durar temporalmente muitos ou poucos dias/anos, a depender da condição do apenado de regressar ao seu grupo social, sujeitando, inclusive, delinquentes que tenham cometido crimes que afetam minimamente o ordenamento jurídico (ou mesmo sob a perspectiva do bem jurídico) a penas que não irão relevar este aspecto, mas tão somente a correção do sentenciado.

De acordo com o desenvolvimento da teoria de Von Liszt, e de maneira coincidente com a prevenção geral, a prevenção especial também possui dois vieses: um negativo (intimidação e segregação), e um positivo (ressocialização)¹⁵⁷. Para tanto, é importante diferenciá-los de forma breve.

2.1.2.2.1. Prevenção Especial Positiva

Quando se fala em prevenção especial positiva, a finalidade da pena pensada é a de ressocializar o agente criminoso, tentando evitar que ele torne a praticar novas condutas delinquentiais. A ideia da ressocialização surgiu como uma resposta à mera retribuição do mal causado pelo agente com um “mal da pena”, pois a sanção criminal “deve também significar a esperança de um bem haurido pelo condenado, não como um prazer – o que seria absurdo – mas como um antídoto para o futuro” (DOTTI, 1998, p.228). Observa-se aqui, em

¹⁵⁷ De acordo com Luigi Ferrajoli (2006, p.246), “o projeto disciplinar encontra-se quase sempre articulado, na literatura correccionalista, segundo ambas as finalidades da prevenção especial, vale dizer, aquela *positiva* de reeducação do réu e aquela *negativa* da sua eliminação ou neutralização, as quais, frise-se, não se excluem entre si, mas concorrem, cumulativamente, para a definição do objetivo da pena enquanto fim diversificado e dependente da personalidade, corrigível ou incorrigível dos condenados”.

alguma medida, resquícios, mesmo que mínimos, do pensamento positivista criminológico, na medida em que o criminoso seria portador de algum *defeito* passível de reparação.

Nas palavras de Zaffaroni (*et all*, 2003, p.116) “as versões positivas da prevenção especial positiva (cujos modelos são FERRI, VON LISZT, ANCEL) (..) atribuem à pena a função de reparar a inferioridade perigosa da pessoa para os mesmos fins, diante dos mesmos conflitos, e na medida necessária para a ressocialização, repersonalização, reeducação, reinserção etc. (o chamado conjunto de ideologias re).” Por sua vez “as versões moralizantes (cujo modelo é RÖDER) atribuem à pena a função de melhoramento moral da pessoa para impulsionar o progresso ético da sociedade e da humanidade em seu conjunto diante de ações que vão em sentido contrário ao progresso moral (as quais constituem uma sintoma de inferioridade ética) e na medida necessária para superar essa inferioridade.” (Zaffaroni *et all*, 2003, p.116).

De acordo com Klaus Günther, “a pena deve causar arrependimento, compreensão e regeneração, ou seja, uma mudança de atitude que garanta pelo menos uma adaptação externa à ordem legal” (GÜNTHER, 2006, p. 96), para que a pena consiga “estimular e incentivar o autor do ilícito penal ao arrependimento, à compreensão e à conversão, regenerá-lo e, desse modo, levá-lo a uma vida de respeito à lei” (GÜNTHER, 2006, p.190).

Em termos históricos é possível observar que a ideia de ressocializar o apenado surge, ou ganha importância, no Direito Penal com o uso massivo da pena de prisão como padrão de resposta penal, na medida em que passa a ser relevante pensar o que fazer com o tempo “ocioso” do apenado (HASSEMER, 2007). A ociosidade não é útil nem ao preso, nem à sociedade, e considerando que ao final do prazo da pena imposta o condenado retornará ao seio social, a ideia de ressocializá-lo servirá eficazmente para educá-lo da forma “correta”, “prestando ajuda e assistência ao delinquente” (GARCIA-PABLOS DE MOLINA; GOMES, 2007, p.683).

De acordo com César Bitencourt “a teoria da prevenção especial busca coibir a prática delitiva, mas de modo diferente da prevenção geral, dirigindo-se ao delinquente, com o intuito de que ele não mais cometa crimes” (BITENCOURT, 2002, p.79). Da mesma forma Shecaria e Corrêa afirmam que “a teoria da prevenção especial justifica a atuação da pena sobre o agente para que este não volte a delinquir” (SHECAIRA; CORRÊA JUNIOR, 2002, p.133). Os mesmos autores ainda listam como qualidades dessa perspectiva ter ela:

um caráter humanista, pois põe um acento no indivíduo, considerando suas particularidades, permitindo uma melhor individualização do remédio penal. Além

disso, sua atuação específica permite o aperfeiçoamento do trabalho de reinserção social (SHECAIRA; CORRÊA JUNIOR, 2002, 133-134)¹⁵⁸.

Em síntese, para essa teoria, como o indivíduo criminoso representa um grande perigo para a sociedade, a pena deverá atuar de maneira ativa na busca da minoração ou correção do criminoso, para que ele possa ser reabilitado ao convívio social. A ressocialização¹⁵⁹ do sujeito frente à sociedade é aqui o elemento chave, pois a partir da aplicação de uma pena o sujeito viverá uma “vida sem delitos” (HASSEMER, 2005, p.373).

Nas palavras de Jakobs:

A influência sobre o autor deve realizar-se de modo que seja impedido, pela coerção física, de cometer outros fatos ou que o impulse a não os cometer por sua própria vontade. Este último se dá pela via da correção (Besserung) do autor, seja esta via educação ou adestramento, a intervenção corporal (por exemplo, castração), ou a intimidação mediante uma pena admonitória. A função da pena e das medidas de segurança que a acompanham ou substituem pode-se, portanto, caracterizar, seguindo o pensamento de Von Liszt, assim: ‘1. Correção do delinquente suscetível à correção e necessitado dela; 2. Intimidação do delinquente não necessitado de correção; 3. Anulação do delinquente não suscetível de correção’. (JAKOBS, 1997, p. 29).

Embora pareça um ideal aceitável e desejável, esta finalidade apresenta vários problemas específicos que devem ser considerados antes de se afirmar ou defender tal posição como um ideal. Um deles é o de que em um contexto social civilizado e democrático, não parece aceitável que um determinado sujeito tenha sua personalidade ajustada a perspectiva ou ideologias que dominam a sociedade, sendo “ressocializado” para os padrões considerados comuns. Além disso, existe uma latente e clara contradição em se ressocializar alguém por meio da imposição de uma pena criminal, na medida em que ela já é por si maculada por vários estigmas humilhantes.

Já na década de 1970 o sociólogo norte-americano Robert Martinson criticou abertamente estas finalidades de “reeducação”, “reintegração” e “ressocialização”, na medida em que além de inefetivas, a pena criminal não pode ser compreendida jamais a quem padece dela como um “bem” aceitável que irá “recuperar” alguém “desajustado” (MARTINSON, 1974). Também no Brasil, já no século XIX, Tobias Barreto já apontava não querer trabalhar com a “questão ociosa do melhoramento e correção do criminoso por meio da pena”,

¹⁵⁸ Nesse mesmo sentido, entende Jesus Maria Silva Sanchez (1992) que mais do que um fim da pena, a ressocialização deve ser um fim do direito penal como um todo, que é humanista e não autoritário.

¹⁵⁹ Sobre a Ressocialização, Hassemer (2005, p. 374) a critica dizendo que: “a expressão ‘ressocialização’ caiu em descrédito com as teorias da socialização – e com razão. Estas chamaram a atenção para o fato de que os ocupantes do estabelecimento em execução penal em sua maior parte não passaram por processos de socialização ou passaram por processos fracassados (processos de inserção na sociedade e em suas normas), e que eles, portanto, deveriam ser em primeiro lugar ‘socializados’ em vez de ‘ressocializados’”.

afirmando enfaticamente que: “o Direito não partilha com a escola e com a igreja a difícil tarefa de corrigir e melhorar o homem moral” (BARRETO, 1892, p.179).

Além destes problemas, ainda que a defesa de uma pretensa “ressocialização” dos acusados pareça ser justificável e boa, a perspectiva da ressocialização reforça um real problema com a alteração do fundamento da pena da culpabilidade para a periculosidade do agente, a medida em que o indivíduo precisa se submeter a esta “pedagogia” própria para ter diminuída ou neutralizada sua periculosidade a partir destes processos de ressocialização.

A título de exemplo, não se entende como o infrator poderá se ressocializar se estiver confinado a um centro penitenciário onde o contato social é restrito —se não nulo— e onde prevalecem códigos de conduta (ou sobrevivência) distantes do modelo que a ressocialização proclama como válido para a convivência pacífica e que governa fora da prisão. Mesmo que o propósito da pena seja o trabalho e a educação, preparando o sujeito para uma vida em sociedade, o fato deste encontrar na prisão, a ausência de condições materiais, muitas vezes iguais ou até piores do que as que ele possuía – com dificuldades para trabalhar e estudar lá dentro -, deturpam a suposta “ressocialização” (MAINI, 2013, p.149)^{160 161}.

Com o fim máximo de proteger a sociedade de novos potenciais crimes, fortalece-se uma ideia de defesa social e do chamado Direito Penal do Autor, na medida em que também não existiria sentido em se falar em direitos subjetivos dos agentes delinquentes quando da execução de suas penas, adotando-se a terminologia “benefícios” concedidos pelo Estado paternalista e responsável pela pedagogia da correção. Cria-se aqui a imagem de um corpo combatendo uma doença e a internalizando e absorvendo como parte integrante de si novamente pela “reeducação” (BECHARA, 2018, p.12).

A teoria da prevenção especial positiva ganhou forte repercussão internacional, sendo considerada, inclusive, em diversos dispositivos constitucionais de alguns Estados (como a Constituição Italiana e a Espanhola), impactando também na legislação penal e de execução penal de diversos países e blocos regionais, como acontece com a Lei de Execuções Penais

¹⁶⁰ Nas palavras de Ivan Maini (2013, p.150): “A ressocialização continua sendo uma hipótese cujo fracasso é verificado pela reincidência e cujo eventual sucesso não pode ser atribuído com certeza à pena, mas sim à eficácia do sistema de persecução penal.”, o que reforça para nós, mesmo que de maneira preliminar, aqui, que antes, ou simultaneamente a qualquer outro fim, a certeza de punição possui especial relevância.

¹⁶¹ José Antônio Paganella Boschi aduziu sobre este ponto: “Cabe, a este propósito indagar como seria possível conciliar a finalidade de ressocialização com sistema penal de execução por tempo certo? Ora, ao menos teoricamente, o condenado pode muito bem alcançar a meta optada do programa ressocializador antes ou depois do final da pena. Se alcançá-la antes, não deveria, então, ser imediatamente posto em liberdade, por desaparecerem as razões que determinaram e justificaram o confinamento? Pelo reverso, o condenado, ao término da pena, não teria que permanecer preso até a data em que vier a ser declarado apto para a vida em liberdade? Mas em ambas as situações, onde ficaria a segurança jurídica colimada pelo sistema de penas fixas?” (BOSCHI, 2002, 122).

brasileira e a Convenção Americana Sobre os Direitos Humanos, ambas difundindo um ideal de reinserção social do sentenciado. Nos termos, por exemplo do art. 5.6 da referida Convenção, a pena deve prezar pela "a reforma e a readaptação dos condenados, como finalidade essencial das penas privativas de liberdade".

Deve-se lembrar, conforme afirma Sérgio Salomão Shecaira (2011, p.5-6), que no contexto de uma sociedade cada vez mais complexa, cheia de riscos, paradoxal e globalizada, a pena não pode ser considerada como forma de integração social, mas sim exclusão social dos indivíduos indesejáveis¹⁶². Assim, em determinadas circunstâncias, tais delinquentes, causadores de danos gravíssimos, poderiam restar impunes, com base na lógica de se buscar a ressocialização como fim último, sem qualquer adequação ou verificação de outros aspectos específicos. Em resumo "na hipótese de não se conseguir identificar no sujeito concreto a necessidade de correção ou de emenda (ou o perigo de reincidência), não haveria alternativa senão renunciar à aplicação da pena, pois esta careceria de justificativa" (PRADO, 2008. p. 95)¹⁶³.

Deve-se relembra que as penas criminais possuem um elevado efeito estigmatizante, e desconsiderá-lo é bastante problemático, na medida em que manter um delinquente preso a pretexto de "recupera-lo" pode ser muito mais danoso e dificultar ou impossibilitar seu retorno à sociedade¹⁶⁴. Outrossim, não é possível demonstrar empiricamente os resultados dos instrumentos dissuasórios na recuperação do condenado. Aplicar pena com fim apenas de ressocializar, pode não ser efetivo para vários criminosos, como o caso dos delinquentes econômicos, que já possuem valores e educação suficiente para serem considerados "inseridos" na sociedade, não precisando de ressocialização. Não se olvida, da mesma forma que na hipótese que se verá a seguir, que a questão do *quantum* penal é bastante problemática para fins de estabelecer eventual estratégia ressocializadora¹⁶⁵.

¹⁶² "Há delinquentes que por si só não carecem de ressocialização, aos quais é possível um seguro diagnóstico de não-reincidência [...]. Destarte como justificar a imposição da pena nestas situações, se a justificativa da ressocialização não está presente; e como deixar de punir tais delinquentes, apenas pela prescindibilidade de readaptação social do agente?" (SHECAIRA; CORRÊA JUNIOR, 2002, 133).

¹⁶³ Ademais, a finalidade preventiva especial positiva (ressocialização), como critério legitimador da pena se mostrou inefetivo em experiências práticas, de acordo com Feijoo Sanchez (2007), pois nada funcionou como pensado inicialmente. O mesmo autor conclui que isso levou a um retorno para um sistema penal neoclássico, em que a previsibilidade, a segurança jurídica, e a estrita proporcionalidade da pena passaram a ser elementares necessárias para qualquer finalidade da pena (FEIJOO SÁNCHEZ, 2007), pois a medida da pena não pode ser relacionada apenas com prognósticos futuros de ressocialização (e até mesmo neutralização) do sujeito ativo do delito. Há a percepção de que punir apenas com base em finalidades preventivo-especiais, abre margem para enormes discricionariedades por parte do julgador, em face de determinados indivíduos.

¹⁶⁴ Em muitos casos manter uma pessoa sujeita a uma sanção criminal, em especial quando esta é privativa de liberdade, causa danos irreversíveis, que superam em muito a pretensa tentativa de "recupera-lo".

¹⁶⁵ Francisco Muñoz Conde e Winfried Hassemer pontuam que: "Do ponto de vista ressocializador penitenciário, a duração da pena pode ser muito curta para um tratamento minimamente eficaz dos problemas e das tendências

2.1.2.2.2. Prevenção Especial Negativa

Em contrapartida, para a prevenção especial negativa, o fim máximo da pena deve ser a neutralização, a aniquilação ou inocuização total do delinquente. Assim, buscar-se-á a defesa social a partir da segregação do criminoso, eliminando ou neutralizando sua periculosidade. Nas palavras de EUGENIO Zaffaroni (*et all*, 2003, p.116):

as teorias da prevenção especial negativa (cujo modelo é GAROFALO) atribuem à pena uma função de eliminação ou neutralização física da pessoa para conservar uma sociedade, que se parece com um organismo ou com um ser humano, atingida por uma disfunção, que é o sintoma da inferioridade biopsicossocial de uma pessoa e que é preciso responder na medida necessária para neutralizar o perigo que implica sua inferioridade.

Nesse ponto então:

A prevenção negativa, busca tanto a intimidação ou inocuização através da intimidação – do que ainda é intimidável - , como a inocuização mediante a privação da liberdade – dos que não são corrigíveis nem intimidáveis. Ou seja, a prevenção especial negativa tem como fim neutralizar a possível nova ação delitiva, daquele que delinuiu em momento anterior, através de sua "inocuização" ou "intimidação". Busca evitar a reincidência através de técnicas, ao mesmo tempo, eficazes e discutíveis, tais como, a pena de morte, o isolamento etc. (NERY, 2005, p.4).

Causa-se intimidação no indivíduo criminoso que se pode intimidar, e neutralização naquele que não se intimida, para que através do possível sofrimento mal que a pena lhe causaria, este não venha a delinquir, preservando a sociedade que é um corpo organizado e harmonioso. A análise feita por essa corrente aponta que a razão maior de aplicação da pena é neutralizar a vontade delitiva do autor do delito, fazendo com que ele desista da prática de novos crimes após lhe ser aplicada a pena correspondente, ou seja, a prevenção aqui abordada se dirige ao criminoso, que sopesará as vantagens e as desvantagens de sua conduta delitiva. Nas palavras de Mir Puig (1994, p.120), “a ameaça da pena persegue incutir um temor que sirva de freio à possível tentação de delinquir”.

De acordo com Liszt (1977, p.86), em um primeiro momento para todos os criminosos que fossem “incorrigíveis” deveriam ser submetidos a uma neutralização por meio da pena, aceitando-se, inclusive, a prisão por tempo indeterminado, considerando que a sociedade

criminosas do condenado (pense-se em criminoso patrimonial ‘habitual’, condenado por crime pouca gravidade) e ainda, com os princípios do Estado de direito na mão, tenha-se de colocá-lo em liberdade no mesmo dia em que cumpra sua condenação, qualquer que seja o prognóstico ou sucesso obtido pelo tratamento realizado durante sua estada na prisão. Outras vezes, também do ponto de vista ressocializador penitenciário, a duração da pena pode ser muito longa ou desnecessária e até contraproducente para o tratamento adequado do aprisionado. A lógica do sistema prisional para esses casos exige a criação de uma série de instituições que permitam encurtar a duração da pena a limites compatíveis com as necessidades do tratamento. E assim é que como surgiram, todavia, no Direito Penal tradicional, institutos como o livramento condicional e, mais modernamente, o Direito Penitenciário, os chamados ‘benefícios penitenciários’ que, de fato, supõem a redução da pena em um terço de seu cumprimento efetivo (cf. art. 256, Regimento Penitenciário)” (MUÑOZ CONDE; HASSEMER, 1989, p. 138).

poderia e deveria se defender de todos os criminosos que não desistem de sua vontade de delinquir (LISZT, 1977, p. 86). Já para os criminosos “habituais” seria necessário impor uma correção com a aplicação de uma pena que os permitisse retornar tranquilamente ao convívio social (LISZT, 1977, p. 86); e, por fim, aos delinquentes “ocasionais” a pena deveria provocar uma intimidação, que os motive a não voltar a repetir o mesmo ato infracional à norma (LISZT, 1977, p. 90). Ademais, Von Liszt em nenhum momento em sua obra negou que a retribuição não deveria ser aplicável às penas em nenhuma medida, pois ela existiria, mesmo que remotamente, na fase de execução. Mas para ele, a retribuição seria instrumento para se chegar à prevenção (LISZT, 1977, p. 93).

Esta última parte da concepção de que a pena deve ter por finalidade precípua a inocuização do sentenciado, a partir da sua aplicação concreta, reflete em larga medida as disposições previstas no Programa de Marburgo de Von Liszt, e na perspectiva mais radical de Raffaele Garofalo, no sentido de se eliminar o condenado organicamente por completo. No entendimento desses autores todos os direitos das pessoas sujeitas à devem ser desconsiderados na medida em que, por serem perigosos e terem cometido um delito, devem ser consideradas inimigos da sociedade, que precisa ser a todo custo defendida (BECHARA, 2018, p. 11). Neste ponto, inclusive, aplicar penas privativas de liberdade elevadas, ou mesmo outras sanções que causem uma “neutralização social” por completo do agente, será mais eficiente do que qualquer outra modalidade sancionatória.

A lógica, portanto, é incapacitar o sujeito para que ele não retorne a praticar novas infrações penais, quase como se ele fosse uma patologia a ser eliminada. Tal finalidade, em alguma medida, parece atender ao desejo da sociedade pós-moderna e de risco, marcada pelo medo, de ser o criminoso neutralizado por uma punição penal, de forma:

que as penas deveriam ser mais frequentes e duras, que a criminalidade aumenta drasticamente, que o Estado e a sociedade pouco fazem para combatê-la, que o sistema de justiça criminal se preocupa demasiadamente com o autor do ilícito e o trata de um modo excessivamente frouxo, enquanto as vítimas são abandonadas à sua sorte lastimável: hoje em dia existem poucas pretensões e convicções aceitas de modo tão amplo e abrangente pela população da Europa ocidental e da América do Norte como essas (GÜNTHER, 2006, p.187).

Da mesma forma que a corrente da prevenção especial positiva, também a prevenção especial negativa é bastante criticável, pois pune o sujeito não porque sua ação criminosa merece, e sim para que ele não reincida, não havendo um padrão para a aplicação das sanções criminais impostas. Destarte, seria possível, por exemplo, aplicando esta teoria, manter encarcerado um condenado pelo tempo necessário para sua neutralização completa. Um delito de baixo potencial ofensivo poderia ser castigado com uma pena grave sem que o autor apresente um real ou grave risco de reincidência, ou, então, um indivíduo poderia manter-se

perpetuamente preso pelo risco permanente de sua reincidência. Se a pena aplicada não levar em consideração o delito praticado em si, caberia sua utilização com justificativas preventivas. (ROXIN,1997, p.85-89)¹⁶⁶. Ademais, não é possível demonstrar empiricamente que o medo ou o horror causem qualquer inibição à prática delitiva.

2.1.4. Teorias mistas (Ecléticas ou Unificadoras) contemporâneas

Ante ao não consenso no que diz respeito a qual fim da pena aplicar concretamente em um determinado sistema jurídico penal foram desenvolvidas as chamadas teorias mistas, que em linhas gerais mesclam os principais elementos de cada uma das teorias anteriormente mencionadas. Entretanto, tais posições devem ser vistas com certa cautela, considerando serem uma evidente tentativa de se conciliar perspectivas distintas que, racional e individualmente, são inconciliáveis, e que também acabam por se contradizer.

Acerca do risco que estas teorias mistas podem trazer ao sistema jurídico-penal, deve-se mencionar a crítica feita por Eugênio Zaffaroni e Nilo Batista no sentido de que elas reforçam o caráter autoritário do sistema jurídico penal, na medida em que: “As combinações teóricas incoerentes, em matéria de pena, são muito mais autoritárias do que qualquer uma das teorias puras, pois somam as objeções de todas as que pretendem combinar e permitem escolher a pior decisão em cada caso” (ZAFFARONI; BATISTA *et all*, 2003, p.140).

O objetivo maior destas correntes teóricas acerca da aplicação da pena é reunir todos os fundamentos dos fins da pena em uma única teoria, ou conceito. Sobre estas, Luiz Regis Prado afirma que elas “buscam conciliar a exigência de retribuição jurídica da pena – mais ou menos acentuada - com os fins de prevenção geral e prevenção especial” (PRADO, 2008, 495). Assim, Adel El Tasse afirma “[...] ser a pena, por sua natureza, retributiva; porém sua finalidade é um misto de educação e correção” (TASSE, 2003, 73).

De acordo com Roxin (1997, p.93):

As teorias mistas ou unificadoras ou da união, que antes foram absolutamente dominantes e que, todavia, hoje são determinantes para a ciência do direito, consistem em uma combinação das concepções discutidas até agora. Consideram a retribuição, a prevenção especial a prevenção geral como fins da pena que se perseguem simultaneamente

Para estas teorias o fim maior é a busca de uma pena que seja justa, adequada e ao mesmo tempo proporcional ao delito cometido. Essas teorias “aceitam a retribuição e o

¹⁶⁶ Ou seja, sem um referencial correto para a pena, ela poderá durar de forma indeterminada, o que é um absurdo no modelo democrático de Estado em que vivemos. Na realidade, o que pode acontecer é uma inversão dos valores/efeitos esperados pela aplicação da pena, pois os sujeitos assim punidos – apenas observando a ideia de neutralização - podem se revoltar sem qualquer perspectiva de melhora (ANJOS, 2009).

princípio da culpabilidade como critérios limitadores da intervenção do Direito Penal através da pena. A pena não pode, pois, ir além da responsabilidade decorrente do fato praticado” (BITENCOURT, 2002, p.83). A finalidade da pena deve ser pautada na retribuição (reafirmando a ordem jurídica violada), que será relativizada ou contida pelos fins relativos de prevenção geral negativa (intimidando-se os possíveis delinquentes a não cometerem o delito), e prevenção especial positiva (buscando-se a ressocialização do criminoso).

Para esta teoria mista, a pena cumpre funções tanto de prevenção especial quanto geral, sendo limitada pela culpabilidade do sujeito, que torna a responsabilização individual de cada um dos agentes algo bastante proporcional. Será possível também que, a depender do caso concreto, visualizando-se justificativas plausíveis em termos de prevenção, que se reduza a pena ou se conceda benefícios na sua execução, caso estes não diminuam a confiança existente na lei penal, que foi abalada com a prática do crime (MEINI MENDEZ, 2013, p. 155). Assim, a partir das teorias “unificadoras busca-se atribuir um igual nível de influência às distintas finalidades, de modo que, segundo as necessidades e o momento da dinâmica punitiva estatal, uma ou outra possam ser colocadas em evidência” (FERNANDES, 2001, p.718). Nesse mesmo sentido assevera Regis Prado:

Desse modo, a pena deverá ser, acima de tudo, justa e adequada, proporcional à magnitude do injusto e à culpabilidade do autor, e as considerações relacionadas à prevenção geral e à prevenção especial desempenham função restritiva ou limitadora de imposição da pena justa. Pode assim dar lugar à redução da pena aplicada ou, inclusive, levar à abstenção de sua aplicação, quando não seja considerada necessária do ponto de vista preventivo. (PRADO, 2008, p. 497)

Acerca destas teorias mistas Yvana Savedra Barreiros levanta as seguintes críticas:

Qualquer teoria que pretenda compreender o fenômeno penal na sua amplitude deve enfrentá-lo a partir de um ponto de vista totalizador, para então decompô-lo, distinguindo seus diferentes aspectos. É nesse ponto que as teorias unificadoras fracassam, pois, para elas, o fundamental continua sendo a própria retribuição, a partir da qual, secundariamente, se buscam outros fins. (BARREIROS, 2008, p.7)

Claus Roxin, por exemplo, propôs uma teoria conhecida como unificadora dialética ou preventivismo dialético (*präventive Vereinigungstheorie*), que tem como principais premissas o abandono de finalidades retributivas, concentrando-se apenas em objetivos utilitários, considerando também a finalidade precípua do Direito Penal em sua opinião, qual seja, proteger os bens jurídicos mais relevantes¹⁶⁷. Ele afirma:

¹⁶⁷ Em suas palavras “O ponto de partida de toda teoria da pena sustentável na atualidade deve residir em critérios de que a finalidade da pena somente pode ser de tipo preventivo; pois dado que as normas penais somente estão justificadas quando têm por objetivo a proteção da liberdade individual e um ordenamento social tendente a isso, pena concreta também deve perseguir somente esta finalidade, ou seja, uma finalidade de prevenção de delitos” (ROXIN, 1993, p. 32), complementando “Ao revés, em uma teoria unificadora bem compreendida, a retribuição não pode ser considerada como uma finalidade a ser relevada junto com a prevenção” (ROXIN, 1993, p.36).

Pelo contrário, a função de uma teoria mista ou unificadora capaz de sustentar-se nas condições de hoje em dia consiste em anular, renunciando ao pensamento retributivo, os posicionamentos absolutos dos respectivos e, pelo mais, divergentes desenvolvimentos teóricos sobre a pena; de tal forma que seus aspectos acertados sejam conservados em uma concepção ampla e que suas deficiências sejam amortecidas através de um sistema de complementação recíproca e de restrição. Pode-se falar, aqui, de uma teoria unificadora preventiva "dialética", conquanto através de semelhante procedimento as teorias tradicionais, com seus objetivos antitéticos, se transformam em uma síntese (ROXIN, 1997, p. 95)

Esta teoria parte da perspectiva de que não é pelo reconhecimento da culpa do sujeito, nem mesmo por qualquer tentativa de prevenção que vai ser possível por si só fundamentar a aplicação de uma pena, de modo que também a retribuição não é suficiente para legitimar a sanção penal, considerando não poder metafisicamente explicá-la. Para esta teoria mista, a pena cumpre funções tanto de prevenção especial quando geral, sendo limitada pela culpabilidade do sujeito, que torna a responsabilização individual de cada um dos agentes, algo bastante proporcional. Será possível também que a depender do caso concreto, visualizando-se justificativas plausíveis em termos de prevenção, que se reduza a pena ou se conceda benefícios na sua execução, caso estes todos não diminuam a confiança existente na lei penal, que foi abalada com a prática do crime.

O fundamento do pensamento de Roxin parte da lógica de se verificar as necessidades político-criminais de intervenção do Direito Penal, pois somente estas irão justificar plenamente a pena. Aliada à verificação dessas necessidades político-criminais, Roxin ainda pontua a importância da culpabilidade como um limite à ingerência estatal, na medida em que o princípio da culpabilidade “tem, portanto, uma função liberal, independentemente de toda retribuição, e, em favor da liberdade do cidadão, deve ser conservado também em um Direito Penal Moderno” (ROXIN, 1993, p.38).

Roxin afirma categoricamente que:

a prevenção especial e a prevenção geral devem figurar, conjuntamente, como fins da pena. Posto que os fatos delituosos podem ser evitados tanto através da influência sobre o particular como sobre a coletividade, ambos os meios se subordinam ao fim último ao qual se estendem e são igualmente legítimos (ROXIN, 1997, p. 95)¹⁶⁸.

Roxin propõe, que a cada fase do processo de individualização da sanção penal (cominação, aplicação e execução) cada uma das finalidades preventivas da pena seja considerada de forma distinta, de modo que: durante o processo legislativo de criação do tipo penal, na cominação, deve prevalecer uma prevenção geral pura; já na aplicação da pena o aplicador deve considerar as medidas de prevenção especial e geral necessárias para eliminar o criminoso e o abalo social causado pelo crime; por fim, na execução, cabe ao responsável

¹⁶⁸ “De ello resulta además que la prevención especial y la prevención general deben figurar conjuntamente como fines de la pena. Puestos que los hechos delictivos pueden ser evitados tanto a través de la influencia sobre el particular como sobre la colectividad, ambos medios se subordinan al fin último al que se extienden y son igualmente legítimos”.

considerar os efeitos de a prevenção especial positiva esperados da pena, visando ressocializar o indivíduo condenado (ROXIN, 1997, p.97)¹⁶⁹. Em suas palavras:

A teoria unificadora, tal e como aqui se defende, não legitima, pois, qualquer utilização, sem ordem nem acordo, dos pontos de vista preventivo-especiais e gerais, senão que coloca a ambos em um sistema cuidadosamente equilibrado, que só no conjunto de seus elementos oferece um fundamento teórico para a pena estatal. (ROXIN, 1997, p. 98)¹⁷⁰.

Então, a Teoria unificadora de Roxin deve ter por norte as finalidades de política-criminal (que vão orientar a necessidade da pena), funcionando a culpabilidade como seu critério limitador. Ou seja, “a culpabilidade, enquanto relacionada com o indivíduo e sua capacidade de motivação na lei e atuação conforme, é, para Roxin, algo que limita a dosagem da pena, mas não que interfira em sua necessidade ou justificação” (COSTA, 2021, p.116).

Observemos que a fixação da pena, tendo apenas a culpabilidade como seu referencial limitativo, não é algo isento de críticas ou problemáticas. Há uma dificuldade, em algumas vezes, de se conciliar a culpabilidade com exigências preventivas gerais e especiais, pois “sendo ela o limite, o que estiver abaixo dela estaria preso às necessidades de evitamento da reincidência concreta do sentenciado e, também, ao impedimento do cometimento de crimes pelos demais destinatários da lei” (COSTA, 2021, p.117). Ou seja, se houvesse a necessidade de se aplicar uma pena, que por razões utilitárias fosse maior do que o admitido pela medida da culpabilidade do agente, isso não seria adequado ou bem-visto político-criminalmente. Da mesma forma existe a problemática de se impor uma pena que seja muito abaixo do juízo de culpabilidade da conduta do agente¹⁷¹. Resumidamente, pode-se dizer que o sistema de Roxin parte do pressuposto de que as necessidades preventivas da pena devem prevalecer sobre o juízo de culpabilidade, e dentro do próprio sistema preventivo, a prevenção especial deve ter um relevo maior. Roxin resume bem seu pensamento na seguinte passagem:

Neste caso, a prevenção especial merece prioridade até um grau a ser determinado com mais detalhe, de modo tal que, no caso de nosso exemplo, portanto, dever-se-ia impor um ano de prisão de execução condicional. Pois, em primeiro lugar, a ressocialização é um mandato constitucional, que não pode ser desatendido,

¹⁶⁹ “Em primeiro lugar, o fim da cominação penal é de pura prevenção geral. Pelo contrário, na imposição da pena na sentença, deve-se levar em consideração a mesma medida das necessidades preventivas especiais e gerais, a teor do exposto nos números 37-40. Por último, na execução da pena, passa totalmente ao primeiro plano a prevenção especial, como também põe evidenciado o §2 StVoUzG, que só menciona a (re)socialização como ‘fim da execução’” (ROXIN, 1997, p. 97).

¹⁷⁰ “La teoría unificadora, tal y como aquí se defiende, no legitime, pues, cualquier utilización, sin orden ni concierto, de los puntos de vista preventivos especiales y generales, sino que coloca a ambos en un sistema cuidadosamente equilibrado, que sólo en ensamble de sus elementos ofrece un fundamento teórico a la pena estatal”.

¹⁷¹ Nas palavras de Roxin: “Muito menos clara é a situação quando se trata de saber se é possível impor-se uma pena inferior ao grau mínimo do marco da culpabilidade, quando isso parece conveniente para conseguir a ressocialização do réu. Contra tal possibilidade, apenas existem argumentos de princípio, já que inclusive pode ser necessária e realizável em atenção ‘à vida futura do réu em sociedade’, sem que por isso se prejudique a função protetora do princípio de culpabilidade” (ROXIN, 1981, p. 104).

naqueles casos em que é possível seu cumprimento. E, em segundo lugar, deve-se ter em conta que, no caso de conflito, dar prioridade à prevenção geral ameaça de fazer fracassar a prevenção especial, enquanto, pelo contrário, a preferência da prevenção especial não exclui efeitos de prevenção geral da pena, senão que, no máximo, se desvia de forma dificilmente mensurável; pois também uma pena mais leve tem efeito de prevenção geral. Por outro lado, as necessidades de prevenção especial só desfrutam de preferência na medida em que os requisitos mínimos de prevenção geral, todavia, estejam assegurados (o qual é o caso de nosso exemplo). A pena, portanto, não pode ser reduzida por razões de prevenção especial até um ponto que a sanção já não seja levada a sério pela população; pois isto comprometeria a confiança no ordenamento jurídico e estimularia deste modo, a imitação (ROXIN, 1993, p. 34)¹⁷².

Também é relevante mencionar a teoria preventiva por diferenciação de Eberhard Schmidhäuser (Teoria diferenciadora). Para este autor deve se afastar completamente qualquer possibilidade de retribuição por meio de aplicação de uma pena criminal, sendo louvável que o sujeito seja utilizado finalisticamente para alcançar um benefício social maior. Nas palavras de Santiago Mir Puig, esta vertente teórica pode ser conhecida como diferenciadora pois “parte da distinção entre teoria da pena em geral e sentido da pena para os diferentes sujeitos que intervêm na vida da pena” (MIR PUIG, 2003, p. 62), distinguindo dois elementos importantes da pena: seu sentido e sua finalidade.

A finalidade da pena para este autor deve se direcionar ao “combate da criminalidade” (MEINI, 2013, p.153), com enfoque majoritariamente voltado à prevenção geral, tendo por principal fim não evitar totalmente o crime, mas permitir uma convivência social em níveis aceitáveis. Nas palavras de Ivan Meini, mencionando esta teoria:

Neste cenário, adquire especial importância a prevenção geral: a condenação serve de ameaça à coletividade do que ocorre em dito ordenamento jurídico diante de um fato semelhante (prevenção geral negativa), e mostra ao mesmo tempo a validade da norma (prevenção geral positiva (MEINI, 2013, p.153).

Já o sentido da pena deve se limitar naquilo que seja o útil para a manutenção de uma convivência social a mais pacífica quanto possível, de forma que:

É necessário renunciar a que a pena tenha certo sentido para o condenado, já que não o castiga em benefício dele mesmo, senão todo o mais, para o benefício da

¹⁷²En este caso, prevención especial merece prioridad hasta un grado a ser determinado con más tanto detalle, de modo tal que en el caso de nuestro ejemplo, por tanto, debería imponerse un año de prisión -de ejecución condicional. Pues, en primer lugar, la resocialización es un mandato constitucional, que no puede ser desatendido, en aquellos casos en que es posible su cumplimiento. Y, segundo lugar, se debe tomar en cuenta que, en caso de conflicto, dar prioridad a la prevención general amenaza con hacer fracasar a la prevención especial, no excluye efectos de la prevención especial, mientras que, por el contrario, la preferencia de la prevención especial no excluye efectos de prevención general de la pena, sino que, a la sumo, se desvía en forma difícilmente mensurable; pues también una pena más leve tiene efecto de prevención general. Por otro lado, las necesidades de prevención especial sólo disfrutan de preferencia, en la medida en que requisitos mínimos de prevención general todavía estén asegurados (lo cual es el caso en nuestro tanto, no puede ser reducida por razones ejemplo). La pena, por de prevención especial hasta un punto reducida por razones de prevención especial hasta un punto en que la sanción ya no sea tomada en serio por la población; pues esto conmovría la confianza en el ordenamiento jurídico, y estimularía, de este modo, la imitación (ROXIN, 1993, p.34).

sociedade. Portanto, como pretende este autor, prevalece a correta vida em comunidade frente aos interesses do delinquente. (CORBACHO, 2012, p. 13)¹⁷³.

A ideia é que cada uma das agências de exercício da política criminal dê em cada momento da pena um sentido específico. Assim, por exemplo, cabe ao legislativo fazer com que a pena criminal tenha o sentido de servir à defesa da coletividade, com ênfase na ideia de prevenção-geral positiva, sempre tendo por norte a justiça quando da quantificação das penas no tipo penal (MIR PUIG, 2003, P.63). Já para os órgãos de persecução penal – tais como o Ministério Público e as Polícias – o sentido da pena estará em encontrar elementos probatórios sobre o crime, dando amparo pelo julgamento do judiciário. Ao julgador cabe direcionar-se pelo sentido de prevenção especial, fixando uma pena justa ao condenado. Os agentes de execução deverão buscar sentido na sua atuação com base na lógica de que a pena deve ressocializar o condenado (prevenção especial positiva), (MIR PUIG, 2003. p.63). Ao condenado deve a pena servir com o sentido de expiar seu mal causado socialmente, ou seja, reprová-lo; e para a sociedade, por fim, ela deverá “encontrar no processo da punição um sentido referente a seu comportamento, reconciliando-se com aquele que tenha cumprido uma pena e aceitando-o de novo em seu seio” (MIR PUIG, 2003, p.63) ¹⁷⁴.

Da mesma forma como ressaltado quando da exposição das linhas gerais da teoria preventiva, seu maior problema, qualquer que seja ela (geral, especial, contemporânea), é o de não conseguir demonstrar empiricamente sua efetividade para fins de prevenir o crime. Ademais, as teorias preventivas pecam em não estabelecer parâmetros precisos para que seja fixado um *quantum* de pena apenas com base nos fins almejados (ora, como calcular quantos anos de detenção ou quanto de multa seria necessário para evitar um novo crime econômico?).

Gunther Jakobs tece algumas críticas acerca da Teoria unificadora, aplicável em sua época pelo ordenamento jurídico Alemão, sendo relevante para nós por ser esta a posição predominante do Código Penal e Legislações criminais brasileiras¹⁷⁵. Entre as principais

¹⁷³ “Es necesario renunciar a que la pena tenga cierto sentido para el condenado, ya que non se le castiga en beneficio suyo, sino todo lo más, para el de la sociedad. Por tanto, como platea este autor prevalece la correcta vida en comunidad frente a los intereses de los delincuentes”.

¹⁷⁴ Além disso, de acordo com Iván Meini (2013, p. 155) Schmidhäuser traz importantes considerações sobre a pena afirmando que “(i) a pena permite ao legislador destacar o valor da sociedade e a ideia de justiça; (ii) aos órgãos de persecução criminal (por exemplo, a Polícia e o Ministério Público) são responsáveis por esclarecer os crimes e levar o infrator ao juiz; (iii) ao juiz atribui a obrigação de julgar de acordo com o princípio da legalidade e punir comparando as penas previstas para outros crimes e para os crimes que o infrator possa ter cometido; (iv) reconhece o dever dos agentes de execução criminal de ajudar o recluso a aproveitar ao máximo o seu tempo na prisão; (v) o condenado deve tentar se livrar de sua culpa —que é semelhante à expiação—, e (vi) a sociedade deve considerar a pena cumprida e aceitar o retorno do sujeito (conciliação)”.

¹⁷⁵ Prova disso é que diz o art. 59 do Código Penal (considerado núcleo da parte relacionada às penas, que “Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá,

críticas apontadas pelo autor, podemos resumi-las nos seguintes itens: há uma elevada incerteza quanto à forma e unidade entre a prevenção e a retribuição, não havendo um ponto em comum apto a demonstrar a realização desta união, que também não é faticamente demonstrada como efetiva. (JAKOBS, 2003). Prova da não adequada prevenção ou retribuição é o ainda elevadíssimo índice de reincidência, com a sensação de insegurança/injustiça, também tão comum¹⁷⁶.

Para Jakobs por não haver fundamentos empíricos e filosóficos que justifiquem a união da prevenção e da retribuição, deve-se adotar uma posição diferente da mera união de ambas. Em sua opinião, inclusive, a pena deve cumprir o papel de confirmar a sociedade e o ordenamento jurídico específico, reforçando a “permanência da realidade normativa”, prevenindo a infração à norma, mantendo vigente o ordenamento jurídico tal como posto (JAKOBS, 2003).

Compreendidas as teorias unificadoras, vejamos as Teorias Expressivas da Pena.

2.1.5. Teorias Expressivas da Pena

De acordo com Tatjana HÖRNLE (2020), na Alemanha, muito por influência anglo-saxônica se discute acerca da finalidade da pena também sobre a óticas das chamadas *Teorias expressivas da pena*. De acordo com Feinberg (2019, p. 3-26):

tanto as sanções como as penas são privações autorizativas para fracassos; mas além destas características comuns, as sanções são privações que possuem um caráter variado, enquanto as penas têm uma característica adicional importante. Essa característica, ou diferença específica, é uma certa função expressiva: A pena é um dispositivo convencional para a expressão de atitudes de ressentimento ou indignação, e de julgamentos de desaprovação e reprovação, seja por parte da autoridade que pune ou daqueles "em nome de quem" o castigo é infligido. A pena, em suma, tem um significado simbólico que está em grande parte ausente em outros tipos de sanções¹⁷⁷.

Dessa forma, Feinberg contribuiu para a compreensão de que a pena deve possuir dois elementos diferenciadores: de um lado a reprovação simbólica, comunicando uma mensagem ao autor da infração; por outro lado, a pena deve gerar um mal ao destinatário da pena, que seja desagradável ao ponto de não mais retornar à prática criminosa. A partir dessas

conforme seja necessário e suficiente para **reprovação e prevenção** do crime”. Ou seja, a reprovação e a prevenção devem ser aplicadas e consideradas de forma simultânea quando da dosimetria.

¹⁷⁶ Basta refletirmos: quanto tempo de pena seria o adequado para ao mesmo tempo prevenir reincidências e ou responsabilizar determinados criminosos, em especial delinquentes econômicos?

¹⁷⁷ “tanto las sanciones como las penas son privaciones autoritativas para fracasos; pero aparte de esta característica común, las sanciones tienen un carácter misceláneo, mientras que las penas tienen una característica adicional importante. Esa característica, o diferencia específica, es una cierta función expresiva: La pena es un dispositivo convencional para la expresión de actitudes de resentimiento o indignación, y de juicios de desaprobación y reprobación, ya sea por parte de la autoridad que castiga o de aquellos “en cuyo nombre” se inflige el castigo. La pena, en suma, tiene un significado simbólico que falta en gran medida en otro tipo de sanciones”.

considerações, abriu-se espaço para que diversos autores, especialmente anglo-saxões, comessem a desenvolver uma teoria acerca do caráter expressivo, simbólico e comunicativo que a pena deve ter por fim.

As teorias expressivas da pena têm por fim oferecer uma resposta às tradicionais finalidades retributivas ou preventivas. Todavia, conforme afirma Beltrán Calfarrupa (2019), elas se encontram “atualmente em um estado incipiente e preliminar”, existindo ainda muitas versões, sem uma fundamentação tão adequada, inclusive na doutrina norte-americana, razão pela qual ainda é penoso conseguir compreendê-las em todas suas dimensões (BELTRÁN CALFURRUPA, 2019).

O mesmo autor sustenta que elas não são neo-retribucionistas ou neo-preventivas, na realidade são algo novo, com notáveis diferenças em relação ao que são as teorias retribucionistas e preventivas clássicas (BELTRÁN CALFURRUPA, 2019). Para estas teorias a pena, independentemente do fim a que se pretenda levantar, implicará em uma dimensão factual e comunicativa. Ademais, estas teorias apresentam uma estrutura muito mais consequencialistas que deontológicas, sendo elas uma espécie de “consequencialismo retribucionista” (BELTRÁN CALFURRUPA, 2019, P. 161).

As teorias expressivas da pena partem, da lógica de que a imposição de uma pena deve se fundar sempre em respeito ao interesse de pessoas, mas, diferentemente das teorias anteriores (especialmente as preventivas), a pena não deve se preocupar com a possibilidade de crimes futuros por parte do apenado, mas sim se interessar com o tratamento adequado ao comportamento já passado. A ideia é que a pena deve ter por fim comunicar uma mensagem de reprovação, não sendo fim a reprovação em si, mas a mensagem comunicada. Para estas teorias, portanto, a imposição de uma pena não servirá para influenciar na prática de atos futuros de determinados sujeitos, mas se relacionará com fatos passados. Elas enfatizam que as condenações criminais serão atos de comunicação.

Isto posto, é possível observar uma subdivisão inicial destas teorias, com uma delas postulando que a mensagem comunicada pela pena deve se direcionar simbolicamente à norma, reestabelecendo sua vigência, que foi afetada pelo delito; e por outro temos as teorias expressivas que dizem que a mensagem de reprovação deve ser direcionada a certas pessoas, como o infrator, a vítima ou a sociedade (HÖRNLE, 2020).

2.1.5.1. Teorias expressivas orientadas à norma

Para esta primeira corrente a finalidade da pena é velar pela vigência da norma que foi afetada pela prática do delito. Quando um crime acontece não apenas danos materiais são

produzidos, mas também diversas normas jurídicas que compõe a realidade social são duramente afetadas. Afeta-se tanto seu caráter vinculante, quanto a potencialidade de superar situações de crises, “produzindo uma série de consequências cognitivas e psicológicas e sociais indesejadas” (BELTRÁN CALFURRAPA, 2019, p.162).

De acordo com Beltrán Calfurrapa, embora tradicionalmente se classifique o pensamento de Jakobs como sendo favorável à ideia de prevenção geral, sua teoria mais se aproxima com esta corrente. Tendo por base a teoria dos sistemas de Luhman, parte-se da ideia de que o sentido do Direito Penal é voltado à preservação da sociedade, razão pela qual toda sua organização se estrutura com base em um subsistema de comunicações, cuja missão é a estabilização de expectativas normativas, por meio da imposição de uma sanção criminal (JAKOBS, 1997).

Embora a perspectiva deste autor já tenha sido tratada anteriormente, de forma breve, reforçaremos alguns dos pontos de seus pensamentos, pois são relevantes para as teorias expressivas orientadas à norma, sempre com o reforço colocado no início deste tópico, no sentido de que as teorias expressivas ainda estão em fase de maturação científica, e por isso pode-se notar algumas proximidades com outras teorias já enunciadas. Para Jakobs o efeito comunicativo da pena é um instrumento ideal e idóneo para reestabelecer e resolver os processos de defraudação das expectativas sociais, que não podem ser resolvidos de outra forma se não pela pena, pois “se a vida em sociedade deve ser viável, cada indivíduo deveria ser capaz de fornecer segurança às suas expectativas, e uma vez que uma segurança cognitiva só seria imaginável em um mundo petrificado à maneira de um museu, na vida social as expectativas devem ser asseguradas normativamente”¹⁷⁸ (JAKOBS, 1997, p. 128).

De acordo com BELTRÁN CALFURRAPA (2019) o pensamento de Jakobs não é plasmado apenas na fundamentação filosófica de Luhmann, sendo na realidade uma leitura “Luhmanniana de Hegel”, de forma que a finalidade da pena não deve se voltar a tentar evitar novas reincidências do autor do delito, mas sim exclusivamente reforçar a vigência da norma posta. Para esta teoria a relação entre o delito e a pena não está em qualquer relação causal, não sendo também consequência de uma lógica de proteção de bens jurídicos (BELTRÁN CALFURRAPA, 2019). Ora, esta relação se estabelece em um plano simbólico comunicativo, em que os comportamentos representam ou são entendidos a partir da aplicação da norma. Assim: “a partir daí, dado que não basta uma simples mensagem simbólico-comunicativa

¹⁷⁸ “Si se quiere que la vida en sociedad sea factible, cada uno debería poder dotar de seguridad a sus expectativas, y dado que una seguridad cognitiva sólo sería imaginable en un mundo petrificado al modo de un museo, en la vida social las expectativas deben ser aseguradas normativamente” (JAKOBS, 1997, p. 128).

abstrata, seria necessário que a expressão de reprovação jurídico-penal acarrete também uma 'dor penal'¹⁷⁹(BELTRÁN CALFURRAPA, 2019, p.164).

Logo, a finalidade da pena para esta teoria será comunicar uma negação a negação da vigência da norma pelo ato de delinquente. Por isso, ao Direito Penal e à pena a finalidade será orientar aos cidadãos porque se abstenham de delinquir, e também “reconheçam e aceitem os mandatos legais como justificados e se abstenham de cometer delitos por essa razão, ou que os delinquentes reconheçam a ilicitude de seus crimes passados e se abstenham dos crimes futuros, também por essa razão” (DUFF, 2001, p. 81). Logo, a pena deve ser entendida como um ato de comunicação moral, que obriga a autoridade pública a tratar o infrator como um igual, e para o qual deve ser dirigida uma mensagem simbólica, para que ele se arrependa, reforçando a vigência da norma.

2.1.5.2. Teorias expressivas orientadas às pessoas

De acordo com as teorias expressivas direcionadas às pessoas, a mensagem contida na condenação criminal deverá se orientar a determinados indivíduos em particular, podendo ser qualquer das pessoas de alguma forma envolvida com o crime (infrator ou vítima). Ora, existem dois fatores inerentes à pena, e que dão razão/sentido a ela: o mal e a reprovação. Esse mal será expresso por uma dor, que busca colocar o sujeito uma situação desagradável. Mas não se trata apenas de uma restrição de direitos que vai infringir uma dor de forma deliberada, trata-se de uma reprovação institucionalizada que “cumprindo pressupostos processuais e materiais, tentará comunicar simbolicamente a desaprovação jurídico-social da conduta lesiva” (BELTRÁN CALFURRAPA, 2019, p. 167), ou seja, haverá uma comunicação de censura que se dirigirá não apenas ao autor, mas também à vítima do delito, e à sociedade como um todo. Por isso, para estes autores, mais do que a reprovação como fim da pena, sua concreta forma de comunicação é o fim essencial da pena, através do qual é possível entender claramente a pena como uma “reprovação merecida” (MAÑALICH, 2007).

Um importante doutrinador que trouxe aportes teóricos para fundamentar esta teoria foi Andrew von Hirsch (1991). De acordo com este autor, a pena expressar uma reprovação ou uma desaprovação é algo quase evidente, mas deve-se considerar e verificar se ela está comunicando concretamente um juízo de reprovação. No juízo de justiça cotidiano, entende-se que as pessoas são punidas em decorrência de uma moralidade, que considera as pessoas

¹⁷⁹ “a partir de allí, dado que no basta con un simple mensaje simbólico-comunicativo abstracto, sería necesario que la expresión de reproche jurídico-penal lleve aparejada además un ‘dolor penal’” (BELTRÁN CALFURRAPA, 2019, p.164).

responsáveis por seus atos. Já no Direito Penal a sanção criminal anuncia de antemão um juízo de reprovação às condutas puníveis, de forma que violada a norma, essa comunicação de reprovação deve ser autêntica e efetiva. Em suas palavras:

uma resposta condenatória a uma conduta lesiva pode expressar-se de um modo puramente (ou principalmente) simbólico; ou, de uma forma na qual a reprovação se expresse através da imposição de uma dor. A sanção penal é uma resposta a este último tipo. Prefere-se esta resposta penal puramente simbólica considerando seu papel complementar como desincentivo. A função preventiva funciona assim somente dentro do marco da censura (HIRSCH, 2003, p. 31).

Portanto, segundo von Hirsch, o reconhecimento do papel central da comunicação de uma censura individual contra o delinquente fortaleceria a necessidade de racionalizar o “*ius puniendi*” não apenas através da culpa, mas também através da necessidade de encontrar um equilíbrio justo entre a gravidade da pena e o mérito da reprovação. Logo, o *quantum* da pena deve transcender ao princípio da proporcionalidade como postulado essencial, para servir também a expressar um juízo de reprovação e de sofrimento àqueles que venham a violar a norma (HIRSCH, 1991, p. 571). Por isso a pena deve ser graduada a depender da gravidade do delito, para ser uma resposta comunicativa de reprovação efetiva para cada caso¹⁸⁰.

A partir dos postulados de Von Hirsch alguns autores também passaram a dissertar sobre a necessidade da pena ter por fim comunicar algo à vítima. A vítima de acordo com Klaus Güther (2014) sempre foi vista como alguém que estava sujeita aos interesses da ação penal, e dos agentes do Estado, suportando os efeitos lesivos do delito. Mas, para o mesmo autor, a vítima é um agente moral, um ator racional e comunicativo, que da mesma forma que o autor do delito, tem o direito de ser tratado e considerado como detentor de uma série de

¹⁸⁰ Isso significa que Von Hirsch entende que a proporcionalidade não é efetiva ou ideal para limitar o *quantum* de pena? De acordo com (BELTRÁN CALFURRAPA, 2019, p. 169), a proporcionalidade será sim considerada, pois: “ahora bien, para alcanzar tal objetivo se debería asegurar que la pena se gradúe en atención a la gravedad del delito, pues, a juicio de von Hirsch, sólo así se podría asegurar una respuesta punitiva coherente y proporcionada para cada caso. A partir de allí, existirían dos formas de entender la proporcionalidad: una ordinal y otra cardinal. Con la idea de ‘proporcionalidad ordinal’, grosso modo, se intentaría aludir a la equivalencia entre las penas correspondientes a diferentes delitos, de modo que aquellas personas que hubieran cometido delitos equiparables reciban penas equiparables. Con la idea de ‘proporcionalidad cardinal’, en cambio, se aludiría al punto inicial de ‘arranque’ de una determinada escala o marco penal, a objeto de fijar las fronteras aproximadas de la cuantificación de la pena. En consideración a ello, si la proporcionalidad goza de una preponderancia como la sugerida, las sanciones deberían variar su severidad de acuerdo con un cierto nivel de estandarización, pues, según von Hirsch, la exigencia de mantener tal proporcionalidad requeriría que seamos capaces de comparar la severidad, es decir, que seamos capaces de asumir que cuanto más original sea una condena, más difícil será su comparación. De ahí que sean dos los ejes básicos para preconizar un cierto nivel de estandarización: por un lado, una concepción del daño basada en el estándar de vida, que apuntaría a analizar la forma como el delito lesiona los medios y capacidades que normalmente ayudan a la gente a conseguir una buena calidad de vida; y, por otro lado, una concepción de culpabilidad fundamentada en un reproche comunicativo, vale decir, en una comunicación que se dirige al autor como una agente moral que evalúa y asume responsablemente las consecuencias lesivas de su actuar. De este modo, a pesar que las directrices para conseguir dicha estandarización pueden variar y no ser necesariamente perfectas, la razón más obvia para defender tal convencionalismo sería relativamente simple: propender a la coherencia e igualdad en la aplicación de la penas, de modo que distintos jueces apliquen criterios de gravedad similares”.

direitos potestativos, e faculdades a serem respeitadas. Ora, o crime comunica à vítima sua não condição de cidadão e pessoa respeitada, razão pela qual a pena deve ter por fim, também, reforçar sua posição como cidadã e digna de direitos. (GÜTHER, 2014).

Da mesma forma que a vítima afetada pelo crime, também a sociedade/coletividade é afetada pela prática delitiva, como sendo “não respeitável”, razão pela qual, para esta teoria, o fim da pena deve também ser comunicar uma mensagem no sentido de reforçar a respeitabilidade da sociedade afetada (BELTRÁN CALFURRAPA, 2019).

Além de todas estas teorias vistas até o presente momento, existe ainda uma teoria cética quanto à pena. Vejamos.

2.1.6. Teoria negativa e agnóstica da pena

De forma geral, as teorias da pena anteriormente abordadas, em especial as preventivas, partem da lógica de que a pena pode gerar algum bem quando aplicada, sendo este bem deontológico (teorias retributivas) ou então utilitário (preventivas). Ou seja, estas teorias possuem algo de positivo que pode ser gerado, e assim conseguem validamente justificar a intervenção penal na liberdade e autonomia particular dos agentes privados, trazendo alguma legitimidade dogmática e funcional em sua aplicação (ZAFFARONI, 2011). É papel para o teórico do Direito Penal que parte de pelo menos uma dessas teorias, construir um trabalho que legitime a aplicação real dessas teorias na prática. Mas não existiram apenas teorias que buscaram legitimar a atuação do Direito Penal por meio da pena, razão pela qual é importante, ao menos a título de menção, falar brevemente sobre a teoria agnóstica da pena.

Tobias Barreto foi um dos precursores de uma teoria agnóstica na criminologia brasileira, afirmando que a pena não é dotada de um conceito jurídico, sendo na realidade um instituto político, expressão do poder do Estado, não se justificando racionalmente (BARRETO, 1996). Tentar racionalizar a pena, seria para ele “racionalizar o irracionalizável” (BARRETO, 1996, p.649).

A teoria negativa ou agnóstica da pena tem suas bases na Criminologia Crítica, tendo como pressuposto a compreensão de que a pena é um processo de vingança, que é incapaz de solucionar os conflitos sociais, sendo a pena uma medida de verticalização da justiça (COSTA, 2021, p.126). A teoria parte da lógica de submeter as categoriais dogmáticas à realidade, reforçando a existência de processos de estigmatização e seletividade do sistema penal, de modo que qualquer tentativa de legitimar de forma positiva a sanção penal esbarra na natural tentativa de limitação do poder punitivo estatal (papel principal do Direito Penal), e

na irracionalidade da realidade sancionatória. Nas palavras de Zaffaroni (2017, p.163) “A inevitável seletividade do sistema penal desnuda a pena de seus falsos fundamentos éticos”. Assim sendo, a pena não pode, para esta perspectiva, ser racionalmente legitimada pela sua própria lógica empírica, pois “o conceito de pena não pode ser proporcionado por nenhum discurso legitimador” (ZAFFARONI, 1991, p.202)¹⁸¹.

Sobre a Criminologia Crítica, Juarez Cirino dos Santos preleciona que suas bases são representadas pela:

superação do paradigma etiológico tradicional e pelo estudo do sistema punitivo como sistema dinâmico de funções do modo capitalista de produção, negando o mito do direito penal igualitário: a crítica ao sistema punitivo concentra-se no processo de criminalização, destacando os mecanismos de produção e de aplicação de normas penais e de execução das penas criminais. A produção de normas penais promove uma simultânea seleção de tipos legais e de indivíduos estigmatizáveis: a estrutura de interesses protegidos (elites de poder econômico e político) e as condutas ofensivas desses interesses pré-selecionam os sujeitos os sujeitos estigmatizáveis (SANTOS, 2008, p. 44/45).

Em linhas gerais, parte-se de bases criminológicas que tentam se distanciar das tradicionais correntes criminológicas, em especial a clássica e a positivista, tendo por sustentáculo a noção de que o sistema penal é seletivo, e com sua intervenção produz desigualdades na estrutura social – rompe-se aqui com as perspectivas etiológicas que tentam compreender o crime com base em suas causas – fazendo a criminologia voltar seu olhar para os processos de criminalização (SANTOS, 2008, p.44).

A seletividade típica do sistema penal permite compreendê-lo como sendo dividido, ou marcado, por funções específicas. Um dos pontos relevantes é o duplo processo de criminalização que é realizado. Ora, a criminalização primária é aquela realizada pelo legislador, que elege e tipifica comportamento jurídico-penalmente relevantes, sendo esta seleção é influenciada pelos jogos políticos e forças desiguais na sociedade (COSTA, 2021, p.126); já a criminalização secundária é realizada em relação a determinadas categorias sociais marginalizadas e etiquetadas, que são considerados “clientes preferenciais do sistema de justiça criminal” (COSTA, 2021, p.127). Por essa leitura consegue-se entender que o *status* de criminoso deriva da ação de atores específicos que controlam o sistema, e realizam um

¹⁸¹ Em complemento, Salah Khaled Júnior, afirma que “Como é possível que um intelectual enojado com as práticas punitivas brasileiras tenha a ingenuidade de aderir a qualquer teoria da pena? Diante da catástrofe que conforma a realidade operativa do sistema pena, como participar de uma profissão de fé que atribui finalidades nobres ao poder punitivo? Finalidades que ele não tem como cumprir e que integram um devaneio jurídico divorciado da realidade concreta da sua manifestação? (...) Diante dessas conclusões, fica claro que qualquer discurso verdadeiramente crítico ao arbítrio do poder punitivo no âmbito da aplicação da pena privativa de liberdade deve rechaçar todos os vetores das teorias legitimantes da pena. (...) Não é possível que enquanto a realidade desmente de forma escandalosa todas as funções atribuídas à pena ignoradas pelo texto constitucional, os penalistas permaneçam fazendo desse tópico objeto de fetiche, continuando a indagar qual a resposta mais apropriada à pergunta ‘por que punir?’, quando o que interesse é limitar os níveis de dor intencional que são impostos aos que são tragados pelo sistema penal” (KHALED JÚNIOR, 2016, p. 76-78).

duplo processo de criminalização sobre os agentes mais vulneráveis. Dessa forma, preconiza a Criminologia Radical que:

a) o direito penal não defende todos e somente os bens essenciais, nos quais estão igualmente interessados todos os cidadãos, e quando pune as ofensas aos bens essenciais o faz com intensidade desigual e de modo fragmentário; b) a lei penal não é igual para todos, o status de criminoso é distribuído de modo desigual entre os indivíduos; c) o grau efetivo de tutela e a distribuição do status de criminoso é independente da danosidade social das ações e da gravidade das infrações à lei, no sentido de que estas não constituem a variável principal da reação criminalizante e da sua intensidade (BARATTA, 2002, p. 162).

Um dos principais defensores da teoria agnóstica da pena é Eugênio Zaffaroni, que afirma categoricamente que “a doutrina penal do estado de direito deve deixar de legitimar a pena e o poder punitivo e reconhecer que este carece de racionalidade, pois canaliza um elemento racional como é a vingança” (ZAFFARONI, 2012, p.404). Além de não crer em qualquer dimensão positiva da pena, a teoria negativista entende não haver qualquer fim racional para uma pena criminal¹⁸². De acordo com Salo de Carvalho essa teoria se funda nos seguintes pressupostos: 1) a pena é pautada em uma questão política, sendo um instrumento para o exercício do poder seletivo; 2) a pena servirá como função de controle social exercido por agências de controle formais do Estado; 3) não há qualquer racionalidade justificável para ainda haver penas nos Estados Democráticos de Direito; 4) as penas são exemplos de sociedades medievais primitivas, e por isso devem ser cada vez mais evitadas (CARVALHO, 2013, p.147-149). A ideia é abandonar os esforços teóricos dogmáticos que a legitimam, pois “a pena, na grande maioria dos casos, não pode chegar a ser o que qualquer uma das teorias pretende que ela deva ser” (ZAFFARONI, 2012, p.404).

Zaffaroni ainda pontua que a pena deve ser vista como um horizonte intransponível que norteará o Direito Penal, na medida em que todo sistema jurídico criminal será orientado pelo norte dado aos fins da pena. Sendo o Direito Penal orientado à liberdade, não há sentido em se buscar um fim racional à sanção penal¹⁸³, pois:

A pena é um fenômeno político, não possui absolutamente nenhum propósito de caráter racional. Nós a inventamos como uma necessidade para legitimar o exercício do poder político que verticaliza e corporifica a sociedade... Creio que a partir de considerar a pena como um fato de poder, como um fato político, é que podemos reduzir o âmbito do poder punitivo, postular a redução do âmbito do poder punitivo como um objetivo político extremamente claro (ZAFFARONI, 1991, p. 41)¹⁸⁴.

¹⁸² Nas palavras de Zaffaroni “a pena no mundo real - aquele em que todos nós vivemos - nunca é como os teóricos penais afirmam que ela deve ser, estes morrem esgotados pelo esforço sobre-humano que realizam, recorrendo às teorias do conhecimento mais díspares, para manter separado o ser do dever ser, o mundo habitado por humanos do mundo desolado das normas” (ZAFFARONI, 2012, p. 403/404).

¹⁸³ De acordo com o autor “É possível construir o conceito tendo em conta que a pena é (a) uma coerção, (b) que impõe uma privação de direitos ou uma dor, (c) que não repara nem restitui e (d) nem tampouco detém as lesões em curso nem neutraliza os perigos iminentes” (ZAFFARONI, 2002, p. 45).

¹⁸⁴ La pena es un fenómeno político, no tiene absolutamente ninguna finalidad de carácter racional. La hemos inventado nosotros como necesidad para legitimar el ejercicio de poder político verticalizador y corporativizador

Considerando isso, Zaffaroni indica que a pena tem as seguintes funções: manifestas, latentes e eventuais. As primeiras (funções manifestas) são aquelas que foram/são declaradas expressamente na norma (Código Penal, Leis Penais Especiais, leis outras que de alguma forma se relacionem com a esfera criminal). As latentes são aquelas não descritas expressamente em diplomas normativos, ou na norma, mas que se valendo de funções não-punitivas, podem habilitar o poder punitivo. As funções eventuais referem-se àquelas que podem adotar uma natureza punitiva, dependendo da aplicação das leis não declaradas e não evidentes, que não possuem um caráter punitivo manifesto ou latente, mas ainda podem exercer uma função de punição (ZAFFARONI, 1991).

Também é a partir dessa teoria que permite compreender que ao se punir pautado exclusivamente em finalidades positivas, não se consideram as consequências da punição, seja para os envolvidos na infração, seja para a sociedade. Eugênio Zaffaroni inclusive compara a punição criminal pautada em finalidades positivas com o ato de colocar uma camisa molhada ao sol para que seja secada (ZAFFARONI, 2013). Em outras palavras, prende-se, aplica-se uma sanção criminal, esperando que o mero decurso do tempo sirva para solucionar o problema, sem qualquer outra intervenção na realidade concreto. A pena criminal, portanto, não é apta a resolver o conflito social que a subjaz, reforçando ainda mais as relações já duramente afetadas.

A teoria agnóstica da pena levanta, inclusive, um questionamento acerca da possibilidade de se realizar uma justiça concreta em meio às situações de conflituosidade, tendo em vista a existências de diferentes possibilidades de reações sociais ante a um ilícito normativo. Nas palavras de André Costa (2021, p. 130) “quando há uma situação concreta de conflituosidade, diversas formas de reações podem acontecer: a) punitiva; b) conciliatória; c) compensatória; e d) terapêutica”. Com exceção da primeira das formas, as demais seriam mais efetivas na medida em que permitiram a participação maior dos envolvidos, em um modelo similar à uma justiça participativa, com uma composição social que permita a redução dos níveis de reincidência na prática delitiva¹⁸⁵.

De acordo com Zaffaroni a pena com um viés meramente punitivista, mesmo que com uma finalidade utilitária, como as preventivas, representa uma modalidade de “sequestro” da

de la sociedad... Creo que a partir de considerar a la pena como un hecho de poder, como un hecho político, es que podemos reducir el ámbito del poder punitivo, postular la reducción del ámbito de poder punitivo como un objetivo político sumamente claro (ZAFFARONI, 1991, p. 41).

¹⁸⁵ De acordo com Nils Christie "Se existe algo que está claro é que vários dos países menos industrializados têm aplicado, em grande parte o Código Civil, onde nós aplicamos o Código Penal. Especialmente, nas sociedades que carecem de um forte poder central, onde o Estado é fraco, ou onde os representantes deste se encontram distantes, a pessoas se veem obrigada a não aplicar força" (CHRISTIE, 1988, p.125).

situação concreta da vida dos agentes envolvidos que são objetificados sem se procurar uma solução que leve em conta decisão dos agentes envolvidos. Em suas palavras:

No entanto, o modelo penal, tal como enfatizado pelo abolicionismo e outras críticas, deixa de ser um modelo de solução de conflitos, por supressão de uma das partes do conflito sempre que a vítima desapareça em razão da apropriação do conflito pelo soberano ou pelo Estado. Este fato explica a incrível multiplicação de teorias da pena (e consequentes teorias do direito penal), a errante peregrinação filosófica do saber penal e, quase até sua avidez ideológica. A pena, ao contrário, como sofrimento órfão de racionalidade, há vários séculos, procura um sentido e não o encontra, simplesmente porque não tem sentido a não ser como manifestação de poder. Portanto, pena é qualquer sofrimento ou privação de algum bem ou direito que não resulte racionalmente adequado a algum dos modelos de solução de conflitos dos demais ramos do direito (ZAFFARONI, 1991, p. 203-204).

A pena como conhecemos hoje, portanto, possui duas características: 1) gera algum nível de dor/sofrimento ao criminoso pelo mal do crime por ele causado, sendo legitimada com um rigor científico em consequência de seu viés racional; 2) é inadequada para resolver conflitos e proteger o ordenamento jurídico, que pode ser eficazmente protegido por outros ramos do Direito, diminuindo as ingerências no modelo de Estado de Direito como conhecemos para um estado policialesco (ZAFFARONI, 2002)¹⁸⁶. Conclui-se que para esta teoria a pena serve apenas como um instrumento de poder, politicamente exercido por aqueles que o detêm sobre outros dominados, não havendo qualquer justificativa racional plausível capaz de justificá-la com um ar de racionalidade.

2.2. Tomada de Posição: Reprovação como Finalidade da Pena aos Crimes econômicos

Essas então são as principais teorias que de alguma forma visam compreender as finalidades que justificariam as penas criminais aplicadas. São por elas, ou tendo elas em mente também que, mesmo que controvertidas, são fundamentadas as sentenças quando da dosimetria e justificação das penas aplicadas no caso concreto. Reforçando o ponto mencionado na introdução do texto, o fundamento da pena deve ser a reprovação, e fazer essa lembrança é muito importante, pois compreender o fenômeno da punição no âmbito penal é bastante complexo se houver uma confusão entre o fundamento e a finalidade. Aqui é

¹⁸⁶ Nas palavras de Zaffaroni, “Frente aos conflitos, a atitude do estado de direito e a lei do estado de polícia são claramente antagônicas, pois, enquanto o estado de direito pretende resolver os conflitos sociais e, por isso, suas agências se concebem como provedoras de soluções, o estado de polícia pretende suprimir os conflitos e, por isso, suas agências se concebem como realizadoras da vontade supressora. As agências jurídicas do primeiro tratam de controlar o respeito às regras estabelecidas; as do segundo o respeito à vontade hegemônica. As tendências extremas se exemplificam em um governo constitucional e uma ditadura genocida, porém se negligência que em todo estado de direito histórico (real) se produzem avanços e retrocessos do mesmo: em qualquer exercício de poder político institucionalizado em forma de estado, o estado de direito e o estado de polícia coexistem e pugnam, como ingredientes que se combinam em diferente medida e de modo instável e dinâmico” (ZAFFARONI, 2002, p. 42).

importante saber que, o fato da pena ter por fundamento a retribuição, não significa que ela necessariamente precisa ter a mesma finalidade e consequências, e nem mesmo que ela esteja “desajustada” para com a política criminal. Logo, é possível afirmar, por exemplo, que a política criminal terá por finalidade a prevenção, ao passo que a pena terá por fundamento a reprovação, e por finalidade também a reprovação, ou a prevenção¹⁸⁷.

Embora não seja este o objeto de análise da pesquisa, mesmo que a crítica elaborada pela teoria agnóstica da pena seja relevante, entende-se o papel do Direito Penal no contexto da sociedade contemporânea, de modo que a institucionalização de sanções, como consequências de atos lesivos à norma, é relevante para manter em funcionamento a estrutura do poder comunicativo exercido pelo Estado. Ao se manter a intervenção jurídico-criminal por meio de normas, que se descumpridas gerarão penas, permite-se a manutenção do espaço de liberdade da pessoa que rejeita a eficácia da norma¹⁸⁸.

Não se pensam as penas para infringir, pura e simplesmente algum medo ou constrangimento, mas sim para servirem como “contrarrazões para as ações do sujeito de direito” (COSTA, 2021, p.135). Quando de sua prática criminosa, notadamente no contexto dos crimes econômicos, o agente tomou uma decisão de contrariar a norma, frustrando expectativas esperadas, sopesando, inclusive, vantagens e desvantagens com suas ações. Independentemente da qualidade do criminoso, as sanções criminais não devem servir como um meio de dissuasão motivacional, pois quando aplicadas, ainda haverá uma margem de escolha/liberdade aos agentes que podem decidir-se por se posicionarem ou não contrário as

¹⁸⁷ Nesse sentido exemplifica Marcelo Ruivo (2016, p. 184): “Examine-se, por exemplo, o funcionamento da prevenção geral negativa. A proibição de uma determinada conduta com a associação de uma pena criminal é capaz de orientar condutas de todos aqueles que veem na lei específica a ameaça de punição estatal, mesmo em comunidades plurais. Trata-se de algo próprio da intimidação instituída pela previsão da pena, o que – por ser um fenômeno psíquico individual ou coletivo – independe do fundamento identificado para a penalidade, assim como se sujeita à rigorosa determinação e controle da eventual quantidade exata de pena necessária para a obtenção desse resultado. Em última instância, é uma questão quase insondável que depende da confluência de uma série de fatores objetivos e subjetivos, carecedores de pesquisa empírica. Algo semelhante ocorre na eventual consequência de confirmação da vigência da lei penal. A reafirmação normativa resulta da certeza da retribuição na exata proporção devida para a realização da justiça, pois, ao fim, a massiva orientação das condutas dos cidadãos depende do reconhecimento comunitário da legitimidade e da necessidade da norma penal. Isto é, pressupõe que a postura estatal frente à infração da norma não seja, por um lado, abusivamente seletiva ou injustificadamente condescendente no reconhecimento dos comportamentos puníveis e, por outro, não excessiva e arbitrária na medida da pena aplicada. Muito breve: a confirmação da vigência da norma depende da justa e certa punição”.

¹⁸⁸ Nas palavras de Klaus Günther (2006, p.231) “Por isso, pode o direito prever, para caso de violação da norma, ameaça de sanções para a pessoa de direito que tem o dever de não cometer ilícitos. Essas sanções deixam à pessoa de direito a liberdade de assumir a posição de rejeição à norma e introduzem uma desvantagem apenas o caso em que a pessoa manifesta sua rejeição também por meio de sua ação”.

expectativas frustradas¹⁸⁹. A pena deve ter por função servir como essa resposta institucionalizada às violações das normas. Nesse sentido, afirma André de Abreu Costa (2021, p.136):

Não é, pois, a sanção que deve gerar a consciência da não transformação em ação dos motivos para não concordância com a norma de direito válido; é o próprio direito válido que cumpre esse papel. Na medida que o indivíduo é tomado como pessoa, isto já traz em si toda a carga semântica de que é capaz de autocorreção, autoclarificação e de negativar motivos por razões. Não é o medo da imposição de um castigo que deve fazer com que a pessoa, na posição de sujeito de direito, deixe de realizar condutas desconformes. O seu reconhecimento da validade do procedimento democraticamente estabelecido para a criação de normas válidas fica nesse lugar. Como dito, a sanção serve, apenas e tão-somente como respostas para a pessoa que, agindo, efetivamente como pessoa, na condição de sujeito de direito, resolveu transformar em ação sua discordância com o direito válido.

Dentro de uma comunidade democrática determinados padrões de comportamentos são fixados e devem ser cumpridos por todos que a integram, especialmente se ela estiver organizada na forma de um Estado de Direito. A pessoa humana, mesmo que tendo direitos violados por outros agentes, não escapa à tutela do Estado de Direito, devendo cumprir, portanto, as normas e parâmetros para ele fixados. Mas, nos espaços públicos democráticos, ele pode externar suas razões e legitimamente influir nas normas para transformar a forma de agir do próprio Direito. Nas palavras de Günther:

Com o dever de obediência à norma, o cidadão não perde o direito de intervir publicamente em favor da revogação ou alteração da norma. Pelo contrário, o dever de obediência à norma funda-se justamente no direito - que permanece - e na possibilidade de fazer valer sua posição de rejeição perante toda norma positivamente válida, no âmbito de procedimentos democráticos, isto é, no direito e na possibilidade de exercer seu papel de cidadão. Enquanto tiver o direito e a possibilidade de assumir o papel de cidadão, é razoável que a pessoa de direito não deixe sua posição de rejeição à norma influenciar seu comportamento enquanto pessoa de direito e que não pratique ilícitos (GÜNTHER, 2006, p. 233)

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 173, §4º, estabelece de forma clara a preocupação do legislador com o equilíbrio econômico e a justiça social, ao determinar que “a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”. Tal dispositivo constitucional reflete o entendimento de que o poder econômico, quando exercido de maneira abusiva, pode levar a desequilíbrios significativos que prejudicam não apenas o mercado, mas a sociedade como um todo. Assim, impõe-se ao Ordenamento Jurídico brasileiro a tarefa não apenas de prevenir,

¹⁸⁹ Nas palavras de Eduardo Viana (2020, p. 95) “A pena é um elogio às avessas. Como o elogio deve ser capaz de influenciar positivamente o comportamento humano, a pena também deve ser capaz de influenciar o melhor domínio do fato, a melhor condução do comportamento”.

mas também de punir delitos econômicos, com o objetivo de preservar a livre concorrência e garantir uma distribuição mais equitativa de recursos e oportunidades.

É importante ressaltar que o conceito de “necessário” ou “efetivo” da pena não deve ser entendido como a possibilidade de eliminar completamente a conduta indesejada, na medida em que isso é absolutamente impossível (não se extermina o crime prevendo penas). O crime, como fenômeno social complexo, não pode ser completamente extirpado pela mera previsão de sanções legais. Contudo, isso não diminui a relevância das penas no contexto da política criminal. O objetivo primordial da sanção penal, especialmente no que tange aos delitos econômicos, deve ser o de dissuadir de forma efetiva a prática de atos que contrariem os preceitos legais e éticos que regem a economia e a convivência social. Para tanto, é fundamental que as penas sejam adequadamente calibradas para refletir não apenas a gravidade do ato ilícito, mas também para assegurar que os custos e os danos sociais decorrentes desses delitos sejam minimizados.

É essencial aqui também evitar que a punição seja exacerbada a um ponto desmedido e punitivista em exagero, pois a pena não deve se afastar de sua fundamentação no fato para se fundamentar nas características particulares dos agentes. Sempre a gravidade do crime, e a culpa do sujeito, com uma pena eficaz para proteger bens jurídicos específicos, é o que deve nortear o julgador. Além disso, a implementação de penas eficazes contra delitos econômicos exige uma análise cuidadosa e contínua das dinâmicas de mercado e das práticas comerciais, de modo a ajustar as estratégias de prevenção e punição às mudanças no cenário econômico. Isso implica na necessidade de uma atuação coordenada entre os diversos órgãos reguladores, o sistema judiciário e as entidades de defesa da concorrência, visando não apenas punir, mas também promover a educação e a conscientização sobre a importância da ética empresarial e da concorrência leal.

É importante reafirmar que crimes econômicos, em especial os praticados no contexto empresarial são marcados por uma “pulverização das atividades” praticadas, com decisões sendo tomadas por diversos núcleos de pessoas, com atribuições de responsabilidades que são interdependentes¹⁹⁰ (DE GRANDIS, 2011, p. 336). Ou seja, a dinâmica das organizações empresariais apresenta uma complexidade estrutural que muitas vezes transcende a

¹⁹⁰ De acordo com De Grandis (2011, p.338), que inclusive cita Feijoo Sanchez, “no âmbito empresarial, as decisões são tomadas de forma pulverizada: uma pessoa ou um grupo de pessoas decide o que fazer; um intermediário repassa a informação; no final dessa cadeia, uma pessoa física executa a conduta criminosa propriamente dita. Esse é o aspecto que Feijoo Sánchez resalta”. Prossegue ele: “ao contrário, dentro das empresas de pessoas jurídicas que são potencialmente perigosas para os bens jurídicos existe uma atomização ou uma fragmentação dos movimentos corporais, ou seja, decisões sobre políticas gerais, decisões sobre fatos concretos, conhecimentos sobre os riscos e a transmissão das informações por parte das empresas sobre os efeitos prejudiciais”.

capacidade individual de seus agentes. Esta complexidade se manifesta particularmente no que tange à responsabilidade penal dentro de contextos empresariais, onde a imputação de atos ilícitos pode se tornar um desafio significativo. A estrutura econômica de uma empresa pode ser vastamente superior à capacidade de ação e decisão de um único indivíduo dentro dela. Mesmo após resolver questões relacionadas à atribuição de culpa e à responsabilização, a aplicação de penalidades nos termos estabelecidos pela legislação penal brasileira pode se mostrar quase inócua. Isso se deve, em parte, à natureza específica dos crimes empresariais, caracterizados por uma fungibilidade ou substituíbilidade praticamente ilimitada de potenciais autores dentro da cadeia de comando.

Essa característica particular desses delitos sugere que, ao penalizar um único agente, o impacto tende a ser desproporcionalmente pessoal, deixando intocada a estrutura impessoal e a dinâmica corporativa que, muitas vezes, propicia ou até mesmo incentiva a prática delituosa. Assim, em muitos casos, a sanção aplicada pode acabar por afetar apenas superficialmente o indivíduo em questão, sem abordar a complexidade e a culpabilidade coletiva inerente à organização empresarial como um todo. Diante disso, emerge a necessidade de repensar as estratégias de responsabilização no âmbito corporativo, de modo a desenvolver mecanismos mais eficazes que consigam, de fato, penetrar a camada impessoal da corporação e promover uma cultura de compliance e integridade que vá além da punição de indivíduos isolados.

Se a sociedade empresarial pode ser considerada como um “aparato organizado de poder”¹⁹¹, é fundamental que se for aplicada uma sanção, as estratégias para o enfrentamento aos atos ilícitos econômicos passem necessariamente pela aplicação de sanções também à organização, que deve adotar mecanismos mais efetivos aptos a minorar eventuais condutas criminosas¹⁹². O objeto de nossa pesquisa não é analisar a responsabilização penal dos entes coletivos (vulgarmente chamados de “pessoa jurídica”), mas aqui é relevante ressaltar a importância de um processo de responsabilização também dessas organizações quando da prática de crimes econômicos, pois atingindo a estrutura em que tais delitos são praticados, a

¹⁹¹ Nas palavras de DE GRANDIS (2011, p. 342) “Quando Roxin estabeleceu a teoria dos aparatos organizados de poder, o fez tendo em vista duas realidades diferentes. A primeira concerne aos crimes praticados pelo Estado (...). Claus Roxin sustenta que, no âmbito estatal, aquele que está acima na cadeia de comando detém um aparato de poder em suas mãos, ou seja, determina a morte dos subversivos. Ele não sabe quem são nem quem vai matar. (...). Essa fungibilidade caracteriza o aparato organizado de poder. A segunda realidade compreende os crimes praticados no âmbito das organizações criminosas, tendo em vista que, de acordo com o pensamento de Roxin, elas funcionariam também como um aparato organizado de poder”, dessa forma “assim como acontece nas organizações criminosas, bem como nos crimes praticados pelo Estado no regime de exceção, a sociedade empresária também pode funcionar como um aparato organizado de poder, e, portanto, o seu dirigente pode responder penalmente pelo fato praticado no âmbito de sua atividade empresária.”

¹⁹² Este assunto ainda precisa ser melhor aprofundado pela doutrina penal.

eficiência da pena para reprovar, e eventualmente prevenir, será maior do que apenas punir um único sujeito.

A legitimidade e a eficácia do Direito Penal enquanto disciplina científica repousam fundamentalmente na concepção de uma finalidade penal que se alinhe aos princípios de racionalidade, proporcionalidade e justiça. Ora, a pena é a o diferencial, ou elemento individualizador do Direito Penal, de forma, como elemento distintivo e central ela deve ser entendida como um instrumento de realização da justiça, cuja aplicação é meticulosamente calculada para refletir os valores e princípios de uma sociedade regida por um Estado democrático de Direito.

Quanto a sua natureza, as penas para os criminosos econômicos, aponta Greco, elas devem ser dotadas de uma gravidade capaz de “atingir direitos especiais, direitos de um caráter peculiar” do indivíduo, de modo que a cada sujeito específico, haverá uma peculiaridade própria a ser atingida (GRECO, 2019, p. 72)¹⁹³. O ponto é que a pena deve se dirigir “a direitos inatos” do sujeito ativo do crime, como sua vida, seu patrimônio, seu corpo, sua liberdade (GRECO, 2019), para ser eficaz concretamente. Ora, os direitos inatos dos sujeitos são partes investidas por cada um no dito “contrato social”, e quando alguém decide racionalmente “violiar” o contrato, é legítima a intervenção capaz de suprimir ou suspender o exercício desses direitos para reequilibrar, e proteger os direitos inatos de outros envolvidos¹⁹⁴.

Cada uma das finalidades da pena enunciadas brevemente neste trabalho parte da lógica de haver um bem causado pela pena, se comparado ao mal gerado pelo crime. De fato, as teorias negativistas da pena/agnósticas, negaram a possibilidade de haver qualquer racionalidade na aplicação de uma sanção criminal, não se vislumbrando qualquer “bem” possível e plausível, fundamentadas na observação da realidade do sistema penal e penitenciário - em especial no caso brasileiro, em que se vê na realidade uma disfuncionalidade tremenda, desumanizando os envolvidos, com estabelecimentos penais servindo como depósito de indesejáveis (COSTA, 2021). Mas não podemos esquecer que as

¹⁹³ Por exemplo, “o pagamento de €100.000,00 é porventura risível para uma multinacional, mas seria o aniquilamento de uma sociedade empresarial familiar” (GRECO, 2019, p.72), o que reforça a necessidade de uma pena individualizada em termos também de gravidade.

¹⁹⁴ Nas palavras de Greco (2019, p.73) “supressão de um direito inato pode, por isso, atingir cada um pessoalmente, independentemente de qual posição social ele vier depois a ocupar; há, portanto, um interesse especial e universal na proteção de direitos inatos contra a supressões arbitrárias. Na posição original, os contratantes não confeririam uma carta branca para que o Estado dispusesse desses direitos como lhe aprouvesse. Os direitos inatos apenas estarão suficientemente protegidos enquanto permanecerem, por assim dizer, nas mãos de seus titulares, apenas se o indivíduo tiver a garantia de que só os perderá quando ele mesmo for responsável por essa perda, noutras palavras: se for culpável.”.

bases teóricas desta teoria agnóstica consideram a pena criminal como a redução da liberdade do agente, quando na realidade outras modalidades de pena podem ser utilizadas como instrumento punitivo, com pilares e justificativas que podem ser racionalizadas.

Os agentes de crimes econômicos frequentemente operam dentro de esferas altamente reguladas, que são guiadas por uma complexa teia de normativas tanto de natureza externa quanto interna. Essas normas têm o intuito de moldar e direcionar o comportamento dos indivíduos nesses ambientes, buscando garantir a ordem e a integridade das práticas comerciais e econômicas. Diante disso, é crucial que qualquer intervenção legal ou regulatória direcionada a esses criminosos seja fundamentada em uma justificativa sólida e transparente, que não apenas delineie claramente os efeitos pretendidos dessa ação, mas também esclareça as razões pelas quais tal intervenção é considerada legítima. Esta necessidade de justificação vai além da simples aplicação da lei; ela se aprofunda no princípio de que a legitimidade e a eficácia das normas dependem intrinsecamente de sua capacidade de comunicar de forma efetiva os propósitos e as consequências de sua implementação. Tal abordagem é fundamental para assegurar que as medidas adotadas não sejam percebidas como arbitrárias ou desprovidas de um embasamento racional, o que poderia minar sua aceitação e efetividade.

A exigência de uma justificação clara e robusta para as intervenções legais reflete uma compreensão mais ampla de que o sucesso no combate aos crimes econômicos não depende apenas da rigidez das sanções impostas, mas também da legitimidade percebida dessas ações por parte daqueles a quem se destinam. Isso significa que para influenciar verdadeiramente o comportamento dos infratores e dissuadir a prática de atividades ilícitas, as autoridades precisam ir além do estabelecimento de normas; elas devem também se engajar em um processo de comunicação eficaz que esclareça os valores sociais e éticos subjacentes a essas regulamentações. Portanto, o combate aos crimes econômicos exige uma abordagem que não só imponha restrições e penalidades, mas que também promova a compreensão e a internalização dos princípios éticos e legais que sustentam o sistema regulatório. Assim, ao justificar de maneira clara e convincente a necessidade e a legitimidade das intervenções, as autoridades podem fortalecer a eficácia das normas regulatórias, incentivando uma cultura de conformidade e responsabilidade entre os agentes econômicos.

E qual deve ser a finalidade que norteará a intervenção penal nos crimes econômicos? De acordo com André de Abreu Costa a pena deve se nortear exclusivamente por uma finalidade de reprovação, na medida em que esta não será compreendida de forma positiva ou negativa, pois o Direito Penal não resolverá conflitos, mas os deixará suspenso por algum

tempo¹⁹⁵, de forma que a ideia de pena não é compatível com a perspectiva deontológica de alcançar algum bem, ou de um fim em si mesma. A pena na realidade é um “mal que representa um mal”, portanto, a pena deve somente punir, sem se preocupar com outros contornos deontológicos utilitários (COSTA, 2021, p. 139).

Quando pensamos na pena como um mal que retribui outro mal conseguimos entender que a reação da pena é causada por uma situação igualmente caótica, qual seja, o próprio fato criminoso. Ora se cada crime é resultado da realização de uma ação perturbadora que afeta a norma e todo o sistema social de forma e em níveis diferentes, a reação a essa afetação também deve se dar em níveis e formas diferentes. Não é possível utilizar, portanto, um único instrumento de resposta para todos os crimes, como por exemplo a privação de liberdade, ou a pena de multa. Acreditar apenas na privação de liberdade opção para o cumprimento das finalidades do Direito Penal é limitar o processo de racionalização da pena, razão pela qual, mesmo para os crimes econômicos é necessário pensar em modelos punitivos específicos, que consigam reprovar da maneira adequada. O ponto é, qualquer que seja a pena, ela deve ter por fim a reprovação.

A discussão é ainda mais interessante, pois a pena criminal não é o único instrumento ou o máximo instrumento do Direito Penal¹⁹⁶. Ela faz parte do conjunto de elementos que compõe esse sistema extenso e complexo, dentro da Política Criminal e do sistema jurídico-penal. Aqui é importante diferenciar as finalidades da pena em sentido estrito, com as finalidades e funções do sistema jurídico-penal. O sistema como um todo precisa ter e atender finalidades preventivas, em especial utilitárias. É o sistema que precisa pensar em finalidades voltadas a mitigar a reincidência criminosa; é o sistema em sua perspectiva de execução penal que deve ter por enfoque a recuperação do agente, mobilizando instrumentos como a progressão de regime¹⁹⁷. Quanto à pena, sua finalidade deve ser apenas esta: retribuir,

¹⁹⁵ Nesse sentido afirma Zaffaroni “o modelo punitivo não é muito adequado para combinações com os demais modelos, ao passo que estes são mais flexíveis para serem combinados com vistas à solução de um único conflito. Por outro lado, o modelo punitivo é pouco apto a solucionar o conflito: quando prioriza alguém não resolve o conflito, mas sim o suspende, ou seja, deixa-o pendente no tempo, de vez que por definição, exclui a vítima (ao contrário dos modelos reparador ou conciliador). É a dinâmica social que, no modelo punitivo, dissolve o conflito, lançado ao tempo para que se apague” (ZAFFARONI, 2002, p. 87).

¹⁹⁶ Quando se concentra as expectativas sociais sob a sanção criminal como saída/solução para os problemas, isso pode gerar rupturas e disfuncionalidades. Nesse sentido, Ana Júlia Pozzi Arruda (2023, p. 74) “Todavia, não se pode negar que são depositadas expectativas no sistema jurídico-penal que vão muito além de sua capacidade regulatória e distorcem os princípios básicos limitadores do poder punitivo, sobre os quais se estrutura a intervenção penal, ao se tentar estabelecer um controle sobre movimentações financeiras por meio de normas de natureza jurídico-penal”.

¹⁹⁷ É o sistema jurídico-penal que deve pensar em estratégias racionais que permitam que o sujeito individualmente delibere por se ressocializar, transformando-se em um ser melhor. O criminoso econômico não precisa de ressocialização, mas deve haver um processo que o permita reativar o “respeito dos valores fundamentais da vida em sociedade” (FIDANCA; MUSCO, 2010, p. 705).

punindo o sujeito na medida de sua culpabilidade, considerando o ato racional e motivado que o levou praticar determinada violação da norma/quebra da ordem¹⁹⁸.

Esse entendimento de que a pena deve orientar-se para a finalidade retributiva/reprovação corrobora-se a partir da verificação de que em nenhum momento se consegue mensurar eventuais ganhos preventivos (sejam eles gerais, especiais, negativos ou positivos) com a sua aplicação, não se conseguindo demonstrar também que o medo da sanção orienta os sujeitos a evitarem a prática delitiva de maneira preventiva¹⁹⁹. No entanto, isso não implica que ações cometidas por indivíduos, exercendo sua liberdade de forma que violem normas e causem rupturas no tecido social, devam permanecer impunes. Esta linha de raciocínio enfatiza a importância de reconhecer que, além do papel potencialmente limitado das penas na prevenção de crimes, existe uma necessidade intrínseca de responsabilizar os infratores por suas ações. A imposição de penas, portanto, surge não apenas como um meio de tentar dissuadir comportamentos futuros, mas como um imperativo ético e social para assegurar que violações das normas sejam adequadamente confrontadas e que a justiça seja feita.

Em essência, a punição serve também como um mecanismo de expressão social da desaprovação de certos comportamentos e da reafirmação dos valores e normas que são fundamentais para a coesão e o bem-estar da comunidade. Portanto, mesmo diante da complexidade em medir o impacto preventivo das penas, a retribuição e a reprovação emergem como justificativas fundamentais para sua aplicação, refletindo o compromisso da sociedade com a manutenção da ordem e a promoção da justiça. Além disso, a aplicação de sanções diante da violação de normas reforça a ideia de que a liberdade individual encontra limites na medida em que suas expressões afetem negativamente o coletivo. Dessa forma, enquanto a pena pode não garantir a prevenção de futuros delitos de forma mensurável, ela desempenha um papel crucial na afirmação de princípios jurídicos e éticos, na reparação de injustiças e na busca por uma ordem social baseada no respeito mútuo e na responsabilidade.

¹⁹⁸ Quanto à questão da pena como demanda social, afirma André de Abreu Costa (2021, p.140) “Há, por óbvio, uma demanda ético-social porque os atos que se considerem lesivos sejam adequadamente punidos, já que não pôde o sistema jurídico evitá-los. Não negligenciamos que tudo isso está, obviamente, mediado pela linguagem: e assim mesmo há de ser!”.

¹⁹⁹ Nas palavras de Wolfgang Naucke: “Quais disposições normativas da legislação e da aplicação do direito tem de estar presentes ou deveriam ser criadas, para que as prevenções geral e especial pudessem ser alcançadas de um modo comprovável? Semelhantes interrogações são válidas unicamente nos pontos cruciais da formação da teoria e do trabalho prático na ciência” (NAUCKE, 2004, p. 15).

Por isso entendemos que a finalidade retributiva, ou melhor dizendo, a reprovação é a finalidade principal a ser consideradas na pena criminal para os criminosos econômicos²⁰⁰, seguindo, inclusive, o fundamento para a pena, que também será a reprovação. O *quantum* de pena será previamente estabelecido pelo legislador, em observância a juízos de política-criminal específicos, sendo dosada no caso concreto na medida da culpabilidade do agente, atribuindo a sanção necessária a retribuir o delito cometido pelo agente²⁰¹. A perspectiva retribucionista aqui pontuada como o fim da pena tem por base uma necessária diferenciação entre retribuição e reparação, pressupondo uma desinflação contínua do sistema penal (ROXIN, 2009), respeitando-se os espaços privados, aplicando o direito penal apenas quando houver uma violação sistemática de normas essenciais à comunidade.

Não se olvida o desafio enorme de superar as mazelas e barreiras existentes no sistema punitivo, pautado na realidade prática, muitas vezes, por iniquidades e ilegalidades comuns à miséria humana. A pretensão não deve ser se encastelar em uma dogmática jurídica pura e normativa, que desconsidere as questões da realidade. Mas é primordial desenvolver e racionalizar pressupostos político-criminais capazes de melhor orientar a dogmática. Criminosos como o delinquente econômico não são atingidos por uma finalidade de pena apenas dissuasória, e por isso não há qualquer sentido em pensar em uma sanção criminal apenas preventiva, ou neutralizadora. Muitos desses agentes chegam até mesmo a

²⁰⁰ Nas palavras de Betiol (1995, p.179) “De fato, a ação agressora, ou seja, o delito, é já um fato passado e esgotado, em relação ao qual a defesa é um contrassenso, enquanto que não o seria no que diz respeito aos delitos futuros. Pena retributiva e defesa são termos antagônicos. A pena supõe, como resposta ao delito, um delito ocorrido, enquanto que a defesa se exerce em relação a um delito em formação.”. Tradução livre do original: “En verdad, la acción agresora, o sea, el delito, es ya un hecho pasado y agotado, respecto del cual la defensa es un contrasentido, mientras que no lo sería en lo que concierne a los delitos por venir. Pena retributiva y defensa son términos antagónicos. La pena supone, como respuesta al delito, un delito ocurrido, mientras que la defensa se ejerce respecto de un delito in fieri”.

²⁰¹ Importante mencionar aqui também a passagem de Naucke, reforçando o papel da reprovação no contexto da pena como um Direito Fundamental: “Partindo dos direitos fundamentais da pessoa, (...) as penas, as medidas de segurança e as multas administrativas - por mais que sejam preventivas, quer dizer, com efeitos preventivo-gerais - devem ajustar-se às seguintes condições: todas as sanções de natureza penal ou semelhante devem estar determinadas legalmente e não podem ser aplicadas retroativamente. A pena deve afetar só ao culpável e não deve superar a medida da culpabilidade. A pena, quer dizer, cada sanção, deve respeitar à dignidade humana e não deve ser cruel nem ser exageradamente severa. A pena não deve lesionar a condição de igualdade, ela deve ser justa e humana. Para cada sanção, há de se ter em conta a relação entre o motivo e a consequência. A pena deve ser unicamente a ‘ultima ratio’ na implementação dos meios estatais” (NAUCKE, 2004, p. 34/35). Ademais, o sistema de proteção por meio da intervenção penal se estrutura através de uma tríade normativa: repressão, prevenção e reparação. Das três estruturas, a repressão/reprovação é a de índole penal por excelência. De acordo com PÉREZA ARROYO (1996, p.230) a pena não é apenas um castigo, nem mesmo uma correção, mas seu alcance mínimo é o de uma medida de caráter repressivo, e que supõe a imposição de um mal (em seu sentido jurídico) por um delito cometido. Tudo isso implica que de fato a função ou fim principal da pena é a reprovação. Essa reprovação não é feita pelo legislador quando pensou no elemento secundário do tipo, mas sim do julgador, que materializará a consequência respectiva do ato infracional praticado quando da análise da pena devida. A pena, portanto, pressupõe a atualização da consequência jurídica para o delito em concreto.

estrategicamente calcular os benefícios da ação criminosa frente ao risco de eventual sanção criminal²⁰².

Em observância a um rigor metodológico e científico não devemos confundir aqui os fins e os efeitos da pena²⁰³. As finalidades devem nortear a ideia da pena; são seus objetivos, e, para tanto, devem ser controláveis e mensuráveis de forma precisa e com instrumentos normativos expressos pela dinâmica do Direito (em especial o direito constitucional). Já os efeitos, por sua vez, são na sua maioria incontroláveis e podem ou não serem atingidos, mesmo que de forma planejada²⁰⁴. Atingindo eventualmente a pena consequências dissuasórias gerais, ou especiais, isso são efeitos, e não fins da pena. Esses podem até mesmo serem fins do sistema jurídico penal (como a ideia de minimizar crimes/reincidência). Mas se assim forem eles “dependem de uma intensa relação entre as mais diversas agências formais envolvidas no controle da criminalidade: executivo, legislativo, judiciário, por exemplo” (COSTA, 2021, p.144). Aqui é relevante a consideração de Michael S. Moore:

Tal como temos visto, o retributivismo é a visão de que devemos punir os infratores porque e somente porque eles merecem ser punidos. A punição está justificada, para um retributivista, apenas pelo fato que aqueles receberam o que mereceram. A punição dos infratores que a merecem pode produzir consequências benéficas para além de dar ao infrator seu justo merecimento. A pena pode prevenir futuros crimes, incapacitar pessoas perigosas, educar os cidadãos no comportamento exigido por uma sociedade civilizada, reforçar a coesão social, prevenir o comportamento vigilante, fazer com a vítima do crime se sinta melhor, ou satisfazer o desejo de vingança dos cidadãos que não são, eles mesmos, vítimas de crime. No entanto, para um retributivista, esses são apenas felizes excedentes que a punição produz e não forma parte do que torna a punição justa; para um retributivista, infratores que merecem as penas deveriam ser punidos mesmo se a punição não produzir nenhum desses bons efeitos excedentes (MOORE, 1997, p. 153).

Pode-se questionar: mas e as finalidades preventivas, não serão consideradas? O fim da pena deve ser a reprovação (ou seja, o para quê – pune-se para reprovar), ao passo que a política criminal pode ser voltada para o fim de prevenção, na medida em que ao Estado compete o exercício de algumas funções preventivas²⁰⁵. Observa-se também que uma pena

²⁰² Nas palavras de André de Abreu Costa (2021, p.143) “o efeito dissuasivo da pena é incontrolável da perspectiva da individualização da pena e que esta, a pena, do ponto de vista de uma racionalidade comunicativa adequada, em que falante e ouvinte estabelecem razões para suas ações, funcionaria como contra-motivo, como contrarrazão para a realização do ato considerado inadequado e, inclusive, como elemento de reprovação de sua conduta”.

²⁰³ Nesse sentido, importante a consideração de Bettiol (1995, p. 188) “Porém, este aspecto pedagógico não deve ser entendido como fim principal da pena retributiva. Esta não se pode atribuir-se finalidades sem renegar a si mesma, enquanto encontra em si mesma sua razão de ser; porém, precisamente porque é ‘retributiva’, afirma de si a consciência individual e assim educa à massa dos cidadãos. Não se trata, pois, de um fim que a pena compreenda perseguir e todo custo, mas de um efeito que se obtém de um modo de ser seu mesmo, ao seu modo de ser ‘retributivista’”.

²⁰⁴ Como elucidado em capítulos acima, não é possível elucidar efeitos preventivos práticos como neutralização ou ressocialização.

²⁰⁵ Cabe ao Estado, por exemplo, o exercício de políticas de prevenção primária, com atuações econômicas e culturais anteriores à prática delitiva; prevenção secundária, por meio da criminalização de condutas e do

com um fim exclusivo à prevenção seria incompatível com o perfil constitucional de respeito à dignidade da pessoa humana, e da culpabilidade e individualização da pena. Não parece salutar pensar a pena sob uma perspectiva utilitária (seja com fim geral ou especial, negativo ou positivo), coisificando o condenado. Nesse sentido “a prevenção desonra o indivíduo e o converte em um meio para as finalidades de terceiros” (NAUCKE, 2004, p.25). Por isso a pena em si deve ser retributiva, sendo esta a função primordial capaz de ser controlada pelos operadores do direito na medida do devido processo legal. Ora “a pena tem que encontrar em si mesma sua justificação, pois o homem ao qual fizer referência, jamais poderá servir a uma utilidade geral ou particular; a personalidade moral do indivíduo não admite a degradação ao nível de um meio com vistas a algum fim” (BETTIOL, 1995, p. 183)²⁰⁶.

Estratégias preventivas podem ser utilizadas sob uma perspectiva política, com fins de criminalizar comportamentos e posteriormente aplicar uma sanção criminal, e essa sanção não deve ter por “propósito primário a proteção social (como no caso da deportação, perda da possibilidade de exercício profissional e impedimento) mas devem expressar uma conexão entre o sofrimento representado pela pena e o sofrimento da vítima” (FLETCHER, 1999, p.35).

Ora, a pena não pode ter outra função que não a proteção do sistema social, no âmbito dos bem jurídicos que são os mais relevantes que se decidiu proteger. Ou sob uma perspectiva mais normativa: a pena deve ter por função tutelar/proteger e reestabilizar a norma violada com a prática do ato criminoso. Em um segundo nível, partindo do pressuposto de uma sociedade em conflito, em um regime democrático, a finalidade de imposição de uma pena não pode ser mais a do próprio fim do indivíduo dentro desta sociedade, aumentando sua capacidade de liberdade, atenuando os espaços de conflito (PÉREZ ARROYO, 1996, p.231).

exercício de policiamento; e prevenção secundária, por meio do combate massivo à reincidência criminosa (KAISER, 1988, p.126)

²⁰⁶ Em complemento, resulta interessante mencionar o trecho de Fletcher: “É difícil negar o valor de proteger a sociedade contra os criminosos. Mas se a proteção social se torna a razão exclusiva para a punição, nos deparamos com dois problemas sérios. Primeiro, como podemos conciliar esse conceito de punição com a nossa análise constitucional que o motivo de beneficiar a sociedade, sozinho, não consegue explicar a diferença entre punição e outras sanções que estão estreitamente relacionados? Em segundo lugar, focando o bem que poderia seguir ao castigo poderia muito bem levar a ignorar a justiça de punir o suspeito particular. Muitos regimes tirânicos têm-se apoiado até, pelo menos no curto prazo, em infligir punição indiscriminadamente e, assim, impedir a desobediência por dissidentes fracos de coração. O objetivo da reabilitação é particularmente insidioso porque o poder coercitivo do Estado é camuflado por motivos benevolentes; se o suspeito está ‘doente’ e precisa de tratamento, parece totalmente irrelevante se, em uma ocasião particular, ‘aconteceu’ dele cometer um crime. Olhar para o bem que se segue da pena distrai a atenção dos juízes da ofensa em particular que o réu cometeu. Não somente faz com que o ponto de exigência que de um réu real torne-se turvo, mas a duração apropriada do aprisionamento fica dependente mais de uma periculosidade projetada do infrator (ou na necessidade de tratamento) mais do que pela gravidade da ofensa que provou a condenação” (FLETCHER, 1998, p. 31).

De acordo com Pérez Arroyo existe uma relação entre os fins da pena e as características de determinado Estado:

"Assim, se as características do estado, bem como suas funções e demais relações entre este e os cidadãos: em ordem ao reconhecimento dos direitos fundamentais dos cidadãos ao mesmo tempo que das garantias na administração e execução da justiça, são definidos pela constituição, então é lógico pensar que a mesma constituição estabeleça os fins que devem cumprir as penas na medida em que estas constituem supostos restritivos desses direitos fundamentais com o objetivo de preservar a segurança cidadã assim como buscar integrar o sujeito infrator à sociedade da qual faz parte" (PÉREZ ARROYO, 1996, p.231) ²⁰⁷.

Nas palavras de Pérez Arroyo (1996, p.231), a pena deve:

Por um lado, proteger a sociedade e seus membros dos possíveis abusos de um indivíduo, isto é, combater o crime; por outro lado, deve também orientar-se para a ajuda e proteção do réu, mas sem violar seus direitos, defendendo-os de uma repressão estatal ilimitada. Assim definida a função da pena (em abstrato) e negado de antemão o caráter retribucionista da mesma, a pena, sendo um mal atribuído ao delinquente, não é em termos de retribuição (o Estado não pode responder a um mal com outro mal), mas em termos de castigo. Sendo assim, a pena será um mal que se vincula como consequência jurídica 'negativa' da comissão de um delito²⁰⁸.

Por todo o exposto, defende-se aqui a ideia de que a reprovação deve ser a finalidade principal da pena para crimes econômicos. Quanto à política criminal, esta pode e deve primordialmente ser norteadada pela prevenção geral, no caso dos crimes econômicos, na medida em que, em termos de política criminal, não é seguro afirmar com precisão que a finalidade preventiva instrumentaliza o ser humano de forma invariável²⁰⁹. Pode-se levantar a crítica, no sentido de que qualquer que seja o fim da pena para os crimes em que estivermos trabalhando, pode haver algum nível de abuso/instrumentalização do Direito Penal²¹⁰, mas

²⁰⁷ Tradução livre do original: "Así si las características del estado, así como sus funciones y demás relaciones entre éste y los ciudadanos: en orden al reconocimiento de los derechos fundamentales de los ciudadanos a la vez que de las garantías en la administración y ejecución de la justicia, son definidos por la constitución entonces es lógico pensar que la misma constitución establezca los fines que deben cumplir las penas en tanto que estas constituyen supuestos restrictivos de dichos derechos fundamentales con el objeto de preservar la seguridad ciudadana así como buscar integrar al sujeto infractor a la sociedad de la cual es parte".

²⁰⁸ Tradução livre do original: "por una parte, proteger a la sociedad y sus miembros de los posibles abusos de un sujeto, esto es, combatir el delito; por otra, debe orientarse también hacia la ayuda y protección del reo. pero sin conculcar sus derechos, defendiéndoles de una represión estatal ilimitada. Así definida la función de la pena (en abstracto) y negada de antemano el carácter retribucionista de la misma, la pena, siendo un mal achacable al delincuente no lo es en términos de retribución (el Estado no puede responder a un mal con otro mal) sino en términos de castigo. Siendo de este modo, la pena será un mal que se anuda como consecuencia jurídica 'negativa' de la comisión de un delito."

²⁰⁹ Mas deve-se pensar na crítica também, pois, além dos aspectos relacionados à objetificação da pessoa com a lógica da pena como prevenção geral a uma coletividade, de acordo com parte da doutrina, pode-se afirmar que a pena como prevenção geral não possui efeitos práticos plausíveis ou verificáveis empiricamente. Nas palavras de Ana Paula Zomer Sica (2008, p.24) "é espantoso constatar que a sociedade – no que se incluem os operadores da justiça e parte expressiva dos acadêmicos – continua apostando em efeitos preventivos gerais cuja operatividade real é absolutamente impossível de ser avaliada, pelo contrário, do pouco que a pesquisa científica pôde apurar em relação ao impacto das penas nos índices criminais, extrai-se a confissão de fracasso da ideia de prevenir crimes por meio da severidade ou certeza da punição".

²¹⁰ Basta pensar em estados totalitários em que o terror estatal é utilizado como política de Estado para combater eventuais resistências em nome de um poder absoluto (ANJOS, 2009).

considerando as características aqui traçadas dos criminosos econômicos, para fins de pena, a reprovação parece ser a finalidade a ser a que melhor oferece respostas frente à violação da norma. A finalidade preventiva, que orientará a política criminal, de acordo com Fernando Vernice dos Anjos (2009, p.15) na realidade “dá um motivo racional para a atuação estatal”, inclusive para os crimes econômicos parece ser relevante pensar em prevenir futuros delitos, pois

a finalidade da prevenção não deve ser vista apenas como prevenção da espécie de crime que se praticou, mas também com o objetivo de prevenir as reações informais ao ato criminoso e outras relacionadas com a descrença na força controladora do Estado e valores presentes na sociedade. Enfim, trata-se de buscar diminuir e prevenir a violência (JUNQUEIRA, 2004, p.58).

Em outras palavras, mitiga-se a possível intervenção privada de forma desordenada, e sem quaisquer limites formais precisos em com um campo tão complexo e já bastante problemático como o é o dos crimes/criminalidade econômica. A ideia de se valer de uma finalidade preventiva, inclusive, reforçará a lógica de um Direito Penal protetor do Estado Democrático, na medida em que eventuais reações informais ao crime podem atingir não apenas o criminoso, mas a todos os demais, transmitindo/comunicando a ideia de “terra sem lei”²¹¹. Também Anabela Miranda Rodrigues - defendendo a necessidade de um Direito Penal com penas voltadas mais à prevenção - afirma que o Direito Penal possui uma legitimidade própria, sendo que a proteção do Estado Democrático de Direito é uma das essenciais. Em suas palavras:

perdidas as matrizes de legitimação teocrática ou metafísica, a legitimidade do Direito Penal reside na sua capacidade para reduzir ao mínimo possível o grau de violência existente na sociedade. A ausência de direito penal suporia o abandono do controle do crime ao livre jogo das forças sociais; em definitivo, a dinâmica de ‘agressão-vingança/agressão-vingança. A sua existência, pelo contrário, como mecanismo organizado e monopolizado pelo Estado, tem vantagens indiscutíveis. E, desde logo, a redução da violência (2001, p.33).

Ou seja, previne-se o crime econômico por meio da intervenção penal, evitando maiores males, que por vezes podem ser ainda mais violentos do que a intervenção jurídico criminal no caso concreto. A finalidade de prevenção geral, é um exemplo que parece interessante para lidar, de maneira secundária (ou seja, por meio de outras estratégias político-criminais que não a pena), com crimes econômicos, especialmente pela perspectiva criminológica da escolha racional do delinquente. Ora, afetar o motivo do delito de forma geral, para uma coletividade de sujeitos, de modo a afastar o sujeito racionalmente da escolha

²¹¹ Nesse mesmo sentido SILVA SANCHES, Jesus Maria. *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*. Barcelona: Bosch, 1992, p.38. Nas palavras de Gustavo Octaviano Diniz Junqueira (2004, p.28) “da conclusão que se pune de forma violenta para diminuir a violência surge um aparente paradoxo, resolvido por meio da subsidiariedade da arma penal e de todos os seus corolários, que garantem o uso mínimo de tal arma como única forma de compatibilizá-la com o Estado Democrático de Direito”.

pelo crime, parece ser uma ideia salutar²¹². Assim "é possível que a grande maioria dos criminosos potenciais não deixe de levar a cabo os seus intentos ilícitos ou de dar vazão a seus impulsos, diante da simples previsão legal de pena" (TOLEDO, 2001, p.04), ou seja, inúmeros criminosos econômicos podem continuar em seu intento, apesar da sanção criminal. Mas "não menos provável. porém, é que um bom número deles deixe de concretizar o projeto criminoso, ou se iniba, diante de um guarda ou do policiamento ostensivo em local próximo ao daquele em que seria cometido o crime, o que (...) não deixa de ser consequência da previsão legal de pena" (TOLEDO, 2001, p.04).

O modesto efeito da prevenção geral para determinados crimes, como, no caso, para os delitos econômicos, pode ser potencializado, considerando-se suas características, em especial os efeitos simbólicos que uma pena com finalidade preventiva geral pode ter, desmotivando potenciais delinquentes de desejarem os "benefícios" do crime, frente ao ônus (inclusive para suas imagens) de uma sanção criminal. Obviamente, será necessária uma compatibilização da lógica de prevenção, particularmente em se tratando da prevenção geral negativa, para com os limites da culpabilidade do agente, evitando penas que ultrapassem tal limite.

Após reprovar o crime na medida de sua culpabilidade, o ordenamento jurídico-penal pode, por meio de intervenções com fins voltados à perspectiva da prevenção geral positiva (aliada à reprovação) oferecer respostas aos criminosos econômicos, indicando potencialmente ao agente violador da norma os parâmetros aceitáveis do ordenamento jurídico, reprovando e reforçando estes valores que foram violados. Especialmente a ideia da prevenção geral positiva fundamentadora, pois é primordial para o ordenamento jurídico reestabelecer a norma jurídica violada pela conduta criminosa do delinquente econômico. Embora alguns venham a criticar esta posição fundamentadora sob a pretensa extensão exagerada do Direito Penal (sem uma limitação de bens jurídicos relevantes), no contexto de uma criminalidade tão normativa como a criminalidade econômica, estabilizar a norma parece fazer bastante sentido também ao ordenamento pátrio.

Da mesma forma a prevenção geral positiva limitadora, pois ao se reafirmar valores que são relevantes para a sociedade de forma ordenada, pode-se atingir diversas condutas praticadas por delinquentes econômicos, ao mesmo tempo em que se restringe a atuação

²¹² Da mesma forma afirmam ANTONIO GARCIA-PABLOS DE MOLINA e LUIZ FLÁVIO GOMES (2007, p. 675). no sentido de que "a eficácia da pena (..) não se pode (nem se deve) medir por seus fracassos visíveis (delitos não evitados, delitos que, apesar dela continuam sendo praticados), senão pelos muitos outros delitos que, graças a ela, não chegam a ser praticados. Basta examinar o que acontece quando aumenta a confiança na impunidade em momento de crises de qualquer gênero (tal qual a que ocorreu em 2001 na cidade de Salvador, durante greve geral dos policiais) -e, sobretudo, o que aconteceria previsivelmente se se prescindisse da pena em um determinado momento".

estatal ao mínimo necessário. O ponto é que os valores violados pela prática dos crimes econômicos, se forem maiores, ou mais importantes que outros individuais (como o patrimônio e a vida) deverão ser severamente mais punidos, garantindo-se uma punição equilibrada no caso concreto, ou seja, proporcional. Ademais o fim de prevenção geral positivo quando voltado à perspectiva limitadora não instrumentalizará o condenado, havendo uma coexistência ou ponderação entre os interesses e necessidades da comunidade e as garantias típicas e necessárias à personalidade do agente (princípio da culpabilidade), mitigando o risco de se desenvolver um direito penal expansivo. Em nenhuma hipótese a pena vista sob um viés preventivo geral positivo limitador poderá passar da medida da culpabilidade do agente²¹³.

O fundamento para se intervir penalmente é buscar conservar ou reforçar a norma penal que foi violada, orientando o comportamento dos demais agentes, que irão se relacionar no ambiente complexo empresarial. No contexto contemporâneo, de um Direito Penal secundário, mais normativo, voltado aos aspectos específicos da sociedade contemporânea, a função da norma penal, e de sua sanção decorrente do descumprimento de seus termos (pena) deve ser orientar aos destinatários da norma que existem vantagens observar as “regras do jogo”, com possíveis e reais consequências drásticas pelo seu não cumprimento, por meio do exercício de ações/comportamentos proibidos. Nas palavras de Anabela Miranda Rodrigues (2017, p.101) o direito penal tem “como função específica despertar as pessoas para as vantagens advindas do cumprimento de regras de atuação; numa palavra, contribuir para formar a consciência ética no âmbito daqueles novos domínios, na realização da função simbólica (positiva) do direito penal a que já se fez referência”.

Ademais o Direito Penal empregado para punir os delitos econômicos deve ao máximo prezar pela proporcionalidade das punições relacionadas à gravidade do delito causado, de modo que “afastar a utilização da pena de prisão abriria a porta à objeção de que se estaria a ‘mascarar’ com o recurso ao direito penal a incriminação de certas atividades econômicas”

²¹³ Mesmo que algumas propostas possam parecer interessantes para o âmbito dos crimes econômicos, considerando a proposta das teorias de prevenção especial, pautando-as na periculosidade do agente, e considerando a natureza do crime econômico, não parece haver sentido neutralizar ou “recuperar” estes agentes. Talvez o ponto que seja relevante da finalidade da pena preventiva especial seja o enfoque no indivíduo, na diminuição de reincidência, pois agir racionalmente em cada caso, seja para neutralizar, seja para ressocializar, parece ser interessante a depender da natureza do crime e do indivíduo criminoso. A ideia de prevenção especial negativa, por exemplo, em que o foco maior da pena está na evitação do desequilíbrio da estrutura social seja por meio da intimidação ou da neutralização, ao menos no nível da intimidação, penas que sejam eficazes a assim fazê-lo com relação a delinquentes econômicos podem ser úteis e interessantes em termos de política criminal, na medida em que a racionalidade típica destes delinquentes, (geralmente voltados à práticas que sopesam vantagens e desvantagens da empreitada criminoso) justifica uma intimidação, sempre com a limitação da culpabilidade do agente, para se evitar penas que objetifiquem ou segreguem eliminados sociais.

(RODRIGUES, 2017, p.102). Punir criminosos econômicos de forma muito divergente do que o sistema jurídico penal foi pensado servirá para corroer os valores jurídicos mais relevantes, fomentando o sentimento de impunidade. Outro ponto pertinente aqui é que com a prática do ato criminal haverá a frustração de expectativas sociais, que devem ser recompostas e reequilibradas novamente pela norma, para se garantir a confiança dos cidadãos no sistema jurídico penal existente (JAKOBS, 2003a), de forma a reprovação do ato criminoso poderá recompor a norma que foi violada.

Assim, entendemos - partindo do pressuposto de que o criminoso econômico é racional, e pratica seus atos como parte do exercício irregular/inadequado de sua liberdade - que das atuais finalidades de penas existentes no ordenamento jurídico brasileiro a reprovação/retribuição é a única compatível para adequadamente aplicar uma pena a um criminoso econômico. Isso não exclui, contudo, a relevância das finalidades preventivas, que deveriam se integrar aos demais instrumentos de política criminal. Contudo, é fundamental que a operacionalização da pena observe rigorosamente o processo de sua mensuração, aderindo intransigentemente aos princípios basilares que governam a aplicação de penas, com especial atenção ao princípio limitador e garantidor da culpabilidade.

A intervenção jurídico-penal, por meio de suas normativas e sanções, pode ser eficazmente alinhada à realidade da criminalidade econômica, desde que as penas impostas busquem atender aos objetivos de reprovação, articuladas a uma estratégia de política criminal que enfatize a prevenção, tanto em uma dimensão geral quanto especial. Esta abordagem não só reafirma o compromisso com a justiça ao punir adequadamente os infratores com base na gravidade de seus atos, mas também promove uma cultura de legalidade e respeito às normas econômicas, contribuindo para a prevenção efetiva de futuras transgressões.

Assim, a aplicação de penas no âmbito dos crimes econômicos deve ser meticulosamente mensurada para refletir não apenas a necessidade de retribuição pelos danos causados à sociedade, mas também para incutir um sentido de responsabilidade nos agentes econômicos, desencorajando comportamentos delitivos através do estabelecimento de um claro efeito dissuasório. Essa dualidade de propósitos, ancorada em sólidos princípios jurídicos, é fundamental para uma política criminal eficaz, que concilie a proteção dos interesses coletivos com os direitos e liberdades individuais, promovendo assim um ambiente econômico estável, justo e propício ao desenvolvimento sustentável.

CAPÍTULO 3. PENAS E CRIMES ECONÔMICOS

As penas como um todo podem ser divididas, de acordo com Dan Kahan (2014) em pelo menos cinco tipo de privações ao apenado: privação de vida (pena de morte – inadmitida em terras brasileiras); privação de liberdade (que pode ser aplicada por meio de uma pena de prisão ou uma pena restritiva de direitos limitando a liberdade); privação de sua integridade e segurança corporal (penas violentas e cruéis ao corpo do condenado também são inadmissíveis no ordenamento jurídico brasileiro); privação da propriedade (penas pecuniárias e de multa), e privação da dignidade (penas humilhantes ou *Shame Sanctions*). De fato, qualquer uma das possibilidades de pena, em alguma medida gerará algum tipo de vergonha ou humilhação ao condenado (como por exemplo, a humilhação em ser encarcerado), mas algumas, inevitavelmente gerarão mais humilhação que outras, e por isso serão estudadas mais abaixo.

Outro ponto em comum para cada uma das modalidades de pena é que elas precisarão comunicar algum sentido ao criminoso, à vítima e à coletividade. A pena precisa desencadear mecanismos de formação de preferências na sociedade, orientado e prevenindo, mas mais do que isso, conforme vimos no capítulo anterior, no caso específico dos crimes econômicos, a pena precisa comunicar reprovação. De acordo com Dan Kahan (2019), a pena de morte, e mesmo a pena de prisão é vista por muitos como de expressiva superioridade em relação a outras modalidades de pena, por comunicar, para muitos crimes, os valores e preferências da sociedade, reestabilizando a norma, mas além disso, são exemplos de reprovação.

Os crimes econômicos, por sua vez, possuem um conteúdo normativo específico e próprio, recebendo influxos de outras áreas do Direito. A técnica comum a estes delitos é a de se utilizar da conjugação de normas que possuem conteúdo não propriamente penal, mas principalmente com conteúdo administrativo, ou administrativo sancionador. Há uma acessoriedade administrativa relativa do Direito Penal. Em outras palavras, em muitos destes crimes, a formação do ilícito penal, ou, ainda, a caracterização do crime dependerá de uma referência ao âmbito administrativo (ZINI, 2012, p.148).

Conforme visto nas unidades anteriores, aos crimes econômicos aplica-se uma perspectiva criminológica (que é pressuposto desta dissertação) no sentido de serem eles sujeitos racionais, que realizam seus atos de maneira racional, com elevado *status social*, entre outras características, sendo que a pena para estes crimes terá como fundamento e finalidade a reprovação. Nesse momento, tentaremos confrontar de forma breve três modalidades de pena, a privativa de liberdade, a de multa, e as penas vergonhosas (*shame*

sanctions), tentando entender qual delas (ou quais) é mais adequada dogmaticamente para reprovar o criminoso econômico.

Importante neste momento ressaltar que sabemos sobre a possibilidade de aplicação de Penas Restritivas de Direitos aos criminosos econômicos. Elas surgem como alternativas às penas privativas de liberdade (como a prisão) e estão previstas no artigo 43 do Código Penal brasileiro. A ideia por trás das penas restritivas de direitos é oferecer uma forma de punição que evite os efeitos negativos da prisão, buscando a reintegração do condenado à sociedade e a reparação dos danos causados pelo crime, sempre que possível. Todavia, observando os parâmetros da legislação brasileira, quanto as suas limitações²¹⁴, e também a característica destas penas (que são substitutivas das privativas de liberdade, impondo também privações de liberdade, em alguns casos – como as limitações de final de semana e de frequentar lugares), houve uma opção metodológica de não aprofundar a análise nesta modalidade penal²¹⁵. Um detalhe importante, é que no caso de penas restritivas que imponham limitação ao exercício de cargo ou função pública, estas serão importantes para casos envolvendo crimes econômicos praticados em contextos políticos/públicos.

3.1. Penas em espécie

3.1.1. Pena Privativa de Liberdade

Ao refletirmos sobre o conceito de pena no contexto jurídico, nossa mente tende a associá-la imediatamente à ideia de privação da liberdade. Essa conexão quase instintiva ocorre também quando nos debruçamos sobre as finalidades atribuídas às penas, onde

²¹⁴ Nesse sentido, diz o Código Penal Brasileiro prevê que as penas restritivas de direitos são aplicáveis em substituição às penas privativas de liberdade (art. 44 do Código Penal) quando a pena privativa de liberdade não for superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa. Também é necessário que o réu não seja reincidente em crime doloso e que a medida seja socialmente recomendável e a adequação da quantidade e da natureza da pena indicarem a substituição. Essa substituição leva em conta o princípio da individualização da pena, que visa adaptar a punição às características pessoais do condenado e à natureza do delito cometido, buscando formas mais eficazes de ressocialização do infrator e prevenção de novos crimes.

²¹⁵ São exemplos de Penas Restritivas de Direito, previstas na legislação Brasileira: 1. Prestação pecuniária: consiste no pagamento em dinheiro à vítima, a seus dependentes ou a entidade pública ou privada com destinação social, de importância fixada pelo juiz, levando em conta as necessidades da vítima e as possibilidades do condenado. 2. Perda de bens e valores: refere-se à perda em favor do Fundo Penitenciário Nacional, de bens e valores pertencentes ao condenado, desde que estes tenham sido adquiridos de forma ilícita ou sejam equivalentes ao proveito obtido com a prática do crime. 3. Prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas: é a obrigação de cumprir, por determinado tempo, gratuitamente, tarefas em entidades assistenciais, hospitais, escolas, orfanatos e outros estabelecimentos congêneres, em programas comunitários ou estatais. 4. Interdição temporária de direitos: pode incluir a proibição de exercer cargos, funções ou atividades públicas, bem como de direitos políticos, e a proibição de frequentar determinados lugares. 5. Limitação de fim de semana: consiste na obrigação de permanecer, aos finais de semana, por cinco horas diárias, em casa de albergado ou outro estabelecimento adequado, onde são realizadas atividades educativas.

frequentemente prevalece a perspectiva de que seu principal objetivo é restringir a liberdade do indivíduo, confinando-o em um estabelecimento penal. Contudo, nossa intenção aqui não é mergulhar em uma discussão aprofundada sobre as penas privativas de liberdade, um tema que já foi e continua sendo amplamente explorado em inúmeros estudos e pesquisas acadêmicas. Igualmente, não pretendemos detalhar exaustivamente as peculiaridades e o procedimento de imposição dessas penas dentro do sistema jurídico brasileiro.

Por definição, a pena privativa de liberdade é uma das espécies do gênero *sanção penal*, que será consequência da prática de um crime. Esse tipo de pena implicará em uma restrição da liberdade do agente, submetendo-o a um regime de cumprimento de pena em instituições destinadas a este fim, como prisões ou penitenciárias. Esse tipo de pena tem sido tradicionalmente considerado como o núcleo central do sistema punitivo, refletindo uma abordagem retributiva e preventiva de justiça criminal. Ampliar a compreensão sobre as diversas facetas e implicações das penas privativas de liberdade é crucial para o desenvolvimento de políticas criminais que sejam não apenas eficazes na prevenção e punição do crime, mas também no fomento à reabilitação do condenado e à promoção de uma justiça mais equitativa e restaurativa. A constante reflexão e revisão das práticas penais são essenciais para assegurar que o sistema jurídico esteja alinhado com os valores de justiça e respeito aos direitos fundamentais, enquanto enfrenta os desafios contemporâneos da criminalidade e da punição (BITENCOURT, 2023).

Com o avançar das ideias Iluministas, cada vez mais a pena de morte (que era o padrão por referência para as sanções criminais) passou a cair em desuso, pois além de não intimidar, não era útil a uma classe que se desenvolvia – como a burguesia – perder tantos sujeitos que poderiam ser utilizados como força de trabalho/mão de obra ao mercado que crescia (BITENCOURT, 2023). Mas a pena de prisão se converteu na principal modalidade de pena – pois antes eram apenas modalidades intermediárias, em que o sujeito aguardava para ser “punido” com a pena corporal ou de morte - a partir do final do século XVIII e início do século XIX, tendo por crença a ideia de que o adequado para o sistema penal seria *reformatar* ou ao menos *tentar reformatar* o delinquente, reabilitando-o para a convivência social.

A visão tradicional da pena de prisão, historicamente encarada como um meio otimista de ressocialização do condenado, tem sido crescentemente questionada e vista sob uma luz mais crítica. Esta mudança de perspectiva, conforme apontado por Bitencourt (2023), reflete um crescente ceticismo quanto à eficácia da prisão como uma solução universal e efetiva para a prevenção e punição de delitos. A ideia de que a prisão possa servir consistentemente como um instrumento de ressocialização tem se enfraquecido, especialmente diante dos evidentes

problemas estruturais e sociais que o sistema prisional enfrenta, um cenário particularmente palpável no Brasil. O país apresenta exemplos contundentes de presídios marcados pela superlotação crítica e pela falta de infraestrutura adequada, condições que estão longe de oferecer um ambiente propício para qualquer forma de reabilitação. Essas instituições, frequentemente operando muito além de sua capacidade, revelam uma realidade onde as condições de detenção deterioram ainda mais a possibilidade de reintegração social do indivíduo, ao invés de fomentá-la.

Essa reavaliação da prisão como política criminal traz à tona a urgência de buscar alternativas mais eficazes e humanizadas de tratamento penal. O debate contemporâneo enfatiza a necessidade de repensar a aplicação de penas, movendo-se em direção a métodos que não apenas punam, mas que também ofereçam caminhos reais para a ressocialização, a reparação dos danos e a prevenção de futuros delitos.

Os movimentos com o fim de diminuir os males estruturais da prisão, especialmente aquelas de curta duração, iniciaram-se já em meados do século XIX, com Boneville Marsangy, afirmando, que “a pena privativa de liberdade jamais deverá ser aplicada quando a pena pecuniária for suficiente à repressão” (BITENCOURT, 2023, p. 638). Os questionamentos a ela foram colocados pois a prisão ao invés de recuperar, tornava-se uma escola, ou campo ideal para a reincidência do criminoso. A ideia era paulatinamente substituir a pena privativa de liberdade, pois ela era ou totalmente ineficaz aos criminosos habituais, ou extremamente excessiva aos delinquentes ocasionais. Nosso Código Penal Brasileiro de 1940 adotava em sua parte geral, a pena de prisão como regra geral, sem qualquer outra possibilidade de penas restritivas ou substitutivas da liberdade, medidas essas que somente chegaram a nós com a reforma promovida na parte geral em 1984, onde foram introduzidas as penas alternativas à privação da liberdade.

A pena privativa de liberdade estará prevista sempre no preceito secundário do tipo penal incriminador, descrevendo não um quantum de privação determinado, mas um lapso temporal no qual o julgador, valendo-se de critérios objetivos e pessoais avaliará a necessidade e o merecimento de pena (culpabilidade) do agente. Ou seja, as penas previstas no tipo penal demandarão uma individualização proporcional, a depender da norma violada, do interesse afetado, do dano causado, e de outros elementos descritos na lei penal (especialmente o art. 59 do Código Penal Brasileiro²¹⁶).

²¹⁶“Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime”.

O sistema adotado no Brasil para a individualização da pena é conhecido como dosimetria da pena, orientado por um critério trifásico, descrito art. 68 do Código Penal, que ali diz que, o juiz fixará a pena base atendendo aos critérios do art. 59 do mesmo diploma repressivo; em seguida, serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento.

No Brasil as penas privativas de liberdade podem ser de três espécies: a) reclusão; b) detenção; e c) prisão simples. Cada uma dessas espécies será cumprida em um dos três possíveis regimes de cumprimento de pena, previstos no Código Penal, e na Lei de Execuções Penais brasileira, e que serão fixados pelo julgador quando da dosimetria da pena, sendo eles o regime: aberto, semiaberto e fechado. A prisão simples e a detenção, somente poderão ser cumpridas nos regimes aberto e semiaberto, sendo a primeira delas dedicada exclusivamente às contravenções penais; por sua vez, a reclusão pode gerar ao delinquente a imposição do regime de cumprimento de pena fechado, semiaberto ou aberto.

De forma bastante sucinta, pode-se entender que os regimes de cumprimento de pena são “o conjunto das normas de direito que regulam as maneiras como a pena privativa de liberdade será executada” (COSTA, 2021, p.150). Estas normativas são cruciais pois delineiam não apenas o local onde a pena será cumprida, mas também abrangem aspectos como a elegibilidade para trabalho, educação e outras atividades que podem ser concedidas ao condenado durante o período de detenção. Essas regras são essenciais para garantir que, mesmo sob custódia, os direitos fundamentais dos indivíduos sejam respeitados e para facilitar, na medida do possível, sua futura reintegração na sociedade. Através dessas disposições, busca-se estabelecer um equilíbrio entre a necessidade de punição e a promoção da reabilitação do condenado, sublinhando a importância de um sistema penal que seja justo, eficiente e humanizado. Este enquadramento legal, tal como descrito por Costa em 2021, fornece a estrutura dentro da qual os detalhes específicos da execução da pena são definidos, incluindo os direitos e deveres do condenado, realçando a complexidade e a multidimensionalidade da aplicação das penas no ordenamento jurídico.

O regime fechado será aquele em que a liberdade do condenado será restringida da maneira mais severa, sempre em estabelecimentos de segurança máxima ou média (art. 33,§1º, a do Código Penal), conhecido como Penitenciária (art. 87 da LEP), com os sentenciados obrigados a permanecer em isolamento noturno, podendo trabalhar apenas internamente (externamente apenas em casos excepcionais, e em obras públicas), com todo o exercício de sua liberdade controlado de maneira bastante restritiva pelo Estado. Pelo texto do art. 33 do Código Penal, todo aquele que tiver aplicada a si uma pena privativa de liberdade

superior a 08 anos, ou quando for reincidente, e tiver quaisquer das condições do art. 59 do Código Penal desfavorável, poderá ter atribuído a si o regime de cumprimento de pena igual ao fechado.

O regime semiaberto será cumprido em colônia agrícola, industrial ou qualquer outra similar (art. 91 da LEP), devendo o sentenciado ocupar uma cela coletiva, com presos previamente selecionados (art. 92 da LEP), podendo trabalhar interna e externamente, mesmo em trabalhos particulares, sendo o estudo do preso realizado preferencialmente fora do estabelecimento prisional. Esse será o regime aplicado a todo o condenado que tiver a si atribuída uma pena privativa de liberdade superior a 04 anos, e igual ou inferior a 08, também sendo possível para os casos de presos com penas inferiores a 04 anos, se reincidentes. Um detalhe importante aqui, é que nosso sistema de regimes de pena é pautado na progressividade, razão pela qual, na medida em que o condenado merecer, e cumpridos alguns requisitos objetivos quanto ao tempo de cumprimento de pena, e subjetivos quanto às condições pessoais do próprio agente, os presos irão iniciar o cumprimento de pena em um regime mais severo, podendo progredir a outro com maiores regalias, ou menos severo que o anterior. Nesse sentido, é possível afirmar que o regime semiaberto também será o regime de penas para o condenado que cumpria pena em regime fechado, e obteve, nos termos da lei, o direito à progressão de regime, reconhecido judicialmente.

O regime aberto, conforme destacado no artigo 36 do Código Penal, representa a modalidade mais leniente dentre os regimes de cumprimento de pena, sendo executado preferencialmente em Casa do Albergado. Esta modalidade é fundamentada na confiança na capacidade de autodisciplina e responsabilidade do condenado. As características distintivas do regime aberto incluem a exigência de que o sentenciado mantenha uma ocupação lícita, como trabalho ou estudo, fora da unidade prisional durante o dia, com o compromisso de retornar à Casa do Albergado durante as noites e dias de descanso. Esse regime privilegia a reintegração social do condenado, permitindo-lhe manter ou buscar inserção no mercado de trabalho e no contexto educacional, facilitando o processo de readaptação à vida em sociedade. Ao mesmo tempo, estabelece um mecanismo de controle e acompanhamento do indivíduo, equilibrando liberdade condicional com a necessidade de cumprimento da pena. Tal abordagem reflete uma tentativa de equilibrar os objetivos de punição e prevenção de delitos com o imperativo de promover a ressocialização do condenado, alinhando-se com princípios contemporâneos de justiça penal que priorizam a recuperação e reabilitação em detrimento do mero confinamento.

Embora não seja o objeto desta dissertação, é importante saber que existem diversos instrumentos e mecanismos político-criminais penais e processuais penais para evitar o encarceramento dos condenados, razão pela qual nem sempre é verdadeira a afirmativa de que um condenado que tiver a si atribuída uma pena privativa de liberdade, a cumprirá parcial ou integralmente. São exemplos de medidas desencarceradoras as penas restritivas de direito²¹⁷, a suspensão condicional da pena²¹⁸, a suspensão condicional do processo²¹⁹, o Acordo de Não Persecução Penal²²⁰, entre outras possibilidades.

A pena privativa de liberdade é inevitavelmente pensada como a “regra” quando falamos em aplicar uma sanção criminal, razão pela qual, tradicionalmente os crimes econômicos – como por exemplo, a corrupção, ou crimes de fraude em licitações – possuem em seus preceitos secundários do tipo, penas privativas de liberdade com intervalos temporais de pena, elevados e diversos.

Para compreender a aplicação das penas privativas de liberdade nos crimes econômicos, cumpre mencionar o exemplo dos crimes contra a lei de licitações, que foram trazidos ao Código Penal pela nova Lei de Licitações, Lei 14.133/21, que para além de atualizar os tipos penais existentes na antiga Lei de Licitações, criou um novo tipo penal, alterou alguns aspectos dos preceitos primários dos crimes, e incrementou substancialmente as penas privativas de liberdade aplicáveis. Existem vários casos, por exemplo, em que a

²¹⁷ Descritas no art. 43 e seguintes do Código Penal, e que serão autônomas e substituem as privativas de liberdade, conforme já pontuado acima.

²¹⁸ Aplicada nos casos descritos no artigo 77 e seguintes do Código Penal para os casos em que for aplicada uma pena privativa de liberdade não superior a 2 (dois) anos, podendo suspender a execução dessa pena por 2 (dois) a 4 (quatro) anos, desde que: I - o condenado não seja reincidente em crime doloso; II - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias autorizem a concessão do benefício; III - Não seja indicada ou cabível a substituição prevista no art. 44 deste Código.

²¹⁹ Aplicada nos casos descritos no art. 89 da Lei 9.099/95 para os crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, ocasião em que o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena.

²²⁰ Aplicado nos casos descritos no art. 28-A do CPP, que afirma: “Art. 28-A. Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente: I - reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo; II - renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime; III - prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução, na forma do art. 46 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); IV - pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; ou V - cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada.”.

moldura penal foi praticamente dobrada²²¹, demonstrando que o legislador penal brasileiro entendeu que para melhor reprovare aqueles crimes econômicos deveria haver o aumento das penas privativas de liberdade mínimas em máximas previstas no preceito secundário do tipo²²², e ao mesmo tempo, colocou em questionamento o respeito à proporcionalidade e à razoabilidade destas penas (JUSTEN FILHO, 2021, p.1772).

Assim, a partir das penas fixadas pelo legislador para um crime como o de Fraude em Licitação ou Contrato (tipificado no art. 337-L do CP), torna-se possível, a depender das circunstâncias concretas, punir o agente com uma pena maior do que a de alguém condenado pelos crimes de Estupro (art. 213 do CP), Roubo (art. 157 do CP), Extorsão (art. 158 do CP), Homicídio doloso ou culposo (art. 121 do CP), entre outros casos. Evidentemente que em cada um desses exemplos há a tutela de bens jurídicos igualmente relevantes aos previstos nos crimes contra as Licitações e Contratos Administrativos, mas mais relevante ainda, para se questionar a proporcionalidade das penas previstas para estes delitos, é compará-las com as de outros crimes no âmbito da Criminalidade Econômica.

Observe-se, pois, o art. 54 da Lei nº 9.605/98, que trata do crime de Poluição, cuja pena base é de reclusão de um a quatro anos, podendo chegar, em casos mais graves (conforme hipóteses descritas no §2º), ao patamar de um a cinco anos. Ora, comparando o preceito secundário deste tipo penal com o do crime do art. 337-E do Código Penal (Contratação Direta Ilegal, com pena cominada de 4 a 8 anos), pode-se constatar que determinado agente que venha a se envolver em casos potencialmente muito mais danosos para a coletividade poderia ser punido com menor rigor do que outros também envolvidos em um crime que afeta a coletividade, mas com menor impacto social²²³.

Nessa mesma linha, o sujeito que venha a praticar o crime de Corrupção Passiva (art. 317 do CP, com pena cominada de 02 a 12 anos), recebendo em proveito próprio quantias de valor elevado, caracterizadas como vantagem ilícita, vulgarmente conhecido como “suborno”,

²²¹ A título de exemplo, observemos o Crime de Contratação Direta Ilegal. Na sistemática anterior, este crime, previsto no art. 89 da Lei 8.666/93, era punido com pena de detenção de 3 a 5 anos e multa; agora este delito está previsto no art. 337-E do Código Penal, com pena de reclusão de 4 a 8 anos e multa. Outro exemplo é o crime de Frustração do Caráter Competitivo de Licitação (antigo art. 90 da Lei 8.666/93, e agora art. 337-F do Código Penal), anteriormente punido com pena de detenção de 2 a 4 anos, e multa, agora sua moldura penal passou a prever pena de reclusão de 04 a 08 anos e multa.

²²² Observa-se com o aumento das molduras penais uma tentativa do legislador de dificultar que futuros criminosos punidos por estes delitos tenham acesso a benefícios processuais e penais que dificultariam sua eventual punição ou chegada ao cárcere, como o Acordo de Não Persecução Penal, a Suspensão Condicional do Processo e ou da Pena, e as Penas Restritivas de Direito, que, em decorrência das novas molduras penais, dificilmente poderão ser aplicadas no caso concreto como benefícios aos envolvidos.

²²³ Assim, podemos observar que, por exemplo, um sujeito envolvido em um grande desastre natural, que poluiu todo um ecossistema e afetou toda a vida de uma determinada região, pode ser punido com menor rigor que outro que admitiu a contratação direta de uma empresa particular com o Poder Público, gerando dano social e à Administração Pública infinitamente menor do que o dano ambiental.

poderá, a depender das circunstâncias concretas, ser punido com menor rigor que aquele que venha a frustrar o caráter competitivo de uma licitação (art. 337-F do CP com pena cominada de 04 a 08 anos), cujo valor do contrato seja inferior ao do prejuízo sofrido pela Administração com a corrupção do primeiro agente²²⁴.

São várias outras as hipóteses que revelam a desproporcionalidade das penas aplicáveis a estes delitos²²⁵ por parte do legislador, que confunde a necessidade de intervenção penal para lidar com situações sociais como a dos crimes econômicos, com a intervenção penal com penas maiores. A reflexão aqui não deve levar à ideia de que tais criminosos não devem ser responsabilizados por meio de penas privativas, ou que outros crimes devam ser punidos com penas privativas de liberdade maiores, mas sim questiona-se a proporcionalidade²²⁶ entre as penas cominadas e o parâmetro da culpabilidade e direitos humanos.

Ao elaborar, sem observar o princípio da proporcionalidade, uma série de tipos penais na Lei de Licitações (Lei 14.133/21) o legislador não está respeitando os parâmetros mínimos de aplicação do Direito Penal, e, além disso, acaba envolvendo outras questões mais complexas relacionadas à política criminal contemporânea, preocupada em conter os “novos riscos” de uma sociedade igualmente complexa e repleta de riscos, potencializados a partir dos inúmeros avanços tecnológicos (BECK, 1995, p.181).

De acordo com Winfried Hassemer (1992, p.183), em outros países, e também em relação a outros delitos, verificou-se a mesma situação problema colocada: o incremento das penas privativas de liberdade para crimes econômicos como estratégia penal. Nestes casos, o que se pôde observar com a aplicação de penas tão severas, como as privativas de liberdade de longa duração, é que, mesmo em relação a outros delitos, elas ocorriam de maneira seletiva, reforçando seu caráter simbólico, punindo apenas os *bodes expiatórios*, que eram identificados de maneira aleatória pelo sistema de controle estatal, satisfazendo de maneira simbólica o clamor social por uma punição efetiva (HASSEMER, 1992, p.183).

²²⁴ Reforça-se essa afirmação, em especial, pela cultura da pena mínima tão comum no Brasil (MELO, 2012, online).

²²⁵ Pensemos em outro exemplo extremo: o sujeito que vem a incorrer no crime de Sonegação fiscal em algumas das hipóteses do art. 1º da Lei 8137/90, gerando um dano ao erário na monta de 2 bilhões de reais. Este sujeito, além de todos os benefícios penais e extrapenais que terá, será punido com muito menor rigor que outro que venha a praticar o crime descrito, por exemplo, no art. 337-M, §1º do CP, de Contratação de um profissional ou empresa declarado inidôneo, ou, então, de algum sujeito que venha a “Frustrar o caráter competitivo de licitação” (art. 337-F do CP). Nesse último caso, ainda, aquele que venha a “Integrar, financiar, ou constituir organização criminosa” (art. 2º da Lei 12.850/2013), também poderá ser punido com menor rigor que o agente que frustra o caráter competitivo de licitação.

²²⁶ Sempre recordando que a proibição de excesso e a vedação à proteção deficiente são corolários do princípio da proporcionalidade da pena (PORPINIO, 2016, online).

Partindo da premissa no sentido de que, nestes casos, o legislador está se valendo do Direito Penal com caráter muito mais simbólico do que qualquer outra finalidade, reforça-se uma crença no senso comum, no sentido de que o incremento de penas diminui a criminalidade e a impunidade, pois garantir direitos humanos a estes sujeitos, supostamente seria uma forma de aumentar a impunidade, em especial no contexto destes delitos econômicos (GRAGNANI, 2018, online); (MEZAROBBA, 2010, online).

Um último detalhe é que, embora a pena para os criminosos econômicos deva cumprir a finalidade de reprovação no caso dos crimes econômicos, inevitavelmente acarretará como fim a prevenção especial negativa, na medida em que, mesmo que não se tenha a intenção ou fim de assim o fazer, o encarceramento leva à neutralização momentânea do delinquente, sendo esta algo da própria natureza da pena privativa de liberdade (mesmo que de forma ineficiente), razão pela qual é necessária haver uma reflexão um pouco mais apurada antes de aplicar qualquer pena privativa de liberdade, especialmente nos crimes econômicos.

3.1.2. Pena de Multa

A diferença entre sanções extrapenais e penal ganha relevo por alguns motivos, sendo um deles a de evitar o *bis in idem*, punindo-se o agente duas vezes pelo mesmo fato. Nas palavras de Zaffaroni (*apud* BITENCOURT, 2020, p.1702):

O Direito Penal apresenta-se como um paradoxo, pois tutela a liberdade privando-se alguém da liberdade e garante bens jurídicos com a privação de bens jurídicos. Dentro desse paradoxo exsurge a pena com o seu conteúdo retributivo como algo indispensável para a conservação de uma sociedade política e juridicamente organizada, à espera, talvez, de melhores soluções.

É importante reconhecer determinada sanção como possuindo ou não a natureza penal, de modo a tutelar/resguardar direitos e garantias fundamentais (processuais e materiais) dos sujeitos, que poderiam ser amplamente violentados pelo *ius puniendi* estatal sem qualquer respeito a parâmetros básicos. Igualmente, eventuais atos ilícitos classificados como não penais, poderiam, em tese, serem sancionados sem a necessidade de se observar um processo penal com garantias e rigores próprios, ou sem demonstrar a concreta violação à norma.

Reforça-se que, independentemente da norma jurídica afetada, o ato praticado pelo agente pode demandar consequências de naturezas diversas. Cientificamente, de acordo com Junqueira e Garcia (2020, p.32), sanções corporais e que afetam a liberdade do agente, rapidamente foram interpretadas/associadas com sua natureza penal, ao passo que penas pecuniárias ainda estão em uma “zona cinzenta” quanto a sua natureza jurídica.

A prisão, nas palavras de Heleno Fragoso (1980, p.11) “representa um trágico equívoco histórico, constituindo a expressão mais característica do vigente sistema de justiça criminal”, de forma que somente é possível justificar tamanha inflexão na liberdade dos indivíduos, para casos em que não há no momento, outra solução plausível, motivo pela qual outras estratégias penais ou extrapenais têm sido cada vez mais enfatizadas como possível solução para delitos²²⁷.

Embora não seja o foco do presente trabalho, é importante compreender as origens históricas da pena de multa. Historicamente a pena de multa surgiu juntamente com a própria ideia de pena em si. Antes mesmo de despontar a lógica do exercício exclusivo do *ius puniendi* pelo Estado, a pena era vista como uma consequência lógica, ou uma vingança privada aplicada àqueles que lesionassem alguém, ou causassem qualquer infração à ordem social, compensando os ofendidos ou os próprios deuses (JUNQUEIRA; GARCIA, 2020, p.34). Nesse sentido, dizia Cesare Lombroso (2010, p. 91) que “a vingança e a pena, confundindo-se uma com a outra, reduzia-se a um ferimento tal que bastasse para ressarcir a vítima ou seus amigos, ou a dor causada ao ofendido”. Todavia, o modelo baseado na vingança privada não era socialmente adequado, na medida em que trazia uma consequência que transcendia a figura do delinquente, atingindo grupos e famílias inteiras, com guerras e atos indesejáveis cada vez mais constantes (JUNQUEIRA; GARCIA, 2020, p. 35).

Na Idade Antiga, conforme já mencionado anteriormente, havia penas com caráter iminentemente reparatório, a depender da extensão e natureza do dano causado. Também com o fim de garantir harmonia social, evitando-se a guerra e punindo os infratores, na Idade Média, os povos germânicos trouxeram a ideia da pena pecuniária, como uma forma de reparar o dano, “pagar pela paz”, evitando-se a guerra definitivamente²²⁸ (JUNQUEIRA; GARCIA, 2020, p.35). Evitava-se penas corporais por serem elas muitas vezes mais gravosas que as pecuniárias, que seriam uma espécie de precificação dos danos causados pelo delito²²⁹.

²²⁷ Referenciando Michel Foucault, Bitencourt (2020, p.1701) afirma que “Michel Foucault extraordinário pensador francês, há poucos anos falecido, em sua magnífica obra Vigiar e punir, denuncia o que seja a prisão e pergunta se a pena privativa de liberdade fracassou. Ele mesmo responde afirmando que ela não fracassou, pois cumpriu o objetivo a que se propunha, de estigmatizar, segregar e separar os delinquentes. E, em outra passagem, o mesmo autor sentencia: ‘ela é a detestável solução da qual não se pode abrir mão’”.

²²⁸ Nas palavras de Oswald Marques (*apud* JUNQUEIRA; GARCIA, 2020, p. 35) “Não se pode, contudo, deixar de mencionar a prática da composição pecuniária (Verhgeld), trazida pelos germanos, que substituíra, com melhores resultados, a vingança privada, evitando a mortandade entre os grupos ou as famílias em conflito. O Verhgeld pode, sem dúvida, ser considerado a origem do instituto da reparação do dano.”.

²²⁹ Dessa forma, nota-se que a pena de multa – e neste momento não era possível diferenciá-la da pena pecuniária enquanto instituto jurídico – surgiu tanto com a finalidade de vingança, guardando correlação com a conduta praticada e sendo reservada para condutas delitivas relacionadas com eventual perda patrimonial, quanto como forma de simbolizar uma reparação e se evitar um mal maior decorrente de uma punição desproporcional, a fim de se buscar a tão desejada pacificação social. (JUNQUEIRA; GARCIA, 2020, p.36).

A multa também era utilizada para diversas modalidades de crimes, mas com o crescimento/desenvolvimento do modelo de penas corporais, ela perdeu força como um instrumento sancionatório, considerando a institucionalização da pena privativa, que impunha ao condenado uma “ressocialização” ao mercado de trabalho (BITENCOURT, 2020, p.1704). Ela ressurgirá com maior relevância apenas no final do século XIX, como resultado dos questionamentos cada vez mais significativos em face das penas privativas de curta duração (JESCHECK, 2002).

Seja qual for sua natureza ou peculiaridade no ordenamento jurídico, a pena de multa pode ser entendida como uma “pena pecuniária” que gerará a “diminuição de nossas riquezas, aplicada por lei como castigo de um delito” (CARRARA, 1979, p.129). No ordenamento jurídico brasileiro a multa está prevista na Constituição Federal como uma possível espécie de pena, no art. 5º, XLVI, c, sendo também arrolada no Código Penal como pena autônoma, diversa das penas restritivas de direitos, no art. 32, III. Sendo uma sanção penal, a multa deverá cumprir as finalidades atribuídas a pena pelo ordenamento jurídico brasileiro, qual seja, a prevenção e a retribuição. Após o trânsito em julgado da condenação, nos termos do art. 51 do Código Penal a multa imposta “será considerada dívida de valor, aplicáveis as normas relativas à dívida ativa da Fazenda Pública”.

Nesse contexto, a legislação penal brasileira prevê que a pena de multa, mesmo que inscrita na Fazenda Pública permanecerá com natureza penal, o que significa que efeitos secundários da pena permanecerão em aberto para o delinquente condenado, que não se verá livre dos males do processo, enquanto não saldar o débito a que foi condenado em sentença penal²³⁰.

Na legislação penal brasileira pode-se observar que a pena de multa não é cominada para todas as modalidades de delitos, e sim para crimes com cunho mais patrimonial, ou com

²³⁰ Bastante crítico a esse posicionamento da pena de multa manter natureza penal, especialmente para o caso de crimes outros, que não apenas os econômicos, afirma Junqueira: “É equívoca a premissa de que suposta natureza criminal daria à multa maior eficiência na reprovação e prevenção do injusto, justificando a manutenção de sua roupagem penal. Em primeiro lugar, é crucial romper o mito de que a sanção penal é necessariamente a mais grave prevista no ordenamento, bastando, para tanto, lembrar que pela legislação brasileira uma sanção administrativa pode resultar na morte da pessoa jurídica, e a lei do abate (Lei nº 7.565/86, com a redação da Lei nº 9.614/98), também de natureza administrativa, resulta na determinação de destruição da aeronave depois de esgotados ou meios coercitivos legalmente previstos, culminando na provável morte dos tripulantes. Por fim, vale ressaltar que a discussão sobre a natureza penal ou extrapenal da multa lastreada em premissas ônticas não tem qualquer sentido. O argumento de que se a multa se origina de uma infração penal deve guardar natureza penal até a extinção não resiste sequer ao vislumbre em nosso ordenamento dos efeitos extrapenais da condenação, que também se originam de infração penal, mas não guardam a natureza estigmatizante da pena. Mais e ainda, a multa não é ente natural a ser descrito como pertencente eternamente a um reino, família biológica ou gênero, mas, sim, instituto jurídico com qualidade atribuída pelo legislador e pela doutrina. No caso da doutrina, devem ser buscados atributos que incrementem a racionalidade da execução da multa, em harmonia com o texto da lei, que, repita-se, impõe que “seja considerada dívida de valor.” (JUNQUEIRA; GARCIA, 2020, p. 33).

reflexos patrimoniais, como crimes contra o patrimônio (furto, roubo, receptação, entre outros), e também, por exemplo os crimes econômicos, em especial aqueles associados ao contexto empresarial. De acordo com o art. 49 do Código Penal, as penas de multa serão aplicadas no formato de um sistema de dias-multa, desenvolvido no Brasil originalmente no Código Criminal do Império de 1830 (BITENCOURT, 2020, p.1709), e que tem por lógica observar ao máximo a capacidade econômica do condenado quando da imposição e aplicação da pena de multa²³¹.

Em casos excepcionais, por exemplo, a lei penal (art. 60, §1º do Código Penal por exemplo) prevê a possibilidade que diante da ineficácia da multa fixada em parâmetros máximos, ou sendo favorável a condição econômica do condenado, o juiz poderá multiplicar por três o valor da pena de multa a ser fixada. Ela também pode ser aplicada de forma isolada (quando o condenado recebe apenas uma pena de multa como sanção pelo seu crime), ou cumulativa (quando aplicada juntamente com a pena privativa de liberdade ou restritiva de direitos), podendo ainda ser substitutiva (quando aplicada em substituição a uma pena privativa de liberdade), ou própria (quando aplicada por expressa disposição no preceito secundário do tipo penal, e não por qualquer substituição).

Vale ressaltar que, que no ordenamento jurídico brasileiro a pena de multa é paga em dinheiro, após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, podendo ser o pagamento parcelado após prévia autorização judicial. Observa-se aqui um recorte social quanto à pena de multa, na medida em que “o condenado com uma vida financeira estável não encontrará problemas em saldá-la, diferentemente daquele de baixa renda que receberá mais essa dívida social” (JUNQUEIRA; GARCIA, 2020, p. 37). Pode-se estabelecer, portanto, que pena de multa acaba por reafirmar a seletividade²³² e a exclusão social de maneira institucionalizada (para uns poderá ser impagável, enquanto para outros poderá ser tão irrisória que poderá representar “impunidade”)²³³, o que reforça, ou revela desde aqui, a

²³¹ O magistrado quando do cálculo da pena, no que diz respeito à pena de multa, irá aumentar ou diminuir em cada uma das fases da dosimetria de forma proporcional aos critérios aplicados para a pena privativa de liberdade. Ao final, chegando a um *quantum* de dias, ele irá determinar o valor de cada dia-multa, considerando a capacidade socioeconômica do condenado.

²³² Sobre a seletividade penal na pena de multa, diz Juarez Cirino dos Santos (2008, p.549) “A situação econômica do réu (art. 60 do CP) autoriza a ampliar a pena de multa até o triplo da cominação máxima, se parecer ineficaz a aplicação do máximo da pena de multa cominada (art. 60, § 1º, do CP). Nesse sentido, a pena de multa seria modalidade punitiva definível como pena igual, porque considera desigualmente os indivíduos concretamente desiguais; na prática, a seletividade do processo de criminalização, concentrada na população pobre e excluída do mercado de trabalho e do sistema de consumo, frustra a aplicação igualitária da pena de multa”.

²³³ Nas Palavras de Eugenio Zaffaroni e José Pierangeli (2015, p. 724), “a multa não é uma pena adequada para ser imposta aos setores mais carentes de uma população que se encontra no limite de sua subsistência, e que viria a agravar, ainda mais, uma situação social que, em definitivo, é uma condicionante do delito (...) Por fim, e por

concepção de que a pena de multa, se for utilizada para o enfrentamento dos crimes econômicos, precisará ser também reformada em sua gênese.

A Pena de multa, prevista no Código Penal, deverá ser aplicada aos criminosos econômicos com o fim de reprovar a desordem causada pelo delito, e de forma secundária e reflexa, prevenir eventuais novos delinquentes de agirem de forma similar. Para retribuir, a multa deve se atentar a dois valores principais da retribuição: a vingança e a justiça (ROXIN, 2004). Em outras palavras, o condenado deverá sofrer pela desonra causada à sociedade, com uma pena a mais proporcional e homogênea possível se comparada àquelas aplicadas a outros delinquentes. Dessa forma, a pena de multa deverá se vincular ou observar o dano ou vantagem patrimonial que foram causados pela prática do ato ilícito, para ser justa e retributiva.

No contexto de condutas criminosas marcadas por uma forte carga axiológica racional, como são os crimes econômicos, ainda é possível observar um cálculo de custos e benefícios da prática criminosa que deverá ser considerado quando da aplicação da sanção criminal. Mais do que a sanção em si, é muito importante a ameaça penal, “pois quando a sanção é imposta podemos concluir que o Direito Penal não cumpriu a sua função, que é evitar o crime”, não perdendo o Estado sua credibilidade quanto ao possível exercício do *ius puniendi* (JUNQUEIRA; GARCIA, 2020, p. 41). Ademais, além de observar as finalidades das penas, a pena de multa aplicada deverá observar princípios e fundamentos mínimos, como por exemplo o princípio da culpabilidade, segundo o qual a sanção penal aplicada deve se limitar à culpabilidade do agente, ou seja, ao seu “poder agir de outro modo”²³⁴, considerando o exercício indevido de seu “livre-arbítrio”. (JUNQUEIRA; GARCIA, 2020, p. 42).

Outrossim é importante ressaltar que com a aplicação de eventual de multa o sistema jurídico penal deve observar a disposição da lei de Execuções Penais, mas especificamente seu art. 1º, que prevê expressamente como sendo um dos objetivos principais da execução de uma pena (que não se confunde com a finalidade da pena em si) a integração social do condenado. Nas palavras de Junqueira e Garcia (2020, p. 43) “o princípio, como mandamento

demais importante, pois, conquanto a multa deva ser uma pena contra a motivação do crime, de modo algum deve-se converter numa fonte de miséria para o condenado ou de sua família”.

²³⁴ De acordo com C  zar Roberto Bitencourt (2020, p.152) “Da ado  o do princípio de culpabilidade em suas três dimensões derivam importantes consequências materiais: a) inadmissibilidade da responsabilidade objetiva pelo simples resultado; b) somente cabe atribuir responsabilidade penal pela prática de um fato t  pico e antijurídico, sobre o qual recai o juízo de culpabilidade, de modo que a responsabilidade    pelo fato e não pelo autor; c) a culpabilidade    a medida da pena. Com essa configura  o, não cabe a menor d  vida de que o princípio de culpabilidade representa uma garantia fundamental dentro do processo de atribui  o de responsabilidade penal, repercutindo diretamente na composi  o da culpabilidade enquanto categoria dogmática”.

de otimização, deve atingir todos os momentos da aplicação da lei, quer na sentença condenatória, quer na operação administrativa dos agentes estatais, quer na execução da sanção”, razão pela qual deverá ser observada a máxima possibilidade de integrar novamente à sociedade o sujeito que causou danos sociais com sua conduta criminal.

Em suma, a pena de multa também deverá observar a lógica descrita no art. 5º, XLV da CF/88²³⁵ que prevê a máxima da intranscendência da pena, de forma que seja ela qual for, jamais deverá responsabilizar outro que não apenas o condenado. Observe que a Constituição Federal apenas traz a exceção ao perdimento de bens e valores e a reparação de bens, não incluindo a multa como sendo passível de impactar diretamente terceiros em qualquer de suas fases. Ou seja, condenando um sujeito a pagar determinada quantia a título de pena de multa, esta não poderá atingir o patrimônio de seus herdeiros ou sucessores.

Mas para que tal medida seja efetiva, não bastaria aplicar penas de multas nos parâmetros previstos na lei penal. Será necessária toda uma readequação de toda a sistemática de aplicação da pena de multa para tais delitos (atrelando por exemplo o valor da multa ao dano causado, ou aos ganhos obtidos), aumentando-se também o índice de detecção e persecução penal para tais delitos. Para reprovar, a pena de multa precisa comunicar uma mensagem de que não “valeu a pena” infringir a norma penal, sob pena de ser apenas mais um “custo operacional” do delinquente. Assim, a certeza da punição, com penas econômicas (multa) elevadas, levariam o delinquente econômico intuitivamente evitar eventual crime.

3.1.3. *Shame Sanctions*

A criminalidade econômica e empresarial não é uma exclusividade do contexto brasileiro e latino-americano, também no Direito criminal de matriz anglo-saxônica há uma crescente sugestão pela aplicação de penas criminais vergonhosas ou infamantes, as chamadas *Shame Sanctions* como uma estratégia de enfrentamento a esta criminalidade tão específica²³⁶. Para entender as *Shame Sanctions*, ou punições vergonhosas, é importante compreender que existe uma intuição no senso comum, de que a lei criminal, além de influenciar no

²³⁵ “nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido”.

²³⁶ Nesse sentido KAHAN, Dan; POSNER, Eric. **Shaming White-Collar Criminals: A Proposal for Reform of the Federal Sentencing Guidelines** In: Brooks, Thom. *Shame punishment*. Farnham: Ashgate, 2014. p. 155 e ss. Analisando a publicação da decisão condenatória infamantes à empresas, TIEDEMANN, Klaus. **Leciones de derecho penal económico**. Barcelona: Ppu, 1993. p. 231; HEINE, Gunther. **Sanctions in the field of corporate criminal liability**. In: eser; heine; huBer. *Criminal responsibility of legal and collective entities*. Freiburg: MPI, 1999. p. 249-250.

comportamento, também afeta as preferências e valores de determinadas pessoas (KAHAN, 2019)²³⁷. As punições vergonhosas são aquelas que aconteceram todas as vezes que a sociedade, por meio da intervenção da política criminal, chama a atenção de forma pública e consciente, a ações criminosas praticadas por um infrator da norma, como forma de puni-lo por ter decidido agir contrariamente à norma (KAHAN, 2019, p. 159). Revela-se publicamente que algo aconteceu, com o fim de reprovar moralmente e socialmente o infrator, colocando-o como alvo da vergonha pública, afetando sua reputação.

A lógica das *Shame Sanctions* é promover uma divulgação ostensiva de que determinado criminoso econômico - por exemplo, envolvido em escândalos de corrupção, ou lavagem de ativos ilícitos, ou outros delitos econômicos – que tenha relação com alguma atividade ilícita, foi condenado criminalmente, por sentença irrecorrível, e que merece a reprovação pública, que muitas vezes pode ser mais prejudicial do que qualquer outra

²³⁷ Aqui Dan Kahan exemplifica pontuando que as sanções vergonhosas podem, potencialmente ser utilizadas para tentar assegurar um mínimo equilíbrio social, auxiliando e induzindo pessoas a tomarem determinadas posições quanto a comportamentos e valores. Em suas palavras: “Suponha que no momento 0, algum comportamento, como o insider trading, por exemplo, seja considerado uma forma inofensiva de comportamento—no máximo, talvez, a indulgência de um gosto um tanto idiossincrático. No momento 1, o insider trading se associa a algum evento indesejável. Por exemplo, o mercado de ações está estável; há um aumento no insider trading (momento 0); e então, de repente, ocorre um crash (momento 1). Ninguém sabe se o insider trading causou o crash, mas algum empreendedor—talvez um oficial do governo—aproveita o momento, culpa o crash do mercado de ações nos traders internos e começa a processar os praticantes de insider trading, explorando alguma lei vaga. Agora, as pessoas comuns podem acreditar no governo ou não, mas algumas delas—talvez aquelas que nunca se envolveram em insider trading porque nunca tiveram a chance—entram na onda. Eles evitam os praticantes de insider trading para revelar, por contraste, a pureza do próprio comportamento. Se outros se juntarem, no novo equilíbrio pode ser o caso de que ninguém se envolva em insider trading e todos declarem sua oposição a ele. Pessoas que poderiam se beneficiar do insider trading optam por não fazê-lo, para mostrar que pertencem ao tipo bom. Com o tempo, todos os tipos bons se abstêm de insider trading, e apenas os tipos ruins se envolvem em insider trading—então todos passarão a acreditar que apenas os tipos ruins se envolvem em insider trading. Observe que a preferência para se envolver ou não em insider trading é endógena ao modelo—praticamente o mesmo modelo que usamos na seção anterior. Portanto, nossas conclusões sobre as vantagens e desvantagens das penalidades de vergonha em relação a outras penalidades se aplicam aqui também. Penalidades de vergonha podem, em princípio, ser usadas para criar um equilíbrio no qual as pessoas não são apenas dissuadidas de se engajar em algum comportamento, mas também são, de fato, dissuadidas de acreditar que pessoas que se engajam no comportamento são parceiros cooperativos desejáveis. Penalidades de vergonha e outros tipos de sanções podem, em teoria, ser usadas para mudar crenças, bem como comportamentos, e ao mudar crenças eles também mudam comportamentos. Alguém poderia argumentar que os gostos não mudaram realmente. As pessoas ou desfrutaram do comportamento sancionado ou não, como antes; elas acreditam que o comportamento é moral ou não, como antes. Tudo o que mudou são as crenças das pessoas sobre o tipo de pessoa que se envolve no comportamento. Para explicar como a lei criminal pode mudar os gostos, é necessário mudar de uma teoria econômica, com suas premissas behavioristas, para uma teoria psicológica. Uma abordagem promissora vem da teoria da dissonância cognitiva. De acordo com esta teoria, quando as pessoas se envolvem em ações que são inconsistentes com suas crenças, elas modificam suas crenças para eliminar a inconsistência. Em nosso exemplo, embora as pessoas acreditem que aqueles que se envolvem em insider trading são tipos ruins e se abstenham de se envolver em insider trading para evitar uma reputação de tipo ruim, eles continuam a acreditar que não há nada intrinsecamente errado com o insider trading. No entanto, essa crença sobre o valor do insider trading contradiz suas ações e suas crenças sobre as consequências reputacionais de se envolver em insider trading. Para evitar essa dissonância, as pessoas revisam suas crenças sobre o valor do insider trading. Elas se convencem, por meio de um processo psicológico que não é bem compreendido, que não apenas pessoas ruins se envolvem em insider trading, mas que o insider trading é moralmente errado.” (KAHAN, 2019, p.162-163) (Tradução livre).

modalidade punitiva a estes agentes, ferindo aquilo que eles possuem de mais importante: o *status*. É característica dessas penas, portanto, gerar uma estigmatização e um dano à honra do sujeito envolvido com o crime, de modo a que a humilhação do criminoso reprove de forma mais eficiente do que eventual multa e/ou pena privativa de liberdade. Não se nega aqui que a pena privativa vá gerar efeitos estigmatizantes. Todavia, com as *shames sanctions* o efeito colateral ao sistema e ao delinquente (neste último caso, observando-se o respeito a parâmetros e limitações previstas na lei para aplicação de penas), especialmente em termos de custos, será bastante reduzido.

De acordo com Dan Kahan, as penas infamantes ou humilhantes (*shame sanctions*) eram aplicadas no Antigo regime, mas associadas às punições corporais, tendo a humilhação do preso não o propósito principal do ato, mas mero efeito secundário do espetáculo ali realizado (KAHAN, 2014). Mas, em especial nos Estados Unidos, as *Shame Sanctions* não são mais dotadas de um caráter físico – tão comum no período medieval, e mesmo nos regimes totalitários, como o nazista, o stalinista e o maoísta -, sendo exemplos de penas a “utilização de roupas descrevendo seus crimes (...) ou a publicação de cartazes evidentes descrevendo as condutas praticadas pelo criminoso” (WHITMAN, 1997, p. 1056).

Como dito no início do capítulo, todas as penas geram algum grau de vergonha ou humilhação ao condenado. Historicamente as penas sempre foram marcadas por um elemento dramático, como modalidades como as de açoite, as marcas tatuadas ou gravadas com ferro quente no corpo das pessoas, mutilações, ou outras formas de maus-tratos ao corpo sendo formas de *shame sanctions* mais comuns (WHITMAN, 1997), todas abolidas nos Estados Unidos, em meados do Século XIX. Essas sanções tinham como característica, além da questão corporal, o apelo ao espetáculo público, objetificando o sujeito como instrumento de aprendizado a potenciais infratores da norma. Elas envolviam uma forte carga emocional em todos os sujeitos – desde o criminoso, até a vítima, os membros do Estado, e a plateia que acompanhava suas execuções. Criava-se na mente de um espectador a impressão da força da pena, de modo que mais tarde se ele contemplasse um crime, seria compelido imediatamente a direcionar para si mesmo as emoções que havia sentido anteriormente em relação ao ofensor e sentiria auto aversão, culpa e outras sensações desagradáveis (KAHAN, 2019).

Mas, modernamente, outras estratégias que não envolvam a aplicação de humilhações corporais, podem ser compatíveis com o modelo de Estado, e os fins propostos para punir, especialmente no contexto de criminosos econômicos. A título de exemplo, Whitman menciona o caso de Nova Jersey – em que criminosos preferiram tal pena que o cárcere - relacionado aos crimes sexuais, em que existe uma obrigação pública de sempre que

determinado criminoso condenado por abusos sexuais for visitar determinada comunidade, deve haver uma notificação pública da presença daquele indivíduo na comunidade (WHITMAN, 1997). Assim, pode-se teorizar que as *shame sanctions* cumprirão adequadamente a finalidade de reprovar o agente, gerando uma preocupação ou dano à imagem do condenado, que será punido pelo mal causado, privando-o de qualquer direito a um lugar honroso, ou com *status* na hierarquia de uma corporação/órgão público, que lhe daria certa deferência social.

Na doutrina anglo-americana, de acordo com James Whitman (1997) alguns doutrinadores questionam o “retorno” de penas humilhantes como uma solução ao enfrentamento da criminalidade em geral, por serem elas em tese “cruéis” e com efeitos incalculáveis ou incomensuráveis, o que pode levar a um arbítrio que deve ser evitado²³⁸. Por outro lado, em terras norte-americanas, mesmo a grande mídia (como o The New York Times²³⁹), declara que as *Shame Sanctions* podem ser úteis, e valer a pena, especialmente em algumas circunstâncias, como a dos crimes econômicos.

Entre os benefícios destas formas de aplicar pena, pode-se mencionar a possibilidade de reprovação e prevenção de crimes similares sem um aumento do custo na aplicação da pena (que não demandará processos longos e morosos, nem mesmo aplicação e execução de penas como as privativas de liberdade – que demandam toda uma estrutura de Estado específica²⁴⁰), afastando também o delinquente da atividade ilícita, sem prejudicá-lo em outras atividades que licitamente venha a desenvolver. Elas já são aplicadas por muitos países, como a China (no contexto de crimes econômicos), e mesmo regimes islâmicos, como os do Talibã no Afeganistão, ou da Arábia Saudita (KAHAN, 2014).

Elas também são duramente criticadas no contexto americano, sob o argumento de que, em uma sociedade urbanizada, de massas, e com informações circulando em velocidades incalculáveis, não há mais sentido em se falar de *shame sanctions*, especialmente no contexto de crimes econômicos, em que a estigmatização não é tão elevada quanto em outros delitos. Contudo, prejudicar a moral e a honra de indivíduos criminosos, especialmente em um ambiente onde possuir uma rede de contatos (networking) é crucial para a sobrevivência em

²³⁸ Críticos norte-americanos apontam, inclusive, que as *shame sanctions* foram abolidas lá na década de 1850, mas com fundamentos e razões mais relacionadas a aspectos corporais, do que à humilhação em si do criminoso (KAHAM, 2014). Ora, é bastante difícil sustentar que penas humilhantes não corporais são mais cruéis, por exemplo, que penas de cárcere. Ademais, as *shame sanctions* hoje aplicadas não possui por fim atacar ou causar qualquer impacto/dano ou dor física no sujeito ativo do crime.

²³⁹ Veja na matéria: <https://www.nytimes.com/1997/01/20/opinion/alternative-sentencing.html>. Acesso em 08 dez. 2023.

²⁴⁰ Sobre os benefícios das *shame sanctions* em geral no ordenamento jurídico, JEUKEN, Julia, Análise crítica às *shame sanctions*, São Paulo: LiberArs, 2017. p. 19, 38, 40, 53, 73 e 98.

certos mercados ou instituições públicas, pode ter efeitos profundamente negativos. A divulgação pública da conduta criminosa de uma pessoa, mesmo em uma sociedade que valoriza o anonimato e apresenta uma estrutura social fluida, pode ser extremamente estigmatizante e desencorajadora para o delinquente. Nesse sentido, James Whitman pontua que em alguns casos, realmente não há sentido em aplicar penas como essas, pois o sujeito pode simplesmente furtar-se de efeitos vergonhosos. Entretanto, nos casos de crimes econômicos: “envergonhar tais agentes pode simplesmente forçá-los a renunciar inteiramente à sociedade que cumpre a lei, mudando-se para o submundo para sempre” (WHITMAN, 1997, p. 1063)²⁴¹.

Outrossim, devemos lembrar que o fim da pena não é atingir ou de qualquer forma causar exemplo à coletividade, e sim reprovar o criminoso individualmente, na medida de sua culpabilidade. De acordo com Whitman (1997) as *shame sanctions* são vocacionadas a três tipos de sujeitos que serão punidos pelo Direito Penal: 1) criminosos sexuais; 2) criminosos que cometam pequenas infrações penais; 3) criminosos econômicos. Todos são pessoas que se forem expostas publicamente, serão reprovadas publicamente, moralmente, socialmente, e tenderão a não retornar à prática delitiva (KAHAM, 2014)²⁴².

No caso dos crimes econômicos, já existe um histórico de aplicação de *Shame sanctions* na realidade anglo-americana, especialmente nos casos envolvendo delitos empresariais. No período medieval, por exemplo, uma série de penas vergonhosas eram aplicadas aos sujeitos aos quais suas empresas fossem decretadas como falidas, com vários deles sendo obrigados a bater com suas nádegas contra pedras em público, como forma de mostrar que eram incompetentes, e por isso criminosos na condução de seus negócios (WHITMAN, 1997). Alguns outros exemplos relativamente recentes aconteceram nos Estados Unidos: 1) um fazendeiro foi condenado a colocar um outdoor na entrada de sua propriedade rural com os dizeres “A violent Felon Lives here. Travel at Your own Risk”, como condição para sua liberdade condicional em um processo em que ele agrediu outro

²⁴¹ Em complemento, afirma Kahan (2019, p.159) “‘É arriscado para a pessoa que se envolve nisso porque a vítima de tal vergonha pode retaliar contra o envergonhador; outros podem não acreditar nele; e se as pessoas não acreditarem nele, a reputação do envergonhador será prejudicada—ele será considerado uma pessoa não confiável.” Tradução livre do original: “It is risky for the person who engages in it because the victim of such shaming might retaliate against the shamer; others might not believe him; and if people do not believe him, the shamer’s reputation will be injured—he will be thought to be an unreliable person”.

²⁴² De acordo com James Whitman (1997), é um erro crer que a vergonha ou infâmia causada será apenas na esfera pública, pois o foco deve ser reprovar e provocar uma mudança na voz e no olhar interno do delinquente. Assim: “Mesmo quando estamos sozinhos, somos capazes de sentir que nosso senso de identidade foi permanentemente danificado porque fomos expostos em algum lugar, alguma vez.” (WHITMAN, 1997, p.1055). Tradução livre do original: “Even when alone, we are capable of feeling that our sense of self has been permanently damaged because we were exposed somewhere, sometimes”.

fazendeiro no rosto; 2) um motorista que dirigiu embriagado foi obrigado a colocar placas com cores diferenciadas para identifica-lo melhor nas próximas vezes; 3) uma mulher foi obrigada a publicar em um jornal local um anúncio dizendo que ela estava vendendo drogas na frente dos filhos, como condição para não ser detida; 4) um homem que agrediu sua esposa pela primeira vez foi condenado a dar explicações públicas para a imprensa local; 5) um administrador de empresas que tenha praticado corrupção (pública ou privada) foi condenado a publicar anúncios em jornais acerca de seu ato criminoso (HOFFMAN, 1997, online)²⁴³.

Outro caso bastante interessante é o relatado por Dan Kahan, é o que aconteceu na cidade de Nova Jersey constatou-se que na região de Hoboken alguns empresários e investidores que trabalhavam em Wall Street estavam urinando nas ruas e calçadas em público; como estratégia de punição a estes delinquentes, ao invés de aplicar multas ou penas privativas de liberdade, a justiça ordenou que eles fossem condenados a prestar serviços comunitários de limpeza de ruas, com sinais e dizeres que demonstrassem sua prática criminosa, além de expor-los publicamente. Nas palavras de Kahan “certamente, o espetáculo dos corretores de Wall Street que vasculhavam as ruas de Hoboken satisfizeram a exigência pública de retribuição. Mas também resolveu o problema subjacente do crime. Hoje, as ruas de Hoboken brilham” (KAHAN, 2019, p. 156)²⁴⁴.

A *Shame Sanction* funcionará ao criminoso econômico? Embora não tenhamos exemplos aplicados no Brasil, pensamos ser possível conseguir uma eficácia em reprovar o delinquente econômico com estas punições, pelas seguintes razões: estamos tratando de sujeitos que no mundo dos negócios, ou nos cargos públicos/políticos que ocupam, existe um medo elevado de perder sua reputação; sujeitos que possuem uma racionalidade voltada ao melhor custo-benefício. Ora, o mundo dos negócios não é tão *anônimo*, de modo que uma sanção aplicada ao delinquente econômico impactará em todo o contexto/ramo de atuação deste sujeito. Ademais, a respeitabilidade é bastante necessária e importante para a boa atuação destes agentes, de modo que humilhações públicas podem significar o fim de suas atividades.

²⁴³ Para mais exemplos vide HOFFMAN, Jan. **Crime and Punishment: Shame Gains Popularity**. New York Times. Publicado em 16 de Janeiro de 1997. Disponível em <https://www.nytimes.com/1997/01/16/us/crime-and-punishment-shame-gains-popularity.html>. Acesso em 08 dez. 2023.

²⁴⁴ O autor ainda pontua outros exemplos relacionados a crimes econômicos: “Many white-collar offenders—of the conventional variety—are also being shamed. In Cincinnati, for example, a judge ordered a corporate executive to write letters of apology and to publish newspaper ads publicizing his company’s contamination of the groundwater with carcinogenic chemicals. In New York, a slumlord was sentenced to house arrest in one of his ratinfested buildings (where tenants greeted him with a banner that read, ‘Welcome, Reptile!’). In lieu of a 10-year prison sentence, a Minnesota woman convicted of embezzling \$195,000 for gambling had to publish a letter of apology to her community. Ohio farmers convicted of ‘steer swapping’—a fraud to win prize money in fairs—were forced to own up publicly to being ‘cheaters.’” (KAHAN, 2019, p. 157).

As penas vergonhosas, por serem de baixíssimo custo ao Estado e à sociedade, podem ser tão eficientes quanto a pena de multa, ou outras sanções pecuniárias para inibir eventuais delinquentes, e reprovar o mal do crime, reforçando uma reprovação moral bastante elevada. Para ser efetiva a pena vergonhosa precisa incutir uma desconfiança plena da sociedade para com aquele criminoso, pois se assim não o fizer, além de não atingir o fim de reprovação almejado a *shame sanction* gerará o sentimento de injustiça, e reforçará o poder e reputação do criminoso econômico, que será visto como um perseguido pelo arbítrio estatal (KAHAN, 2019). Assim, para reprovar, a sanção precisa gerar uma repulsa por parte das outras pessoas, que não desejarem conviver com o delinquente econômico, pois:

(1) o infrator foi revelado como um mau tipo, que provavelmente não será confiável em esforços cooperativos; e (2) mesmo na medida em que possa ser lucrativo continuar a lidar com o infrator (porque ele tem habilidades especiais, por exemplo), evitando-o ostensivamente, mostra-se que pertence ao tipo bom e, assim, revela-se ser um parceiro atraente para os outros. O dano resultante à reputação do infrator pode ser bastante grave e, ainda assim, custa ao Estado muito menos comparável à uma pena de prisão (KAHAN, 2019, p.160)²⁴⁵.

É fato que o Estado não conseguirá controlar os efeitos da pena vergonhosa na imagem do apenado frente à coletividade. Ou seja, não existe um controle ou caminho para saber como o público lidará com penas como essas aplicadas a delinquentes econômicos. As *shame sanctions* são nesse ponto específico, bastante diferentes das penas de prisão e de multa, pois elas, mesmo que de forma não tão efetiva, podem ser minimamente controladas/dosadas pelo Estado²⁴⁶, razão pela qual é importante seu aprofundamento teórico.

É possível comparar as sanções de vergonha com as penas de multa e prisão. Imagine elevar todas as multas por crimes econômicos a níveis extremamente altos, chegando até ao ponto de o autor do crime ter de entregar todo o seu dinheiro ao Estado e vender seus bens para liquidar suas dívidas. Contudo, mesmo perdendo todos os seus bens, esse delinquente poderia conseguir um novo emprego, se reerguer e até mesmo cometer novos crimes econômicos. Ele também poderia optar por não trabalhar, transferindo todos os seus bens para familiares, amigos e intermediários, de forma que, na prática, conseguiria obter algum dinheiro e gastá-lo antes que o Estado conseguisse intervir.

²⁴⁵ “People avoid the offender for two reasons: (1) the offender has been revealed as a bad type, who is thus likely to be unreliable in cooperative endeavors; and (2) even to the extent it might be profitable to continue to deal with the offender (because he has special skills, for example), by ostentatiously avoiding him, one shows that one belongs to the good type and thus reveals oneself to be an attractive partner for others. The resulting reputational harm to the offender can be quite severe, and yet it costs the state much less than a comparable term of imprisonment.”.

²⁴⁶ Nas palavras de James Whitman (1997, p.1091) “Onde sanções de vergonha são aplicadas nas esferas do sexo e do comércio, elas representam uma disposição equivocada de permitir que o negócio do governo se transfira para um público excessivamente volátil.” Tradução livre do original: “Where shame sanctions are applied in the realms of sex and commerce, they represent a misguided willingness to let the business of government devolve to an over-volatile public.”.

Veja, todas estas possibilidades hipotéticas revelam que aplicar penas de multas de forma isoladas, mesmo que sejam extremamente elevadas ou infinitamente elevadas pode não ser efetivo para reprová-lo por sua conduta criminoso. Por outro lado, se aplicada uma pena que afete sua reputação diretamente o delinquente econômico dificilmente conseguirá tornar a delinquir – poderá ser ostracizado de seu ramo de atuação, com efeitos da pena durando muito mais significativamente do que apenas uma prisão ou multas. Em outras palavras, da mesma forma que na pena de prisão, elimina-se a possibilidade de o sujeito ativo gerar novos ativos, e praticar novos atos econômicos típicos de sua profissão, que demandam uma reputação²⁴⁷. Nas palavras de Kahan (2019, p.161):

A vergonha é uma forma mais eficaz de multar que atinge bens que a multa não consegue alcançar. A prisão e a vergonha são, em certo sentido, muito semelhantes. A prisão incapacita o infrator, de modo que ele não representa mais uma ameaça para os outros. Os infratores do colarinho branco não representam ameaças físicas a terceiros; a ameaça que representam consiste na sua capacidade de ganhar a confiança de uma vítima e depois enganá-la. Mas se a vergonha for bem-sucedida, todos saberão ou poderão descobrir facilmente que o agressor é um tipo ruim. Como eles irão evitá-lo, ele está efetivamente incapacitado. É como se ele andasse rodeado de grades. A desvantagem da prisão é o seu custo extremo; em contraste, envergonhar é barato²⁴⁸.

Refletir sobre a possibilidade de aplicá-las no ordenamento jurídico brasileiro demanda o enfrentamento de alguns pontos específicos enfrentados pela doutrina estadunidense há alguns anos²⁴⁹. Ora, para que as *shame sanctions* sejam efetivas, é necessário que se compreenda adequadamente qual o tipo/espécie de crime que se está lidando (como os crimes econômicos), para em um segundo momento observar se esta modalidade de pena se adequa aos fins propostos pela política criminal para as penas aos crimes econômicos (reprovação), e aos demais instrumentos de intervenção penal (prevenção).

A constitucionalização das penas infamantes deve ser analisada à luz da Constituição Federal e dos fundamentos de política criminal, de modo que a pena deve satisfazer as finalidades de reprovação em relação aos crimes econômicos, bem como fundamentos de prevenção em relação a estes mesmos delitos. A *shame sanction* deverá ser adequada ao

²⁴⁷ A reputação dos criminosos econômicos pode levar à coletividade não conseguir identificar o que há de errado com a conduta do sujeito, em um verdadeiro processo de dissonância cognitiva.

²⁴⁸ “Shaming is a more effective form of fining that reaches assets that fining cannot reach. Imprisonment and shaming are in one sense very similar. Imprisonment incapacitates the offender, so that he is no longer a threat to others. Whitecollar offenders do not pose physical threats to others; the threat they pose consists of their ability to gain the confidence of a victim and then cheat him. But if shaming succeeds, everyone knows or can easily discover that the offender is a bad type. Because they will therefore avoid him, he is effectively incapacitated. It is as though he walks around surrounded by bars. The disadvantage with imprisonment is its extreme cost; in contrast, shaming is cheap”.

²⁴⁹ É possível visualizar algumas das discussões sobre as dificuldades relacionadas às Shame Sanctions em KAHAN, Dan M. What do alternative sanctions mean?. In: **Shame Punishment**. Routledge, 2019. p. 91-153.

limite da retribuição na medida da culpabilidade do agente, reprovando seu delito, orientando a conduta do sujeito criminoso pelo medo de sofrer uma infâmia ou “vergonha”, confirmando se esta infâmia contribui para o reforço da vigência da norma, neutralizando a capacidade de novas ofensas pelo condenado. Da mesma forma, ela não poderá ser abstratamente subjetiva, deixada ao arbítrio do julgador. Será necessário uma alteração legislativa que permita o mínimo de previsibilidade acerca de qual pena será aplicada concretamente, mesmo que seja com um preceito secundário remissivo (norma penal em branco) será necessário que ela possua efeitos previsíveis e facilmente compreensíveis por todos, sob pena de não se alcançar a reprovação e a dissuasão do criminoso e de outros potenciais infratores. Sobre isso Kahan (2019, p. 180) propõe o que:

A componente vergonhosa, que seria a mesma para todos os arguidos, consistiria na publicidade estigmatizante sob a forma de anúncio mediático, pago pelo arguido, detalhando de forma simples ‘a natureza do delito cometido, o facto da condenação, a natureza da punição imposta e as medidas que serão tomadas para prevenir a recorrência de delitos semelhantes.’ O valor da multa variaria de acordo com a gravidade do crime, conforme determinado pelos critérios estabelecidos nas Diretrizes²⁵⁰.

Qualquer que seja a modalidade de *shame sanctions* aplicada concretamente pelo julgador, ela deverá se compatibilizar com o disposto no art. 5º, X da CF/88 que prevê a inviolabilidade da honra e imagem das pessoas, ou seja, as pessoas possuem o direito fundamental de não terem suas honras atacadas indevidamente, inclusive pelo Estado, direito esse fundamentado, inclusive, na dignidade da pessoa humana, que impede, por exemplo, condenados criminais de serem humilhados publicamente. O ponto aqui é que a pena criminal pressupõe uma restrição de direitos ao condenado por tempo determinado; ora, se sua liberdade – que parece ser um direito fundamental axiologicamente igual ou até mesmo superior à honra – pode ser restringida por uma intervenção estatal aplicando penas, é possível fundamentar e sustentar a humilhação e estigmatização do delinquente econômico, mesmo que por um tempo delimitado, como forma de reprová-lo por sua conduta.

Assim, é possível imaginar como exemplo de *Shame Sanctions* para um criminoso econômico, obriga-lo a publicar em suas redes sociais, e também de sua corporação (no caso de sujeitos ativos pertencentes a organizações empresariais), que ele foi julgado, e condenado criminalmente pela prática de determinado delito econômico, como forma de reprová-lo pelo

²⁵⁰ ““The shaming component, which would be the same for all defendants, would consist of stigmatizing publicity in the form of a media announcement, paid for by the defendant, detailing in a straightforward fashion “the nature of the offense committed, the fact of conviction, the nature of the punishment imposed, and the steps that will be taken to prevent the recurrence of similar offenses.” he fine would vary in size according to the severity of the crime, as determined by criteria set forth in the Guidelines”.

mal cometido pelo seu delito; paralelamente, será possível investigar/apurar o respeito à finalidades preventivas em termos de política criminal.

A imposição de uma pena baseada na vergonha visa, essencialmente, marcar a reputação do delinquente com uma mácula significativa, sem excluir a possibilidade de efeitos colaterais como o perdimento de bens e direitos, ou a imposição de sanções financeiras. Esse tipo de penalidade pode oferecer um melhor custo-benefício para o Estado, especialmente quando comparada às penas de prisão, tendo em vista os custos associados à manutenção de detentos.²⁵¹.

Os crimes econômicos, frequentemente percebidos como menos danosos e de menor gravidade em comparação a outros tipos de delitos, podem, na realidade, ter impactos profundos na sociedade. A aplicação de penas que expõem publicamente a conduta criminosa desses indivíduos poderia levar a uma maior conscientização sobre a severidade de suas ações. Tal exposição não apenas desencorajaria os profissionais de colarinho branco de cometer delitos para preservar sua reputação, mas, com o tempo, também poderia alterar a percepção coletiva, fazendo com que o crime de colarinho branco fosse reconhecido como sério e digno de punição severa.

Se aos delinquentes econômicos fossem aplicadas penas vergonhosas, as pessoas poderiam inferir de forma mais substancial, a gravidade de suas ações; os trabalhadores de colarinho branco abster-se-iam do crime para evitar a penalidade à reputação; e com o tempo passariam a pensar que o crime do colarinho branco é sério, e não trivial. Em casos específicos nos quais ficar constatado, por exemplo, que a pena vergonhosa não foi, ou não será tão efetiva, é possível que juntamente com ela, sejam aplicadas penas de multa ou privativas de liberdade, todas com o fim de reprová-lo, afetando a reputação do delinquente.

3.2. Tomada de posição: qual pena aplicar ao criminoso Econômico.

Considerando todo o exposto até o presente, antes mesmo de apontar qual será a pena adequada, pode-se questionar mais uma vez: é legítima a intervenção jurídico-penal para lidar com os crimes econômicos? De acordo com Fernando Fernandes “é legítima, uma intervenção corretiva, ainda que com a supressão ou restrição de algum direito inerente à dignidade da pessoa humana, na medida do que seja *necessário* para a tutela, frise-se, *preventiva*, do direito

²⁵¹ Nesse sentido diz Kahan (2019, p.156) “Shaming, we will argue, may offer a cost-effective and politically acceptable alternative to the short terms of imprisonment that such offenders now typically receive.”

exposto à afetação” (FERNANDES, 2003, p. 66)²⁵². Em outras palavras, uma intervenção penal que restringe direitos somente será legítima quando seu fundamento for a proteção de outros direitos afetados pela conduta do agente. Antes mesmo de buscar o fundamento e a finalidade da pena, é preciso ter claro a legitimidade estatal para atuar por meio dela, pois “a pena precisa ser justificada tanto perante a sociedade como perante o Infrator” (HÖRNLE, 2020, p.19)²⁵³.

Como fixado no início do trabalho, a pena será orientada pela política criminal, mas terá como seu fundamento a reprovação. Já política criminal precisa ser orientada a buscar um equilíbrio entre a prevenção e a retribuição, com a pena voltada a reprovar, e outras medidas mais direcionadas a prevenir, observando-se assim as finalidades do Estado de Direito. A intervenção penal como um todo²⁵⁴ deve se equacionar entre reprovar e prevenir, sempre buscando se assegurar que os direitos dos sujeitos envolvidos nas diversas relações não sofram intervenções por parte do Estado ou de outras pessoas, de forma indevida. A política criminal, portanto, deve se orientar para casos em que:

(...) a intangibilidade dos direitos decorrentes da dignidade da pessoa humana tem que ser confrontada com aquelas situações em que, do exercício de um direito, a ação humana transborda para a afetação de outros direitos também objeto de proteção. Nesta situação impõe-se, e é legítima, uma intervenção corretiva, ainda que com a supressão ou restrição de algum direito inerente à dignidade da pessoa humana, na medida do que seja necessário para a tutela, frise-se, preventiva, do direito exposto à afetação. Portanto, em um modelo de Estado que pretenda ser de Direito, Democrático e Social, Material, fundado no reconhecimento da eminente dignidade da pessoa humana, a supressão ou restrição de algum direito inerente a esta última somente será possível na medida da necessidade para a proteção de um outro direito (FERNANDES, 2003, p. 66).

Sobre os requisitos para se fundamentar como legítima uma intervenção/restrrição a direitos, aduz Fernando Fernandes (2003, p.67), citando Canotilho, que tais restrições deverão cumprir alguns requisitos cumulativos:

que a restrição esteja expressamente admitida (ou, eventualmente, imposta) pela própria Constituição; que a restrição vise salvaguardar outro direito ou interesse constitucionalmente protegido; que a restrição, exigida por essa salvaguarda, seja apta para o efeito e se limite à medida necessária para alcançar esse objetivo; que a restrição não aniquile o direito em causa atingindo o conteúdo essencial do respectivo preceito.

²⁵² O mesmo autor continua afirmando sobre o sistema jurídico-penal, em especial a política criminal, que esta última “deve operar a punibilidade no interior dos quais deve atuar a dogmática penal. Ou seja, antes de se limitar à indagação do *como reagir-se*, a política criminal passa a preocupar-se também com aquilo *a que deve reagir-se*. Ela assume os seus próprios fins, que inclusive, ‘podem colidir com os fins inscritos no sistema jurídico-penal em nome da procura de alternativas não penais de controlo ou mesmo do propósito da abertura pura e simples de novos campos de tolerância’” (FERNANDES, 2001, p.50).

²⁵³ E continua a autora “Não basta a referência apenas aos interesses de todos ou de parte dos que se beneficiam da intervenção estatal, senão deve ser também justificado perante aqueles que, contra sua vontade, tornam-se destinatários da intervenção, a razão pela qual eles foram escolhidos e porquê eles devem ser utilizados para a perseguição de interesses alheios” (HÖRNLE, 2020, p.19).

²⁵⁴ E ao dizer “intervenção penal como um todo” referimo-nos à intervenção por meio dos diversos instrumentos previstos no Sistema Jurídico-Penal.

Em outras palavras, somente será cabível a intervenção penal quando necessário e efetivo para resguardar direitos, a partir de um juízo de necessidade e oportunidade de intervenção penal²⁵⁵. Nas palavras de Marcelo Cavvali Costenaro (2004, p. 376), existem “determinadas condutas” que “por sua gravidade, não são suficientemente repelidas apenas pela existência de regras prudenciais administrativas”, sendo essenciais sanções criminais que sejam capazes de dissuadir o delinquente através da ameaça da pena. Ou seja, haveria uma necessária intervenção penal para crimes econômicos, que deve ameaçar, ou trazer uma certeza²⁵⁶ de punição penal bastante elevada para reprovar e dissuadir²⁵⁷. Ademais, essa ameaça ou dissuasão deve se efetivar em termos gerais, orientando a coletividade, e também potenciais delinquentes, que racionalmente se inclinam a praticar estes delitos.

Independentemente da finalidade que se admita deva ser perseguida, a pena aplicada ao delinquente econômico precisará ser individualizada ao máximo, não podendo ser padronizada a todos os casos. A pena, desde sua previsão legal, deve ser o mais proporcional quanto possível, observando a gravidade dos atos, e a culpa do agente, tendo por fim prevenir futuras violações. Nas palavras de Rodrigues:

Pelo que se refere ao sistema punitivo, não se justifica, assim, que se fale de autonomia, mas tão-só de especificidade do sistema punitivo em certos setores do direito penal econômico em relação ao direito penal geral, já que os princípios em que assentam são comuns. Neste sentido, pode falar-se de uma convergência de perspectivas, sendo as mesmas as penas e os mesmos os fins que elas servem. As particularidades a existir corresponderão às da própria ordem legal de valores que se querem proteger e à realidade em que se visa intervir (RODRIGUES, 2017, P.113).

Um detalhe importante é que não basta pensar em criminalizar, por exemplo, apenas a pessoa jurídica pois nesta estrutura hierárquica e complexa, a irresponsabilidade penal, e a despersonalização dos fatos criminosos permite, ou leva a entender aos agentes criminosos que eles são apenas um pequeno instrumento, uma pequena pedra, ou engrenagem, na grande estrutura empresarial desvirtuada. É interessante entender que a responsabilização penal dos entes coletivos, isentando eventual responsabilização individual, acaba paradoxalmente por

²⁵⁵ Logo o juiz valorativo de necessidade da intervenção penal deverá atuar baseado na dignidade da pessoa humana. A opção político-criminal observará o modelo de estado paradigma, e a verificação/juízo de necessidade de intervenção. Necessidade e utilidade social para a intervenção.

²⁵⁶ Nas palavras de Ana Paula Martinez (2016, online) “quanto mais baixa a probabilidade de detecção, maior deve ser a sanção” e “quanto maior a probabilidade de detecção, mais suave pode ser a sanção.”. Para criminosos econômicos, defende Tatjana HÖRNLE que antes mesmo da certeza de punição, a certeza de ser processado perante o sistema de justiça-criminal, pode levar o delinquente econômico a realizar “cálculos práticos, levando em conta os custos” de eventual condenação criminal, razão pela qual, a reprovação será mais efetiva, com efeito colateral de prevenção geral intimidadora (HÖRNLE, 2020, p.33).

²⁵⁷ Nas palavras de Ana Paula Martinez (2016, online) “Toda vez que se fala de ‘dissuasão da pena’ ou de ‘efeito dissuasório do direito penal’, estamos implicitamente pressupondo um modelo de comportamento humano racional que assume (i) que o agente do potencial ilícito responde a incentivos e é naturalmente um maximizador de seu bem-estar; e que (ii) a pena representa um incentivo negativo, isto é, que milita contra a prática da conduta”

beneficiar alguns destes delinquentes econômicos (RODRIGUES, 2017). Aqui se reforça a necessidade de se adequar, o sistema de sanções criminais para os criminosos econômicos. Em especial no ordenamento jurídico brasileiro, os dois padrões punitivos pensáveis, ao menos por ora, são a pena de prisão e a pena de multa.

Para Garry Becker – precursor da *Behavior Law Economics* e da Teoria da Escolha Racional - as penalidades aplicadas pelo Direito Penal devem ter por fim inicialmente, fazer com que o sujeito criminoso seja capaz de internalizar o dano social causado por sua conduta (BECKER, 1968), ao passo que para Posner (1985), outro teórico da análise econômica do direito, a pena deve ter como principal finalidade deter o crime, eliminando a chance e perspectivas de ganhos/benefícios.

De acordo com os economistas Robert Cooter e Thomas Ulen (2010), as penas são como se fossem preços, tornando possível estimar e mensurar como os agentes se comportarão a depender da sanção aplicada, de modo que quanto mais altos forem os “preços” das penas, mas difícil será para os delinquentes “comprarem” ou praticarem as infrações penais. Em outras palavras, se os preços afetam o comportamento dos consumidores nas relações civis consumeristas, a pena deve ser firme para reprimir, e ao mesmo tempo influenciar no comportamento do sujeito (COOTER; ULEN, 2010). A certeza de reprovação, para estes autores, pode representar um ganho político-criminal a ser considerado para fins penais.

A lógica dos economistas da *Behavior Law Economics* e dos criminólogos da Escolha Racional é encontrar uma punição que seja eficiente, diminuindo o custo do crime e da pena²⁵⁸. Para estes autores a pena ideal, especialmente para criminosos econômicos é a pena de multa, pois elas possuem um custo bastante pequeno para o poder público, se comparadas com outras modalidades penais, devendo elas serem dosadas de acordo com o patrimônio do apenado, bem como o dano por ele causado, pois o criminoso – especialmente o econômico – irá se engajar na prática criminosa se o ganho por ele esperado com o delito superar eventual custo de uma punição (PYLE, 2000, p. 37.). Gary Becker (BECKER; LANDES, 1974, p. 76), por exemplo, argumenta no sentido de que a multa, além de possuir um baixíssimo custo para o estado, não impõe qualquer custo social, podendo ser aumentada a depender do custo para a investigação e punição do delito cometido.

²⁵⁸ Assim, complementa Sunstein, que “The task of law and economics is to determine the implications of such rational maximizing behavior in and out of markets, and its legal implications for markets and other institutions. Although some of Becker’s particular applications of the economic approach might be thought of as contentious, that general approach underlies a wide range of work in the economic analysis of law”. (SUNSTEIN *et al*, 1988, p. 1476)

Cumprida a finalidade de reprovação a pena para os criminosos econômicos, a partir dessa perspectiva de análise econômica do Direito, pode se direcionar a finalidades secundárias inibitórias, observando também o prejuízo causado pelo cometimento do crime. Ela deve ser eficiente, pois por serem crimes racionais com uma decisão racional, a probabilidade de pena será levada em conta pelo sujeito ativo, e uma pena não eficiente, não será efetiva para prevenir²⁵⁹.

De acordo com Botelho e Ramos (2019, p. 199), para a perspectiva criminológica da *Behavior Law Economics* a melhor forma de punir crimes econômicos é por meio da aplicação de uma pena de multa tanto ao sujeito ativo, quanto à corporação ao qual ele está vinculado, pois elas se mostraram um tanto quanto mais eficazes que outros modelos punitivos no contexto estadunidense, com baixos custos na sua aplicação, e maior efetividade na prevenção de crimes praticados em contextos empresariais²⁶⁰.

Para maximizar a efetividade dessas penas, é necessária toda uma alteração legislativa no ordenamento jurídico brasileiro, que permita ao julgador uma dosimetria diferenciada, sob pena de fazer com que os custos da multa sejam inseridos nos “custos operacionais” da atividade econômica, que já contará com o “custo da corrupção” em suas planilhas contábeis (mesmo que sob outras rubricas “legais”). A pena deve levar em conta as consequências geradas na vida do infrator, e também na sociedade e nas relações ao seu redor, sob pena de (no contexto dos crimes econômicos), diminuir a atividade produtiva, e econômica do país.

Para a perspectiva econômica do direito a pena não deve levar em conta apenas as capacidades do sujeito ativo, mas também todos os custos decorrentes de medidas

²⁵⁹ De acordo com Keith Hylton (2005, p.184), sob a perspectiva econômica do direito, em especial quando tratamos dos crimes econômicos pode-se pensar na associação entre crimes e danos: “Since almost all crimes are also torts, there is really no such thing as a boundary between tort law and criminal law. The correct description of the separation between doctrines is that the categories of socially undesirable and market- bypassing conduct describe areas in which tort and criminal law co-exist, while the category of potentially socially desirable conduct is one to which tort law alone applies.”.

²⁶⁰ Ramos e Botelho (2019, p.199) sintetizam o processo de justificação da pena para a os teóricos da *Behavior Law Economics* “Em linhas gerais, a justificação para que uma conduta deva ser reputada como ilícito penal pela Law and Economics constrói-se sobre os seguintes pressupostos, que devem estar presentes de modo cumulativo na maior parte dos casos: (i) a conduta praticada é acompanhada de intenção de produzir benefícios para o agente, obtidos mediante a imposição de danos à sociedade. O elemento intencional associado ao aspecto da imposição de danos apenas à sociedade justifica que a conduta seja proibida; (ii) o dano concreto ou potencial (caso dos crimes de perigo) resultante da conduta não é passível de reparação seja pela incomensurabilidade da natureza do dano (como o crime contra a vida), seja pela dificuldade de identificar o conjunto de vítimas afetadas pela conduta e, portanto titulares do direito de reparação; (iii) a probabilidade de identificação e/ou captura do agente é maior que zero; (iv) a probabilidade de que as vítimas não ajuizarão uma ação judicial contra o agente é maior que zero seja pela dificuldade de se organizarem, como também pela dificuldade de reunirem provas contra o agente. É importante notar que no sistema jurídico dos EUA, tanto as sanções penais quanto as civis podem assumir a função punitiva. Esta caracteriza a figura dos punitive damages impostas por via das ações judiciais de natureza civil. No sistema jurídico brasileiro, a responsabilidade civil punitiva, desenvolvida pela jurisprudência, limita-se à responsabilidade por danos morais, sendo possível afirmar-se ainda hoje que a punição é função desempenhada primordialmente pela sanção penal.”

dissuasórias e preventivas, com o Estado devendo buscar ao máximo elevar a utilidade de cada punição, minimizando eventuais custos globais. Não é possível eliminar a prática criminosa como um todo, mas a partir do momento que se aumenta o custo esperado pelo agente que irá, inevitavelmente, praticá-la, aumentando a certeza de punição custosa, consegue-se melhor reprovar e prevenir de forma mais eficaz.

A partir do exposto até aqui, foi possível formular o postulado no sentido de que “a boa sanção para aquele agente que viola as normas sociais será escolhida considerando uma “probabilidade de ofensa ser detectada e de o agressor ser condenado e o lucro esperado pela ofensa. A sanção ótima (...) resulta da grandeza do ganho esperado dividido pela probabilidade de ser detectado e condenado” (RODRIGUES, 2017, p.103). Ou seja, percebe-se que os autores de práticas delitivas como a dos crimes econômicos conseguem perceber o ambiente em que estão inseridos, e o nível/severidade das penas aos quais eles são submetidos, dosando a escolha racional pela prática ou não do delito, de forma que então a pena invariavelmente terá sobre estes agentes um fim/efeito preventivo.

De acordo com Jorge de Figueiredo Dias (2012), a pena de multa deve ser evitada para punir os crimes econômicos pois estes agentes colocariam em suas previsões de custos e ganhos os valores já calculados das multas a serem aplicadas em caso de eventual condenação criminal, o que diminui sobremaneira os efeitos preventivos esperados. Todavia, respeitada a posição de Jorge de Figueiredo Dias (2012), nos parece interessante punir o delinquente econômico aplicando uma multa, na medida em que, se estes delinquentes operam a partir de uma lógica de obtenção de maiores ganhos financeiros e benefícios os mais variados, aplicar uma multa capaz de diminuir substancialmente a rentabilidade do crime pode revelar-se bastante efetivo em termos preventivos. Ou seja, ao se dosar a pena, considerando-se a culpabilidade e a capacidade financeira do agente, ter um instrumento capaz de valorar negativamente de forma exacerbada os dias-multa, pode servir como instrumento preventivo, atingindo a “justiça” do caso concreto, e a capacidade econômica do agente, assegurando-se a reprovação (com o reforço à gravidade da conduta praticada, e a resposta penal pronta e efetiva), e a prevenção de forma simultânea.

O ponto nevrálgico é estabelecer limites e parâmetros que possam ser objetivos ou objetivados pelo julgador, pois dosar a pena sem um limite legal previamente previsto, ou seja, limitando-se apenas com base em critérios como “o lucro” ou a “capacidade econômica” do agente, sem poder haver bases minimamente observáveis e recoráveis, viola frontalmente a legalidade das penas. Essa estratégia, inclusive, de dosar a pena pelo quantum de benefício obtido pelo delinquente, também foi objeto de crítica por Anabela Miranda Rodrigues, que

pontua acerca da importância de não se perder os limites/parâmetros da culpabilidade do agente. Em suas palavras:

a eficácia preventiva da multa assentar em medida não despicienda numa lógica de custos-benefícios, pode alimentar-se a tentação, em que não se deve cair, de criação de um qualquer modelo de pena de multa assente na proporcionalidade em relação aos benefícios económico-financeiros obtidos com a prática do crime, que colocaria em causa a ‘justiça’ da pena, podendo dar azo a penas aterrorizantes, e atentatório do princípio da igualdade: entrar em linha de conta com o valor dessas vantagens, que pode ser igual em delinquentes que apresentem uma situação económica desigual, significa criar um fator de fixidez da multa, podendo frustrar a justiça pretendida com o sistema de dias de multa e de acordo com o qual ao mesmo crime, praticado com grau de culpa e de ilicitude equivalentes e exigindo a satisfação idêntica de necessidades preventivas, pode corresponder uma pena de multa diferente em função daquilo que for ditado pela situação económica e financeira do agente (RODRIGUES, 2017, p.108).

O caminho, portanto, seria aumentar o limite máximo legal de dias-multa, fixando balizas legais que evitem a utilização desmedida da intervenção jurídico-penal, sempre reforçando que ela deve servir também finalidades repressivas e preventivas, de modo que ao não se verificar a possibilidade de atender fins preventivos, e não reprovar de forma eficaz, deve o julgador voltar sua opção novamente à prisão. Sempre, independentemente de qual modalidade aplicar, o julgador deverá levar em conta a realização de finalidades preventivas gerais, e especiais (particularmente a intimidação e a neutralização).

Logo, *a priori*, para os crimes econômicos, a pena de multa pode parecer ser uma solução plausível/interessante, desde que haja uma alteração legislativa que permita que o julgador tenha uma liberdade maior na dosimetria desta, sem perder em mente os limites básicos de qualquer pena, a culpabilidade do agente ou seja, ao seu “poder agir de outro modo”²⁶¹, considerando o exercício indevido de seu “livre-arbítrio”. (JUNQUEIRA; GARCIA, 2020, p. 42), atendendo as finalidades de reprovação e prevenção. Outrossim é importante ressaltar que a pena de multa deverá observar a disposição da lei de Execuções Penais, mas especificamente seu art. 1º, que prevê expressamente como sendo um dos objetivos principais da execução de uma pena a integração social do condenado. Nas palavras de Junqueira e Garcia (2020, p. 43) “o princípio, como mandamento de otimização, deve atingir todos os momentos da aplicação da lei, quer na sentença condenatória, quer na operação administrativa dos agentes estatais, quer na execução da sanção”, razão pela qual

²⁶¹ De acordo com César Roberto Bitencourt (2020, p.152) “Da adoção do princípio de culpabilidade em suas três dimensões derivam importantes consequências materiais: a) inadmissibilidade da responsabilidade objetiva pelo simples resultado; b) somente cabe atribuir responsabilidade penal pela prática de um fato típico e antijurídico, sobre o qual recai o juízo de culpabilidade, de modo que a responsabilidade é pelo fato e não pelo autor; c) a culpabilidade é a medida da pena. Com essa configuração, não cabe a menor dúvida de que o princípio de culpabilidade representa uma garantia fundamental dentro do processo de atribuição de responsabilidade penal, repercutindo diretamente na composição da culpabilidade enquanto categoria dogmática”.

deverá ser observada a máxima possibilidade de integrar novamente à sociedade o sujeito que tem causado enormes danos sociais com sua conduta criminal.

Não se está aqui realizando um juízo sobre o merecimento de pena privativa de liberdade, mas mesmo no caso das penas pecuniárias, em especial a pena de multa, é essencial que elas ao mesmo tempo sejam proporcionais aos princípios e garantias mínimas, mas em valores mais elevados se comparadas às penas de multa aplicadas a outros padrões de criminalidade (como pequenos crimes contra a propriedade, e até o tráfico de drogas), “expropriando-se do condenado valores ilicitamente obtidos” (CALLEGARI, 2001, p.11), a partir de um pressuposto de que tal medida poderá desestimular o retorno à prática delitiva.

Mas seria a aplicação da pena de multa a resposta penal mais adequada para lidar com tais crimes, cumprindo as finalidades da pena propostas ao ordenamento jurídico pátrio? Aplicar penas de multas para determinados crimes não é uma ideia nova, na medida em que já no século XIX, Garofalo propunha que para determinados crimes a pena de multa fosse aplicada como medida indenizatória mais efetiva que penas corporais, como a de prisão (BITENCOURT, 2020, p. 1705).

É importante lembrar que os criminosos econômicos, se comparados com delinquentes comuns, conforme mencionado mais acima, possuem características típicas que em uma eventual condenação penal devem ser consideradas para fundamentar e também para fins de aplicação adequada da pena de multa. Ora, ocupando posições/*status*²⁶² sociais elevados, pode-se trazer como reflexão primeira que a finalidade da multa para estes delinquentes deve ter seu ponto inicial em uma lógica de prevenção geral positiva, não se limitando à ideia de persuasão. Aqui, tanto a socialização quanto eventual neutralização do agente devem considerar toda a complexidade e especificidade dos referidos delitos, não se aplicando da mesma forma como é feito em relação aos crimes em geral. Reforça-se que estes sujeitos também devem ter respeitados seus direitos básicos como pessoa humana que são, evitando-se ao máximo a utilização da pena somente com um caráter simbólico e retributivo, mas reprovando também seus atos. A pena deve ao menos dissuadir de forma eficiente, minimizando custos – mas aumentando-os ao criminoso²⁶³ - e danos sociais causados pelo delito.

²⁶² Aplicar penas de multas elevadas abalaria o *status* social do delincente econômico? Esta é uma hipótese empiricamente não testada, mas que possivelmente seria efetiva.

²⁶³ Nesse contexto, diz-se que, do ponto de vista do potencial infrator, a decisão de cometer ou não a violação se explica, em última instância, a partir da equação $Ve = Bc - (Sp * Pd)$ em que Ve = Valor esperado com a prática do crime; Bc = Benefício auferido com o crime; Sp = Sanções previstas e Pd = Probabilidade de detecção, de forma que “um leve aumento de pena poderá ser suficiente para dissuadir o potencial infrator de menor tolerância à sanção (fazendo com que, para ele, o benefício esperado com o crime passe a ser negativo), sem que

Mais do que punir um determinado agente com elevadas penas, a certeza da punição²⁶⁴, seja ela cível, administrativa ou criminal, pode ser mais efetiva para o enfrentamento à determinadas condutas ilícitas, ao mesmo tempo que contribui para a não expansão do direito penal. No caso da Pena de multa, por exemplo, ela será destinada a fundos estatais (FUNAD, FUNPESP) que muitas vezes não possuem qualquer aptidão ou possibilidade de gerar/permitir eventual ressarcimento dos danos causados. A própria eficácia político-criminal desta medida é bastante questionada para outros crimes²⁶⁵, quem dirá para delitos econômicos, com características complexas, e de difícil prevenção/repressão. Por isso, no caso das penas de multa, é essencial a reforma do sistema de imposição de multa e penas a estes delinquentes.

Dessa forma, quanto aos crimes econômicos, de nada adiantará aumentar patamares penais, aplicando pesadas penas de prisão e/ou penas pecuniárias bastante elevadas, a sujeitos individuais que não terão a possibilidade de pagar/absorver os custos da sanção²⁶⁶. Outras medidas cíveis e administrativas e que afetem a estrutura da empresa ao qual o agente está vinculado deverão ser adotadas em conjunto à imposição da pena ao sujeito, reservando-se ao Direito Penal a imposição de penas certas, ou seja, aumentando-se a certeza de punição/detecção do ato ilícito. Ademais, em casos específicos, e quando de maneira fundamentada, se constatar que a pena de multa será ineficaz para punir os criminosos econômicos, entende-se a pena privativa de liberdade pode ser um caminho viável,

o mesmo ocorra com um outro indivíduo de maior tolerância à eventual punição. Por isso encontrar o “mix” de dissuasão eficiente depende, em última instância, de um exercício que sempre acaba deixando algum patamar de incidência de crime.” (MARTINEZ, 2016, online).

²⁶⁴ Nesse sentido afirma Beccaria (1991, p.85) “É, pois, de suma importância a proximidade do delito e da pena, se se quiser que nas mentes rudes e incultas o quadro sedutor de um delito vantajoso seja imediatamente seguido da ideia associada à pena. A longa demora não produz outro efeito além de dissociar cada vez mais essas duas ideias; e ainda que o castigo de um delito cause uma impressão, será menos a de um castigo que a de um espetáculo, e isso só acontecerá após ter-se atenuado nos espectadores o horror de um certo delito em particular, que serviria para reforçar o sentimento da pena.”

²⁶⁵ Sobre a eficácia de pena de multa comenta Jescheck (*apud* BITENCOURT, 2020, p.1707): “a eficácia político-criminal da pena de multa depende decididamente de que se a pague ou de que, em todo o caso, se a cobre”. Nesse mesmo sentido, continua Bitencourt (2020, p.1670) “a inexigibilidade ou inexecutabilidade é a maior causa da ineficácia de qualquer norma jurídica, e não só da pena de multa. E a sua inaplicabilidade gera o desrespeito, o desmando e o abuso, e, por isso, impera a impunidade. E a multa, da forma como era regulada no Código Penal de 1940, num país com economia deteriorada como o nosso, só podia ser o que temia Jescheck: ‘absolutamente ineficaz’”

²⁶⁶ Nesse sentido afirma Ana Martinez (2016, online): “Depois de um determinado patamar, aumentos de uma pena pecuniária têm reduzido efeito dissuasório incremental porque a imposição recairá sobre sujeito (indivíduo ou empresa) que já não tem capacidade de absorver o montante adicional da multa. Além disso, ainda que fosse possível fixar uma pena pecuniária tão alta que compensasse a baixa probabilidade de detecção, uma alta multa tem repercussões que afetam a vida da empresa, podem impor desnecessários e irrecuperáveis custos sociais e podem não ser suficientes para dissuadir os indivíduos por trás da conduta por um desalinhamento de incentivos”.

especialmente quando marcadas por um tempo determinado, e sem uma quantidade de benefícios penais comuns a outros delinquentes.

Talvez, outra proposta para mitigar os crimes econômicos seja uma profunda alteração no sistema de consequências acessórias ou secundárias à pena, que servem como mecanismos de controle social também, tais como o confisco ou perdimento de bens, direitos, e a imposição de medidas civis outras. Essas consequências se materializarão quando da imposição da pena, e buscarão sempre que o infrator da lei interiorize o custo de seus atos, por exemplo, perdendo os ganhos patrimoniais de sua ação, ou bens derivados de sua prática delitiva (PÉREZ ARROYO, 1996, p.228).

De acordo com Pérez Arroyo (1996, p.229) a eficácia da pena dependerá do grau de imposição dela em atenção à natureza do delito e as condições especiais do autor. Ademais, cada vez que for imposta uma sanção penal, também deve se pensar em uma medida acessória, com ambas (pena e medida acessória) sendo consequências punitivas reprovadoras do ato criminal praticado. De acordo com Pérez Arroyo (1996, p.226):

As consecuencias accesorias no buscan sino evitar el uso reiterado de un instrumento del delito, como el saneamiento del patrimonio del delincuente que, siendo considerado penalmente responsable, pretende escapar al control de la Ley. Las consecuencias accesorias fogen a los esquemas represivos del Derecho penal e constituyen formas suplementarias de control²⁶⁷.

Preleciona PÉREZ ARROYO (1996, p.227) que para os crimes econômicos o sistema de consequências penais²⁶⁸ deve se pautar em penas, medidas de segurança e outras consequências patrimoniais, como a multa, o confisco, e a responsabilidade civil²⁶⁹, pois

²⁶⁷ “Las consecuencias accesorias no buscan sino el evitar la utilización reiterada de un instrumento del delito así como el saneamiento del patrimonio del delincuente que hallado responsable penal. pretende escapar al control de la Ley. Las consecuencias accesorias escapan a los esquemas represivos del Derecho penal y constituyen formas suplementarias de control.”

²⁶⁸ Continua o autor definindo as consequências criminais de um ato ilícito, da seguinte forma: “De manera estricta, se trata de dos conceptos correlativos: las consecuencias son el contenido o peso de la carga que el responsable ha de afrontar. La responsabilidad es la situación legal en que una persona se ve inmersa para asumir esas consecuencias como la carga de su obrar. Responsable es aquel que actuando sin causa que Justifique su obrar, carga con las consecuencias jurídicas de su acto. Esta responsabilidad tiene un sentido netamente legal y procesal, a ella se llega vía condena en la sentencia como conclusión del discernimiento procesal del Juzgador.” Las consecuencias jurídicas del delito son pues los conceptos jurídicos y no naturales, que se materializan a través de coerciones legales una vez que se ha verificado la realización de un tipo penal, de un delito. Para ello debemos estar a un criterio consumativo de acuerdo al bien jurídico que se pretende tutelar así como a las formulas de protección penal que el legislador ha elegido para proteger dicho bien Jurídico. Así, si concebimos un determina o bien jurídico protegible Desde esta perspectiva, debemos verificar su lesión o puesta en peligro, la idoneidad del sujeto activo -a fin de ser real consumidor del ilícito (delitos comunes o especiales)- y de modo muy importante la relación de causalidad que debe existir a fin de imputar responsabilidad ya sea criminal como civil.” (PÉREZ ARROYO, 1996, p.229).

²⁶⁹ A responsabilidade civil aqui é entendida como “o conjunto de consequências jurídicas que recaem sobre um sujeito de direito para determinar uma obrigação patrimonial – sua – que lhes é imputada, em decorrência de um dano causado” ou “o mecanismo institucional através do qual se transfere ou translada o custo do acidente (dano) da vítima a quem deve suportá-lo, ‘o responsável’” (PÉREZ ARROYO, 1996, p.235). O dano causado pode ser classificado juridicamente como “delito”, e ainda, esse mesmo evento pode se desdobrar de tal forma que origine

assim se atenderá melhor a lógica do sistema preventivo, repressivo e reparador. A pena não é apenas um castigo, nem mesmo uma correção, mas seu alcance mínimo é o de uma medida de caráter repressivo, e que supõe a imposição de um mal (em seu sentido jurídico) por um delito cometido. Tudo isso implica que de fato a função ou fim principal da pena é a reprovação. Essa reprovação não é feita pelo legislador quando pensou no elemento secundário do tipo, mas sim do julgador, que materializará a consequência respectiva do ato infracional praticado quando da análise da pena devida. A pena, portanto, pressupõe a atualização da consequência jurídica para o delito em concreto (PÉREZA ARROYO, 1996, p.230).

A pena de prisão pode ser aplicada também? O argumento favorável à pena de prisão ganha força e relevo ainda, pois os efeitos típicos de dessocialização que são causados pela prisão são nulos ou substancialmente minorados no caso dos agentes econômicos, considerando o elevado índice de socialização do agente. Sobre a pena de prisão para crimes econômicos existem ainda alguns que defendem sua aplicação na modalidade de curta duração, maximizando um possível efeito de choque (*short sharp Shock*)²⁷⁰, muitas vezes mais eficaz e sensível para gerar prevenção ao crime do que outros tipos de penas, pois:

Desde logo, os sentimentos de vergonha social experienciados por efeito da aplicação da pena de prisão são de tomar em consideração no efeito preventivo da pena de prisão; depois, já uma pena curta de prisão poderá ser modelada de acordo com a finalidade de socialização, tendo em conta o tipo de delinquentes a que é aplicada (RODRIGUES, 2017, p.105).

Para Anabela Rodrigues, inclusive, a pena de prisão para estes agentes econômicos cumprirá um fim de socialização bastante significativo, pois evitará a prática de novos crimes, além disso, permitirá que pela experiência negativa da pena, aplicada com programas voltados ao delinquente econômico, ele não volte a repetir seu comportamento reprovável (RODRIGUES, 2017, p.106)²⁷¹. Para evitar que o condenado seja beneficiado por outras benevolências penais e processuais penais, caberá ao juiz penal valorar a pena de prisão como a alternativa necessária e eficaz, mesmo que de curta duração, para o enfrentamento dos delinquentes econômicos.

aos responsáveis pelo delito uma responsabilidade civil, com obrigações econômicas e patrimoniais então decorrentes. No âmbito dos crimes econômicos essa responsabilidade civil pode ser expressa por meio de restituições - nos casos em que o sujeito ativo devolve o patrimônio amealhado ilicitamente por práticas criminosas - reparações de danos - observando-se a quantidade do dano causado, calculando, na sequência, o valor a ser reparado - indenizações - para casos em que há um dano material irrecuperável, e danos morais e coletivos.

²⁷⁰ Nesse sentido defendeu Manuel da Costa Andrade em sua obra *A Fraude Fiscal – dez anos depois, ainda um crime de resultado cortado?*” In: *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários*, volume III, Coimbra Editora, 2009, p. 287. A lógica é punir de forma bastante severa o delinquente

²⁷¹ “Defende-se, assim, que, no direito penal económico, a previsão de penas de prisão, e que podem ser mais curtas do que no direito penal geral, alcançam os objetivos de prevenção, quer geral, quer especial” (RODRIGUES, 2017, p.106).

De acordo com Anabela Miranda Rodrigues, a previsão legal de uma pena de prisão para punir crimes econômicos, sendo esta uma previsão de “pena principal” parece ser algo correto do ponto de vista dogmático, pois “o sistema sancionatório de penas principais, em que se conta, para além da prisão, com a multa, liga-se à própria dignidade penal das incriminações”, de forma que apenas uma “degradação, contraditória em si mesma, da dignidade penal das infrações penais económicas (...) em confronto com as infrações penais gerais pode explicar a não inclusão no elenco das penas principais da pena de prisão”, pois as atividades econômicas são dignas a ponto de merecerem uma tutela penal igualmente digna em termos de pena (RODRIGUES, 2017, p.100). Assim os tipos de pena aplicáveis aos crimes econômicos demonstram “o grau de eticização do direito penal econômico” (RODRIGUES, 2017, p.100).

De acordo com Anabela Miranda Rodrigues o movimento pela “desdesignificação punitiva” – ou, em palavras mais claras, de não se utilizar pena de prisão - desta modalidade delitiva se iniciou, ou ganhou grande força, a partir da ideia de que tais criminosos não precisam de punição criminal, de forma que os punir com prisões será o mesmo que reforçar um *juízo persecutório* imoral, vitimizando os agentes que violam a norma penal econômica. Olvida-se que eles são destinatários da norma, e por isso a punição deve ser racional, e dotada de dignidade (RODRIGUES, 2017, p.101).

Embora tenhamos já fixado que o fim para punir os criminosos econômicos seja a reprovação, segundo Anabela Miranda Rodrigues, conforme também já mencionado acima, para estes delinquentes a pena deve ser aquela necessária e capaz de “neutralizar a elevada capacidade de imunidade” destes sujeitos - que são hábeis em mitigar os efeitos penais – reforçando as imposições normativas, e mantendo “uma pressão punitiva eficaz sobre eles” (RODRIGUES, 2017, p.102). A pena de prisão, para ela, por exemplo, será eficaz para oferecer respostas que visem à “integração de valores no domínio econômico-social” (RODRIGUES, 2017, p.102)²⁷². Logo, existe este entendimento, sustentado, especialmente por Anabela Rodrigues, no sentido de que a pena para os crimes econômicos pode ser a pena de prisão, pautada tal afirmação, inclusive na teoria criminológica da escolha racional (RODRIGUES, 2017, p.103).

Embora a pena de prisão seja defensável para crimes econômicos, jamais se pode perder de vista que ela deverá ser utilizada como *ultima ratio*, de modo que no ordenamento

²⁷² A autora continua pontuando que “O que aqui está em causa é uma adequada proporção entre as sanções e os crimes a que se aplicam, quer quanto à censurabilidade e à ilicitude das condutas incriminadas, quer quanto às necessidades preventivas gerais, pressuposta já a necessidade da intervenção penal para proteger os bens jurídicos também já tidos como dignos dessa proteção penal” (RODRIGUES, 2017, p.102).

jurídico, se outra modalidade de pena, como a pena de *multa*, por exemplo, satisfazer a ideia de reprovação e prevenção de novos delitos, ela deverá ser aplicada. Ou seja, a pena aplicada ao criminoso econômico para não ser a prisão (ser uma alternativa a ela) deve ser menos dispendiosa, e reprovador de forma tão ou mais eficaz que a prisão.

Conforme pontuado no capítulo 02, a *Teoria da escolha racional* acerta ao demonstrar que os agentes econômicos criminosos, de fato realizam cálculos matemáticos acerca dos benefícios que podem conseguir com sua prática delitiva, sendo que, o risco de ser submetido a penas como a pena de prisão, ou mesmo às *shame sanctions* pode ter um efeito reprovador (cumprindo aqui o fim da pena) e preventivo majorado pela “censura pública”, também maior, que a pena aplicada ao agente causará.

Assim, o criminoso econômico é muito suscetível, ou sensível, a ser influenciado a não praticar determinada conduta criminosa se houver uma certeza de punição, com uma pena que por sua vez, pode causar uma *censura pública* bastante exacerbada à imagem destes agentes, muitas vezes destruindo a carreira e credibilidade profissional. Como já reiterado outras vezes, suas condutas são revestidas de um elevado grau de racionalidade²⁷³, sendo praticadas em um contexto de cálculo entre a quantidade de ganho com a probabilidade de ser pego e condenado. Nas palavras de Botelho e Ramos (2019, p.198): “o custo marginal muitas vezes é internalizado pela empresa, exercendo suas funções de maneira a incorporar o possível custo da pena a ser aplicada”. Nas palavras de Anabela Rodrigues (2017, p. 104):

Fala-se, a este propósito, de vergonha social que a prisão tem intrinsecamente ligada a si: o estatuto social deste criminoso é posto em causa pela pena de prisão, com um efeito preventivo aliás maior em relação a ele, afirma-se, porque a humilhação da prisão é mais sentida nas classes mais altas do que nas mais baixas.

Dessa forma, mesmo que ainda não aplicadas no Brasil é bastante pertinente refletir cada vez mais sobre outras modalidades sancionatórias/punitivas que não apenas a multa e as privativas de liberdade, sendo as *Shame Sanctions* - que podem ser aplicadas isoladas, ou cumulativamente – uma possível saída também para o enfrentamento desta criminalidade, sem gerar tamanhos custos sociais com uma expansão do direito penal.

Reforça-se aqui também que, qualquer seja a pena aplicada ao criminoso econômico, ela somente estará legitimada se servir à efetiva preservação da convivência social, respeitando a dignidade da pessoa humana (tanto do apenado, quanto dos diretamente afetados pela prática criminosa), aplicadas sempre em observância a critérios de igualdade, e sendo proporcionais à gravidade das agressões praticadas, observando ainda critérios de

²⁷³ O criminoso econômico, por ser racional escolhe a gravidade do crime para maximizar seu lucro líquido, que é o retorno esperado com o cometimento do crime menos a pena esperada (BOTELHO; RAMOS, 2019).

merecimento, proporcionalidade etc. (BUSATO, 2017, p. 04), maximizando resultados, e reduzindo custos ao Estado e à sociedade – e aqui ganham força/coro as *shame sanctions*. Deverão ser levados em conta no caso concreto alguns conceitos e especificidades, tais como: a atividade realizada, os erros cometidos, os custos de imposição das multas, a execução geral, a dissuasão marginal, a relação agente-principal, os assentamentos, a versão dada pelos sujeitos, a hipótese de reincidência, o conhecimento sobre a probabilidade a magnitude das sanções, a corrupção, a incapacitação, a observação dispendiosa da riqueza, as normas sociais e a equidade das sanções (BOTELHO; RAMOS, 2019), até mesmo a possibilidade de aplicação de uma pena vergonhosa.

Como pontuado por Geraldine Szott Moohr (2003) mais do que a punição, a certeza de que a investigação e aplicação serão céleres e efetivas, faz com que o criminoso econômico, racionalmente evite a prática delitiva, ou seja, os delinquentes econômicos fazem cálculos relacionados à pena aplicável, mas com estes condicionados ou realizados após os cálculos racionais quanto à probabilidade de perseguição e detecção penal. Por isso que as sanções precisam primeiro serem certas, em outras palavras, precisa haver uma certeza de punição, de modo que havendo tal garantia, qualquer que seja a pena, o delinquente econômico terá a certeza de que seu ato criminoso não restará impune, e será reprovado pela intervenção penal (POLINSKY; SHAVELL, 2007).

É fundamental que a pena imposta ao delinquente econômico, levando em consideração a sua lógica racional, seja, do ponto de vista do custo-benefício, mais onerosa do que os ganhos obtidos com a prática criminosa. As penas pecuniárias e as sanções de vergonha (*shame sanctions*), por exemplo, mostram-se como alternativas eficazes que permitem equilibrar o orçamento limitado disponível ao Estado e a necessidade de maximizar a efetividade e eficácia do Direito Penal frente a esta modalidade de criminalidade. Nesse contexto, a aplicação de penas privativas de liberdade, especialmente aquelas baseadas no modelo de "Short Sharp Shock", que preconiza punições intensas e breves, pode ser considerada também uma estratégia viável para desencorajar e repreender o criminoso econômico.

Além disso, ao adotar medidas que aumentam os custos das ações criminosas para os infratores econômicos, o sistema legal incentiva uma reconsideração das escolhas ilícitas em favor de comportamentos lícitos. Tais estratégias não apenas punem o comportamento inadmissível, mas também visam reeducar e reabilitar o delinquente, enfatizando a importância da responsabilidade e da conformidade legal. Desta forma, o Direito Penal se adapta à realidade complexa dos crimes econômicos, procurando dissuadir a criminalidade

não apenas através da repressão, mas também através da prevenção, reforçando o papel educativo e corretivo das penas aplicadas.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Esta pesquisa não tem a pretensão de ser uma conclusão definitiva ou incontestável. As considerações aqui apresentadas visam responder ao objetivo inicial relacionado à compatibilidade entre as finalidades tradicionais das penas e os crimes econômicos, bem como as formas de punição adequadas. A criminalidade econômica possui características distintas que exigem um tratamento jurídico específico. O Direito Penal é moldado pela sociedade à qual pertence, com a qual possui uma relação de influência mútua. No contexto da sociedade de risco, caracterizada pela crescente importância de elementos econômicos, é crucial que as normas penais se baseiem em fundamentos e objetivos específicos capazes de manter a harmonia social, prevenindo comportamentos reiterados. Os crimes econômicos, praticados tanto no âmbito público quanto empresarial, têm um potencial de dano significativo, afetando diretamente e indiretamente diversos bens jurídicos, além de normas que protegem garantias e interesses individuais e coletivos variados.

Dentro do amplo espectro das teorias criminológicas, as que proporcionam uma compreensão mais aprofundada dos crimes econômicos enfocam o agente delitivo como um ser racional. Estas teorias partem do pressuposto de que os indivíduos envolvidos em atividades criminosas econômicas fazem escolhas baseadas em uma análise calculada de custo-benefício. Isso significa que suas decisões são influenciadas pela perspectiva de obter ganhos substanciais, avaliando cuidadosamente os riscos e as possíveis penalidades associadas às suas ações. Essa racionalidade é ainda mais evidente em um contexto onde a prática delituosa não apenas é habitual, mas também culturalmente assimilada e aceita como uma norma implícita de conduta.

Estas teorias sugerem que o crime econômico não ocorre em um vácuo, mas sim em ambientes onde certas práticas são vistas como meios aceitáveis ou até necessários para alcançar sucesso e reconhecimento. Nesses contextos, os indivíduos são frequentemente expostos a modelos de comportamento que minimizam a percepção de ilegalidade ou imoralidade de certas ações, enfatizando, em vez disso, a eficácia e os resultados alcançados.

Além disso, os perpetradores de crimes econômicos geralmente possuem posições de destaque na sociedade, com acesso significativo a recursos e influência. Seu status elevado, juntamente com poder econômico e político, não apenas facilita a execução de atividades criminosas, mas também contribui para uma sensação de impunidade ou de estar acima da lei. Este poder e status podem criar barreiras adicionais à detecção e punição de crimes

econômicos, desafiando os sistemas jurídicos e regulatórios a desenvolver estratégias mais eficazes de prevenção e repressão.

Assim, entender os crimes econômicos através dessas lentes criminológicas requer uma abordagem multidimensional que considere tanto a natureza racional das decisões dos indivíduos quanto o ambiente socioeconômico que incentiva ou facilita tais comportamentos. Isso implica na necessidade de políticas públicas e estratégias legais que não apenas punam os infratores, mas também modifiquem as estruturas e os incentivos que propiciam o surgimento e a perpetuação desses crimes.

O Direito penal, para se legitimar, precisa trazer fundamentos e finalidades idôneas, e intimamente conectadas à lógica do Estado Democrático de Direito. Como destacado, o fundamento para punir é a reprovação, podendo existir distintas finalidades na política criminal e na aplicação das penas, que podem ou não coincidir, dependendo da natureza e do tipo de crime cometido. Em relação aos crimes econômicos, observa-se que, dentre as finalidades existentes, a reprovação é a que melhor se adequa às características desses criminosos. A pena aplicada deve orientar-se exclusivamente pelo objetivo de reprová-lo o condenado, proporcionalmente à sua culpabilidade, considerando seu ato criminoso como uma ação racional que o levou a cometer determinada violação da norma e desordem, e que, por essa razão, deve ser reprovada.

Sempre é importante reforçar que a pena é um dos instrumentos de intervenção do Sistema Jurídico-Criminal, de forma que, não sendo o único existente, outras finalidades, como as preventivas, podem ser consideradas como fins para outros instrumentos de política criminal, sendo inclusive um efeito secundário, ou decorrência lógica da própria comunicação do juízo de reprovação com a intervenção da pena em relação aos crimes econômicos. Tal afirmação é pertinente, na medida em que, embora a política criminal vá orientar a dogmática, dizer que existem finalidades preventivas, ou que a política criminal como um todo, seguirá fins preventivos, não significa que necessariamente a pena, para todos os crimes, deva ter como fim a prevenção.

No que diz respeito às penas em específico, que mais se adequam à finalidade aqui defendida como sendo aquela mais interessante ao contexto dos crimes econômicos, devemos lembrar que o sistema penal pautado exclusivamente na aplicação de penas corporais, privativas de liberdade, além de não respeitar garantias fundamentais de direito, não serve para lidar com crimes com racionalidades tão próprias (como o crime econômico), razão pela qual buscou apurar também se pena de multa e as *shame Sanctions* seriam politico-

criminalmente mais adequadas, no caso concreto, considerando o processo de expansão do direito penal e das penas corporais, que afetam severamente inúmeros direitos.

A intervenção penal no caso específico deve considerar as diretrizes da política criminal para efetivar a norma e a aplicação da punição. Conforme enunciado anteriormente, a política criminal deverá seguir finalidades próprias, notadamente aquelas de cunho preventivo. No entanto, no que diz respeito à pena, a reprovação será o caminho a ser seguido para punir delitos econômicos de forma eficaz, deixando a outros instrumentos da política criminal as finalidades e preocupações preventivas.

Embora não exista qualquer demonstração empírica da efetividade da pena de multa para o enfrentamento a estes delitos, seja favorável ou não a posição a se adotar, mais do que aumentar a quantidade de multa monetariamente aplicada, é preciso aumentar a certeza de punição. E nesse sentido sendo a sanção pecuniária (considerando a racionalidade própria destes delitos), e afetando não apenas ao indivíduo praticante da conduta, quando no contexto empresarial, sua natureza penal, civil ou administrativa é indiferente, razão pela qual, não cabe apenas ao Direito Penal propor e resolver problemas sociais como os que são qualificados como crimes econômicos. O custo social muitas vezes será muito maior para aplicar uma pena, seja ela corporal ou de multa, razão pela qual é importante repensar e aprimorar medidas não penais de punição.

Também as *Shame Sanctions* podem ser bastante efetivas para reprovar as condutas criminosas praticadas pelos delinquentes econômicos, criando um forte desincentivo econômico e psicológico para que sujeitos racionais – como são os criminosos econômicos – optem outra vez pela prática criminosa (o que acabará gerando por reflexo a prevenção do crime), sem um custo econômico e social tão elevado como é o custo de uma prisão. As penas vergonhosas que descrevemos no texto, e as perdas de reputação, que sem dúvida resultarão de sua aplicação, interferem no processo de racionalização ao interpor um “não” comunitário, forçando o infrator que quer acreditar que é uma boa pessoa a rever a sua avaliação, pela prática do crime. Aqui reforça-se a necessidade de uma discussão dogmática e legislativa acerca da implementação de *shame sanctions* no ordenamento jurídico brasileiro, especialmente aos delinquentes econômicos.

E qual pena aplicar, portanto? Sustenta-se pela aplicação de penas de multa, de forma cumuladas com *shame sanctions*, sendo cabível em último caso, penas privativas de liberdade de curta duração, em regime exclusivamente fechado, cumuladas com *shame sanctions*, todas como uma forma efetiva de reprovar e ao mesmo tempo (para fins de política criminal) prevenir novos crimes econômicos. A pena vergonhosa deverá ser avaliada concretamente a

dependem do crime econômico praticado, mas sugerindo-se aqui aquelas relacionadas à publicidade estigmatizante do delinquente econômico, que possui em sua reputação uma de suas puma de suas principais características.

Ora, a funcionária pública que pede desculpas publicamente pela corrupção passiva praticada, terá dificuldade em encontrar emprego no futuro e poderá ser rejeitada pelos seus. O Diretor executivo de uma grande multinacional que atue no ramo da mineração, dificilmente conseguirá outro emprego na área caso seja condenado a pedir desculpas por descarregar intencionalmente resíduos tóxicos, sendo este um desastre de relações públicas para a organização por ele dirigida. O licitante que é publicamente humilhado por fraudar licitações repetidamente pode ter dificuldade em encontrar novas oportunidades de negócios, inclusive com o poder público e empregados, e os credores podem evitá-lo. Enfim, são todos exemplos de que aplicar penas que afetem na reputação do delinquente econômico pode ser uma estratégia para adequadamente reprová-lo pelo mal de seu crime.

A certeza da punição deve ser o que norteará a intervenção jurídico penal em casos como o dos crimes econômicos²⁷⁴, sendo certa e comunicando esta certeza, ou seja, precisa haver um agir comunicativo neste sentido²⁷⁵.

Qualquer que seja o fim ou pena aplicada, estes demandarão uma verificação empírica, com uma análise mais aprofundada de julgados com o avançar dos anos, a partir da compreensão adequada dos julgadores sobre o fim a ser seguido. Ao final para se verificar se a pena efetivamente atingiu a finalidade pretendida pelo legislador e pelo julgador, será necessário conferir também o efeito prático no agente criminoso, tais como o dano ao seu patrimônio, à sua honra, ou, o efetivo atingimento das finalidades da pena, pretendidas pelo legislador e pelo juiz, liga-se à outra questão, o efeito prático ou o funcionamento desse tipo de pena.

²⁷⁴ Aqui importante contribuição de Ana Júlia Arruda (2023, p.162), reforçando que, mais do que aplicar uma pena, a certeza da punição deve nortear a intervenção penal para os crimes econômicos: “Dessa forma, é certo que a impunidade ou a sensação de impunidade que se tem em face de crimes econômicos afeta a dimensão preventiva do Direito Penal, na medida em que distancia a reafirmação da norma violada de seu aspecto comunicativo. Ou seja, a imposição de uma sanção, quando vem a ocorrer após significativo lapso temporal desde a realização da conduta, não comunica aos indivíduos o reforço do ordenamento jurídico, mas sim as falhas e lentidão do sistema judiciário na apuração das responsabilidades jurídico-criminais, o que já é uma característica problemática do sistema de justiça, particularmente o brasileiro, mas não só. E isto é ainda mais significativo quando se está diante de crimes complexos, de difícil investigação e persecução penal, a exemplo da corrupção e os respectivos crimes conexos, como a lavagem de dinheiro, porque são delitos que reforçam as falhas estruturais das agências penais para lidar com a criminalidade, agravando a sensação de impunidade”.

²⁷⁵ Nas palavras de Mirabete e Fabbrini (2015, p.395), quando a pena não é aplicada em tempo adequado, isso leva ao esquecimento do delito e “à superação do alarma social causado pela infração penal. Além disso, a sanção perde sua finalidade quando o infrator não reincide e se readapta à vida social”.

Conclui-se, portanto, que a retribuição deve ser o fundamento e a finalidade da pena a serem considerados pelo julgador quando da aplicação de uma pena aos criminosos econômicos, com outros instrumentos de política criminal (como o processo penal em si, o processo de execução penal, entre outros), podendo tem por fim outras finalidades preventivas. Outrossim, será necessária uma alteração legislativa para permitir que estes mesmos julgadores possam aplicar no caso concreto, penas de multas com parâmetros mais elevados do que aqueles atualmente previstos na legislação penal – atingindo frontalmente o patrimônio do condenado como forma de reprová-lo -, permitindo-se também a aplicação de penas vergonhosas, e como última medida, penas privativas de liberdade de curta duração, mas com uma elevada severidade quanto à restrição.

Será importante - especialmente no caso da aplicação das penas de multa - pensar em cumulá-las com penas vergonhosas, para evitar que os agentes punidos assimilem economicamente os custos da multa. Sempre lembrando que intervenção penal não pode ser mais custosa que o crime. Ela precisa ser efetiva e eficaz, sem custos tão elevados, o que reforça a máxima prevista desde a criminologia clássica, no sentido de que mais do que punir quantitativamente, o relevante é assegurar a certeza de uma punição. Por isso a relevância de avançar quanto a pesquisas acadêmicas acerca do para quê, e como punir delinquentes econômicos.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGNEW, Robert. **Pressured into crime**. Los Angeles: Roxbury, 2006.

ANDRADE, Manuel da Costa. A “**dignidade penal**” e a “**carência de tutela penal**” como **referências de uma doutrina teleológica-racional do crime**. Coimbra: RPCC 2, 1992, p.181.

ANIYAR DE CASTRO, Lola. **Criminologia da reação social**. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 97. Disponível em <https://criminologiacabana.files.wordpress.com/2015/08/lola-aniyar-de-castro-criminologia-da-reac3a7c3a3o-social.pdf>. Acesso em 07 ago. 2022.

ANJOS, Fernando Vernice dos. **Análise Crítica da Finalidade da Pena na Execução Penal: Ressocialização e o Direito Penal Brasileiro**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, p. 185, 2009.

ARAÚJO, Fernando. **Introdução à Economia**. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2012

ARENAL, Concepción. **Estudios Penitenciários**. 2. V. Madrid: Librería General de Victoriano Suárez, 1895.

ARRUDA, Ana Júlia Pozzi. **Política Criminal Internacional e soberania estatal : conflitos suscitados na aplicação da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção**. Dissertação (mestrado) - Universidade Estadual Paulista (Unesp), Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Franca, 2023.

BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. **La delincuencia económica desde el punto de vista criminológico**. In: Alfaro, Reyna; Miguel, Luis (coords.). Nuovas tendencias del derecho penal económico y de la empresa. Lima: Ara, 2005. p.34.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal (introdução à sociologia do direito penal)**. Rio de Janeiro: Revan, 2002. p. 155 e ss.

BARATTA, Alessandro. **Principi del diritto penale mínimo. Il diritto penale mínimo**. Napoli: ESI, 1985. p. 447.

BARREIROS, Yvana Savedra de Andrade. **Os fins a serem alcançados com a aplicação da pena**. 2008. Disponível em <https://conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/15287/os-fins-a-serem-alcancados-com-a-aplicacao-da-pena>. Acesso em: 30 jan 2021.

BARRETO, Tobias. **Estudos de direito**. (Publicação póstuma dirigida por Sylvio Roméro). Rio de Janeiro: Laemmert, 1892, p. 179. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/224199>. Acesso em 03 jun. 21.

BARRETO, Tobias. **Estudos de Filosofia**. 1. ed. Rio de Janeiro: J E Solomon, 2013.

BARRETO, Tobias. **Fundamentos do Direito de Punir**. In: Revista dos Tribunais, nº 727, 1996, p.649.

BARROS, Carmen Silva de Moraes. **A Individualização da Pena na Execução Penal**. São Paulo: RT, 2001.

BECCARIA, Cesare Bonesana. **Dos delitos e das penas**. Tradução de José CRETELLA JUNIOR, Agnes CRETELLA. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. 159 p., 11 cm. (RT Textos fundamentais, 1). ISBN 978-85-203-3946-6. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=10198. Acesso em: 28 ago. 2022.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 3ª Ed. Trad. José de Faria Costa. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009, p.105.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Ridendo Castigat Mores, 1764. Disponível em: https://www.oab.org.br/editora/revista/revista_08/ebooks/dos_delitos_e_das_penas.pdf. Acesso em: 29 set. 2022.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Edipro, 2013.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore S. O Sentido da pena e a racionalidade de sua aplicação no Estado Democrático de Direito brasileiro. In: **Revista da Faculdade Mineira de Direito**,

v.21, n.41, 1, p. 01-31, 2018. Disponível em <http://periodicos.pucminas.br/index.php/Direito/article/view/18859/13887>. Acesso em 30 mai. 2021.

BECK, Ulrich. **Sociedade do risco: rumo a outra modernidade**. 1944; tradução de Sebastião Nascimento – São Paulo: Editora 34, 2011 – 2ª Edição, 384.

BECK, Ulrich. **Maquiavelismo ecológico. La democracia y sus enemigos – textos escogidos**. Barcelona/Buenos Aires/México: Paidós, 1995, p.181.

BECKER, Gary S. Nobel Lecture: **The Economic Way of Looking at Behavior**. In *The Journal of Political Economy*. Vol. 101, n. 3. Chicago: University of Chicago Press, 1993, p. 386. Disponível em <https://www.ssc.wisc.edu/~walker/wp/wp-content/uploads/2012/09/Becker1993.pdf>. Acesso em 29 ago. 22.

BECKER, Gary S; LANDES, William M. (eds.). **Essays in the economics of crime and punishment: human behavior and social institutions**. Columbia: Columbia University Press, 1974, p. 76.

BECKER, Gary Stanley. **Crime and punishment: an economic approach**. *Journal of political economy*, v. 76, n. 2, 1968, p. 169-217.

BELTRÁN CALFURRAPA, Ramón. Víctima, reparação e processo criminal: uma projeção das teorias expressivas da pena. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, [S. l.], v. 5, n. 1, p. 145–190, 2019. DOI: 10.22197/rbdpp.v5i1.215. Disponível em: <https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/article/view/215>. Acesso em: 10 dez. 2023.

BENTHAM, Jeremy. **The Works of Jeremy Bentham**. Vol 1. New York: Russel & Russel, 1962.

BETTIOL, Giuseppe. **El Problema Penal**. Buenos Aires: Editorial Hamurabi, 1995.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão**. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p.117.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de Direito Penal: parte geral**. v.1. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

BLANCO CORDERO, Isidoro. La corrupción desde una perspectiva criminológica: un estudio de sus causas desde las teorías de las actividades rutinarias y de la elección racional. In **Serta: in memoriam Alexandri Baratta**. Pérez Álvarez, Fernando (Org.), Salamanca, Ediciones Salamanca, 2004, p. 273-274.

BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

BRITO, Alexis Augusto Couto de. **Culpabilidade. Evolução e Análise Crítica Atual.** In: BRITO, Alexis Augusto C. de; VANZOLINI, Maria Patricia. *Direito Penal: aspectos jurídicos controvertidos.* São Paulo: Quartier Latin, 2006.

BUSATO, Paulo César. **Direito penal: parte geral.** São Paulo: Atlas, 2017, p. 04.

CALLEGARI, André Luís. **Importância e Efeito da Delinquência Econômica.** Boletim IBCCRIM, São Paulo, v. 8, n. 101, p. 09, abr., 2001.

CAMARGO, Antonio Luís Chaves. **Sistema de penas, dogmática jurídico-penal e política criminal.** São Paulo: Cultural Paulista, 2002.

CAMERER, Colin; LOEWENSTEIN, George. **Behavioral Economics: Past, Present, Future.** Princeton: Princeton University Press, 2004.

CANCIO MELIÁ, Manuel; PEÑARANDA RAMOS, Enrique; SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos. **Um Novo Sistema do Direito Penal.** Trad: André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Barueri: Manole, 2003, p.03.

CARRARA, Francesco. **Programa de Derecho Criminal,** Bogotá, Temis, 1979, v. 2, p. 133.

CARVALHO, Salo de. **Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro.** São Paulo: Saraiva, 2013.

CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de. **O controle penal nos crimes contra o sistema financeiro nacional (Lei 7.492/86).** 1996. Tese (Doutorado) – Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 1996. Disponível em <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/106425>. Acesso em 27 ago. 22.

CEREZO MIR, José. **Derecho Penal: Parte General.** Lima: Ara/RT, 2007.

CHOKR, Fauzi Hassan. **Garantias Constitucionais na Investigação Criminal.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CHRISTIE, Nils. **Los Limites del dolor.** México: Fondo de Cultura Económica. 1988.

CLARK, John Maurice. **Social control of business.** New York: McGraw-Hill, 1939. Disponível em: <https://archive.org/details/in.ernet.dli.2015.52171/page/n33/mode/2up>. Acesso em 08 jun. 2022.

COHEN, Deborah. **Ethics and crime in business firms: organizational culture and the impact of anomie.** ALDER, Freda; LAUFER, William (org.). *The legacy of anomie theory.* New Brunswick: Transaction, 2000, p.190.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & Economia.** Porto Alegre: Booksman, 2010.

CORBACHO, Jose Manuel Ríos. **Las consecuencias jurídicas del delito y el cine: un acercamiento a la resocialización en el nuevo siglo**. CIENCIA ergo sum, Vol. 19-1, marzo-junio 2012. Universidad Autónoma del Estado de México, Toluca, México. Pp. 6-23.

COSTA ANDRADE, Manuel. A “**dignidade penal**” e a “**carência de tutela penal**” como **referências de uma doutrina teleológico-racional do crime**. Revista Portuguesa de Ciência Criminal. n. 2. Coimbra: Coimbra Ed., 1992. 173 pp.

COSTA, André de Abreu. **Penas e Medidas de Segurança: fundamentos de individualização**. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

COSTA, Helena Regina Lobo da. **A dignidade humana: teorias de prevenção geral positiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

COSTA, José de Faria. **A responsabilidade jurídico-penal da empresa e dos seus órgãos**. In Revista Portuguesa de Direito Penal. Coimbra: Coimbra Ed. Ano 2, Fasc. 4, out.-dez., 1992.

CROAL, Hazel. **White-Collar Crime**. *Apud*. FIGUEIREDO, Guilherme Gouvêa de. **Direito penal secundário, inflação legislativa e white-collar crimes**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, v. 87, nov./dez. 2010. p. 304.

CRUZ, Ramon Aranha da; ARAÚJO NETO, Félix. **Finalidade da Pena – uma discussão acerca das teorias penalizadoras**. 2010 Disponível em <<https://docplayer.com.br/10108661-Finalidade-da-pena-uma-discussao-acerca-das-teorias-penalizadoras.html>>. Acesso em: 23 jan. 2021.

CULLEN, Francis T. **Rethinking crime and deviance theory – The emergence of a structuring tradition**. Totowa: Rowman & Allanheld, 1954. P. 117.

DASSAN, Pedro Augusto Amaral. **A nova Criminologia Administrativa**. Revista Jurídica Unicrutiba. Vol. 03, ° 44, Curitiba, 2016, pp. 381-410. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Rev-Juridica-UNICURITIBA_n.44.18.pdf. Acesso em 24 set. 2022.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal – Parte geral**. Coimbra: Coimbra Ed., 2004. t. I, p. 76.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Os novos rumos da política criminal e o direito penal português do futuro**. Revista da Ordem dos Advogados. Lisboa: Ordem dos Advogados, 1983. p. 11.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Os novos rumos da política criminal e o direito penal português do futuro**. Lisboa: Revista da Ordem dos advogados, 1983.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões fundamentais de direito penal revisitadas**. São Paulo: Ed. RT, 1999.

DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel Costa. **Criminologia: o homem delinquente e a sociedade criminógena**. Coimbra: Coimbra Ed., 1992.

DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia: o homem delinquente e a sociedade criminógena**. 2.reimp Coimbra: Coimbra Editora, 1997. 573 p. ISBN 972-32-0069-4. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=8071. Acesso em: 28 ago. 2022.

DIAS, Jorge de. **O direito penal económico entre o passado, o presente e o futuro**. Revista Portuguesa de Ciência Criminal (RPCC), ed. 22, 2012, pp. 521, ss.

DOTTI, René Ariel. **Bases e Alternativas para o Sistema de Penas**. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p.228.

DRAPKIN, Israel. **Manual de criminologia**. Tradução e adaptação de Ester Kosovski. São Paulo: Bushatsky, 1978, p. 70.

DUARTE, Maércio Falcão. **Evolução histórica do Direito Penal**. 1999 Disponível em <<http://jus.com.br/artigos/932>>. Acesso em: 25 jan. 2021.

DUFF, R.A. **Punishment, communication, and community**. Oxford- New York: Oxford University Press, 2001, p. 81.

DURKHEIM, Émile. **As regras do Método Sociológico**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DURKHEIM, Émile. **Da divisão do trabalho social**. São Paulo: Martins Fontes, 1999. Disponível em https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4239076/mod_resource/content/0/E%CC%81mile%20Durkheim-Da%20divisao%20do%20trabalho%20social%20%282004%29.pdf. Acesso em 03 setembro de 2022.

DURKHEIM, Émile. **O suicídio: estudo sociológico**. São Paulo: Martins Fontes, 2000. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4239077/mod_resource/content/0/%C3%89mile%20Durkheim%20-%20O%20Suicidio%20%282000%29.pdf. Acesso em 03 setembro 2022.

DURKHEIM, Emile. **Regras do método sociológico**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DURKHEIM, Emile. **Regras do Método Sociológico**. Trad. Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2003, p.67-90.

FABBRINI, Renato N.; MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**, volume 1: parte geral, arts. 1º a 120 do CP. 31 ed. rev. e atual. até 5 de janeiro de 2015. São Paulo: Atlas, 2015.

FEIJOO SÁNCHEZ, B. Individualización de la pena y teoría de la pena proporcional al hecho. El debate europeo sobre los modelos de determinación de la pena. In: **Dret Revista para el análisis del Derecho**. n. °1. Facultad de Derecho – Universidad Autónoma de Madrid, Barcelona jan/2007. Disponível em: https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/403_es_1.pdf. Acesso em 25 nov. 23.

FEINBERG, Joel. The expressive function of punishment. In: **Shame Punishment**. Routledge, 2019. p. 3-26.

FELDENS, Luciano. **Tutela Penal de Interesses Difusos e Crimes do Colarinho Branco: por uma relegitimação da atuação do Ministério Público**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 139-140.

FERNANDES, Fernando Andrade. **Corrupción y medios de comunicación**. In: GONZÁLEZCASTELL, A. C.; INFANTE, F. J. L.; RODRÍGUEZ-GARCÍA, N. (org.) Justicia Penal Pública y Medios de Comunicación. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2018.

FERNANDES, Fernando Andrade. **O processo penal como instrumento de política criminal**. 1. Ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2001, v. 01, 866 p.

FERNANDES, Fernando Andrade. **Sobre uma opção Jurídico-Política e Jurídico Metodológica de Compreensão das Ciências Jurídico-Criminais**. In: ANDRADE, Manuel da Costa (et all) (org.). *Liber Discipulorum* para Jorge de Figueiredo Dias. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

FERNANDES, Fernando Andrade; RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás. Corrupción, principio de oportunidad y política criminal del Estado. In: RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás; SINTURA VARELA, Francisco J. (ed.) **El Estado de Derecho Colombiano Frente a la Corrupción: retos y oportunidades a partir del Estatuto Anticorrupción de 2011**. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, Facultad de Jurisprudencia. 2013.

FERNÁNDEZ, José Núñez. **Algunos aspectos conceptuales y políticos de la criminalidad de cuello blanco**. Cuadernos de Política Criminal. n. 71. Madrid: Comunidad de Madrid, 2000. p.525.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón. Teoría del garantismo penal**. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez, A. Ruiz Miguel, J.C. Bayón Mohino, J. Terradillos Basoco, R. Cantarero Bandrés. 5ª ed. Madrid: Trotta, 2001, p. 385.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**. 2ª Ed. Trad. Ana Paula Zomer Sica et al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002.

FERRI, Enrico. **Princípios de Derecho Criminal**. Trad. José Arturo Rodriguez Muños. Madrid: Réus, 1933.

FIDANCA, Giovanni; MUSCO, Enzo. **Diritto penale: parte generale**. 6ª Ed. Bologna: Zanichelli, 2010, p. 705.

FIGUEIREDO, Guilherme Gouvêa de. **A teoria dos white-collar crimes, suas divergências conceituais e a necessária reflexão sobre as técnicas de tutela**. Revista brasileira de ciências criminais v. 20, n. 94, p. 417–458, jan./fev., 2012.

FIGUEIREDO, Guilherme Gouvêa de. **Crimes de colarinho branco, seletividade sistêmica e modelo sancionatório à luz da análise econômica do direito penal**. In: Revista de estudos criminais -Instituto Transdisciplinar de Estudos Criminais (ITEC), v. 12, n. 52. Porto Alegre: Notadez, p. 187–214, jan./mar., 2014.

FIGUEIREDO, Guilherme Gouvêa de. **Direito penal secundário, inflação legislativa e white-collar crimes**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 87. p. 298. São Paulo: Ed. RT, 2010.

FISCHER, Talia. **Economic Analysis of Criminal Law**. Oxford University Handbook of Criminal Law. Oxford University Press, 2014, p. 38.

FLETCHER, George P. **Basic Concepts of Criminal Law**. New York: Oxford University Press, 1998.

FLETCHER, George P. The place of victims in the theory of retribution. In: **Buffalo Criminal Law Review**. Berkeley. Vol. 3, No.1 April 1999.

FONTAN BALESTRA, Carlos. **Derecho Penal: introducción y parte general**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal: Parte Geral**. 16ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p.348.

FRIEDE, Reis, ARAGÃO, Luciano. **Dos Danos Sociais**. REVISTA DA ESMESC, v.23, n.29, p. 13-44, 2016. Disponível em: https://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Rev-ESMESC_29.01.pdf. Acesso em 30 nov. 23.

FRIEDRICHS, David O. **Trusted Criminals. White Collar Crime in Contemporary Society**, Thomson Wadsworth, Belmont, 3ª ed., 2007, pp. 4-30.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. **Tratado de Criminología**. 3ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003, p. 47. Disponível em <https://soyancrig.com.gt/data/files/libros/5-criminologia-antonio-garcia-pablos-molina.pdf>. Acesso em 28 ago. 2022.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia: Introdução a seus fundamentos teóricos; Introdução às bases criminológicas da Lei 9.099/95; Lei dos Juizados Especiais Criminais**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; GOMES, Luiz Flávio. **Direito Penal: Parte Geral**. V. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GAROFALO, Raffaele. **Criminologia**. Trad. Júlio de Matos. São Paulo: Teixeira e Irmão, 1983.

GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. **Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito**. *Economic Analysis of Law Review*, vol. 1, n. 1, 2010.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. **Estudios de Derecho Penal**. Madrid: Tecnos, 1990. p.160.

GONÇALVES, Jéssica; CARDOSO, Luiz Eduardo Dias. **Análise Econômica do Crime: Abordagem acerca da aplicação do princípio da eficiência econômico social em matéria penal**. *Revista de Criminologias e Políticas Criminais*, v. 2, n. 2, 2016, p. 77 – 98, p. 79.

GRECO, Luis. Reflexões sobre a conexão entre pena e culpabilidade. In : GRECO, Luís. **As razões do Direito Penal. Quatro Estudos**. Trad. E Org. Eduardo Viana. 1ª Ed. São Paulo: Marcial Pons, 2019.

GÜNTHER, Klaus. **Crítica da Pena I**. *Revista Direito-GV*. São Paulo, v. 2, nº 2, jul/dez, 2006, p187-204.

GÜNTHER, Klaus. **Criminal law, crime and punishment as communication**. Normative Orders Working Paper, nº 2, 2014, p. 2.

GUZMÁN DÁLBORA, José Luis. La concreción judicial de la penalidad y su relación con el sentido de la punición. **Revista de la Fundación Internacional de Ciencias Penales**, mar. 2017, p, 4. Disponível em: https://www.google.com/search?q=Revista+de+la+Fundaci%C3%B3n+Internacional+de+Ciencias+Penales&rlz=1C1GCEU_pt-BRBR997BR997&oq=Revista+de+la+Fundaci%C3%B3n+Internacional+de+Ciencias+Penales&aqs=chrome..69i57j0j7&sourceid=chrome&ie=UTF-8.

HABERMAS, Jürgen. **A Inclusão do Outro: estudos de teoria política**. São Paulo: Loyola, 2002.

HASSEMER, Winfried. **Direito Penal Libertário**. Trad. Regina Greve. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

HASSEMER, Winfried. **El destino de los derechos del ciudadano em um derecho penal eficaz**. *Estudios Penales e Criminologicos*. vol. XV. Santiago da Compostela: USC, 1992.p. 183.

HASSEMER, Winfried. **Fundamentos de Derecho Penal**. Trad. Francis Muñoz Conde e Luiz Arroyo Zapatero. Barcelona: Bosh, 1974.

HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do direito penal**. Porto Alegre: Safe, 2005.

HASSEMER, Winfried. **Persona, Mundo y Responsabilidad: bases para una teoría de la imputación en Derecho Penal**. Bogotá: Temis, 1999.

HASSEMER, Winfried. **Por qué No Debe Suprimirse El Derecho Penal**. Mexico: Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2003.

HEGEL Georg W.F. **Principios de la Filosofía del Derecho o Derecho Natural y Ciencia Política** (traducción de Juan Luis Verma), Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1975, parágrafos 99 a 103 (inclusive).

HEGEL, Georg W. F. **Princípios da Filosofia do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Fundamentos de la filosofía del derecho**. Madrid: Libertarias/Prodhufi, 1993.

HEGEL, Georg. F. **Filosofia del Derecho**. Buenos Aires: Editorial Claridad, 1968.

HEINE, Gunther. **Sanctions in the field of corporate criminal liability**. In: eser; heine; huBer. Criminal responsibility of legal and collective entities. Freiburg: MPI, 1999. p. 249-250.

HIRSCH, Andrew Von. **Proportionality in the philosophy of punishment: from “why punish?” to “how much?”**. Israel Law Review, vol. 25, nº 3-4, pp. 561-562, 1991.

HOBBS, Thomas. **Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil**. 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

HOFFMAN, Jan. **Crime and Punishment: Shame Gains Popularity**. New York Times. Publicado em 16 de Janeiro de 1997. Disponível em <https://www.nytimes.com/1997/01/16/us/crime-and-punishment-shame-gains-popularity.html>. Acesso em 08 dez. 2023.

HUNGRIA, Nelson. Novas questões jurídico-penais. Rio de Janeiro: Nacional de Direito, 1945. p. 15.

HUNTER, Ben: **White-Collar offenders and desistance from crime**, Routledge, London and New York, 2015, pp. 10-27.

HYLTON, Keith N., **The Theory of Penalties and the Economics of Criminal Law**. Boston Univ. School of Law. Working Paper nº. 02-17, January 2005, p. 177.

JAKOBS, Günter. **Sobre la teoría de la pena**. Trad. Manuel Cancio Meliá. In: Cuadernos de Conferencias y artículos, Univesidad Externado de Colombia: Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, n.16,1998, p.31-32.

JAKOBS, Gunther. **Derecho Penal. Parte General**. Segunda edición. Joaquín Cuello Contreras y José Luis Gonzalez de Murillo (trads.). Madrid: Marcial Pons, 1997. Disponível em https://kupdf.net/download/jakobs-g-uuml-nther-derecho-penal-parte-general-parte-i_58c5b43fdc0d60363f339027_pdf. Acesso em 19 jan. 22.

JAKOBS, Günther. **Derecho penal: parte general – Fundamentos y teoría de la imputación**. Trad. Joaquin Cuello Contreras e Jose Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1995. p. 43 e ss.

JAKOBS, Günther. **Derecho penal. Parte general: fundamentos y teoría de la imputación**. 2ª edición. Trad. Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González. Madrid: Marcial Pons, 1997, pp. 10 ss.

JAKOBS, Gunther. **Sociedade, Norma e Pessoa**. 1ª Ed. Trad. Marco Antônio R. Lopes. Barueri: Manole, 2003a.

JAKOBS, Gunther. **Teoria da Pena e suicídio e homicídio a pedido**. Coleção de direito penal. Barueri, SP: Manole. 2003b.

JAKOBS, Günther. Sobre el tratamiento de los defectos volitivos y de los defectos cognitivos. In: JAKOBS, Günther. Estudios de Derecho penal. Trad. Enrique Peñaranda Ramos y otros. Madrid: Ediciones Universidad Autónoma de Madrid- Editorial Civitas, 1997, p. 128.

JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de Derecho Penal – parte general**. Granada: Comares, 2002. p. 434.

JESHECK, Hans Heinrich. **Tratado de Derecho Penal: Parte general**. 4ª Ed. Trad. José Luiz Manzanares Samaniego. Granada: Comares, 1993, p.97.

JEUKEN, Julia. **Análise crítica às shame sanctions**, São Paulo: LiberArs, 2017. p. 19, 38, 40, 53, 73 e 98.

JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. **Finalidades da Pena**. Barueri: Manole, 2004.

JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz; GARCIA, Cristiana. Victor. A execução da pena de multa. In: JUNIOR, Aury Lopes (coord.) **REVISTA MAGISTER DE DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL**, v. 98, Porto Alegre: LexMagister, p. 29-49, 2020. ISSN 1807-3395.

KAHAN, Dan M.; POSNER, Eric A. **Shaming white-collar criminals: A proposal for reform of the federal sentencing guidelines**. In: Shame Punishment. Routledge, 2019. p. 155-181.

KAISER, Günther; RODRÍGUEZ NÚÑEZ, José Arturo. **Introducción a la criminología**. 7. ed. Madrid: Dykinson, 1988. 408 p. ISBN 84-86133-40-8. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=6998. Acesso em: 27 ago. 2022.

KANT, Emmanuel. **Principios metafísicos del Derecho**, 2ª ed., Américalée, Buenos Aires, 1974, pp. 146-153.

KANT, Imanuel. **A Metafísica dos Costumes**. Bauru, SP: Edipro, 2003.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. São Paulo: Martin Claret, 2004.

KANT, Immanuel. **La metafísica de las costumbres**. Adela Cortina Orts y Jesús Conill Sancho (trad. y notas). 4ª edición. Madrid: Tecnos, 2005.

KARAM, Maria Lúcia. **De Crimes, Penas e Fantasias**. Niterói: Luam, 1991.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LAUFER, William. **The importance of cynicism and humility: anti-corruption partnerships with the private sector**. Development and outreach: fighting corruption, business as a partner. Washington: World Bank Institute, 2006, p. 18-21. Disponível em <https://documents1.worldbank.org/curated/en/573111468314083144/pdf/436210NEWS0BOX0327375B01PUBLIC1.pdf#page=20>. Acesso em 13 ago. 22.

LISZT, Franz. **La idea del fin en el derecho penal**. Carlos Pérez del Valle (trad.). Granada: Comares, 1977. Disponível em <http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/handle/123456789/9953>. Acesso em 19 jan. 22.

LOMBROSO, Cesare. **O homem delinquente**. Trad. Sebastião José Roque. São Paulo: Ícone, 2007.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito**. Vol. 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro. 1983.

MALAN, Diogo. Bem jurídico tutelado pela Lei 7.492/1986. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 19, n. 91, p. 367-392, jul./ago.. 2011. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=88488. Acesso em: 25 set. 2022.

MAÑALICH, Juan Pablo. **La pena como retribución. Segunda parte: La retribución como teoría el Derecho penal**. Derecho Penal y Criminología, vol. 28, nº 83, 2007, pp. 75 ss.

MANTOVANI, Ferrando. El Derecho penal del enemigo, el Derecho penal del amigo, ele enemigo del Derecho penal y el amigo del Derecho penal. **In Estudios Penales en Homenaje a Enrique Gimbernat**. Tomo I. García Valdes, Carlos et al. (Org.). Madrid: Edisolfer, 2008, p 445). ISBN 978-84-96261-49-5. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=11146. Acesso em: 29 ago. 2022.

MARCÃO, Renato; MARCON, Bruno. **Rediscutindo os fins da pena**. 2002 Disponível em <<http://jus.com.br/artigos/2661>>. Acesso em: 23 jan. 2021.

MARQUES, José Frederico. **Trato de Direito Penal**. Vol. III. Campinas, SP: Millennium, 2002.

MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. **Fundamentos da Pena**. 2ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

MARTINSON, Robert. *What works? - questions and answers about prison reform*. National Affairs, Spring-TEXAS, 174. Disponível em <https://www.nationalaffairs.com/storage/app/uploads/public/58e/1a4/ba7/58e1a4ba7354b822028275.pdf>. Acesso em 03 jun. 2021.

MATZA, David; SYKES, Gresham M. **TÉCNICAS DE NEUTRALIZAÇÃO: UMA TEORIA DA DELINQUÊNCIA**. Trad. Leandro Ayres França e Jéssica Veleda Quevedo; comentários do Grupo de Estudos em Criminologias Contemporâneas – Porto Alegre: Canal Ciências Criminais, 2018. Disponível em http://www.cafeefuria.com/ayresfranca/Trad_21_SYKES_GM_MATZA_D_FRANCA_LA_QUEVEDO_JV_Tecnicas_de_neutralizacao.pdf. Acesso em 24 set. 2022.

MAURACH, Reinhart. **A teoria da culpabilidade no Direito Penal Alemão**. In: FILHO, Benjamim Moraes (org.). *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal*. Ano VI, nº 14 – Jul-Set – 1966. Rio de Janeiro: Universidade do Estado da Guanabara, p.19-35.

MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz. **Derecho penal**. Parte general, I. Séptima edición. Jorge Bofill Genzsch y Enrique Aimone Gibson (trads.). Buenos Aires: Astrea, 1995.

MEDINA ARIZA, Juan José. **El control social del delito a través de la prevención situacional**. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, N.º 2. 1998. p. 286.

MEINI MENDEZ, Iván. La pena: función y presupuestos. **Revista de La Facultad Derecho PUCP**, n. 71, p. 141-167, 21 nov. 2013. Disponível em <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/8900>. Acesso em 18 jan. 22.

MERLE, Jean-Cristopher. **German Idealism and the Concept of Punishment**. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

MEZGER, Edmund. **Derecho Penal: libro de estudi – parte general**. Buenos Aires: Editorial Bibliografia, Argentina, 1958.

MIR PUIG, Santiago. **Direito Penal: Fundamentos e Teoria do Delito**. Trad. Cláuddia Viana Garcia e José Carlos Nobre Porciúncula Neto. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MIR PUIG, Santiago. **El Derecho Penal en el Estado Social y Democratico de Derecho**. Barcelona: Ariel, 1999.

MIR PUIG, Santiago. **El Derecho Penal en el Estado Social y Democrático de Derecho**. Barcelona: Ariel, 1994.

MIR PUIG, Santiago. **Introducción a las bases del Derecho Penal: concepto y método**. Buenos Aires: Editorial BdeF, 2003.

MOOHR, Geraldine Szott. An Enron Lesson: The Modest Role of Criminal Law in Preventing Corporate Crime. In: **Florida Law Review**, V. 55, N. 4, Setembro de 2003. Disponível em: <https://florida-law-review.scholasticahq.com/article/80360-an-enron-lesson-the-modest-role-of-criminal-law-in-preventing-corporate-crime/attachment/166312.pdf>. Acesso em 08 set. 2023.

MOORE, Michael S. **Placing Blame: a theory of the Criminal Law**. New York: Oxford University Press, 1997.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Derecho penal y control social (sobre la función motivadora de la norma jurídica penal)**. In: Revista Derecho penal y control social. Jerez: Fundación Universitaria de Jerez, 1985. Disponível em https://blog.uclm.es/cienciaspenales/files/2016/07/3.1M5_DERECHO-PENAL-Y-CONTROL-SOCIAL.pdf. Acesso em 19 jan. 22.

MUÑOZ CONDE, Francisco; HASSEMER, Winfried. **Introducción a la criminología y al Derecho Penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1989.

NAUCKE, Wolfgang. O alcance do direito penal retributivo em Kant. In: GRECO, Luís; TORTIMA, Fernanda (org.). **O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?** Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2011, p. 95 e ss.

NAUCKE, Wolfgang (et all). **Principales problemas de la prevención general**. Buenos Aires: Editorial B de F, 2004.

NERY, Déa Carla Pereira. **Teorias da pena e sua finalidade no direito penal brasileiro**. 2005 Disponível em< <https://egov.ufsc.br/portal/conteudo/teorias-da-pena-e-sua-finalidade-no-direito-penal-brasileiro> >Acesso dia: 25 jan. 21.

NETTO, Alamiro Velludo Salvador. **Tipicidade penal e sociedade de risco**. São Paulo: Quantier Latin, 2006, p. 121.

NEWBURN, Tim. Criminology. Willan Publishing, Devon, 2007. p. 288, in Zimmermann, Egberto. **O neoclassicismo criminológico**. Disponível em: <https://profeduardoviana.wordpress.com/2010/02/02/o-neoclassicismo-criminologico/>. Acesso em 24 set. 2022.

NIETO MARTÍN, Adán et all (Coord.). **MANUAL de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas**., 2. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019.

672 p., 23 cm. ISBN 978-85-9477-378-4. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=154273. Acesso em: 29 ago. 2022.

Oliveira, Fernando Antônio Sodré de. **Breves apontamentos sobre as políticas criminais e sua influência nos mecanismos de controle social formal**. Revista Direito em Debate. vol. 18, n.º 31, jan.-jun. 2009, p. 83.

OLIVEIRA, Tarsis Barreto. **Pena e Racionalidade**. 3ª Edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

PARK, Robert; BURGESS, Ernest. **The city: suggestions for investigation of human behavior in the urban environment**. Chicago: Chicago Press, 1925, p. 577-612. Disponível em <https://www.jstor.org/stable/pdf/2763406.pdf>. Acesso em 31 jul. 22.

PÉREZ ARROYO, M. Las consecuencias jurídicas del delito en el derecho penal peruano. **Derecho & Sociedad**, n. 11, p. 226-238, 17 nov. 1996. Disponível em <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/14363/14978>. Acesso em 20 nov. 23.

PILIAVIN, Irving et al. **Crime, deterrence, and rational choice**. American Sociological Review, Vol. 51, No. 1. Feb., 1986, pp. 101-119. Disponível em https://www.jstor.org/stable/2095480?read-now=1&seq=3#metadata_info_tab_contents. Acesso em 24 jul. 22.

POSNER, Richard. **An Economic Theory of Criminal Law**. Columbia Law Review, vo. 85, 1985. p. 1193-1231.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro: parte geral – Arts. 1º a 120**. v.1. 10.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro: parte geral – Arts. 1º a 120**. v.1.8.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

PYLE, David J. **Cortando os custos do Crime: A Economia do Crime e da Justiça Criminal**. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 2000, p. 37.

QUEIROZ, Paulo de Souza. **Funções do Direito Penal**. 2ª Ed. São Paulo: RT, 2005.

RAMÍREZ, Juan Bustos (org.) **Prevención y teoría de la pena**. Santiago: Editorial Jurídica ConoSur Ltda, 1995.

RAMIREZ, Juan J. Bustos . **Control Social y sistema de penas**. Barcelona: PPU, 1997, p.102.

RAMIREZ, Juan J. Bustos; MALARÉE, Hernán Hormanazábal. **Lecciones de Derecho Penal**. Vol. 1. Madrid: Trotta, 1997.

RAMON, Marcello Caio; FERREIRA, Barros; JÚNIOR, Gladstone Leonel Silva. Os Crimes falimentares na Legislação atual e no Projeto do Novo Código Penal: Uma análise desde a perspectiva do Direito Penal Mínimo. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, v.16, n.24 (2012). 12pp. Disponível em: <https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/article/view/756>. Acesso em 31. Mar. 2021.

RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições de direito penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

ROCHA, Fernando A. N. Galvão. **Direito Penal – Parte Geral (Curso completo)**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

RODRIGUES, Anabela Miranda. **A determinação da medida da pena privativa de liberdade, os critérios da culpa e da prevenção**. Coimbra: Ed. Coimbra, 1995.

RODRIGUES, Anabela Miranda. **A posição jurídica do recluso na execução da pena privativa de liberdade**. São Paulo: IBCCrim, 2000. p. 144 e ss.

RODRIGUES, Anabela Miranda. **Direito Penal Econômico – fundamento e sentido da aplicação das penas de prisão e da multa**. Revista do Ministério Público, nº 151: julho: setembro, 2017. P.89-113 Disponível em <http://www.cpjm.uerj.br/wp-content/uploads/2020/04/Direito-Penal-Econ%C3%B3mico-Fundamento-e-sentido-da-aplica%C3%A7%C3%A3o-das-penas-de-pris%C3%A3o-e-de-multa.pdf>. Acesso em 07 set. 2023.

RODRIGUES, Anabela Miranda. Globalização, Democracia e crime. In: VALENTE, Manuel Monteiro Guedes (coord.). **II Congresso de Processo Penal. Memórias**. Coimbra: Almedida, 2006, p.17-60.

RODRIGUES, Anabela Miranda. **Novo Olhar sobre a questão Penitenciária**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

ROSS, Edward A. **Social control: a survey of the foundations of order**. London: Macmillan, 1910.

ROXIN, Claus. **A função da pena na visão de Claus Roxin**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

ROXIN, Claus. **Culpabilidad Y prevención en Derecho Penal**. Trad. Francisco Muñoz Conde. Madri: Instituto Editorial Reus, 1981.

ROXIN, Claus. **Derecho penal – Parte general**. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Diaz. Madrid: Civitas, 2000. t. I. p. 203 e ss.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal. Parte General**. Tercera edición. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal (trads.). Madrid: Civitas, 2007.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal. Parte General: Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito.** Madri: Civitas, 1997.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal: Parte general.** Trad. Diego Manuel Luzon Peña *et. Al.* Madrid: Civitas, 1997, p.82.

ROXIN, Claus. **Determinación judicial de la pena.** Buenos Aires: Editores del Puerto, 1993.

ROXIN, Claus. **El dominio de organización como forma independiente de autoria mediata.** Trad. Gómez Navajas. In Revista Penal, ISSN 1138-9168, nº 18, Universidad Salamanca, 2006, p. 242-248. Disponível em <http://rabida.uhu.es/dspace/bitstream/handle/10272/12247/Dominio.pdf?sequence=2>. Acesso em 30 ago. 22.

ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais de direito penal.** Lisboa: Veja, 1998. p. 53.

ROXIN, Claus. **Sentido e Limites da Pena Estatal.** In: *Problemas Fundamentais de Direito Penal.* Trad. Ana Paula dos Santos e Luis Natscheradetz. Lisboa: Vega, 1998.

ROYER, Guillaume. **L'efficience en droit pénal économique. Étude de droit positif à la lumière de l'analyse économique du droit.** Paris: LGDJ, 2009, p. 35. Disponível em <https://sorbonne.pierre-kopp.com/downloads/2009%20ROYER%20L%20efficience%20en%20droit%20p%C3%A9nal%20%C3%A9conomique.pdf>. Acesso em 29 ago. 22.

SAAD-DINIZ, Eduardo. **Vitimologia Corporativa.** 1ª Ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019.

SALES, Sheila Jorge Selim de. **Princípio da efetividade no direito penal e a importância de um conceito garantista do bem jurídico penal.** Revista dos Tribunais. vol. 848. p. 416. São Paulo: Ed. RT, jun. 2006.

SAMPSON, Robert J.; GROVES, W. Byron. **Community structure and crime: testing social-disorganization theory.** American Journal of Sociology, Vol. 94, nº 04. Jan. 1989, pp. 774-802. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/2780858>. Acesso em 31 Jul. 2022.

SANTOLIM, Cesar. **Behavioral Law and Economics e a Teoria dos Contratos.** Revista Jurídica Luso-Brasileira, v. 3, p. 407, 2015.

SANTOS, Cláudia Maria Cruz. **O crime de colarinho branco, a (des)igualdade e o problema dos modelos de controlo.** In: Franco Silva, Alberto. Temas de direito penal econômico. São Paulo: Ed. RT, 2000. p. 203.

SANTOS, Cláudia Maria Cruz. **O crime de colarinho branco: da origem do conceito e sua relevância criminológica à questão da desigualdade na administração da justiça penal.** Coimbra: Coimbra Editora, 2001. 330 p., 22 cm. (Studia Iuridica, 56). ISBN 972-32-1009-6. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=8545. Acesso em: 28 ago. 2022.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **A Criminologia Radical**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: Parte Geral**. 2ª Ed. Curitiba: ICPC/Lumen Juris, 2007.

SCHÜNEMANN, Bernd. **Temas actuales y permanentes del Derecho Penal después del milenio**. Madrid: Tecnos, 2002.

SHAPIRO, Susan. **Collaring the crime, not the criminal**. American Sociological Review. vol. 55. 1990. p. 346

SHAVEL, 1993) SHAVELL, Steven. **The Optimal Structure of Law Enforcement**. Journal of Law and Economics, v. 36, 1993, p. 255-287.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 51. Disponível em <https://p303.zlibcdn.com/dtoken/6aae0a3358c023a06040929d5243c7f3/Criminologia%20%28S%C3%A9rgio%20Salom%C3%A3o%20Shecaira%20%5BShecaira%20etc.%29%20%28z-lib.org%29.pdf>. Acesso em 28 ago. 2022.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JUNIOR, Alceu. **Teoria da pena: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SICA, Ana Paula Zomer. **Prevenção Criminal: análise de políticas extra-penais** (tese de doutorado). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2008, p.54.

SIEBER, Ulrich. **Programas de ‘compliance’ en el derecho penal de la empresa. Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica**. Trad. Abanto Vásquez. In El derecho penal en la era compliance. Arroyo Zapatero, Luis; Nieto Martín, Adán (Dir.). Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, p. 63-110. Disponível em <https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2014/12/doctrina38834.pdf>. Acesso em 30 ago. 22.

SILVA SANCHEZ, Jesus Maria. **Aproximación al Derecho Penal Contemporaneo**. Barcelona: Bosch, 1992.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. **La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales**. Montevideo/Buenos Aires: B de F, 2006, pp. 178 y ss.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales**. 2ª ed. Montevideo: B. de F, 2008.

SILVA SANCHEZ, Jesús-María. **Política Criminal en la dogmática: algunas cuestiones sobre su contenido y limites.** In: ROXIN, Claus. *La evolucion de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal.* Valência: Tirant lo Blanch, 2000, p.99.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito Penal Econômico como Direito Penal de Perigo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 28.

SOLER, Sebastian. **Derecho Penal Argentino. Tomo II.** Buenos Aires: Tipografia Editora Argentina, 1992.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros. Da criminologia à política criminal. Direito Penal Econômico e o novo Direito Penal. **In Inovações no Direito Penal Econômico. Contribuições crimonológicas, político-criminais e dogmáticas.** _____. (Org.). Brasília: ESMPU, 2011, p. 109. Disponível em <http://www.cpjm.uerj.br/wp-content/uploads/2020/04/Inovac%CC%A7o%CC%83es-no-Direito-Penal-Econo%CC%82mico.pdf>. Acesso em 28 ago. 22.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. Criminologia e Delinquência Empresarial: da cultura Criminógena à Cultura do *Compliance*. In: **Revista Quaestio Iuris**, Vol. 10, nº , Rio de Janeiro, 2017, p.1031-1051. Disponível em <http://www.cpjm.uerj.br/wp-content/uploads/2020/04/Criminologia-e-delinquencia-empresarial-da-cultura-crimiin%C3%B3gena-a-cultura-do-compliance-1.pdf>. Acesso em 27 ago. 22.

SUNSTEIN, Cass R. **Introduction in Behavioral Law and Economics.** Cambridge: Cambridge University Press, 2000.

SUNSTEIN, Cass R.; JOLLS, Christine; THALER, Richard H. **A Behavioral Approach to Law and Economics.** Stanford Law Review, vol. 50, 1988, p. 1476.

SUTHERLAND, Edwin H. **Crimes de colarinho branco.** Tradução de Raoni Borges Barboza. Sociabilidades Urbanas – Revista de Antropologia e Sociologia, v.3, n.8, julho de 2019. ISSN 2526-4702.

SUTHERLAND, Edwin H. **White-collar crime (the uncut version).** New Haven: Yale University Press, 1983, p. 227. Disponível em: <https://pt.b-ok.lat/dl/5217658/4d4b76>. Acesso em 28 ago. 22.

SUTHERLAND, Edwin H.; CRESSEY, Donald R. Principles of Criminology. 11th ed. New York: General Hall, 1992, p. 3. Disponível em https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5808257/mod_resource/content/1/SUTHERLAND%2C%20Edwin%20H.%3B%20CRESSEY%2C%20Donald%20R.%20Criminology%20%281978%29-1-123.pdf. Acesso em 27 ago. 22.

SUTHERLAND, Edwin Hardin. **Whithe collar criminality.** American Sociological Review, New York, v. 5, n.1, p.7-8, fev, 1940.

SUTHERLAND, Edwin. **Is “white-collar crime” crime?** American Sociological Review. vol. 10. p. 132-139. Thousand Oaks: Sage Publications, 1945.

SUTHERLAND, Edwin. **White collar crime: the uncut version.** New Haven: Yale University Press, 1983, p. 245. Disponível em: <https://pt.b-ok.lat/book/5217658/94b374>. Acesso em 17 Jun. 2022.

TARDE, Gabriel. **Les lois de l'imitation.** Paris: Félix Alcan, 1890, p. 43. Disponível em https://monoskop.org/images/6/6d/Tarde_Gabriel_Les_lois_de_limitation.pdf. Acesso em 28 ago. 22.

TARDE, Gabriel. **The laws of imitation.** New York: Henry Holt and Co., 1903. p. 70 e ss.

TASSE, Adel El. **Teoria da pena - pena privativa de liberdade e medidas complementares: um estudo crítico à luz do Estado Democrático de Direito.** 1.ed. Curitiba: Juruá, 2003.

TAYLOR, Ian; WALTON, Paul; YOUNG, Jock. **The new criminology.** London: Routledge, 1973.

THORNBERRY, Terence. **Empirical Support for interactional theory: a review of the literature.** In: HAWKIS, J. David. *Delinquency and Crime.* Cambridge press, 1996. Disponível em: <https://books.google.com.br/books?hl=pt-BR&lr=&id=9y7YwwpBoaUC&oi=fnd&pg=PA198&dq=Empirical+support+for+interactional+theory:+a+review+of+the+literature&ots=uCAxDBKCqK&sig=-d-TG2uxY1LBERFAQZ21DsHTLo0#v=onepage&q=Empirical%20support%20for%20interactional%20theory%3A%20a%20review%20of%20the%20literature&f=false>. Acesso em 08 jun. 2022.

TIEDEMANN, Klaus. **Leciones de derecho penal económico.** Barcelona: Ppu, 1993. p. 231; HEINE, Gunther. **Sanctions in the field of corporate criminal liability.** In: eser; heine; huBer. Criminal responsibility of legal and collective entities. Freiburg: MPI, 1999. p. 249-250.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal.** 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

TORRES, Miguel Agustin. **La prevención situacional del delito y las modalidades de segregación residencial.** Âmbito Jurídico, 2005. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/la-prevencion-situacional-del-delito-y-las-modalidades-de-segregacion-residencial/> Acesso em 28 set. 2022.

VAY, Giancarlo Silkunas; SILVA, Tédney Moreira da. A escola correccionalista e o direito protetor dos criminosos. In: **Revista Liberdades** - nº 11 - setembro/dezembro de 2012 I Publicação Oficial do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/media/posts/arquivos/14/artigo03.pdf>. Acesso em 04 setembro de 22.

VIANA, Eduardo. **Sobre a estrutura do dolo**. Revista de Estudos Criminais. Porto Alegre, v. 19, n. 77, p. 61-107, 2020.

VITO, Gennaro F.; MAAHS Jeffrey A.; HOLMES, Ronald M. **Criminology: theory, research and policy**. 2.ed. United States: Jones and Bartlett Publishers, 2007.

WEBER, Max. **Economia e Sociedade: Fundamentos da sociologia compreensiva**. 1. ed. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 1999.

WHITMAN, James Q. What is wrong with inflicting shame sanctions. **Yale LJ**, v. 107, p. 1055, 1997.

WHYTE, Dave. Victims of corporate crime. In WALKLATE, Sandra. **Handbook of victims and victimology**. Cullompton: Willan, 2007, p. 56 e ss. Disponível em <https://www.taylorfrancis.com/chapters/edit/10.4324/9780203118207-27/victims-corporate-crime-dave-whyte>. Acesso em 13 ago. 22.

WOLFGANG, Marvin; FERRACUTI, Franco. **The subculture of violence**. 2. Ed. London: Routledge, 2002.

YEAGER, Peter. **Law, crime, and inequality: the Regulatory State**". HAGAN, John *et al* (org.). *Crime and inequality*. Stanford: Stanford University Press, 1995.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A Questão Criminal: a palavra dos mortos**. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Em Busca das Penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de Derecho Penal: Parte General**. 6. Ed. Buenos Aires: Ediar, 1991.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Tratado de Derecho Penal: Parte general**. Vol. V. Buenos Aires: Ediar, 1998.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; ALAGIA, Alejandro; BATISTA, Nilo; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro – II**. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; ALAGIA, Alejandro; BATISTA, Nilo; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro – II**. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; ALAGIA, Alejandro; BATISTA, Nilo; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro – II, II**. Rio de Janeiro: Revan, 2017.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro I**. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 140.

ZINI, Júlio César Faria. **Apontamentos sobre o Direito Penal Econômico e suas especificidades.** In.: Revista da Faculdade de Direito da UFMG, n. 60, Belo Horizonte, jan./jun. 2012, p. 147-207.