

O *JUS PUNIENDI* A TUTELA PENAL DA ECONOMIA THE *JUS PUNIENDI* AND THE CRIMINAL REGULATION OF ECONOMY

Cláudio Brandão¹

Resumo

A construção do conceito de Direito Penal Econômico está eivada de dificuldades, não somente pela estrutura aberta que este setor do Direito Penal requer, mas também pela falta da técnica penal na construção dos diplomas legais. Estruturalmente, essa abertura típica é limitada pela taxatividade penal, decorrente do Princípio Constitucional da Legalidade. Assim, o recurso às normas penais em branco e aos elementos normativos, que possibilitam uma alternativa aos elementos típicos de ordem objetiva, não tem o condão de interferir na matéria da proibição, que é em última análise é

o limitador do *jus puniendi* estatal nesta seara.

Palavras chave: Direito Penal Econômico. Crime. Legalidade. Taxatividade

Abstract

*The construction of the concept of Economic Criminal Law is fraught with difficulties, not only by the open structure that this sector requires from criminal law, but also by the lack of technique in the construction of penal statutes. Structurally, this openness is limited by closed clauses, arising from the Constitutional Principle of Legality. Thus, the use of "blank norms" in criminal law and to the normative elements that enable an alternative to the typical elements of objective order, do not has the power to interfere in the matter of the ban, which is ultimately the limiter is *jus puniendi* state this harvest.*

Keywords: - Economic Criminal Law. Crime. Legality. Crime definition.

1. APRESENTAÇÃO DO OBJETO DE ESTU- DO E PANORAMA DA INVESTIGAÇÃO

Não é tarefa fácil estudar a intervenção do Estado no domínio econômico, pois os conceitos que se vinculam a ele não são uniformes e não há uma explicação geral acerca do seu objeto (Gillich, 2010, p.5). A investigação acerca da história deste instituto está eivada de dificuldades, pois as

¹ Pesquisador do CIHJur – Centro de Investigação das Perspectivas de Historicidade do Direito no Estado. Professor Titular do Programa de Pós-graduação em Direito da UFPE e da Faculdade Damas da Instrução Cristã.

leis penais econômicas não possuem a sistematização encontrada, por exemplo, no Direito Penal comum e no Direito Penal Militar. Gérson Pereira dos Santos chega a afirmar que:

Em sua maioria, os textos penais, particularmente fragmentários em matéria econômica, são desconhecidos, imprestáveis e tecnicamente mancos (Santos, 1981, p.92).

Assim, estudo da historiografia jurídica deste Direito Penal Econômico, requer, uma perspectiva interdisciplinar, sobretudo porque o tema é substancialmente um tema político (Tiedemann, 1978, p.5), pois o critério de seleção do objeto de incriminação na esfera econômica é refletido num ato de poder, que traduz o exercício do *jus puniendi*.

Neste panorama, não podemos olvidar que a cealuma de normas penais em matéria econômica não é “privilégio” do ordenamento jurídico brasileiro. O penalista e jusfilósofo argentino Aftalión (1974, p.23-24), relata que o nascimento do Direito Penal Eco-

nômico, em todas as partes do mundo, caracterizou-se pelas suas deficiências técnicas. Isto se deu porque havia urgência em atribuir uma pena a situações novas, como, por exemplo, a retenção de produtos no período da falta dos mesmos, o fechamento dos mercados, situações que aumentavam a inflação. Por mais paradoxal que pareça essa tardia regulação jurídica penal econômica, está claro que as condições econômicas sempre foram a essência da estrutura do mecanismo e da vida em sociedade e, por isso, a incriminação penal destes bens jurídicos foi defendida por alguns como uma necessidade social (Fonyó & Vermes, 1974, p.67), o que para nós é algo bastante duvidoso, tanto por conta das dificuldades encontradas na tipificação dos crimes econômicos, como apresentado adiante, quanto por conta subsidiariedade inata ao próprio Direito Penal.

Isto produziu, em primeiro lugar, uma escassez doutrinária na interpretação dos diplomas legais punitivos econômicos e, em segundo lugar, produz uma aplicação

deficiente destas ditas normas, o que, aliás, pode ser facilmente contestável!

2. O CONTORNO CONCEITUAL DO DI- REITO PENAL ECONÔMICO

O Direito Penal Econômico não é autônomo em relação ao Direito Penal. Isto se dá porque todos os institutos do Direito Penal são aplicados em relação a ele. Assim, todos os conceitos penais como tipicidade, culpabilidade, antijuridicidade são aproveitados no muito referido direito penal econômico. Para efeito de exemplificação, podemos tomar a festejada obra do italiano Ennio Fortuna (1988). A parte geral da referida obra é composta somente dos conceitos tradicionais do direito penal (antijuridicidade, tipicidade, culpabilidade) e a parte especial é um comentário aos crimes econômicos.

Além dos institutos do direito penal, o direito penal

econômico se aproveita dos princípios do mesmo, como da reserva legal, do bem jurídico, entre outros. Eleonora Luna afirma que:

O direito penal econômico não é autônomo em relação ao direito penal pois obedece aos mesmos princípios deste último (Luna, 1984, p.340).

Hodiernamente, há uma inclinação doutrinária para dar autonomia ao Direito Penal Econômico, Jorge de Figueiredo Dias, assinala que:

seja qual for o sentido da evolução no futuro, a história reconhecerá por certo como uma das características mais marcantes do direito penal dos últimos vinte anos o movimento em favor da autonomização do direito penal econômico (Figueiredo Dias, 1985, p.28.).

Neste panorama, o direito penal econômico se traduz no conjunto de normas jurídicas que incriminam ações lesivas à ordem econômica do Estado, ou, mais especificamente, a política econômica que o Es-

tado se serve para intervir na economia. Registre-se que, segundo uma parte da doutrina, encabeçada por Delmas-Marty (1982, p.25), estaria fora, à luz do exposto, do direito penal econômico, o direito penal tributário (que faria parte do financeiro), porém tal crítica não prospera, pois o tributo tem uma função extrafiscal que conforma a política econômica, basta lembrar que o imposto de importação, por exemplo, tem uma alíquota variável para possibilitar a regulação do mercado por parte dos detentores do poder político. Assim, o Direito Penal Tributário também integra o Direito Penal Econômico.

3. CONSTRUINDO O CONCEITO DE CRIME ECONÔMICO

Dentre as dificuldades do direito penal econômico, a principal reside em torno da definição dos crimes econômicos. Enquanto para alguns o delito econômico abrange tudo o que estiver relacionado com a atividade financeira, abarcando assim crimes capitulados no Código Penal, co-

mo o estelionato, o roubo etc², para outros a conceituação de crime econômico só abrangeiria os fatos que atingissem as relações sociais de índole econômica.

Essa multiplicidade de posições acerca do delito econômico decorre do fato de não haver uma concordância em torno do objeto do direito econômico. Só podemos precisar o que é o direito econômico se apreciarmos qual é o conceito do direito econômico, posto que cabe ao direito penal econômico sancionar as ações que violem os bens jurídicos do direito econômico de modo tão grave, que o estado considere necessário atribuir uma pena a estas condutas.

É precisa, sobre o assunto, a lição do penalista chileno Eduardo Novoa Morreal:

(...) Com esta confusão sobre o objeto genuíno do Direito Econômico conturba-se ainda mais as idéias acerca de sua identidade e limites,

² Veja, p. ex., a concepção de Bajo Fernandes, *apud* Monreal (1982, Nota à p.91).

convertendo-o em uma espécie de traje de arlequim, no qual se juntam caprichosamente retalhos de pano, desprendidos de outros ramos tradicionais do direito, tais como: o Direito Administrativo, o Direito Comercial, o Direito Internacional Privado, o Direito Aduaneiro, o Direito Fiscal e o Direito Industrial. (...) não há possibilidade alguma de precisar o conceito de delito econômico sem que cheguemos antes a um esclarecimento dos fundamentos, alcance e objeto do direito econômico (Monreal, 1982, p. 95-96).

O que fundamenta o Direito Econômico é a intervenção estatal na vida econômica. Destarte, o direito econômico tem por objeto as normas jurídicas que disciplinam a intervenção do estado na referida vida econômica. Acorde com este entendimento temos a posição de Cabral de Moncada, que afirma:

O direito econômico terá assim por objeto as regras

jurídicas que disciplinam a intervenção do Estado na economia. (...) O direito econômico passa a ser predominantemente direito público, não só pelas finalidades que prosseguem as normas que o corporizam, mas também pelo instrumento ou meios jurídicos em que se concretizam como expressão do jus imperi do Estado. (...) O cerne do direito econômico passa a ser constituído por normas de direito público. Aquele passa a configurar-se como direito público da economia. É essa orientação que melhor isola o seu conteúdo específico (Monreal, 1982, p. 95-96).

Por sua vez, o argentino Enrique Aftalión assim se expressa sobre o direito econômico, entretanto – deve-se ressaltar – sem considerá-lo ramo autônomo da enciclopédia jurídica:

Esse Derecho aparece, ante todo, como el instrumento a que recurren los legisladores para concretar em los hechos la política de intervenci-

onismo em lo econômico-social. Es em otros términos, la expresión jurídica de esa política (Aftalion, 1959, p.21).

Com a definição do objeto de direito econômico, de logo nos excluimos do conceito de direito econômico os crimes contra o patrimônio (como o estelionato, furto etc.), porque o bem jurídico lesado com o delito econômico terá sempre referência com a política econômica, isto é terá sempre em referência os meios com que o estado se serve para intervir na economia.

O crime econômico pode ser definido, então, como toda ação agressiva a um bem jurídico protegido pelo direito penal econômico expresso em uma determinada política econômica. A finalidade do crime econômico é tutelar todo o ato lesivo a uma determinada ordem econômica, atribuindo a esta ação uma pena. Não resta dúvida, portanto, que a objetividade jurídica do delito econômico “reside na ordem econômica, ou seja, em um bem ou interesse supra-individual, que se ex-

pressa no funcionamento regular do processo econômico de produto, circulação e consumo de riqueza” (Fragoso, 1982, p.123.). Este conceito de ordem econômica é fundamental dentro do direito penal econômico, posto que antes dele a vida econômica se debruçava sobre a autonomia contratual e liberdade de comércio e indústria. Esse fato implica que todos os delitos econômicos eram resolvidos em âmbito dos crimes contra o patrimônio, visto que inexistia esse bem jurídico que transcendessem aos interesses individuais que é a ordem econômica. Por ordem econômica deve entender-se: “uma ordem legal obrigatória para a produção, circulação e distribuição de riquezas” (Santos, 1981, p.93).

Uma dificuldade adicional no crime econômico reside na identificação metodológica de seus sujeitos ativos. Os sujeitos ativos dos crimes econômicos são objeto de estudo de uma área da criminologia: os *white collar crime*, ou crimes de colarinho branco. Embora este conceito seja eivado de desvantagens e im-

precisões, em face de se definir um objeto em face do seu sujeito ativo, os estudos criminológicos muito se debruçam neles.

Os delinquentes do colarinho branco são “aqueles indivíduos que se contam entre as ‘pessoas distinguidas’, que pertencem, portanto, as ‘classes econômicas superiores’” (Kaiser, 1978, p.209). Seus delitos são lesivos ao mecanismo de produção, circulação e distribuição de riquezas, que pertence a toda coletividade, cujo conceito abrange não somente a geração presente, mas também engloba as gerações futuras. Frequentemente, utilizam-se os sujeitos ativos de pessoas jurídicas, visto que o crime “é geralmente perpetrado no quadro da gestão empresarial, da administração de capitais industriais ou financeiros, da administração, em suma, dos maiôs de produção” (Santos, 1981, p.96).

Parte da doutrina quer identificar o crime econômico, não a luz do mecanismo exposto, mas à luz do sujeito

ativo, isto é, o “criminoso do colarinho branco”. Como lucidamente criticou Boers, essa orientação fundamentalmente pessoal está eivada de desvantagens, porque os sujeitos não podem substituir o contexto estrutural de um sistema particular³.

4. PONDERAÇÕES SOBRE O OBJETO DA INVESTIGAÇÃO

O direito penal econômico tutela as estruturas relativas à produção, circulação e distribuição de riquezas. Nesta

³No original: “Die Nachteile des Begriffs White-Collar-Crime ergeben sich jedoch nicht allein aus diesen Ungenauigkeiten, sondern vor allem aus seiner grundsatzlich *personalen* Orientierung. Damit gerat das Wesentliche nicht in den Blick, namlich, dass sich Wirtschaft weniger oder nicht nur auf Personen, sondern ganz wesentlich auf den strukturellen Kontext eines *bestimmten* Systems bezieht. *Wirtschaftskriminalitat* sollte mit anderen Worten jene Strafrechtsverletzungen bezeichnen, die aus den strukturfunktionalen Ablaufen des Wirtschaftssystems heraus bedeutsam oder erklarbar warden” (Boers, 2004, p.110).

toada, o crime econômico é toda ação agressiva a um bem jurídico protegido pelo direito penal econômico e o bem jurídico protegido pelo direito penal econômico é a ordem econômica, a qual é supra-individual, expressa no funcionamento regular do dito processo econômico de produção, circulação e distribuição de riquezas.

Tendo este mecanismo estrutural como centro de gravidade, não se pode afastar os conceitos pouco objetivos e imprecisos na definição tanto dos tipos quanto dos institutos penais econômicos que ora se ligarão à antijuridicidade, ora se ligarão à culpabilidade. Isto porque a própria noção de mecanismo não é objetiva, e quando tal noção é associada ao contexto das riquezas, estará substancialmente vinculada a ela a noção do risco: com efeito, o mecanismo da riqueza supõe um acréscimo, um crescimento econômico e patrimonial, ocorre que tal acréscimo é uma contingência, que pode se verificar ou não. Por este motivo, na substância do mecanismo de produção, circulação e distribuição de ri-

quezas reside o conceito de risco.

Desta feita, é natural que o direito penal econômico – e, em particular a tipicidade vinculada ao crime econômico – esteja, em sua estrutura, jungido ao uso dos mecanismos dogmáticos que possibilitam uma abertura do tipo, no sentido de afastar o tipo de descrições puramente objetivas. Fala-se aqui, nomeadamente, dos elementos normativos do tipo e das normas penais em branco, isto porque os primeiros, são os elementos da tipicidade que se compreendem à luz de um juízo de valor, não se chegando a sua compreensão, portanto, por dados da realidade exterior; os segundos, são os elementos legais que se completam através do contido em outras normas.

Ocorre que, enquanto o direito penal econômico é o conjunto de normas jurídicas que incriminam ações lesivas à ordem econômica do Estado, ou, mais precisamente, a intervenção do Estado na economia, ele não pode ser considerado como um Direito autônomo em relação ao Direito Penal, porque, sobretu-

do, utilizar-se-á dos princípios deste, os quais possuem sede e status constitucional.

Destarte, existirá uma limitação constitucional à estrutura do Direito Penal Econômico, a saber: a abertura que os elementos objetivos e as normas penais em branco conferirão à estrutura do referido Direito Penal Econômico precisará estar em consonância com o Princípio Constitucional da Legalidade Penal, sobretudo no que se refere ao postulado da taxatividade (*nul lum crimen nulla poena sine lege certa*).

Se o uso dos referidos elementos conduzirem à impossibilidade de identificação da matéria da proibição, isto é, a impossibilidade de individualização da conduta proibida através de elementos que a circunscreva dentro de um âmbito lingüístico que permita a conduta proibida ser conhecida e identificada, a taxatividade penal estará violada.

É esta vinculação do Direito Penal Econômico ao Direito Penal que faz com que o *jus puniendi* do Estado seja

limitado, apesar do forte elemento político existente nesta seara, garantido assim, que se afirme, ao lado da tutela penal econômica o próprio Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

AFTALION, Henrique. *De-recho penal econômico*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1959.

BOERS, Klaus; THEILE, Hans; KARLICZEK, Kari-Maria. "Wirtschaft und Strafrecht Wer reguliert wen?", *Ritsumeikan Law Review*, Nº 21, Tokyo, Ritsumeikan University, 2004.

CABRAL DE MONCADA, Luis S.. *Direito Econômico*, 2ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1988.

DELMAS- MARTY, Mireille. "Introduction: definition et domaine de la criminalité d'affaires, tendances contemporaines". *Revue Internationale de Droit Penal*, Vol53, Paris, Sirey, 1982.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge. "Breves considerações sobre o

fundamento o sentido e a aplicação das penas em direito penal econômico”, *Direito Penal Econômico*, Coimbra, Centro de Estudos Judiciários, 1985.

FONYÓ, Antal; Vermes, Mikós. “L’conomie et;e droit. Aspects du droit penal”, N°1, *Revue de science criminelle et de droit pénal compare*, Paris, Dalloz, Jan-mar, 1974.

FORTUNA, Ennio. *Manuale di diritto penale dell’economia*, Padova, CEDAM, 1988.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. “Direito penal econômico e direito penal dos negócios”, *Revista de direito penal e criminologia*, N°33, Rio de Janeiro, Forense, jan-jun. 1982.

GILLICH, Olga. *Wirtschaftskriminalität - Phänomenologie und aktuelle Bekämpfungskonzepte*, Norderstedt, GRIN Verlag, 2010.

KAISER, Günter. *Criminologia – uma introducción a sus fundamentos científicos*, Madrid, Esparsa-Calpe, 1978.

LUNA, Eleonora. “O direito penal econômico e os crimes contra a propriedade industrial”. *Revista de informação legislativa*, N°82, Brasília, Senado Federal, abr-jun, 1984.

MONREAL, Eduardo Novoa. “Reflexões para a determinação e delimitação do delito econômico”, *Revista de direito penal e criminologia*, N°33, Rio de Janeiro, Forense, jan-jun. 1982.

SANTOS, Gérson Pereira. *Direito Penal Econômico*, São Paulo, Saraiva, 1981.

TIEDEMANN, Klaus. *Wirtschafts-kriminalität und Wirtschaftsstrafrecht in den USA und in der Bundersrepublik Deutschland*, Tübingen, Mohr, 1978.