

PERCURSOS HISTÓRICO-POLÍTICOS DO DIREITO PENAL ECONÔMICO



Angela dos Prazeres¹

O presente artigo tem como objetivo analisar os percursos histórico-políticos do direito penal econômico, a fim de demonstrar a relação entre os campos do direito penal e da econômica e, em especial, as razões que levaram o Estado a se valer do primeiro para intervir no segundo.

Palavras-chaves: Ordem econômica; crimes econômicos; corporações.

¹ MBA em Auditoria Integral pela Universidade Federal do Paraná. Bacharelado em Ciências Contábeis pela Universidade Tecnológica Federal do Paraná e em Direito pela FAE – Centro Universitário. Assessora de Gabinete de Desembargador Substituto. Professora Universitária. Membro da International Association For Court Administration. Organizadora da Revista da Academia Paranaense de Letras Jurídicas. Coautora de Análise jurídico-penal da tragédia de Mariana: o Caso Samarco. São Paulo: Tirant Brasil, 2022 e Anais do III Seminário Brasil-Alemanha sobre Responsabilidade Penal de Pessoas Jurídicas. São Paulo: Tirant Lo Blanch Brasil, 2019. E-mail: angela.utfpr.pb@gmail.com

HISTORICAL-POLITICAL COURSES OF ECONOMIC CRIMINAL LAW

This article aims to analyze the historical-political paths of economic criminal law, in order to demonstrate the relationship between the fields of criminal and economic law and, in particular, the reasons that led the State to use the former to intervene in the second.

Keywords: Economic order; economic crimes; corporations.

INTRODUÇÃO

O direito penal econômico tem sido nos últimos anos matéria de larga investigação e interesse. Reúnem-se congressos, proferem-se conferências, criam-se comissões de estudos para o combate à criminalidade que procuram descrever, analisar e explicar a fenomenologia do direito diante dos crimes praticados no âmbito econômico¹.

Esse processo de investigação tem apontado que questões envoltas ao direito penal econômico nem sempre trilham um caminho pacífico. A primeira surge logo no que se refere à sua designação. Falam, uns, em direito penal econômico ou da economia – *wirtschaftsstrafrecht* na Alemanha; direito que disciplina crimes contra a economia popular ou direito penal dos negócios – *droit pénal économique* – *droit pénal des affaires* na França; alguns, sobretudo na América do Norte, sob influência de Sutherland, em criminalidade de “colarinho branco” – *white-collar criminality*; preferem outros a expressão “criminalidade das corporações” – *corporate crime*. Autonomia e legitimidade desse direito também são questões que encontram divergências².

Segundo Carlos Martínez-Buján Pérez,⁶ não obstante a doutrina se utilize de expressões específicas como direito penal econômico, direito penal empresarial e outras similares, não há de se falar em um direito penal distinto, mas sim de uma mera classificação, haja vista as particularidades e a natureza do objeto que se pretende tutelar. Trata-se do enfrentamento de uma determinada classe de delitos, que apresenta certas peculiaridades que permitem a sua individualização e a sua diferenciação em face dos delitos que são tradicionalmente abarcados pelo direito penal clássico³.

Entretanto, o próprio Carlos Martínez-Buján Pérez⁴ ressalta que o entendimento do direito penal econômico, como parte especial do direito penal, não está pacificado na doutrina, uma vez que alguns autores tentam ir mais longe, defendendo uma autonomia real e científica contra o que é chamado direito penal “clássico”, “comum” ou “nuclear”.

De acordo Klaus Tiedemann,⁵ o direito penal econômico constitui um extenso e complexo ramo do direito e que uma visão geral do escopo desse ramo

pressupõe, em primeiro lugar, ter conhecimento acerca do direito econômico. Mas, não só. É necessário conhecer também questões relacionadas ao direito comercial e direito das sociedades, assim como aquelas atinentes a outros ramos do direito, por exemplo, o direito do trabalho.

Assim, o presente artigo tem como objetivo apresentar as razões histórico-políticas desse “novo” direito penal.

1 ANTIGUIDADE E IDADE MÉDIA

A fim de explicar o surgimento do direito penal econômico, Klaus Tiedemann⁶ aponta fatores históricos antecedentes. Destaca a preocupação dos Estados em prevenir abusos de poder econômico e a relação disso com o surgimento do direito penal econômico. Assim, recorre a momentos históricos distintos, nos quais os Estados empregaram em certa medida um direito penal acessório, sempre que julgaram necessária a proteção do campo econômico.

Para Tiedemann⁷, a análise da evolução histórica do direito econômico tem início nas realidades vivenciadas já na Antiguidade e na Idade Média. Nessa análise deve-se olhar especialmente para as crises e para as questões de proteção de abuso do poder econômico nos eventos normais.

Nessa toada, o autor assinala que o direito romano clássico punia condutas de especulação e acumulação, cujo objetivo era garantir o fornecimento de cereais. Punia, também, violações da proibição de exportação de aço e de armas. Ademais, que no século IV o direito penal se tornou consideravelmente forte no campo econômico e que a Idade Média trouxe um conceito global de aplicação geral da *falsum*, que trouxe para a Idade Moderna aspectos de proteção institucional, os quais são, hoje, no direito penal econômico, tipos especiais de fraude, por exemplo, falsificação de moedas⁸.

2 FINAL DO SÉCULO XVIII, SÉCULOS XIX E XX

Para Fábio André Guaragni,⁹ o direito penal econômico surgiu como uma reação ao Estado liberal-burguês presente no século XIX, sendo que dois importantes movimentos contribuíram para esse feito – Revolução Industrial e Revolução Francesa. Tais

¹ CORREIA, Eduardo. Introdução ao Direito Penal Econômico. In: Direito Penal Econômico e Europeu: textos doutrinários. [Eduardo Correia, Frederico de Lacerda da Costa Pinto, Jorge de Figueiredo Dias, José de Faria Costa, Manuel António Lopes Rocha, Manuel da Costa Andrade, Miguel Pedrosa Machado, Pedro Caeiro] Coimbra: Coimbra Editora, 1998, v. I, p. 293-294.

² CORREIA, Eduardo. Op. Cit., p. 295-296.

³ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. Derecho Penal Económico y de la empresa parte general. 2ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007, p. 71-72.

⁴ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. Op. Cit., p. 72-73.

⁵ TIEDEMANN, Klaus. Manual de Derecho Penal Económico. Parte General y Especial. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, p. 35.

⁶ TIEDEMANN, Klaus. Op. Cit., p. 61-65.

⁷ TIEDEMANN, Klaus. Manual de Derecho Penal Económico. Parte General y Especial. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, p. 61-65.

⁸ TIEDEMANN, Klaus. Op. Cit., p. 61-65.

⁹ GUARAGNI, Fábio André. As razões históricas do Direito Penal Econômico. EOS, Revista Jurídica da Faculdade de Direito, V. II, n. 1, ano 01, ISSN 1980-7430, p. 29.

movimentos deflagraram uma hegemonia da casta social burguesa quanto à acumulação de bens de capitais e, por conseguinte, na existência de um cenário "estrelado" pela profunda desigualdade social.¹⁰

A Revolução Industrial introduziu no mundo uma nova forma de economia mediante a invenção da indústria, mas não foi só isso, haja vista que esse período se pautou em doutrinas como a de Adam Smith, que pregava que o Estado deveria interferir o mínimo possível na economia.¹¹

Guaragni¹² apregoa que a Revolução Francesa deixou registros de que a implantação da igualdade concreta jamais se constitui como objetivo da burguesia. As condições de vida nas cidades eram terríveis. A violenta destruição do modo de vida tradicional dos trabalhadores, a dura disciplina implantada sob o novo sistema fabril combinada às condições deploráveis de vida nas cidades geraram muita inquietação política, econômica e social.

Ainda sobre o tema, Paulo César Busato¹³ destaca que a Revolução Francesa, a Revolução Industrial e a instauração do modelo fabril deflagraram uma fórmula geral da dominação burguesa. Que o afastamento da nobreza do centro do poder estatal a partir do movimento iluminista não culminou propriamente um vácuo, mas sim, um espaço que foi imediatamente ocupado por outra classe de domínio, a saber, o domínio econômico.

Saltando-se para século XX, Tiedemann assevera que o desenvolvimento do direito penal econômico ocorreu em paralelo com a lei econômica: as disposições do intervencionismo estatal, desenvolvidas durante a Primeira Guerra Mundial para a satisfação das necessidades vitais e que se

dirigiam contra a usura e o aumento artificial dos preços se mantiveram como técnica legislativa após o fim da guerra.¹⁴

Para melhor ilustrar a existência do direito penal econômico nesse período, o jurista alemão destaca a postura doutrinária e legislativa adotada pela Alemanha. Menciona como um importante marco, os escritos de Heymann, sobre as formas jurídicas da economia militar em tempos de guerra como fundamento para o novo direito industrial de 1921¹⁵. Reconhece como digna de nota, a codificação feita por Enno Becker, a qual culminou no Ordenamento Tributário Alemão – Del Reich – RAO de 1919¹⁶ que constitui numa sistematização de leis tributárias existentes até então. De sorte, que a transformação dos conceitos sociais e econômicos, sob a finalidade expressa de estabelecer uma economia geral levou, a Alemanha desde 1919, a adotar uma legislação socializadora no campo da mineração de potássio, de pedra e carvão marrom, e na área de eletricidade e outros ramos importantes da economia.

Vê-se aí, em linhas gerais, o nascimento do direito penal econômico moderno. Em particular, quando se analisa o regulamento de cartéis – Kartellverordnung de 1923,¹⁷ nota-se que este utilizava a divisão em penas ordenadoras e sanções penais, as quais já haviam sido introduzidas pela Lei da União Aduaneira – Vereinszollg de 1869, que foi criada para além do Ordenamento Tributário – Del Reich – RAO de 1919, no que se refere à forma típica de punição dos crimes contra a ordem econômica supervisionada e administrada pelo estado: "O Império Alemão como estado econômico"¹⁸.

Após os excessos das forças do governo e do regime nazista totalitário, a partir de 1939 com seu

¹⁰ GUARAGNI, Fábio André. Op. Cit., p. 30.

¹¹ GUARAGNI, Fábio André. Op. Cit., p. 31.

¹² GUARAGNI, Fábio André. Op. Cit., p. 31.

¹³ BUSATO, Paulo César. Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica. Curitiba: Juruá, 2013, pp. 28-29. Ainda sobre o tema: "Uma excepcional aceleração do ritmo do desenvolvimento econômico, o fenômeno da Revolução Industrial, rompe com todos os tradicionais equilíbrios sociais precedentes. Uma repentina inclinação da curva do crescimento demográfico, juntamente com a introdução das máquinas e a passagem do sistema manufatureiro para o sistema de fábrica propriamente dito, serve para assinalar contemporaneamente a idade de ouro do jovem capitalismo, acompanhado pelo período mais escuros da história do proletariado. Ingressa-se na era do liberalismo, quando o capital, agora capaz de caminhar com suas próprias pernas, proclama-se orgulhosamente seguro de si mesmo e, autossuficiente, zomba do sistema de privilégios, desigual e autoritário, que nos séculos anteriores o havia alimentado. Os acontecimentos revolucionários na França são bastante claros a esse respeito e o novo Estado napoleônico mostra-se muito mais forte, centralizador e eficiente do que o do Antigo Regime. Desde o início, o liberalismo significa que o capitalismo é livre do estado, que o estado é coisa sua e deve, portanto, prestar seus serviços a Monsieur le Capital". MELOSSI, Dario; PAVARINI Massimo. Cárcere e fábrica. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2006, p. 64-65.

¹⁴ TIEDEMANN, Klaus. Manual de Derecho Penal Económico. Parte General y Especial. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, p. 61-65.

¹⁵ BERCOVICI, Gilberto. The origins of economic law: a tribute to Washington Peluso Albino de Souza. Rev. Fac. Direito UFMG, Número Esp. em Memória do Prof. Washington Peluso, 2013, p. 256-257.

¹⁶ Ordenação Tributária do Reich Alemão (RAO) – Reichsabgabenordnung de 1919: o governo alemão de 1919, na época ainda sob a forma de império (Reich), com o objetivo de combater a evasão tributária em todas as suas formas insistia em introduzir uma cláusula geral antielisiva no seu Código Tributário. Grande briga foi travada pelo governo, quando da elaboração do código especialmente com os representantes dos industriais no parlamento, que ofereceram muita resistência. FOSSATI, Gustavo. Planejamento Tributário e Interpretação Econômica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 51-52.

¹⁷ Na Alemanha, do início do século até II Guerra Mundial, proliferaram os cartéis, sem legislação repressiva, até o ano de 1923. O Decreto de 1923, denominado "Decreto contra os abusos das posições econômicas poderosas" (Kartell verordnung), foi o marco inicial na legislação daquele país, contra os cartéis e trustes. A experiência alemã, no que se refere à obrigatoriedade do registro dos "agreements" financeiros e industriais, foi acompanhada por outros países da Europa. Por exemplo, Hungria, Iugoslávia e Tchecoslováquia. Projeto de Lei nº 4920 de 1990.

¹⁸ TIEDEMANN, Klaus. Op. Cit., p. 61-65.

poder de sanção regulamentar abrangente de administração, o legislativo empregou esforços especiais para diminuir e, finalmente, eliminar a economia de planificação então em vigente, com as suas amplas e vagas leis penais. A primeira Lei penal econômica de 1949 incluiu, junto a uma compilação do direito penal econômico vigente, em seu art. 6º, a famosa fórmula conhecida como Schmidt (em vista de seu criador Eberhard Schmidt) fórmula que consistia numa diretriz de sistemática legislativa para diferenciar crimes econômicos de infrações econômicas¹⁹.

Com o passar do tempo, surgiram novas disposições legais de relevância para o direito penal econômico, as quais levaram à constituição da Primeira Lei de combate à criminalidade econômica – 1WiKG de 1976 e a Segunda Lei de luta contra o crime econômico – 2 WiKG de 1986. Essas leis deram origem aos artigos 263a, 264, 264a, 265b, 266a, 266b, 269, 303a e 303b do Código Penal alemão, de modo que reordenaram determinadas matérias penais, tais como falência e usura, reformaram também questões atinentes a outras áreas do direito, como foi o caso do direito societário (aumento do capital inicial das sociedades de responsabilidade limitada, proibição de exercício profissional dos gerentes de sociedades em caso de falência, entre outros)²⁰.

Por fim, Tiedemann²¹ trata de questões históricas inerentes ao direito penal econômico, a partir do que chamou de análise de legislações e tendências recentes. Destarte, ressalta que as diretrizes da União Europeia têm trazido consigo novos complementos ao direito penal econômico.

Por exemplo, o art. 261 do Código penal alemão, que trata de questões relacionadas à lavagem de ativos; o art. 38 da Lei alemã sobre negociação de títulos de valores – negócios de insider e manipulação de mercado; e a Lei de combate à corrupção de 1997, que foi baseada parcialmente no Direito da União Europeia e introduziu um novo título denominado de delitos contra a concorrência no Código penal, art. 298 e ss. Além de outras novidades baseadas em medidas da União Europeia e em Convenções do Conselho Europeu, com o objetivo de harmonizar o direito penal econômico nacional alemão, e que têm sido empregadas, em primeiro lugar, no âmbito de proteção dos meios de pagamento e, em se tratando da propriedade intelectual, posteriormente, em direito

penal informático, meio ambiente e no âmbito da corrupção econômica²².

Prosseguindo-se no tempo, Andrei Zenkner Schmidt²³ ressalta que o liberalismo econômico teve sua maior expressão nos anos de 1776, após publicação da obra "The Wealth of Nations", de Adam Smith. Naquela oportunidade, insurgiu-se contra o sistema mercantilista predominante na Europa, mediante a proposta de deslocamento do epicentro da economia da vida pública para a vida privada. Ao indivíduo, naturalmente livre, deveria ser conferida a liberdade de buscar sua própria felicidade a partir de seus próprios ideais, assim a realização de seus objetivos, guiada, ainda que não intencionalmente, pela invisible hand,²⁴ produziria, reflexamente, o bem-estar da coletividade. Nesse sentido, o Estado, de seu turno ficaria reservado à tarefa de respeitar os termos dos contratos privados, prover a defesa do país, a administração da justiça e a manutenção de serviços públicos essenciais.

O papel do Estado-nação, num contexto tal de liberdade econômica, era preponderantemente negativo, ou seja, não intervir na livre escolha de práticas comerciais, que eram regidas pelas normas de direito privado e pela capacidade de autorregulação da economia. Portanto, seria impensável, falar num direito econômico sistematicamente organizado nesse modelo político, uma vez que o jus imperii estatal encontrava, no caráter absoluto das relações contratuais individuais, a sua barreira intransponível. A proposta resultava numa primazia da atividade econômica sobre as regras jurídicas. Todavia, o liberalismo econômico teve seu declínio anunciado a partir da crise econômica que assolou boa parte da Europa após a Primeira Guerra Mundial (1914-1918), assim como do Big Crash da Bolsa de Nova Iorque em 1929²⁵.

O colapso econômico sofrido pelos Estados Unidos da América, no período de 1929, foi corolário da matriz liberal, de modo que grandes empresas, as quais detinham o monopólio de determinados produtos, provocaram um abismo entre o valor de produção e o de mercado, com uma especulação desenfreada que levou à quebra da Bolsa de Valores de Nova Iorque²⁶. Observou-se, então, o quanto essa liberdade econômica se revelou danosa àqueles que economicamente figuravam como mais fracos. Como efeito desse evento, verificou-se que a orla de

¹⁹ TIEDEMANN, Klaus. Op. Cit., p. 61-65.

²⁰ TIEDEMANN, Klaus. Op. Cit., p. 61-65.

²¹ TIEDEMANN, Klaus. Op. Cit., p. 64-65.

²² TIEDEMANN, Klaus. Op. Cit., p. 64-65.

²³ SCHMIDT, Andrei Zenkner. Direito Penal Econômico. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 30.

²⁴ Invisible hand. Teoria da mão invisível. Analogia empregada por Adam Smith para explicar como, numa economia concorrencial, a busca pelo interesse individual pode resultar em melhoria do bem comum. Segundo Smith, há um mecanismo natural no mercado que

distribui socialmente, de alguma maneira, os ganhos individuais. "Cabe ao Estado garantir que as condições de liberdade econômica estejam, de fato, satisfeitas, eliminando todos os seus impedimentos legais e institucionais". SMITH, Adam. Conferências no Bicentenário de "A Riqueza das Nações". Tradução de Margarida Maria de Vasconcellos Dias e Júlio César Montenegro. Rio de Janeiro: Núcleo editorial da UERJ, 1978, p. 56.

²⁵ SCHMIDT, Andrei Zenkner. Op. Cit., p. 32.

²⁶ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Direito penal econômico como direito penal de perigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 21.

miseráveis aumentava e percebeu-se que somente o Estado interventor poderia assumir o papel de agente capaz de promover o bem comum²⁷.

O alto preço pago pela humanidade com as grandes crises econômicas que assolaram o mundo durante o século XX influenciou a delimitação teórico-conceitual de uma nova área do conhecimento econômico, destinada não mais à análise de decisões de produção e consumo dos consumidores e produtores individuais, mas sim ao estudo do desempenho da economia em seu conjunto²⁸.

Os anos que sucederam à chamada Grande Depressão foram decisivos para uma mudança de postura. O mercado demonstrou não ter aptidão para, sozinho, prover uma resposta satisfatória à miséria que se iniciava nos Estados Unidos da América (1/4 da força de trabalho americana estava desempregada) e irradiava seus efeitos para inúmeros outros países. Eclodia uma nova demanda por medidas estatais concretas, o que conduziu parte dos economistas a buscar compreender as recessões econômicas e encontrar mecanismos de prevenção de futuras crises²⁹.

No ano seguinte, 1930, o Código Penal italiano inseria título próprio a regular a ordem econômica sob a denominação "Contro Economia Pubblica, l'industria e il Commercio", que foi paulatinamente modificado diante dos excessos em sua formulação depois de finda a guerra e derrotado o fascismo³⁰.

Posteriormente, observa-se que nos anos de 1939-1945, a partir do advento da Segunda Guerra Mundial, ocorreu uma nova e profunda intervenção estatal, posto haver o conflito abarcado muitas dezenas de nações e interferido em todas as relações econômicas mundiais³¹.

A título de exemplificação, cita-se a Alemanha nazista, a qual tipificou como ilícito a conduta do cidadão alemão que retirasse bens daquele país ou os mantivesse fora do seu território³².

No ano de 1949, houve a publicação da obra intitulada White Collar Crime, fruto dos estudos de Edwin Sutherland, os quais se iniciaram em 1939. Após analisar 70 das maiores empresas dos Estados Unidos, dos ramos da manufatura, mineração e comércio,

Sutherland conclui que pessoas ricas e bem-sucedidas também cometiam crimes, mas eram liberadas em razão de um "filtro" existente no sistema de persecução penal³³.

O foco dos estudos de Sutherland eram comportamentos de empresários que causavam grandes prejuízos aos seus acionistas por meio de fraudes financeiras; aos consumidores e concorrentes a partir de roubo de segredos industriais, concorrência desleal, publicidade enganosa; e ao governo mediante a prática de fraudes fiscais e de corrupção de funcionários públicos. Daí a teoria da existência de uma criminalidade diferenciada, os chamados White collar crime. Crimes relacionados às atividades das empresas³⁴.

Em que pese a teoria de Sutherland tenha sido alvo de diversas críticas negativas à época de sua publicação, esta não passou despercebida, visto que contribuiu para que a chamada criminalidade econômica se tornasse, até hoje, um dos temas mais debatidos no âmbito das Ciências Criminais³⁵.

Na década de 1970, a literatura criminológica alemã começou a se dedicar às investigações destinadas à compreensão dos crimes econômicos, dado o surgimento de um forte movimento favorável à criminalização no âmbito econômico, o qual teve início em 1972, durante o 49º Congresso de Juristas Alemães e, oficialmente, com a criação de uma Comissão de Especialistas para a Luta contra a Delinquência Econômica. Fatores como as crescentes críticas ao sistema econômico anterior, repúdio à conduta de certas empresas, especialmente em matéria de meio ambiente, e escândalos econômicos favoreceram o desenvolvimento de tal movimento³⁶.

Além do que, influenciados pela teoria do White Collar Crime, o alemão Klaus Tiedemann e o norte-americano Mark Green realizam estudos criminológicos mediante a aplicação de questionários para cerca de 100 empresários e, ao cabo, concluíram que a pena privativa de liberdade seria a única sanção efetivamente temida pelos autores da criminalidade econômica, uma vez que pertencentes às classes mais altas da sociedade, entendiam que esse tipo de punição ensejaria uma indesejável estigmatização, bem como a perda da posição social³⁷.

²⁷ MAZLOUM, Ali. Dos crimes contra o sistema financeiro nacional: comentários à Lei 7.492/86, doutrina e jurisprudência. São Paulo: Célebre Editora, 2007, p. 16.

²⁸ SCHMIDT, Andrei Zenkner. Op. Cit., p. 45.

²⁹ SCHMIDT, Andrei Zenkner. Op. Cit., p. 45.

³⁰ BALDAN, Édson Luís. Fundamentos do direito penal econômico. Curitiba: Juruá, 2008, p. 184.

³¹ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Direito penal econômico como direito penal de perigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, loc. cit.

³² ZAFFARONI, Eugênio Raul; PIERANGELI, José Henrique. Manual de direito penal brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 289.

³³ SUTHERLAND, Edwin Hardin. El Delito de Cuello Blanco. White Collar Crime. The Uncut Version. Tradução Laura Belloqui. Bueno Aires: Euros Editora S.R.L., 2009, p. 19.

³⁴ SUTHERLAND, Edwin Hardin. Op. Cit., p. 19-33.

³⁵ FLORES, Marcelo Marcante. Op. Cit., p. 241.

³⁶ TIEDEMANN, Klaus. Poder econômico y delito: introducción al Derecho Penal Económico y de la Empresa. Barcelona: Ariel, 1985, pp. 26-27.

³⁷ VICENTE MARTINEZ, Rosário de. Las consecuencias jurídicas en el ámbito de la delincuencia económica. Actualidad Penal, n. 1, 1997, p. 106.

No ano 1977, alguns autores discutiram um Projeto de Código Penal Alemão Alternativo, visando tratar da tipificação de condutas que atentam contra a ordem econômica. Não obstante as críticas de forma majoritária pelos seguidores da escola de Frankfurt, a discussão não passou em branco, pois nos anos seguintes o legislador alemão introduziu no StGB os primeiros delitos econômicos, crimes configurados como vários tipos de perigo inspirados, em sua grande parte, pelas diretrizes estabelecidas no projeto alternativo³⁸.

Em 1980, influenciada pelo conhecimento e experiência alemã, sobretudo em relação às propostas desenvolvidas no Projeto de Código Penal Alternativo, a doutrina espanhola começou a debater de lege ferenda questões relacionadas à criminalidade econômica, debates estes que culminam na publicação do PLOCP de 1980³⁹.

Em 1995, quando da aprovação de reformas realizadas em seu Código Penal, a Espanha decidiu pela manutenção de grupos de delitos econômicos já previstos anteriormente na própria lei penal e em leis especiais, bem como, decidiu por introduzir em seu novo Codex um título próprio a regular a ordem econômica, sob a denominação de crimes socioeconômicos, elegendo, assim, novas condutas delitivas na seara econômica⁴⁰.

3 SÉCULO XXI

Em 2002, a promulgação da Lei SARBOX⁴¹ promoveu a maior reforma no mercado de capitais americano desde a introdução de sua regulamentação.

Referida lei tem como objetivo aperfeiçoar os controles financeiros das empresas e apresentar

eficiência na governança corporativa. Tratou-se de uma resposta do governo americano a uma série de escândalos ocorridos em grandes empresas dos Estados Unidos da América, como WorldCom e Enron, entre outras. Tais empresas, após ingressar no mercado de capitais, incorrem na prática de fraudes contábeis, cujas consequências incidiram sobre a economia americana e milhares de investidores, gerando uma crise de confiança em níveis inéditos desde o crack da bolsa de Nova Iorque. Representou um impacto negativo na economia americana, mediante registros de demissão em massa e perdas no mercado financeiro, bem como prejuízos irreparáveis a milhares de investidores, os quais em muitos casos perderam todo o patrimônio que conseguiram acumular após anos de trabalho⁴².

Em decorrência dos fatos mencionados, a Lei SARBOX foi promulgada com finalidade de recuperar a confiança dos investidores e evitar uma descapitalização das empresas americanas e, por conseguinte, uma crise econômica generalizada naquele país. Dividida em onze títulos, obriga as empresas a reestruturarem processos para aumentar os controles, a segurança e a transparência na condução dos negócios, na administração financeira, nas escriturações contábeis e na gestão e divulgação das informações. Além disso, previu como penalidades pelo seu descumprimento, a aplicação de multas de até USD 1.000.000 e/ou a reclusão por até 10 anos. Quando o descumprimento da lei se mostrar intencional (normalmente com finalidades fraudulentas) a multa pode ter aumento de até USD 5.000.000 e a reclusão pode chegar a 20 anos⁴³.

³⁸ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. Op. Cit., p. 77.

³⁹ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. Op. Cit., p. 77.

⁴⁰ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. Op. Cit., p. 78.

⁴¹ A Lei Sarbanes-Oxley, de 30 de junho de 2002, assinada pelo Senador Paul Sarbanes e pelo Deputado Michael Oxley, motivada por escândalos financeiros corporativos, dentre eles o da Enron, que acabou por afetar drasticamente a empresa de auditoria Arthur Andersen, visa garantir a transparência na gestão financeira das organizações, credibilidade na contabilidade, auditoria e a segurança das informações para que sejam realmente confiáveis, evitando assim fraudes, fuga de investidores, etc. Esta lei pode ser deduzida como uma Lei de Responsabilidade Fiscal Sarbanes-Oxley. Disponível em: <http://www.pwc.com.br>. Acesso em: 17 de abr. de 2024.

⁴² Enron: Fraude contábil faz Estados Unidos apertarem cerco. Disponível em: <https://valor.globo.com>. Acesso em 18 de abr. de 2024. Ainda sobre o assunto: dentre os escândalos fraudulentos cometidos pelas empresas envolvidas, destaca-se o caso da Enron. A empresa começou a atuar no mercado de commodities de gás natural a partir de 1989. Em apenas 10 anos atuando nesse mercado, já detinha 25% do mercado de commodities de energia, com mais de

USD 100 bilhões em ativos. Em 2000, apenas um ano antes de deflagrado o escândalo das fraudes cometidas, suas ações indicavam um crescimento de 1.700% desde sua primeira oferta, com um índice P/L de aproximadamente USD 70, tendo atingido o seu pico ao preço de USD 90 por ação, porém algumas semanas após o início das investigações (10.12.2001), esta mesma ação estava quotada a USD 0,81. Nota-se aqui, que as perdas dos investidores foi praticamente 100% do capital investido (99,1%). Verificou-se, ainda, que empregados da empresa perderam cerca de USD 1,2 bilhões em fundos de aposentadoria. E aqueles já aposentados perderam cerca de USD 2,0 bilhões em fundos de pensão. Percebeu-se que os crimes cometidos pela Enron implicaram além de outras nuances, em um cenário onde milhares de pessoas ficaram desempregadas e sem qualquer patrimônio, passando a viver a margem da sociedade, de modo que foram estas as principais vítimas deste tipo de criminalidade. FRAGOSO, Rodrigo. Caso em Análise ENRON CORPORATION. Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2008, p. 58.

⁴³ Fraudes contábeis e internas. Introdução à Lei Sarbanes-Oxley. Disponível em <http://www.fraud.es.org>. Acesso em: 18 abr. 2024.

No Brasil, a ordem econômica e financeira foi reconhecida como matéria constitucional, a partir da promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988⁴⁴. E a partir da década de 90 se assistiu a uma sistemática promulgação de leis, as quais criaram os chamados "crimes econômicos" ou "crimes empresariais"⁴⁵.

4 FENÔMENO DA EXPANSÃO DO DIREITO PENAL – SILVA SANCHEZ

Para Carlos Martínez-Buján Pérez⁴⁶, o direito penal econômico surgiu a partir do fenômeno da expansão do direito penal, o qual promoveu a criação de novos delitos, em especial no âmbito econômico. Daí que o catedrático se utiliza do trabalho publicado por Jesús-María Silva Sanchez, qual seja, *La expansión del Derecho penal: aspectos de la política criminal em las sociedades postindustriales*.

Destarte, é de se trazer à baila os elementos centrais da referida obra.

Silva Sanchez⁴⁷ aponta como causas da expansão do direito penal: (1) o surgimento de novos interesses; (2) a efetiva aparição de novos riscos; (3) a institucionalização da insegurança; (4) a sensação social de insegurança; (5) a configuração de uma sociedade de sujeitos passivos; (6) a identificação de uma maioria social como vítima de delitos; (6) o descrédito das outras instâncias de proteção normativa.

1. Quanto ao surgimento de novos interesses, o direito penal é um instrumento qualificado de proteção de bens jurídicos particularmente importantes. Sendo assim, resta provável que a expansão do direito penal obedece, pelo menos em parte, ao aparecimento de novos bens jurídicos, os quais podem ser constituídos a partir de novos

interesses ou de novas valorações de interesses preexistentes⁴⁸.

Ao analisar as causas que podem levar à existência de novos bens jurídico-penais, Silva Sanchez⁴⁹ ressalta que estas são, seguramente, distintas. Por um lado, tais causas podem ser consideradas conformação ou generalização das novas realidades, que antes não existiam, ao menos, não com o mesmo efeito valorativo. Exemplo as instituições econômicas de crédito ou investimento. Por outro lado, pode-se aludir à deterioração das realidades tradicionalmente abundantes e que hodiernamente começam a se manifestar como bens escassos. Desse modo, passa-se a atribuir a tais bens, um valor não atribuído anteriormente, ao menos, não de forma expressa. Exemplo o meio ambiente. E, em terceiro lugar, há de se contemplar o aumento essencial de valores que surgem como resultado de mudanças sociais e culturais, certas realidades que sempre existiram, porém, sem denotar grande notoriedade. Exemplo o patrimônio histórico e artístico.

2. No que se refere à efetiva aparição de novos riscos, Silva Sánchez⁵⁰ argumenta que em razão da enorme difusão do trabalho de Ulrich Beck, se tornou comum caracterizar o modelo social pós-industrial, presente até os dias de hoje, como sociedade de risco (*Risikogesellschaft*).

A sociedade moderna aparece caracterizada, basicamente, por um quadro econômico que rapidamente se altera e pelo surgimento de extraordinários avanços tecnológicos. Essas características têm demonstrado grande capacidade de promover impactos diretos no aumento do bem-estar individual e proporcionar o dinamismo dos fenômenos econômicos. Entretanto, não se deve ignorar as suas consequências negativas⁵¹.

⁴⁴ Art. 170: a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego; IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 18 abr. 2024.

⁴⁵ SAAVEDRA, Giovani Agostini. Compliance e prevenção à lavagem de dinheiro: sobre os reflexos da Lei nº 12.683/2012 no mercado de seguros. *Revista de Estudos Criminais*, nº 54, p. 167. Ademais, veja-se a Lei nº 8137, de 1990. Esta disciplina delitos contra a ordem econômica, contra as relações de consumo e contra a ordem

tributária. Bens jurídicos tutelados são livre concorrência e livre iniciativa, Interesses econômicos ou sociais do consumidor e erário público. Proteção da política socioeconômica do Estado. Justificativa para elaboração e promulgação diz respeito à necessidade de disciplinar delitos contra a ordem econômica; delitos contra as relações de consumo; delitos contra a ordem tributária; delitos de lavagem ou ocultação de bens. Lei nº 8078 de 1990. Disciplina delitos contra as relações de consumo. Bem jurídico protegido são as Relações de consumo. Lei nº 8176 de 1991. Disciplina Delitos contra a ordem econômica. Bem jurídico protegido são as fontes energéticas. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 18 de abr. de 2024.

⁴⁶ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. Op. Cit., p. 73.

⁴⁷ SILVA SANCHEZ, Jesús-María. *La expansión del Derecho penal aspectos de la política criminal em las sociedades postindustriales*. Madrid: Civitas Ediciones, S. L., 2001, p. 26-61.

⁴⁸ SILVA SANCHEZ, Jesús-María. Op. Cit., p. 25.

⁴⁹ SILVA SANCHEZ, Jesús-María. Op. Cit., p. 26.

⁵⁰ SILVA SANCHEZ, Jesús-María. Op. Cit., p. 27.

⁵¹ BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*. Barcelona: Paidós Ibérica, 1998, p. 96.

Dentre as possíveis consequências, destaca-se que a configuração do risco de procedência humana, como fenômeno social estrutural. Isto, pelo fato de que grande parte das ameaças a que os cidadãos estão expostos, são provenientes precisamente de decisões que outros cidadãos adotam em termos de gestão

Dos avanços tecnológicos, tratam-se dos riscos diretos para certa parcela dos cidadãos (como consumidores,

usuários, beneficiários de serviços públicos, etc.), que derivam de aplicações tecnológicas no desenvolvimento da indústria, da biologia, da genética, da energia nuclear, da computação, das comunicações e assim por diante⁵².

3. Sobre a institucionalização da insegurança, o autor espanhol destaca que a sociedade pós-industrial transcendeu a sociedade de risco de tecnologia; tornou-se uma sociedade com outros personagens individualizados, que convergem em sua caracterização como uma sociedade de insegurança objetiva. Isto equivale dizer que circunstâncias como o uso de meios tecnológicos, a comercialização de produtos ou a utilização de substâncias cujos possíveis efeitos prejudiciais não são conhecidos com segurança e, em qualquer caso, se manifestarão anos após a realização da conduta, introduzem um importante fator de incerteza na vida social⁵³.

Tais afirmações são claramente percebidas na leitura de Beck⁵⁴ quando este assevera que, em todos os países ricos e industriais do ocidente se consolidou o desenvolvimento do Estado de Bem-Estar Social após a Segunda Guerra Mundial, um avanço da individualização na sociedade, cujos efeitos mostraram ser dinâmicos e de uma abrangência desconhecida até então.

Os indivíduos foram desprendidos de suas condições de classe e da proteção familiar e foram fortemente expostos aos seus próprios destinos individuais, com todos seus riscos, chances e contradições. A individualização passou a caminhar concomitantemente com a tendência da institucionalização e padronização de condições de vida. Os indivíduos agora, livres, passam a ser dependentes do mercado de trabalho e, com isso, dependentes da formação, qualificação, do abastecimento para o consumo, das regras sócio-jurídicas, do planejamento viário, da oferta de bens de consumo, das possibilidades e tendências na ciência. Em síntese, a libertação de classe e estamento convergiram para novas dependências, que foram institucionalizadas e padronizadas. Significaram o

reconhecimento de inseguranças, incertezas e consequências inesperadas de decisões individuais e institucionais⁵⁵.

4. A respeito do sentimento social de insegurança, para Silva Sánchez⁵⁶ mais importante do que os aspectos objetivos, certamente é a dimensão subjetiva do modelo de configurações sociais. Deste ponto de vista, a sociedade melhor pode ser definida como a sociedade que tem a insegurança sentida (ou sociedade do medo). De fato, uma das características mais importantes das sociedades da era pós-industrial é o sentimento geral de insegurança.

Aqui o raciocínio utilizado também pode ser encontrado nas teses defendidas por Beck.

A expressão sociedade de risco foi cunhada pelo sociólogo alemão, em 1986, após o acidente nuclear de Chernobyl, na Ucrânia, para designar tempos vividos nas chamadas sociedades modernas, a partir da constatação de que os perigos enfrentados pela humanidade são resultado dos efeitos colaterais da própria ação humana, o que acaba por gerar uma imprevisibilidade quanto às consequências das medidas adotadas⁵⁷.

A partir disso, o sociólogo alemão passou a defender que a produção social de riqueza na modernidade avançada vem acompanhada pela produção social de riscos. Assim, os problemas e conflitos de repartição social de carências, são substituídos por problemas e conflitos que surgem da produção, definição e repartição dos riscos produzidos de maneira tecnocientífica⁵⁸.

Segundo Beck⁵⁹, a sociedade de risco é um sistema axiológico de sociedade insegura. Seu objetivo é que todos devem ser protegidos e sua força motriz, pode ser resumida ou expressa em uma frase: Tenho medo! Esse tipo de sociedade marca uma época em que a solidariedade surge por medo e se converte em uma força política.

5. Em se tratando da configuração de uma sociedade de sujeitos passivos, Silva Sánchez⁶⁰ assevera que o Estado de bem-estar social se configura cada vez mais como uma sociedade de sujeitos passivos, no sentido mais amplo do termo. Pensionistas, desempregados, destinatários de prestações públicas educativas, sanitárias, etc.; pessoas ou entidades subvencionadas se convertem em cidadãos, eleitores por excelência.

Mais uma vez, percebem-se as influências de Ulrich Beck⁶¹, uma vez que segundo ele, boa parte dos riscos são distribuídos de uma forma específica para certas camadas ou classes. A história de partilha de riscos mostra que eles seguem, como a riqueza, o

⁵² BECK, Ulrich. Op. Cit., p. 96.

⁵³ SILVA SANCHEZ, Jesús-María. Op. Cit., p. 33.

⁵⁴ BECK, Ulrich. Op. Cit., p. 96.

⁵⁵ BECK, Ulrich. Op. Cit., p. 98-99.

⁵⁶ SILVA SANCHEZ, Jesús-María. Op. Cit., p. 33.

⁵⁷ BECK, Ulrich. Op. Cit., p. 11-14.

⁵⁸ BECK, Ulrich. Op. Cit., p. 25.

⁵⁹ BECK, Ulrich. Op. Cit., p. 55-56.

⁶⁰ SILVA SANCHEZ, Jesús-María. Op. Cit., p. 42.

⁶¹ BECK, Ulrich. Op. Cit., p. 55-56.

esquema de classe, mas em sentido inverso, enquanto o acúmulo de riquezas é para cima, ou seja, para aqueles que já detêm capital, os riscos se acumulam para abaixo, em direção àqueles que são menos favorecidos economicamente. Portanto, os riscos parecem fortalecer ao invés de suprimir sociedades baseadas em classes. Frente a isso, os ricos podem comprar segurança e liberdade de riscos.

Não bastasse o acúmulo de riscos voltado para as classes menos favorecidas, as questões relacionadas à possibilidade e capacidade de se enfrentar, evitar ou ainda compensar tais riscos, também parecem estar distribuídas de maneira desigual. Aqueles que dispõem de recursos financeiros podem adotar práticas mais eficazes de combate aos riscos, enquanto que aqueles que não estão insertos nessa realidade, se tornam passivos aos riscos e aos seus efeitos⁶².

6. Em relação identificação de uma maioria social como vítima de delitos, Silva Sánchez⁶³ entende que a expansão do direito penal se pautou nos aspectos já comentados, de modo que passou a responder a um fenômeno generalizado de identificação social com a vítima (sujeito passivo) do delito e depois com o autor (sujeito ativo). Esse fenômeno foi favorecido pela conjuntura analisada anteriormente, ou seja, a configuração de uma sociedade composta em sua maioria por classes passivas, pensionistas, consumidores, etc. Este marco passou a produzir uma progressiva concepção de um direito penal subjetivo, a qual adverte que o jus puniendi do Estado contra o desvalido delinquente se passa por uma interpretação como "a espada da sociedade contra a delinquência dos poderosos". Isso provocou, por conseguinte, uma transformação também no âmbito do direito objetivo.

7. No que diz respeito ao descrédito das outras instâncias de proteção, Silva Sánchez⁶⁴ compreende que as causas, então citadas, não teriam condições de explicar cabalmente o porquê do aumento de demanda de proteção por parte da sociedade que se dirige precisamente ao direito penal. Isso somente se justifica em face do descrédito das outras instâncias de proteção – a ética social, o direito civil e o direito administrativo.

CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, extraem-se as seguintes conclusões:

1. Em todo o percurso histórico-político do direito penal econômico há um ponto de uniformidade, o qual seja, a necessidade de intervenção estatal na ordem econômica. Grupos economicamente

dominantes tendem a se sentirem livres para adotar condutas de seu

interesse, ainda que estas possam ser prejudiciais à coletividade.

2. Diante da problemática que envolve a necessidade de intervenção estatal na esfera econômica e, por conseguinte, na necessidade de controle de determinados fluxos econômicos, a aplicação coercitiva por meio da norma penal, diante do que se denominou de direito penal econômico, se apresenta como uma solução razoável, porquanto a legitimidade de tal direito advém do fato de que a ordem econômica, enquanto condição essencial ao desenvolvimento do indivíduo, tem conformação de direito fundamental, alçada ao status de bem jurídico de dimensão constitucional.

3. A ordem econômica, uma vez erigida a programa constitucional, legitima o poder estatal a regulá-la.

REFERÊNCIAS

- BALDAN, Édson Luís. Fundamentos do direito penal econômico. Curitiba: Juruá, 2008.
- BECK, Ulrich. La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad. Barcelona: Paidós Ibérica, 1998.
- BERCOVICI, Gilberto. The origins of economic law: a tribute to Washington Peluso Albino de Souza. Rev. Fac. Direito UFMG, Número Esp. em Memória do Prof. Washington Peluso, 2013.
- BUSATO, Paulo César. Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica. Curitiba: Juruá, 2013.
- CORREIA, Eduardo. Introdução ao Direito Penal Económico. In: Direito Penal Económico e Europeu: textos doutrinários. [Eduardo Correia, Frederico de Lacerda da Costa Pinto, Jorge de Figueiredo Dias, José de Faria Costa, Manuel António Lopes Rocha, Manuel da Costa Andrade, Miguel Pedrosa Machado, Pedro Caeiro] Coimbra: Coimbra Editora, 1998, v. I.
- Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br>.
- Enron: Fraude contábil faz Estados Unidos apertarem cerco. Disponível em: <https://valor.globo.com>.
- FRAGOSO, Rodrigo. Caso em Análise ENRON CORPORATION. Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2008.
- FOSSATI, Gustavo. Planejamento Tributário e Interpretação Econômica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- GUARAGNI, Fábio André. As razões históricas do Direito Penal Económico. EOS, Revista Jurídica da Faculdade de Direito, ISSN 1980-7430.

⁶² BECK, Ulrich. Op. Cit., p. 55-56.

⁶³ SILVA SANCHEZ, Jesús-María. Op. Cit., p. 52-53.

⁶⁴ SILVA SANCHEZ, Jesús-María. Op. Cit., p. 61.

Lei nº 8137, de 1990. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br>.

Lei Sarbanes-Oxley, de 2002. Disponível em: <http://www.pwc.com.br>.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. Derecho Penal Económico y de la empresa parte general. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007.

MAZLOUM, Ali. Dos crimes contra o sistema financeiro nacional: comentários à Lei 7.492/86, doutrina e jurisprudência. São Paulo: Célebre Editora, 2007.

MELOSSI, Dario; PAVARINI Massimo. Cárcere e fábrica. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2006.

SAAVEDRA, Giovani Agostini. Compliance e prevenção à lavagem de dinheiro: sobre os reflexos da Lei nº 12.683/2012 no mercado de seguros. Revista de Estudos Criminais, nº 54.

SILVA SANCHEZ, Jesús-María. La expansión del Derecho penal aspectos de la política criminal em las sociedades postindustriales. 2. ed. Madrid: Civitas Ediciones, S. L., 2001.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Direito penal econômico como direito penal de perigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

SCHMIDT, Andrei Zenkner. Direito Penal Econômico. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SMITH, Adam. Conferências no Bicentenário de "A Riqueza das Nações". Tradução de Margarida Maria de Vasconcellos Dias e Júlio César Montenegro. Rio de Janeiro: Núcleo editorial da UERJ, 1978.

SUTHERLAND, Edwin Hardin. El Delito de Cuello Blanco. White Collar Crime. The Uncut Verson. Tradução Laura Belloqui. Bueno Aires: Euros Editora S.R.L., 2009.

TIEDEMANN, Klaus. Manual de Derecho Penal Económico. Parte General y Especial. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.

TIEDEMANN, Klaus. Poder econômico y delito: introducción al Derecho Penal Económico y de la Empresa. Barcelona: Ariel, 1985.

VICENTE MARTINEZ, Rosário de. Las consecuencias jurídicas en el ámbito de la delincuencia económica. Actualidad Penal, n. 1, 1997.

ZAFFARONI, Eugênio Raul; PIERANGELI, José Henrique. Manual de direito penal brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.