

**INSTITUTO DE CRIMINOLOGIA E POLÍTICA CRIMINAL  
UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ**

**O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE NO DIREITO PENAL ECONÔMICO**

**CURITIBA**

**2008**

**CRISTINA KRUSSEWSKI**

**O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE NO DIREITO PENAL ECONÔMICO**

**Monografia apresentada como requisito parcial  
à obtenção do título de Especialista no Curso  
de Direito Penal e Criminologia promovido pelo  
Instituto de Criminologia e Política Criminal e  
pela Universidade Federal do Paraná.**

**Orientador: Prof. Dr. Juarez Cirino dos Santos.**

**CURITIBA**

**2008**

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>1</b>
<b>CAPÍTULO 1. VIAS DE SUPERAÇÃO DO PARADIGMA PENAL ANUAL</b> .....	<b>5</b>
1.1. A RESTRIÇÃO DA FUNÇÃO PENAL À TUTELA DE DIREITOS INDIVIDUAIS.....	5
1.2. FUNCIONALIZAÇÃO EXTREMA DA TUTELA PENAL.....	8
1.3. EXPANSÃO DO DIREITO PENAL .....	9
A-) DIREITO PENAL DE DUAS VELOCIDADES .....	9
B-) O DIREITO DE MERA ORDENAÇÃO SOCIAL .....	11
C-) DIREITO PENAL SECUNDÁRIO .....	11
<b>CAPÍTULO 2. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE</b> .....	<b>14</b>
2.1 HISTÓRICO .....	14
2.2 NATUREZA JURÍDICA .....	17
2.3 FORMULAÇÕES TEÓRICAS .....	23
<b>CAPÍTULO 3. DIREITO PENAL ECONÔMICO</b> .....	<b>32</b>
3.1 ORIGEM.....	32
3.2 AUTONOMIA.....	35
3.3 NOMENCLATURA E CONCEITO .....	37
3.4 CRIMINALIDADE ECONÔMICA .....	41
3.5 BEM JURÍDICO E PREVENÇÃO PENAL .....	43
<b>CAPÍTULO 4. DIREITO PENAL ECONÔMICO E SUAS IMPLICAÇÕES NO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE ILUMINISTA</b> .....	<b>47</b>
<b>CONCLUSÃO</b> .....	<b>57</b>

## INTRODUÇÃO

De acordo com Winfried Hassemer observa-se hoje no Direito Penal um fenômeno batizado por Horkheimer e Adorno como a “dialética da ilustração”<sup>1</sup> que pode ser concebida como a “dialética da modernidade”. Tal fenômeno expressa um Direito Penal moderno que se desenvolveu até um ponto em que se tornou contraproducente, anacrônico.<sup>2</sup>

O direito penal clássico tem tradição na filosofia política do Iluminismo, pois fora desenvolvido pela morte do Direito Natural e no seio das Teorias Contratualistas<sup>3</sup> baseadas na obra de Rousseau. Esse direito possui um centro ideal, ao qual pertencem as tradições democráticas da determinação e da subsidiariedade do Direito Penal. No clássico, o crime de dano é a forma normal de comportamento delitivo, enquanto que o moderno âmbito desta ciência afasta-se do referido centro ideal numa velocidade crescente, levando o direito penal a problemas específicos, como, por exemplo, algumas implicações no princípio da legalidade que serão abordadas no presente trabalho.<sup>4</sup>

Três importantes conseqüências e limites estabelecidos para o direito penal apareceram nesta tradição iluminista, quais sejam:

“1) Somente pode valer como ato punível a lesão às liberdades asseguradas pelo contrato social. O bem jurídico conserva um lugar sistemático como critério negativo de criminalização legítima: sem uma lesão palpável a um bem jurídico, não há ato punível.

2) Os limites da renúncia à liberdade contratual devem ser compostos de modo absoluto. As revisões posteriores destes limites à intervenção social ou executiva nos pactos sociais devem ser renunciadas sob todas as circunstâncias. Inclusive os limites da renúncia recíproca à liberdade não podem depender da força da interpretação de um terceiro, nem do Judiciário e nem do Executivo. Com isso alimenta-se a tradição do positivismo legalista,

---

<sup>1</sup> Para saber mais sobre a dialética da ilustração, mais conhecida por dialética do esclarecimento, ver as obras: (1) ADORNO, Theodor; HORKHEIMER, Max. **Dialética do Esclarecimento**. Rio de Janeiro: Zahar, 2006 e (2) NOBRE, Marcos. **A teoria crítica**. Rio de Janeiro: Zahar, 2004, p. 48 a 52.

<sup>2</sup> HASSEMER, Winfried. Características e crises do moderno direito penal. **Revista de Estudos Criminais**, [S.l.], ano 2, n. 8, 2003. p. 54.

<sup>3</sup> Segundo as Teorias Contratualistas baseadas no pensamento de Jean-Jacques Rousseau de que o Estado é criado pelos homens por meio de um contrato social para que ele seja um instrumento de garantia dos direitos inatos. ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social: ou princípios do direito político**. Tradução de Pietro Nassetti. Coleção a obra-prima de cada autor. São Paulo: Martin Claret. 2000.

<sup>4</sup> HASSEMER, Winfried. Características e crises do moderno direito penal. **Revista de Estudos Criminais**, ano 2, n. 8, 2003. p. 55.

declaram-se, contemporaneamente, proibições às interpretações e aos comentários; e a exigência de determinação do Direito Penal adquire seu sentido pleno.

3) O Estado é uma instituição derivada dos direitos dos cidadãos e deve fundamentar-se e limitar o seu poder pelos direitos dos cidadãos. O contrato social não comporta nenhum poder originário e usurpador. Por isso, o poder do Estado, particularmente no Direito Penal - onde se mostra de modo particularmente nítido - deve se vincular e se conceber, em princípio, pelos direitos do indivíduo: eles o postergam, A partir daí declaram-se. Por exemplo, princípios jurídico-penais como o *in dúbio pro reo*, o direito ao recurso, à defesa, ao silêncio, princípios como o da subsidiariedade ou da proporcionalidade.

Pela concepção clássica, o Direito Penal é, na verdade, um meio violento, mas é ao mesmo tempo um instrumento da liberdade civil. É, por isso, irrenunciável para o convívio dos homens, e deve, sem dúvida, ser colocado na corrente, pois não pode se tornar independente. Não é nenhum passaporte, mas apenas o último meio (*ultima ratio*) de solução dos problemas sociais.”<sup>5</sup>

Já o direito penal atual tem atuação e pensamento jurídico-penal dirigidos a concepções metafísicas, uma metodologia empírica e orientação pelas conseqüências. Favorece idéias teórico-preventivas e retributivas, bem como tenta vincular o legislador penal tornando suas decisões controláveis por princípios, como por exemplo, o da proteção do bem jurídico e o da legalidade.<sup>6</sup>

Tendo em vista isso tudo, constata-se um paradigma com raízes no pensamento filosófico ocidental moderno, a partir do século XVII. Tais raízes podem ser vislumbradas no racionalismo cartesiano e no individualismo liberal, sendo que, por outro vértice, no âmbito jurídico-penal, deve ser reivindicada a filiação deste paradigma a muitas das teses pertencentes ao Movimento do Iluminismo Penal, em particular, às da função *exclusivamente protetiva* do direito penal.

As três principais teses que consubstanciam essencialmente o paradigma penal da transição do século, segundo o português Jorge de Figueiredo Dias<sup>7</sup>, são:

“1ª tese (“A aplicação de penas e de medidas de segurança visa a protecção de bens jurídicos e a reintegração do agente na sociedade”) – Na inter-relação das três disciplinas que formam a “ciência conjunta do direito penal” – correspondente a um entendimento renovado da *gesamte Dtrafrechtswissenschaft* de que há um século falou v. Liszt – o primeiro e indisputável lugar deve ser concedido à política criminal. Por duas razões principais: porque é à política criminal que pertence hoje definir o *se* e o *como* da punibilidade, isto é, nesta acepção, os seus *limites*; e porque (de algum modo, conseqüentemente) os conceitos básicos da doutrina do *facto punível*, muito para além de serem “penetrados” ou “influenciados” por considerações

<sup>5</sup> HASSEMER, Winfried. Características e crises do moderno direito penal. **Revista de Estudos Criminais**, ano 2, n. 8, 2003. p. 57.

<sup>6</sup> HASSEMER, Winfried. Características e crises do moderno direito penal. **Revista de Estudos Criminais**, ano 2, n. 8, 2003. p. 55.

<sup>7</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. **Temas básicos da doutrina penal**. Portugal: Coimbra editora, 2001. p. 155/157.

político-criminais, devem pura e simplesmente ser *determinados* e *cunhados* a partir de proposições político-criminais e da função que por estas lhes é assinalada no sistema.

2ª tese (“Em caso algum a pena pode ultrapassar a medida da culpa”) – Função do direito penal é, *exclusivamente*, a *protecção subsidiária de bens jurídicos*. Devendo sublinhar-se que não se trata da tutela de *quaisquer* bens jurídicos, mas só de bens jurídico-*penais*, entendendo por tais os bens jurídicos fundamentais à vida comunitária e ao livre desenvolvimento da pessoa e que, por isso mesmo, hão-de encontrar refracção no texto e na intencionalidade da Constituição, em matéria de direitos individuais, seja de direitos sociais, seja de organização política e económica.

3ª tese (“A medida de segurança só pode ser aplicada se for proporcionada à gravidade do ilícito e à periculosidade do agente”) – A aplicação de pena e medidas de segurança é comandada *exclusivamente* por finalidades de prevenção, nomeadamente da *prevenção geral positiva ou de integração* e da *prevenção especial positiva ou de socialização*; a culpa segundo a função que lhe é político-criminalmente determinada, constitui somente condição necessária de aplicação de pena e limite inultrapassável da sua medida. Dentro do limite máximo permitido pela culpa, a pena deve ser determinada no interior de uma “*moldura de prevenção geral positiva*”, cujo limite superior é oferecido pelo ponto óptimo de tutela dos bens jurídicos e cujo limite inferior é constituído pelas exigências mínimas de defesa do ordenamento jurídico; dentro desta moldura de prevenção geral positiva a medida da pena será encontrada em função de exigências de prevenção especial, *máxime*, de socialização.”

Este novo paradigma, composto pelas supra-referidas teses político-criminais, trazidas pelo referido autor português, traz os seguintes questionamentos<sup>8</sup>:

“Estará ele (novo paradigma) destinado a acompanhar-nos no novo século e no novo milénio? Ou haverá já no horizonte sinais da necessidade de uma nova revolutio nas concepções básicas, nomeadamente no que toca ao modo de produção da legislação penal, à função deste ramo de direito no sistema social e às finalidades a assinalar à aplicação dos seus instrumentos naturais, as penas e as medidas de segurança? E conseqüentemente, sinais de uma “nova” política criminal e de uma “nova dogmática jurídico-penal?”

Tais questionamentos levam os estudiosos ao que o sociólogo Ulrich Beck<sup>9</sup> chama de “sociedade de risco” que leva o direito penal a problemas novos e que considera como incontornáveis<sup>10</sup>. Aponta o sociólogo uma mudança radical naquela sociedade industrial, protegida por um direito penal liberal e antropocêntrico, em que os riscos para a existência, individual ou comunitária, advinham apenas de fatos naturais - contra os quais nada se podia fazer - ou de ações humanas próximas e definidas que

<sup>8</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. **Temas básicos da doutrina penal**. Portugal: Coimbra editora, 2001. p. 157.

<sup>9</sup> BECK, 1986 apud DIAS, Jorge de Figueiredo. **Temas básicos da doutrina penal**. Portugal: Coimbra editora, 2001. p. 158.

<sup>10</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. **Temas básicos da doutrina penal**. Portugal: Coimbra editora, 2001. p. 158.

podiam ser contidas pela tutela penal dos bens jurídicos clássicos como a vida, o corpo, a saúde, o patrimônio, a propriedade, por outra sociedade excessivamente tecnológica, massificada e global, onde a ação humana é muitas vezes anônima, podendo causar riscos globais, com capacidade de ocorrerem num *tempo* e *lugar* amplamente *distanciados*<sup>11</sup> da ação que lhes deu causa, podendo ter como conseqüência, inclusive, a extinção da vida.<sup>12</sup>

Posto isso, questiona Figueiredo Dias<sup>13</sup>:

“Como pode continuar a manter-se a idéia – que todavia, uma vez mais, parece implantada mesmo no cerne do princípio da culpa – de que o delito doloso de acção constitui a forma “normal” e paradigmática de aparecimento do crime, quando a contenção dos grandes riscos exige, pelo contrário, uma criminalização expansiva dos delitos de negligência e de omissão? Como poderão finalmente – para não alargar em demasia o rol das dificuldades – manterem-se os princípios que presidem à definição da autoria singular, quando, como ficou para trás assinalado, existirá as mais das vezes uma radical distância temporal e espacial entre a acção e o resultado (trate-se de resultado de dano ou de resultado de perigo) em que se consubstanciam e se exprimem os grandes riscos?”

E assim sendo, com relação ao paradigma penal atual, Figueiredo Dias aponta algumas vias de superação do paradigma penal atual e suas respectivas críticas e que serão apresentadas no próximo capítulo.

---

<sup>11</sup> Conferir, a este respeito, o artigo de: GAUER, Ruth M. Chittó. Conhecimento e aceleração : mito, verdade e tempo in FACULDADE DE LETRAS DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA. **Separata da revista de história das idéias**. Coimbra, v. 23, p. 85-96, 2002.

<sup>12</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. **Temas básicos da doutrina penal**. Coimbra: Coimbra editora, 2001. p. 158.

<sup>13</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. **Temas básicos da doutrina penal**. Coimbra: Coimbra editora, 2001. p. 160/161.

## Capítulo 1. VIAS DE SUPERAÇÃO DO PARADIGMA PENAL ANUAL

Jorge de Figueiredo Dias é o marco teórico utilizado para apresentar as vias de superação do paradigma penal atual e suas respectivas críticas.

### 1.1. A RESTRIÇÃO DA FUNÇÃO PENAL À TUTELA DE DIREITOS INDIVIDUAIS

A primeira via de superação do paradigma penal atual é a da **restrição da função penal à tutela de direitos individuais**<sup>14</sup>. Esta é a postura dos Teóricos Críticos do Direito Penal<sup>15</sup>, que defendem a necessidade do direito penal atuar apenas em seu âmbito clássico de tutela de direitos individuais juntamente com seus critérios experimentados de aplicação. Isto porque o direito penal não pode ser um instrumento de tutela perante os riscos da sociedade atual, sob pena de nada ganhar em uma proteção pessoal e social efetiva e se perder a defesa dos direitos, liberdades e garantias tão inerentes ao Iluminismo Penal. Recusam, portanto, a construção do “direito penal de risco”, sendo que as condutas de risco devem ser tuteladas por outros ramos jurídicos. A alternativa de outro ramo jurídico sugerida para tutelar tais riscos inerentes à sociedade pós-industrial seria a criação de um novo ramo jurídico chamado “direito de intervenção”.<sup>16 17</sup>

---

<sup>14</sup> Os direitos individuais a que me refiro aqui diz respeito àqueles constitucionalmente assegurados, pois o trabalho tem como pressuposto teórico o movimento de constitucionalização do direito penal.

<sup>15</sup> Aqui a nomenclatura Teoria Crítica do Direito Penal foi utilizada livremente pela autora tendo em vista a aparente inadequação da utilização da etiqueta “Escola de Frankfurt” para referir-se às concepções teóricas de Winfried Hassemer e Felix Herzog. Isso porque, segundo Marcos Nobre, tanto a expressão Teoria Crítica, quanto a expressão Escola de Frankfurt, são utilizadas como sinônimos, quando, em verdade, não são. A etiqueta Escola de Frankfurt foi criada apenas nos anos cinquenta com a finalidade de identificar o trabalho teórico do Instituto de Pesquisa Social de Frankfurt Am Main, cujo Diretor, Winfried Hassemer verteu da obra de Marx os **princípios de Teoria Crítica**, e vinculá-lo aos nomes de seus principais intelectuais buscando, com isso, fortalecer suas intervenções políticas no debate público alemão do pós-guerra sobre o fascismo, o stalinismo e o capitalismo do século XX. Já a Teoria Crítica diz respeito, em seu sentido amplo, a toda teoria desenvolvida a partir da obra de Marx, e em seu sentido estrito a toda teoria cuja construção está pautada nos Princípios de Teoria Crítica apresentados por Horkheimer no artigo “Teoria Crítica e Teoria Tradicional, quais sejam, o comportamento crítico e a orientação para a emancipação. Para saber mais acerca da Teoria Crítica e da etiqueta Escola de Frankfurt, ver: (1) FREITAG, Bárbara. **Teoria Crítica: ontem e hoje**. Brasiliense, 1994; (2) NOBRE, Marcos. **A Teoria Crítica**. Zahar, 2004; (3) WIGGERSHAUS, Rolf. **A Escola de Frankfurt: a história, desenvolvimento teórico e significação política**. Diefel, 2002.

<sup>16</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. **Temas básicos da doutrina penal**. Coimbra: Coimbra editora, 2001. p. 164/165.

<sup>17</sup> Em nota de rodapé afirma o autor que a posição estampada neste parágrafo é uma síntese das idéias defendidas por muitos autores, dentre eles W. Hassemer e F. Herzog.



Esse “direito de intervenção”, na verdade, seria um novo ramo da ciência jurídica situado entre o Direito Civil e o Direito Público<sup>18</sup>, posto que a tutela jurídico-penal não pode funcionar na primeira linha de combate a condutas ilícitas devendo, por seu caráter de fragmentariedade, surgir subordinada a uma exigência de que abarque apenas as ofensas inadmissíveis e, por isso, esteja sujeita a uma estrita assessoriedade, o que também não pode ser confundido com a atribuição de sanções administrativas, ainda que intensificadas, a condutas que se mostrem socialmente inadmissíveis, o que poderia desvirtuar completamente o princípio da subsidiariedade penal, conforme explica Jorge de Figueiredo Dias<sup>19</sup>:

“(…) até um ponto em que uma tal solução significara nada menos que por o princípio jurídico-penal da subsidiariedade ou de *ultima ratio* “de pernas pro ar”, ao subtrair à tutela penal precisamente as condutas socialmente tão gravosas que põem simultaneamente em causa a vida planetária, a dignidade das pessoas e a solidariedade com as outras pessoas – as que existem e as que hão de vir.”<sup>20</sup>

Afirma Winfried Hassemer que a Teoria Crítica do Direito Penal<sup>21</sup> tem como base três exposições literárias: a tese de doutorado de Felix Herzog e dois estudos de Hassemer: um sobre prevenção, publicado na revista Jus Ensino Jurídico em 1987 e outro sobre a natureza simbólica do Direito Penal, que fora publicado na Nova Revista de Direito Penal, em 1989.

Stratenwerth aponta duas considerações sobre a via de superação apresentada pelos Teóricos Críticos do Direito Penal: o não reconhecimento da necessidade de superação da razão técnico-instrumental na pós-modernidade e o que ele denomina de “índole moral”:

“(…) não valerá a pena, nem sequer será socialmente aceitável, o cultivo de um direito penal que, seja em nome de que princípios for, se desinteresse da sorte das gerações futuras e nada tenha para lhe oferecer perante o risco existencial que sobre elas pesa.”<sup>22</sup>

<sup>18</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. Tradução de Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 140.

<sup>19</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. **Temas básicos da doutrina penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p. 166/167.

<sup>20</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. **Temas básicos da doutrina penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p. 166/167.

<sup>21</sup> Vide nota de rodapé n.º 15, sobre a Teoria Crítica do Direito Penal.

<sup>22</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. **Temas básicos da doutrina penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p. 166/167.

Além das considerações feitas acima, há que se observar que o próprio princípio da subsidiariedade e fragmentariedade da intervenção penal estabelece um papel fundamental a meios não penais e mesmo não jurídicos no controle dos riscos que pesam sobre a humanidade. Porém não se pode admitir uma postura que esqueça que para isso são necessárias normas de comportamento aplicáveis aos casos mais graves para que se opere uma prevenção minimamente eficaz por meio da punição criminal das suas violações, afinal, é este o papel do direito penal.

No entanto há que se atentar para o fato de que muito embora em determinados casos outros ramos do direito são ineficazes para coibir determinadas condutas, mas há outros em que uma sanção administrativa é mais eficaz que o próprio direito penal, pois este é a *ultima ratio*, a contenção do sistema jurídico quando mais nada é capaz de coibir condutas eleitas como nocivas ao convívio social.

Portanto, é notável a idéia de Hassemer do *Interventionsrecht*, do direito de intervenção, algo como um direito administrativo sancionatório ou sancionador, acerca do qual ainda não se tem uma clareza quanto à atuação, extensão e instrumentos, o que é reconhecido por seus próprios propugnadores quando afirmam que: “... estes instrumentos – os de *Interventionsrecht* – estão ainda em gestação e têm de ser desenvolvidos, inclusive teoricamente.”<sup>23</sup>, mas que parece ser, principalmente no que é pertinente à racionalidade instrumental, um sistema eficiente de controle e punição no atual sistema capitalista, principalmente no que diz respeito às condutas praticadas principalmente por pessoas jurídicas<sup>24</sup> à livre concorrência, ao trabalho penoso, ao meio ambiente<sup>25</sup>, como, por exemplo, a instituição de multas por danos ambientais calculadas levando-se em conta o patrimônio da pessoa, física ou jurídica, o custo da produção e de maneira tal que o ganho gerado pela lesão ao meio ambiente deixe de ser atrativa em vista da punição econômica que lhe é atribuída.

---

<sup>23</sup> HASSEMER apud DIAS, Jorge de Figueiredo. **Temas básicos da doutrina penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p. 166.

<sup>24</sup> Sobre o tema ver artigo de: SANTOS, Juarez Cirino dos. **A responsabilidade penal das pessoas jurídicas**. Disponível na internet: [http://www.cirino.com.br/artigos/jcs/responsabilidade\\_penal\\_juridica.pdf](http://www.cirino.com.br/artigos/jcs/responsabilidade_penal_juridica.pdf). Acesso em: 06 de junho de 2007.

<sup>25</sup> Sobre a eficácia desse tipo de penalidade para coibir abusos ao meio ambiente por parte de grandes empresas e que em que se mostra a racionalidade instrumental do sistema do capitalismo regulado ver o filme “**The corporation**”, dirigido e produzido por Mark Achbar e Jennifer Abbott, baseado no roteiro adaptado por Joel Bakan de seu livro “*The Corporation: The Pathological Pursuit of Profit and Power*”. Disponível na internet, gratuitamente para downloads, em: <http://www.thecorporation.com/>. Acesso em: 23 de junho de 2008.

## 1.2. FUNCIONALIZAÇÃO EXTREMA DA TUTELA PENAL

Outra proposição é a **funcionalização extrema da tutela penal (o direito penal do risco)** que apresenta uma diversidade de propostas e ensaios para a solução da questão penal, porém, todas convergindo no sentido de que é necessária a alteração do modo de produção da legislação penal devendo-se retirar a reserva de competência dos órgãos parlamentares atribuindo-a aos executivos; a tutela penal operando antes de uma eventual lesão de interesse socialmente significativo, “... até o ponto em que se perde, ao menos para a generalidade dos destinatários das normas, toda a ligação entre a conduta individual e o bem jurídico que em definitivo se intenta proteger”<sup>26 27</sup>; extensão do âmbito da tutela penal em assumida contradição à política criminal de intervenção mínima ou moderada como consequência das alterações propostas na dogmática jurídico-penal que visam enfraquecer a atuação de princípios clássicos do direito penal.

Para Jorge de Figueiredo Dias não se pode adotar este direito penal de funcionalização extrema. Nem em partes e muito menos no todo. Isso porque se deve ter em vista que a referida concepção apresenta uma cegueira frente à necessidade de superação da razão técnica instrumental<sup>28</sup>, da mesma forma que a Escola de Frankfurt, pois a doutrina do direito penal apega-se a ela e, se possível, prega sua intensificação, sob a forma de uma razão calculadora ou “actuarial” – até o ponto de aí se falar numa *actuarial justice*<sup>29</sup>, segundo Pedro Caieiro.

<sup>26</sup> HASSEMER apud DIAS, Jorge de Figueiredo. **Temas básicos da doutrina penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p.167.

<sup>27</sup> “... sem prejuízo de crença (justificada) nos benefícios que um pensamento funcional traz a doutrina jurídico-penal, não deve ver-se nele o alfa e o omega da concepção penal, antes importa reafirmar que e na preservação da dignidade da pessoa – da pessoa do delinquent e dos outros – “que radica o axioma onto-antropológico de todo o sistema penal”. In DIAS, Jorge de Figueiredo. **Temas básicos da doutrina penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p.168.

<sup>28</sup> A razão técnica instrumental foi assim denominada por Adorno e Horkheimer na obra “A dialética do esclarecimento” e dia respeito à racionalidade burocrática burguesa que surgiu com o capitalismo administrado – fase do capitalismo posterior à fase liberal e a fase monopolista. O capitalismo administrado ou mundo administrado é um sistema que se fecha nele mesmo e que bloqueia estruturalmente qualquer possibilidade de ação genuinamente transformadora através de um sistema econômico é controlado politicamente e burocraticamente através da razão instrumental: “... uma racionalidade que pondera, calcula e ajusta os melhores meios a fins dados exteriormente ao agente.” In NOBRE, Marcos. **A Teoria Crítica**. Rio de Janeiro: Zahar, 2004. p.51.

<sup>29</sup> “... o propósito da “actuarial justice” não seria mais o de atuar sobre a vida de pessoas individuais, propondo-se definir a sua responsabilidade, fazendo os culpados “pagar pelos seus crimes” ou transformando-os, mas o de regular certos grupos (de pessoas “perigosas”) como parte de uma estratégia de gestão dos riscos.” In DIAS, Jorge de Figueiredo. **Temas básicos da doutrina penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p. 169.

Neste sentido, ver Figueiredo Dias:

“Por isso se tem de recusar uma “evolução” do paradigma penal que passe por pôr em causa a defesa consistente e efectiva dos direitos humanos, o pluralismo ideológico e axiológico, a secularização. Por isso, numa palavra, deve-se manter a recusa de qualquer concepção penal baseada na *extensão* da criminalização, onde o direito penal se transforme num instrumento diário de governo da sociedade e em promotor ou propulsor de fins de pura política estadual. Seria o agora tão apregoado *Estado-Inteção* ou *Estado-Prevenção* que aqui reapareceria – estranhamente (ou talvez não!), o mesmo Estado que a dita Escola de Frankfurt também advoga, desde que ele seja radicalmente afastado do campo do direito penal e exclusivamente imputado ao âmbito do direito administrativo.”<sup>30</sup>

Isto tudo conduziria a uma radical substituição do paradigma penal cuja base de legitimação agora é procurada na máxima eficiência do sistema de redução de danos globais referentes aos crimes através da redistribuição dos riscos tanto no plano da prevenção como da repressão<sup>31</sup>, o que é condenável, pois a eficiência não pode ser base de legitimação democrática e não é possível visualizar como um sistema de justiça atuarial possa eximir-se a cair numa nova e ainda mais condenável justiça de classes, substituindo os antigos explorados por novos excluídos.<sup>32</sup>

### 1.3. EXPANSÃO DO DIREITO PENAL

Entre as duas posições extremas acima expostas, há outras tentativas de solucionar o problema por uma via intermediária que corre sob o desígnio geral de **expansão do direito penal** e que possui, basicamente, três concepções teóricas que, sendo elas: o direito penal de duas velocidades, o direito e mera ordenação social e o direito penal secundário.

#### A-) DIREITO PENAL DE DUAS VELOCIDADES

Tem como representante Jesús-María Sánchez, cujas idéias possuem a simpatia de Alberto Silva Franco, e que faz a proposta uma política criminal e uma dogmática jurídico-penal *duais* ou *dualistas* consubstanciadas num **direito penal de**

<sup>30</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. **Temas básicos da doutrina penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p. 169.

<sup>31</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. **Temas básicos da doutrina penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p. 169.

<sup>32</sup> FRANCO apud DIAS, DIAS, Jorge de Figueiredo. **Temas básicos da doutrina penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p. 169.

**duas velocidades.** Neste, há um núcleo de direito penal onde valeriam, sem quaisquer modificações, os princípios de direito penal clássico, isto é, um “núcleo duro” dirigido à proteção de bens jurídicos individuais, com individualização da responsabilidade, da culpa e autoria sendo que a pena privativa de liberdade seria aplicável exclusivamente a esses casos. Na periferia ou no “âmbito lateral” deste núcleo central está outro tipo de direito penal, especificamente direcionado aos grandes e novos riscos da sociedade atual, em que os princípios clássicos de direito penal liberal devem estar amortecidos ou mesmo transformados, dando lugar a outros significados aos princípios já existentes ou à criação de novos princípios.<sup>33</sup>

A doutrina do direito penal de duas velocidades consiste nos dizeres do próprio Jesús-María Silva Sánchez<sup>34</sup>:

“Uma primeira velocidade, representada pelo Direito Penal “da prisão”, na qual haver-se-iam de manter rigidamente os princípios político-criminais clássicos, as regras de imputação e os princípios processuais; e uma segunda velocidade, para os casos em que, por não tratar-se (sic) já de prisão, senão de penas de privação de direitos ou pecuniárias, aqueles princípios e regras poderiam experimentar uma flexibilização proporcional a menor intensidade da sanção.”

Portanto, o Silva Sánchez ao propor duas velocidades de direito penal, prevê, em certa medida, um direito penal garantista, pertencente “ao núcleo duro”, para as penas privativas de liberdade, as quais, com a intervenção da criminologia radical e da política criminal, deverão ser adstritas à criminalidade violenta no que concerne à violação de direitos individuais constitucionalmente tutelados<sup>35</sup>, como a vida, a integridade física, etc. e que se assemelha, neste mote, à proposta de restrição da tutela penal a direitos individuais, ao mesmo tempo em que o “âmbito lateral” deste núcleo duro garantista assemelha-se ao direito de intervenção proposto por Hassemer, diferenciando-se dele ao ter como tarefa a imposição de uma sanção de natureza criminal.

---

<sup>33</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. **Temas básicos da doutrina penal.** Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p.171/172.

<sup>34</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais.** Tradução de Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 148.

<sup>35</sup> Aqui foi inserida a referência a direitos individuais constitucionalmente tutelados, muito embora não seja a terminologia utilizada por Winfried Hassemer, um dos expoentes da via de superação do paradigma penal atual pela restrição da tutela penal a direitos individuais e pelo desenvolvimento de um direito de intervenção, devido ao movimento crescente na doutrina, na qual se desta Juarez Cirino dos Santos, de constitucionalização do Direito Penal e que, para a autora, é essencial, principalmente no que concerne à definição dos direitos individuais como bens jurídico-penais.

## B-) O DIREITO DE MERA ORDENAÇÃO SOCIAL

O direito de mera ordenação social pertence ao sistema jurídico português e é uma forma integrada de descriminalização e que se coaduna com o princípio da subsidiariedade do Direito Penal. Trata-se de um programa político-criminal que criou a figura dos “ilícitos contra-ordenacionais” assim definidos por conta da pequena importância das infrações por ele abarcadas, reconduzindo-as a um puro direito penal de bagatelas, e atribuindo, inclusive, competência para a apreciação destas infrações a tribunais mais céleres e simplificados.<sup>36</sup>

Estes ilícitos são uma resposta sancionatória específica do Estado a determinadas áreas de intervenção que não poderiam mais ser deixadas sem um controle efetivo por conta de sua importância social, como, por exemplo, a tutela do meio ambiente, aspectos diversos da economia nacional, intervenção preventiva no direito dos consumidores, mas que não justificavam uma resposta de tutela penal de acordo com as valorações então dominantes.<sup>37</sup>

Porém na última década houve um alargamento das áreas de intervenção do Direito de Mera Ordenação Social a setores para os quais ele não era destinado, em particular os circuitos econômicos e tecnológicos de grande complexidade. E o problema disso é que esta tendência não fora acompanhada por qualquer evolução nos delitos contra-ordenacionais como, por exemplo, “(...) *princípios de “flexibilização controlada” assentes na proteção antecipada de interesses coletivos mais ou menos indeterminados, sem espaço, nem tempo, nem autores, nem vítimas, definidos ou definíveis e por conseguinte, numa palavra, de “menor intensidade garantística.”*<sup>38</sup>

## C-) DIREITO PENAL SECUNDÁRIO

---

<sup>36</sup> CORREIA, Eduardo. Direito penal e direito de mera ordenação social. In INSTITUTO DE DIREITO PENAL ECONÓMICO E EUROPEU DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA. **Direito penal económico e europeu: textos doutrinários**. Coimbra: Coimbra editora, 1998. v.1. p. 5.

<sup>37</sup> PINTO, Frederico de Lacerda da Costa. O ilícito de mera ordenação social e a erosão do princípio da subsidiariedade e CORREIA, Eduardo. Direito penal e direito de mera ordenação social. In INSTITUTO DE DIREITO PENAL ECONÓMICO E EUROPEU DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA. **Direito penal económico e europeu: textos doutrinários**. Coimbra: Coimbra editora, 1998. v.1. p. 5 e 212.

<sup>38</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. **Temas básicos da doutrina penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 171/172.

O direito penal secundário tem como autor principal o português Jorge de Figueiredo Dias. Ao contrário do que pensam muitos, o direito de mera ordenação social e o direito penal secundário são coisas distintas como infere o citado autor:

“(...) o direito de ordenação constitui uma espécie de limite negativo de *todo* o direito penal, neste, incluído o direito penal administrativo; por outro lado, a de que, se o direito penal secundário e, na sua essência e no seu âmbito, direito penal administrativo, ele não é direito de mera ordenação, e, sim, *verdadeiro direito penal*.<sup>39</sup>

No direito das contra-ordenações, diferentemente, estão em causa advertências sociais, sanções ordenativas ou coimas que, ainda quando possam igualmente dizer-se <<administrativas>>, não constituem penas mas medidas[sic] sancionatórias de caráter *não penal*. (...) Fica assim revelada a sem-razão da doutrina dominante, que vê no direito penal administrativo o antecessor do direito das contra-ordenações.”<sup>40</sup>

De acordo com Dias é no âmbito da ilicitude material das condutas, é na indiferença étnica das condutas consideradas como ilícitas. Nos delitos de ordenação social a conduta em si mesma, e não o ilícito, é axiologicamente<sup>41</sup> neutra. A conduta contra-ordenacional uma vez divorciada da proibição legal é uma conduta axiologicamente neutra. Ele chama estas diferenças de “critério material de distinção” elegendo-o como o mais importante para fundamentar a distinção, porém o que não significa repudiar a necessidade de critérios adicionais em zonas limítrofes onde a distinção entre os ilícitos penais e contra-ordenacionais perdem seus contornos.

“É possível descortinar, na aparente multiplicidade e diversidade do direito penal extravagante – e, *hoc sensu*, secundário – conexões fundantes de sentido que permitem reconduzi-lo, sobretudo no que toca ao direito penal económico e social, a um âmbito específico do direito penal. Este âmbito revela-se uma espécie de entreposto – se bem que pertencente ainda ao direito penal – entre o direito penal clássico codificado e o direito das contra-ordenações e corresponde ao modo-de-ser actual do tradicionalmente chamado direito penal administrativo.

<sup>39</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. Para uma dogmática do direito penal secundário. In INSTITUTO DE DIREITO PENAL ECONÓMICO E EUROPEU. **Direito penal económico e europeu: problemas gerais**. Coimbra: Coimbra editora, 1998. v. 1. p. 48

<sup>40</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. Para uma dogmática do direito penal secundário. In INSTITUTO DE DIREITO PENAL ECONÓMICO E EUROPEU. **Direito penal económico e europeu: problemas gerais**. Coimbra: Coimbra editora, 1998. v. 1. p. 48.

<sup>40</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. Para uma dogmática do direito penal secundário. In INSTITUTO DE DIREITO PENAL ECONÓMICO E EUROPEU. **Direito penal económico e europeu: problemas gerais**. Coimbra: Coimbra editora, 1998. v. 1. p. 48.

<sup>41</sup> Segundo o Dicionário Aurélio Eletrônico – Século XXI, versão 3.0 de novembro de 1999, o verbete **Axiológico** é um adjetivo filosófico que é: 1. Concernente à, ou que constitui uma axiologia; 2. Concernente a, ou que constitui um valor.

Daqui se pode concluir que, ao lado do novo Código Penal e da lei-quadro vigente do direito das contra-ordenações (Decreto-Lei n. °433/82), o ordenamento jurídico-penal português do futuro deve ver-se dotado de uma lei-quadro sobre o direito penal económico e social. Desta lei deverá esperar-se que clarifique a aplicação do direito penal secundário, vigente e futuro, e que ponha limites implícitos à futura actividade legislativa penal extravagante, vinculando-a aos princípios válidos na matéria, evitando a inflação incriminatória e facilitando a reflexão sobre a constitucionalidade das leis penais avulsas.”<sup>42</sup>

A partir do exposto é possível identificar nos meios de comunicação e nos novos diplomas legislativos brasileiros, como a lei de crimes ambientais, os crimes tributários e previdenciários, por exemplo, que há uma tendência à adoção como via de superação do paradigma penal atual a funcionalização extrema do direito penal com a conseqüente flexibilização de princípios clássicos de direito penal transformando-os em novos princípios ou atribuindo-lhes novos conteúdos, que tenham menor intensidade garantística, o que culmina no “afrouxamento” da atuação de princípios fundamentais tão caros ao direito penal, sendo que no presente trabalho serão abordadas as conseqüências da adoção de um paradigma de flexibilização de garantias penais no âmbito do princípio da legalidade através de uma breve abordagem do direito penal económico.

---

<sup>42</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. Para uma dogmática do direito penal secundário. In INSTITUTO DE DIREITO PENAL ECONÓMICO E EUROPEU. **Direito penal económico e europeu: problemas gerais**. Coimbra: Coimbra editora, 1998. v. 1. p. 72-73.



## Capítulo 2. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

### 2.1 HISTÓRICO<sup>43</sup>

O princípio da legalidade foi enunciado de diferentes modos durante sua evolução histórica. Entre os gregos encontrava-se no princípio da isonomia inserto na idéia da igualdade de todos perante as leis como essência de um bom governo, pois segundo Eurípides na obra *Suplicantes* “Nada é mais inimigo da cidade do que o tirano, quando, em lugar da existirem leis gerais, um só homem tem o poder, sendo ele mesmo e para si o autor das leis, não existindo, assim, nenhuma igualdade.”<sup>44</sup>

Significa o exercício do poder por meio da lei. Na perspectiva das relações entre lei e poder, o princípio da legalidade apresenta-se em três substratos, sendo que no primeiro está a relação entre a lei e a pessoa do príncipe e que estabelece que o governo da lei significa que o príncipe não pode governar conforme o próprio arbítrio e beneplácito, pois o príncipe, assim como todas as outras pessoas, devem subordinar-se aos comandos legais. Num segundo estrato encontra-se a relação entre o príncipe e seus súditos, na qual o governo das leis significa que os governantes devem exercer o poder unicamente através da promulgação de leis como normas válidas para todos e não para grupos particulares ou indivíduos. E finalmente no terceiro estrato encontra-se a aplicação das leis aos casos particulares, quando o princípio da legalidade exige dos juízes a definição das controvérsias a eles apresentadas, com base nas prescrições legais inscritas nas normas legislativas.<sup>45</sup>

---

<sup>43</sup> O presente histórico foi apresentado de maneira bem sucinta para entendermos o contexto histórico em que surgiu. Para maiores informações, indico os textos que basearam minha síntese: o texto “Fundamentos do direito penal democrático” de KIST, Dario José. Fundamentos do direito penal democrático. Disponível em: <<http://www.verbojuridico.com.br/solteoverbo/fundam.doc>>. Acesso em: 14 de jan. 2005 e o livro de Mauricio Antonio Ribeiro Lopes sobre o princípio da legalidade penal que possui um capítulo sobre o histórico desde os romanos, passando pelos direitos medieval, inglês, ibérico, bem como pelo Iluminismo, a formulação científico-penal e a legislação dos estados totalitários (p. 37/47), um capítulo exclusivo sobre os processos de codificação (p. 48/51) e uma evolução histórico-constitucional do princípio da legalidade no direito brasileiro (p. 175/184).

<sup>44</sup> BOBBIO, Norberto. In **Dicionário de política**, verbete Legalidade. [199-] Brasília: UNB editora. v. II. p. 674.

<sup>45</sup> BOBBIO, Norberto. In **Dicionário de política**, verbete Legalidade. [199-] Brasília: UNB editora. v. II. p. 674.

Sua aparição na dogmática jurídico-penal tem íntima ligação com o positivismo<sup>46</sup> advindo do desenvolvimento das sociedades modernas que passaram a exigir que a intervenção mínima do direito penal se desse legalmente. Reflete-se como meio apto a coibir a ação arbitrária e ilimitada do poder punitivo do Estado - o *ius puniendi* -, pois o cidadão, por intermédio da legalidade, tem a possibilidade de prever as conseqüências de seus atos, libertando-se da insegurança.<sup>47</sup>

Para a maioria da doutrina<sup>48</sup>, sua origem remonta ao artigo 39 da *Magna Charta Libertatum*, também conhecida como carta dos barões ingleses ao rei João sem Terra que dizia que:

“Nenhum homem livre será detido ou sujeito à prisão, ou privado dos seus bens ou colocado fora da lei, ou exilado, ou de qualquer modo molestado, e nós não procederemos nem mandaremos proceder contra ele se não mediante um julgamento regular sobre seus pares ou em harmonia com as leis do país.”<sup>49</sup>

<sup>46</sup> Segundo o Dicionário Aurélio Eletrônico – Século XXI, versão 3.0 de novembro de 1999, o verbete **Positivismo**, tem origem no vocábulo francês “positivisme” e que tem o seguinte significado:

**-Substantivo masculino, ligado à filosofia:**

1. Doutrina de Auguste Comte (v. comtiano), caracterizada, sobretudo, pela orientação antimetafísica e antiteológica que pretendia imprimir à filosofia, e por preconizar como válida unicamente a admissão de conhecimentos baseados em fatos e dados da experiência; comtismo.
2. Por extensão: Caráter das doutrinas inspiradas em A. Comte que fundamentam o conhecimento em dados empíricos cujo teor subjetivo ger. acaba por ser privilegiado (sensacionismo, intuicionismo, simbolismo, etc.), muitas vezes, levando ao agnosticismo, ao relativismo ou ao misticismo.

**-Positivismo lógico, ligado à filosofia:**

1. Movimento doutrinário do chamado Círculo de Viena, fundado em 1924 por Moritz Schlick (1882-1936), filósofo alemão, e que reuniu os filósofos alemães Philipp Franck (1884-1956), Otto Neurath (1882-1945), Rudolf Carnap (1891-1970), Hans Reichenbach (1891-1935), os filósofos austríacos Friedrich Waismann (1896-1959), Ludwig Wittgenstein (v. wittgensteiniano), Hans Hahn (1880-1934), e outros, que, na tradição de Gottlob Frege (v. fregiano) e de B. Russell (v. russelliano), desenvolvem a análise lógica da linguagem científica associando o enfoque empírico do positivismo ao formalismo lógico-matemático.

2. Por extensão: Movimento doutrinário de pensadores de língua inglesa, entre outros, dos filósofos ingleses Alfred Jules Ayer (1910-1989), George Edward Moore (1873-1958) e Gilbert Ryle (1900-1976) e do matemático e filósofo norte-americano Willard van Orman Quine (1908), caracterizado principalmente pelo fisicismo, pela crítica da linguagem e pela adoção do método axiomático. [Sin. ger.: neopositivismo, empirismo científico e empirismo lógico. Cf. filosofia analítica.]

<sup>47</sup> KIST, Dario José. Fundamentos do direito penal democrático. Disponível em: <<http://www.verbojuridico.com.br/solteoverbo/fundam.doc>>. Acesso em: 14 de jan. 2005.

<sup>48</sup> Isto de acordo com os ensinamentos de SANTOS, Lycurgo de Castro. O Princípio da Legalidade no Moderno Direito Penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 15, p. 182, de que a maioria dos penalistas concorda que o princípio da legalidade é produto do pensamento iluminista cujas idéias foram determinantes na supressão do Estado Absoluto e conseqüente aparição do Estado Liberal de Direito. Ainda, o autor infere que documentos, como a Carta ao rei João Sem Terra, Destaca, foram importantes para anunciar a formulação do referido princípio na forma como ocorreu. Esta questão da origem do princípio da legalidade foi examinada também por Néelson Hungria e Heleno Cláudio Fragoso, no artigo “Evolução histórica do nullum crimen, nulla poena sine lege”, in *Comentários ao Código Penal*, 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977. v. I, Tomo I p. 35/61.

<sup>49</sup> KIST, Dario José. Fundamentos do direito penal democrático. Disponível em: <<http://www.verbojuridico.com.br/solteoverbo/fundam.doc>>. Acesso em: 14 de jan. 2005.

Nilo Batista, no entanto, discorda que haja alguma afinidade do princípio da legalidade com os textos romanos ou com o artigo 39 da Magna Carta, pois esta consistia numa mera garantia processual restrita aos ditos “homens livres” e, além disso, refere-se a uma época anterior ao Iluminismo não portando, destarte, o moderno significado deste princípio.<sup>50</sup>

Posteriormente, o teor do artigo 39 da Magna Carta fora reproduzido no *Bill of Rights*, firmado na Filadélfia em 1774. Em 1787, surgiu o primeiro corpo legislativo que positivou<sup>51</sup> o princípio da legalidade que foi a Codificação de D. José II da Áustria.<sup>52</sup>

Na França, em 26/08/1789, surge a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão<sup>53</sup> que em seu artigo 8º verifica-se com destaque a anterioridade da lei penal:

“A lei não deve estabelecer senão penas estrita e evidentemente necessárias e ninguém pode ser castigado senão em virtude de uma lei estabelecida e promulgada anteriormente ao delito e legalmente aplicada.”

Com a queda dos regimes absolutistas, a consolidação do Iluminismo e a Declaração Universal dos Direitos do Homem em 10 de dezembro de 1948, acolhida pela maioria dos países ocidentais, seja em suas constituições, seja em seus códigos penais, houve a universalização do princípio da legalidade. Tal declaração diz expressamente no seu artigo 11, n.º 2, que:

“Ninguém será condenado por acções ou omissões que, no momento da sua prática, não constituíam acto delituoso à face do direito interno ou internacional. Do mesmo modo, não será infligida pena mais grave do que a que era aplicável no momento em que o acto delituoso foi cometido.”<sup>54</sup>

Assim, apresentado um breve histórico do princípio da legalidade, mostra-se necessário salientar que a seqüência de fatos acima descrita deve ser considerada

---

<sup>50</sup> Sobre esta discussão ver a obra de HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Comentários ao Código Penal**. v. I, tomo I, 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977. p. 35-61.

<sup>51</sup> No sentido de prevê-lo em um dispositivo legal.

<sup>52</sup> BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 4. ed. Rio de Janeiro: Renavan, [199-] p. 66.

<sup>53</sup> FRANÇA. Declaração dos direitos do homem e cidadão de 26 de agosto de 1789. Disponível em: <<http://www.militar.com.br>>. Acesso em: 05 nov. 2004.

<sup>54</sup> TRATADO DE PARIS DE 10/12/1948. Declaração Universal dos Direitos do Homem. Disponível em: <<http://www.onuportugal.pt>>. Acesso em: 05 mai. 2004.

de maneira crítica, não como uma história linear e homogênea, mas seguindo a concepção histórica crítica nietzschiana, retomada por Walter Benjamin.

## 2.2 NATUREZA JURÍDICA

O princípio da legalidade é efetivamente um princípio? E o sendo, o quê isso significa? Tais perguntas se fazem necessárias para entendermos a real natureza jurídica da legalidade, e para isso, primeiramente, temos que entender seus porquês e no que consiste.

A Teoria Geral do Direito, grosso modo, trabalha com normas, regras e princípios. A norma seria o gênero e os princípios e as regras espécies de normas. Para ilustrar melhor a questão, há que se observar o entendimento de José Afonso da Silva acerca do tema:

“Há quem conceba *regras* e *princípios* como espécies de *norma*, de modo que a distinção entre regras e princípios constitui uma distinção entre duas espécies de normas<sup>55</sup>. A compreensão dessa doutrina exige conceituação precisa de *normas* e *regras*, inclusive para estabelecer a distinção entre ambas, o que os expositores da doutrina não têm feito, deixando assim obscuro seu ensinamento.”<sup>56</sup>

Isto posto, o autor coloca a seguinte nota de rodapé explicativa no texto supra citado:

“Cf. J.J. Gomes Canotilho, *Direito constitucional*, p. 172. Contudo, em outra obra, escrita em parceria com Vital Moreira, com edição do mesmo ano, a doutrina 'e diversa. Nela se afirma que a norma se distingue do princípio porque contem uma regra, instrução, ou imposição imediatamente vinculante para certo tipo de questões (cf. *Fundamentos da Constituição*, p. 49). Vale dizer, então, que a distinção e feita entre princípios e normas, e estas diferem daqueles porque contêm uma regra.”<sup>57</sup>

Tendo em vista que o presente trabalho não comporta abranger esta discussão doutrinária, assim como o livro de José Afonso da Silva, a distinção que

<sup>55</sup> Contudo, CANOTILHO numa obra escrita em parceria com Vital Moreira, com edição do mesmo ano, a doutrina é diversa. Nela se afirma que a norma se distingue do princípio porque contem uma regra, instrução, ou imposição imediatamente vinculante para certo tipo de questões Vale dizer, então, que a distinção e feita entre princípios e normas, e estas diferem daqueles porque contêm uma regra. Canotilho, [199-] apud SILVA, José, 2004, p. 172.

<sup>56</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 92.

<sup>57</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 92.

apresenta a norma como gênero e os princípios e regras como suas espécies será a acolhida no presente trabalho.

A partir disto, há que se distinguir princípios de regras e nesta esteira Humberto Bergmann Ávila infere que a definição de princípios jurídicos e sua distinção frente às regras dependerá do critério distintivo empregado, do fundamento teórico utilizado e da finalidade para qual são realizadas.

Os princípios são instrumentos analíticos abstratos, ou seja, têm sua definição formulada lingüisticamente e por isso tudo é tão difícil existir apenas uma definição do que seria um princípio, como bem acentua José Afonso da Silva em sua obra. Portanto, neste mote, deve-se acatar o ensinamento de Riccardo Guastini, segundo o qual não se deve buscar uma definição unitária, mas sim, num primeiro momento, deve-se aceitar que alguns autores utilizam, algumas vezes, a palavra com significados distintos e em segundo lugar compreender que o termo princípio pode referir-se a vários fenômenos e não necessariamente a um só.<sup>58</sup>

Mas o autor supra-citado faz uma importante observação de que as definições de Josef Esser, Ernst Forsthoff, Hans Wolff, Otto Bachof, Otto Stober e Karl Larenz procuram distinguir princípios de regras com base em dois critérios: *grau de abstração e generalidade da prescrição normativa e o fundamento de validade*. Com relação ao primeiro, verifica-se que os princípios são dirigidos a um número indeterminado de pessoas e circunstâncias, enquanto que as regras seriam menos gerais e conteriam mais elementos concretos quanto a conduta, permitindo a estruturação de uma hipótese e de uma consequência; e quanto ao segundo, a distinção se dá porque os princípios decorrem da noção de Estado de Direito, ao passo que as regras são dedutíveis dos textos normativos.<sup>59</sup>

Para Boulanger, citado por Paulo Bonavides, a diferença entre princípio e regra é tanto de importância, quanto de natureza. A generalidade da regra jurídica não é a mesma do princípio, pois aquela é geral e estabelecida para um indeterminado número de atos e fatos, editada para abranger uma situação jurídica

---

<sup>58</sup> ÁVILA, Humberto Bergmann. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade, **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 215, p. 151-177, jan.-mar. 1999, p. 154.

<sup>59</sup> ÁVILA, Humberto Bergmann. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade, **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 215, p. 151-177, jan.-mar. 1999, p. 155-156.

determinada. Já o princípio, ao contrário, é geral porque comporta uma série indefinida de aplicações.<sup>60</sup>

Na Teoria Normativa-Material Robert Alexy instituiu-se a distinção entre regras e princípios, que, na essência, é a mesma de Dworkin. Conjugando regras e princípios como duas modalidades debaixo do conceito de norma, porém, tanto as regras como os princípios são regras, porquanto ambos se formulam com a ajuda de expressões deônticas<sup>61</sup> fundamentais como mandamento, permissão e proibição. Ambos constituem fundamentos para juízos concretos de dever, embora de espécies muito diferentes. Para ele, a diferença é entre duas espécies de normas. Ele desenvolveu três teorias acerca da distinção entre regras e princípios, sendo que a que ele entende como correta é a que estabelece um critério gradualista-quantitativo, afirmando que entre essas duas espécies de normas não impera apenas a distinção de grau, mas também de qualidade. O ponto determinante do referido critério, entendidos os princípios como “mandamentos de otimização” (*Optimierungsgebot*), é o reconhecimento de que são normas.<sup>62</sup>

Das várias distinções acima trazidas, verifica-se que a legalidade aqui estudada encaixa-se plenamente no conceito de princípio, pois se trata de uma ordenação predominante no sistema de normas e nela podemos encontrar valores e bens constitucionalmente tutelados como a liberdade, a dignidade da pessoa humana, o Estado Democrático de Direito, dentre outros.<sup>63</sup>

A legalidade está consagrada no artigo 5º, II da Constituição Federal, segundo o qual “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. E especialmente a legalidade penal, pode ser vista como uma garantia individual<sup>64</sup>, prevista no artigo 5º, XXXIX, que estabelece que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem previa cominação legal” em que se consubstancia a clássica definição do princípio *nullum crimen, nulla poena sine lege*.

---

<sup>60</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 267.

<sup>61</sup> Segundo o Dicionário Aurélio Eletrônico – Século XXI, versão 3.0 de novembro de 1999, o verbete refere-se à “deontologia”, do grego “déontos”, ‘o que é obrigatório, necessário’, + -logia.]

1. O estudo dos princípios, fundamentos e sistemas de moral.

2. Tratado dos deveres.

<sup>62</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 278.

<sup>63</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p.419-429.

<sup>64</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p.419-429.

Sobre o tema, ainda, infere José Afonso da Silva:

“O dispositivo contem uma reserva absoluta de lei formal exclui a possibilidade do legislador transferir a outrem a função de definir o crime e de estabelecer penas. Demais, a definição legal do crime e a previsão da pena hão de preceder o fato tido como delituoso. Sem lei que o tenha feito não há crime nem pena.”<sup>65</sup>

Consagrado no artigo 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal<sup>66</sup> e repetido no artigo primeiro do Código Penal, este princípio refere-se à anterioridade e à reserva legal da lei penal: “*Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.*” Trata-se, portanto, de um princípio positivado constitucionalmente e previsto na legislação infraconstitucional do nosso ordenamento jurídico, porém, isso não esgota as normas fundamentais de Direito Penal em sua dimensão constitucional, como adverte Palazzo:

“(...) há que se levar em conta, antes de tudo, uma certa dificuldade, senão relutância, da doutrina penalística, sobretudo nos anos imediatamente sucessivos a Constituição, a desenvolver um trabalho de concretização dos valores constitucionais, premissa indispensável para sua penetração no sistema penal.”<sup>67</sup>

Paulo Bonavides, em capítulo específico sobre os princípios, cita trechos da obra de Eros Roberto Grau que, em síntese infere que os princípios positivos do Direito reproduzem a estrutura peculiar das normas jurídicas, pois ao contestar isso, admitir-se-ia que na Constituição Federal existem enunciados que não são normas jurídicas, posto que de acordo com determinados autores da doutrina, a norma é gênero que possui como espécies as regras e os princípios. Assevera ainda, que embora a generalidade dos princípios seja diversa da generalidade das regras, sendo que os primeiros carregam em si o pressuposto de fato (*tatbestand*, hipótese, *facti species*) suficiente para sua caracterização como norma, ou seja, apenas o portam de maneira a enunciar uma série indeterminada de *facti species*.

---

<sup>65</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p.419-429.

<sup>66</sup> Considerações e justificativas da adoção do princípio da legalidade em matéria penal de forma expressa podem ser encontradas no livro de LOPES, Mauricio Antonio Pereira. **Princípio da legalidade penal**. São Paulo: RT, 1994. p. 22-24.

<sup>67</sup> PALAZZO [19-]apud LOPES, Mauricio Antonio Pereira. **Princípio da legalidade penal**. São Paulo: RT, 1994.p. 18.

“As *normas* são preceitos que tutelam situações subjetivas de vantagem ou de vínculo, ou seja, reconhecem, por um lado, a pessoas ou a entidades a faculdade de realizar certos interesses por ato próprio ou exigindo ação ou abstenção de outrem, e, por outro lado, vinculam pessoas ou entidades à obrigação de submeter-se às exigências de realizar uma prestação, ação ou abstenção em favor de outrem. Os *princípios* são ordenações que se irradiam e imantam os sistemas de normas, são [como observam Gomes Canotilho e Vital Moreira] ‘núcleos de condensações’ nos quais confluem *valores* e bens constitucionais”. Mas, como disseram os mesmos autores “os princípios, que começam por ter a base de *normas jurídicas*, podem estar positivamente incorporados, transformando-se em normas-princípio e constituindo preceitos básicos da organização constitucional.”<sup>68</sup>

Há que se salientar que mesmo que não houvesse a previsão constitucional do princípio em tela de acordo com o § 2º do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, esse princípio teria guarita constitucional, pois estabelece que os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou seja, a norma constitucional de reserva torna implícita, quando conjugada com o princípio da legalidade geral, a existência do princípio constitucional da legalidade em matéria penal.<sup>69</sup>

Paulo Bonavides em sua obra Curso de Direito Constitucional<sup>70</sup> traz toda a evolução histórica e dogmática dos princípios. A teoria adotada pelo Direito Constitucional Brasileiro é a Teoria Dos Princípios, a qual acarreta efeitos em todos os ramos jurídicos do sistema. Esta teoria consiste no fato de que os princípios são dotados de normatividade, portanto, trata-se de uma teoria partidária da teoria material da Constituição e tem como expoente Eros Roberto Grau que segue a mesma linha de pensamento do português Jorge Miranda<sup>71</sup>.

Segundo Vezio Crizafulli, um dos juristas que mais contribuíram para consolidar a doutrina da normatividade, segundo Paulo Bonavides. Para o jurista italiano, princípio é “... *toda norma jurídica considerada como determinante de outra ou outras que lhe são subordinadas, que a pressupõem, desenvolvendo e justificando ulteriormente o preceito em direções mais particulares.*” Acrescenta, ainda, que tanto um princípio expresso, quanto um implícito ou latente, desde que

---

<sup>68</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 91-92.

<sup>69</sup> LOPES, Mauricio Antonio Pereira. **Princípio da legalidade penal**. São Paulo: RT, 1994. p. 22.

<sup>70</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 255-295.

<sup>71</sup> MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. V: I, T: II, 4. ed. Coimbra, 1990. p. 513.



presentes num ordenamento, constituem normas aplicáveis como regras de determinados comportamentos públicos ou privados.<sup>72</sup>

Para Alexandre de Moraes o princípio da legalidade tem uma ampla abrangência, é genérico e abstrato, pois, para ele, é certo que qualquer comando jurídico que imponha comportamentos forçados deve provir de regra geral. Já a reserva legal se opera de maneira concreta, incidindo somente nos campos materiais especificados pela Constituição, possuindo menor abrangência, porém, maior densidade ou conteúdo, posto que exige o tratamento de matéria exclusivamente pelo Legislativo, sem participação normativa do Executivo.<sup>73</sup>

José Afonso da Silva, citando Alfonso di Giovine, ensina que não raro a doutrina confunde ou não distingue suficientemente o *princípio da legalidade* e o da *reserva legal*, sendo o primeiro a submissão e o respeito à lei ou à atuação dentro da esfera estabelecida pelo legislador; e o segundo, é no sentido de que a regulamentação de determinadas matérias há que ser feita necessariamente por lei formal e, assim sendo:

“ (...) tem-se pois *reserva de lei* quando uma norma constitucional atribui determinada matéria exclusivamente à lei formal (ou a atos equiparados, na interpretação equiparada de praxe), subtraindo-a, com isso, à disciplina de outras fontes, àquelas subordinadas.<sup>74</sup>

O princípio se completa com outro: o *favor rei*, que prescreve a *não ultratividade* da lei penal, isto é, à aplicação da lei posterior àquela vigente no momento da comissão do crime quando esta tolha o caráter delituoso do fato, ou contenha dispositivos mais favoráveis ao réu, tudo junto com o art. 5º, XL, que declara que *a lei penal não retroagira, salvo para beneficiar o réu.*”<sup>75</sup>

De acordo com Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra da Silva Martins, o princípio da legalidade (geral) mais se aproxima de uma garantia constitucional que de um direito individual<sup>76</sup>, já que não tutela um bem da vida específico, mas

<sup>72</sup> CRISAFULLI, 1952 apud. BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p.255-295.

<sup>73</sup> MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 110-111.

<sup>74</sup> CRISAFULLI, 1952 apud. BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p.421

<sup>75</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 428.

<sup>76</sup> O confronto entre direitos e garantias pode ser resolvido mediante lição de Rui Barbosa que, com relação à Constituição de 1891, separou “as disposições meramente *declaratórias*, que são as que imprimem existência legal aos direitos reconhecidos, e as disposições *assecuratórias*, que são as que, em defesa dos *direitos*, limitam o poder. Aquelas instituem *direitos*; estas, *garantias*; ocorrendo

assegura ao particular a prerrogativa de repelir as injunções que lhe sejam impostas por outra via que não seja a lei.<sup>77</sup>

O princípio da legalidade, para Alberto Silva Franco:

“O princípio da legalidade, além de interferir sobre as fontes e a interpretação da lei penal (a reserva absoluta de lei, a proibição da analogia *in malam partem*, a proibição da retroatividade da lei penal incriminadora) e sobre a definição adequada do tipo (técnica legislativa de formulação típica), dá ainda fundamento a quatro garantias do cidadão: garantia criminal, garantia penal, garantia processual e garantia de execução penal. Sob o ângulo da garantia criminal, o princípio da legalidade significa a necessidade de prévia descrição, sem cláusulas gerais e conceitos porosos ou, mesmo, indefinidos, de uma conduta humana lesiva (ou que ponha em perigo) a bens de vital importância para a vida societária ou para o pleno desenvolvimento da pessoa humana. Já a garantia penal compreende a necessidade de explicitação da modalidade de pena e da quantidade de pena, dentro de balizas não dilatadas, cominadas para a prática de comportamento lesivo. Sob a ótica de garantia processual, o princípio da legalidade exige o reconhecimento do fato criminoso e a imposição individualizada e motivada da pena, respeitados os princípios atinentes à jurisdição, à ampla defesa, ao contraditório, à igualdade de armas, à liberdade de provas, à presunção de inocência etc. Por fim, o princípio da legalidade envolve uma garantia executiva já que a “pena vive na execução.”<sup>78</sup>

### 2.3 FORMULAÇÕES TEÓRICAS

Inicialmente, se faz necessário observar as diversas terminologias adotadas para nominar o princípio em tela. Chamam-no de **princípio da legalidade** Nelson Hungria, Frederico Marques e Nilo Batista, sendo que a crítica que usualmente feita a esta terminologia é que o princípio da legalidade não é exclusivo do direito penal, pois existem outros ramos do direito, como o tributário e o administrativo, que também se utilizam deste mesmo termo.

Outros, como Basileu Garcia, referem-se a ele como **princípio da legalidade dos delitos e das penas**.

---

não raro juntar-se, na mesma disposição constitucional, ou legal, a fixação da garantia, com a declaração do direito.” BARBOSA, Ruy. **República: teoria e pratica**. p. 124; SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 412. Aqui também são feitas algumas correções ao pensamento de Ruy Barbosa por José Afonso da Silva no sentido de que o confronto entre direitos e garantias constantes no título II da Constituição Federal vigente, além de adicionar-se que os *direitos fundamentais* estão expressos na norma de garantia estando subentendido nela, sendo que existem hipóteses dadas por Ruy Barbosa como direitos, que José Afonso entende como garantias.

<sup>77</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. **Comentários à constituição do Brasil**. v. 2. São Paulo: Saraiva, 1989. p.23.

<sup>78</sup> BETIOL, 1982 apud FRANCO, 2002, p. 806.

Conforme ensinamento de Maurício Antonio Ribeiro Lopes, autores tidos como mais rigorosos, mas que, porém, não colocam em dúvida a propriedade da expressão “Princípio da Legalidade”, preferem adjetivá-la com o vocábulo “estrita” como forma de reafirmação das proibições extensivas.

No entanto, independentemente da terminologia adotada, o seu significado não muda: a lei deve limitar-se à definição do tipo incriminador e à concernede imposição de pena, não tendo efeitos sobre os chamados tipos permissivos, que admitem a analogia e outras formas de integração.

Desta forma entende-se que “A legalidade e tão estrita quanto necessária para definição dos parâmetros incriminadores, flexibilizando-se diante das hipóteses de incidência de caráter benéfico ao direito de liberdade.”<sup>79</sup> E daqui vem a crítica ao termo **princípio da legalidade estrita**, pois embora se diga estrita, admite sua quebra na aplicação da analogia *in bonam partem*.<sup>80</sup>

A nomenclatura **princípio da reserva legal**, utilizada habilmente<sup>81</sup> por Fragoso, Andreucci e Leiria, revela mais um procedimento que um princípio, pois a forma de expressão da legalidade e a reserva exclusiva da disciplina da matéria penal por meio da lei formal é materialmente considerada. Tem sua raiz histórica no primeiro conceito de princípio da legalidade. Também esta expressão é utilizada por outros autores para expressar um dos corolários do princípio da legalidade, que, nessa linha, compreenderia, ao menos, os princípios da taxatividade-determinação e da irretroatividade da lei penal. Embora tratados doutrinariamente de forma autônoma, o princípio da anterioridade da lei penal, bem como da irretroatividade de lei penal incriminadora, decorrem do princípio da legalidade.<sup>82</sup>

Mauricio Antonio Pereira Lopes aponta que alguns setores da dogmática jurídica falam em *reserva absoluta* e *reserva relativa*, sendo que nesta, de acordo com Mantovani<sup>83</sup>, o legislador fixa as linhas fundamentais, delegando seu detalhamento a Administração, e naquela, de acordo com Firenze<sup>84</sup>, somente a lei

---

<sup>79</sup> LOPES, Mauricio Antonio Pereira. **Princípio da legalidade penal**. São Paulo: RT, 1994. p. 28/29.

<sup>80</sup> LOPES, Mauricio Antonio Pereira. **Princípio da legalidade penal**. São Paulo: RT, 1994. p. 30/31.

<sup>81</sup> Segundo nota de rodapé de LOPES, Mauricio Antonio Pereira. **Princípio da legalidade penal**. São Paulo: RT, 1994. p. 29, utilizam esta nomenclatura indistintamente Noronha e Toledo.

<sup>82</sup> LOPES, Mauricio Antonio Pereira. **Princípio da legalidade penal**. São Paulo: RT, 1994. p. 35.

<sup>83</sup> MANTOVANI, 1979 apud LOPES, Mauricio Antonio Pereira. **Princípio da legalidade penal**. São Paulo: RT, 1994.

<sup>84</sup> FIRENZE, [19-] LOPES, Mauricio Antonio Pereira. **Princípio da legalidade penal**. São Paulo: RT, 1994.

disciplinara matéria criminal, excetuando-se qualquer outra forma de disciplina normativa, mesmo quanto a aspectos secundários e marginais.

Aníbal Bruno, dentre outros, utilizam a expressão latina *nullum crimen nulla poena sine lege* que, ao ver de Mauricio Antonio Ribeiro Lopes, é mais uma definição de princípio da legalidade que uma denominação.<sup>85</sup>

Muñoz Conde utiliza-se da expressão princípio da intervenção legalizada, pois tal princípio nasce do Estado Democrático de Direito e evita o exercício arbitrário e ilimitado do *ius puniendi*.

Nas formulações teóricas acerca do tema, inicialmente deve-se destacar Tibério Deciani, precursor da ciência normativa do direito penal, em cujo *Tractatus Criminalis*, editado em 1590/1591, sustentou que a causa formal do crime é a lei<sup>86</sup>. Tamanha é a importância deste princípio que dele surgiram outros subprincípios, existindo duas ordens de pensamento acerca de seus corolários, sendo uma, a do espanhol Reinhart Maurach, e a outra do italiano Ferrano Mantovani.

O princípio da legalidade, também chamado de reserva legal, costuma ser identificado pela expressão latina *nullum crimen, nulla poena sine lege*, enunciada no Código da Baviera de 1813 e atribuída ao fundador da ciência penal alemã, Ludwig Anselm Von Feuerbach em sua obra *Lehrbuch des Gemeinem in Deutschland gültigen peinlichen Recht*.<sup>87</sup> Porém, de acordo com Nilo Batista<sup>88</sup> é incorreto afirmar que Ludwig Anselm Von Feuerbach foi o criador da expressão *nullum crimen, nulla poena sine lege*, pois em suas obras se encontra apenas a articulação das formulas *nulla poena sine lege, nullun crimen sine poena legali* e *nulla poena sine crimine*.

Segundo Nilo Batista, Feuerbach é o principal representante das chamadas **Teorias Relativas quanto ao fundamento da punição**, cuja essência se assenta no caráter de prevenção da pena. De acordo com o jurista alemão, a finalidade do estado é garantir a convivência humana por meio do Direito, sendo o crime uma violação da norma jurídica, cabendo ao Estado coibir essa violação por intermédio de uma coação psíquica –cominação de leis penais que ameaçam os cidadãos com

---

<sup>85</sup> LOPES, Mauricio Antonio Pereira. **Princípio da legalidade penal**. São Paulo: RT, 1994. p.31.

<sup>86</sup> LUISI, Luiz. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica, medidas provisórias e direito penal**. São Paulo: RT, 1999. p. 253.

<sup>87</sup> TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 21.

<sup>88</sup> BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 4. ed. Rio de Janeiro: Renavan, p. 66.

a imposição de uma pena – e de uma coação física –imposição da pena àqueles que cometem violações às normas penais, sendo que de acordo com Magalhães Noronha “o fim da pena é a intimidação, fazer com que as pessoas não cometam crimes; é uma ameaça legal com vistas à prevenção do crime”.<sup>89</sup>

A partir da concepção de Feuerbach, o jurista espanhol Reinhart Maurach<sup>90</sup>, seguido, neste sentido, pelo brasileiro Francisco de Assis Toledo<sup>91</sup>, estabeleceu quatro desdobramentos do princípio da legalidade:

a) *nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*

Proíbe a edição de leis retroativas que venham a fundamentar ou agravar a punibilidade. Francisco de Assis Toledo assevera que somente a lei em sentido estrito pode instituir crime e pena, devendo ser anterior ao fato que se quer punir.<sup>92</sup>

b) *nullum crimen, nulla poena sine lege scripta*

Significa que apenas a lei pode criar crimes e penas, sendo vedada a aplicação do direito consuetudinário para fundamentar ou agravar a situação de um acusado.<sup>93</sup>

c) *nullum crimen, nulla poena sine lege stricta* ou *proscrição da analogia*:

Veda a fundamentação ou o agravamento da punibilidade pelo uso da analogia. Porém, existem dois tipos de analogia: a analogia *in malam partem* ou *in bonam partem*. A primeira fundamenta a aplicação ou a agravação da pena em prejuízo do acusado; a segunda fundamenta a não-aplicação ou a diminuição da pena, em benefício do acusado. E, caso a analogia se dê *in bonam partem*, ela poderá ser aplicada no âmbito do direito penal.<sup>94</sup>

Zaffaroni e Pierangelli também chamam este sub-princípio de *proscrição da analogia*.<sup>95</sup>

d) *nullum crimen, nulla poena sine lege certa*

<sup>89</sup> NORONHA, E Magalhães. **Direito penal**. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. v. 1. p. 28-29.

<sup>90</sup> MAURACH, 1962 apud LOPES, 1994.

<sup>91</sup> TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 23.

<sup>92</sup> TOLEDO, op. cit., p. 24

<sup>93</sup> TOLEDO, op. cit., p. 25.

<sup>94</sup> TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 26.

<sup>95</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 2. ed. São Paulo: RT, 1999. p. 173-175.

Proíbe a existência de leis penais indeterminadas, ou seja, que descrevam vagamente a conduta ilícita, impedindo a determinação da real abrangência do preceito normativo, pois isso possibilitaria o arbítrio do julgador. A lei penal deve ser certa. São vedadas expressões ambíguas ou vazias de conteúdo, bem como a imprecisão e a incriminação vaga, como constata Francisco de Assis Toledo<sup>96</sup>:

“A exigência de lei certa diz com a clareza dos tipos, que não devem deixar margens a dúvidas nem abusar do emprego de normas muito gerais ou tipos incriminadores genéricos, vazios. Para que a lei penal possa desempenhar função pedagógica e motivar o comportamento humano, necessita ser facilmente acessível a todos, não só aos juristas. Infelizmente, no estágio atual de nossa legislação, o ideal de que todos possam conhecer as leis penais parece cada vez mais longínquo, transformando-se, por imposição da própria lei, no dogma do conhecimento presumido, que outra coisa não é senão pura ficção científica.”

Há que se ressaltar, todavia, a existência das chamadas "leis penais em branco", plenamente compatíveis com o princípio da legalidade, pois são normas que apenas apresentam um preceito incompleto, que remetem a outra norma jurídica que as complementam.<sup>97</sup>

Outra concepção de seus desdobramentos é a do jurista italiano Ferrando Mantovani<sup>98</sup>, corroborada pelo italiano Francesco Palazzo<sup>99</sup> e do brasileiro Luiz Luizi<sup>100</sup>, que afirmam descenderem do princípio da legalidade, na esfera penal, três subprincípios:

a-) reserva legal: é muitas vezes utilizada como sinônimo do princípio de legalidade. Surgiu num contexto e traduziu-se pela idéia de Césare Beccaria de que somente as leis podem decretar penas para os delitos, sendo que esta autoridade não pode residir, senão, no legislador, que representa toda a sociedade organizada por um contrato social.<sup>101</sup> A reserva legal é um dos maiores postulados

---

<sup>96</sup> TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 29.

<sup>97</sup> TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 29.

<sup>98</sup> MANTOVANI, 1961, apud PALAZZO, Francesco. **Valores Constitucionais e Direito Penal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris editor.

<sup>99</sup> PALAZZO, Francesco. **Valores Constitucionais e Direito Penal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris editor, 1989.

<sup>100</sup> LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris editor, 1991.

<sup>101</sup> BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradutor Florio de Angelis. São Paulo: Edipro, 1993. p. 18.

do Iluminismo, tendo como base as Teorias Contratualistas<sup>102</sup> de origem e formação do Estado como se depreende da citação anterior de Beccaria.

De acordo com Nilo Batista, o princípio da legalidade, assim como é a base estrutural do próprio Estado de Direito, é também a pedra angular de todo o direito penal que aspire a segurança jurídica, compreendida não apenas na aceção de previsibilidade da intervenção do poder punitivo do Estado, mas também na perspectiva de segurança jurídica, pois garante que o cidadão não será submetido à coerção penal diversa da estabelecida anteriormente em lei.<sup>103</sup>

Na ceara da reserva legal há que se fazer uma distinção entre as concepções formal e substancial de crime, sendo aquela a expressão mais genuína do positivismo jurídico, pois crime é aquilo que está tipificado, ou seja, aquilo que o legislador entende como conduta ilícita à qual é cominada uma pena em abstrato. A concepção substancial vai buscar na criminologia o que é crime, mas para efeitos do princípio da legalidade prevalece a concepção formal de crime.<sup>104</sup>

b-) determinação taxativa<sup>105</sup>:

A expressão é uma segunda decorrência do princípio da legalidade, e significa que as leis penais devem ser claras, certas e precisas, retratando comando dirigido ao legislador na edição de normas penais incriminadoras, sendo, portanto uma exigência para a redução da variabilidade subjetiva no momento da aplicação da lei.<sup>106</sup> Conforme Luiz Luisi a taxatividade *“preside, portanto, a formulação da lei penal, a exigir qualificação e competência do legislador, e o uso por este da técnica correta e de uma linguagem rigorosa e uniforme.”*<sup>107</sup>

Trata-se do postulado da *lex certa* que exige clareza na delimitação dos tipos, que não devem deixar nenhum sentido dúbio, dar margem a dúvidas e/ou utilizar-se

<sup>102</sup> Sobre as Teorias Contratualistas, vide nota de rodapé n.º 03.

<sup>103</sup> BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 4. ed. Rio de Janeiro: Renavan, p. 67.

<sup>104</sup> KIST, Dario José. Fundamentos do direito penal democrático. Disponível em: <<http://www.verbojuridico.com.br/solteoverbo/fundam.doc>>. Acesso em: 14 de jan. 2005.

<sup>105</sup> Tal expressão é assim utilizada por Luiz Luisi, na pagina 18 de seu livro princípios constitucionais penais. LUISI, Luiz. Princípios constitucionais penais. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris editor, 1991

<sup>106</sup> KIST, Dario José. Fundamentos do direito penal democrático. Disponível em: <<http://www.verbojuridico.com.br/solteoverbo/fundam.doc>>. Acesso em: 14 de jan. 2005.

<sup>107</sup> LUISI 1991 apud KIST, Dario José. Fundamentos do direito penal democrático. Disponível em: <<http://www.verbojuridico.com.br/solteoverbo/fundam.doc>>. Acesso em: 14 de jan. 2005.

de termos vagos, vazios e/ou genéricos, devendo ser compreensível a todos os seus destinatários.<sup>108</sup>

c-) irretroatividade da lei penal:

Segundo este postulado, que possui previsão constitucional<sup>109</sup>, a lei penal só poderá alcançar fatos cometidos após sua entrada em vigor, sendo inaplicável, em regra, a fatos anteriores, aplicável às situações jurídicas de lei penal no tempo.

A regra é *tempus regit actum*, ou seja, a lei penal a ser aplicada é aquela vigente quando da prática do delito. Contudo, ocorrendo a sucessão de leis que regulem o mesmo fato é necessária a análise de quatro situações: a) *lex gravior*: a lei posterior é mais gravosa ao réu que aquela que fora revogada. Neste caso, a lei a ser aplicada será a menos gravosa, ou seja, a lei do tempo do ato. É a regra da irretroatividade absoluta.; b) *abolitio criminis*: a lei posterior extinguiu o crime, havendo, portanto, a extinção da punibilidade do agente retroagindo a lei nova, por ser mais benéfica ao réu; c) *lex mitior*: a lei posterior é mais benevolente com relação à pena ou medida de segurança havendo, portanto, retroatividade; d) *lex tertia*: a lei editada posteriormente possui alguns preceitos mais severos e outros mais benignos, e assim sendo, embora haja divergências doutrinárias e de interpretação, o quanto ao juiz deverá captar os efeitos mais benéficos de ambas as leis e aplicá-los ao caso concreto. Aqui a divergência é com relação ao fato de que o juiz estaria criando uma terceira lei, entrando na esfera das atribuições legislativas o que lhe é vedado pelo princípio da tripartição dos poderes.<sup>110</sup>

De acordo com Nilo Batista, o princípio da legalidade pode ser decomposto em quatro funções<sup>111</sup>:

- a) proíbe a retroatividade da lei penal que implique em prejuízo ao réu podendo retroagir em situações benéficas ao réu, como o *abolitio criminis* e as causas de atenuação de pena;
- b) proíbe a criação de crimes e penas pelo costume, pois somente a lei escrita, que obedeça a todo trâmite de elaboração previsto constitucionalmente, poderá eleger condutas que serão tuteladas

<sup>108</sup> KIST, Dario José. Fundamentos do direito penal democrático. Disponível em: <<http://www.verbojuridico.com.br/solteoverbo/fundam.doc>>. Acesso em: 14 jan. 2005.

<sup>109</sup> Previsto no artigo 5º, XL: "a lei penal não retroagira, salvo para beneficiar o réu."

<sup>110</sup> KIST, Dario José. Fundamentos do direito penal democrático. Disponível em: <<http://www.verbojuridico.com.br/solteoverbo/fundam.doc>>. Acesso em: 14 de jan. 2005.

<sup>111</sup> KIST, Dario José. Fundamentos do direito penal democrático. Disponível em: <<http://www.verbojuridico.com.br/solteoverbo/fundam.doc>>. Acesso em: 14 de jan. 2005.



pelo direito penal. O costume só poderá ser utilizado na integração da norma com o fito de elucidar elementos dos tipos penais;

c) proíbe a criação de crimes e penas por meio da analogia<sup>112</sup>. É a vedação da analogia *in malam partem*, sendo possível aplicá-la *in bonam partem*, ou seja, em benefício do acusado.

d) veda a incriminação vaga e indeterminada, aquela que não tenha clareza quanto à significação dos termos e palavras constantes no tipo penal. Assim sendo, são vedadas cláusulas gerais, tipos genéricos ou vazios, conceitos indeterminados ou ambíguos.

Para Lycurgo de Castro Santos, o princípio da legalidade é a limitação do *ius puniendi* do Estado, sendo que esta limitação se dá no âmbito material quando o princípio *nullum crimen, nulla poena sine lege* é concebido como um fenômeno jurídico-penal atrelado aos outros princípios que compartilham da mesma idéia de limitação do Estado no âmbito privado dos cidadãos e à técnica legislativa de que a lei penal deve ser *scripta e stricta*.<sup>113</sup>

Cezar Roberto Bittencourt infere que este princípio é uma efetiva limitação ao poder punitivo estatal, fundamental ao Direito Penal. Seu reconhecimento surgiu com o passar dos tempos, muito embora tenha servido muitas vezes de fachada formal a Estados Liberais, também chamados de Estados meramente de Direito e que operam seus sistemas jurídicos de forma meramente legalista, ou seja, despidos de escalas de valores e que se utilizam da legalidade para mera legitimação do poder punitivo de um Estado que se transforma, assim, num instrumento de autoritarismo.<sup>114</sup>

Pilar Gómez Pavón infere que o princípio da legalidade é considerado, de acordo com as mais diversas teorias, como previsibilidade de reação estatal, a sujeição do juiz a lei. Mas existem também teorias que o fundamentam no princípio da igualdade como também no da legitimidade democrática. Para esta autora, o fundamento político deste princípio não pode ser considerado tão somente como mera garantia de segurança e previsibilidade, mas deve também corroborar com os

---

<sup>112</sup> A analogia é um procedimento que alarga o alcance de um tipo a um caso semelhante.

<sup>113</sup> SANTOS, [199-] apud KIST, Dario José. Fundamentos do direito penal democrático. Disponível em: <<http://www.verbojuridico.com.br/solteoverbo/fundam.doc>>. Acesso em: 14 de jan. 2005.

<sup>114</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. v. 1. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 10.

interesses das maiorias e não do soberano ou de determinados grupos. Isto posto pode-se fundamentar este princípio na igualdade de todos perante a lei, excluídos privilégios e exceções como consequência necessária do respeito à dignidade humana. No fundamento político e substancial o entendimento do princípio da legalidade como garantia de todos frente ao poder que, por sua vez, encontra-se limitado pela lei emanada da vontade popular.<sup>115</sup>

Aponta a autora, ainda, a posição contrária a este entendimento que é sustentada por Jesús-María Silva Sánchez que afirma que o princípio da legalidade é um reforço de uma política criminal preventiva-geral que dá respaldo à certeza da punição e à consequente eficácia da norma correspondente.<sup>116</sup>

Apresentadas essas concepções e feita esta breve abordagem acerca do princípio da legalidade, será apresentado no capítulo seguinte o chamado Direito Penal Econômico, como uma forma de ilustrar que há uma tendência de adotar como via de superação do paradigma penal atual a funcionalização extrema do direito penal com a consequente flexibilização de princípios clássicos de direito penal, dentre eles o da legalidade.

---

<sup>115</sup> PAVÓN, Pilar Gómez. Cuestiones actuales Del derecho penal económico. **Revista brasileira de ciências criminais**. Ano 12. n.48. maio-junho, 2004. (p. 108 a 143). p. 111-112.

<sup>116</sup> PAVÓN, Pilar Gómez. Cuestiones actuales Del derecho penal económico. **Revista brasileira de ciências criminais**. Ano 12. n.48. maio-junho, 2004. (p. 108 a 143). p. 111-112.

## Capítulo 3. DIREITO PENAL ECONÔMICO

### 3.1 ORIGEM

Antes da Primeira Grande Guerra existiam normas penais acerca dos preços, do monopólio das corporações de ofício, cunhagem de moedas, especulação e açambarcamento, dentre outras dispostas de modo desordenado.

O desenvolvimento científico e a estruturação normativa do direito penal econômico ocorreram notadamente após o término da Primeira Grande Guerra sendo importante, neste sentido, a observação de Eduardo Correia:<sup>117</sup>

“Importa que a consolidação do direito penal econômico, como objeto de estudo sistemático, tenha advindo somente com os problemas de escassez e racionamento de mercadorias, após a eclosão da Segunda Grande Guerra. De ressaltar que essa necessidade logo tenha recaído sob os mantos da tutela penal, sem prévio recurso a meios não-penais de controle das práticas consideradas ética e socialmente reprováveis, o que se explica, de certa maneira, pela reduzida eficiência que poderiam apresentar, em períodos de exceção, formas meramente administrativas de controle.”

Segundo Luciano Nascimento Silva<sup>118</sup>, o estudo da delinqüência econômica e, por conseqüência, do Direito Penal Econômico, deve iniciar-se no Direito Econômico. Este surgiu como ciência jurídica no início do século XX tendo em vista a crescente intervenção do Estado no domínio econômico. Isto se deu, como já falado no parágrafo anterior, por conta das diversas transformações que se operaram mundialmente no período pós-guerra, quando o intervencionismo estatal passou a ser uma realidade na economia do estado moderno, pois:

“(...) o planejamento de setores fundamentais da economia levou o estado a exercer atividades nitidamente econômicas e a estabelecer políticas destinadas a direcionar tais atividades, cuja *regulamentação jurídica* passou a constituir arcabouço do Direito Econômico.”<sup>119</sup>

---

<sup>117</sup> CORREIA, [199-] apud CORACINI, 2004. p. 430

<sup>118</sup> SILVA, Luciano Nascimento. **O moderno direito penal econômico: a ciência criminal entre o econômico e o social.** Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 24 mai. 2004.

<sup>119</sup> SILVA, Luciano Nascimento. **O moderno direito penal econômico: a ciência criminal entre o econômico e o social.** Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 24 mai. 2004.

Para proteger este sistema intervencionista estatal, quando do surgimento das grandes empresas detentoras de forte poder econômico, foram criadas normas penais de natureza econômica como instrumento de proteção da economia nacional e popular<sup>120</sup>:

“(...) os traços da evolução do direito penal econômico em muito se confundem com as transformações estruturais – de conteúdo econômico e social – verificadas ao longo do tempo. Assim, se a proteção de bens jurídicos de relevância econômica remonta às próprias origens do direito, notam-se, modernamente, alterações relativas à própria valoração desses bens jurídicos, os quais se conformam à – variável – concepção política de Estado, carecedoras de se fundamentarem nas finalidades – constitucionalmente valoradas e delimitadas – de cada Estado.

A partir de múltiplas revoluções industriais e científicas que varreram o mundo desde o século que passou, pode-se afirmar que as relações sociais tornaram-se mais e mais orgânicas, e é na realidade dessa complexidade, cujos limites exatos são desconhecidos, que avulta o fenômeno da criminalidade econômica.”<sup>121</sup>

Muito embora o Brasil seja um país que nunca conheceu em seu solo as aflições da guerra, não significa que nunca conheceu crises econômicas decorrentes de abalos externos e oscilações de política interna, que culminaram no impulso da produção legislativa de direito econômico e dos crimes econômicos.<sup>122</sup>

Destaque-se que as consecutivas leis sobre a matéria não tiveram, aqui no Brasil, um ponto de vista sistêmico e harmônico, não contemplando com um tratamento adequado e diferenciado dos delitos econômicos, seja dentro do Código Penal, seja na legislação extravagante.<sup>123</sup>

A Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934, estabelecia a proibição da usura com punição na forma da lei no parágrafo único do artigo 117:

“Art. 117 - A lei promoverá o fomento da economia popular, o desenvolvimento do crédito e a nacionalização progressiva dos bancos de depósito. Igualmente providenciará sobre a nacionalização das empresas de seguros em todas as suas modalidades, devendo constituir-se em sociedades brasileiras as estrangeiras que atualmente operam no País.  
Parágrafo único - É proibida a usura, que será punida na forma da Lei.”<sup>124</sup>

<sup>120</sup> SILVA, Luciano, loc. cit.

<sup>121</sup> CORACINI, Celso Eduardo Faria. *Contexto e conceito para o direito penal econômico*. RT, ano 93, v. 829, novembro de 2004. p. 432.

<sup>122</sup> CORACINI, loc. cit.

<sup>123</sup> CORACINI, op. cit., p. 432-433.

<sup>124</sup> BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 16 de julho de 1934**. Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 10/03/2005.

A partir de então, surgiram normas especiais incriminadoras, dentre elas o Decreto-lei n.º 7.661/45 que tratava da falência, da concordata e dos crimes falimentares. Porém, mais uma vez se faz necessário ressaltar, que não havia um sistema propriamente dito, pois estas normas esparsas formavam apenas um emaranhado de regras do qual não era possível vislumbrar um liame sistêmico.<sup>125</sup>

Nos anos setenta e oitenta, as obras de Manoel Pedro Pimentel<sup>126</sup>, Gerson Pereira dos Santos<sup>127</sup> e Roberto Lyra Filho<sup>128</sup> retratavam a vinculação dos desajustes da economia com um novo tipo de criminalidade, devendo-se destacar a pioneira obra de Pimentel, editada em 1973, que deu início ao desenvolvimento deste tema no Brasil, muito embora pouco tenha se desenvolvido por aqui nesta época, ao contrário do que ocorria com a doutrina estrangeira que já se debruçava arduamente sobre a criminalidade econômica.

Importante ressaltar que na tradição liberal a expressão *ordem econômica*<sup>129</sup>, utilizada na legislação penal brasileira, limita-se a abarcar a proteção de normas referentes aos preços ou à concorrência desleal. O conceito desta expressão sempre foi muito restrito e jamais contemplou em sua substância uma ordem econômica socialmente justa. Porém, isto aconteceu anos depois com o advento da Constituição Federal de 1988 que contemplou, no *caput* do artigo 170, uma ordem econômica que deve, por finalidade precípua, assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social, substituindo-se, desta maneira, a anterior ordem econômica liberal por uma ordem econômica intervencionista.<sup>130</sup>

No limiar dos anos noventa, foi editado o trabalho de doutorado de Márcia Dometila de Carvalho intitulado *“Da fundamentação constitucional do direito penal*

---

<sup>125</sup> SILVA, Luciano Nascimento. **O moderno direito penal econômico: a ciência criminal entre o econômico e o social.** Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 24 mai. 2004.

<sup>126</sup> PIMENTEL, Manoel Pedro. **Direito Penal Econômico.** 1.ed. São Paulo: RT, 1973.

<sup>127</sup> SANTOS, Gerson Pereira dos. **Direito Penal Econômico.** São Paulo: Saraiva, 1981.

<sup>128</sup> LYRA FILHO, Roberto. **Criminologia.** Rio de Janeiro: Forense, 1964.

<sup>129</sup> “A ordem econômica é o interesse do Estado na conservação da sua capacidade produtora para o cumprimento de sua tarefa e na conservação da ordem legal para a economia, tanto em seu conjunto como em suas ordenações parciais, e (...) como interesse do indivíduo em participar nos bens de consumo e no desenvolvimento de uma atividade adequada de sua vontade profissional de atuação e lucro” In FERNANDES, 1993 apud 2004. p. 432-433,

<sup>130</sup> GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação crítica.** São Paulo: Malheiros, 1997. p. 52.

*econômico e da relevância do crime econômico e ambiental*<sup>131</sup> refletindo o então crescente interesse da doutrina nacional pela matéria, comprovado pelo aumento de publicações acerca do tema como as de João Marcelo de Araújo Junior<sup>132</sup>, alertando-nos sobre uma criminalidade de poderio ofensivo, de reprovação máxima, com uma necessidade latente de exames criminológicos e científicos, bem como a pesquisa de Ela Wiecko de Castilho<sup>133</sup>.

A política criminal brasileira ressent-se de uma ligação entre as normas criminalizadoras econômicas e o tratamento possível para a matéria, mas é possível notar uma hipertrofia do sistema penal que se dá pela ânsia de um direito penal que estenda seus braços e alcance as pessoas físicas e jurídicas sujeitos pertencentes à criminalidade econômica.

Trata-se de um desafio de minimização de certos dogmas garantistas do Direito Penal Clássico, Moderno e Iluminista, para que, a partir daí, possa surgir, num paradigma penal de funcionalização extrema ou de expansão do direito penal, um novo direito penal: o Direito Penal das sociedades pós-industriais também chamado de Direito Penal pós-moderno.

O apelo da minimização dos dogmas garantistas se dá pelo clamor social, em muito influenciado pela mídia, por uma intervenção cada vez maior e mais enérgica do Estado e seu mais enérgico instrumento, o direito penal, que se contrapõe ao direito penal mínimo, numa tentativa desesperada de equilibrar a insegurança pós-moderna, criminalizando-se porque, nos dizeres de Fábio Bittencourt da Rosa: *“não há como vigiar o cumprimento do dever de concretizar-se o cuidado mínimo.”*<sup>134</sup>

### 3.2 AUTONOMIA

---

<sup>131</sup> CARVALHO, Márcia Dometila de. **Da fundamentação Constitucional do Direito Penal Econômico e da Relevância do Crime Econômico e Ambiental**. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo - FADUSP, 1990. Tese de doutorado em Direito Penal.

<sup>132</sup> ARAUJO JUNIOR, João Marcello de; SANTOS, Marino Barbero. **A reforma penal: ilícitos penais econômicos**. Rio de Janeiro: Forense, 1987; ARAUJO JUNIOR, João Marcello de. **Os crimes contra o sistema financeiro no esboço da nova parte especial do Código Penal de 1994**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 3, n.º 11, p. 145-165, jul-set, 1995; ARAUJO JUNIOR, João Marcello de. **Dos crimes contra a ordem econômica**. São Paulo: RT, 1995.

<sup>133</sup> CASTILHO, Ela Wiecko de. **O controle penal nos crimes contra o sistema financeiro nacional: Lei n.º 7.492, de 16 de junho de 1986**. Belo Horizonte: [199?]

<sup>134</sup> ROSA, Fábio Bittencourt da. Da vingança de sangue ao direito penal do inimigo. Disponível em: <[www.derechopenalonline.com](http://www.derechopenalonline.com)>. Acesso em 19/02/2005.

Para Celso Eduardo Faria Coracini<sup>135</sup> o direito penal econômico tem autonomia perante o direito econômico e respeita o direito penal geral.<sup>136</sup> Cita a observação de Géron Pereira dos Santos de que “*sendo delito, o econômico importa ao direito penal*”<sup>137</sup>, sendo interessante, neste mote, apresentar o pensamento de Coracini sobre o tema:

“Por sua vez, relativamente à autonomia do direito penal econômico diante do direito penal, já poucos ousam tratar o direito penal econômico como ramo autônomo e independente do direito penal (Eduardo Novoa Monreal indica tal posição sem defendê-la (*reflexiones para la determinación y delimitación Del delito econômico*. Anuário de Derecho Penal y Ciências Penales, Madrid, t. 35, n. 1, p. 43-75, ene-abr. 1982. p. 44/45), devendo-se, portanto, reconhecer tratar-se de disciplina especial do direito penal. Interessante questão propõe Jorge de Figueiredo Dias (“*Breves considerações sobre o fundamento, o sentido e a aplicação das penas em direito penal econômico*”, *Direito Penal Econômico e Europeu: textos doutrinários*. Coimbra: Ed. Coimbra, 1998, vol. I, p. 375-386), ao questionar a tendência à autonomização do direito penal econômico, no que se refere ao ilícito, às sanções e à aplicação concreta das sanções no direito penal econômico, em face de seus correspectivos no direito penal geral, concluindo positivamente, a partir de várias especificidades percebidas nos delitos econômicos, sem, contudo, proceder-se ao abandono dos princípios do direito penal geral.”<sup>138</sup>

De acordo com Tiedemann:

“(...) historicamente, o direito econômico tem sua origem na direção e planificação estatal da economia. Daí seu conceito restritivo, nascido na Alemanha por meio de algumas disposições legais isoladas aparecidas durante a Primeira Guerra Mundial. Logo se adotou um verdadeiro arsenal de medidas econômico-jurídico-administrativas, nas quais a sanção penal não se limitava aos casos mais graves. (...) A época seguinte, em que pese o intervencionismo estatal no terreno econômico durante a República de Weimar, conduziu a sua parcial supressão. Contudo, persistiam geralmente as formas jurídicas estruturadas em virtude da economia de guerra e converteram-se em fundamento do direito industrial ou do direito econômico de novo cunho. Paralelamente à evolução econômico-industrial, surgiu um direito econômico especial sob o amparo do direito penal.”<sup>139</sup>

O direito penal econômico possui uma relação de interdependência com o direito administrativo, e tendo em vista a amplitude de seu conteúdo, pode-se dizer que se trata de um *direito de superposição*, como afirma Heloísa Estellita

<sup>135</sup> CORACINI, op. cit., p. 436-437.

<sup>136</sup> CORACINI, loc. cit

<sup>137</sup> SANTOS, 1981 apud CORACINI, 1981. p. 96.

<sup>138</sup> CORACINI, Celso Eduardo. 1993 Contexto e conceito para o direito penal econômico **Revista dos tribunais**, São Paulo v. 829, p. 437-438, nov. 2004.

<sup>139</sup> TIEDEMANN, 1998 apud CORACINI, 2004. p. 435-436.

Salomão<sup>140</sup>, posto que “há uma extensa e intrincada regulamentação da economia cujas metas se quer proteger”<sup>141</sup> e complementa dizendo que para se compreender o delito econômico, se faz necessária à disciplina jurídico-econômica do fato, ou seja, a compreensão da tipicidade no direito penal econômico.<sup>142</sup>

Especificamente neste ponto é possível vislumbrar a coerência dos Teóricos Críticos do Direito Penal ao propor, a par da opção teórica que fazem pelo direito penal mínimo, com a qual, particularmente, esta autora compartilha a partilha de uma visão criminológica crítica, o chamado Direito de Intervenção.

### 3.3 NOMENCLATURA E CONCEITO

Quanto à designação desse “novo direito penal”, alguns autores, como explica Eduardo Correia, o chamam de direito penal econômico, que seria um direito de modelação, direção, intervenção, dirigismo, planificação da ordem econômica; já outros o chamam de direito penal da economia, que seria um direito de proteção, de garantia.<sup>143</sup>

Na Alemanha Federal é chamado de *Wirtschaftsstrafrecht* e na República Democrática Alemã, de *Straftaten gegen die Volkswirtschaft*, podendo ser concebido crimes contra a economia popular; na França, os autores falam do *Droit penal économique*, tendo como representantes G. Farjat, Vouin, Jeantet, Vitu, Mazeaud e Hemard, dentre outros, bem como do *droit penal des affaires*, o qual pode ser traduzido como direito penal dos negócios, das empresas. Na América do Norte, sob a influência de Sutherland, é identificado como *White-collar criminality*, os chamados “crimes de colarinho branco”, ou criminalidade ocupacional, como preferem Clinard e Quinney, bem como “*corporate crimes*” ou crimes corporativos.<sup>144</sup>

<sup>140</sup> SALOMÃO, [199-] apud., CORACINI 2004, p. 436.

<sup>141</sup> SALOMÃO, Heloisa Estellita. Tipicidade no direito penal econômico. *Revista dos Tribunais* São Paulo, v. 725, p. 407-423, mar 1996.

<sup>142</sup> CORACINI, Celso Eduardo Faria. **Contexto e conceito para o direito penal econômico**. RT. Ano 93, v. 829. nov. de 2004. p. 436.

\* Exemplificativamente: zelando pelo correto funcionamento do mercado de consumo e capitais, coibir abusos do poder econômico, zelar pela saúde financeira do Estado e dos contribuintes do Fisco

<sup>143</sup> CORREIA, Eduardo. Introdução ao direito penal econômico. In INSTITUTO DE DIREITO PENAL ECONÓMICO E EUROPEU DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA. **Direito penal económico e europeu: textos doutrinários**. Coimbra: Coimbra editora, 1998. v.1. p. 293-296.

<sup>144</sup> CORREIA, Eduardo. Introdução ao direito penal económico. In INSTITUTO DE DIREITO PENAL ECONÓMICO E EUROPEU DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA.



Alguns doutrinadores, como parece possível inferir do parágrafo anterior, recorrerem a uma tipologia de agente para definir o que é o direito penal econômico. Porém, esquecem de que toda a legislação criminal, num Estado Social de Direito há de passar, fundamentalmente, pela definição dos bens jurídicos ou valores que se pretende proteger, assim como pela descrição do *modus operandi* que os viola ou os põe em perigo. Isto posto, não se pode cogitar o Direito Penal Econômico como um direito penal de agentes.<sup>145</sup>

Nessa linha de pensamento, Tiedemann menciona um direito penal econômico em sentido amplo, atentando para o fato de que esses delitos, além de violarem bens jurídicos individuais, atingem bens jurídicos supra-individuais, ferindo interesses gerais ou sociais. Trata-se, portanto, na visão deste autor, de um conjunto de normas que regulamentam a produção, circulação e a distribuição dos bens jurídico-econômicos supra-individuais. Infere, ainda, que a definição em sentido amplo do direito penal econômico é conciliatória, pois busca abarcar não só os delitos contra a planificação da economia, mas também aqueles que estão relacionados com a atividade econômica, bem como aqueles que contrariam as normas estatais de organização e proteção da vida econômica<sup>146</sup>:

“Klaus Tiedemann atribui duas acepções ao direito penal econômico. Uma em sentido estrito, que o concebe como o ‘direito da direção da economia pelo Estado’ a compreender, exemplificativamente, o direito penal exterior, o controle de preços e o direito fiscal. A “acepção ampla” do direito penal econômico consistiria no ‘conjunto de normas jurídicas promulgadas para a regulação da produção e a fabricação e distribuição de bens econômicos’, a compreender o direito penal sobre a concorrência desleal, sobre o sistema financeiro, sobre o direito penal de proteção ao trabalho.”<sup>147</sup>

Coracini, numa crítica ao supracitado autor, entende que não é necessário formular duas acepções de direito penal econômico nos moldes propostos por Tiedemann, entendendo que as referidas diferenças devem ser enfrentadas no âmbito dos bens jurídicos.<sup>148</sup>

---

**Direito penal económico e europeu:** textos doutrinários. Coimbra: Coimbra editora, 1998. v.1. p. 293.

<sup>145</sup> CORREIA, *loc. cit.*

<sup>146</sup> CORACINI, Celso Eduardo Faria. **Contexto e conceito para o direito penal econômico.** RT. Ano 93, v. 829. nov. de 2004. p. 438-439.

<sup>147</sup> TIEDEMANN, [199-] apud CORACINI, 2004, p. 438.

<sup>148</sup> CORACINI, Celso Eduardo Faria. **Contexto e conceito para o direito penal econômico.** RT. Ano 93, v. 829. nov. de 2004. p. 439

Ao conjunto de normas jurídicas que correspondem à modelação da vida económica, certos autores franceses como Farjat, chamam-no de “*droit économique*” por oposição ao “*droit de l’économie*”.<sup>149</sup>

De acordo com Eduardo Correia, mesmo assim, os autores não conseguiram esclarecer o problema do conceito de direito penal económico, pois se recorre ao grau do dano causado, ao tipo de agente, ao *modus operandi* e a frequência da verificação da violação como elementos caracterizantes do comportamento antieconómico.<sup>150</sup>

Para Buján Peres, o direito penal económico pode ser concebido em sentido estrito como:

“El conjunto de normas jurídico-penales que protegen el orden económico, entendido como regulación jurídica del intervencionismo estatal en la Economía; dentro de esta concepción, el orden económico, configurado como regulación jurídica, constituye, pues, el objeto de protección del Derecho penal en sentido estricto, aunque en cada figura delictiva dicho orden aparezca concretado normalmente en un determinado interés del Estado, que es el que merecerá la calificación de bien jurídico en sentido técnico directamente protegido.”<sup>151</sup>

Já o conceito de direito penal económico, em sentido amplo, para o supra citado autor, consiste em:

“(…) el conjunto de normas jurídico-penales que protegen el orden económico entendido como regulación jurídica de la producción, distribución e consumo de bienes y servicios.”<sup>152</sup>

Zirpins e Terstegen chamam a atenção para a ideia de violação da confiança como elemento característico dos delitos económicos, valendo para muitos, senão, para todos os delitos. Referem-se à confiança como ordem da vida económica<sup>153</sup>:

“(…) habrá delito económico cuando e enquanto as actividades punibles são apropiadas a perturbar ou a por em perigo a ordem económica, na

<sup>149</sup> CORREIA, Eduardo. Introdução ao direito penal económico. In INSTITUTO DE DIREITO PENAL ECONÓMICO E EUROPEU DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA. **Direito penal económico e europeu: textos doutrinários**. Coimbra: Coimbra editora, 1998. v.1: Problemas gerais. p. 311.

<sup>150</sup> INSTITUTO DE DIREITO PENAL ECONÓMICO E EUROPEU DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA loc. cit.

<sup>151</sup> PEREZ, Carlos Martínez-Buján. **Derecho penal económico: parte general**. Valencia: Tirant lo blanch, 1998. p. 34-35.

<sup>152</sup> PEREZ, loc. cit.

<sup>153</sup> ZIRPINS-TERSTEGEN, apud SILVA, Luciano, 2004.

medida em que a confiança, fundamental a qualquer sistema económico, e ofendida.”

Já para os alemães Lorenz e Bertling, os delitos económicos são aqueles praticados num ambiente económico, lesando ou pondo em perigo as leis da economia. Eles estariam *tipicamente* ligados às atividades privadas de comerciantes, industriais, gerentes, estabelecimentos comerciais, etc.<sup>154</sup> Trata-se também de um critério impreciso, pois este conceito não comporta os delitos de modelos de economia socialistas, nem atividades das pessoas físicas que estejam fora da atividade profissional.<sup>155</sup>

Uma corrente germânica, a qual tem como representante Zirpins, enfatiza que o direito penal económico está no aproveitamento ilegal de formas e instrumentos utilizados no direito e no comércio económicos, só que, segundo Delmas-Marty, este critério passa a supor o elemento intencional da boa ou da má-fé; da honestidade ou da desonestidade nas atividades económicas e isso se encontra numa linha tênue com a finalidade da atividade comercial, que é a mais valia, a obtenção de lucro, do ganho. A problemática está em saber onde se encontra o excesso, o liame entre o que é permitido e o que é abuso.<sup>156</sup>

Outra via para se estabelecer um conceito de delito económico é quanto à especialização dos órgãos formais para a apreciação e combate aos delitos económicos. Essa especialização se dá por conta da complexidade dos tipos e a dificuldade de prova.

Tais órgãos são criados em consideração ao particularismo material e processual destes crimes, exemplos dessa especialização temos, na fase investigatória, a brigada económica na polícia judiciária de Paris, a City of London Police e a Metropolitan Police na Inglaterra.

De acordo com Eduardo Correia, o problema do conceito de delito económico deverá ser resolvido através da criação de um só diploma pela enumeração taxativa das disposições legais que se consideram por ele abrangidas, devendo tal enumeração obedecer à necessidade de combate dessas condutas pela via criminal

---

<sup>154</sup> CORREIA, Eduardo. Direito penal e direito de mera ordenação social. In INSTITUTO DE DIREITO PENAL ECONÓMICO E EUROPEU DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA. **Direito penal económico e europeu: textos doutrinários**. Coimbra: Coimbra editora, 1998. v.1. p. 313.

<sup>155</sup> Ibid. p. 314

<sup>156</sup> INSTITUTO DE DIREITO PENAL ECONÓMICO E EUROPEU DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA. loc. cit.

como *ultima ratio*, como a última forma de combate a certos comportamentos inadmissíveis na vida econômica.

Para Manoel Pedro Pimentel:

“O Direito penal econômico, portanto, é um sistema de normas que defende a política econômica do Estado, permitindo que esta encontre os meios para a sua realização. São, portanto, a segurança e a regularidade da realização dessa política que constituem precipuamente o objeto jurídico do Direito penal econômico. Além do patrimônio de indefinido número de pessoas, são também objeto de proteção legal o patrimônio público, o comércio em geral, a troca de moedas, a fé pública, e a administração pública, em certo sentido.”<sup>157</sup>

Segundo Heloísa Estellita Salomão<sup>158</sup>:

“O Direito Penal Econômico, com a amplitude de seu conteúdo, é um *direito de superposição*. Isto porque (...) há uma extensa e intrincada regulamentação da economia cujas metas se quer proteger. Pois bem, para a compreensão do delito econômico será imprescindível a compreensão, logicamente anterior, da disciplina jurídico-econômica do fato. É exatamente este fenômeno da superposição, os tipos delituosos econômicos não incidem diretamente sobre os fatos, mas, antes, sobre normas jurídicas que regulamentam situações de fato.”

Mas a grande questão que parece ainda não ter sido resolvida diz respeito ao critério a ser utilizado pela política criminal para delimitar quando a utilização da via criminal será necessária ao combate da criminalidade econômica em lugar de outros ramos do direito, como o direito administrativo, principalmente.

### 3.4 CRIMINALIDADE ECONÔMICA<sup>159</sup>

Para o norte-americano Edwin Sutherland, a criminalidade econômica é “*caracterizada por ser praticada por pessoas de respeitabilidade e elevado estatuto social, no decurso de sua profissão.*”<sup>160</sup> O problema do referido conceito é que está

<sup>157</sup> PIMENTEL, [199-] apud SALOMÃO, 1996, p. 407-423.

<sup>158</sup> SALOMÃO, Heloísa Estellita. Tipicidade no direito penal econômico. *Revista dos Tribunais* São Paulo, v. 725, p. 407-423, mar 1996. p. 414.

<sup>159</sup> Cf. ROYSEN, Joyce. Histórico da criminalidade econômica, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 11, p. 192-213, jan-mar 2003.

<sup>160</sup> SUTHERLAND, Edwin H. *White collar crime*. New York: The Dryden, 1961. p. 47 e seguintes, e 219 e seguintes.

atrelado à concepção de criminalidade econômica, ou seja, ao conceito tipológico de agente. Além disso, existem várias condutas que ferem regras da ordem econômica e que são praticadas por “homens de colarinho branco” mas que, entretanto, não constituem crimes, assim como, por outra via, existem muitas ações violadoras da ordem econômica que são praticadas por homens de inferior classe social <sup>161</sup>.

As concepções de criminalidade econômica de Clinard e Quinney são no sentido de que se trata de uma delinquência ligada à profissão: a chamada *occupation crime*. Utilizam somente uma parte da concepção de Sutherland, mas ainda assim, tais suas compreensões mostram-se estreitas, tendo em vista que há crimes a sistematizar, dentre os econômicos, que não estão ligados a uma ocupação profissional, como, por exemplo, a emissão de cheques sem fundo.<sup>162</sup>

Hans Joachim Schneider elaborou uma teoria quanto à criminalidade econômica no sentido da existência de uma teia criminoso, tecida por um fio criminoso com o objetivo de desencadear uma lucratividade astronômica num projeto racional de dominação econômica criminoso internacional fundado em três grupos de atuação independente, na tripartição organizacional, mas que possuem muitas ramificações e conexões ativas entre si. Um dos grupos é o central ou nuclear que tem como principal atribuição aprovisionamento, o transporte e a distribuição dos bens ilegais, normalmente através da coação e corrupção. Um segundo grupo tem como função a proteção institucional de toda a rede chamando para ela a política, a economia, a justiça, criando bolsas e espaços para sua atuação política. E por fim, um terceiro grupo com a finalidade de estabelecer meios para lavar o dinheiro conseguido de forma ilegal, operando ligações com instituições bancárias, cassinos e outras sociedades legalmente constituídas.<sup>163</sup>

Para lidar com a criminalidade econômica, segundo José de Faria Costa, devemos delimitá-la e percebê-la mediante critérios que observem a racionalidade de custos e benefícios econômicos. O comportamento tipo de criminalidade, segundo o autor, envolve o lucro a qualquer preço, a presença de ações violentas e inesperadas, ainda que este seja o preço pela continuidade dos “negócios”, sendo

---

<sup>161</sup> Sobre o conceito de classe elevada, média e inferior, cf. RIMANN e ZIRPIS-TERSTEGEN, 1973 apud SILVA, Luciano, 2004.

<sup>162</sup> CORREIA, Eduardo. Introdução ao direito penal econômico. In INSTITUTO DE DIREITO PENAL ECONÓMICO E EUROPEU DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA. **Direito penal económico e europeu: textos doutrinários**. Coimbra: Coimbra editora, 1998. v.1. p. 309.

<sup>163</sup> SCHNEIDER, 1998 apud COSTA, 2001, p. 17.

um comportamento marcado pela ausência de qualquer tipo de “código de honra” ou “código de conduta”. As organizações criminosas são assumidas como empresas de alto risco cuja atividade fundamental é a prática organizada de atividades criminosas que possibilitem lucros fabulosos, onde a relação entre o capital investido e o lucro obtido é quase infinitamente favorável no sentido do lucro. Isto porque no investimento de um capital relativamente pequeno há forte expectativa de lucro fabulosamente alto, sendo que: <sup>164</sup>

“É conveniente ressaltar que parte considerável dos delitos econômicos resulta de distorções de comportamentos considerados ‘normais’ na vida econômica, ou abusos de medidas e instrumentos da vida econômica”. <sup>165</sup>

De acordo com Raul Ampero os delitos econômicos têm como características serem perpetrados nos meios de produção; ser anônima ou indeterminada a pessoa ofendida e por ter como elemento subjetivo o autor ter a intenção de obter um lucro adicional ou unidade complementar no giro normal dos negócios mediante a execução de manobras constitutivas do delito no afã do lucro. <sup>166</sup>

### 3.5 BEM JURÍDICO E PREVENÇÃO PENAL

Segundo João Marcello de Araujo Junior o bem jurídico tutelado pelas normas de direito penal econômico seria a “ordem econômica”, sendo esta um bem de caráter supra-individual destinado a garantir um justo equilíbrio na produção, circulação e distribuição da riqueza entre os grupos sociais. <sup>167</sup>

A já citada “sociedade de risco”<sup>168</sup> ou da “insegurança”, conduziria a um “Estado de Prevenção” que os processos de privatização e liberalismo econômico, pelos quais estamos inundados, vêm a acentuar.

Em nota de rodapé sobre o Estado de Prevenção Silva Sánchez cita um trecho de um artigo denominado “*Risque, sécurité et démocratie*” escrito por Baratta

<sup>164</sup> COSTA, José Faria da. **O fenômeno da globalização e o direito penal econômico**. In **Temas de direito penal econômico**. Org: Roberto Podval. Vários autores. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 18/19

<sup>165</sup> TIEDEMANN, [199-] apud CORACINI, 2004. p. 437.

<sup>166</sup> AMPERO apud CORACINI, 2004, p. 437.

<sup>167</sup> SALOMÃO, Heloísa Estellita. Tipicidade no direito penal econômico. **Revista dos Tribunais** São Paulo, v. 725, p. 407-423, mar 1996. p. 415.

<sup>168</sup> Chamada pelos franceses de “civilisation du risque”.

e Wagner e publicado na *Déviance et Société* de 1994, v. 18. n. 3. na página 332, qual seja:

*“La société du risque entraîne avec elle l’État de prévention (Erhard Denninger). Il faut souligner que l’État de prévention et de sécurité est caractérisé par la tendance à la production normative et par des mécanismes décisionnels qui se réorganisent sans cesse comme réaction à une situation d’état d’urgence structurel. Le danger qui en résulte, savoir la mise en place de limitations inacceptables des libertés civiles par un pouvoir incontrôlé, par des agences étatiques de contrôle, est aussi un aspect central de la civilisation du risque.”*<sup>169 170</sup>

Aqui, então, a intervenção do estado na esfera jurídica do cidadão adianta-se ao dano e invade sua liberdade em nome da prevenção através de intervenções de inspeção que passam então a ser rotineiras, sendo que entre este procedimento de inspeção e os bens jurídicos merecedores de proteção penal existe uma distância enorme.<sup>171</sup>

Jésús-Maria Silva Sánchez elenca quatro fases do afastamento progressivo quanto à tutela penal feita deste modo e os bens jurídicos respectivos:

“Na primeira, a pretensão de evitação da lesão de um interesse pessoal ou patrimonial dá lugar à descrição de condutas lesiva, concretamente perigosas ou inclusive abstratamente perigosas para os mesmos. Esse vem sendo o âmbito da progressiva extensão do Direito Penal. Na segunda, se caracteriza o contorno típico de tais condutas perigosas mediante a descrição de contextos nos quais, genericamente, poder-se-iam produzir os referidos comportamentos; a esses contextos se pode reconduzir boa parte dos denominados bens coletivos. A lesão ou colocação em perigo concreto e inclusive abstrato desses contextos típicos é, em alguns casos, objeto de proteção administrativa e, de modo crescentemente importante, também de proteção penal.

<sup>169</sup> BARATTA, 1994 apud SILVA SÁNCHEZ, 2002, p. 126.

<sup>170</sup> Este trecho, de acordo a tradução livre da autora significa que o Estado Prevenção tem como tendência caracterizadora a produção de normas e mecanismos de decisão reorganizados de tal forma a fim de oferecer uma reação a um estado de urgência estrutural, sendo daí resultante o perigo da perda do lugar das limitações inaceitáveis à liberdade dos cidadãos por um poder incontrolável e pelas agências de controle que também é um aspecto central da sociedade dos riscos.

<sup>171</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais.** Tradução de Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 127.

\* O autor supra referido infere em nota de rodapé na pagina 128: “No meu entender, é nesse ponto que se situa toda a tendência do Direito Penal a tipificar as afetações dos chamados “bens com função representativa”. Deve ser ressaltado que a doutrina que trata de fundamentar a legitimidade de sancionar penalmente tais ilícitos admite expressamente que nessa hipótese não é possível em todo caso exigir a presença de uma lesão, nem de um perigo para o bem coletivo (bem representado), senão que tais lesões e perigos somente decorreriam de uma repetição ou acumulação de condutas procedentes de sujeitos diversos. De modo que o que é lesionado é somente o bem “representante”, embora não se possa deixar de suscitar a pergunta sobre qual bem é este (que nem é individual, nem coletivo) (...) Portanto, a questão da legitimidade da proteção dos bens como função representativa não é outra que não a legitimação da repressão de condutas que nem lesionam nem põem em perigo pó si sós bens jurídicos individuais, nem coletivos.”.

Na terceira fase, se trata de estabelecer uns indicadores (indícios) dos quais caberia derivar hipoteticamente a possível concorrência de riscos para um desses contextos típicos, já por uma ação isolada, já, em todo caso, pela acumulação das condutas daqueles que operam em um determinado setor de atividade. Tais indicadores são os que comumente a normativa administrativa estabelece como pressupostos de aplicação daquelas suas sanções que não se acham vinculadas a perigos reais (nem abstratos nem concretos), senão a perigos presumidos ou formais.\* Essa situação de perigo formal ou presumido podemos denominar também violação da “ordem de polícia” e a ela correspondem os procedimentos administrativos sancionadores de infrações formais. A apreciação de indícios de que decorram alguns de tais indicadores permitiria à administração iniciar um procedimento sancionador.

Por fim, na quarta fase, ainda que não exista suspeita concreta alguma sobre a concorrência dos referidos indicadores, pode-se iniciar o procedimento administrativo de inspeção.<sup>172</sup>

As teses de prevenção geral e espacial recebem muitas críticas, inclusive de Eugenio Raúl Zaffaroni e de José Henrique Pierangeli, e, apesar delas, podemos identificar que tanto a prevenção geral como a prevenção especial podem se apresentar de forma positiva ou negativa.

Em linhas gerais a prevenção penal geral é fundada em mecanismos inconscientes da multidão anônima como explicam os supracitados autores:

“(...) o homem respeitador do direito sente que reprimiu tendências que o outro não reprimiu, que se privou do que outro não se privou, e experimenta inconscientemente como inútil o sacrifício de uma privação a que o outro não se submeteu. Inconscientemente, quem se reprimiu clama por vingança, e daí que o passo da prevenção geral à vingança nunca seja de todo claro e que a prevenção geral sempre encerre um conteúdo vingativo.”<sup>173</sup>

Na prevenção geral negativa, também chamada de prevenção geral de intimidação, as penas servem para assustar as pessoas, com a ameaça das penas em abstrato para que não cometam crimes, tendo como representantes desta ideologia Beccaria e Feuerbach.

Já a prevenção geral positiva, que pode ser chamada de prevenção geral de integração, prega que as penas cominadas em abstrato devem reforçar o sentimento de crença na vigência e validade do Direito de acordo com o pensamento de: Durkheim, Jakobs e Figueiredo Dias.

<sup>172</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. Tradução de Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 128/129.

<sup>173</sup> ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro – Parte geral**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 104.



A prevenção especial é a que se opera frente à pessoa que desrespeitou a norma de natureza penal. “É a alternativa que resta frente à rejeição da finalidade de prevenção geral” sendo a prevenção penal um sinônimo de prevenção especial e não uma classe qualquer desta.<sup>174</sup>

Zaffaroni e Pierangeli apontam quanto à prevenção especial que:

- a) “Em princípio, a *prevenção especial penal não pode consistir em qualquer constrangimento físico*, como a chamada “pena de morte”, as mutilações, os controles eletrônicos ou químicos, o encarceramento como mero constrangimento etc. (...)”
- b) Tampouco pode consistir em nenhuma reeducação” nem em um “tratamento” que pretenda visualizar o homem como um ser carente em sentido “moral” ou “médico” (sentidos que costumam confundir-se, porque o “tratamento” psiquiátrico costuma ter um conteúdo moralizante, ainda que encoberto pela terminologia técnica). O criminalizado é uma pessoa com plena capacidade jurídica, à qual não se pode olhar “de cima”, e sim em um plano de igualdade frente à dignidade da pessoa, que não pode ser afetada por conceito algum. O direito penal de um Estado respeitoso dos Direitos Humanos de modo algum pode considerar o criminalizado como um ser em condições de inferioridade, o que seria sempre causa de uma ingerência desmedida em sua pessoa.
- c) Dado que cada delito tem um significado social diferente e que a criminalização é produto de um processo seletivo, a *prevenção especial penal não pode ser rígida*, mas deve traduzir-se em uma pluralidade de objetivos concretos, que devem adequar-se a cada situação rela. Socialmente, cada criminalização é uma forma de manifestar um conflito e cada conflito tem particularidades próprias. *A prevenção especial deve ser um meio prático de resolver tais conflitos, pois toda rigidez apodictia tende a cair na ficção e a mascarar o conflito.*
- d) A plasticidade da prevenção especial penal deve permitir uma pluralidade de soluções que possibilite selecionar o sentido mais adequado às características do conflito manifestado na criminalização.”<sup>175</sup>

Na prevenção especial também se pode falar em positiva e negativa, sendo que esta consiste na eliminação do criminoso através da pena de morte ou por meio de uma restrição na sua liberdade para coibir a possibilidade de que ele volte a cometer crimes, sendo que a pena de morte, embora condenada pelos autores acima referidos, é mantida em vários países do mundo como os Estados Unidos, a China, a Tailândia, Singapura, dentre outros. Já naquela, também chamada de prevenção especial de reintegração, a condenação em pena de prisão ou outra e muito em especial a execução da pena devem ter como objetivo fundamental a reintegração do delinqüente na sociedade, sendo Roxin um dos autores adeptos a esta ideologia.

<sup>174</sup> ZAFFARONI, Eugênio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro – Parte geral**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999 p. 108.

<sup>175</sup> ZAFFARONI, loc. cit..

## Capítulo 4. DIREITO PENAL ECONÔMICO E SUAS IMPLICAÇÕES NO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE ILUMINISTA

Neste capítulo serão apresentadas as implicações que ocorrem no princípio da legalidade nos chamados ramos especializados da ciência penal, como o direito penal tributário, direito penal ambiental e etc., os quais podem ser considerados, em si, como indícios da adoção de um paradigma penal de expansão ou de funcionalização extrema e que despem esse princípio de sua característica garantista, consoante restará demonstrado, a partir do exemplo do que ocorre com esse princípio no chamado direito penal econômico

### 4.1 *LEX SCRIPTA* E *STRICTA* NO DIREITO PENAL ECONÔMICO

Quando ao requisito do princípio da legalidade que estabelece a necessidade de lei escrita para a determinação de condutas eleitas pelo direito penal, não há problemas apresentados na ceara do direito penal econômico, pois não se intenta neste ramo do direito a utilização da analogia *in malam partem* cuja vedação esta consagrada na doutrina e na jurisprudência.

Aqui no Brasil, cujo sistema jurídico<sup>176</sup> tem base romano-germânica, vigora o primado da lei estrita, mais uma vez, não havendo com relação ao direito penal econômico qualquer problema no tocante a exigência contida no princípio da legalidade de que a lei deve ser escrita: *nullum crimen, nulla poena, sine lege scripta*.

Com relação à obrigatoriedade de que a lei penal em sentido estrito também não há qualquer problema na ceara do direito penal econômico porque na ceara do direito penal a lei formal é, em regra, geral e abstrata, emanada do Poder

---

<sup>176</sup> Quanto ao sistema jurídico se faz necessária a observação de PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. 3. ed. rev., atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 133-134: "O ordenamento jurídico pode ser entendido como sistema de normas ou entidades jurídicas. 'E, assim, um conjunto de normas relacionadas coerentemente de modo a constituir um todo unitário (hierarquia normativa) e relativamente completo. Compõe-se de normas estruturadas lógica e hierarquicamente (esquema piramidal), tendo a Constituição, situada no vértice, como norma basilar ou fundamental. Esta última, como regra de identificação normativa, 'e resultado da produção normativa originária (Poder Constituinte). Cada norma do sistema extrai sua validade da norma imediatamente superior, sucessivamente, até o texto constitucional e de conformidade com ele (produção normativa derivada). A expressão ordenamento jurídico *latu sensu* abarca não só as normas escritas, mas também os "princípios e a normatividade imanente no seio das instituições".

Legislativo, consubstanciado na Câmara dos Deputados e Senado, detentora da competência para legislar em matéria penal.<sup>177</sup>

Segundo Nelson Moura Teles o princípio da legalidade estabelece que apenas a lei pode criar crimes e definir penas, sendo que somente a lei ordinária, aprovada no Congresso Nacional, com observância de todas as regras do processo legislativo federal, sendo vedado aos legisladores estaduais e municipais legislarem sobre matéria penal, não se permitindo, igualmente, incriminar condutas e cominar penas por meio de medida provisória, lei delegada ou analogia.<sup>178</sup>

Não há como falar em princípio da legalidade e da *lex stricta* sem apresentar os tipos de normas de direito penal, as quais, de acordo com Manzinni, podem ser divididas em quatro tipos:

- 1) *Preceptivas (imperativas ou incriminadoras)* – definem os crimes e cominam as penas.
- 2) *Explicativas* – sua função é a de explicar algum conceito com reflexos, muita vez, na própria tipicidade. (...)
- 3) *Permissivas* – fazem ilícito, presentes determinados pressupostos, comportamento considerado ilícito pelo sistema jurídico. (...)
- 4) *Finais* – o Direito Penal é de natureza finalística. Muita vez esse caráter evidencia-se de maneira explícita na norma criminal, sem que esta perca em razão disso, o caráter imperativo. (...)<sup>179</sup>

A norma penal incriminadora e o princípio da legalidade referem-se exclusivamente às normas preceptivas e é por isso que o sistema penal é muito mais rígido e fechado que os demais ramos jurídicos.<sup>180</sup>

Nesse ponto é importante frisar que a estrutura da norma jurídico-penal se compõe de dois elementos: a hipótese legal, previsão fática ou antecedente (tipo legal) e a consequência jurídica, efeito ou estatuição (sanção penal).<sup>181</sup>

No tocante a lei penal em sentido estrito Luiz Regis Prado assegura que:

“(...) quando se trata de criar figuras delitivas, cominar sanções penais (pena e medida de segurança) ou agravar de qualquer modo a situação do réu, exige-se sempre *lei formal* (reserva absoluta de lei), emanada do Poder

<sup>177</sup> PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. 3. ed. rev., atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 133.

\*

<sup>178</sup> TELES, Ney Moura. **Direito penal**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001. v. 1. p. 56.

<sup>179</sup> MESTIERI, João. **Manual de direito penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. v. 1. p. 59/60.

<sup>180</sup> BRUNO, 1959 apud MESTIERI, 2002, p. 60.

<sup>181</sup> PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. 3. ed. rev., atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 192.

competente e elaborada conforme processo legislativo previsto na Constituição.<sup>182</sup>

Todavia, isso não quer dizer que não existam outras categorias de produção normativa penal (costume, jurisprudência, doutrina).”

Isto posto fica mais que caracterizada a primazia da lei em sentido estrito como forma de produção jurídico-penal inclusive na ceara do direito penal econômico.

#### 4.2 LEX PRAEVIA E DIREITO PENAL ECONÔMICO

A *lex praevia* é a exigência de que a lei penal que incide sobre o caso concreto tenha sido anterior à prática do fato. Trata-se, portanto, de uma questão de anterioridade da lei penal e de sua aplicação no tempo.

A lei deve obedecer este requisito para que se possa exigir das pessoas que se abstenham de praticar aquela determinada conduta eleita pelo direito penal e isso só pode ser exigido das pessoas quando elas têm o conhecimento da vedação daquela conduta por meio da sua previsão na legislação – *lege scripta*. Isto é importantíssimo porque é nesse momento em que se opera a prevenção geral através da cominação de uma pena em abstrato.

Quanto à *lex praevia* há a indagação ligada à norma penal em branco, cuja técnica legislativa é utilizada em larga escala na previsão de delitos pertencentes ao direito penal econômico. Ela diz respeito às mudanças que ocorrem no complemento dessa norma<sup>183</sup>.

Na lei penal em branco a “*descrição da conduta punível se mostra incompleta ou lacunosa, necessitando de outro dispositivo legal para sua integração ou complementação*”<sup>184</sup>. Portanto, a hipótese legal – tipo – é formulada de maneira genérica ou indeterminada, devendo ser então determinada por ato normativo (legislativo ou administrativo), em regra, de cunho extra penal que, para todos os

---

<sup>182</sup> PRADO, op. cit. p. 134.

<sup>183</sup> Sobre as normas penais em branco, ver informações constantes a partir da página 54 deste trabalho.

<sup>184</sup> PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. 3. ed. rev., atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 136.

efeitos, pertencerá à lei penal. Esse procedimento de complementação é chamado de reenvio ou remissão a outra espécie normativa.<sup>185</sup>

Uma questão que neste mote surge, diz respeito à mudança no complemento da norma que terá o condão de descriminalizar ou de criminalizar determinada conduta, especificamente.

Havendo uma mudança no ato normativo de complementação para excluir ou para acrescentar determinada conduta da abrangência da norma penal em branco, como se operaria o *abolitio criminis* e a *lex gravior*? Quais seriam os critérios, por exemplo, para diferenciar um erro de inclusão ou exclusão de uma determinada conduta da abrangência da lei penal pelo ato normativo complementador?

A questão aqui abordada se refere à lei penal em branco em sentido estrito quando do aumento do complemento legal, pois qual é o limite temporal da aplicação do complemento da norma penal em branco? Ele deve entrar em vigor imediatamente após a edição da portaria ou devem existir momentos distintos de edição e entrada em vigor destes complementos? Entrando em vigor imediatamente após a sua edição, qual o lapso temporal entre a edição da portaria e a ocorrência da conduta delituosa à qual ele se refira que seja suficiente para suplantar a alegação de erro de proibição? Existe um período semelhante ao da *vacatio legis* para o conhecimento do teor do complemento da norma?

Uma saída possível é a analogia<sup>186</sup> *in bonnam partem* entre a lei penal em sentido estrito e o complemento da norma penal em branco que alargue o leque de condutas abrangidas por determinado tipo penal, pois para todos os efeitos ele pertence à norma penal.

A norma penal em sentido estrito existe desde sua promulgação, mas só surtirá seus efeitos após sua publicação no órgão oficial e passado o período de *vacatio legis*. Esta é a regra. O período de *vacatio legis* é o lapso temporal entre a publicação da lei e o início da sua vigência. Este período tem como função possibilitar aos destinatários da norma um período de adaptação e conhecimento sobre o teor da nova norma que passara, então, a surtir seus efeitos no ordenamento jurídico e, conseqüentemente, nas relações sociais. O período de

---

<sup>185</sup> PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. 3. ed. rev., atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 146.

<sup>186</sup> O argumento analógico consiste em “transferir a solução prevista para determinado caso a outro não regulado expressamente pelo ordenamento jurídico” in PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. 3. ed. rev., atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 156.

*vacatio legis* estabelecido pela Lei de Introdução ao Código Civil, Decreto-lei n.º 4.657/1942, é, salvo disposição contrária, de 45 (quarenta e cinco) dias depois de oficialmente publicada.<sup>187</sup>

Ora, se uma legislação penal, que obedeceu todos os trâmites exigidos pela Constituição Federal e que teve a participação dos representantes políticos de toda a sociedade destinatária do ordenamento jurídico brasileiro, necessita de, em não havendo disposição em contrário, um período de 45 (quarenta e cinco) dias após sua publicação no órgão oficial para que comece a vigorar, nada mais razoável<sup>188</sup> fazer uma interpretação analógica *in bonnam partem* para considerar que nos casos em que o complemento da norma penal em branco que alargue o rol de condutas descritas no tipo surta efeitos apenas após o transcurso de um período de 45 (quarenta e cinco) dias após a sua publicação no órgão competente.

#### 4.3 LEX CERTA

No caso do direito penal econômico, e que se pode aplicar extensivamente a outros ramos especializados do direito penal, existe uma dificuldade na elucidação dos tipos por conta de seus elementos normativos, bem como a utilização de normas penais em branco, tipos penais abertos, cláusulas gerais, que, em conjunto, dificultam a identificação das vedações a que se refere aquele tipo penal pelo destinatário da norma penal. Tal dificuldade pode gerar inclusive um erro de proibição que tem o condão de excluir a culpabilidade, porém, não a tipicidade, sendo necessária a instauração do inquérito policial e da respectiva ação penal para apurar a necessidade de atribuição de responsabilidade penal.

Ainda, a dificuldade de compreensão do tipo penal pelos destinatários da norma pode gerar uma grande falha na prevenção geral, a grande vedete do direito penal econômico e dos ramos especializados da ciência penal, pois como as

---

<sup>187</sup> PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 161.

<sup>188</sup> O princípio da razoabilidade aparece aqui na acepção dada por BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. 4.ed.rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 219: "O princípio da razoabilidade é um parâmetro de valoração dos atos do Poder Público para aferir se eles estão informados pelo valor superior inerente a todo o ordenamento jurídico: a justiça. Sendo mais fácil de ser sentido do que conceituado, o princípio se dilui em um conjunto de proposições que não o libertam de uma dimensão excessivamente subjetiva. É *razoável* o que seja conforme a razão, supondo equilíbrio, moderação e harmonia; o que não seja arbitrário ou caprichoso; o que corresponda ao senso comum, aos valores vigentes em dado momento ou lugar."

pessoas se absterão de praticar uma conduta prevista em uma norma penal cujo conteúdo de proibição possui uma difícil visualização?

Por conta disto, infere-se que em um paradigma penal de funcionalização extrema ou de expansão do direito penal, há que se cogitar em um direito penal consultivo que terá por finalidade esclarecer aos destinatários das normas penais quais condutas que podem ser por ele praticadas no exercício de sua atividade econômica e que são vedadas pelo ordenamento jurídico, como, por exemplo, quais condutas determinado empresário pode ou não praticar de acordo com as normas penais econômicas, podendo, inclusive, tais pareceres jurídicos servirem como elemento de comprovação de dolo, culpa e até mesmo de erro de proibição.<sup>189</sup>

Corroborando com este entendimento de que a existência de leis penais indeterminadas, que descrevem vagamente a conduta ilícita, impedindo a determinação da real abrangência do preceito normativo, Francisco de Assis Toledo<sup>190</sup>, em trecho já mencionado no segundo capítulo do presente trabalho, leciona no sentido de que os tipos não podem deixar margem a dúvidas, pois devem desempenhar uma função pedagógica motivando o comportamento humano, sendo acessível a todos e não somente aos juristas.

A norma penal incriminadora deve ser taxativa ao precisar a esfera do ilícito penal, devendo ser auto-delimitada para que não haja espaço para o livre arbítrio do juiz. Trata-se da exatidão na delimitação do tipo penal a fim de coibir uma aplicação elástica do dispositivo penal, estando sua eficácia condicionada à técnica legislativa adotada para sua criação.<sup>191</sup>

"Há que impor limite a esse processo de generalização, sob pena de inocular-se no sistema penal o vírus destruidor do princípio da legalidade, anulando-se, por via de consequência, a função garantidora do tipo. A adoção de um critério descritivo mais abstrato importa o dever do legislador de "classificar as características diferenciais que são decisivas para delimitar os tipos penais" e de "destacá-las com o emprego de conceitos específicos gerais. Somente através do jogo combinado de generalização e de diferenciação, criam-se as bases metódicas da formação de tipos em direito penal, através das quais a função de garantia da lei penal alcança sua importância prática."<sup>192</sup>

<sup>189</sup> SILVA, Gustavo Henrique de Souza e. Direito penal consultivo: pelo nascimento de um novo segmento dentro dessa ciência jurídica. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 91, v. 806, p. 448-449, dez. 2002.

<sup>190</sup> TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 29.

<sup>191</sup> FRANCO, Alberto Silva; et. al. **Código penal e sua interpretação jurisprudencial**. 7. ed. São Paulo: RT, 2001. p. 6.

<sup>192</sup> JESCHECK, 1978 apud FRANCO, 2001. p. 6-7.

As técnicas aplicadas na tipificação do direito penal econômico preferem empregar normas penais em branco, tipos de perigo (concreto ou abstrato), elementos normativos, cláusulas gerais bem como comandos de supressão de qualificadoras do elemento subjetivo do tipo<sup>193</sup> que, conforme mencionado nos parágrafos anteriores, atentam contra o princípio da legalidade na sua concepção liberal clássica. Trata-se, portanto, de uma evidente e necessária flexibilização deste princípio nos delitos econômicos.

As normas penais em branco são compatíveis tanto com o ordenamento jurídico-penal moderno como com o pós-industrial. Tais normas, como já mencionado, consistem num mero comando, pois a sua complementação é feita ou por uma norma de mesma natureza ou de natureza diversa.

Carlos Martinez-Buján Perez traz em sua obra a evolução histórico-dogmática das leis penais em branco, já Pilar Gómez Pavón traz os conceitos de norma penal em branco de Binding, Mezger, Garcia Pablos, Tiedmann dentre outros. Mas tendo em vista a delimitação do tema, por questões didáticas, será apresentada apenas a distinção atribuída a Tiedmann na doutrina alemã e a Garcia Aran na doutrina espanhola e que se refere à distinção entre leis penais em branco e elementos normativos do tipo. Nesta concepção a lei penal em branco é a remissão a uma outra norma extra-penal onde precisamente é determinado o elemento típico e onde está contida a infração. Os elementos normativos também podem fazer remissões expressas a outras normas, mas neles há uma mera remissão interpretativa a outra norma para fixar o conteúdo do elemento típico, o qual já está contido na própria lei penal.<sup>194</sup>

A lei penal em branco favorece a abordagem dos crimes econômicos na medida em que o seu elemento normativo pode ser modificado por uma portaria do Banco Central, por exemplo, que estabelece no que consiste a gestão temerária – conceito tão mutável quanto é dinâmica da economia – pois o trâmite exigido para a elaboração de uma instrução normativa ou portaria é incomparavelmente mais simples que o processo legislativo ordinário, mesmo com a aplicação analógica da

---

<sup>193</sup> SALOMÃO, Heloísa Estellita. Tipicidade no direito penal econômico. *Revista dos Tribunais* São Paulo, v. 725, p. 407-423, mar 1996.

<sup>194</sup> Tradução livre de PEREZ, Carlos Martinez-Buján. *Derecho penal econômico: parte general*. Valencia: Tirant lo blanch, 1998. p. 125 e 126.



*vacatio legis*, podendo-se, assim, acompanhar a constante mutação social da sociedade de risco pós-industrial.

Mas também é aqui que reside o perigo da adoção indiscriminada das normas penais em branco: com isso, pode ser desvirtuado por completo o princípio da legalidade e sua função de garantia.

Nesta esteira também se deve mencionar cláusulas gerais. Estas são diferentes das normas em branco que tornam indefinida e imprecisa a delimitação típica do comportamento humano ou que dão ao tipo penal as chamadas “margens penais” alargadas, transformando o juiz em legislador e conferindo um espaço para que a arbitrariedade judicial possa campear à solta sem qualquer limitação.<sup>195</sup>

O intuito da adoção de cláusulas gerais na tipificação das condutas pertencentes ao âmbito do direito penal econômico é evitar lacunas e ao mesmo tempo deixar de limitar a orientação da política criminal nesta matéria tão propícia a transformações, sendo possível constatar, desde logo, que se trata de uma técnica legislativa muito mais perigosa que as normas penais em branco, principalmente no âmbito de atuação do direito penal, ramo jurídico que lida com o direito de liberdade dos indivíduos.<sup>196</sup>

Nas cláusulas gerais há a renúncia ao estabelecimento de regras de valoração das condutas, sendo atribuição do juiz a escolha de um método para a aplicação da norma. Ele deve, então, aplicar a norma com base em suas próprias convicções subjetivas.<sup>197</sup> Elas consistiriam, pois, na utilização de uma técnica legislativa excessivamente ampla, que mescla conceitos que, penalmente, deveriam receber tratamentos diversos, obrigando o juiz a realizar a tarefa de diferenciá-los, o que, em verdade, seria competência do Poder Legislativo.

São conceitos sem limitações exatas, mas de natureza normativa onde a valoração deve ser feito por meio de critérios extra-jurídicos. Para Madrid Coesa essa liberdade para a decisão subjetiva do juiz é uma “lagoa *intra legem*”, o que equivale a decidir que não há norma aplicável ao caso.<sup>198</sup>

---

<sup>195</sup> FRANCO, Alberto Silva et al.. **Código penal e sua interpretação jurisprudencial**. 7. ed. São Paulo: RT, 2001. p. 7.

<sup>196</sup> Conferir, sobre o assunto: COSTA, José de Faria; ANDRADE, Manuel da Costa. Sobre a concepção e os princípios do direito penal econômico: notas a propósito do colóquio preparado dela AIDP (Friburgo, setembro de 1982) In **Temas de direito penal econômico**. Org: Roberto Podval. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 99-120.

<sup>197</sup> PAVÓN, Pilar Gómez. Cuestiones actuales Del derecho penal económico. **Revista brasileira de ciências criminais**. Ano 12. n.48. maio-junho, 2004. (p. 108 a 143). p. 158

<sup>198</sup> PAVÓN, op. cit., p. 159.

A adoção das referidas cláusulas supra mencionadas supõe uma vulneração ao que Pilar Gómez Pavón chama de “*mandato de determinación*” que equivaleria ao princípio da taxatividade - corolário do princípio da legalidade no enunciado *nullum crimen, nulla poena, sine lege certa*. Estas formas de expressão da norma penal podem vir a gerar tratamentos diversos para casos e pessoas supostamente iguais, quebrando o princípio da igualdade, da segurança jurídica, e conseqüentemente, da legalidade, pois se perde a certeza na aplicação da lei.

O emprego de institutos como as normais penais em branco e as cláusulas gerais pode ser compreendido como resposta à necessidade de adequar à lei penal circunstâncias sociais e a diferentes gravidades dos delitos, porém, esta justificativa não pode prosperar no sentido da busca de uma justiça material, pois esta não poderá ser alcançada mediante o emprego destas técnicas, uma vez que a quantidade de pena cominada em abstrato não varia.<sup>199</sup>

Ainda, quanto às cláusulas gerais e às normas penais em branco no âmbito do direito penal e sua relação com as finalidades do Estado que visa o bem estar social, elucida-nos Eduardo Correia<sup>200</sup>:

“(…) só será possível, muitas vezes, realizar a tutela de certas finalidades cuja promoção do Estado, na sua veste social, visa alcançar, violando ou fazendo afronta a tais princípios.(de direito penal)

Assim, desde logo no que diz respeito à culpa: a cada passo, leis relativas à economia, a defesa da concorrência, fiscais, bancarias, etc., prevêm que se proibam e punam não apenas a actividades de pessoas singulares, mas também comportamentos imputáveis a pessoas coletivas.

(…)

Por sua vez, os interesses que as leis salutistas visam prosseguir só freqüentemente se podem descrever através de clausulas gerais ou de normas em branco que cabe à Administração integrar. Mas, com isto, sofre largamente o princípio da tipicidade e, conseqüentemente, a idéia de legalidade e de garantia que esta na sua base. Em causa fica igualmente,

<sup>199</sup> PAVÓN, Pilar Gómez. Cuestiones actuales Del derecho penal económico. **Revista brasileira de ciências criminais**. Ano 12. n.48. maio-junho, 2004. (p. 108 a 143). p. 159.

<sup>200</sup> CORREIA, Eduardo. Direito penal e direito de mera ordenação social. In INSTITUTO DE DIREITO PENAL ECONÓMICO E EUROPEU DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA. **Direito penal económico e europeu: textos doutrinários**. Coimbra: Coimbra editora, 1998. v.1. p. 6.

\* DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia: o homem delinqüente e a sociedade criminógena**. Coimbra: Coimbra Editora, 1997. p. 381. Os referidos autores na nota de rodapé numero 98 da pagina 133 trazem sua definição “A expressão *cifras negras* ‘e utilizada neste contexto no seu sentido técnico, isto ‘e, como a diferença (quantitativa) entre o volume da criminalidade num certo nível e o volume a um nível diferente, dum ponto de vista do processo formal de reacção e controlo. Neste sentido, tanto se pode falar de *cifras negras* a propósito da diferença da criminalidade <<real>> e a criminalidade *conhecida pela policia*, como entre esta ultima e a que vem a ser transmitida à acusação: cf.K.-D. Opp, *Abweichendes Verhalten und Gesellschaftsstruktur*, Darmstad: Luchterhand, 1974, pág. 52 e segs. Contudo, a expressão *cifras negras* e corrente e preferencialmente utilizada como sinónimo de *criminalidade oculta* ou *latente*.”

por tal caminho, a concretização do bem jurídico, o conteúdo da própria ilicitude material, com todas as implicações que, além do mais, tudo isso envolve na problemática do erro em direito criminal.

Por outro lado, a criminalização de normas destituídas de toda a fundamentação ético-jurídica e distanciadas do cerne dos valores éticos essenciais à vida em sociedade, que esta na base do direito criminal, - só porque, para salvaguardar as garantias individuais, se ameaça a sua violação com penas criminais, a impor por via jurisdicional – compromete a dignidade, desentroniza o sentido destas penas e a função dos tribunais que as aplicam.

Face a uma tal confusão de normas e de sanções, chega-se a dizer que os homens acabam por pensar ou concluir que, já que tudo é criminalmente proibido, tudo passa afinal a ser permitido. E daí o estado de *anomia*, de ausência de padrões ético-jurídicos, que prejudica a própria dignidade do direito criminal.”

As cláusulas gerais não têm sido utilizadas na legislação brasileira, porém a sua aplicação é latente, estando esperando, apenas, a definição do paradigma penal que irá ser adotado, mas que, ao que tudo indica, parece ser o paradigma da expansão ou da funcionalização extrema do direito penal, reforçando a idéia de um estado intervencionista, porém, sem a garantia do princípio da legalidade de tradição iluminista, o qual, transformar-se-á, se é que já não vem apresentando indícios disso, em um princípio muito mais maleável e volátil, consoante houver o aumento da aplicação de técnicas legislativas que se utilizem das normas penais em branco e das cláusulas gerais.

## CONCLUSÃO

Boaventura de Souza Santos<sup>201</sup> destaca que os paradigmas sócio-culturais nascem, crescem, desenvolvem-se e morrem, porém, trazem dentro de si o paradigma que há de lhes suceder num processo que o autor batizou de “transição paradigmática”. Nessa obra ele observa que no liminar do terceiro milênio estamos a assistir ao culminar desse processo com o colapso da emancipação, ou libertação, na regulação, o que caracterizaria a crise final do paradigma sócio-cultural da Modernidade.

Nesse contexto de transição paradigmática que pode gerar certa insegurança no corpo social, há o desenvolvimento de estudos sociológicos que procuram registrar o “sentimento social” resultante desse fenômeno, como a Teoria da “Sociedade de Risco” desenvolvida por Ulrich Beck e o que Zigmundt Bauman<sup>202</sup> chamou de sentimento de “Unsicherheit”, termo alemão que reflete uma fusão de experiências e que expressa incerteza, insegurança e falta de garantia.

A partir desses estudos, e de outros tantos, pode-se verificar na ciência do Direito o surgimento de formulações teóricas que visam dar uma resposta à insegurança gerada pela transição paradigmática, propondo mudanças por meio de combates doutrinários que tendem a ser travados como lutas subparadigmáticas<sup>203</sup>, ou seja, como propostas que podem ser divididas entre duas grandes correntes: de um lado as propostas de regulação extrema e de outro, as propostas emancipatórias, abolicionistas.

A par do rompimento com o paradigma sócio-cultural atual que Boaventura propõe em sua obra, entendo que as lutas subparadigmáticas são importantes na medida em que nelas é possível verificar as *vibrations ascendantes*<sup>204</sup> do paradigma emergente, mas aqui tomo a liberdade de dele discordar porque entendo não ser possível descartar a importância dessas lutas, pois tendo em vista que são muito tímidas essas *vibrations* do paradigma penal atual, há que se procurar identificar na produção científica jurídica a manifestação nas mesmas nas lutas subparadigmáticas como a que surge no âmbito do direito penal na tensão entre a

---

<sup>201</sup> SANTOS, B. de S. **A crítica da razão indolente**. p. 15 e 16.

<sup>202</sup> BAUMAN, Z.. **Em busca da política**. p. 02.

<sup>203</sup> SANTOS, B. de S. Obra citada. p. 19.

<sup>204</sup> SANTOS, B. de S. Obra citada. p. 16.

regulação e a emancipação, entre as vias de superação paradigmática que atribuem à regulação um papel importantíssimo ao pretense restabelecimento da segurança social e as vias de superação abolicionistas.

A par do abolicionismo penal, consoante se depreende do primeiro capítulo da presente monografia, na obra “Temas básicos da doutrina penal” Figueiredo Dias identifica ao menos quatro discursos principais acerca das vias de superação do paradigma penal atual. Todos eles parecem refletir um forte movimento regulatório, residindo a diferença entre as correntes ideológicas no tipo de regulação que, para cada uma delas, teria o condão de restabelecer a segurança perdida durante o processo de transição paradigmática. Para alguns, a funcionalização extrema do direito penal seria a resposta e, para outros, a atribuição de um importante papel sancionador ao direito administrativo, havendo, ainda, algumas variações entre esses dois extremos.

Feitas essas considerações e a partir da análise das características do princípio da legalidade apresentadas no capítulo dois e das mutações que a adoção de um paradigma penal de funcionalização extrema ou de expansão do direito penal podem/causam nesse princípio, como sua flexibilização por meio da maior utilização de técnicas legislativas abertas, a exemplo das normas penais em branco e das cláusulas gerais, abordadas no capítulo número quatro, que dificultam ao destinatário da norma a real identificação das condutas que são vedadas pelo ordenamento jurídico penal e que podem levá-lo à restrição de sua liberdade, não sendo, portanto, possível corroborar do posicionamento destas vias de superação.

O abandono tanto do princípio da legalidade no que concerne à taxatividade do tipo penal – *lex certa* - , quanto do princípio da intervenção mínima - decorrente da característica fragmentária do direito penal – parece ser incompatível com um sistema penal garantista, característica esta que, particularmente, entendo ser inerente a este ramo do direito, o qual não pode ser considerado apenas como um instrumento de coerção e punição, mas sim, como uma série de garantias que visam resguardar o cidadão do alcance do poder coercitivo do Estado.

Diante disso, a via de superação do paradigma penal que parece ser o mais adequada é a de restrição da tutela penal a direitos individuais, defendida pelos Teóricos Críticos do Direito Penal, pois, efetivamente, constata-se que o direito penal não pode ser um instrumento de tutela perante os riscos da sociedade atual, sob pena de nada ganhar em uma proteção pessoal e social efetiva e se perder a defesa

dos direitos, liberdades e garantias individuais, devendo as condutas de risco ser tuteladas por outros ramos jurídicos, como o “direito de intervenção”, o que se mostra mais consentâneo com o princípio da intervenção mínima do direito penal.

Até porque o direito administrativo parece ser uma via adequada para reprimir a chamada “criminalidade econômica”, uma vez que, por não atribuir penas restritivas de liberdade, poderá instituir um sistema punitivo baseado, precipuamente, na aplicação de multas as quais poderão coadunar-se à racionalidade instrumental do capitalismo regulado, principalmente no que diz respeito ao controle de condutas violadoras da livre concorrência, que incentivam o trabalho penoso, que prejudicam o meio ambiente equilibrado, como, por exemplo, a instituição de multas por danos ambientais em cujo cálculo sejam levados em consideração o patrimônio da pessoa, física ou jurídica, o custo da produção, dentre outros elementos, mas que seja elaborado um cálculo de tal forma que o ganho gerado pela conduta ilegal deixe de ser atrativa em vista da punição econômica que lhe será atribuída.

Sob esta ótica e a partir das reflexões da criminologia crítica sobre a rotulação ou *labeling approach*, não se pode conceber um direito penal despido de sua função garantista, entretanto, é exatamente isso que a funcionalização extrema da tutela penal e a expansão do direito penal buscam: romper com essa função garantista para transformar o direito penal em um instrumento de pura dominação, sendo que o Estado, sem os freios de um direito penal garantista, poderá tornar-se cada vez mais arbitrário e, com isso, não se pode concordar.

Saliente-se que ainda que se adote como paradigma a restrição da tutela penal a direitos individuais, há a necessidade de constitucionalizar este ramo do direito, o que se mostra de suma importância no que diz respeito à definição dos bens jurídicos a serem tutelados, servindo os direitos individuais constitucionalmente tutelados como critério material de criminalização.

Ante todo o exposto, conclui-se que a restrição do direito penal à tutela de direitos individuais constitucionalmente tutelados, bem como o reconhecimento da existência no âmbito do Direito Administrativo de um “direito de intervenção”, parecem ser as saídas mais sensatas à atual crise a partir de uma concepção do direito penal como garantia, a qual se mostra essencial à manutenção da segurança jurídica em um contexto de transição paradigmática com uma clara tendência intervencionista estatal.

## REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto Bergmann. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade, **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 215, p. 151-177, jan.-mar. 1999.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Comentários à constituição do Brasil**. v. 2. São Paulo: Saraiva, 1989.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 4. ed. Rio de Janeiro: Renavan, [199-].

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradutor Florio de Angelis. São Paulo: Edipro, 1993.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. v. 1. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BOBBIO, Norberto. In **Dicionário de política**, verbete Legalidade. [199-] Brasília: UNB editora. v. II.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 16 de julho de 1934**. Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 10/03/2005.

CARVALHO, Márcia Dometila de. **Da fundamentação Constitucional do Direito Penal Econômico e da Relevância do Crime Econômico e Ambiental**. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo - FADUSP, 1990. Tese de doutorado em Direito Penal.

CASTILHO, Ela Wiecko de. **O controle penal nos crimes contra o sistema financeiro nacional: Lei n.º 7.492, de 16 de junho de 1986**. Belo Horizonte: [199?] ]

CORACINI, Celso Eduardo. 1993 Contexto e conceito para o direito penal econômico, **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 829, p. 437-438, nov. 2004.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Temas básicos da doutrina penal**. Coimbra: Coimbra editora, 2001.

FRANÇA. Declaração dos direitos do homem e cidadão de 26 de agosto de 1789. Disponível em: <<http://www.militar.com.br>>. Acesso em: 05 nov. 2004.

FRANCO, Alberto Silva et al. **Código penal e sua interpretação jurisprudencial**. 7. ed. São Paulo: RT, 2001.

GAUER, Ruth M. Chittó. Conhecimento e aceleração : mito, verdade e tempo. In FACULDADE DE LETRAS DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA. **Separata da revista de história das idéias**, Coimbra, v. 23, p. 85-96, 2002.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**: interpretação crítica. São Paulo: Malheiros, 1997.

HASSEMER, Winfried. Características e crises do moderno direito penal. **Revista de Estudos Criminais**, [S.l.], ano 2, n. 8, p. 54-66, 2003.

HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Comentários ao Código Penal**. v. I, tomo I, 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

INSTITUTO DE DIREITO PENAL ECONÓMICO E EUROPEU DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA. **Direito penal económico e europeu**: textos doutrinários. Coimbra: Coimbra editora, 1998. v.1.

KIST, Dario José. Fundamentos do direito penal democrático. Disponível em: <<http://www.verbojuridico.com.br/solteoverbo/fundam.doc>>. Acesso em: 14 de jan. 2005.

LOPES, Maurício Antonio Pereira. **Princípio da legalidade penal**. São Paulo: RT, 1994.

LUIZI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris editor, 1991.

LUIZI, Luiz. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica, medidas provisórias e direito penal**. São Paulo: RT, 1999.



LYRA FILHO, Roberto. **Criminologia**. Rio de Janeiro: Forense, 1964.

MESTIERI, João. **Manual de direito penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. v. 1.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. V: I, T: II, 4. ed. Coimbra, 1990.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da Republica Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2002.

NORONHA, E Magalhães. **Direito penal**. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. v. 1.

PALAZZO, Francesco. **Valores Constitucionais e Direito Penal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris editor, 1989.

PAVÓN, Pilar Gómez. Cuestiones actuales Del derecho penal económico. **Revista brasileira de ciências criminais**, ano 12, n.48, p. 108 a 143, mai.-jun. 2004.

PEREZ, Carlos Martinez-Buján. **Derecho penal econômico: parte general**. Valencia: Tirant lo blanch, 1998.

PIMENTEL, Manoel Pedro. **Direito Penal Econômico**. 1.ed. São Paulo: RT, 1973.

PODVAL, Roberto. (Org). **Temas de direito penal econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. 3. ed. rev., atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

ROSA, Fábio Bittencourt da. Da vingança de sangue ao direito penal do inimigo. Disponível em: <[www.derechopenalonline.com](http://www.derechopenalonline.com)>. Acesso em 19/02/2005.

ROYSEN, Joyce. Histórico da criminalidade econômica, **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 11, p. 192-213, jan-mar 2003.

SALOMÃO, Heloísa Estellita. Tipicidade no direito penal econômico. **Revista dos Tribunais** São Paulo, v. 725, p. 407-423, mar 1996.

SANTOS, Gerson Pereira dos. **Direito Penal Econômico**. São Paulo: Saraiva, 1981.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **A criminologia radical**. 3. ed. Curitiba: ICPC/Lumen Juris, 2008.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: parte geral**. Curitiba: ICPC/Lumen Juris, 2006.

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

SILVA, Gustavo Henrique de Souza e. Direito penal consultivo: pelo nascimento de um novo segmento dentro dessa ciência jurídica. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 91, v. 806, p. 448-449, dez. 2002.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

SILVA, Luciano Nascimento. **O moderno direito penal econômico: a ciência criminal entre o econômico e o social**. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em: 24 mai. 2004.

SUTHERLAND, Edwin H. **White collar crime**. New York: The Dryden, 1961.

TELES, Ney Moura. **Direito penal**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001. v. 1.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

TRATADO DE PARIS DE 10/12/1948. Declaração Universal dos Direitos do Homem. Disponível em: <http://www.onuportugal.pt>. Acesso em: 05 mai. 2004.

VALE, Bortolo. **Disciplina optativa de Hermenêutica Jurídica na Faculdade de Direito de Curitiba pertencente às Faculdades Integradas Curitiba**. Curitiba: 04/08/2004.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 2. ed. São Paulo: RT, 1999.