

criminal¹⁶³, deixando-se de lado análises outras sobre o tema. Evidentemente que outros fatores, além da obra de Sutherland, podem ser apontados como causas da timidez criminológica na matéria.

Schneider justifica a ausência, na Alemanha, de análises criminológicas e empíricas do direito penal econômico, sob o argumento de que os criminólogos críticos costumam incluir os criminosos econômicos e ambientais no rol daqueles que mereceriam punição penal, por considerarem suas condutas extremamente reprováveis, razão pela qual não se interessam em desenvolver esses estudos no que concerne a tais crimes e, também, clamam por maior punição dessa matéria, sendo tidos pelo autor como gestores atípicos da moral nessa matéria¹⁶⁴.

Dannecker, por sua vez, diz que:

Em sua maior parte, a atenção aumentada da ciência e dos órgãos de atuação penal pela criminalidade não clássica está ligada a motivações de crítica social ("enforcam-se os pequenos e deixam-se imunes os grandes"); em algumas linhas de pesquisa de etiquetamento ou da criminologia "radical" havia com relação a isso um ressentimento anticapitalista.¹⁶⁵

Ainda assim, a influência da perspectiva adotada por Sutherland certamente contribuiu para que o desenvolvimento criminológico e, por consequência, o político-criminal fossem caracterizados por uma forte discrepância entre os reduzidos conhecimentos empíricos e teóricos, de um lado, e uma necessidade de atuação político-jurídica tida como urgente, de outro, como expressou Boers¹⁶⁶.

Até aqui ficou comprovado que a enorme repercussão da obra de Sutherland levou, no campo da criminologia, a que poucos estudos fossem aprofundados sobre o tema da criminalidade econômica, deixando muitas

¹⁶³ Nas palavras de Nelken: "Since Sutherland the subject of white-collar crime has also been the focus of attempts to prove that the rich and powerful are treated more favourably by the criminal justice system. Some caveats should be entered here." NELKEN, David. *Op. cit.* p. 380.

¹⁶⁴ SCHNEIDER, Hendrik. *Op. cit.* p. 62. O autor também se refere a um "ressentimento anticapitalista" de autores marxistas da criminologia. *Ibidem.* p. 65.

¹⁶⁵ DANNECKER, Gerhard. *Op. cit.* p. 11.

¹⁶⁶ BOERS, Klaus. *Op. cit.*, p. 335. Acrescente-se que Peter-Alexis Albrecht aponta, com base em alguns estudos, que o legislador não conseguiu tornar realidade um direito penal econômico eficiente. Talvez esse déficit criminológico explique ao menos parcialmente tal constatação. ALBRECHT, Peter-Alexis. *Kriminologie*. 2. Aufl. München: Beck, 2002. p. 329.

características de tais crimes à sombra e dificultando a formulação de medidas de política-criminal adequadas e eficientes. Como já afirmou Lüderssen, a criminologia ainda deve uma resposta científica ao direito penal econômico¹⁶⁷. Mas, para além de reflexos na criminologia, há impactos bastante relevantes no campo do direito penal deixados pela obra de Sutherland, que marcaram o desenvolvimento do tema e sua compreensão até a atualidade, conforme será analisado adiante.

1.3. CONCEITOS DOUTRINÁRIOS DE DIREITO PENAL ECONÔMICO

O fato de a legislação penal no âmbito econômico ter se desenvolvido de modo intrinsecamente ligado a momentos de crise econômica fez com que, conforme visto anteriormente, tal desenvolvimento se desse de modo apartado de uma reflexão sistemática por parte da dogmática penal. A dogmática, por sua vez, quando vem a tratar sistematicamente do tema, depara-se com um objeto desenvolvido de forma muito mais pragmática do que teórica e marcado por evidente mutabilidade.

Cipriani se refere, por isso, a uma carência de fundamentação dogmática, em razão de sempre se ter buscado usar o direito penal na área econômica "num sentido essencialmente prático, direcionado ao combate mais eficaz da criminalidade, e não o direito penal como ciência, numa reflexão teórica"¹⁶⁸.

Diante de tal quadro, não é de se espantar que, de certo modo, a doutrina tenha tratado o direito penal econômico de forma desconectada das demais reflexões sobre outros âmbitos penais, em razão desta maior mutabilidade. Assim, por exemplo, Faria Costa destaca que os crimes patrimoniais são muito mais estáveis do que as figuras do direito penal econômico, que seria

¹⁶⁷ LÜDERSEN, Klaus. Finanzmarktkrise, Risikomanagement und Strafrecht. *Strafverteidiger*, Neuwied, Jahrgang 29, Heft 8, pp. 486-494, ago. 2009. p. 493.

¹⁶⁸ CIPRIANI, Mário Luís Lirio. Direito penal econômico e legitimação da intervenção estatal: algumas linhas para a limitação ou não-intervenção penal no domínio econômico à luz da função da pena e da política criminal. In: D'ÁVILA, Fábio Roberto, SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de (Coord.). *Direito penal secundário: estudos sobre crimes econômicos, ambientais, informáticos e outras questões*. São Paulo: Revista dos Tribunais/Coimbra Editora, pp. 437-468, 2006. p. 453.

“fortemente dependente das conjunturas económicas e dos grandes ciclos de expansão e de retracção”¹⁶⁹.

Esse dado é tão relevante que Tiedemann chegou a desenvolver uma concepção de delitos económicos fundada na ideia de que tais crimes seriam caracterizados por uma forma de ataque diversa daquela dos delitos clássicos, bem como pela sua incompletude (no sentido de *Unfertigkeit*) e dinamicidade¹⁷⁰. Atualmente, o autor não defende mais tais características como típicas do direito penal económico, quiçá em razão de não ser mais possível falar em incompletude nesse âmbito¹⁷¹. No mesmo sentido, Righi aponta que a noção de crime económico foi elaborada à margem do conteúdo axiológico desenvolvido pelas teorias da pena, porque o que distinguiria, nos primórdios do direito penal económico, um ato de comércio permitido de uma infração punível seria a época de crise em que se vivia¹⁷².

Essa tentativa dogmática de tratar tais crimes de modo destacado acaba por se refletir não apenas nas muitas discussões sobre uma eventual autonomia do direito penal económico (conforme será analisado mais adiante), mas também nas propostas de se admitir, para tais crimes, tratamento diferenciado, em regra mais rigoroso do que o restante do direito penal.

Esse apartamento do direito penal económico nasce, também, a partir da herança deixada pela criminologia em tal matéria.

Conforme visto, acima, Sutherland deixou um legado marcante – e ainda não superado – no sentido de denunciar a não punição dos denominados criminosos de colarinho branco. Muito embora o que Sutherland pretendesse fosse muito mais questionar as explicações criminológicas sobre a causa dos crimes, o fato é que a própria figura do crime de colarinho branco teve um

169 COSTA, José de Faria. *Direito penal económico*. Coimbra: Quarteto, 2003. pp. 65-6.

170 TIEDEMANN, Klaus. *Wirtschaftsstrafrecht und Wirtschaftskriminalität*. Reinbek b. Hamburg: Rowohlt, 1976. v. 1, pp. 53-55.

171 TIEDEMANN, Klaus. *Wirtschaftsstrafrecht: Einführung und Allgemeiner Teil mit wichtigen Rechtstexten. 2. aktualisierte und ergänzte Auflage*. München: Carl Heymanns, 2007. p. 19. Vide, ainda: ACHENBACH, Hans. *Op. cit.* p. 184.

172 RIGHI, Esteban. *Derecho penal económico comparado*. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1991. p. 12. O mesmo autor também aduz que “Algunas impugnaciones formuladas a la utilización de la pena pública como reacción por la comisión de hechos ilícitos que pertenecen al ámbito del derecho penal económico, reconocen la influencia de la teoría de la retribución” *Idem. Los delitos económicos*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2000. p. 113.

impacto enorme não só nas ciências criminais, mas também no âmbito popular, convertendo-se em “lugar común en nuestra literatura”¹⁷³.

Aqui, em razão de sua percuciência, cabe detalhar o pensamento de Serrano Maíllo sobre o tema, ao qual se adere. O autor refere que parte da atratividade do conceito de crimes de colarinho branco reside em seu caráter impreciso e seu revestimento ético ou pretensamente ético¹⁷⁴, o que levaria a que as análises sobre esses crimes tenham sido feitas mais em termos voluntaristas, retóricos e políticos do que científicos¹⁷⁵. Assim, o impacto da expressão delitos de colarinho branco teria sido muito mais ideológico ou propagandístico que científico¹⁷⁶. Haveria uma clara contradição em defender sanções graves e diminuição de garantias com a tendência majoritária da doutrina atual¹⁷⁷.

Apesar de, conforme descrito acima, a criminologia ter sido a primeira ciência criminal a se dedicar ao estudo da criminalidade económica, não tardou a dogmática jurídico-penal a perceber que um conceito criminológico não poderia ser tomado de empréstimo pelo direito penal¹⁷⁸.

Conforme verificado, as reflexões criminológicas não definiam o que seria criminalidade económica com base em condutas, mas sim em seus autores¹⁷⁹. É interessante notar que essa definição vinculada ao autor surge exatamente no momento em que a criminologia passa a rechaçar a existência do criminoso típico¹⁸⁰.

De todo modo, a definição criminológica de criminalidade económica, muito embora tenha extrema relevância no campo da criminologia, não pode

173 SERRANO MÁILLO, Alfonso. El (sesgado) uso de los delitos de cuello blanco en los paradigmas antiempíricos. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Madrid, n. 14, p. 257, jul. 2004.

174 *Loc. cit.*

175 *Ibidem*. p. 260.

176 *Ibidem*. p. 261. No mesmo sentido, vide: OTTO, Harro. Konzeption und Grundsätze des Wirtschaftsstrafrechts (einschließlich Verbraucherschutz) – Dogmatischer Teil I. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Berlin, Jahrgang 34, pp. 339-375, 1984. p. 340.

177 SERRANO MÁILLO, Alfonso. *Op. cit.* p. 263.

178 Nessa linha, Dannecker destaca que o conceito de criminalidade económica tem uma história, que pode ser dividida em fase, destacando a primeira delas como a classificação inspirada pelos estudos criminológicos e orientada pelo autor. DANNECKER, Gerhard. *Op. cit.* p. 13.

179 Nessa linha, Harro Otto: “Den Ausgangspunkt der Diskussion bildete kein tat-, sondern ein taterbezogener Begriff der Wirtschaftskriminalität”. OTTO, Harro. *Op. cit.* p. 340.

180 VOLK, Klaus. *Op. cit.* p. 85.

ser usada para fins dogmáticos, já que utiliza como critério características do autor do delito, não da conduta praticada¹⁸¹. Destaque-se que o próprio fato de pertencer um delinquente a uma dada classe social consiste em um dos elementos da definição criminológica¹⁸² – e não o fato de ter maior incidência em dada classe ou de se tratar de um delito especial. Esse tipo de construção, conforme já amplamente comprovado pela doutrina penal no que se refere ao tópico direito penal do autor, leva, no campo dogmático, a construções passíveis de ideologização¹⁸³.

E, como destaca Muñoz Conde, assim como características pessoais ou corporais não indicam que um agente tenha maior probabilidade de praticar um delito, também o poder econômico, como tal, não pode ser tomado como marca de um tipo penal. “No moderno direito penal do fato somente é agente aquele que pratica um tipo penal e não aquele que vem de um determinado estrato social ou possui determinadas propriedades pessoais”¹⁸⁴.

Também em decorrência de sua falta de definição e clareza, o conceito (criminológico) de crime do colarinho branco acaba por permitir, no campo do direito penal, enorme flexibilidade na definição de delitos pelo investigador, o que não se pode admitir¹⁸⁵.

A afirmação de que o conceito desenvolvido no âmbito da criminologia para os crimes econômicos não se presta à utilização dogmática não se confunde com sua imprestabilidade para o âmbito da criminologia. Mesmo no modelo integrado das ciências penais, o olhar criminológico se constrói

181 Segundo Boers, em um direito penal do fato orientado à proteção de bens jurídicos, uma definição vinculada a características pessoais do agente seria contrária ao sistema. BOERS, Klaus. *Op. cit.* p. 339. Achenbach também destaca a impossibilidade de se adotar, dogmaticamente, esse conceito, que levaria à descrição de um direito penal do autor. ACHENBACH, Hans. *Op. cit.* p. 182. No mesmo sentido, LAMPE, Ernst-Joachim. *Wirtschaftsstrafrecht*. In: ALBERS, Willi (Hrsg). *Handwörterbuch der Wirtschaftswissenschaft*. Stuttgart, New York: Fischer; Tübingen: Mohr; Göttingen: Vandenhoeck und Ruprecht, pp. 310-326, 1982. p. 311.

182 Como já acentuou MANNHEIM, Hermann. *Op. cit.* p. 721.

183 OTTO, Harro. *Op. cit.* p. 340.

184 MUÑOZ CONDE, Francisco. *Begriff und Reform des Wirtschaftsstrafrechts in Spanien*. In: SCHÜNEMANN, Bernd, GONZÁLES, Carlos Suárez (Hrsg.) *Bausteine des europäischen Wirtschaftsstrafrechts: Madrid-Symposium für Klaus Tiedemann*. Berlin: Carl Heymanns, pp. 61-74, 1994. p. 61. No mesmo sentido, LAMPE, Ernst-Joachim. *Op. cit.* p. 311.

185 É o que diz Serrano Maíllo: “un muy serio problema del delito de cuello blanco, así considerado, es que propone una noción de delito intuitivamente atractiva, pero que concede al investigador una gran flexibilidad para definir como delito lo que crea conveniente.” SERRANO MAÍLLO, Alfonso. El (sesgado) uso de los delitos de cuello blanco en los paradigmas antiempíricos. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Madrid, n. 14, pp. 235-280, jul. 2004. p. 254.

externamente ao sistema dogmático-penal, fazendo com que as definições do comportamento criminoso fornecidas pela lei, doutrina, jurisprudência ou atores do sistema prisional passem a ser também objeto de estudo para a criminologia¹⁸⁶. Assim, não deve causar estranhamento o fato de as ciências trabalharem com conceitos distintos de crimes econômicos.

Inclusive autores que propõem uma conciliação entre os enfoques penal e criminológico acentuam que o conceito de delito será distinto nos dois campos¹⁸⁷. Portanto, não se deve postular uma coincidência entre o que seja criminalidade econômica e direito penal econômico. Enquanto aquela consiste em conceito criminológico, este é conceito jurídico-penal¹⁸⁸. Isso não significa, entretanto, negar inter-relações entre os dois âmbitos, como faz Righi, afirmando que a influência do ponto de vista criminológico não pode ser relevante¹⁸⁹, pelo contrário: é importante distinguir as duas searas e identificar criticamente as interferências entre ambas, para se buscar uma compreensão mais ampla do objeto de exame e da forma como as ciências o vêm analisando. Não se deve concluir, portanto, que o conceito criminológico de crimes do colarinho branco nada aporta ao direito penal. Após o exame feito acima, resta claro que, dentre outros pontos, o enfoque criminológico traz a necessidade de permanente atenção com usos ideológicos e contraditórios do direito penal.

Tendo verificado as características e debilidades da percepção criminológica, sobretudo quando transposta ao direito penal, impõe-se a conclusão de que o conceito de criminalidade econômica ou de crimes do

186 BARATTA, Alessandro. La política criminal y el derecho penal de la constitución: nuevas reflexiones sobre el modelo integrado de las ciencias penales. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, São Paulo, ano 8, n. 29, pp. 27-51, jan./mar. 2000. p. 34.

187 Consoante expressa Leandro Sarcedo: “Para que se possa corretamente dizer o que são crimes econômicos, é preciso, primeiro, ter-se em vista que o conceito de delito não é o mesmo para o direito penal e para a criminologia, mesmo porque é certo que esta última somente pode exercer o seu papel científico sobre a necessidade, ou não, de incriminação de uma conduta quando atuar desvinculada das amarras que lhe impõe o conceito jurídico-penal de crime.” SARCEDO, Leandro. *Política criminal e crimes econômicos: uma crítica constitucional*. São Paulo: Alameda, 2012. p. 103. O autor também propõe conciliar os enfoques criminológico e jurídico-penal, especialmente na p. 110.

188 PEDRAZZI, Cesare. Interessi economici e tutela penale. In: _____. *Diritto penale: III: Scritti di diritto penale dell'economia*. Milano: Istituto di Diritto Penale e Processuale Penale/Giuffrè, pp. 187-200, 2003. pp. 187-188.

189 RIGHI, Esteban. *Los delitos económicos*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2000. p. 110.

ser usada para fins dogmáticos, já que utiliza como critério características do autor do delito, não da conduta praticada¹⁸¹. Destaque-se que o próprio fato de pertencer um delinquente a uma dada classe social consiste em um dos elementos da definição criminológica¹⁸² – e não o fato de ter maior incidência em dada classe ou de se tratar de um delito especial. Esse tipo de construção, conforme já amplamente comprovado pela doutrina penal no que se refere ao tópico direito penal do autor, leva, no campo dogmático, a construções passíveis de ideologização¹⁸³.

E, como destaca Muñoz Conde, assim como características pessoais ou corporais não indicam que um agente tenha maior probabilidade de praticar um delito, também o poder econômico, como tal, não pode ser tomado como marca de um tipo penal. “No moderno direito penal do fato somente é agente aquele que pratica um tipo penal e não aquele que vem de um determinado estrato social ou possui determinadas propriedades pessoais”¹⁸⁴.

Também em decorrência de sua falta de definição e clareza, o conceito (criminológico) de crime do colarinho branco acaba por permitir, no campo do direito penal, enorme flexibilidade na definição de delitos pelo investigador, o que não se pode admitir¹⁸⁵.

A afirmação de que o conceito desenvolvido no âmbito da criminologia para os crimes econômicos não se presta à utilização dogmática não se confunde com sua imprestabilidade para o âmbito da criminologia. Mesmo no modelo integrado das ciências penais, o olhar criminológico se constrói

181 Segundo Boers, em um direito penal do fato orientado à proteção de bens jurídicos, uma definição vinculada a características pessoais do agente seria contrária ao sistema. BOERS, Klaus. *Op. cit.* p. 339. Achenbach também destaca a impossibilidade de se adotar, dogmaticamente, esse conceito, que levaria à descrição de um direito penal do autor. ACHENBACH, Hans. *Op. cit.* p. 182. No mesmo sentido, LAMPE, Ernst-Joachim. *Wirtschaftsstrafrecht*. In: ALBERS, Willi (Hrsg.). *Handwörterbuch der Wirtschaftswissenschaft*. Stuttgart, New York: Fischer; Tübingen: Mohr; Göttingen: Vandenhoeck und Ruprecht, pp. 310-326, 1982. p. 311.

182 Como já acentuou MANNHEIM, Hermann. *Op. cit.* p. 721.

183 OTTO, Harro. *Op. cit.* p. 340.

184 MUÑOZ CONDE, Francisco. *Begriff und Reform des Wirtschaftsstrafrechts in Spanien*. In: SCHÜNEMANN, Bernd, GONZÁLES, Carlos Suárez (Hrsg.) *Bausteine des europäischen Wirtschaftsstrafrechts*: Madrid-Symposium für Klaus Tiedemann. Berlin: Carl Heymanns, pp. 61-74, 1994. p. 61. No mesmo sentido, LAMPE, Ernst-Joachim. *Op. cit.* p. 311.

185 É o que diz Serrano Maíllo: “un muy serio problema del delito de cuello blanco, así considerado, es que propone una noción de delito intuitivamente atractiva, pero que concede al investigador una gran flexibilidad para definir como delito lo que crea conveniente.” SERRANO MAILLO, Alfonso. El (sesgado) uso de los delitos de cuello blanco en los paradigmas antiempíricos. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Madrid, n. 14, pp. 235-280, jul. 2004. p. 254.

externamente ao sistema dogmático-penal, fazendo com que as definições do comportamento criminoso fornecidas pela lei, doutrina, jurisprudência ou atores do sistema prisional passem a ser também objeto de estudo para a criminologia¹⁸⁶. Assim, não deve causar estranhamento o fato de as ciências trabalharem com conceitos distintos de crimes econômicos.

Inclusive autores que propõem uma conciliação entre os enfoques penal e criminológico acentuam que o conceito de delito será distinto nos dois campos¹⁸⁷. Portanto, não se deve postular uma coincidência entre o que seja criminalidade econômica e direito penal econômico. Enquanto aquela consiste em conceito criminológico, este é conceito jurídico-penal¹⁸⁸. Isso não significa, entretanto, negar inter-relações entre os dois âmbitos, como faz Righi, afirmando que a influência do ponto de vista criminológico não pode ser relevante¹⁸⁹, pelo contrário: é importante distinguir as duas searas e identificar criticamente as interferências entre ambas, para se buscar uma compreensão mais ampla do objeto de exame e da forma como as ciências o vêm analisando. Não se deve concluir, portanto, que o conceito criminológico de crimes do colarinho branco nada aporta ao direito penal. Após o exame feito acima, resta claro que, dentre outros pontos, o enfoque criminológico traz a necessidade de permanente atenção com usos ideológicos e contraditórios do direito penal.

Tendo verificado as características e debilidades da percepção criminológica, sobretudo quando transposta ao direito penal, impõe-se a conclusão de que o conceito de criminalidade econômica ou de crimes do

186 BARATTA, Alessandro. La política criminal y el derecho penal de la constitución: nuevas reflexiones sobre el modelo integrado de las ciencias penales. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, São Paulo, ano 8, n. 29, pp. 27-51, jan./mar. 2000. p. 34.

187 Consoante expressa Leandro Sarcedo: “Para que se possa corretamente dizer o que são crimes econômicos, é preciso, primeiro, ter-se em vista que o conceito de delito não é o mesmo para o direito penal e para a criminologia, mesmo porque é certo que esta última somente pode exercer o seu papel científico sobre a necessidade, ou não, de incriminação de uma conduta quando atuar desvinculada das amarras que lhe impõe o conceito jurídico-penal de crime.” SARCEDO, Leandro. *Política criminal e crimes econômicos: uma crítica constitucional*. São Paulo: Alameda, 2012. p. 103. O autor também propõe conciliar os enfoques criminológico e jurídico-penal, especialmente na p. 110.

188 PEDRAZZI, Cesare. Interessi economici e tutela penale. In: _____. *Diritto penale: III: Scritti di diritto penale dell'economia*. Milano: Istituto di Diritto Penale e Processuale Penale/Giuffrè, pp. 187-200, 2003. pp. 187-188.

189 RIGHI, Esteban. *Los delitos económicos*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2000. p. 110.

colarinho branco não pode ser diretamente transferido ao direito penal, por se fundar em características do autor e não do fato criminoso.

E, além disso, o conceito não se refere adequadamente ao direito penal econômico, pois também há crimes econômicos cometidos por pessoas que não são poderosas e não se enquadram no estereótipo do colarinho branco – por exemplo, o leiteiro que dilui com água o leite que será vendido ao consumidor¹⁹⁰. Por isso, a doutrina criou o conceito de crimes profissionais (*occupational crime* ou *Berufskriminalität*) para se referir a delitos praticados no âmbito do exercício de uma atividade profissional. Mas, ainda assim, essas concepções se focam no agente e não podem ser utilizadas no campo jurídico-penal. Além disso, como destacam Kudlich e Oğlakcioğlu, essa ideia acaba revelando-se muito genérica, permitindo a abrangência até de casos como os de um médico que mata seu paciente¹⁹¹.

Deixando-se de lado, pois, no campo dogmático, as definições criminológicas, deve-se analisar uma relevante distinção, que se estabeleceu na doutrina, entre um conceito estrito e um conceito amplo de direito penal econômico.

O conceito estrito estabelece que o direito penal econômico consiste no “conjunto de normas jurídico-penales que protegen el orden económico entendido como regulación jurídica del intervencionismo estatal en la Economía”¹⁹². Assim, este âmbito teria como objeto os setores que tutelam primordialmente o bem jurídico constituído pela ordem econômica estatal em seu conjunto e, em consequência, o fluxo da economia em sua organicidade. É o direito da direção da economia pelo Estado¹⁹³.

Miguel Bajo Fernández esclarece que, adotando-se esse conceito, o direito penal econômico teria como conteúdo os delitos que atentam contra a determinação ou formação de preços, os crimes de evasão de capital ou

¹⁹⁰ DANNECKER, Gerhard. *Op. cit.* p. 13.

¹⁹¹ KUDLICH, Hans, OĞLAKCIOĞLU, Mustafa Temmuz. *Wirtschaftsstrafrecht*. Heidelberg: Müller, 2011. p. 2.

¹⁹² BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. Concepto y contenido del Derecho Penal Económico. In: MIR PUIG, Santiago, MODELL GONZÁLEZ, Juan Luis, GALLEGO SOLER, José-Ignacio, BELLO REGIFO, Carlos Simón (Org.). *Estudios de Derecho Penal Económico*. Caracas: Livrosca, pp. 3-21, 2002. p. 5.

¹⁹³ TIEDEMANN, Klaus. *Poder económico y delito: introducción al derecho penal económico y de la empresa*. Trad. por Amelia Mantilla Villegas. Barcelona: Ariel, 1985. pp. 18-19.

monetários, as infrações de contrabando, a lavagem de dinheiro ou de dólares e o delito fiscal¹⁹⁴.

Aftalión credita o surgimento da distinção entre um conceito estrito e um amplo à diversidade de concepções havidas nos países europeus:

los franceses (Jeantet, Vouin) parecen sustentar un criterio restrictivo que excluye de su seno el sancionamiento de los derechos financiero, fiscal y del trabajo, y lo limita al de las infracciones a las disposiciones sobre precios, materia consolidada en Francia en dos grandes ordenamientos dictados en 1945 y en sus posteriores leyes modificatorias. En cambio, los holandeses, alemanes, suizos tienden a un concepto más comprensivo, apto para abarcar todas aquellas sanciones dictadas para vigorizar la efectividad del Derecho económico general, en sus varios aspectos más arriba puntualizados.¹⁹⁵

Essa compreensão teria prevalecido no direito penal econômico até a primeira metade do século XX¹⁹⁶; até os anos 1980, haveria uma conceituação bidimensional¹⁹⁷ e, a partir de então, prevaleceria o conceito amplo de direito penal.

A perspectiva estrita perdeu espaço, assim, quando se verificaram mudanças na forma de atuação estatal na economia, isto é, quando a ideia de direcionamento econômico foi paulatinamente ultrapassada e substituída pelo desenvolvimento de uma economia de mercado, acompanhada de regulamentações estatais visando a desenvolver aspectos sociais e a corrigir possíveis falhas do mercado¹⁹⁸. Neste momento, a concepção estrita passa a se revelar insuficiente e, como diz Achenbach, estranha (*fremd*)¹⁹⁹. Verificou-se que uma série de fatos de grande importância para interesses econômicos não

¹⁹⁴ BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. *Op. cit.* p. 6. Discorda-se do autor quanto à caracterização do crime de lavagem de dinheiro como integrante da política de intervenção econômica do Estado.

¹⁹⁵ AFTALION, Enrique R. *Op. cit.* p. 26. Pode ter surgido, também, ao longo do tempo, como afirma Heinz: HEINZ, Wolfgang. *Begriffliche und strukturelle Besonderheiten des Wirtschaftsstrafrechts*. In: GROPP, Walter (Hrsg.). *Wirtschaftskriminalität und Wirtschaftsstrafrecht: in einem Europa auf dem Weg zu Demokratie und Privatisierung*. Leipzig: Leipziger Universitätsverlag, pp. 13-50, 1998. pp. 16-17.

¹⁹⁶ ACHENBACH, Hans. *Op. cit.* p. 181. No mesmo sentido, vide: HEINZ, Wolfgang. *Loc. cit.*

¹⁹⁷ RIGHI, Esteban. *Los delitos económicos*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2000. pp. 105-106.

¹⁹⁸ Como observa González, “si el Derecho Penal Económico no es otra cosa que la proyección penal de la política intervencionista en lo económico, es evidente que su ámbito debe considerarse notoriamente ampliado.” GONZÁLEZ, Ventura. *Nociones generales sobre derecho penal económico*. Mendoza: Ed. Jurídicas Cuyo, 1998. p. 45.

¹⁹⁹ ACHENBACH, Hans. *ult. loc. cit.*

estavam compreendidos pela concepção estrita de direito penal econômico e que o conceito não se coadunava com os atuais parâmetros constitucionais da economia²⁰⁰. Cervini afirma que o conceito estrito desenha o direito penal econômico como um direito penal de emergência, típico do reforço de políticas estatais autoritárias²⁰¹.

Uma concepção mais ampla do direito penal econômico, que em tese acomodar-se-ia melhor às características da estrutura social²⁰², passou a predominar na doutrina, considerando-se o direito penal econômico como o conjunto de normas jurídicas promulgadas para a regulação da produção, da fabricação e da distribuição de bens econômicos²⁰³. Alguns autores incluíram, além da produção, fabricação e distribuição também a regulação do consumo de bens e serviços em tal conceito²⁰⁴.

O conceito ganhou ainda maior abrangência ao se abarcarem – ao lado das transgressões à atividade interventora e reguladora do Estado na economia e à regulação da produção, fabricação, distribuição e consumo de bens econômicos – fatos penais do campo dos delitos patrimoniais clássicos, se esses delitos se voltarem a patrimônios supra-individuais ou forem praticados com abuso de medidas e instrumentos da vida econômica²⁰⁵.

Entretanto, esse suposto ganho quantitativo resultou em uma evidente perda de precisão conceitual²⁰⁶. O conceito passou a envolver crimes tão

200 REYNA ALFARO, Luis Miguel. Delimitación conceptual del objeto de estudio del derecho penal económico y de la empresa. In: ____ (Coord.). *Derecho penal y modernidad*. Lima: Ara, pp. 261-274. 2010. p. 266.

201 CERVINI, Raul. *Op. cit.* p. 6.

202 REYNA ALFARO, Luis Miguel. *Op. cit.* p. 269.

203 TIEDEMANN, Klaus. *Poder económico y delito: introducción al derecho penal económico y de la empresa*. Trad. por Amelia Mantilla Villegas. Barcelona: Ariel, 1985. p. 19. A definição de Bacigalupo é semelhante: "Por Derecho Penal Económico entenderemos aquí el conjunto de normas mediante las cuales el Estado procura regular dentro de un régimen fundado en la iniciativa privada las condiciones de la vida económica." BACIGALUPO, Enrique. *Cuestiones penales de la nueva ordenación de las sociedades y aspectos legislativos del Derecho Penal económico*. Buenos Ayres: Depalma, 1974. p. 59.

204 Nessa linha, a definição de Bajo e Bacigalupo: "Derecho penal económico en sentido amplio es el conjunto de normas jurídico-penales que protegen el orden económico entendido como regulación de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios. Ya no se trata aquí de la protección del nuevo intervencionismo estatal, sino de la actividad económica dentro de la Economía de mercado." BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; BACIGALUPO, Silvina. *Op. cit.* p. 14.

205 TIEDEMANN, Klaus. El concepto de Derecho económico, de Derecho penal económico y de delito económico. *Cuadernos de política criminal*, Madrid, n. 28, pp. 65-74, 1986. pp. 67-68.

206 Como observaram Muñoz Conde e Righi. MUÑOZ CONDE, Francisco. *Cuestiones dogmáticas básicas en los delitos económicos*. *Revista Penal*, Barcelona, v. 1, n. 1, pp. 67-76, jan. 1998. pp.

dísparos, que chegou a ser chamado, por Novoa Monreal, de um "traje de arlequim"²⁰⁷. Com isso, tornou-se praticamente impossível conferir concretude à ideia de ordem econômica²⁰⁸, fazendo com que o conceito perdesse, de certo modo, seu sentido.

Como resultado, houve enorme expansão dos conteúdos do direito penal econômico, acentuando a incapacidade dogmática do conceito de sistematizar, fixar limites e desenvolver parâmetros críticos nessa seara. Essa expansão foi verificada em diversos países, como Alemanha, Itália, Espanha etc.²⁰⁹, razão pela qual a doutrina começou a criticá-la e questioná-la. Nessa linha, Elio Lo Monte arguiu que a categoria arrisca-se, assim, a se tornar uma espécie de etiqueta com fins meramente de catalogação, com a consequência de tornar mais difícil a pesquisa de instrumentos de crítica²¹⁰.

O conceito amplo, portanto, acabou por se diluir em sua própria amplitude e a doutrina precisou buscar, sem todavia abandoná-lo, características que lhe conferissem maior aferibilidade.

Nessa linha, ganha espaço a concepção que distingue o direito penal econômico a partir da ideia de proteção de bens jurídicos difusos ou coletivos. Vários autores partilham dessa percepção²¹¹, mas foi Klaus Tiedemann quem a difundiu, sobretudo para além da Alemanha, com destaque para sua influência na Espanha e na América Latina de forma geral.

68-9. RIGHI, Esteban. *Los delitos económicos*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2000. p. 113.

207 NOVOA MONREAL, Eduardo. Reflexiones para la determinación y delimitación del delito económico. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, t. 35, pp. 43-76, mes 1 1982. p. 46.

208 Nessa linha, Boers observa que uma definição ampla faz com que apenas agentes potentes, via de regra empresas, tenham capacidade de expor a perigo a economia social de mercado. BOERS, Klaus. *Op. cit.* p. 339.

209 CERVINI, Raul. *Op. cit.* p. 25.

210 LO MONTE, Elio. Riflessioni in tema di controllo della criminalità economica: tra legislazione simbolica ed esigenze di riforma. *Rivista trimestrale di diritto penale dell'Economia*, Padova, ano 11, n. 2-3, pp. 323-366, abr./set. 1998.

211 Nesse sentido, diz Bacigalupo que "una categoría más o menos autónoma de hechos punibles requiere por lo menos las posibilidad de establecer un bien jurídico protegido que los diferencie en cuanto al objeto de protección" BACIGALUPO, Enrique. *Cuestiones penales de la nueva ordenación de las sociedades y aspectos legislativos del Derecho Penal económico*. Buenos Ayres: Depalma, 1974. p. 18. Na mesma linha, por exemplo, cf. RIGHI, Esteban. *Derecho penal económico comparado*. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1991. p. 318. MARTÍNEZ BUJÁN-PÉREZ, Carlos. *Derecho penal económico y de la empresa: Parte general*. 3. ed. Valencia: Tirant lo blanch, 2011. p. 159. ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A. *Derecho penal económico: consideraciones jurídicas y económicas*. Lima: Idemsa, 1997. p. 32. VOLK, Klaus. *Op. cit.* p. 87. OTTO, Harro. *Op. cit.* p. 345.

Aliás, a demonstrar que o desenvolvimento do conceito não foi tão linear quanto se pretende, agora, apresentar – já que, para fins de sistematização, o que se busca é visualizar a preponderância de dados argumentos – essa vertente já podia ser identificada na obra de Curt Lindemann, de 1932, quando este autor defende que o direito penal econômico teria como objeto a lesão ou afetação do bem jurídico economia popular ou economia geral²¹².

A concepção de que o bem jurídico conferiria distinção e homogeneidade ao conceito de direito penal econômico apresenta diversas vertentes – que indicam, por exemplo, como bem jurídico: a economia em seu conjunto; a planificação estatal sobre a economia; a liberdade econômica; a iniciativa privada; a ordem pública jurídico-econômica²¹³. Em comum, apresentam a ideia de que bens jurídicos difusos ou coletivos seriam aqueles afetados pelos delitos econômicos, a diferenciá-los dos crimes patrimoniais clássicos.

Seguindo essa linha, muito embora apresentando nuances específicas, o pensamento de Bottke parte do pressuposto de que o sistema de economia social de mercado, em sua totalidade, com seus princípios estruturais e elementos constitutivos, configura um valor jurídico²¹⁴. Diante disso, diferenciaria entre delinquência econômica em sentido estrito e em sentido lato. Quanto à primeira, definiu-a nos seguintes termos:

delinquência econômica passível de criminalização em sentido dogmático estrito é um comportamento, sob as condições constitucionais, que lesione ou coloque em perigo a economia social de mercado como um todo ou seus princípios ou elementos constitucionais individualmente, nomeadamente *elementos essenciais* de uma economia livre de mercado.²¹⁵

O conceito lato proposto por Bottke, por sua vez, abrangeria as condutas ocorridas em unidades econômicas de produção, distribuição de

212 UNDEMANN, Curt. *Gibt es ein eigenes Wirtschaftsstrafrecht?*. Jena: Gustav Fischer, 1932. pp. 13 e 15.

213 Mais detalhadamente sobre esse ponto, vide: CERVINI, Raul. *Op. cit.* pp. 17 e s.

214 BOTTKE, Wilfried. *Das Wirtschaftsstrafrecht in der Bundesrepublik Deutschland: Lösungen und Defizite. Wistra: Zeitschrift für Wirtschafts- und Steuerstrafrecht*, Balve, ano 10, pp. 1-10, 2 de janeiro de 1991, fasc. 1, p. 3. Vide, ainda: BOTTKE, Wilfried. *Zur Legitimität des Wirtschaftsstrafrechts im engen Sinne und seiner spezifischen Deliktsbeschreibungen*. In: SCHÜNEMANN, Bernd, SUÁRES GONZÁLES, Carlos (Hrsg.) *Bausteine des europäischen Wirtschaftsstrafrechts: Madrid-Symposium für Klaus Tiedemann*. Berlin: Carl Heymanns, pp. 109-123, 1994. pp. 113-4.

215 *Ibidem*. p. 114.

bens ou outra prestação de serviços, por pessoas que detenham posições que lhes permitam tal prática²¹⁶. Esse conceito não precisaria de legitimação específica, porque já estaria legitimado pelos bens jurídicos clássicos. O problema surgiria na legitimação de condutas que têm como bem jurídico o sistema econômico, ou o sistema de concorrência²¹⁷.

Outro autor que fundamentou sua definição de direito penal econômico tendo como critério o bem jurídico, acrescentando diversos outros elementos, foi Raúl Cervini. Para o autor,

el delito económico es una modalidad de desviación estructural, tipificada penalmente mediando un proceso de legitimidad democrática y exacta determinación del bien jurídico penalmente tutelado, con el fin de proteger las personas concretas y su entorno humano. Esta modalidad se traduce en la realización por un agente económico de un comportamiento ilícito u objetivamente abusivo y ello respecto del normal funcionamiento de las leyes y/o mecanismos ordinarios de la economía, afectando a un interés patrimonial individual y/o poniendo en peligro el equilibrio del orden económico de un colectivo determinado. De tal guisa es que en los delitos económicos convencionales el comportamiento ilícito u objetivamente abusivo se vinculará al funcionamiento de los mecanismos económicos cerrados. En lo que a las formas de extra o macrocriminalidad económica respecta, el comportamiento ilícito u objetivamente abusivo se vinculará al normal funcionamiento de los mecanismos económicos abiertos.²¹⁸

Há quem tente complementar esse critério do bem jurídico coletivo ou difuso afirmando que os delitos econômicos apresentariam, ao lado de um bem jurídico de caráter supraindividual, também um sujeito passivo diferenciado, qual seja, pessoalmente indeterminado, ou, se determinável, referente a um grande número de pessoas²¹⁹. Ocorre que esse raciocínio, em verdade, nada aporta à reflexão sobre o tema, já que a categoria sujeito passivo é definida exatamente em função do bem jurídico – sujeito passivo é o titular do bem jurídico violado pela norma penal. Portanto, é evidente que,

216 *Ibidem*. p. 109.

217 *Ibidem*. pp. 111-112.

218 CERVINI, Raul. *Op. cit.* p. 52.

219 GONZÁLES, Ventura. *Nociones generales sobre derecho penal económico*. Mendoza: Ed. Jurídicas Cuyo, 1998. p. 25.

se esses crimes apresentam, como querem os partidários dessa linha, um bem jurídico diferenciado, em razão de ser coletivo, difuso ou supraindividual, também apresentam um sujeito passivo sempre coletivo ou difuso.

Essa concepção foi, igualmente, alargada. Tiedemann observa que em princípio há delito econômico no âmbito dos crimes patrimoniais clássicos (portanto com bens jurídicos individuais) quando forem empregados meios para a execução que sejam protegidos pelo legislador como instrumentos da vida econômica, mediante incriminações autônomas (abuso de instrumentos e instituições econômicas)²²⁰.

Já Boers defendeu que crimes que apresentassem bens jurídicos individuais poderiam integrar a definição de direito penal econômico se apresentassem prejuízo de grande monta²²¹. D'outro lado, houve quem entendesse que "el solo perjuicio patrimonial a los particulares debe permanecer en el ámbito de los delitos convencionales"²²². Sobre o tema, Muñoz Conde esclarece que o critério da magnitude do dano ou do prejuízo confunde o que seria um fator determinante de agravação da pena com um elemento conceitual do pretendido delito sócio-econômico, "sin que por ello se obtuviera a cambio ninguna ventaja técnico-jurídica o política, salvo la demagógica o esnobista que subyace a muchas de estas construcciones jurídicas"²²³.

220 TIEDEMANN, Klaus. *Poder económico y delito: introducción al derecho penal económico y de la empresa*. Trad. por Amelia Mantilla Villegas. Barcelona: Ariel, 1985. p. 18. Importante notar que o autor estende ainda mais seu conceito de direito penal econômico ao incluir nesse âmbito delitos contra bens imateriais da empresa, tais quais marcas e patentes, apesar de se relacionarem a interesses individuais patrimoniais, por conta de sua relação com a vida econômica e com delitos econômicos clássicos como a espionagem industrial. Cf.: TIEDEMANN, Klaus. *Wirtschaftsstrafrecht: Besonderer Teil mit wichtigen Gesetzes- und Verordnungstexten*. München: Carl Heymanns, 2006. p. 6. Vide, ainda: TIEDEMANN, Klaus. El concepto de Derecho económico, de Derecho penal económico y de delito económico. *Cuadernos de política criminal*, Madrid, n. 28, pp. 65-74, 1986, p. 72.

221 BOERS, Klaus. *Op. cit.* p. 340.

222 BAIGÚN, David. Es conveniente la aplicación del sistema penal convencional al delito económico? In: DORNSEIFER, Gerhard, HORN, Eckhard et al. (Hrsg.). *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*. Munique: Carl Heymanns Verlag, pp. 651-673, 1989. p. 660. Bottke também criticou a proposta de Tiedemann por chegar a abranger bens jurídicos individuais. BOTTKÉ, Wilfried. Sobre la legitimidad del derecho penal económico en sentido estricto y de sus descripciones típicas específicas. In: ARROYO ZAPATERO, Luis (Dir.). *Hacia un derecho penal económico europeo: Jornadas en honor del profesor Klaus Tiedemann*. Madrid: Boletín Oficial del Estado, pp. 637-654, 1995.

223 MUÑOZ CONDE, Francisco. Cuestiones dogmáticas básicas en los delitos económicos. *Revista Penal*, Barcelona, v. 1, n. 1, pp. 67-76, jan. 1998. p. 69. Relevante, ainda, mencionar que o Código Penal espanhol de 1995 adotou uma valoração ambivalente, pois apesar de ter previsto um título

As críticas a essas propostas fundadas na existência de bens jurídicos coletivos, difusos ou supraindividuais (ampliadas com hipóteses envolvendo bens jurídicos individuais ou não) não tardaram a surgir. Apontou-se que o direito penal econômico também englobaria a proteção do patrimônio individual dos agentes econômicos²²⁴. Ou seja, a vinculação a bens jurídicos coletivos ou difusos não seria suficiente para delimitar o direito penal econômico – aliás, como a própria conceituação de Tiedemann já demonstrava.

Outro ponto falho de tais correntes foi terem gerado uma busca pela construção artificial e açodada de bens jurídicos coletivos, não se prestando a delimitar o direito penal econômico, mas, em realidade, a o inflacionar²²⁵.

Especialmente a concepção de ordem econômica como bem jurídico homogêneo dos crimes econômicos acabou sendo o foco de muitas críticas, conforme será mais pormenorizadamente analisado adiante. Apesar disso, há autores que, renegando o conceito como configurador de bem jurídico-penal, nele enxergam a *ratio legis* que se apresentaria como denominador comum dos delitos econômicos²²⁶.

Em resposta à crítica de que essa concepção resultaria na aceitação de bens jurídicos por demais amplos e, nesta medida, desnaturados, Reyna

contendo os delitos sócio-econômicos, uniu-os aos delitos contra o patrimônio, obstando sua distinção, como criticou, dentre outros, BARBERO SANTOS, Mariano. *Introducción general a los delitos socio-economicos; los delitos societarios*. *Revista Trimestrale di Diritto Penale Dell' Economia*, Padova, v. 10, n. 3, pp. 624-636, jul./set. 1997. p. 636.

224 BAUMANN, Jürgen. *Strafrecht und Wirtschaftskriminalität*. *Juristenzeitung*, Tübingen, pp. 935-939, 1983. No mesmo sentido, vide: GRACIA MARTÍN, Luis. ¿Qué es modernización del derecho penal?. In: Díez Ripollés, José Luis et al. *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo: libro homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir*. Madrid: Tecnos, pp. 349-394, 2003. p. 366. Criticamente: OTTO, Harro. *Op. cit.* pp. 358 e ss.

225 LAMPE, Ernst-Joachim. *Wirtschaftsstrafrecht*. In: ALBERS, Willi (Hrsg.). *Handwörterbuch der Wirtschaftswissenschaft*. Stuttgart, New York: Fischer; Tübingen: Mohr; Göttingen: Vandenhoeck und Ruprecht, pp. 310-326, 1982. Sobre o tema, vide, ainda: WOHLERS, Wolfgang. *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts: zur Dogmatik "moderner" Gefährdungsdelikte*. Berlin: Duncker & Humblot, 2000. p. 146. HEFENDEHL, Roland. *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*. Köln et al.: Heymann, 2002. pp. 252 e ss.

226 É o que defende, por exemplo, Celso Coracini: "Adiante-se, desde logo, que não se deve atribuir à ordem econômica a função de bem jurídico, em seu sentido próprio, ou imediato, mas é mister reconhecer que a ordem econômica integra o conceito da disciplina do direito penal econômico, por conformar a *ratio legis* que une os vários bens jurídico que, danificados ou sujeitos a dano, atingem, de forma mais ou menos direta,, a ordem econômica nacional." CORACINI, Celso. Contexto e conceito para o direito penal econômico. In: PRADO, Luiz Regis, DOTTI, René Ariel (org.). *Teoria geral da tutela penal transindividual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, pp. 411-437, 2011 (Coleção doutrinas essenciais: direito penal econômico e da empresa, v. 1). p. 426.

Alfaro, por exemplo, se vale do argumento de que a proposta de utilizar o bem jurídico coletivo como critério de delimitação do conceito de direito penal econômico teria apoio na teoria dos bens jurídicos mediatizados, dizendo que a proposta pretenderia simplesmente reconhecer a ordem econômica como bem mediato das infrações penal-econômicas, com fins meramente sistematizadores²²⁷.

No Brasil, Rodolfo Tigre Maia parece igualmente seguir essa concepção, ao destacar que, na seara penal, o direito econômico apresenta feição de evidente predomínio de interesse coletivo, ao passo que, na área financeira, haveria "um equilíbrio entre o interesse geral no adequado funcionamento do sistema associado aos interesses particulares dos indivíduos que nele investem suas poupanças individuais ou empresariais"²²⁸. Ao examinar especificamente o art. 2º da Lei n. 7492/86, aponta o sistema financeiro nacional como objeto mediato e, imediatamente, "a credibilidade pública dos valores mobiliários, bem como das empresas que atuam nesse mercado, e resguardar o patrimônio dos terceiros adquirentes de tais documentos"²²⁹.

Esse argumento, entretanto, ainda que voltado somente a fins sistematizadores, pouco aporta à delimitação de um conceito material de direito penal econômico, pois apresenta, quanto ao seu conteúdo, as mesmas dificuldades das correntes que não trabalham com um conceito mediatizado de bem jurídico.

Resta analisar, então as tentativas de definir o direito penal econômico por meio da ideia de um abuso de confiança, formulação que se remete a Zirpins e Terstegen²³⁰. Harro Otto, autor que dedicou diversos estudos ao tema, também adota essa percepção, segundo a qual o direito penal econômico teria como marco distintivo a finalidade de proteção da confiança no sistema econômico²³¹.

227 REYNA ALFARO, Luis Miguel. *Op. cit.* p. 268.

228 MAIA, Rodolfo Tigre. *Dos Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional*. São Paulo: Malheiros, 1996. pp. 25-26.

229 *Ibidem*. p. 42

230 ZIRPINS, Walter; Terstegen. *Wirtschaftskriminalität: Erscheinungsformen und ihre Bekämpfung*. Lübeck: Schmidt-Römhild, 1963.

231 OTTO, Harro. *Op. cit.* p. 344. Vide, ainda, as ideias de Hefendehl sobre o tema: HEFENDEHL, Roland. *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*. Köln et al.: Heymann, 2002. pp. 255 e ss.

No Brasil, essa é a linha partilhada por William Terra de Oliveira, que aponta como elemento característico próprio do "crime de colarinho branco" a quebra de fidelidade por parte de um agente que atua no exercício de uma profissão. "A fidelidade", prossegue o autor, "se funda na ideia da confiança que sustenta as relações sociais em sentido amplo, e num nível mais específico, as relações econômicas"²³².

Ocorre que também essa corrente revela inconsistências. Especialmente na vida econômica, há mais desconfiança do que confiança. A essa crítica, replicou-se que se trataria de uma confiança abstrata, no sentido de confiança do sistema²³³.

Volk critica, com razão, a ideia de um abuso de confiança fundado não numa confiança concreta no âmbito de relações entre autor e vítima, mas sim em uma confiança abstrata no sistema, pois, assim caracterizada, "essa confiança social abstrata é, ao fim e ao cabo, nada além que a confiança geral na força de vigência e inviolabilidade do direito"²³⁴. Também Kaiser chama a atenção para o perigo de a adoção dessa concepção levar a uma falta de limites, considerando-se puníveis a incapacidade, a decisão equivocada, certos desenvolvimentos culposos, etc.²³⁵.

Por tais motivos, não é possível admitir esse critério como efetivamente diferenciador do direito penal econômico, pois não consiste em uma marca distintiva ou característica exclusiva desses crimes, tampouco consegue delimitar o objeto de forma clara.

Mais recentemente, alguns autores propuseram uma definição de direito penal econômico fundada na ideia de restabelecimento normativo. Nesse sentido, Garcia Caveró constrói seu conceito a partir da ideia de reestabelecimento da identidade normativa essencial da sociedade na economia. O autor destaca, todavia, o distanciamento de sua proposta face

232 OLIVEIRA, William Terra de. Algumas questões em torno do novo direito penal econômico. In: PRADO, Luiz Regis; DOTI, René Ariel (org.). *Teoria geral da tutela penal transindividual*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, pp. 811-823, 2011 (Coleção doutrinas essenciais: direito penal econômico e da empresa; v. 1), p. 817.

233 ACHENBACH, Hans. *Op. cit.* p. 182.

234 VOLK, Klaus. *Op. cit.* p. 86.

235 KAISER, Günther. *Introducción a la criminología*. 7. ed. Trad. por RODRÍGUEZ NÚÑEZ, José Arturo. Madrid: Dykinson, 1988. p. 363.

à de Jakobs, pois parte de um conceito distinto de pessoa, que fundamenta sua construção teórica²³⁶. Assim, afirma que:

Si la *ratio legis* de determinado tipo penal no es la protección de expectativas normativas de conducta derivadas específicamente del modelo económico (libre mercado o función social del Estado), el tipo penal no formará parte del Derecho penal económico, aun cuando pueda infringirse el ámbito económico.²³⁷

Michael Lindeman também constrói sua compreensão a partir da finalidade de prevenção geral positiva da pena, consistindo a criminalidade econômica, em sua visão, no conjunto de comportamentos que frustram expectativas normativas institucionalizadas em normas penais²³⁸.

Uma vez mais, verifica-se que não há um verdadeiro critério de distinção que aponte características exclusivas do crime econômico. Pelo contrário: a definição fundada na estabilização normativa pouco aporta à distinção, já que o conteúdo das normas é descrito a partir de parâmetros já anteriormente apontados pela doutrina como diferenciadores e que se revelaram, como analisado anteriormente, imprecisos.

Também se buscou construir um conceito processual de direito penal econômico, a partir da ideia de que esses crimes apresentariam dificuldades processuais ou técnicas que justificariam investigação e processamento especializado. Essa perspectiva foi muito discutida na doutrina alemã, em razão de a lei de constituição judiciária (*Gerichtsverfassungsgesetz*) prever, em seu art. 74, 1, competência das câmaras de direito penal para crimes econômicos ali descritos²³⁹. Além de crimes econômicos bastante específicos, a lei também inclui alguns tipos penais gerais, como a infidelidade empresarial (*Untreue*) e o estelionato, quando “para o julgamento do caso for necessário conhecimentos especiais da vida econômica” (§74, Abs. 1, Nr. 6).

Entretanto, a ideia de trabalhar com dificuldades processuais ou técnicas nada significa em termos dogmáticos que aponte a distinção dos delitos

236 GARCIA CAVERO, Percy. *Op. cit.* pp. 31 e ss.

237 *Ibidem.* p. 50.

238 LINDEMANN, Michael. *Voraussetzungen und Grenzen legitimen Wirtschaftsstrafrechts*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2012. p. 5

239 Sobre o tema, vide: DANNECKER, Gerhard. *Op. cit.* pp. 14 e ss.

econômicos de outros crimes²⁴⁰. Ademais, trata-se de critério arbitrário e cambiante. Como observou Cervini, “no es admisible que para contemplar lo adjetivo (dificultades probatorias) se termine por traslocar lo sustantivo (principios del dogma)”²⁴¹.

Em conclusão, deve-se concordar com Achenbach no sentido de que a esperança de delimitação do direito penal econômico não foi atingida²⁴². Esse resultado será reforçado, ainda, com as reflexões a inexistência de autonomia do direito penal econômico.

Entretanto, se não é possível delimitar o direito penal econômico, como trabalhar com esse conceito? Ao menos sua consolidação como um polo atrator de determinadas discussões na doutrina não pode ser ignorada.

Por tal razão, a adoção de um conceito enumerativo – que reconhece, portanto, a impossibilidade de definição fundada em parâmetros essencialistas – parece ser a mais adequada. Ela não ignora a existência de um grupo de delitos que apresenta algumas características marcantes – embora não exclusivas – e que levou a doutrina a conduzir uma discussão específica. Todavia, não aceita soluções particulares, tampouco promove o afastamento do direito penal econômico dos princípios, conceitos e racionalidade que devem informar todo o direito penal.

Essa solução adequar-se-ia, igualmente, à complexidade da matéria, como já defendeu Achenbach: “A complexidade do objeto corresponde melhor a uma busca por um conceito concreto-genérico, que resulta de uma percepção dos fenômenos, que seja vista por uma limitação do seu conceito sob observância da tradição de pensamento científico já existente”²⁴³.

Por tais motivos, não se concorda com a crítica no sentido de que a “enumeração de situações é vilipendiadora do caráter científico do Direito penal”²⁴⁴, pois a ciência também pode tecer distinções de caráter meramente

240 OTTO, Harro. *Op. cit.* p. 340.

241 CERVINI, Raul. Macro o extracriminalidad económica: Aproximación conceptual y metodología. In: REYNA ALFARO, Luis Miguel (Coord). *Nuevas Tendencias del Derecho Penal Económico y de la Empresa*. Lima: Ara, pp. 207-255, 2005. p. 248 – embora sobre macrocriminalidade, o raciocínio também se aplica aqui.

242 ACHENBACH, Hans. *Op. cit.* p. 184.

243 ACHENBACH, Hans. *Op. cit.* p. 186.

244 SOUZA, Luciano Anderson de. *Op. cit.* p. 58.

pedagógico ou metodológico, mesmo quando reconheça não estar diante de diferenças materiais essenciais.

A compreensão do direito penal como um conjunto de elementos (no sentido de *Sammelbegriff*), aliás, vem sendo seguida por diversos autores²⁴⁵. Dentre eles, pode-se destacar a proposta de Achenbach, que adota os seguintes critérios que comporiam, combinados ou não, o direito penal econômico: o direito penal da condução e ordenação da economia; a dimensão supraindividual; a violação de deveres dos sujeitos econômicos; a fenomenologia de orientação econômica; proteção do meio ambiente e do consumidor; direito penal do trabalho, direito penal tributário²⁴⁶ – esses elementos não estariam taxativamente separados e podem ser aplicados cumulativamente²⁴⁷.

Lampe traz uma enumeração bastante parecida, listando os delitos relacionados à economia financeira do Estado; delitos contra a economia popular ou economia em geral, e seus ramos; delitos contra a economia empresarial e seus ramos; delitos praticados contra a generalidade ou contra consumidores que tenham origem em atividades empresariais²⁴⁸.

Kaiser, por sua vez, trabalha com 4 grupos de delitos: 1) delitos contra os bancos, as atividades de bolsa, o sistema de crédito, a livre concorrência, a garantia dos abastecimentos, delitos contra direitos de autor e marcas, quebra e malversação de fundos; 2) delitos fiscais, aduaneiros, fraudes em subvenções e na obtenção de vantagens, corrupção; 3) delitos contra os

²⁴⁵ Além daqueles estudados adiante, pode-se citar: DANNECKER, Gerhard. *Op. cit.* p. 15. HEINZ, Wolfgang. Begriffliche und strukturelle Besonderheiten des Wirtschaftsstrafrechts. In: GROPP, Walter (Hrsg.). *Wirtschaftskriminalität und Wirtschaftsstrafrecht: in einem Europa auf dem Weg zu Demokratie und Privatisierung*. Leipzig: Leipziger Universitätsverlag, pp. 13-50, 1998. pp. 20 e s., destacando que este autor adota a enumeração proposta por Lampe. Do mesmo autor, vide, ainda: HEINZ, Wolfgang. Konzeption und Grundsätze des Wirtschaftsstrafrechts (einschließlich Verbraucherschutz): Kriminologischer Teil. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Berlin, Jahrgang 34, pp. 417-451, 1984. especialmente p. 422. CIPRIANI, Mário Luís Lírio. *Op. cit.* p. 439. Também Eduardo Correia, que afirma, *in verbis*: "fica-nos a ideia de um círculo de interesses ou valores referentes à economia, mas que, pela sua indeterminação, tem que ser, formalmente, fixado." CORREIA, Eduardo. Notas críticas à penalização de atividades econômicas. In: CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS. *Ciclo de estudos de direito penal econômico*. Coimbra: Centro de Estudos Judiciários, 1985. p. 17

²⁴⁶ ACHENBACH, Hans. *Op. cit.* pp. 186-189.

²⁴⁷ *Ibidem.* p. 24.

²⁴⁸ LAMPE, Ernst-Joachim. *Wirtschaftsstrafrecht*. In: ALBERS, Willi (Hrsg.). *Handwörterbuch der Wirtschaftswissenschaft*. Stuttgart, New York: Fischer; Tübingen: Mohr; Göttingen: Vandenhoeck und Ruprecht, pp. 310-326, 1982. p. 310.

trabalhadores e a seguridade social, fraudes alimentárias e outras, delitos contra os consumidores e contra o meio ambiente; 4) a estafa e a usura²⁴⁹.

A enumeração de Kaiser, contudo, revela-se extremamente ampla, englobando delitos que, muito embora possam ter consequências econômicas importantes, apresentam prevalência de outros interesses, como, por exemplo, ocorre com o crime de corrupção.

Assim, entende-se que os crimes econômicos devem ser aqueles que se referem a: (i) elementos do sistema financeiro, inclusive a moeda e as instituições que a colocam em circulação e que concedem crédito²⁵⁰; (ii) liberdade de atuação no mercado, incluindo a concorrência; (iii) arrecadação tributária do Estado; (iv) elementos de política econômica do Estado; (v) relação com o consumidor, na qualidade de destinatário de um conjunto de relações econômicas; e (vi) crimes ambientais.

Destaque-se que essa enumeração não pressupõe a legitimidade dos crimes mencionados, tampouco descarta uma rigorosa análise sobre a existência ou não de um bem jurídico-penal, consoante se verá adiante.

Não se incluem, dentre tais crimes, os delitos patrimoniais clássicos que, em razão de sua forma de execução, venham a causar impactos amplos, atingindo uma suposta confiança na economia; da mesma forma, crimes falimentares, apesar de envolverem a atividade empresarial, não devem ser incluídos na compreensão de direito penal econômico, pois se referem muito mais a patrimônios individuais, ainda que, em alguns casos, apresentem características de interesse individual homogêneo. Já os crimes ambientais²⁵¹

²⁴⁹ KAISER, Günther. *Introducción a la criminología*. 7. ed. Trad. por RODRÍGUEZ NÚÑEZ, José Arturo. Madrid: Dykinson, 1988. pp. 362 e ss.

²⁵⁰ Quanto a este ponto, seguimos as lições de Rachel Sztajn, que afirma: "O sistema financeiro, mais recente [que o econômico], relaciona fatores como moeda, tempo e risco. Este sistema é composto por instituições que atuam na emissão de moeda, na sua circulação e concessão de crédito na transformação de riscos." SZTAJN, Rachel. *O paradoxo do sistema financeiro: estabilidade e risco*. 2009. Tese (para concurso de professor titular do Departamento de Direito Comercial) Faculdade de Direito, USP, São Paulo, pp. 37-38.

²⁵¹ Há divergência sobre deverem ou não integrar o conceito de direito penal econômico. Favoravelmente, vide: TIEDEMANN, Klaus. *Handhabung und Kritik des neuen Wirtschaftsstrafrechts - Versuch einer Zwischenbilanz*. In: HANACK, Ernst-Walter, RIESS, Peter, WENDISCH, Günter (Hrsg.). *Festschrift für Hanns Dünnebier zum 75. Geburtstag am 12. Juni 1982*. Berlin, New York: Walter de Gruyter, pp. 519-539, 1982. p. 523. Em sentido contrário, cf: OTTO, Harro. *Op. cit.* p. 354.

devem ser abarcados pelo conceito, pois resultam direta e claramente do modelo econômico contemporâneo²⁵².

A característica mais marcante desses delitos, além de seu conteúdo econômico, é a dependência do âmbito administrativo para sua definição, configuração e apuração. Por tal motivo, examinar as relações existentes entre esses crimes e o direito administrativo é extremamente importante.

Antes de encerrar essas reflexões, algumas observações terminológicas ainda são necessárias.

No Brasil, desenvolveu-se um conceito de direito penal econômico (ou de crimes contra a ordem econômica) que engloba somente os crimes relativos à tutela da concorrência e controle do mercado, diferenciando-os do direito penal tributário e do direito penal financeiro²⁵³. Essa distinção deve-se sobretudo à obra de Manoel Pedro Pimentel²⁵⁴ e também refletiu-se no Anteprojeto da parte especial do Código Penal, apresentado por meio da Portaria 790, de 27.10.87, do Ministro da Justiça Paulo Brossard de Souza Pinto. Destaque-se que esse conceito, muito embora corrente na doutrina brasileira, não é, aqui, adotado, pois acabaria por delimitar em excesso o objeto de pesquisa.

Na França, assim como na Bélgica, verifica-se a utilização tanto da expressão "droit penal des affaires" quanto de "droit penal économique". Jean Pradel esclarece não haver definição legislativa de infração econômica e, portanto, de direito penal econômico no sentido mencionado. Todavia, a partir de uma decisão de 1949, bastante citada, estabeleceu-se que tais infrações são aquelas que se relacionam com a produção, divisão, circulação e consumação de provisões, mercadorias e meios de troca²⁵⁵. A doutrina, que utiliza essa expressão há muito menos tempo que "droit penal des affaires", afirma que o direito penal econômico é o direito penal do mercado, das trocas comerciais, consistindo em uma parcela do "droit penal des affaires",

252 Sobre o tema, vide: DERANI, Cristiane. *Direito ambiental econômico*. 2. ed. rev. São Paulo: Max Limonad, 2001. p. 77.

253 Sobre o tema vide, também: SOUZA, Luciano Anderson de. *Op. cit.* pp. 56 e ss.

254 PIMENTEL, Manoel Pedro. *Direito penal econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973. pp. 16-22.

255 PRADEL, Jean. *Op. cit.* p. 2.

concepção bastante mais ampla, que englobaria diversos ramos, entre eles o direito penal das sociedades, o direito penal financeiro, o direito penal social (crimes relativos à legislação trabalhista, ao urbanismo, ao meio ambiente etc.) e, como afirmado, o direito penal econômico²⁵⁶. Aliás, tamanha a amplitude deste segundo conceito francês que há quem afirme ser impossível definir as infrações penais que fazem parte do direito penal dos negócios, em razão da inflação legislativa e, também da própria variabilidade do objeto que lhe é atribuído²⁵⁷.

Ainda quanto ao panorama francês, Delmas-Marty e Giudicelli-Delage mencionam que o código de processo penal prevê a especialização de juízes para o processamento e julgamento das "infrações em matéria econômica e infrações financeiras", razão pela qual se busca distinguir, na doutrina francesa, entre os dois setores²⁵⁸.

Importante, também, diferenciar a ideia de direito penal econômico daquela de direito penal empresarial. Apesar de se tratar de âmbitos muito próximos, suas concepções são distintas. O direito penal empresarial ou criminalidade de empresa consiste no conjunto de delitos de cunho econômico que se praticam em contexto empresarial, valendo-se da empresa, de sua atividade ou seus setores como instrumentos para a prática do delito. A empresa seria, pois, um "marco propio de ciertas manifestaciones de delincuencia"²⁵⁹. Abarcam-se nesse conceito tanto os crimes praticados contra a própria empresa quanto os praticados contra terceiros²⁶⁰.

256 *Ibidem*. p. 2. Em sentido semelhante, veja DELMAS-MARTY, Mireille, GIUDICELLI-DELAGE, Geneviève (Dir.). *Op. cit.* p. 8.

257 Textualmente, confira-se: "Dresser la liste des infractions pénales susceptibles de concerner la vie des affaires est chose impossible. Tout d'abord, parce que la liste exhaustive de toutes les infractions existant en droit français n'a jamais été établie. Ensuite, parce que les frontières de la vie des affaires sont incertaines. Cette incertitude génère une variabilité de l'objet pouvant être attribué au droit penal des affaires." LUCAS DE LEYSSAC, Marie-Paule, MIHMAN, Alexis. *Droit pénal des affaires: manuel théorique et pratique*. Paris: Economica, 2009. p. 1.

258 DELMAS-MARTY, Mireille, GIUDICELLI-DELAGE, Geneviève (Dir.). *Op. cit.* pp. 9-10.

259 TERRADILLOS BASOCO, Juan María. *Cuestiones actuales de Derecho penal económico y de la empresa*. Lima: ARA, 2010. p. 19.

260 Em sentido semelhante, Schünemann assim a define: "La criminalidad de empresa (Unternehmenskriminalität), como suma de los delitos económicos que se cometen a partir de una empresa - o, formulado de otra manera, a través de una actuación para una empresa -, establece así una delimitación tanto respecto a los delitos económicos cometidos al margen de una empresa, como respecto a los delitos cometidos dentro de la empresa contra la empresa misma, o por miembros particulares contra otros miembros de la empresa." Cf.: SCHÜNEMANN, Bernd. Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la

devem ser abarcados pelo conceito, pois resultam direta e claramente do modelo econômico contemporâneo²⁵².

A característica mais marcante desses delitos, além de seu conteúdo econômico, é a dependência do âmbito administrativo para sua definição, configuração e apuração. Por tal motivo, examinar as relações existentes entre esses crimes e o direito administrativo é extremamente importante.

Antes de encerrar essas reflexões, algumas observações terminológicas ainda são necessárias.

No Brasil, desenvolveu-se um conceito de direito penal econômico (ou de crimes contra a ordem econômica) que engloba somente os crimes relativos à tutela da concorrência e controle do mercado, diferenciando-os do direito penal tributário e do direito penal financeiro²⁵³. Essa distinção deve-se sobretudo à obra de Manoel Pedro Pimentel²⁵⁴ e também refletiu-se no Anteprojeto da parte especial do Código Penal, apresentado por meio da Portaria 790, de 27.10.87, do Ministro da Justiça Paulo Brossard de Souza Pinto. Destaque-se que esse conceito, muito embora corrente na doutrina brasileira, não é, aqui, adotado, pois acabaria por delimitar em excesso o objeto de pesquisa.

Na França, assim como na Bélgica, verifica-se a utilização tanto da expressão "droit penal des affaires" quanto de "droit penal économique". Jean Pradel esclarece não haver definição legislativa de infração econômica e, portanto, de direito penal econômico no sentido mencionado. Todavia, a partir de uma decisão de 1949, bastante citada, estabeleceu-se que tais infrações são aquelas que se relacionam com a produção, divisão, circulação e consumação de provisões, mercadorias e meios de troca²⁵⁵. A doutrina, que utiliza essa expressão há muito menos tempo que "droit penal des affaires", afirma que o direito penal econômico é o direito penal do mercado, das trocas comerciais, consistindo em uma parcela do "droit penal des affaires",

²⁵² Sobre o tema, vide: DERANI, Cristiane. *Direito ambiental econômico*. 2. ed. rev. São Paulo: Max Limonad, 2001. p. 77.

²⁵³ Sobre o tema vide, também: SOUZA, Luciano Anderson de. *Op. cit.* pp. 56 e ss.

²⁵⁴ PIMENTEL, Manoel Pedro. *Direito penal econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973. pp. 16-22.

²⁵⁵ PRADEL, Jean. *Op. cit.* p. 2.

concepção bastante mais ampla, que englobaria diversos ramos, entre eles o direito penal das sociedades, o direito penal financeiro, o direito penal social (crimes relativos à legislação trabalhista, ao urbanismo, ao meio ambiente etc.) e, como afirmado, o direito penal econômico²⁵⁶. Aliás, tamanha a amplitude deste segundo conceito francês que há quem afirme ser impossível definir as infrações penais que fazem parte do direito penal dos negócios, em razão da inflação legislativa e, também da própria variabilidade do objeto que lhe é atribuído²⁵⁷.

Ainda quanto ao panorama francês, Delmas-Marty e Giudicelli-Delage mencionam que o código de processo penal prevê a especialização de juízes para o processamento e julgamento das "infrações em matéria econômica e infrações financeiras", razão pela qual se busca distinguir, na doutrina francesa, entre os dois setores²⁵⁸.

Importante, também, diferenciar a ideia de direito penal econômico daquela de direito penal empresarial. Apesar de se tratar de âmbitos muito próximos, suas concepções são distintas. O direito penal empresarial ou criminalidade de empresa consiste no conjunto de delitos de cunho econômico que se praticam em contexto empresarial, valendo-se da empresa, de sua atividade ou seus setores como instrumentos para a prática do delito. A empresa seria, pois, um "marco propio de ciertas manifestaciones de delincuencia"²⁵⁹. Abarcam-se nesse conceito tanto os crimes praticados contra a própria empresa quanto os praticados contra terceiros²⁶⁰.

²⁵⁶ *Ibidem*, p. 2. Em sentido semelhante, veja DELMAS-MARTY, Mireille, GIUDICELLI-DELAGE, Geneviève (Dir.). *Op. cit.* p. 8.

²⁵⁷ Textualmente, confira-se: "Dresser la liste des infractions pénales susceptibles de concerner la vie des affaires est chose impossible. Tout d'abord, parce que la liste exhaustive de toutes les infractions existant en droit français n'a jamais été établie. Ensuite, parce que les frontières de la vie des affaires sont incertaines. Cette incertitude génère une variabilité de l'objet pouvant être attribué au droit penal des affaires." LUCAS DE LEYSSAC, Marie-Paule, MIHMAN, Alexis. *Droit pénal des affaires: manuel théorique et pratique*. Paris: Economica, 2009. p. 1.

²⁵⁸ DELMAS-MARTY, Mireille, GIUDICELLI-DELAGE, Geneviève (Dir.). *Op. cit.* pp. 9-10.

²⁵⁹ TERRADILLOS BASOCO, Juan Maria. *Cuestiones actuales de Derecho penal económico y de la empresa*. Lima: ARA, 2010. p. 19.

²⁶⁰ Em sentido semelhante, Schünemann assim a define: "La criminalidad de empresa (Unternehmenskriminalität), como suma de los delitos económicos que se cometen a partir de una empresa - o, formulado de otra manera, a través de una actuación para una empresa -, establece así una delimitación tanto respecto a los delitos económicos cometidos al margen de una empresa, como respecto a los delitos cometidos dentro de la empresa contra la empresa misma, o por miembros particulares contra otros miembros de la empresa." Cf.: SCHÜNEMANN, Bernd. Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la

Por exemplo, uma apropriação indébita praticada por funcionário da tesouraria de uma empresa, que vitime severamente a própria pessoa jurídica, integra a ideia de direito penal empresarial, muito embora não integre o direito penal econômico, já que se trata de crime patrimonial clássico.

Alguns autores defendem que o direito penal empresarial integraria a categoria de direito penal econômico²⁶¹; outros aduzem constituírem praticamente um mesmo ramo do direito²⁶². Entretanto, não se concorda seja com a primeira percepção – por se acreditar haver fatos que possam ser cometidos em contexto empresarial, vitimando somente a própria empresa, sem apresentar características que justifiquem seu transbordamento para além da lesão ao patrimônio da empresa – seja com a segunda percepção, já que são conceitos fundados em olhares diferentes (que se voltam, é verdade, em boa parte ao mesmo objeto), com funções distintas.

O direito penal empresarial tampouco configura ramo científico autônomo, sendo a subdivisão de interesse meramente didático ou metodológico. Mesmo assim, cuida-se de distinção relevante, já que aglutina uma série de problemas intrincados que se oferecem ao direito penal e que merecem tratamento sistemático da dogmática²⁶³. Exemplificativamente, as discussões sobre a delimitação e a configuração da autoria em contextos

criminalidad de empresa. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Madrid, v. 41, n. 2, pp. 529-558, mai./ago. 1988. p. 529. Sobre o tema vide, ainda, dentre outros: CERVINI, Raul. ADRIASOLA, Gabriel. *El derecho penal de la empresa desde una visión garantista: Metodología, criterios de imputación y tutela del patrimonio social*. Montevideo: Buenos Ayres/Julio Cesar Faira, 2005. pp. 126 e ss. TERRADILLOS BASOCO, Juan María. Concepto y método del derecho penal económico. In: ARROYO ZAPATERO, Luis; LASCANO, Carlos Julio; NIETO MARTÍN, Adán (Dir.). *Derecho penal de la empresa: del derecho penal económico del Estado social al derecho penal de la empresa globalizado*. Buenos Aires: Ediar, 2012. pp. 95-130.

261 Nesse sentido, Pedrazzi observa que a empresa constitui o principal núcleo de agregação do direito penal econômico, que em larga parte é direito penal da empresa. PEDRAZZI, Cesare. *L'evoluzione del Diritto penale economico*. In: _____, *Diritto penale: III: Scritti di diritto penale dell'economia*. Milano: Istituto di Diritto Penale e Processuale Penale: Giuffrè, pp. 253-269, 2003. p. 255. No mesmo sentido, vide, ainda: CERVINI, Raul. *Derecho penal económico democrático: hacia una perspectiva integrada*. In: VILARDI, Celso Sanchez, BRESSER PEREIRA, Flávia Rahal, DIASNETO, Theodomiro (Coord). *Direito penal econômico: análise contemporânea*. São Paulo: Saraiva, pp. 3-60, 2009. p. 4. TERRADILLOS BASOCO, Juan María. *Derecho penal de la empresa*. Madrid: Trotta, 1995. p. 35. RODRÍGUEZ ESTÉVEZ, Juan María. *El Derecho penal de actividad económica*. Buenos Aires: Ábaco, 2000. pp. 67-68.

262 REYNA ALFARO, Luis Miguel. *Op. cit.* p. 270.

263 Sobre o tema vide, por exemplo, TERRADILLOS BASOCO, Juan María. *Cuestiones actuales de Derecho penal económico y de la empresa*. Lima: ARA, 2010. pp. 20 e ss. Harro Otto, por sua vez, afirma não haver relevância sistemática ou de conteúdo de ilícito na distinção fundada no fato de o ilícito ter sido cometido em contexto empresarial. OTTO, Harro. *Op. cit.* p. 345.

empresariais configura um desses problemas recorrentes no campo do direito penal empresarial. Contudo, percebe-se não se tratar de fenômeno exclusivo e típico do direito penal empresarial, surgindo em outras hipóteses nas quais haja dissociação entre ação e responsabilidade, em uma estrutura de divisão de tarefas.

Outra distinção necessária é aquela entre direito penal econômico e a denominada criminalidade dos poderosos. Esta expressão refere-se, na dicção de Jaén Vallejo, a

todos aquellos hechos punibles cometidos por personas que gozan de una situación de poder, luego desde los abusos de poder estatal mediante, por ejemplo, el genocidio, la tortura o los excesos policiales, hasta los abusos vinculados a la corrupción política y económica, abarcando, por tanto, no sólo aspectos de la criminalidad económica, sino también otros aspectos que no tienen relación con ésta.²⁶⁴

A partir da descrição acima já é possível concluir que a ideia de criminalidade dos poderosos refere-se a questões mais amplas que as do direito penal econômico e, ademais, há um conjunto de fatos que integram o direito penal econômico que não se caracteriza como criminalidade dos poderosos²⁶⁵. Além disso, todas as críticas acima tecidas à expressão “crimes do colarinho branco”, quanto a um possível uso ideológico do conceito, se reafirmam aqui, razão pela qual não se pode caracterizar o direito penal econômico, de forma simplista, como criminalidade dos poderosos²⁶⁶.

264 JAÉN VALLEJO, Manuel. Nuevas conductas delictivas: especial referencia al Derecho penal económico. In: REYNA ALFARO, Luis Miguel (Coord). *Nuevas Tendencias del Derecho Penal Económico y de la Empresa*. Lima: Ara, pp. 183-209, 2005. p. 186.

265 É a lição de Pérez del Valle: “el concepto de «criminalidad de los poderosos» - además de lo discutible de su fundamento - no podría ser trasladado directamente al ámbito de la criminalidad económica: por un lado, porque abarca aspectos de la criminalidad que no guardan relación con la criminalidad económica; por otro, porque existe un amplio espectro de la criminalidad económica cuyos autores no son personas «poderosas».” PÉREZ DEL VALLE, Carlos. *Introducción al derecho penal económico*. In: BACIGALUPO, Enrique (Dir.). *Curso de derecho penal económico*. 2. ed., Madrid; Barcelona: Marcial Pons, pp. 19-39, 2005. p. 27. Sobre o tema, vide, ainda: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal econômico como direito penal de perigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 27.

266 Sobre a distinção entre crime organizado e crime econômico, vide: REALE JÚNIOR, Miguel. *Crime organizado e crime econômico*. In: PRADO, Luiz Regis, DOTTI, René Ariel (org.). *Direito penal econômico e da empresa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, pp. 531-543, 2011 (Coleção doutrinas essenciais: direito penal econômico e da empresa; v. 2).

Do quanto visto até aqui, pode-se concluir, fazendo coro a David Baigún, no sentido de que, apesar da copiosa bibliografia atual na esfera do direito penal econômico, "é impossível encontrar uma categoria homogênea [de direito penal econômico] que, como síntese, exiba uma significação conotada e admitida pela generalidade"²⁶⁷.

Conclui-se, assim, que a doutrina desenvolvida no âmbito do direito penal econômico não dispõe de um conceito reconhecido²⁶⁸ e suficientemente exato que lhe confira traços característicos. Portanto, sua conceituação é buscada com fins puramente pedagógicos, com o intuito de aprofundar o estudo de fenômenos que ocorrem com mais frequência nesse campo, mas que não são sua exclusividade. Por tal motivo, as conclusões extraídas nesse trabalho e as soluções propostas deverão, em tese, aplicar-se também a todo e qualquer âmbito do direito penal. Para essa finalidade, o conceito meramente enumerativo, além de ser o mais adequado, revela-se, também, suficiente.

1.4. INEXISTÊNCIA DE UM DIREITO PENAL ECONÔMICO AUTÔNOMO

A discussão sobre a existência de um direito penal econômico autônomo não é recente. No já citado estudo de Curt Lindemann, o autor procura destacar a matéria dos outros ramos do direito penal, mas deixa claro que o considera parte do direito penal e não defende uma autonomia científica ou de princípios²⁶⁹. Por ocasião do VI Congresso Internacional de Direito Penal, realizado em Roma, no ano de 1953, também se examinou essa questão, destacando-se a importância de se conferir autonomia a tal seara, bem como de se aplicarem regras flexibilizadas em relação àquelas do direito

²⁶⁷ BAIGÚN, David. Es conveniente la aplicación del sistema penal convencional al delito económico? In: DORNSEIFER, Gerhard, HORN, Eckhard et al. (Hrsg.). *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*. Munique: Carl Heymanns Verlag, pp. 651-673, 1989. p. 651.

²⁶⁸ Em idêntico sentido, vide: DANNECKER, Gerhard. *Die Op. cit.* p. 12. Na mesma linha, TIEDEMANN, Klaus. *Poder económico y delito: introducción al derecho penal económico y de la empresa*. Trad. por Amelia Mantilla Villegas. Barcelona: Ariel, 1985. p. 9. Vide, ainda: WOHLERS, Wolfgang. *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts - zur Dogmatik "moderner" Gefährdungsdelikte*. Berlin: Duncker & Humblot, 2000. p. 146.

²⁶⁹ LINDEMANN, Curt. *Gibt es ein eigenes Wirtschaftsstrafrecht?*. Jena: Gustav Fischer, 1932. *Passim*, especialmente pp. 25 e ss. e 35 e ss.

penal em geral. E, já naquela época, alguns autores não apenas demonstravam as fragilidades teóricas deste suposto caráter autônomo do direito penal econômico, como também advertiam para os perigos que tal ideia poderia trazer²⁷⁰. Assim, ao final do Congresso, concluiu-se que o direito penal sócio-econômico – denominação então utilizada – constituía uma parte do direito penal, devendo suas questões serem resolvidas, quando não expressa e especialmente previstas, pelos princípios e regras do direito penal.

As conclusões do Congresso, entretanto, não estancaram a discussão, que continuou em curso na doutrina, perdurando ainda hoje. Sua compreensão pressupõe atentar para que a autonomia de disciplinas jurídicas exige, para sua configuração, metodologia, objeto e princípios próprios²⁷¹, além de conduzir, no exame das questões que lhe são submetidas, a resultados diferentes²⁷².

Aftalión, ao se debruçar sobre o tema, rechaçou veementemente a possibilidade de o direito penal econômico²⁷³ configurar uma disciplina autônoma, ponderando terem sido as conquistas do direito penal fruto de longa elaboração, durante demorado processo histórico, que resultou na afirmação de direitos e garantias individuais²⁷⁴. Para o autor, não seria possível reconhecer a autonomia do direito penal econômico sem correr sério risco de "se deixarem indefesos os acusados frente às possíveis arbitrariedades dos órgãos do Estado"²⁷⁵.

Apesar de frisar a inexistência de autonomia, Aftalión reconhecia a possibilidade de individualizar a matéria como um "setor jurídico com

²⁷⁰ Exemplificativamente, vide: AFTALION, Enrique R. *Derecho penal económico*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1959.

²⁷¹ Como destaca Faria Costa: "é indubitável que a sólida exigência de metodologia, objeto e princípios próprios (autônomos) é ainda aquela que mais e melhor cauciona a qualificação de um qualquer encadear lógico como disciplina autônoma.". COSTA, José de Faria. *Direito penal económico*. Coimbra: Quarteto, 2003. p. 19.

²⁷² Nesse sentido, igualmente, Aftalión afirma que: "hay que tener presente que el reconocimiento o la impugnación de la autonomía científica de una determinada rama jurídica acarrea, en la práctica, distintas soluciones a los problemas legislativos y jurisprudenciales." AFTALION, Enrique R. *Derecho penal económico*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1959. p. 29.

²⁷³ O autor referiu-se, também, ao denominado direito penal administrativo: "Pensamos que solo así - con esta teoría del Derecho penal administrativo como mero Derecho penal especial y no como rama "autónoma" - se defiende, en forma realista, los postulados del Estado de Derecho y las garantías de las personas". *Ibidem*. p. 31.

²⁷⁴ *Loc. cit.*

²⁷⁵ *Loc. cit.*