

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
Programa de Pós-Graduação em Direito

Hudson de Oliveira Cambraia

**DO DIREITO PENAL ECONÔMICO COMO MECANISMO DE
PROTEÇÃO JURÍDICA: dos discursos de (des)legitimação
à (re)construção de uma normatividade pragmatista**

Belo Horizonte
2013

Hudson de Oliveira Cambraia

**DO DIREITO PENAL ECONÔMICO COMO MECANISMO DE
PROTEÇÃO JURÍDICA: dos discursos de (des)legitimação
à (re)construção de uma normatividade pragmatista**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Leonardo Isaac Yarochevsky

Coorientador: Prof. Dr. Antônio Cota Marçal

Belo Horizonte
2013

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

C177d Cambraia, Hudson de Oliveira
Do direito penal econômico como mecanismo de proteção jurídica: dos discursos de (des)legitimação à (re)construção de uma normatividade pragmatista / Hudson de Oliveira Cambraia. Belo Horizonte, 2013. 199f.

Orientador: Leonardo Isaac Yarochevsky
Coorientador: Antônio Cota Marçal
Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito.

1. Direito penal econômico. 2. Normas. 3. Pragmatismo. 4. Legitimidade (Direito). I. Yarochevsky, Leonardo Isaac. II. Marçal, Antônio Cota. III. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. IV. Título.

SIB PUC MINAS

CDU: 343.53

Hudson de Oliveira Cambraia

**DO DIREITO PENAL ECONÔMICO COMO MECANISMO DE
PROTEÇÃO JURÍDICA: dos discursos de (des)legitimação
à (re)construção de uma normatividade pragmatista**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Prof. Dr. Leonardo Isaac Yarochevsky (orientador) – PUC Minas

Prof. Dr. Antônio Cota Marçal (coorientador) – PUC Minas

Profa. Dra. Daniela de Freitas Marques – UFMG

Prof. Dr. Guilherme José Ferreira da Silva – PUC Minas

Belo Horizonte, 17 de dezembro de 2013

Aos verdadeiros pintores da nossa Guernica de cada dia

AGRADECIMENTOS

Agradeço...

Especialmente ao Prof. Marçal, pelo exemplo que é como professor e como ser humano. Não só suas aulas, mas suas atitudes ensinam democracia, liberdade, responsabilidade e respeito para si e para o outro.

Ao Dr. Aloísio Grandinetti, um dos grandes responsáveis por esta dissertação. Mesmo sem acreditar na utilidade de “viagens acadêmicas”, compartilhou do meu sonho e, sem ter qualquer obrigação, fez todo esforço possível e impossível, às vezes inimaginável, para viabilizar minha pesquisa. Não há preço que pague esta lembrança que não se apagará.

À Érica, irmã mais que de sangue, pelo apoio e carinho, pela preocupação e auxílio, por me puxar a orelha quando era preciso, por me suportar com toda a minha displicência, estresse e falta de organização, por torcer por mim mesmo quando tudo parecia turvo demais para ter otimismo. Além disso, pelo auxílio material, pelas idas e vindas a “n” lugares para me “salvar” quando era preciso, pela sobrecarga de trabalho suportada para aliviar a minha quando eu mais precisei. Só quem já passou pelo que passamos sabe o verdadeiro significado da palavra fraternidade.

À Ana, primeiro por ter me ensinado que eu posso ser uma pessoa melhor, por ter acreditado em mim, por ter se arriscado e, com isso, me fazer descobrir que ser feliz não demanda nada inalcançável; por compartilhar todos os momentos, no sentido mais específico da palavra companhia. Além disso, ainda pela paciência, pela espera, pelo auxílio, pela renúncia, pelo carinho, pela compreensão e preocupação – que este seja, além de um agradecimento, um pedido público de desculpas pelas falhas e pelos ônus que, eu sei, não se assume a não ser que valha muito a pena. Tem muito pouco tempo, mas a cada dia que passa tenho mais certeza que você é um presente que a vida me deu e que eu espero fazer por merecer.

À D. Ângela, ao Sr. Coutinho, à Luciana, à Flávia, à Kátia, ao Ruan, ao André, ao Moreno e à Adriane, minha família nova, que veio junto com a Ana, pelo carinho, pela acolhida e pela torcida. Venho aprendendo que os domingos podem ser muito mais amenos e divertidos e que é muito bom se sentir em casa.

Aos professores do PPGD, especialmente aos Profs. Giovani Clark, Carlos Augusto Canêdo Gonçalves da Silva e Lusia Ribeiro Pereira, por me mostrarem que sempre pode haver outra forma de conhecer e conceber a realidade.

À Profa. Maria Emília Naves Nunes, pelo carinho, apoio e confiança. Pela paciência de ouvir, pela ajuda ao indicar o que fazer e por acreditar – e me fazer acreditar – que eu era capaz de aprender e ensinar.

Aos colegas de mestrado, pessoas com quem eu tive o privilégio de estudar e compartilhar conhecimentos e dúvidas. Há conversas de corredor mais proveitosas que um livro inteiro.

Ao pessoal da secretaria, pelo trabalho e auxílio dispensado sempre com bom humor e boa vontade.

Ao pessoal da limpeza, por garantirem a salubridade do ambiente de estudo e pelo café de todos os dias, cuja necessidade aumenta proporcionalmente ao avanço da pesquisa.

A todos aqueles que de forma direta ou indireta contribuíram para a presente pesquisa. Tantos são que não cabe enumerar, mas são suficientes para mostrar que conhecimento não se constrói sozinho, enclausurado em gabinetes, mas na rua, nos corredores, nas salas de aula, junto das pessoas que sentem, sofrem e pensam o direito.

O que procuraste em ti ou fora de teu ser restrito e nunca se mostrou, mesmo afetando dar-se ou se rendendo, e a cada instante mais se retraindo, olha, repara, ausculta: essa riqueza sobrança a toda pérola, essa ciência sublime e formidável, mas hermética, essa total explicação da vida, esse nexo primeiro e singular, que nem concebes mais, pois tão esquivo se revelou ante a pesquisa ardente em que te consumiste... vê, contempla, abre teu peito para agasalhá-lo. (ANDRADE, Carlos Drummond., 1980)

RESUMO

Esta dissertação tem o objetivo de explicitar a normatividade do Direito Penal Econômico, sua (i)legitimidade e seus discursos de (des)legitimação, a partir de uma perspectiva pragmatista. Para tanto, foram apresentadas as principais características do Positivismo Jurídico que normalmente é utilizado como modelo teórico aplicável ao Direito Penal. Logo depois, foram apresentados os elementos do Pragmatismo, referencial teórico adotado, e os conceitos necessários para delimitar o recorte da pesquisa. Com base nestes dados preliminares, foram analisados os discursos de legitimação do Direito Penal Econômico, com base nos três principais elementos que, em tese, o diferenciam do denominado Direito Penal clássico, quais sejam, o risco, a subsidiariedade e o bem jurídico. Logo depois, buscou-se demonstrar quais os elementos que efetivamente legitimam as normas de Direito Penal e de Direito Penal Econômico. Da análise do material de pesquisa foi possível constatar que há a legitimação das normas de Direito Penal por parte dos teóricos que não condiz com a efetiva normatividade do sistema de justiça criminal. Verificou-se que a normatividade do sistema que enseja a sua legitimação advém de regras de conduta estabelecidas fora das normas abstratamente previstas na lei positivada. Em função dos dados coletados e das conclusões alcançadas, foi proposta uma forma alternativa de teorizar o Direito Penal (Econômico), a fim de explicitar a normatividade do sistema e os pressupostos que determinam o agir dos indivíduos envolvidos com a sua prática. A proposta é viabilizar uma forma de teorizar e de ensinar o Direito Penal que o aproxime de um conteúdo adequado à construção da normatividade em um Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Direito Penal Econômico. Normatividade. Pragmatismo. Legitimação.

ABSTRACT

This dissertation aims to explain the normativity of economic criminal law, its (il)legitimacy and its (de)legitimation's speeches, from a pragmatic perspective. Thus, were presented the main features of legal positivism that is usually used as a theoretical model applicable to criminal law. Soon after, were presented the elements of pragmatism, theoretical approach, and the concepts needed to define the outline of the research. Based on these preliminary data, were analyzed the discourses of legitimization of economic criminal law, based on three main elements which, in theory, distinguish the so-called classic criminal law, namely, the risk, subsidiarity and legal asset. Soon after, were sought to demonstrate which elements effectively legitimize the rules of criminal law and economic criminal law. The analysis of research were concluded that there is established the legitimization of criminal legislation on the part of theorists that does not match the real normativity of the criminal justice system. It was found that the normative system which entails their legitimacy comes from established rules of conduct outside the rules abstractly provided in enacted law. Depending on the collected data and reached conclusions, were proposed an alternative way of theorizing (economic) criminal law in order to explain the normativity of the system and the assumptions that determine the action of the individuals involved with its practice. The proposal is to enable a form of theorizing and teaching criminal law that close it to a suitable concept for the construction of normativity in a democratic state of law.

Keywords: Economic Criminal Law. Pragmatism. Normativity. Legitimation.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	10
2. RECORTE METODOLÓGICO.....	13
2.1 Positivismo jurídico.....	14
2.2 Pragmatismo.....	22
2.3 Conceitos necessários.....	37
3. DO DISCURSO DE LEGITIMAÇÃO E DOS LIMITES DO DIREITO PENAL	52
3.1 O risco.....	52
3.2 A subsidiariedade.....	65
3.3 O bem jurídico.....	89
4. DOS FUNDAMENTOS (EFETIVOS) DE LEGITIMAÇÃO DO DIREITO PENAL.....	108
4.1 O discurso do discurso.....	108
4.2 Os efeitos do discurso.....	139
4.3 A prática do discurso.....	153
4.3.1 <i>Brasil</i>	154
4.3.2 <i>Argentina</i>	158
4.3.3 <i>Uruguai</i>	159
4.3.4 <i>Chile</i>	160
4.3.5 <i>Conclusões</i>	162
5. O DIREITO PENAL ECONÔMICO, SUAS FUNÇÕES E POSSÍVEIS APLICAÇÕES: uma proposta pragmatista.....	163
6. CONCLUSÃO.....	177
REFERÊNCIAS.....	184

1. INTRODUÇÃO

O Direito Penal Econômico contemporâneo trata da construção de um discurso de mudança paradigmática do Direito Penal denominado “clássico”, tendo em vista a propalada ampliação do âmbito de incidência da norma penal. Teoricamente o crime se expandiu e, por isso, a “expansão do Direito Penal” é tida como decorrência das características da sociedade contemporânea.

No Brasil, o discurso referente a esta mudança paradigmática é relativamente recente, mas já proporcionou a publicação de vários trabalhos que tratam diretamente do assunto. Analisando o material produzido, pode-se verificar que o instrumental teórico utilizado é o mesmo do Direito Penal denominado “clássico”, ou seja, a dogmática jurídica.

Se eventualmente mudou o objeto, não foram alterados os modos de compreender o objeto. O Direito Penal continua a tratar a questão criminal a partir de uma proposta marcadamente dogmática e a partir de uma perspectiva que reflete com clareza o positivismo jurídico na sua acepção mais exclusivista. Por esta razão, é necessário (re)interpretar o Direito Penal a partir de elementos configuradores de uma nova razão normativa, a fim de proporcionar a este saber um conteúdo mais consonante com um Estado Democrático de Direito.

Daí que a presente pesquisa não se pretende isenta, distante do seu objeto e neutra, como se preconiza cartesianamente o modo de produção de conhecimento. Ao contrário, a pesquisa parte de um marco teórico especificado (a teoria do crime no contexto da sociedade contemporânea) e não tem a pretensão de ser meramente descritiva e equidistante do objeto, mas construtora de meios teóricos de (re)significação das normas penais.

A proposta não é apenas conhecer o objeto de estudo, tampouco resumir a análise a elementos abstratos e proposições teóricas que se fundam nestes elementos abstratos. Isto para evitar a aceitação deste saber que se retroalimenta da constituição abstrata da realidade e a partir desta construção abstrata teoriza uma proposição a ser aplicada somente no contexto de abstração anteriormente criado.

A proposta é interagir com o objeto, conhecer os seus mecanismos de programação e operacionalização. Pretende-se sair do ciclo vicioso que constitui abstratamente o fato para utilizá-lo posteriormente como elemento material de

aplicação do direito. A proposta é conhecer a normatividade real do Direito Penal, a normatividade que ultrapassa a construção abstrata do ordenamento e efetivamente orienta a ação dos agentes do direito que atuam neste sistema.

E a hipótese parte de uma pergunta elementar: a norma penal (econômica) positivada que é teorizada pelos estudiosos do Direito Penal é a responsável pela operacionalização do sistema de justiça criminal? Se não, qual é a normatividade que orienta a operacionalização deste sistema?

Assim, a proposta da presente pesquisa é tratar do Direito Penal a partir da (i)legitimidade destas normas e, principalmente, dos discursos jurídico-penais (des)legitimadores acerca da normatividade do Direito Penal Econômico. Trata-se, ao fim, da (re)leitura do discurso jurídico, com a proposta de verificar a adequação desta leitura a uma proposta efetivamente democrática de se pensar o Direito Penal.

Para tanto, será adotada a teoria pragmatista como referencial teórico para viabilizar a análise crítica do Direito Penal Econômico e dos discursos teóricos acerca do Direito Penal Econômico, bem como os fundamentos teóricos de constituição e teorização atuais da lei penal. Serão abordados os discursos de legitimação contemporaneamente apresentados de forma mais recorrente pelos teóricos, quais sejam, o discurso da sociedade de risco, o discurso acerca da subsidiariedade penal e sua (suposta) mudança paradigmática atual e a questão relativa ao bem jurídico penal e a noção de que o Direito Penal é instrumento de proteção exclusiva dos bens jurídicos mais relevantes.

Logo após, serão analisados os discursos efetivos de legitimação do Direito Penal, a fim de construir um conhecimento necessário para determinar a efetiva normatividade penal, ou seja, reconhecer quais são os elementos programadores que operacionalizam o sistema de justiça criminal. Serão pesquisados dados historiográficos, teóricos e empíricos, nacionais e estrangeiros, sempre com o intuito de reconhecer similitudes e diferenças, mudanças e continuísmos, a fim de concluir a respeito da normatividade penal.

Por fim, serão apresentadas propostas para (re)pensar e (re)construir o conhecimento sobre o Direito Penal Econômico a partir de uma perspectiva pragmatista, na tentativa de construir um conhecimento jurídico-penal mais próximo da realidade à disposição de quem se propõe a construir o conhecimento teórico. Além disso, a proposta visa a viabilizar a construção do sentido, do fundamento e das funções reais do Direito Penal (Econômico) e propiciar um contínuo repensar

crítico hábil a aproximar o Direito Penal da pretensão democrática constituída pela sociedade brasileira a partir da nova ordem constitucional de 1988.

A presente pesquisa não pretende reconhecer a “verdade”, mas construir realidades possíveis, de acordo com o nível de conhecimento alcançável atualmente para a matéria, de modo a apresentar argumentos suficientes para o convencimento intersubjetivo acerca da realidade. Da mesma forma, não pretende encontrar soluções efetivas, mas soluções possíveis, que podem ser implementadas, verificadas, criticadas, repensadas e reconstituídas tantas quantas forem necessárias para se alcançar o objetivo de estabelecer um conhecimento democrático do Direito Penal.

A construção pode ser precária, mas é fundamental para levar o debate para o espaço público, para suscitar o questionamento a partir de dados da realidade, para que se conheça a efetiva operacionalização do sistema e se possibilite que o debate acadêmico seja efetivo construtor de conhecimento prático e vetor de mudanças efetivas. A proposta é tirar o objeto do discurso acadêmico para buscá-lo em dados de estudo da realidade e, em uma relação de complementaridade, apresentar respostas factíveis e cada vez mais aproximadas da realidade, hábeis a dar início a um processo efetivo de construção democrática do direito.

2. RECORTE METODOLÓGICO

A proposta da presente pesquisa é promover a leitura da leitura do Direito Penal a respeito dos denominados crimes econômicos. O panorama é o pensamento teórico criminal da atualidade e suas razões argumentativas. A ideia, então, é menos pensar sobre a realidade, mas pensar sobre quem pensa a realidade e a partir daí inferir razões e conclusões.

Claro que, para tanto, será fundamental apresentar elementos da realidade constitutiva do sistema de justiça criminal sobre o qual se pensa o Direito Penal, elementos estes que permitirão contrapor ou justificar posicionamentos argumentativamente. A análise não é solipsista, mas comparativa, entre o discurso criminal e elementos contingenciais do sistema de justiça criminal.

O pensamento tem como marco a teoria jurídico-penal brasileira contemporânea e as referências estrangeiras mais utilizadas para sustentar o discurso jurídico penal. Para tanto, é necessário que não se incorra no equívoco teórico de explicar o objeto com o próprio objeto, pois não seria coerente refletir sobre o pensamento teórico contemporâneo do Direito Penal a partir deste mesmo pensamento.

Por isso, o referencial teórico não é penal, tampouco estritamente jurídico, mas filosófico e de estrita ligação com o saber e o agir jurídico, em todas as áreas de incidência do Direito. Neste ponto, o saber filosófico possibilita a análise crítica e ao mesmo tempo construtiva, na medida em que não pretende avaliar a correção ou não de um instituto típico do Direito Penal, mas a adequação do discurso jurídico ao instituto, aos fatos da vida e ao agir do indivíduo que pensa e enuncia discursivamente o Direito.

A compreensão, a clareza e a inteligibilidade são questões fundamentais para a produção e aplicação do conhecimento nas ciências sociais, ainda mais porque as teorias que fundamentam as ciências sociais sofreram diversas influências de paradigmas epistemológicos hoje já ultrapassados¹. Entretanto, apesar de estes paradigmas epistemológicos estarem teoricamente ultrapassados no âmbito da Filosofia, mesmo após a constatação empírica do seu fracasso, ainda são, em grande medida, utilizados como argumentação jurídica para a compreensão e aplicação do Direito.

¹ No caso do Direito, como será trabalhado adiante, se trata do positivismo jurídico.

Nesta perspectiva, o Neopragmatismo apresenta-se como uma alternativa epistemológica de crítica, construção e aplicação do conhecimento teórico e prático, com uma proposta de superação da lógica cartesiano-kantiana que ainda persiste no discurso jurídico atual. Para tanto, é relevante situar o ponto de partida do raciocínio, de modo a estabelecer as diferenças entre os referenciais utilizados para dar as razões pelas quais se optou por um e não por outro.

Por esta razão, é relevante esclarecer a respeito do que se critica e qual o modelo aqui apontado como o utilizado, por regra, na construção do conhecimento jurídico atual para, depois, apontar as razões porque o mesmo é falho. Logo depois, será possível apontar as razões porque a alternativa pragmatista é sustentável e, ao mesmo tempo, necessária, enquanto alternativa e não exatamente porque é a mais correta, mas porque é necessário que haja uma alternativa que mais se coadune com o Estado Democrático de Direito.

2.1 Positivismo Jurídico

O Positivismo Jurídico é um termo abstrato, que engloba uma série de teorias e compreensões da realidade e do ordenamento jurídico, mas que têm por característica comum a negação da existência de um direito natural, intrínseco ao ser humano. Independente do pensamento teórico positivista que se adote, a normatividade do ordenamento jurídico será compreendida a partir da lei posta pelo Estado, sendo esta o único objeto de estudo do direito (DIMOULIS, 2006, p. 68).

A perspectiva positivista teorizada no direito se contextualiza com os movimentos constitucionalistas modernos, momento em que se sustentava um discurso de limitação do poder das monarquias (FERNANDES e BICALHO, 2011, p. 106). Isto porque, segundo GROSSI (2004), o direito medieval era caracterizado pela arraigada fundamentação religiosa, o que estabelecia um parâmetro de constituição do direito a partir de uma perspectiva divina.

Esta característica do direito medieval ensejava duas consequências. A primeira era o fato de que o direito era visto como algo imutável, oriundo de elementos divinos e inalcançáveis pelo homem, o que levava a um certo desinteresse dos soberanos na regulação de uma série de fatos. A maioria das relações intersubjetivas era intermediada por alguém de maior experiência e sempre

com o intuito de buscar elementos concretos, a partir do direito posto – natural – para “descobrir” a melhor solução.

A segunda consequência era o fato de que esta difusão de elementos instituidores de normatização levava a um informalismo jurídico, posto que em cada caso havia uma resposta possível. Apesar da consideração de imutabilidade do direito natural, a validade de um fato era pautada pela vontade do rei quando do seu interesse ou pela resolução concreta entre os interessados nos demais casos.

A ascensão do capitalismo como modelo de mercado concomitante com a sua consideração como modelo de Estado fez com que esta perspectiva do direito passasse a ser questionada. Este Estado que surgia era tido como garantidor da segurança que o crescente aumento de circulação de capital demandava. Para tanto, o parâmetro de validade dos atos e fatos jurídicos, bem como a validade dos contratos, deveria ser pautada por elementos que garantissem segurança para os agentes econômicos.

Neste contexto, o discurso acerca do parâmetro de validade ou invalidade de algo juridicamente relevante é alterado, passando da vontade do soberano – até então tido como representante de deus na terra – para a soberania popular. A constituição e as leis dela decorrentes passam a ser consideradas como a expressão da vontade do povo, ou seja, o conteúdo da lei é tido como o conteúdo da vontade de quem detinha o verdadeiro poder do Estado.

A motivação era a imposição de limites ao poder absoluto dos reis que, enquanto foram considerados como representantes de deus, não podiam ser questionados e tampouco limitados. Da mesma forma, a Constituição seria a maneira de formalizar os direitos e ensejar segurança do indivíduo para o seu “livre desenvolvimento” e contra os arbítrios do Estado.

Por esta razão, a Constituição e as leis passam a ter relevância nunca antes vista, na medida em que foram apresentadas como a plataforma de superação da insegurança do direito natural. O Direito, então, deveria ser constituído de forma objetiva e o sistema normativo deveria ser fechado para impedir a indevida ingerência de elementos naturalistas e valorativos – que eram tidos como desagregadores do sistema e ensejadores de incerteza (FERNANDES e BICALHO, 2011, p. 106).

Partindo destes elementos, o positivismo foi objeto das mais diversas teorizações, passando, de acordo com determinados contextos, pelo que BILLIER e

MARYOLI (2005) denominam de “metamorfoses do positivismo”. Assim, a primeira concepção mais relevante do positivismo foi a escola da exegese surgida na França, cuja base de estudo foi o código civil francês de 1804.

A escola de exegese, considerada por DIMOULIS (2006) como uma vertente do positivismo exclusivista, trabalhava com uma lógica de negação total de abertura do sistema e com parâmetros de silogismo da lógica formal. Ou seja, estabelecia uma separação total entre direito e moral, bem como em relação à interpretação e aplicação do direito.

Não se concebiam interferências morais nas leis, para que a sua objetividade não fosse prejudicada, e não cabia ao aplicador da lei interpretá-la, tendo em vista que se considerava que a vontade do legislador expressa na lei não poderia ser deturpada. Com o tempo, surgiram elementos de crítica desta postura, principalmente no que tange à relação entre o direito e a moral e à conceituação dos elementos dispostos na lei.

BILLIER e MARYOLI (2005, p. 387-388) destacam como a primeira grande crítica ao Positivismo da escola de exegese se enquadra no que os autores denominam de positivismo de orientação hermenêutica, orientação esta advinda da teoria de Gadamer e desenvolvida por Esser, Kauffmann, Kriele e com reflexos indiretos nas concepções de Hart. A proposta destes autores ainda partia da lei positiva, mas tinham o propósito de problematizar a relação entre o intérprete do direito e o conteúdo da norma jurídica.

Já há nesta perspectiva a superação do dualismo entre interpretação e criação do direito, de modo que tais condutas já são consideradas indissociáveis. Além disso, a norma passa a ser considerada em uma relação de parte (norma) com o todo (ordenamento jurídico), de modo que a parte só faz sentido se contextualizada e consistente reciprocamente com o todo, o que permite o desenvolvimento da denominada interpretação sistemática (BILLIER e MARYOLI, 2005, p. 389-390).

A grande questão era superar o problema relativo ao solipsismo que os conceitos elementares do Positivismo ensejava, na medida em que fatos jurídicos somente poderiam ser constituídos por normas e tais normas somente poderiam ser efetivadas se aplicadas a tais fatos. Ou seja, há uma circularidade não explicada, na medida em que não fica claro se a norma constitui o fato ou o fato constitui a norma.

Uma das mais importantes reelaborações do positivismo foi a crítica promovida por Hart ao positivismo clássico dedutivista. Sem pretender abandonar o positivismo, Hart trabalha com o conceito de textura aberta da linguagem e afirma que há na lei, por regra, conceitos precisos. Entretanto, por vezes, há dúvida quanto ao que “dizem as palavras”. Por isso, Hart adota o método de interpretação conforme a vontade do legislador e o contexto de aplicação da norma, daí derivando a distinção entre casos fáceis e difíceis (BILLIER e MARYOLI, 2005, p. 402-403).

Tratou-se na realidade da busca de uma concepção mediana entre o extremo do dedutivismo formalista e o extremo oposto do ceticismo jurídico. Hart, ainda positivista, tentou diferenciar os casos fáceis e os casos difíceis e, com isso, evidenciar que a maior parte do ordenamento trata de casos que não ensejam dificuldades interpretativas. O problema desta distinção é Hart admitir que tanto no contexto de aplicação que determinará a facilidade ou dificuldade do caso quanto diante da dificuldade do caso, caberá à autoridade competente definir o conteúdo e o âmbito de aplicação da norma (BILLIER e MARYOLI, 2005, p. 404).

Ou seja, por fim, sob um discurso positivista, Hart acaba por dar o poder de decidir o conteúdo da norma à autoridade competente, considerando que qualquer norma pode ser considerada um caso difícil de interpretação, tudo a depender do contexto de aplicação. Por consequência, o autor afirma a legitimidade do direito em função das suas fontes formais e, ao mesmo tempo, admite que o direito pode ser decidido a partir de fontes não formais (em última instância, o decisionismo do juiz)².

Destacam ainda BILLIER e MARYOLI (2005, p. 412-418) como elementos destas metamorfoses do positivismo a teoria de Neil MacCormick e Ota Weinberger, denominada pelos autores de neo-institucionalista, que trata de uma tentativa positivista de superar os extremos do jusnaturalismo e do normativismo. A teoria neo-institucionalista pretendeu conjugar os elementos normativistas e jusnaturalistas para conceber um ordenamento baseado na positividade das leis, mas constituído a partir de instituições não positivadas – fatos sociais como as ações sociais.

A ideia ainda é a positivação abstrata das normas, partida da noção de que não se pode derivar o dever-ser do ser, mas a influência de um sobre o outro é reputada necessária. De todo modo, esta influência é levada à consideração do

² Trata-se, em termos gerais, da mesma crítica dirigida ao positivismo exclusivista de KELSEN (1998). Isto porque, apesar da teorização do autor partir da premissa de que o Direito é neutro e lógico-dedutivo, não afasta a conclusão inevitável de que, em algum momento, o conteúdo da lei será decidido pela autoridade.

legislador no momento de criação da norma, de modo que a conduta do aplicador do direito não se altera substancialmente, na medida em que a teoria ainda parte do pressuposto de que a norma jurídico-positiva determina a atuação dos atores sociais.

Assim, apesar de uma certa flexibilidade, trata-se ainda de predeterminar o conteúdo do direito a partir de normas abstratas criadas por uma autoridade que tenha por atribuição este poder. Mesmo os princípios jurídicos são concebidos a partir das normas postas e não o contrário, de modo que tais princípios derivariam do ordenamento.

Por fim, ainda fazem parte desta metamorfose as teorias do positivismo apresentadas por Dworkin e Alexy, apresentados por FERNANDES e BICALHO (2011, p. 112) como pós-positivistas. Segundo este pensamento positivista, também conhecido como “positivismo inclusivo” (DIMOULIS, 2006³), as leis não podem, como no positivismo exclusivo, serem aplicadas independentes do seu conteúdo.

O disposto na lei deve ser limitado por valores, inclusive a moral, de modo a viabilizar a atividade do intérprete da lei a partir de elementos materiais e não puramente formais. A legalidade que permitiu a barbárie da Segunda Guerra Mundial deve ser evitada, de modo que não é a mera disposição legal que determina a legitimidade e aplicabilidade da lei.

A proposta é promover uma abertura axiológica do ordenamento, permitindo a confluência de elementos valorativos externos para compor a interpretação do direito, principalmente dos direitos fundamentais. Assim, a questão não seria mais de tratar de positivismo, jusnaturalismo ou realismo jurídico, mas de uma confluência destes saberes para a efetivação dos direitos fundamentais da pessoa humana.

Não obstante, a confluência destes valores que permeiam o direito positivo constitucional e infraconstitucional se dá pela recepção destes valores no ordenamento através de uma escolha do legislador. Ou seja, o legislador estabelece a norma a partir de elementos axiológicos para que algo se constitua como dever-ser, na medida em que é reconhecido como um valor para a sociedade (FERNANDES e BICALHO, 2011, p. 114).

³ DIMOULIS (2006, p. 45-63) faz severas críticas ao denominado pós-positivismo (e aos auto-denominados pós-positivistas), afirmando que se trata de pura retórica vazia de argumentação, ora tendente ao jusnaturalismo e ora tendente a uma análise sociológica que reivindica mais poder para a autoridade julgadora.

Ou seja, “por trás” de toda norma deve existir um valor a tutelar, elemento que ajudará a constituir a principiologia a ser utilizada como instrumental de interpretação e aplicação do direito. Em última interpretação, o direito positivo é, em parte, a positivação de valores, inclusive morais, da sociedade, tornados obrigatórios pelo legislador.

De todos estes elementos, deve-se destacar o que efetivamente é relevante para a presente pesquisa. Isto porque não é objetivo aqui tratar de positivismos e tampouco de teorizar a respeito do positivismo. A questão é compreender um elemento comum entre estes positivismos que tem relevância para o Direito Penal e para o processo de legitimidade e legitimação do Direito Penal.

Sendo assim, o primeiro elemento que deve ser destacado é que, independente da vertente positivista que se verifique, o primado da lei como elemento normativo do direito é sempre destacado. A lei positiva posta pelo Estado é considerada como elemento normativo constituinte do dever de conduta do indivíduo, de modo que pode-se dizer que a lei é considerada como o programa que determina a operacionalidade do sistema.

Da mesma forma, independente da abertura ou do fechamento do sistema normativo para elementos externos, concretos ou axiológicos, a lei positiva é sempre considerada como o dado legitimador da atuação dos agentes do direito. A legitimidade do ordenamento se dá pela sua legalidade, na medida em que a lei ainda é considerada como meio de delimitação do poder e de constituição de direitos.

A normatividade do sistema advém da lei positivada e é a partir desta lei que se deve interpretar e conceber a operacionalidade dos fatos destinados a serem regulados pela norma. Da mesma forma, a interpretação da lei ainda parte de uma lógica de integração sistemática e de adequação de fatos da vida à previsão legal previamente constituída. A concepção de hierarquia normativa do ordenamento é mostra disso, na medida em que a busca pela adequação hierárquica das normas parte de uma concepção sistemática e dedutiva do sistema.

Disto decorre a terceira consequência relevante para a presente pesquisa, qual seja, a interpretação e a compreensão do direito ainda partem de uma lógica formal e dedutiva. A norma é estudada e interpretada abstratamente, a partir da sua previsão normativa geral e o trabalho do intérprete é adequar o fato especificamente à norma antes compreendida. Ou seja, a norma é teorizada como se tivesse um

conteúdo completo, como se fosse possível compreender o ordenamento e a sua realidade a partir da própria norma, independente de qualquer complementação externa.

Na sua generalidade, as metamorfoses do positivismo e a postura de seus teóricos têm regularidades que interessam à presente pesquisa. Independentemente da vertente positivista que se analise, há uma estrutura de teorização e aplicação baseadas em três grandes fontes de argumento, fundamentais para a sua compreensão (FERNANDES e BICALHO, 2011; DIMOULIS, 2006).

A primeira base é a legalidade. A normatividade do Direito passa a decorrer do texto legal, o que centralizou o objeto do Direito na lei posta pelo Estado. A lei é considerada o elemento que conforma a conduta dos cidadãos a ela submetidos, de modo que o texto legal é o que determina o fazer ou não fazer. Não por outra razão, a assunção da lei como padrão normativo de conduta leva ao imediato período de codificação.

A segunda base se refere à construção do texto da norma. Até então a criação da norma tinha origem difusa e, além disso, a lei era criada a partir de elementos pré-constituídos, raciocínio indutivo e fundado na busca da reprodução de conclusões anteriores. O conteúdo do dever era problematizado em cada contexto e ligado a estas práticas anteriores.

Por sua vez, na perspectiva positivista a lei ganha conteúdo genérico e abstrato, constituído a partir de uma perspectiva teórica ideal com o objetivo de aplicação planificada em todos os casos. A lei deixa de ser específica para ser geral, de modo a expressar a ideia de que há uma hipótese geral e abstrata que enseja uma consequência idêntica para todos os casos.

Esta caracterização abstrata e geral da lei permitiu a teorização acerca da neutralidade do aplicador do direito, na medida em que o conteúdo da norma por ser abstrato e geral ensinaria uma interpretação abstrata e geral idêntica. Independente do conteúdo da lei, sua abstração permitiria determinar, com antecedência, a consequência jurídica para os casos nela previstos. Assim, diante do caso concreto, diferentemente do direito pré-moderno, o aplicador da lei apenas enunciava o direito já estabelecido.

Consequência da base anterior é a terceira base, relativa ao método de interpretação e aplicação do direito. Como a lei passa a determinar abstrata e aprioristicamente a solução dos problemas jurídicos, a aplicação da lei passa a ser

dedutiva. Ou seja, ao contrário do direito pré-moderno que buscava em elementos concretos o dever e a solução de problemas, para o positivismo a consequência da aplicação de uma norma deve ser conhecida antes da sua incidência.

O objetivo é a segurança que esta metódica sustenta, na medida em que o resultado de um fato ou de uma conduta seriam conhecidos antes da ocorrência ou da realização deste fato ou conduta. A aplicação se dá por uma subsunção, onde a lei é a premissa maior, o fato concreto é a premissa menor e, diante da perfeita adequação entre o fato e a norma, há a conclusão ou consequência, que é a aplicação da lei.

Considerando as bases argumentativas e as metamorfoses apontadas por BILLIER e MARYOLI (2005), FERNANDES e BICALHO (2011) e DIMOULIS (2006), pode-se concluir que os teóricos do Direito Penal ainda adotam uma noção de positivismo exclusivista – conclusão esta que será melhor explorada no decorrer da presente pesquisa. Este posicionamento será demonstrado a partir da verificação das formas de conhecer e interpretar o direito mais difundidas, estritamente ligadas com a lógica de que o conceito está na lei e cabe ao intérprete assumir aquele conceito adotado pela dogmática e aplicá-lo ao caso concreto de acordo com um método silogístico dedutivo. É a lógica de neutralidade mecânica da lei e objetividade dos conceitos.

Em defesa do positivismo jurídico, DIMOULIS (2006, p. 117) argumenta que a análise da lei deve ser abstrata e deve prever mesmo um “dever-ser”, sem considerar elementos do “ser”, na medida em que a validade de uma norma (dever-ser) está vinculada à adequação entre outra fonte também formal de hierarquia superior. Segundo o autor, isto se dá porque não é a infração ao ordenamento que deverá determinar a sua ilegitimidade. Mencionando Raz, afirma o autor que

(...) o reconhecimento do caráter jurídico de certas normas não decorre da observação da realidade social, isto é, da postura e da conduta das autoridades e dos cidadãos. Decorre da existência de uma norma (regra de *dever ser*) que impõe esse reconhecimento (...) Isto significa que, para o PJ *strictu* (sic) *sensu*, a identificação do direito válido não se relaciona nem do ponto de vista lógico nem do ponto de vista pragmático com a aprovação de seu conteúdo (DIMOULIS, 2006, p. 121 e 127).

Para tanto, o autor se vale do exemplo do crime de homicídio, na medida em que há norma proibitiva do homicídio no Brasil e, ainda assim, ocorrem muitos homicídios. Segundo o autor, o fato de a norma proibitiva ser violada diversas vezes

não significa que deve a norma ser considerada não normativa e, por isso, retirada do ordenamento.

Daí que, conclui, deve-se considerar a plena eficácia da norma proibitiva do positivismo, considerando-a como mecanismo jurídico para evitar a ocorrência de homicídios. Para o autor, raciocínio contrário levaria à conclusão de que se deveria legalizar o homicídio, o que não é sequer cogitado em qualquer hipótese.

Esta premissa seria um dos elementos para constatar a legitimidade do positivismo, mesmo diante de algumas disfuncionalidades e, ainda mais, da necessidade de se conhecer e conceber a norma abstratamente, tal qual prevista no ordenamento e não a partir de dados concretos. A busca pelo dever-ser normativo que seria o móvel de atuação do agente do direito e não a aceitação de dados que ocorrem na realidade, independente das disposições normativas.

A questão a ser suscitada como crítica não trata da desvalorização do texto normativo como elemento de convicção acerca de um fato entre agentes capazes de sustentar suas razões argumentativas. Na realidade, a questão a ser respondida é se o texto da norma positivada é, pelo menos em alguma medida, elemento de consideração para a atuação do agente do direito.

Ou seja, a questão não é qualificar ou desqualificar a norma, mas constatar se esta norma tem alguma relevância para a operacionalidade do sistema, se esta norma serve, efetivamente, como programa de atuação. Caso não se verifique esta programação da lei no nível da operacionalidade do sistema, qualificar ou desqualificar a lei será algo inútil, na medida em que não se trata de normatividade aplicada. É desta normatividade operacional que trata o pragmatismo, conforme será apresentado a seguir.

2.2 Pragmatismo

Pragmatismo é a filosofia que se pretende construtora da construção, ou seja, não se pretende, filosoficamente, estabelecer conteúdos prontos, com definições e verdades a respeito de uma realidade a conhecer. A idéia central, ao contrário, é construir o meio pelo qual se chegará à construção proposta, de modo que o conteúdo sempre dependerá do “que” se trata, visto que o Pragmatismo se propõe a pensar em relação ao “como”.

O Pragmatismo, por isto, é um método de pensar e construir o conhecimento científico e filosófico, a partir de explicitações e razões principiológicas, práticas, procedimentos declarados oriundos das mais variadas práticas sociais. Assim, a ideia central da proposta pragmatista é explicitar discursos normativos declarados e implícitos, de modo a identificar e explicitar as normas (expressas ou não) que norteiam e fundamentam as práticas sociais em determinado contexto (MARÇAL, 2011, p. 68).

Apesar da extensa produção filosófica a respeito do Pragmatismo e do Neopragmatismo, seus desdobramentos e diversos tratamentos adotados por variados autores, a proposta sustentada no presente trabalho se centrará na construção filosófica neopragmatista de BRANDON, na sua leitura jurídica realizada por KLATT (2008) e na sua leitura para o direito brasileiro adotada por MARÇAL (2006, 2011). Isto porque o Pragmatismo aqui abordado é, como a sua própria proposta sugere, instrumento para outras análises – específicas para os objetivos da pesquisa – e estender o estudo do Pragmatismo representaria uma perda do objeto central sem maiores aproveitamentos práticos.

Nesta medida, a proposta de Brandon, aliada à sua introdução a partir da linguagem do direito por KLATT (2008) e a sua leitura para o direito brasileiro elaborada por MARÇAL (2006, 2011), é suficiente para os objetivos aqui declarados, quais sejam, apontar as inconsistências do discurso jurídico dominante e apresentar uma proposta diversa.

A análise do Pragmatismo e o conhecimento de suas estruturas teóricas básicas passa pelo estudo da linguagem – o que não significa que se trata de uma teoria do discurso, mas de uma teorização das normas implícitas ou explícitas que dão eficácia a determinadas práticas sociais por meio da linguagem⁴. O princípio clássico do Pragmatismo parte do pressuposto de que o conhecimento sobre algo é delimitado pela limitação da compreensão e representação daquele que pretende conhecer o objeto (MARÇAL, 2011, p. 69).

Neste modo de pensar se encontra grande parte da crítica ao Positivismo, na medida em que a constatação de que as práticas sociais possuem a sua normatividade (e que devem ser consideradas) esvazia a lógica positivista de que as normas abstratamente estabelecidas e impostas pela autoridade são, por si só,

⁴ O que BRANDON (2001) denomina “vocabulário normativo”.

balizadoras das condutas dos agentes sociais. A normatividade de determinada disposição legal não está exclusivamente no fato de que a mesma foi emanada de uma autoridade legitimada para estabelecer o que estará contido ou não na norma, mas por diversos outros elementos que fogem completamente do controle do que pode “ser colocado no papel”⁵.

O conhecimento não existe apartado das práticas sociais que o permeiam, na medida em que a normatividade passa por uma análise holística da realidade a conhecer, tendo em vista que a normatividade é constituída a partir de relações interacionais entre os agentes envolvidos (MARÇAL, 2011, p. 72). Assim, o Pragmatismo se propõe menos abstrato e mais “alcançável” que os postulados sustentados pela promessa positivista de normatividade e segurança a partir da norma abstrata editada pelo “sábio e representativo legislador” – até porque a própria linguagem depende de um contexto (BRANDOM, 1984, p. 482).

Para BRANDOM (2001, p. 79), há relações que devem ser exploradas entre ações e percepções discursivas, de modo que, em ambas, há racionalidade que pode ser compreendida sem “mistérios filosóficos”. Para o autor, um dos pontos positivos da filosofia de Kant é que este distingue atos e julgamentos a partir da capacidade de responsabilização por estes atos e julgamentos e não por qualquer “qualidade” especial.

Outra idéia kantiana abordada pelo autor é a relativa ao que denomina de “doutrina das consequências ou inferências” (p. 80), na medida em que se divide o singular do geral, a partir da apropriação de uma “doutrina dos termos”, e particulariza o julgamento. O julgamento é individual porque concebido como a menor parte de unidade que se pode responsabilizar. Por fim, a terceira idéia apropriada de Kant é a de que a compreensão da ação e do julgamento passa pela aplicação de conceitos, pois estes são as regras que determinam a compreensão e a responsabilização.

Entretanto, as apropriações cessam nestes elementos, tendo em vista que a perspectiva pragmatista afasta a ideia de juízo universal adotada pela filosofia de Kant. Com isso, apenas pretende-se esclarecer o que se pode entender por uma

⁵ De acordo com BRANDOM (1984, p. 469), devem-se distinguir as palavras do que se quer dizer com as palavras. Não é porque se utilizam palavras para se referir a algo, a partir de uma assertiva, que as palavras utilizadas vão se referir à coisa pretendida. Referido raciocínio, dissociado da análise concreta da relação entre discurso representativo e ação efetiva, trata de mera crença – não admitida no discurso científico.

linguagem adequada a expressar conteúdos conceituais válidos para práticas sociais executadas a partir de um vocabulário normativo oriundo de conteúdos de dever intersubjetivamente construídos. E, apesar da refutação do positivismo e do formalismo como construtores de sentido, é da lógica formal que se pode partir para a reflexão sobre o tema.

Segundo BRANDOM (1983, p. 639), a teoria matemática quando estabelece seus signos (comumente os números) não os estabelece como realidades em si mesmos, tal como concebidos os preceitos *a priori* da filosofia kantiana. Ao contrário, tais signos representam a relação de algo em alguma circunstância, relação esta da qual se retira o signo para ser pensado abstratamente – fato que não retira a sua característica de relação⁶.

Assim, o signo é relação com um dado da realidade que não é o signo. Nas ciências sociais aplicadas, pode-se dizer que a palavra (signo) não é a ação, a não ser quando se trata de um ato de fala, em que a palavra é utilizada para executar uma ação. A palavra é uma relação que pode ou não se referir a uma realidade, mesmo que diretamente a ela referente, de modo que são questões externas e circunstanciais que complementam o conteúdo de sentido estabelecido na palavra.

Trazendo a questão para as relações sociais, pode-se afirmar que uma afirmação só “é” verdadeira quando o conteúdo de sentido produzido for intersubjetivamente compartilhado e somente até o momento em que surja outro conjunto de signos melhor aceito. O espaço público é o ambiente onde o signo divorciado da realidade que pretende representar perde valor e dá espaço para que outros signos, implícitos ou explícitos, porém mais adequados à realidade intersubjetivamente compartilhada, sejam adotados (BRANDOM, 1983, p. 640-1).

A conjunção destes fatores é trabalhada por BRANDOM (2001, p. 81) a partir do que ele denomina de “normatividade pragmática”, que é a ideia de que o significado de um ato de fala é medido a partir da forma como este muda direitos e

⁶ O número não existe sozinho, mas representa uma relação de um dado da realidade. O que existe são elementos, materiais ou não, como pedras, mesas, aeronaves, montanhas e isto não tem qualquer relação com o número. Não obstante, as distinguimos, dentre outras formas, pelo signo, de modo que há “uma” pedra, “uma” mesa, “uma” aeronave e “uma” montanha. E não há uma pedra, mesa, aeronave ou montanha igual a outra, mas a representação pelo signo permite abstrair a ideia de “duas” pedras, mesas, aeronaves ou montanhas mesmo com a ciência de que as duas coisas não são iguais, pois o numeral é uma representação abstrata e não a coisa mesma. Não é à toa que a relação entre o dado da realidade e os números também é definida historicamente. Para tanto, basta verificar que não existe “zero” em algarismo (signo) romano, numeral fundamental para se estabelecer conexões de sentido com a realidade na atualidade.

obrigações atribuídas ou conhecidas. O autor trabalha também com a idéia de “semântica inferencial”, de modo que os deveres discursivos distinguem-se da sua articulação, ou seja, a racionalidade que qualifica o conhecimento (e a ação) é identificada no “jogo social” através de uma normatividade implícita que se processa pelo oferecimento e assimilação de razões⁷.

A pretensão pragmatista é, então, compreender a regra que estabelece e condicionar esta normatividade e tornar explícita a regra que regula, implicitamente, ações práticas e discursivas. Ou seja, as razões a dar e receber servem de base para a análise do “quê” deveria ser verdade e explicitado para que a intenção não declarada seja compreendida e cumprida como um dever.

Segundo BRANDOM (2001, p. 82) não existem razões teóricas dissociadas da prática, apesar de haver práticas executadas sem uma análise teórica. Não obstante, a perspectiva aqui é fundamental para a pesquisa que se pretende levar a efeito e deve ser explicitada de modo a esclarecer os objetivos pretendidos.

De acordo com a proposta pragmatista, a normatividade de qualquer ação é compreendida a partir da análise das práticas sociais que a permeiam, o que pode levar à conclusão de que o discurso efetivamente levado a efeito nas práticas sociais traz uma teoria. Esta teoria pode ser conhecida e analisada ou não, mas existe, na medida em que este jogo de razões e contrarrazões é fundamental para o estabelecimento de atos de fala e ações práticas compatíveis com a normatividade erigida em dado contexto social.

Isso permite uma primeira conclusão que, apesar de preliminar, é fundamental para a compreensão de todo o objeto da presente pesquisa, qual seja, toda prática se sustenta em uma teorização, apesar de que nem toda teoria tem uma expressão prática. E se isso é verdade, para compreender qual a teoria que permeia as práticas sociais de um contexto, ou seja, qual a teoria que estabelece a normatividade das condutas dos agentes envolvidos no contexto que se pretende conhecer, devem ser verificadas suas práticas, as interações sociais e as ações que derivam destas interações.

A análise de qualquer realidade afastada de sua prática, partida de uma mera apropriação teórica, sem qualquer verificação de sua conexão com a realidade que

⁷ Para o autor, a linguagem é uma prática social e são as noções compartilhadas pelos agentes desta prática social que erigem as regras da linguagem e, conseqüentemente, a normatividade desta linguagem (BRANDOM, 1976, p. 146).

se pretende compreender, corre um risco relevante de se apartar completamente da realidade que se pretendia analisar. Por consequência, a análise afastada da realidade pode ser um grande “exercício de nada”, porque terá conclusões irrelevantes para a realidade a que se pretende aplicar e, ao fim, desconhecerá o objeto de estudo.

Se um dos princípios do Pragmatismo é que os efeitos práticos que se podem atribuir ao objeto de estudo, a partir das representações de quem o estuda, é que vão definir a totalidade da compreensão sobre o objeto, a atribuição de relações inexequíveis demonstra conhecimento nenhum sobre o objeto. Ou porque não se compreendeu a sua normatividade pragmática ou porque não se preocupou em explicitar a sua normatividade pragmática, limitando-se a construir assertivas teórico-abstratas sem a pretensão de conexão com a realidade.

Da mesma forma, se para o Pragmatismo o conhecimento do agente do discurso está limitado ao que, até aquele momento, lhe foi dado conhecer, o desconhecimento do funcionamento efetivo de determinado núcleo de relações específicas leva à conclusão de que o agente não possui conhecimento acerca da realidade sobre a qual discursa. Portanto, pretende-se com a presente pesquisa buscar a normatividade efetiva que permeia as práticas sociais que envolvem o sistema repressivo relativo aos crimes econômicos.

A perspectiva aqui adotada parte da ideia de BRANDOM (2001, p. 82) segundo a qual ações partem inicialmente de crenças e estas fazem diferença sobre o que é dito e sobre o que é feito no âmbito das interações sociais. Ações são performances cuja intencionalidade é verificada sob algumas condições específicas, de modo que uma ação pode ser genuinamente racional ou apenas não intencional, ou seja, irrefletida – ou mero reflexo de outras motivações não declaradas.

De alguma forma há uma razão que move a ação do agente e pode ser explicada como a razão pela qual o agente executa uma ação – mesmo que esta razão esteja implícita. Por isto, BRANDOM (2001) afirma que o *status* normativo de uma prática social e as atitudes que o corroboram têm como base crenças e intenções dos sujeitos que interagem no ambiente social, em que tais práticas são levadas a efeito.

Para o autor, há duas formas de obrigação, que pautam a ação dos sujeitos em suas interações sociais, quais sejam, a cognitiva e a prática. A obrigação prática é a relacionada com as ações do indivíduo em seu ambiente interativo e

corresponde à execução das intenções, enquanto a obrigação cognitiva está conectada com as crenças do sujeito e corresponde ao nível do discurso.

A primeira obrigação (cognição) assume a verdade e a segunda (prática) faz a verdade, de modo que implícita ou explicitamente há uma conexão entre a normatividade do discurso e da prática. Esta normatividade, deve-se frisar, não consiste na normatividade da ordem jurídica, prevista na Constituição e nas leis, mas na normatividade que, de fato, rege as regras de conduta dos sujeitos que interagem socialmente⁸.

A questão é superar a ideia de que a correção de uma inferência acerca de um fato se dá a partir (e em virtude) da adequação da sua forma, mas a partir de conteúdos explícitos e/ou implícitos – lógicos ou não. Ou seja, a inferência será correta quando o conteúdo do discurso se mostrar uma condicionante fática para o agir, de modo que o conteúdo implícito se transforma em agir explícito – que pode ser bom ou ruim (BRANDOM, 2001, p. 85-87).

Segundo BRANDOM, a tese fundamental sustentada para compreender o Pragmatismo é baseada na ideia de que “o vocabulário normativo (incluindo expressões de preferência) torna explícito o endosso (atribuído ou conhecido) de propriedades materiais de razões práticas” (2001, p. 89). Ou seja, a norma que de fato rege as condutas socialmente relevantes é aquela que intersubjetivamente cria “deveres” que, por sua vez, cunham razões práticas, de modo que o conhecimento das razões destes deveres torna explícito não o fundamento formal ou declarado, mas a norma efetivamente regente daquela conduta⁹.

O vocabulário normativo é, assim, lógico e instrumental, na medida em que expressa funcionalidades de determinado ambiente e, por consequência, estabelece o conteúdo de ações. E, explícita ou implicitamente, este condicionante de ações do sujeito que interage leva a uma concepção de dever que se institucionaliza e

⁸ Esta normatividade pode coincidir ou não com a lei formalmente prevista, o que não altera o seu grau de normatividade, na medida em que, sob a perspectiva pragmatista, a lei pode ser uma das razões explícitas de agir, mas também pode ser uma razão implícita de agir de modo diverso ou não ser considerada para o agir, apesar de constar formalmente do discurso que fundamenta este agir.

⁹ BRANDOM (2001, 89-90) cita um exemplo que pode ser parafraseado para uma realidade próxima para servir de reflexão: advogados normalmente usam gravatas. Entretanto, não existe uma norma que estabeleça o dever de um advogado usar gravatas, tampouco as escolas de Direito ensinam seus alunos o uso da gravata como um dever. Não obstante, os advogados normalmente usam gravatas. A questão é que se há uma “regra” normalmente obedecida no sentido de se usar gravata, há uma norma implícita que estabelece o “dever” de usar gravata pelos advogados. Conhecer as interações intersubjetivas entre os atores diretamente envolvidos pode permitir conhecer o conteúdo desta norma, de modo a tornar explícita a razão (implícita) que leva os advogados a usarem gravata, apesar de não haver qualquer norma explícita que a tanto os obrigue.

consolida determinada prática como correta (normal, no sentido de adequada à norma).

Uma consequência imediata desta interação criadora de deveres é a criação de direitos para os demais sujeitos que interagem no mesmo ambiente, de modo que as ações pragmaticamente executadas como corretas geram um dever para aquele que interage e um direito para aquele outro envolvido na interação e é atingido pela ação do primeiro. A isto BRANDON denomina de “vontade racional” (2001, p. 93), no sentido de que a normatividade da conduta deve ser explicitada a partir das razões pelas quais a mesma é perpetrada.

Assim, é possível compreender o “quê” e o “como” alguém fez algo, ou seja, quais as suas razões. Esta interação é permeada então por razões apresentadas e razões requeridas, de modo que a ação é precedida das razões pelas quais o agente pretende executá-la e as ações sofridas são precedidas pelas exigências das razões do seu executor. Cria-se, aqui, um espaço de argumentação e contra-argumentação que permite aos interlocutores agirem sobre e a partir da ação do outro.

Pensando em um ambiente público e na interação de agentes públicos e privados voltados para a execução de fins públicos, como é o caso do sistema de justiça criminal, referida interação se mostra plenamente inteligível e, mais, necessária. A interação vai muito além da fundamentação das decisões judiciais previstas no art. 93, IX da CR/88, na medida em que não se pretende pensar apenas na atividade do julgador e muito menos se pretende partir da premissa de que a importância do direito (penal) se dá e se encerra na atividade processual.

O conceito de lei adotado na presente pesquisa é pragmaticamente diverso do conceito de lei escrita e formal criada pelos poderes da República, tendo em vista que um texto que formaliza o conteúdo de uma lei não necessariamente concretiza a normatividade de uma conduta. O texto da lei formal pode concretizar, mas pode não o fazer, assim como pode encobrir a verdadeira normatividade cognitiva de uma prática discursiva e intersubjetivamente compartilhada entre determinados agentes do Direito.

O conceito de lei aqui é repensado a partir da perspectiva de que lei é “conhecimento de dever” (BRANDON, 2001, p. 94). A lei é aquilo que faz com que o indivíduo que interage se sinta obrigado a fazer. A vontade racional tem o benefício de expor as razões pelas quais o agente executa determinada ação e não outra,

senão tornando-a declarada pelo menos expondo alguma razão que pode ser refutada, de modo a viabilizar a construção de um conteúdo conceitual ou prático intersubjetivo e efetivamente racional.

Trazendo a teoria de BRANDOM para o Direito, KLATT (2008) trata a questão jurídica a partir da perspectiva pragmatista. A ideia de KLATT (2008) é abordar o Direito a partir da argumentação jurídica, da interpretação dos textos legais, qual a liberdade do intérprete, o fazer e o aplicar a lei. Assim como na abordagem inicial e geral da teoria de BRANDOM, aqui também serão apontados apenas os pontos considerados necessários para a fundamentação da presente pesquisa.

A primeira abordagem jurídico-pragmática de KLATT (2008, p. 20) é relativa à indeterminação da lei, de modo que o autor estabelece três distinções de tipos de indeterminação. A primeira se refere à diferença entre a indeterminação geral e especial. A indeterminação especial se refere a inconsistências legais e suas lacunas. A indeterminação geral se refere à problemática do significado da lei, ou seja, do que o texto normativo “quer dizer”.

A segunda distinção se dá entre a indeterminação causal e a de justificação. A primeira se refere à relação entre causas e julgamentos e nega a possibilidade de explicitação de julgamentos por referência a causas. A segunda analisa as razões dos julgamentos e nega a possibilidade de justificar julgamentos através de referência a razões.

Aqui é que se dá a “teoria dos limites da palavra”, segundo a qual o significado semântico dos argumentos utilizados em justificação de julgamentos devem ser compreendidos para além da justificação apresentada. A análise do autor é centrada nesta perspectiva e também a presente pesquisa terá esta abordagem como a principal, na medida em que é o fundamento real de decidir e não a justificação declarada que interessa. A questão é verificar se a justificação declarada coincide com o fundamento real.

Por último, deve-se distinguir a indeterminação de complacência da de conteúdo. A primeira se dá quando a norma deixa a possibilidade de submissão à mesma e a segunda se dá quando o conteúdo da norma não é claro.

A partir destas ideias, KLATT (2008, p. 21-2) analisa a vagueza do texto da lei por diferentes perspectivas e afirma que o Pragmatismo pode ser uma metodologia de superação desta problemática. E a questão central desta premissa é a ideia de que tudo é interpretação e não é só a lei que fundamenta a conduta de criação e

aplicação da norma e a negativa desta realidade que impede um efetivo processo de racionalidade da interpretação.

Não se pretende com isso abandonar completamente o texto da norma, como se fosse inútil e desnecessário. A questão é trazer a racionalidade pragmática para legitimar as decisões jurídicas, de modo que a lei seja um dos elementos de explicitação do conteúdo que fundamenta a adoção de uma prática ou de outra.

Para tanto, KLATT (2008, p. 24-27) afirma que o problema no Direito se dá pelo fato de que se trata a objetividade e a racionalidade da lei a partir de um ceticismo quanto à linguagem em geral. A questão para o autor, entretanto, é mais profunda que os conteúdos variáveis da linguagem, mas se dá a partir de um questionamento filosófico tão antigo quanto não resolvido, qual seja: existe uma verdade objetiva? Ou seja, como a verdade é pensada e tratada no âmbito jurídico e quais as consequências desse tratamento, o que torna a própria vagueza da linguagem um problema menor – o que não significa que não seja importante – e menos complexo de contornar quando se estabelece uma metódica de reconhecimento da verdade.

A questão da linguagem e do conceito jurídico da verdade ganha evidência quando se constata que o direito contemporâneo tem o objetivo de normatizar em uma linguagem comum culturas, pensamentos e formas de vida diferentes. Por estas razões, segundo o autor, ganham evidência posicionamentos que negam a possibilidade de racionalidade das proposições legais.

Por isso, o Pragmatismo adota uma concepção objetiva de “prática”, que parte da noção de objetividade interna e permite a funcionalização de critérios de avaliação de proposições intersubjetivas como corretas ou não. Sob esta perspectiva, não se delega às razões da lei a objetividade pretendida para a fundamentação de uma decisão jurídica, mas ao contexto de avaliação que é compartilhado por indivíduos que participam da construção de significados e, através desta participação, têm condições de intervir na própria formação e limitação destes significados.

A linguagem, sob esta perspectiva, tem limitações que não são preestabelecidas, tampouco são arbitrárias, na medida em que avaliadas através de razões dadas e exigidas para a construção de um conteúdo intersubjetivamente compartilhado. E isto sem se perder a ideia de que a lei é a forma estabelecida no Estado para comunicação geral entre os cidadãos e entre os representantes do

Estado e o cidadão. Pelo contrário, esta perspectiva é reforçada quando possibilita a construção de razões explícitas de agir, inclusive para se verificar a manipulação da vagueza da linguagem para a violação da lei – mesmo que, por vezes, com o pretexto de aplicá-la.

Ou seja, “não existem proposições legais da realidade apartadas da própria prática da lei” (KLATT, 2008, p. 26). Assim, para o autor, e também para a presente pesquisa, a concepção pragmatista suporta e permite uma concepção epistêmica de interpretação que conecta conhecimento e compreensão e pode colaborar para a produção de respostas e julgamentos jurídicos corretos. Esta compreensão permite a adoção de um discurso jurídico que prime pela racionalidade e objetividade, afastando o agente do Direito de elucubrações idealistas que negam a necessidade de construir a objetividade e correção de uma proposição a partir de dados da realidade.

Para tanto, é preciso reconhecer os limites da própria escrita. De acordo com KLATT (2008, p. 33), a teoria do Direito já abordou este tema sob outras perspectivas e a primeira abordagem relevante se deu com o questionamento acerca da funcionalidade do sistema de subsunção, oriundo da lógica formal e largamente utilizado no Direito a partir da perspectiva positivista. A crítica partiu da formulação teórica sobre a necessidade de uma “teoria da aplicação prática da lei” (ESSER *apud* KLATT, p. 35), de modo a promover não uma nova teoria do Direito, mas condições de aplicabilidade racional da lei.

A partir daí foi possível sustentar ideias como a falibilidade e limitação histórico-contextual do juiz e a superação da noção de que o judiciário aplica a lei sem a interpretar para demonstrar que interpretar e aplicar a lei são atos indissociáveis. Tais elementos permitiram afirmar que o juiz, bem como qualquer outro intérprete/aplicador da norma, não são isentos e tampouco julgam exclusivamente fatos, mas, ao contrário, são política e ideologicamente posicionados e expressam, nos seus julgamentos, o seu conceito e expectativa de correção.

A esses fatores, o autor denomina “precondições ontológicas de compreensão do texto legal” (KLATT, 2008, p. 36), precondições estas que não podem ser ignoradas, na medida em que são fundamentais para o resultado final da interpretação – muito mais do que a ideia de subsunção tão difundida na teoria do Direito. Isto porque os prejulgamentos propiciam um “pré-horizonte da lei” que, muito mais que qualquer outro fator, influencia a escolha do conteúdo da “premissa maior”,

de acordo com os caracteres de um determinado fato. Para o autor, a utilidade de qualquer interpretação dependerá da identificação da conexão entre estes prejulgamentos e os “postulados invioláveis da justiça”.

Esta identificação é uma das formas de racionalizar as decisões de natureza jurídica, afastando as metodologias jurídicas do dogmatismo que estabelece verdades sem as racionalizar. O significado de um termo jurídico, portanto, não se dá por propriedades semânticas do termo, mas pelos interesses envolvidos.

Por consequência, os conceitos de verdade e correção adotados normalmente pela teoria do Direito partem de postulados inidôneos para tanto, tendo em vista que estas verdades são estabelecidas a partir do conteúdo semântico e abstrato da norma (KLATT, 2008, p. 37-38). O resultado deste procedimento é uma verdade sem conexão com a realidade e apenas impregnada dos valores do intérprete – o que significa que, ao fim, o “que” diz a lei vai depender mais de “quem” diz a lei.

Considerando que tais elementos são praticamente impossíveis de serem superados, posto que o intérprete sempre influenciará o conteúdo interpretado, não se trata de concluir que a hermenêutica é impossível e que se deve abandonar o conteúdo da norma¹⁰. A questão é ter ciência de que a norma é, previamente, incompleta e, por isso, há de se dispor de outros elementos para complementar o texto da norma.

Este dado é suficiente para superar a ideia positivista de que a fonte primária de conhecimento jurídico é a lei posta pelo Estado. Na verdade, a fonte primária do conhecimento jurídico são os postulados dogmáticos da teoria do Direito, que estabelecem os prejulgamentos dos intérpretes que, a partir destes prejulgamentos, atribuirão conteúdo para a norma.

A superação desta estagnação, com o reconhecimento da incompletude do texto normativo, “força” o intérprete a compreender quais os outros elementos necessários para a completude do conteúdo da norma. Neste ponto, a intersubjetividade dos agentes envolvidos ganha relevância, pois o agir de cada envolvido na interpretação da norma, quando explicitado, tem a vantagem de expor

¹⁰ DIMOULIS (2006), em defesa do positivismo jurídico, se vale do argumento de que a indeterminação da norma não pode ser utilizada como argumento para superar o positivismo, tendo em vista que não é o fato de que o positivismo é, em certa medida, idealista que pode ser afastado.

razões e evidenciar as lacunas de conteúdo a serem debatidas (KLATT, 2008, p. 40-41).

Por isso a subsunção é inadequada para o uso que dela se faz no direito. A “premissa maior” não existe até que os agentes envolvidos na interpretação e aplicação do Direito atribuam conteúdo a ela e influam diretamente na conclusão. Ou seja, não existe isenção na interpretação e aplicação do Direito e, por isso, o tensionamento intersubjetivo de posições ideológicas antagônicas, através da racionalização dos motivos da ação, é fundamental para explicitar os reais motivos de uma conclusão e não de outra¹¹.

A partir deste procedimento, explicitadas as posições políticas e ideológicas do agente, é possível compreender a razão de a lei não ser aplicada de forma igualitária. A depender do agente e do fato a ser interpretado, a lei será compreendida de forma mais ou menos flexível (KLATT, 2008, 43)¹².

Daí a normatividade proposta é uma tentativa de unificar, em cada caso, a linguagem utilizada pelos agentes que interagem, de modo a explicitar as razões e os conceitos que fundamentam efetivamente a ação de cada um. A questão é explicitar o que está implícito no ato de fala como seu fundamento, mas que existe e é fundamental para compreender as razões do agir e, por consequência, da pretensão de direitos e apontamento de responsabilidades.

A metodologia que serve de base para esta proposta, que começa com a explicitação do implícito, é uma descrição fenomenológica das interações sociais. Para o Pragmatismo, a prática discursiva tem uma estrutura normativa implícita e o conhecimento desta estrutura permite a inserção no jogo da linguagem e possibilita ao investigador apontar se está correta ou não, apropriada ou não (KLATT, 2008, p. 115-116).

As práticas que conferem, implicitamente, conteúdo proposicional e outros tipos de conteúdo conceitual contêm normas relativas a como se dá o uso correto destas expressões, sob quais circunstâncias são apropriadas a levar

¹¹ Isto não deve ser visto como um problema, mas como uma vantagem, desde que a explicitação das razões do intérprete não se dê pela menção ao texto da lei – o que não é fundamentação, mas citação de texto de lei – mas pela apresentação dos motivos concretos que levaram a uma conclusão e não a outra.

¹² Este ponto será abordado com mais detalhamento quando da análise dos dados trazidos para a fundamentação da pesquisa.

a efeito diferentes atos de fala e qual a consequência apropriada de cada performance¹³ (tradução nossa) (BRANDOM, 1994, p. XIII).

Assim, a questão é focar como os estados mentais dos agentes, bem como os atos (linguísticos ou não) são relevantes para a formação conceitual a ser adotada nas práticas sociais. Para tanto, BRANDON estabelece uma diferenciação que é relevante para a construção do conhecimento proposta na presente pesquisa. Assim, por um lado, uma coisa é a pragmática, que explicita os conceitos e razões que fundamentam as ações dos indivíduos nas práticas e interações sociais e mostra como a linguagem é expressão de uma normatividade implícita que fundamenta tais práticas. Por outro lado, outra coisa é o inferencialismo, que é o estudo acerca da construção destes significados, ou seja, como as práticas sociais criam conteúdos normativos e são relevantes na estruturação das práticas discursivas (KLATT, 2008, p. 116).

Brandon considera que a *discursividade* humana dita racional (*concept-using*) se constitui ao produzir conteúdo para os conceitos (*conceptual content*) na medida em que, para desempenhar um papel, simultaneamente linguístico e intencional (de enunciar *claims*/pretensões através de *assertions*/asseverações, manifestar *commitments*/comprometimentos e assumir *beliefs*/convicções e *intentions*/intenções, expor *entitlements*/justificações e exigir *endorsements*/adesões), no processo lógico-epistemológico de fundamentar e justificar ações (práticas e procedimentos, estados mentais, desejos, escolhas, pretensões, propósitos, crenças, convicções e teorias), o agente humano faz uso de conceitos e de seus conteúdos conceituais na forma de premissas e conclusões (MARÇAL, 2006, p. 106).

MARÇAL (2006) critica a articulação de Brandon ao estabelecer o que entende por inferência material, na medida em que se vale de instrumentos e conceitos da lógica formal sem a precisão conceitual até então estabelecida e causa dúvida quanto à sua pretensão. Não obstante, não se pode afastar que o próprio BRANDON (2010, p. 168-174) propõe uma leitura holística da realidade a ser conhecida, interpretada e participada pelo agente que a conhece.

Por esta razão, a confusão conceitual de BRANDON apontada por MARÇAL (2006) pode ser superada a partir de uma leitura integral (ou pelo menos uma perspectiva de leitura global). Da perspectiva abordada na introdução do

¹³ “The practices that confer propositional and other sorts of conceptual content implicitly contain norms concerning how it is *correct* to use expression, under what circumstances it is *appropriate* to perform various speech acts, and what the appropriate consequences of such performances are”

Pragmatismo teorizado por BRANDON, é possível afirmar que não é pretensão do autor replicar as regras da lógica formal e que mais importante que as premissas são as razões materiais do agir. Isso não significa abandonar por completo as inferências formais, mas dar-lhes o valor equivalente aos das inferências materiais.

Assim, é relevante a referência de que a inferência material é aquela em que há uma conexão correta e que determina os conteúdos semânticos das premissas e das conclusões (BRANDON, 2001, p. 52). Isto é relevante para a presente pesquisa na medida em que premissas e conclusões formais, sem conexão com a realidade, podem gerar conclusões formalmente válidas, mas não verificáveis na realidade.

Desta forma, a questão é verificar quais premissas materiais levam a inferências materiais no sistema de justiça criminal que terminam por determinar o agir dos indivíduos que atuam neste sistema. Ou seja, quais são as premissas que, de fato, determinam a realidade do sistema de justiça criminal.

Isto porque o discurso jurídico penal, como será demonstrado nos capítulos seguintes, por vezes se distancia da realidade e enuncia informações que não se verificam no agir pragmático dos envolvidos. Daí que se não é o discurso jurídico conectado com o agir pragmático, então não é do conteúdo do discurso que parte a premissa teórica do agente do Direito e, por isso, há outra premissa, implícita ou não, que fundamenta este agir.

Segundo MARÇAL (2006), o Direito é uma ciência teórica e prática e deve levar em consideração uma série de elementos típicos de qualquer racionalidade discursiva, como princípios e regras teóricas, e possui elementos próprios, como os princípios de direito, normas legais, julgados anteriores, teoria do direito, crenças e avaliações concretas sobre o caso e o agente que o avalia. Todos estes elementos convergem para o fim prático da justiça que é a solução de casos concretos e a busca por uma resposta específica para um problema colocado pelo cidadão para ser solucionado.

Daí que a constituição conceitual e os elementos que fundamentam materialmente as razões de agir daquele diretamente responsável pelo argumento jurídico são essenciais para a construção de um conhecimento jurídico efetivo, teórico e prático, onde as razões de agir são explícitas e passíveis de crítica.

Por argumentação jurídica entende-se aquele processo de explicitação e articulação de razões capazes de fundamentar decisões e justificar ações próprias do Direito considerado como ciência social aplicada. (...) O Direito é

ciência social aplicada. Diferentemente das ciências formais, tais como lógica e matemática, o conteúdo de seus conceitos não é ideal como números, equações e grandezas, mas a discursividade racional e a liberdade em seus desempenhos e resultados práticos. Interesses e valores, desejos e expectativas, intenções e crenças, teorias e razões movem o indivíduo e determinam a cooperação e a competição na vida em sociedade (MARÇAL, 2006, p. 114).

Na presente pesquisa, serão utilizados, além dos conceitos instrumentais já estabelecidos, estes elementos relativos à pragmática e ao inferencialismo para se evidenciar as razões do agir dos indivíduos que atuam no sistema de justiça criminal para depois compreender os elementos que colaboram para a construção deste conhecimento. Logo após, será possível propor uma teorização acerca de novas práticas, a fim de possibilitar através de um discurso racional a (re)construção do saber penal.

2.3 Conceitos necessários

O objetivo da proposta positivista é o de constituir um conjunto coeso e coordenado de normas que tendem a, complementarmente, estabelecer padrões de conduta considerados desejáveis pelos destinatários da norma. Além disso, compartilha-se da ideia de que as normas do ordenamento são estabelecidas por critérios hierárquicos, de modo que a lei base é a Constituição da República, que estrutura o ordenamento novo, recepciona as normas do ordenamento anterior que lhe são compatíveis e estabelece os limites da legislação infraconstitucional (BONAVIDES, 2005, p. 107-129).

Sendo assim, é possível afirmar que o ordenamento jurídico brasileiro é compreendido, guardadas as devidas peculiaridades e evoluções científicas, a partir da perspectiva da estrutura piramidal de ordenamento jurídico proposta por KELSEN (1998). Este autor afirma que a Constituição decorre da norma fundamental¹⁴ e que as demais normas do ordenamento são limitadas pela Constituição, de modo que não podem contradizer o seu conteúdo.

¹⁴ De acordo com Kelsen (1998), fundamenta a constituição a “norma fundamental”, que não é uma norma posta, mas pressuposta (p. 135 e ss.). Esta fundamentação já não é mais aceita, bem como não é a adotada como parâmetro para a presente pesquisa. Não obstante, é inegável a influência do referido autor na implementação concreta do ordenamento jurídico brasileiro, o que não pode ser desconsiderado.

A proposta de Kelsen (1998) é validada até hoje na medida em que estabeleceu um critério de “perfeita lógica” de interpretação do ordenamento, bem como foi o pensamento que subsidiou, em parte, o desenvolvimento da concepção de Constituição como norma vetora da interpretação e construção de conteúdo do restante do ordenamento (DIMOULIS, 2006, p. 210-211). A teoria kelseniana é idealista e pretende escalonar o ordenamento de modo estanque, o que converte a Constituição em norma imutável, inacessível e, por consequência, apesar do paradoxo, de menor importância¹⁵.

Apesar das críticas possíveis, é, basicamente, a partir desta premissa que se pensa o Direito ocidental (BONAVIDES, 2005) e não seria diferente com o Direito brasileiro. Basta ver para tanto a proposta de REALE (2001, p. 03-06), segundo a qual o Direito é um conjunto orgânico, harmônico e complementar de comandos normativos abstratos que visa a regular diversos fatos da vida e a estabelecer padrões de conduta social. A partir deste dado, o autor conclui que as divisões entre direito constitucional, direito econômico, Direito Penal, e todos os demais, têm (ou deveriam ter) cunho metodológico de disciplina de princípios e regras tendentes a racionalizar e aperfeiçoar a aplicação de um conjunto de normas jurídicas.

Neste conjunto de normas, a Constituição é tratada como fundamento estrutural de interpretação, criação e aplicação do Direito, de modo a se efetivar em cada aplicação, como norma ativa e não meramente como parâmetro de validade ou invalidade abstrata da norma. O discurso é o da garantia de promover não só uma maior possibilidade de concretização da norma estabelecida na Constituição, como a sistematicidade do ordenamento¹⁶.

Esta sistematicidade é sustentada a partir do entendimento de que há uma acentuada complexidade do ordenamento jurídico, com um elevado número de normas das mais distintas naturezas, todas aplicáveis simultaneamente. Ademais,

¹⁵ Basta ver, para tanto, que o autor dá demasiada relevância para o efetivo cumprimento da lei – eis o seu objeto de estudo – e, para isto, basta que a lei seja compatível com a Constituição. Deste raciocínio, conclui-se que a conformidade com a Constituição tem uma perspectiva negativa, ou seja, não há necessidade de compatibilização com o modelo de Estado previsto na Constituição para que a lei seja válida, bastando que não seja incompatível com o texto da Constituição. Entretanto, é inegável que este posicionamento é coerente com a sua proposta de pensamento estritamente “científico” do direito positivo, independente de análise de conteúdo ou interferências políticas.

¹⁶ Basta ver o posicionamento de autores de Direito Constitucional ao tratar da questão relativa à efetividade da Constituição. Por todos: “Existe uma conexão inafastável entre a interpretação constitucional e a interpretação das leis, de vez que a jurisdição constitucional se realiza, em grande parte, pela verificação da compatibilidade entre a lei ordinária e as normas da constituição.” (BARROSO, 2003, p. 104-5).

há uma crescente especialização do Direito, de modo que até a clássica divisão metodológica do direito em “direito público” e “direito privado” não teria mais sentido (SOUZA, 2002)¹⁷.

Analisando-se criticamente esta postura de quem teoriza sobre o Direito, é possível concluir que o Direito é compreendido a partir de uma perspectiva endógena, na medida em que é a Constituição enquanto texto que estabelece a validade do Direito enquanto texto. A normatividade da lei, a noção de vigor e de vigência, efetividade e legitimidade, são conectadas como adequação da norma ao sistema, a partir de uma “adequação” ao processo legislativo constitucional e a uma fonte formal hierarquicamente superior (DIMOULIS, 2006, p. 113-114).

Não se nega o fato de que o Direito é uma ciência social aplicada e, por isso, deve ser construído a partir de dados retirados de fatos sociais construídos historicamente. Entretanto, esta “consciência” se encerra no fato de que referidos elementos sócio-contextuais devem guardar estrita adequação ao estabelecido na Constituição¹⁸.

Ou seja, apesar de todas as críticas hoje existentes, o Direito brasileiro tem um discurso estritamente positivista (DIMOULIS, 2006). Em matéria penal, referido discurso é ainda mais vinculante, principalmente quando se trata de teorizar a respeito da norma penal incriminadora.

A ideia de segurança jurídica e de contenção do arbítrio punitivo estatal tem por consequência a adoção de discursos tipicamente positivistas, apesar da utilização de nomes diversos, como se afirmar o Positivismo fosse politicamente incorreto¹⁹. Considerando este elemento, pode-se afirmar que o discurso jurídico

¹⁷ Frise-se que tal afirmação não é unânime, mesmo em um ramo recente e ainda em desenvolvimento como o Direito Econômico. Conforme se verifica em TAVARES (2011, p. 75), há a utilização da expressão “direito público econômico”, dando a entender, em sentido oposto, que há um direito privado econômico.

¹⁸ Assim é o entendimento de TAVARES (2011, p. 74-76), segundo o qual o conteúdo básico da constituição econômica advém do “processo social”, mas que são traduzidos juridicamente, de modo a delimitar os elementos fundamentais do econômico. Entende o autor que a realidade concreta da economia de um Estado não pode servir de base para a definição da constituição econômica. Em sentido relativamente diverso, mas que chega à mesma conclusão, TIMM e MACHADO (2007) entendem que o mercado é um fato (e uma necessidade) social apartado do Direito, constituído a partir de fatos históricos que foram absorvidos pelo Direito, mas não construídos por este. Para os autores, o ordenamento jurídico tem o objetivo de proteger o mercado, de modo a garantir a efetiva liberdade de existência do mercado, enquanto fato social. Daí os autores afirmarem que o Direito é fundamental para o mercado na medida em que estabelece as regras do jogo e, por consequência, orienta as decisões dos agentes econômicos e enseja segurança jurídica das relações.

¹⁹ É caso do repetido princípio da taxatividade, segundo o qual a norma penal (mormente a incriminadora) deve ser o mais precisa e clara possível, deve descrever a conduta ilícita com todos os seus pormenores da maneira mais exaustiva possível, a fim de evitar o subjetivismo do julgador e

brasileiro tem por Direito, então, o que está na lei²⁰ e, por consequência, o conceito de crime adotado no Brasil é o da Lei de Introdução ao Código Penal, segundo a qual crime é toda conduta prevista em lei que tenha por consequência uma sanção constitutiva de uma pena privativa de liberdade cumulada ou não com pena de multa (BRASIL, 1941).

Entretanto, considerando a perspectiva que orienta a presente pesquisa, o disposto na lei não é suficiente. Primeiro porque o disposto na lei não reflete, necessariamente, as condutas e ações, atribuições de atos e poderes compartilhados por um grupo, mesmo que este grupo esteja submetido a esta lei. Em segundo lugar, a lei tem, pragmaticamente, um sentido mais amplo do que o abordado em matéria penal, na medida em que a norma pragmatista é o resultado da interação intersubjetiva que cria um dever de agir de uma forma ou de outra.

Assim, o Direito está mais ligado a uma linguagem normativa do que à lei, ou seja, a um elemento discursivo que tenha força para orientar o agir de determinados indivíduos inseridos em um contexto de aplicação. A lei é um dos elementos a ser considerados, mas a lei, por si só não estabelece a necessária normatividade²¹ que uma linguagem exige para ter eficácia em um dado contexto.

Considerando que a lei formal pode não estabelecer as mesmas condutas que são intersubjetivamente reconhecidas como fruto de obrigações e poderes e que o texto da norma pode não ser o fundamento do agir dos sujeitos, não será este o parâmetro adotado. Não obstante, como o conteúdo de análise e crítica é o atualmente disposto na lei e o que se teoriza a partir da lei, não é possível ignorá-lo, sob pena de perder o sentido da própria pesquisa.

Assim, por uma questão de precisão conceitual, deve-se explicitar o conceito de Direito Penal Econômico adotado no presente trabalho. Desta forma, as premissas que subsidiam o conceito adotado são as seguintes: o mercado, a ordem

conter o arbítrio do Estado (GRECO¹, 2010; BITENCOURT, 2003; PRADO, 2010; NUCCI, 2009; JESUS, 2003.).

²⁰ Basta ver para tanto a obra de JESUS (2003) que sustenta a sua teoria bipartite de crime a partir do disposto no art. 180, § 4º do CP ou a obra de PRADO (2009) segundo o qual o bem jurídico penal a ser tutelado pela norma incriminadora deve ser aquele previsto na Constituição.

²¹ A normatividade, simplificada, pode ser dita o elemento indutor do convencimento racional e que faz valer intersubjetivamente a regra legítima. Mais explicitamente, a normatividade jurídica é aquilo de racional ou de adequado percebido na norma legal, na sua produção, interpretação e aplicação e que é capaz de justificar racionalmente o comando legal e de produzir a adesão livre e efetiva de seus autores e destinatários à regra legítima (MARÇAL, 2011, p. 77-78).

econômica e os agentes que nele atuam tiveram, historicamente, regramento de direito privado exclusivamente.

Entretanto, as consequências nocivas ao cidadão, enquanto trabalhador, consumidor, titular de direitos fundamentais, advindas da ausência de regramento das relações econômicas, ensejaram maior atenção à ordem econômica, com vistas a estabelecer critérios de atuação dos agentes econômicos. Devido à alta complexidade da matéria, há uma profusão de normas dos mais diversos conteúdos, todas pautadas pelo discurso de regramento e limitação da liberdade individual no âmbito econômico com o fim de evitar danos potenciais²².

O tratamento teórico destas matérias tem por objeto, então, a intervenção do Estado nas relações econômicas, as regras que regulam os níveis de liberdade do agir econômico e a punição para o agir econômico incompatível com estas regras. O Direito Penal Econômico seria uma parte deste último tratamento jurídico da atividade econômica.

A questão então para viabilizar um conceito de Direito Penal Econômico passa pelo esclarecimento do que se entende por economia ou ordem econômica. Neste ponto, não há uma preocupação com a delimitação do conceito e do objeto de estudo pelos teóricos do Direito, de modo que a economia é tomada não pelo que ela é, mas pelo que o Direito estabelece para ela²³.

Ou seja, a própria construção do objeto do estudo já prescinde da realidade fática que consubstancia os elementos que compõem o conhecimento do objeto. Entretanto, partindo da proposta básica do Pragmatismo, se o que o teórico do Direito conhece de economia é o que a Constituição e as leis dizem sobre a economia e não como a economia se realiza através da ação de seus agentes, o teórico do Direito não conhece a economia e, portanto, teoriza sobre uma abstração sem qualquer perspectiva de conexão com a realidade.

²² Adota-se, por regra, a ideia de externalidade advinda da economia, que significa o reflexo externo de uma atividade, que resulta como um “efeito colateral” e não explícita ou diretamente desejado pelos envolvidos. A externalidade pode ser positiva, como a criação de empregos, desenvolvimento econômico, aumento da arrecadação tributária, etc. ou pode ser negativa, também denominada de “falhas de mercado”, como a poluição de todas as espécies, o desequilíbrio econômico, falta de controle de determinada atividade, etc. Para o Direito Econômico, ambas interessam. Para o Direito Penal interessam as externalidades negativas (ou o controle destas) (ARAÚJO, 2010, p. 2.451).

²³ Assim como TAVARES (2011, p. 82) que tem uma concepção declaradamente formalista e entende a ordem econômica como o sistema normativo que tem o objetivo de regular as relações econômicas existentes em um dado Estado. Para o autor, a realidade econômica não pode ser ignorada, mas não pode condicionar a normatização abstrata do Direito, na medida em que é o Direito que condiciona a ordem econômica.

Assim, a primeira razão a esclarecer para a conceituação da economia necessária para a construção do conceito de Direito Penal Econômico é que a economia não é exatamente o que a Constituição e as leis dizem que a economia deve ser. A economia não tem o objetivo de promover o bem estar de todos, garantir a livre concorrência, proteger o consumidor e garantir qualidade de vida para os cidadãos conforme estabelece o art. 170 da Constituição da República (BRASIL, 1988).

A economia é a metodologia de administração de bens escassos, ou seja, impassíveis de serem distribuídos de forma igualitária e suficiente para todos (PEREIRA, 1982, p. 8 e NUSDEO, 2001, p. 27-29). A economia será, então, a metodologia de pensamento e execução do acesso a uma necessidade que não pode ser partilhada por todos. E isto não tem qualquer relação com a natureza da necessidade, de modo que, por um lado, algo pode ser absolutamente supérfluo para a necessidade humana e ser economicamente relevante e, por outro lado, ser fundamental para a vida humana e economicamente desinteressante²⁴.

Ou seja, a normatividade que rege a atividade econômica é a demanda maior do que a oferta por algo. A partir da existência desta conjunção de fatores, qualquer coisa pode ganhar relevância. E esta relevância é intermediada por outro elemento fundamental para compreender esta dinâmica, qual seja, o dinheiro.

Vive-se em uma sociedade capitalista e o dinheiro é fundamental para compreender o comportamento dos agentes econômicos públicos e privados. Desta forma, não basta haver muita demanda e pouca oferta para haver interesse econômico, mas esta demanda deve ser financeiramente capaz²⁵.

²⁴ Veja-se o caso dos *smartphones* e aparelhos roteadores, até há pouco tempo inexistentes na realidade humana, e, portanto, desnecessários para uma vida digna, mas que ganharam ares de fundamentais em poucos anos, ao ponto de o Estado brasileiro editar o Decreto 7.981/13 (BRASIL, 2013) para reduzir a zero a alíquota do PIS/COFINS, isentando tais aparelhos destes tributos para o incentivo do seu consumo. Por sua vez, veja-se o caso do ar, que é fundamental para a vida humana, mas que está disponível a todos e, portanto, não tem relevância econômica. Entretanto, a poluição do ar é relevante economicamente, na medida em que há normas internacionais (basicamente as normas produzidas a partir do Protocolo de Kyoto) que limitam o volume de poluição a ser lançado na atmosfera (BRASIL, 2005). Assim, um Estado que não cumpre as metas de redução de emissão de CO₂ pode comprar créditos dos Estados que conseguiram reduzir a emissão (1 crédito por tonelada) e continuar não cumprindo as metas – daí o tratamento econômico dos créditos de carbono.

²⁵ Do contrário, o norte do Estado de Minas Gerais, parte do Nordeste e do Norte do Brasil já teria sido “invasa” por ofertantes de comida e outros bens essenciais para a vida humana, na medida em que, nestes locais, a precariedade destes serviços e, por consequência, a demanda são enormes. Entretanto, nestes locais não há dinheiro para pagar pelos serviços, de modo que por esta razão a demanda se torna inútil e economicamente desinteressante, mesmo que isto importe em destruir qualquer possibilidade de vida digna de uma parcela considerável da população.

Neste ponto vale o questionamento a respeito do papel das normas jurídicas em relação à economia. Considerando que o Direito seja um sistema, é forçoso concluir que deve guardar coesão, uma vez que um sistema desconexo seria inaplicável, pois não possibilitaria a busca da correlação de suas normas.²⁶

Sob esta perspectiva, a aplicação do Direito não poderia ser feita de forma isolada, sob a análise de um aspecto específico, mas a partir da concretização de todos os preceitos previstos, desde o mais geral até o caso particular. Entretanto, esta inaplicabilidade não subsiste exatamente porque é possível verificar que a normatividade da economia é amplamente aceita pelo Direito e traduzida em termos jurídicos, de modo a dar suporte legal para as premissas acima enumeradas.

Basta verificar, como o fazem CLARK e XAVIER (2012), que o Estado brasileiro desonera de IPI os veículos zero e com isso impulsiona a compra de veículos sem qualquer consideração com os impactos destas medidas na qualidade e fluidez do tráfego. Ademais, estas medidas, voltadas claramente para a classe média que tem capacidade de comprar um veículo, são tomadas enquanto medidas de melhoria do transporte público são completamente ignoradas.

Ou seja, trata-se de uma medida jurídica que concretiza um preceito econômico quando potencializa as vendas das grandes montadoras de veículos independente do impacto que isto terá para o convívio social e para a dignidade dos cidadãos. Da mesma forma, garante o lucro mediante a venda de um bem escasso para quem tem capacidade econômica para tanto e simplesmente desconsidera quem não tem capacidade econômica e precisa de transporte público, posto que é, para esta realidade, economicamente desinteressante.

Da mesma forma, CLARK e VIDIGAL (2012) demonstram como o (des) planejamento econômico da Copa do Mundo de 2014 e eventos conexos tiveram o beneplácito do Estado em relação aos custos financeiros e como tais custos garantiram lucros consideráveis por parte de alguns agentes econômicos privados. Por sua vez, este mesmo Estado levanta uma série de empecilhos e argumentos para intervir e investir no longo prazo em demandas que são fundamentais para a

²⁶ Dentre vários posicionamentos neste sentido: “A constituição (...) é um sistema de normas jurídicas. Ela não é um simples agrupamento de preceitos que se justapõem ou que se superpõem. A idéia de sistema funda-se na harmonia, de partes que convivem sem atritos.” (BARROSO, 2003, p. 153).

consolidação do Estado Democrático de Direito, como é o caso do investimento em educação pública²⁷.

O fundamento, neste exemplo, é claro e já explicitado por NASCIMENTO (2011). Seguindo a mesma lógica da normatividade econômica, a educação de qualidade é dirigida para aqueles indivíduos que podem pagar por ela. Aos que não podem, é concedido um serviço de péssima qualidade, por ausência de investimento.

A estrutura é adequada à normatividade econômica, na medida em que o objetivo da ação econômica é garantir os lucros de quem detém o bem escasso. Caso o Estado ofereça educação pública gratuita e de qualidade como determina a Constituição (a norma legal), a escassez de educação de qualidade se perde e, por consequência, o direcionamento da demanda capaz de pagar pela oferta escassa se perde.

Ou seja, superados os exemplos, que apesar de prolongados são necessários para situar a análise, verifica-se que o Direito não configura a ordem econômica, mas a ordem econômica configura o Direito. Não é a Constituição e as leis que determinam a atuação dos agentes econômicos, mas a normatividade econômica que determina o conteúdo das leis a serem observadas, segundo a lógica de garantia da administração da escassez e do lucro.

Assim, a proposta de tratamento do direito econômico como ramo autônomo do Direito, “que tem por objeto a ‘juridicização’, ou seja, o tratamento jurídico da política econômica e, por sujeito, o agente que dela participe” descrito por SOUZA (2003, p. 23) perde o sentido. Segundo este autor, deve-se entender o Direito Econômico como as normas de conteúdo econômico e que tenham por objetivo assegurar e defender interesses individuais e coletivos, norteados pela denominada “ideologia” da Constituição.

Para o autor, a Constituição representa uma mistura de ideologias previamente conhecidas (capitalismo, socialismo, comunitarismo, etc.), mas não adota nenhuma delas em sua inteireza. Esta mistura de ideologias é o que o autor denomina de “ideologia constitucionalmente adotada” e, segundo ele, deve ser o fator de interpretação para o tratamento jurídico da política econômica.

²⁷ Basta ver que o Projeto de Lei 8.035/2010 que estabelecia o Plano Nacional da Educação – PNE, prevendo, além de metas planejadas e de longo prazo para evolução do ensino público, a vinculação de 10% do PIB para a educação, foi arquivado no Congresso Nacional (BRASIL, 2010).

A proposta é correta, partindo de uma análise estritamente ideal do texto normativo da Constituição. Mas em termos constatativos empíricos, ou seja, a partir de uma perspectiva pragmatista que pretende compreender os verdadeiros argumentos normativos do fato econômico, referido conceito é inexistente e inaplicável, na medida em que não é a baliza normativa do Estado e dos agentes econômicos.

A lógica normativa que permeia a atividade econômica corroborada pelo Estado é a do neoliberalismo de regulação (CLARK e SOUZA, 2011) que cria uma série de mecanismos para garantir a preeminência do “capitalismo predatório” e desregulado e desconsiderar qualquer tipo diverso de posicionamento relativo ao tratamento das ações do Estado. A ideologia constitucionalmente adotada é assim um simulacro de democracia e reconhecimento para a instrumentalização de uma política econômica marcada pela desconsideração da dignidade da pessoa humana em garantia da lucratividade de determinados setores atuantes na ordem econômica.

Esta conclusão é empiricamente verificada quando se analisa a atuação débil do Estado frente a questões fundamentais como a efetivação dos direitos sociais previstos no art. 6º da Constituição e no vigor do agir estatal para adquirir dólares ou injetar dólares no mercado de valores mobiliários e, por consequência, a lucratividade dos investidores do capital especulativo.

Daí se verifica que o princípio da economicidade²⁸ tratado no discurso do direito econômico não se efetiva no plano empírico das práticas intersubjetivas entre os agentes econômicos públicos e privados. Na realidade, o que se verifica é uma tentativa de afastamento da formulação teórica dos elementos do direito econômico das práticas de mercado, como se uma não fosse ligada a outra e não tivessem relação entre si.

Em outra medida, há um afastamento do Direito e do mercado, como se o Direito não pudesse servir de parâmetro para pensar criticamente o mercado. Este raciocínio parte da lógica de que o mercado é algo dado, como que natural e imutável, realidade imanente e inacessível ao Direito²⁹.

²⁸ Este princípio não está ligado à mera análise de redução de custos, mas à adoção de ações que sejam mais vantajosas e mais adequadas à ideologia constitucional.

²⁹ Basta ver que o STJ “pacificou” o entendimento de que juros abusivos são os juros que estão acima da “média do mercado”, o que significa dizer que o Poder Judiciário e os agentes do direito não têm condições de pensar a realidade do Estado para estabelecer o que são juros abusivos e

Ocorre que o mercado não se desenvolveu de modo apartado do direito estatal, tampouco de modo independente. O Estado de direito foi fundamental para o desenvolvimento do capitalismo de mercado e, sem o Estado, o capitalismo e o mercado não teriam o desenvolvimento e a configuração atuais.

Não obstante, o discurso oficial de *standartização* do mercado como algo fundamental e “inerente” às relações humanas (TIMM e MACHADO, 2007) é de suma relevância para que a estrutura do mercado não seja questionada e, por consequência, seus beneficiários não sejam “importunados”.

Uma das mostras mais claras desta inversão é a expansão da denominada “análise econômica do direito”, que trata da pesquisa sobre os custos do Direito (TIMM e MACHADO, 2007). Sob esta perspectiva, os direitos são “monetarizados” e a sua aplicabilidade, concretização e respeito passam a ser condicionados à viabilidade econômica, de modo que o que não é economicamente viável, não será juridicamente viável³⁰.

Considerando que este referencial não é ratificado na presente pesquisa, é fundamental que se esclareça qual é o significado dos conceitos adotados, bem como as razões de sua adoção. Para tanto, deve-se fazer uma proposta teórica de trabalho, a fim de possibilitar o raciocínio sobre a matéria.

Não que se pretenda estabelecer uma concepção definitiva e que melhor explique tanto a existência, fundamento e aplicabilidade do direito econômico e penal econômico, mas permitir uma análise mais abrangente e concreta do conceito. Mais que isso, pretende-se um referencial provisório e base para uma abordagem abrangente da matéria sob outra perspectiva, de modo a permitir analisar, pensar e repensar os métodos de construção, interpretação e aplicação da normatividade do direito econômico e penal econômico e, por consequência, aferir a sua constitucionalidade e legitimidade.

tampouco há norma que possibilite referido agir. Ao contrário, é o mercado que estabelece o valor dos juros, independente de qual valor se trata, e, neste ponto, o agente do direito deve permanecer passivo e resignado, restando-lhe apenas coibir que algum agente econômico eventualmente venha a extrapolar o valor antes atribuído pelo próprio mercado (BRASIL, STJ. Recurso Especial Repetitivo nº 1.112.879/PR. Relatora Ministra Nancy Andrighi, 2010).

³⁰ A análise econômica do Direito trabalha exatamente com a perspectiva mercadológica da escassez, na medida em que a denominada “escolha racional” acaba exatamente por afastar o caráter fundamental de determinados direitos para alocá-los na relação “custo-benefício”. (ZYLBERSZTAJN e SZTAJN, 2005; AZEVEDO, 2012). Raciocínio este já trazido para o Direito Penal, a partir da ideia de análise econômica do crime (SHIKIDA e AMARAL, 2012) e da verificação da “eficiência” do Direito Penal Econômico como fator legitimante da sua existência a partir da análise econômica do Direito (RODRÍGUEZ, 2008, p. 46).

Assim, para os objetivos que interessam na presente pesquisa, pode-se dizer que a economia é a administração de bens escassos destinada a suprir a demanda daqueles que podem pagar por estes bens. E a normatividade que rege a conduta dos agentes econômicos não é a determinação constitucional prevista no art. 170, mas o lucro, a capacidade de transformar bens escassos em mecanismos de multiplicação da riqueza de quem possui tais bens escassos em disponibilidade.

Assim, pode-se afirmar que a “evolução” de um capitalismo liberal competitivo para um capitalismo de Estado regulador e interventor que se verifica em PEREIRA (1982, p. 5-6) não ultrapassa o plano meramente discursivo. Esta ideia também adotada por SOUZA (2002, p. 121), a partir das denominadas “funções disciplinares do Estado (...) como agente normativo e regulador, com as funções de fiscalização, incentivo e planejamento”, MARQUES NETO (2005, p. 2), MOREIRA³¹ (2007, p. 4), ARAGÃO (2009, p. 31-32) e BARROSO³² (2002, p. 20) mostram-se afastadas da realidade.

O discurso de que o Estado deve intervir direta ou indiretamente, desde que condicione, normatize ou incentive uma atividade econômica, para preservar a sua existência, equilíbrio interno e preservar interesses públicos, tudo conforme a ideia de concretização das diretrizes constitucionais, como visto, não é o fundamento de normatividade econômica.

Ao contrário, pode-se afirmar que o direito econômico atuante nas relações intersubjetivas vigentes é o condicionamento jurídico das demandas econômicas por lucro através da exploração de bens escassos. Pode-se afirmar também que esta normatividade é confirmadora dos princípios gerais econômicos e não se conecta com os princípios jurídicos estabelecidos na Constituição.

Por sua vez, quando da leitura das obras que teorizam a respeito do direito econômico, em momento algum se cogita a regulação do mercado ou a execução de

³¹ Segundo este autor, o fato de o Brasil ser um país subdesenvolvido exige uma atuação do Estado nos “pontos de estrangulamento” da economia, entendidos estes como “as dificuldades estruturais em setores cujo não-desenvolvimento impede a fluidez e(ou) a instalação dos demais setores econômicos. O incentivo e a produtividade exigem não só a ausência de óbices ao fluxo futuro de mercadorias, mas também a preexistência de bases quer permitam assegurar o resultado econômico da produção” (MOREIRA, 2007, p. 15).

³² “Cabe ao Estado fiscalizar o regular atendimento, pela iniciativa privada, dos princípios de funcionamento da ordem econômica. No desempenho dessa competência, deverá editar normas coibindo abusos contra o consumidor, prevenindo danos à natureza ou sancionando condutas anti-concorrenciais, para citar alguns exemplos. Ao traçar esta disciplina, deverá o Poder Público, como natural, pautar-se no quadro da Constituição, tendo como vetor interpretativo os fundamentos do Estado e da ordem econômica: livre iniciativa e valorização do trabalho” (BARROSO, 2002, p. 13).

qualquer política econômica por meio do Direito Penal. Por isso, a questão a ser compreendida neste momento é o fato de que a sanção penal não tem o condão, em princípio, de conformar qualquer princípio econômico de garantia de lucros de quem detém e administra bens escassos.

Isto porque, por um lado, SOUZA (2003) afirma que o Direito Econômico, ramo recente da teoria do Direito, tem por características a “maleabilidade”, “flexibilidade” e “revisibilidade” (p. 27), que demandam uma “flexibilidade hermenêutica” e afasta a aplicabilidade de diversos ramos tradicionais do Direito para a sua eficácia, tal qual a “desnecessidade da sanção penal tradicional na efetivação de suas normas” (p. 41).

Por outro lado, DIAS e ANDRADE (2000, p. 84-85), ao mencionar a tentativa de se estabelecer o Direito Penal Econômico como espécie do Direito Econômico, a rechaçam sob o argumento de que o Direito Penal é autônomo e não permite esta ingerência, bem como não pode abarcar a amplitude do Direito Econômico.

Diante destes posicionamentos antagônicos, entre os autores que pretendem teorizar sobre o Direito Penal Econômico, no que tange à sua conceituação como forma de ação estatal, há um certo “consenso” de que há dificuldade em delimitar a matéria³³. Daí que, por regra, não há grandes propostas epistemológicas a respeito, limitando-se os autores a tratar a questão como inserida em “situações diversas das tradicionalmente constatadas” (SILVEIRA, 2006, p. 25) ou de um “direito penal moderno” (ARANA, 2007, p. 118)³⁴.

Não obstante, as análises são basicamente descritivas, sem demonstrar preocupação em delimitar de que Direito Penal se trata, como se fosse possível tratar cientificamente de algo que sequer se sabe se é um objeto de estudo. Por regra, constata-se a inserção da sociedade atual no denominado contexto do risco³⁵, da queda das fronteiras, internacionalização do Direito e alteração do caráter subsidiário³⁶ de *ultima ratio* para um caráter emergencial de *prima ratio*.³⁷

³³ Conforme se verifica em SILVEIRA (2006) e BOTTINI (2007).

³⁴ É o que se verifica em SILVEIRA (2006, p. 23), onde afirma que “existe uma ponderação irrefutável: a construção do Direito Penal Econômico acaba por se mostrar em tutela de um direito penal dos poderosos”.

³⁵ A questão relativa à análise do risco como fator legitimante do Direito Penal será tratada no capítulo 3.1.

³⁶ A questão relativa à análise do princípio da subsidiariedade penal será tratada no capítulo 3.2.

³⁷ ARANA (2007, p. 117) propõe uma nova formatação para o Direito Penal “moderno”, que seria um novo meio de “controle social” e “instrumento de pedagogia social”. “Seria produzido uma alteração de orientação: do paradigma da justiça penal para o paradigma da prevenção” (tradução nossa) “Se

Quando se trata de estabelecer um conceito, por regra há uma subdivisão em Direito Penal Econômico em sentido amplo e em sentido estrito. A primeira proporia que o Direito Penal Econômico designa as normas penais que protegem a ordem econômica representada pela regulação da produção, distribuição e consumo de bens e serviços. Em sentido estrito, o Direito Penal Econômico designaria as normas que protegem a ordem econômica, entendida esta como a regulação da intervenção do Estado na economia (SILVEIRA, 2006).

Ocorre que, ao contrário da proposta apresentada na presente pesquisa, as referidas conceituações partem do mesmo pressuposto não verificado na realidade de que a ordem econômica a ser “protegida” é a estabelecida no art. 170 da CR/88. Como a ordem econômica e seus respectivos objetivos previstos na CR/88 não se verificam, deve ser especificada qual a conexão pragmaticamente normativa entre a norma penal e o bem explicitado na norma como “objeto de proteção”.

Considerando este déficit verificado no tratamento teórico da matéria e em consonância com a proposta teórica estabelecida na presente pesquisa, pode-se afirmar que o Direito Penal Econômico não está conectado com o Direito Econômico que se pretende tratar da ordem econômica prevista no art. 170 da Constituição. Da mesma forma, a infração econômica não tem por “objeto de proteção” efetivo a ordem econômica ou a garantia de efetividade da ação estatal na ordem econômica por meio de antecipação de condutas potencialmente danosas – até porque na questão não se trata de danos.

A infração econômica é, então, a conduta que atenta contra a lucratividade que qualifica a lógica dos agentes econômicos. E não se trata de qualquer agente econômico³⁸, mas daquele que detém bens escassos para incrementar a própria riqueza.

habría producido un cambio de orientación: del paradigma de la justicia penal hacia el paradigma de la prevención.”

³⁸ Qualquer cidadão também é um agente econômico e, nem por isso, é considerado quando lesado na sua possibilidade de acumulação de riqueza. Basta ver, para tanto, que houve regra explícita no art. 192, § 3º da Constituição entre 1988 e 2003 estabelecendo que a cobrança de juros reais não poderia ser superior a 12% ao ano, o que nunca impediu as instituições financeiras de cobrarem muito além disso sem qualquer questionamento. Levada a questão ao judiciário, este se pronunciou no sentido de que a norma não tinha aplicabilidade imediata, mas deveria ser regulamentada, apesar de não haver qualquer menção disto no texto da Constituição (BRASIL, STF. Súmula Vinculante nº 7, 2008). Por sua vez, o reiterado posicionamento do Poder Judiciário no sentido de que a cobrança de juros compostos em financiamentos de longo prazo eram ilegais fez com que o Estado “agisse”, editando a Medida Provisória nº 1.963/2000, reeditada sob o nº 2.170/01 (BRASIL, 2001), que “legalizou” referida prática exclusivamente para as instituições financeiras e viabilizou a continuidade da prática desta modalidade de cobrança. Para tanto, não se verificou qualquer fundamentação que

Por consequência, para esclarecer porque uma infração econômica é qualificada como de natureza penal ou não, deve-se verificar qual a normatividade que cria o ilícito econômico de natureza civil e o de natureza penal, ou seja, qual o elemento que se pode destacar como constante para qualificar uma infração como penal ou como civil.

A legitimidade desta normatividade é que legitima a norma penal, tendo em vista que é a partir desta normatividade que os sujeitos atuantes no sistema de justiça criminal embasam o seu agir. Daí que um sistema será tão mais legítimo quanto mais congruente for a sua dimensão programadora com a sua dimensão operacional (ANDRADE, 1997, p. 181).

Assim, a presente pesquisa propõe a análise do sistema em duas “etapas”, quais sejam, a legitimidade da norma penal de conteúdo econômico, de modo a verificar a congruência entre a dimensão programadora (normativa) e a operacionalização do sistema de justiça criminal quanto a estes crimes (realidade pragmática do sistema). Além disso, ainda se analisará a legitimação do sistema, ou seja, como esta (des)conexão entre a dimensão programadora e a dimensão operacional é vista pelos teóricos que pensam o Direito Penal.

A proposta é, então, compreender a verdadeira normatividade do sistema de justiça criminal no aspecto econômico (legitimidade) e como os teóricos e, por consequência, qualquer outro indivíduo concebe este mesmo Direito Penal (legitimação). A hipótese é que, com tais dados, será possível construir um argumento consistente acerca da (i)legitimidade do sistema de justiça criminal e da (des)legitimação do sistema por aqueles que pensam o sistema teoricamente.

Este ponto será abordado em tópico separado, considerando que se trata de questão fundamental para a presente pesquisa, exatamente porque é entre a motivação para qualificar uma específica regulação jurídica como penal ou como civil que se verificam as razões pragmatistas da norma. Além disso, é neste limite entre a regulação civil e penal e a própria existência ou não da norma que se pode constatar a legitimidade ou não de determinada normatização ou da omissão de normatização.

informasse a adequação desta medida com qualquer urgência, conforme determina a Constituição no art. 62, tampouco se fundamentou o interesse público ou a adequação de referida norma com o art. 170 da CR/88 e os princípios já enumerados. Não obstante, o STJ decidiu, com fundamento no art. 543-C do CPC e, portanto, com força de jurisprudência vinculante, que os juros capitalizados podem ser aplicados pelas instituições financeiras a partir da data de edição da referida Medida Provisória e que, no caso, não incidem as prerrogativas do Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, STJ. REsp nº 973.827. Relator Ministro Luis Felipe Salomão, 2012).

Até a efetiva compreensão deste aspecto, será adotado durante a pesquisa o conceito de infração econômica acima abordado e não de Direito Penal Econômico. Isto permite uma análise mais abrangente e efetiva da matéria e, além disso, possibilita a compreensão de normas que não são previstas na lei como crimes, considerando o clássico conceito previsto na lei de introdução ao código penal, mas que serão relevantes para as considerações da presente pesquisa.

3. DO DISCURSO DE LEGITIMAÇÃO E DOS LIMITES DO DIREITO PENAL

Conforme a conceituação de legitimação apresentada no item 2.3, é necessário ter em vista o discurso teórico penal que se pretende analisar. Daí a relevância de apresentar primeiramente os fundamentos teóricos que servem de base para a teorização do Direito Penal e fazer uma análise crítica destes fundamentos.

Não obstante, o discurso teórico relativo aos crimes econômicos parte de premissas gerais do Direito Penal e agrega elementos teoricamente diferenciadores para destacá-lo da denominada “criminalidade comum”. Conquanto não seja possível analisar todos os dados que existem para verificar todos os elementos explícitos ou implícitos que fundamentam o discurso jurídico penal, serão analisados os três principais elementos que teoricamente destacam a “criminalidade econômica” da “criminalidade comum”, quais sejam, o risco, a subsidiariedade e o bem jurídico.

3.1 O risco

O Direito Penal Econômico, tal qual é tradicionalmente descrito³⁹, é analisado de modo muito semelhante entre os autores que se dedicam a estudá-lo e, por consequência, há elementos reincidentes que permitem afirmar que se tratam de caracteres bastante uniformes em teoria. Tal uniformidade leva a uma carência de questionamento quanto ao seu conteúdo e validade das fontes e da argumentação apresentada.

Um destes elementos característicos é o elemento risco. Nos textos dos autores brasileiros que se dedicam ao tema, há um consenso de que a sociedade contemporânea é marcada pelo risco (sociedade de risco) e que este elemento é fundamental para compreender o Direito Penal Econômico. SOUSA (2010) parte da lógica de que o Direito Penal atual foi constituído sobre bases iluministas e, portanto, subsidiárias, mas contesta a sua manutenção a partir das mudanças ocorridas na virada do milênio.

Com efeito, a sociedade contemporânea tecnológica trouxe consigo novos riscos que, pela sua imprevisibilidade e incontrolabilidade, são distintos

³⁹ “Descrição tradicional” aqui tratada como a descrição normalmente utilizada.

daqueles que o passado revelara: o desenvolvimento de armas nucleares, a diminuição da camada de ozono (sic) e o aquecimento global do planeta, a destruição de ecossistemas em grande escala, as questões suscitadas pela engenharia e manipulação genéticas, a produção maciça de produtos perigosos ou defeituosos, a instabilidade dos mercados económicos (sic) e financeiros, a criminalidade organizada, o terrorismo (SOUSA, 2010, p. 232)

Cita Ulrich Beck para tratar dos denominados “riscos da segunda modernidade” em contraponto aos riscos da sociedade industrial. No entanto, afirma que a ideia de risco é recorrente na história e não uma exclusividade da contemporaneidade. A partir daí busca responder qual a diferença entre as sociedades anteriores e seus riscos e a atual, para compreender porque a sociedade atual é denominada de “sociedade de risco” (SOUSA, 2010, p. 232).

A diferença apresentada é a grandeza dos riscos. Assim, segundo a autora, a diferença dos riscos atuais para os anteriores é que, atualmente, o risco é de um dano catastrófico, de alcance incalculável, ao contrário dos danos pontuais anteriores. Assim, de acordo com a autora, a humanidade tem somente agora a noção e a ideia de que pode causar danos em escala global.

Este raciocínio leva a autora a concluir que, por causas destas possibilidades catastróficas, foi incrementada a busca por segurança, prevenção e precaução. A partir daí constrói a ideia de Direito (Penal) com a finalidade de promover a “defesa” contras tais riscos.

Para tanto, a autora aponta como fatores que alteraram a lógica do Direito Penal o aumento de riscos e a expansão do Direito Penal, fruto do aumento da sensação de insegurança. Cita também a criminalização de novos comportamentos, em função de um denominado “princípio ampliador da punição”⁴⁰ (SOUSA, 2010, p. 234), bem como a incidência do aumento das normas penais em branco e da utilização da legislação de estruturas típicas antecipatórias da tutela do bem protegido.

Por sua vez, GARCIA (2005) inicia a sua análise a partir da complexidade da sociedade moderna e da completa ineficiência do Estado em acompanhar tais mudanças e enfrentar os problemas delas decorrentes. Da mesma forma, frisa a insatisfatória concretização do Estado Democrático de Direito com o seu pluralismo. A partir daí, afirma a mutabilidade da economia em uma realidade que não é dotada de barreiras espaciais ou temporais.

⁴⁰ A autora não explica o fundamento deste “princípio”, tampouco sustenta a validade ou invalidade do mesmo.

Afirma o autor que tais fatos ensejaram a criação e visualização de varias condutas praticadas por atores econômicos como criminosas e que, considerando a amplitude destas condutas, acabam por evidenciar a incapacidade do Estado de administrar, pelos meios “tradicionais”, os efeitos destas condutas.

A Sociedade de Risco apresenta-nos uma complexidade até então inconcebível, onde se torna absolutamente impossível calcular todas as possibilidades e consequências de nossas ações. Como resultado direto (sic), acaba por gerar no meio social uma profunda (e, talvez, irreal) sensação de insegurança, advinda dos mais remotos acontecimentos, mas que fazem parte de nosso cotidiano em decorrência direta da influencia dos meios de comunicação de massa (GARCIA, 2005, p. 78).

Afirma o autor que os meios atuais de controle da criminalidade são ineficazes, apesar da expansão do Direito Penal como forma de contenção da criminalidade. Isto com fundamento no fato de que não é possível prever as consequências para os fatos ocorridos a partir da ‘revolução tecnológica’ ocorrida a partir do sec. XX (GARCIA, 2005, p. 80).

O autor trabalha com a perspectiva de que a globalização alterou toda a lógica de poder até então existente e, assim como as demais revoluções tecnológicas que a precederam, é definitiva e irreversível. E uma das principais características desta revolução tecnológica é a mobilidade do capital e das atividades econômicas, que, agora, têm capacidade de atravessar fronteiras sem dificuldade em busca de maiores ganhos.

Assim, citando outros autores, GARCIA (2005) afirma que a sociedade atual gera riscos para a própria sociedade e as ameaças são incalculáveis. Para tanto, assim como SOUSA (2010), cita Chernobyl, a “doença das vacas loucas” e o desastre da plataforma P36 da Petrobrás.

Por sua vez, DEUS (2010) trabalha com a perspectiva da complexidade da sociedade atual e da ineficiência estatal para alterar problemas da sociedade na virada do Estado Liberal até o Estado Democrático de Direito. Parte então do pressuposto de que a atualidade é marcada pelo risco e pela existência de situações até há pouco inimagináveis e fatos dos quais não se pode mais prever as consequências.

Para o autor, estes são elementos que caracterizam a sociedade de risco, que gera sensação de insegurança potencializada. O autor contextualiza o seu argumento a partir da década de 1980, de modo que atribui à evolução do sistema

capitalista o enfraquecimento do Estado e o engrandecimento do mercado, processo marcadamente destacado como o de globalização.

Para tanto, salienta a lógica do risco a partir da incontrollabilidade de ações e decisões de terceiros que afetam diretamente a vida dos cidadãos (DEUS, 2010, p. 484), tais como as catástrofes – antes meros fatos naturais e hoje consequência da conduta humana. Salienta ainda a indeterminação da área de abrangência dos danos decorrentes destas condutas e a permanência destes danos, posto que incalculáveis o seu alcance e a sua durabilidade frente aos indivíduos afetados.

O perigo, segundo o autor, reside no fato de que é incerta a probabilidade de uma conduta ensejar um dano ou não e, se o dano ocorre, qual a sua extensão. Este elemento é o que fundamenta o incremento da busca de controle de diversas condutas, na medida em que a resposta possível, para o autor, é o recrudescimento das políticas de controle antecipado do risco, inclusive de caráter penal.

Apesar da crítica do procedimento, o autor afirma a necessidade de o Direito Penal adequar-se ao paradigma do risco, a fim de apropriar-se das características da sociedade contemporânea. Isto porque, para o autor, a sociedade globalizada apresenta características até então desconhecidas que devem ser salientadas no momento de se “pensar” o Direito Penal contemporâneo (DEUS, 2010, p. 489-491).

No mesmo sentido, é o pensamento de PEREIRA (2004), DIAS (2001), SILVA (2004), SOUZA (2007), BOTTINI (2007) e SILVEIRA (2006).

A partir destes autores é possível traçar com alguma segurança um dos principais fundamentos para a análise dos crimes contra a ordem econômica e para fundamentar o aumento da legislação penal e recrudescimento das penas relativas aos crimes já existentes. Este fundamento é, sem grandes divergências, o risco, a denominada sociedade de risco e os elementos acima apontados que, em tese, constituem esta sociedade.

Um fator que chama a atenção em relação a este raciocínio é que todos estes autores têm a mesma fonte de fundamentação, qual seja, a obra de SANCHEZ (2002)⁴¹, que realiza uma análise das fundamentações criminológicas da sociedade contemporânea. Ora diretamente e ora indiretamente também se fundamentam na obra de BECK (1998), que foi o autor responsável pela publicação da teoria da “sociedade de risco”.

⁴¹ DIAS (2001) também cita SANCHEZ, mas em obra de edição anterior, lançada na Espanha muito antes da edição brasileira.

SANCHEZ (2002) sustenta parte da sua teoria com base na teoria de BECK (1998)⁴², de modo que a maioria dos autores faz referência a BECK (1998) a partir da obra de SANCHEZ (2002). Considerando estes elementos, é relevante analisar a obra de SANCHEZ (2002) e de BECK (1998) a fim de analisar este fundamento largamente utilizado pelos autores brasileiros para legitimar a existência de infrações penais econômicas.

O que se propõe com este tópico é questionar dois elementos básicos para o início da análise do tema da presente pesquisa, quais sejam: analisar se uma das fundamentações básicas do estudo acerca dos crimes contra a ordem econômica no Brasil parte da mera repetição da obra de um único autor; e se é coerente o discurso jurídico sustentado, a partir dos elementos constituídos a partir da análise desta obra teórica.

Considerando o primeiro elemento, KUHN (2005) ficou reconhecido por sua obra a respeito dos paradigmas, da verdade e das revoluções científicas. A partir da leitura desta teoria, é possível afirmar que a grande vantagem da verdade científica sobre o dogma moral, religioso ou de outra ordem é a sua precariedade intrínseca e consequente mutabilidade, em outras palavras, sua fundamentação no exercício intersubjetivo da razão procedimental e discursiva mais efetivamente democrático.

Desde que produzida a partir de uma estruturação racionalmente compreensível, a verdade científica pode ser questionada e alterada, de modo a produzir conhecimento novo e, por consequência, nova verdade. Por outro lado, a precariedade da verdade científica pressupõe que esta seja fundamentada, na medida em que, para prevalecer, deve ser embasada em dados intersubjetivamente válidos.

Além disso, considerando a perspectiva pragmatista que será estabelecida no decorrer da presente pesquisa, conforme estabelecido nas explicações prévias, não é razoável e científico aceitar, sem questionamento, “verdades” simplesmente replicadas. Partindo desta perspectiva, não é racional, tampouco explicita uma verdade, a simples reafirmação de algo já dito por outrem.

Da mesma forma, a pessoa que apresenta o discurso não tem a menor relevância para a análise do conteúdo do que é proposto, de modo que não

⁴² SANCHEZ (2002) cita a obra original de BECK, na edição alemã de 1986.

interessa o autor, mas a legitimidade, racionalidade e intersubjetividade da construção do conteúdo para a validade do argumento (BRANDOM, 1983, p. 643).

Assim, a proposta é explicitar a forma de comunicação entre os atores que pensam e estruturam as regras de conexão de sentido na matéria estudada, bem como buscar explicitar os fins destas ações. O objetivo é estruturar o conteúdo de modo a viabilizar uma conexão de sentido a partir da realidade pensada e dos agentes atuais, capazes de pensar, explicitar, intercambiar e, principalmente, alterar a realidade.

A partir destes elementos, é possível concluir que a repetição da afirmativa de um autor não caracteriza fundamentação necessária para estruturar uma verdade científica. Daí que o posicionamento dos autores estudados e de tantos outros, se sustentado na mera menção à afirmação de outro autor, não se coaduna com a construção válida da verdade, tal como a perspectiva ora adotada.

Esta conclusão é retirada do fato de que estes autores partem do pressuposto de que o elemento citado é verdadeiro e o repetem, como se a citação direta ou indireta fosse suficiente para constituir a verdade racional e intersubjetivamente fundamentada de suas afirmações. Entretanto, tal procedimento não é correto e pode induzir a erro.

No caso em questão, todos os autores mencionados “analisam” a lógica do risco a partir da obra de SANCHEZ (2002) e, em tese, repetem os elementos apresentados pelo autor. Tanto que os textos são todos muito semelhantes em conteúdo, conforme verificado na descrição inicial deste tópico.

O problema se torna complexo quando se analisa diretamente a fonte. Da leitura direta da obra de SANCHEZ (2002), não é possível concluir como os mencionados autores inferiram o que dizem ter concluído, tampouco afirmar que SANCHEZ (2002) sustenta que os fundamentos da moderna legislação penal são os acima apresentados – como se de sua autoria fossem.

É relevante, inicialmente, evidenciar o lugar da fala do autor, de modo a compreender o horizonte de interpretação expressado na obra. SANCHEZ (2002) é espanhol e escreve para a realidade europeia, baseado na realidade europeia e nas obras científicas produzidas na Espanha, Itália e Alemanha.

Assim, um primeiro erro dos autores brasileiros é pretender replicar no Brasil uma teoria produzida em uma realidade muito específica, sem a prudência necessária de pensar a teoria a partir da realidade brasileira. A mera repetição de

afirmações “soltas” produzidas para a realidade europeia não podem, validamente, servir de elemento de verdade científica para a realidade brasileira.

Além disso, o autor parte de uma perspectiva de desagregação de um estado de bem estar social (SANCHEZ, 2002, p. 32) que não existiu no Brasil, de modo que é pouco produtiva a sua pesquisa se não adequada à realidade brasileira. E, afinal, o acidente em Chernobyl não pode ser fundamento para a alteração da legislação penal brasileira, sob pena de se pretender “forçar” uma conexão de sentido sem qualquer elemento que fundamente esta pretensão.

Ademais, é relevante esclarecer os escopos da obra em referência, na medida em que consubstanciam fator relevante para a compreensão do seu conteúdo. Assim, logo na introdução do livro, SANCHEZ (2002) afirma que diversos movimentos convergiram, apesar dos discursos do minimalismo penal, para uma crescente expansão do Direito Penal, com a criação de novos delitos, aumento de pena para os já existentes e a diminuição de garantias fundamentais.

Afirma o autor que tais movimentos devem ser compreendidos a partir de diversos fenômenos, na medida em que elementos que eram, até certo momento da história, diversos e até antagônicos convergiram para o mesmo discurso punitivista. Por isso, encerra o autor a sua introdução afirmando que “as páginas que seguem se dedicam à formulação de algumas hipóteses sobre o porquê da cristalização desse consenso” (SANCHEZ, 2002, p. 25).

A partir deste dado já é possível propor uma primeira conclusão introdutória: o autor não pretende justificar, legitimar e tampouco apresentar argumentos que fundamentem a atual legislação penal. Ao contrário, sua pesquisa é retroativa, busca entender o porquê da realidade que está diante de si no momento da pesquisa.

Assim, a obra se pretende uma pesquisa empírica e declarativa, com o único objetivo de entender as razões pelas quais a legislação penal se apresenta como é na contemporaneidade. Isto não significa que o autor concorde com essa realidade e nem que pretenda utilizar tais elementos para justificar/legitimar a legislação tal como está.

Ou seja, a premissa de que partem os autores brasileiros acima citados não está correta, na medida em que SANCHEZ (2002) pretende descrever um fato e não fundamentar um ato ou argumento jurídico. Assim, de início, a leitura efetuada de SANCHEZ (2002) está incorreta. E tal fato tem reflexos durante toda a leitura do

texto, conforme se verifica principalmente na parte em que o autor trabalha as premissas da sua pesquisa e onde explora a ideia de “sociedade de risco”.

Assim, logo de início, quando vai tratar das premissas a partir das quais vai traçar o panorama da expansão do Direito Penal, SANCHEZ (2002) afirma que o Direito Penal é um instrumento de proteção de bens jurídicos importantes para a sociedade. Por sua vez, a mudança da sociedade tende a refletir mudança no Direito Penal, bem como o incremento de complexidade das relações sociais tende a alterar e aumentar a quantidade de situações jurídico-penalmente relevantes.

Entretanto, desde logo, adverte o autor que este não é o seu objeto de interesse como parecem crer os autores citados no início deste tópico. Segundo SANCHEZ,

o que interessa ressaltar neste momento é tão-somente que existe, seguramente, um espaço de ‘expansão razoável’ do Direito Penal, ainda que, com a mesma convicção próxima da certeza, se deva afirmar que também se dão importantes manifestações da ‘expansão desarrazoada’ (2002, p. 28).

Ou seja, o objeto de interesse do autor não é fundamentar as alterações do Direito Penal contemporâneo, posto que a alteração é factual, sintomática do contexto em que se insere e até necessária ante as mudanças sociais. O que interessa ao autor é exatamente a expansão “desarrazoada”, que não se justifica por qualquer fator social ou jurídico e, por isso, não encontra com clareza a sua fundamentação.

Ou seja, o autor busca a fundamentação em tese existente para o que, aparentemente, não é passível de ser fundamentado. Para tanto, dá um exemplo típico dos crimes intitulados contra a “ordem econômica” e que é sintomático para a realidade brasileira, na medida em que foi objeto de recente alteração da legislação, qual seja, a lavagem de dinheiro.

é, pois, provavelmente razoável que os responsáveis por uma injeção maciça de dinheiro negro em um determinado setor da economia sejam sancionados penalmente pela comissão de um delito contra a ordem econômica. Mas, vejamos, isso não faz, por si só, razoável a sanção penal de qualquer conduta de utilização de pequenas (ou médias) quantidades de dinheiro negro na aquisição de bens ou retribuição de serviços. A tipificação do delito de lavagem de dinheiro é, enfim, uma manifestação de expansão razoável do Direito Penal (em seu núcleo, de alcance muito limitado) e de expansão irrazoável do mesmo (no resto das condutas, em relação as quais

não se possa afirmar em absoluto que, de modo específico, lesionem a ordem econômica de modo penalmente relevante) (SANCHEZ, 2002, p. 28).

Adiante o autor dedica poucos parágrafos para esboçar a tese de BECK (1998), inclusive a afirmando como “lugar comum” entre os autores da sociologia. A partir daí SANCHEZ (2002) trata não da insegurança ou da sensação de insegurança como afirmam os autores brasileiros, mas da institucionalização da insegurança.

Ou seja, o problema que o autor pretende enfrentar não é se há de fato insegurança real ou simplesmente sentida, posto que este é um dado afirmado no texto. A intenção é explicitar como esta segurança meramente sentida (subjetiva) foi institucionalizada, trazida como elemento real e considerada para fins de alteração da legislação penal.

Por isso, o autor salienta a crescente interdependência entre os indivíduos, apesar do individualismo crescente na mesma proporção. Daí o problema da decisão do “outro”, que é desconhecido, individualista e pouco se importa com a comunidade.

A questão para o autor, então, não é o risco em si, mas a forma de percepção do risco, visto e não existente de modo muito mais intenso (SANCHEZ, 2002, p. 33). Isto se dá por uma alteração nas próprias relações humanas, permeadas pela lógica cruel e antiética do mercado, refletindo uma sociedade sem uma dimensão de princípios de referência.

é realmente duvidoso que a medida de insegurança sentida pelos cidadãos se corresponde de modo exato com o nível de existência objetiva de riscos dificilmente controláveis, ou simplesmente incontroláveis (os próprios da Risikogesellschaft), que lhes afetem pessoalmente e de modo imediato. Além disso, (...) é inegável que a aparição de novos riscos está, de certa forma, compensada pela radical redução dos perigos procedentes de fontes naturais (assim, as consequências lesivas de enfermidades ou catástrofes). Por tal motivo, é mais razoável sustentar que, por múltiplas e diversas causas, a vivência subjetiva dos riscos é claramente superior a própria existência objetiva dos mesmos. Expressando de outro modo, existe uma elevadíssima ‘sensibilidade ao risco’ (SANCHEZ, 2002, p. 36-37).

Esta interação é assimilada como perigosa, ante a lógica da força e não do correto, do bom e do ruim. Esta acepção psicológica violenta pugna por respostas também violentas – ou seja, Direito Penal. A questão então não é o risco em si, mas

a assimilação desse risco, que é hoje expressada de modo muito menos tolerante do que em outros momentos históricos.

A conclusão é a mesma da leitura da obra de BECK (1998), que é, no aspecto aqui tratado, a fonte utilizada por SANCHEZ (2002) para conectar o aspecto sociológico com o jurídico-penal. Também no caso de BECK (1998), há um erro entre os autores que o citam relativo à posição de fala do autor. Isto porque, assim como explicitado por SANCHEZ (2002), BECK (1998) esclarece que a sua teoria é escrita para a realidade da Alemanha e a partir da realidade alemã e europeia vivida durante o século XX.

A intenção do autor com a obra é esclarecer a sociedade pós-moderna da perspectiva europeia e a partir das experiências históricas da Alemanha e da Europa em geral. Por consequência, deve-se ter cautela ao “transplantar” uma teoria pensada para a realidade europeia para o Brasil como se não houvesse elementos históricos, políticos, culturais, comportamentais e filosóficos que influenciassem esta “adequação”.

Este livro é a tentativa de seguir a pista da palavrinha “pós” (ou também “depois”, “mais além”). Está sustentado pelo esforço de compreender os conteúdos que o desenvolvimento histórico da modernidade deu a esta palavrinha nas duas ou três últimas décadas (sobretudo na República Federal da Alemanha) (tradução nossa⁴³) (BECK, 1998, p. 15).

Não fosse a questão relativa à perspectiva da origem da produção científica, assim como em relação à obra de SANCHEZ (2002), da perspectiva de conteúdo, a obra de BECK (1998) não parece fundamentar a interpretação apresentados pelos autores acima citados. Isto porque o autor não pretende, também, com a sua pesquisa, afirmar que a sociedade contemporânea é caracterizada a partir da lógica de risco.

Inicialmente, é de se considerar que o autor é sociólogo e sua pesquisa é sociológica, de modo que não pretende o autor fundamentar, legitimar, tampouco tem uma perspectiva de manutenção de elementos para situações futuras. Assim, a pesquisa não tem como pretensão fundamentar o Direito, ações governamentais ou qualquer perspectiva ou postura a ser protraída no tempo.

⁴³ “Este libro es un intento de seguir la pista de la palabrita «post» (o también «tardo-», «más allá»). Está sustentado por el esfuerzo de comprender los contenidos que el desarrollo histórico de la modernidad ha dado a esta palabrita en las dos o tres últimas décadas (sobre todo en la República Federal de Alemania)”.

A pesquisa parte de uma perspectiva histórica para compreender o presente (da Europa), de modo que o autor pesquisa os elementos que caracterizam a realidade contemporânea e o porquê desses elementos. O primeiro elemento trabalhado pelo autor é a lógica da produção de riscos e da produção da riqueza e, por consequência, a lógica de progresso e distribuição da riqueza.

A sociedade industrial foi marcada pelo discurso do desenvolvimento e havia certa aquiescência na assunção de riscos em nome do progresso, de modo que a produção da riqueza se sobrepunha aos riscos que esta ensejava. Entretanto, segundo BECK (1998), a sociedade pós-industrial inverte esta lógica, na medida em que a lógica da produção de riscos é que domina a produção da riqueza.

Isto porque os riscos criados a partir das estruturas sociais pós-industriais tendem a um espectro que supera a perspectiva individual e, por isso, torna a repartição do risco menos controlável como é a repartição da riqueza. Nesta medida, a lógica do alcance dos possíveis danos de determinadas atividades não altera a sua realidade, mas apenas o cálculo de distribuição, de modo que não só o desenvolvimento gera riscos, mas a produção e distribuição de riscos balizam a produção e distribuição de riquezas (que continua desigual, assim como nas sociedades industriais).

Desta forma, não se encontra na teoria de BECK (1998) fundamento para afirmar que a sociedade pós-industrial é uma sociedade de risco e que isso é o elemento predominante. Na realidade, os riscos sempre existiram. O que mudou foram as dimensões, a tolerância ao risco e a sua relevância no cálculo de custos sociais e da produção e repartição da riqueza produzida.

Além disso, como salienta o autor, este é apenas um dos vários elementos que devem ser ponderados em conjunto para analisar as características da sociedade pós-industrial. Isto porque outro elemento de alta relevância a ser considerado, principalmente no que tange à percepção do risco, é a “contradição” da sociedade pós-industrial travada entre a concentração das massas e o individualismo.

A sociedade pós-industrial é uma sociedade massificada, caracterizada pela existência de grandes aglomerados urbanos, marcadamente estruturados por classes. Ademais, estas classes foram estruturadas a partir de modelos tradicionais, que sofreram com as profundas alterações da modernidade, principalmente no que tange ao modelo tradicional de família.

Não obstante, esta família tradicionalizada a partir de um modelo sofreu com elementos até então inexistentes, tais como a inserção da mulher no sistema educacional e mercado de trabalho, a existência de divórcios em número crescente, os modelos de trabalho, etc. Por causa disso, segundo o autor, as relações pessoais e, por consequência, a realidade da percepção pessoal da vida entre as pessoas foi profundamente alterada, daí decorrendo as grandes alterações relativas aos modelos de amor, família, sexualidade, mercado, consumo, trabalho, etc. característicos do sec. XX.

Assim, a sociedade pós-industrial é uma sociedade muito maior, não obstante contar muito menos com a co-cidadania entre os seus conviventes. Este elemento deve ser considerado para analisar a percepção de segurança e, por consequência, do cálculo de riscos.

Agrega-se a este fator a consolidação da verdade científica como modelo de racionalidade orientador das condutas, em substituição à verdade dogmática da religião até então predominante. A grande evolução da ciência no período da modernidade leva a uma crença de que esta verdade e as realizações dela advindas seriam elementos bastantes para garantir a segurança até então não existente.

O ser humano vivia sob o jugo e a sorte de deus, elemento substituído pelas intervenções científicas que lhe garantiram longevidade, conforto e desenvolvimento. A partir daí, a ciência passou a ser reconhecida como meio controlável pelo homem, garantidora de segurança, limitadora de riscos e mitigadora da necessidade de se contar com o elemento sorte.

Entretanto, a mudança da sociedade moderna industrial para a sociedade pós-industrial vivenciou as mazelas que o mau uso do conhecimento científico pode ensejar para a humanidade. Os desastres dolosos ou não (desde Hiroshima e Nagasaki a Chernobyl) mostraram que o desenvolvimento científico por si só não trouxe elementos garantidores de segurança, certeza e bem estar.

Além disso, a percepção do risco restou agravada ante a proporção das ações humanas, de modo que não se retornou ao estágio de incerteza pré-moderna, mas surgiu um estágio de incerteza típico da pós-modernidade. Não obstante, ainda não surgiu um elemento substitutivo para a incerteza (assim como foi a ciência para a religião), de modo que a percepção do risco e a sensação de insegurança foram acentuadas.

A proposta teórica de BECK (1998) é exatamente buscar elementos e princípios que fundamentem esta nova realidade social. Não por outra razão, a sua teoria não é da “sociedade de risco” apenas. O risco (ou a percepção dele) é um elemento constataivo⁴⁴. A tese de fato centra-se no subtítulo da obra e não no título: “para uma nova modernidade”.

Por consequência, pode-se afirmar que os autores que afirmam a existência de uma “sociedade de risco”, que tem por característica a existência de atos de consequências incalculáveis e que esta sociedade tem por premissa a prevenção de riscos e antecipação de condutas com base apenas nas obras de BECK (1998) e SANCHEZ (2002) não têm fundamento para sustentar a sua afirmação. Em primeiro lugar porque não é este o conteúdo das teses defendidas por estes autores. Em segundo lugar porque tais afirmativas não encontram fundamento fático, muito menos aplicabilidade à realidade brasileira.

A partir daí é possível chegar a duas conclusões prévias. A primeira é que o risco não é um elemento para fundamentar a alteração da estrutura da norma penal, muito menos para legitimar uma legislação penal “apartada” como se pretende pensar o Direito Penal Econômico. Afinal, o risco sempre existiu e a legislação penal sempre esteve conectada a condutas arriscadas e resultados danosos, de modo que não há qualquer elemento “novo” que sustente a afirmação.

Logo, não se pode confirmar a legitimidade de uma característica que não interfere efetivamente na operacionalidade do sistema, tampouco tem relação com a programação do mesmo. Tal elemento, inferencialmente, não é indutor de crenças e ações que permitam construir um sentido intersubjetivamente compartilhado entre os agentes que efetivamente atuam na construção da normatividade deste sistema.

Em segundo lugar, se não se pode concluir que o risco legitima a estrutura das normas penais econômicas como anteriormente visto, qual seria o elemento que

⁴⁴ Nos termos elaborados por AUSTIN (1990), a linguagem pode ser constativa ou performativa. No primeiro caso, a linguagem tem o objetivo de enunciar um dado do mundo e não tem o objetivo de criar um dado no mundo. No segundo caso, a linguagem tem o objetivo de estabelecer uma realidade até então inexistente, de modo que sem a linguagem não haveria realidade a ser verificada. Desta forma, afirmar que há o elemento risco não tem o intento de criar, a partir da linguagem, uma realidade até então inexistente. O dado do mundo existe – o risco existe. O que a linguagem pode fazer – performativamente – é estabelecer as características atribuídas a este elemento do mundo. A sensibilidade ao elemento do mundo já é um dado performativo, formado pela linguagem e, por consequência, mutável a depender de uma série de variáveis também constituídas pela linguagem. Entretanto, como parece evidente, não se pode trabalhar elementos cientificamente validados a partir de uma linguagem performática, ou seja, a partir de percepções sentimentais que variam a partir de circunstâncias incontroláveis – sob pena de retirar qualquer racionalidade da própria linguagem científica.

pode justificá-las? Dos elementos que mais são salientados pelos autores para apresentar os caracteres deste “novo” Direito Penal, destaca-se a alteração do “princípio da subsidiariedade”.

Em qualquer manual de Direito Penal é salientado que o princípio da subsidiariedade penal é o elemento justificador da existência de uma norma penal, na medida em que, segundo se afirma, pela subsidiariedade, o Direito Penal deveria incidir somente quando normas de outra natureza não fossem suficientes para garantir proteção a um bem jurídico. Entretanto, resta saber de que subsidiariedade se fala e como esta subsidiariedade opera, a fim de verificar a sua aplicabilidade e, por consequência, se há, de fato, uma influência na realidade penal.

Para tanto, no próximo tópico, a partir da premissa da invalidade do argumento do risco, tentar-se-á compreender o princípio da subsidiariedade para fundamentar com mais clareza (se há) o momento de incidência de uma norma penal. O objetivo é buscar um elemento de justificação/legitimação do crime em geral, para, a partir daí, abordar a justificação/legitimação da infração penal econômica – seja para constatar semelhança ou diferença, compatibilidade ou incompatibilidade.

3.2 A subsidiariedade

Em todos os manuais de Direito Penal brasileiro são frisados os diversos princípios norteadores do Direito Penal para caracterizá-lo e individualizá-lo perante o sistema jurídico⁴⁵. Isto, teoricamente, teria uma série de implicações práticas que limitam a incidência da norma penal, bem como norteiam o intérprete no momento de sua aplicação.

Dentre os diversos princípios elencados pelos autores de manuais, o princípio da subsidiariedade é frisado como um dos mais relevantes, na medida em que estabeleceria um limite para a existência da norma penal. Assim, dentre os princípios normalmente citados, o princípio da subsidiariedade é o único que se

⁴⁵ Pode-se citar, p. ex., BITENCOURT (2003); PRADO (2010); GRECO¹ (2010).

refere à “existência”, enquanto norma positiva, do Direito Penal e não em relação à sua aplicabilidade⁴⁶.

Diz-se que o Direito Penal é subsidiário porque a sua intervenção deve ser mínima (BITENCOURT, 2003), de modo que se trata de um limite ao legislador para evitar a criação de normas penais desnecessárias. Esta necessidade⁴⁷ se verifica a partir do enunciado do dito princípio, que estabelece, segundo os autores que o sustentam, que a norma penal somente deve existir para incidir sobre fatos juridicamente relevantes, a que os demais ramos do Direito não são capazes de dar uma resposta.

Entretanto, a questão é identificar se a programação teórica se verifica nas práticas legislativa e judicial e, por consequência, se estes enunciados teóricos relativos aos princípios do Direito Penal – no caso em análise, o princípio da subsidiariedade – são efetivamente materializados. E isto depende da constatação e explicitação da normatividade do princípio, com a sua aplicação para fundamentar ações e decisões em um sistema inferencial de construção de sentido capaz de agregar um mínimo de coerência ao Direito Penal⁴⁸.

Além disso, por regra, a validade do Direito Penal (especialmente os crimes em espécie), para evidenciar a normatividade do princípio, deve ser avaliada a partir de elementos de concretização operacional do seu enunciado e não analisada sob uma ótica formal, baseada apenas no critério de adequação formal aos preceitos constitucionais. Os princípios e critérios enunciados de adequação principiológica da norma penal devem ser explicitados pelo intérprete e aplicador da norma, como forma de sustentar racionalmente a validade e legitimidade da norma (aqui interessa a infração penal econômica).

Para tanto, deve-se compreender que princípio é início e tal assertiva não é redundante, considerando que o princípio é termo técnico que a Filosofia emprega para designar aquilo de que se parte. Daí que os princípios são características de

⁴⁶ Os demais princípios tendem a frisar a interpretação e aplicação da norma, o que pressupõe a existência de uma norma penal, tal qual o princípio da legalidade, fragmentariedade, taxatividade, irretroatividade da lei penal e ultraatividade da lei penal especial, etc.

⁴⁷ Que pode ser interpretada a partir da análise da legitimidade da norma como se tentará demonstrar adiante.

⁴⁸ Como será constatado adiante, esta coerência não é uma das características mais visíveis do Direito Penal brasileiro. Como afirma ANDRADE, “Minimalismo x maximalismo, penas alternativas, juizados especiais criminais, polícia comunitária x crimes hediondos, lei Maria da Penha, criminalização de gênero, ambiental, étnica, estatutos do idoso e adolescentes, estatuto do desarmamento, guerra e paz, convivem numa extraordinária cercania aos recônditos dos porões punitivos” (ANDRADE, 2009, p. 350).

todas as ciências e se fundamentam em fatos e premissas amplamente aceitos, a fim de possibilitar a produção do conhecimento.

Segundo MARÇAL (2007), os princípios têm um caráter de construção teórica e prática. Desta forma, o conteúdo teórico e prático se funde para a construção de um saber teórico pragmatista. Este saber se concretiza intersubjetivamente na construção firmada através de várias teorias, que se fundamentam em experiências humanas.

Entende-se por pensar teórico aquela faculdade de teorizar do agente racional discursivo, que, desenvolvendo uma prática, reflete sobre ela e constrói uma teoria, repensa sua prática, aprende e repensa a teoria e continua indefinidamente esse processo. Diz-se 'pragmática' aquela orientação ou interesse do agir teórico, enquanto um agir movido por e para fins, que informa tanto teoria como prática (MARÇAL, 2007, p. 33).

Os princípios teóricos (incluindo os penais) têm o objetivo de estabelecer parâmetros para a interpretação e aplicação do Direito, bem como para refletir, pensar e repensar as suas práticas. Neste sentido, a compreensão da função de cada princípio e dos seus usos é fundamental para estabelecer critérios para pensar e repensar a teoria e as práticas do Direito Penal.

O princípio da subsidiariedade penal, ora em questão, é tido como daqueles princípios gerais⁴⁹ do Direito Penal, abordados logo nas primeiras páginas de qualquer manual. Não obstante, a “verdade” enunciada no discurso teórico que sustenta o ato de fala daqueles que asseveram esta verdade se baseia em um plano argumentativo mais próximo dos dogmas da religião do que de enunciados científicos intersubjetivamente legitimados.

Dos autores que tratam do tema em matéria penal, por regra, não há preocupação em estudar os fundamentos do citado princípio, resumindo as obras a afirmá-lo, como se não houvesse qualquer elemento a ser discutido. Retoma-se aqui a questão relativa à verdade científica, que não admite este absolutismo inquestionado típico das verdades morais e religiosas.

A questão é saber qual é a dimensão pragmática deste princípio, enquanto elemento informador da conduta dos agentes do Direito, da crítica e autocrítica

⁴⁹ Esta designação “geral” é, conforme DIMOULIS (2006), incorreta, na medida em que para existir um geral deveria existir um especial, o que não acontece no caso. Não obstante, o objetivo desta designação é referenciar a posição adotada comumente pelos autores – conf. BITENCOURT (2003), GRECO¹ (2010) e GOMES (2002).

destas condutas, para pensar e repensar estas práticas. Assim, a relevância da matéria se dá a partir de uma perspectiva teórico-pragmática do citado princípio, posto que apenas “afirmá-lo”, sem uma dimensão de aplicabilidade, não tem qualquer valia para o Direito Penal. E sem a capacidade de ensinar o fazer e refazer, pensar e repensar, inclusive o pensar diferente, a ação dos agentes diretamente envolvidos com esta prática, será mais um enunciado retórico do que um princípio teórico.

MARÇAL (2007) afirma que os chamados princípios gerais de Direito eram tidos como verdades inquestionáveis, aforismos que circunscreveriam um determinado saber jurídico de modo completo. Desta forma, se tinha o princípio como síntese unívoca do que se deveria fazer. No entanto, afirma o autor, não é este exatamente o fundamento e conteúdo dos princípios, posto que não se deve analisar o conteúdo do princípio apenas abstratamente.

uma investigação epistemológica acerca da construção do conceito de princípio e de seus usos na ciência jurídica pode revelar não apenas uma grande variedade de significados associados a princípios, como também permitir explicitar a dimensão pragmática dos princípios, ainda pouco explorada no Direito. Frutos da atividade teórica do agente racional, os princípios, e não apenas no Direito, são ao mesmo tempo teóricos e práticos e, enquanto tais, não se excluem reciprocamente, na medida em que a faculdade teórica ou transcendental, que os constrói, é eminentemente pragmática (MARÇAL, 2007, p. 31).

Deste modo, é insuficiente, senão inútil, repetir o conceito de um princípio sem verificar epistemologicamente a construção deste conceito, tanto para construir continuada e intersubjetivamente seu conteúdo conceitual, quanto para dimensionar a aplicabilidade prática do mesmo. Do contrário, o princípio se torna dogma e uma “verdade” sem conexão com a realidade, funcionando como exercício retórico ineficaz para viabilizar uma aplicabilidade qualquer ao mesmo e, por consequência, sem serventia para a operacionalização do Direito.

Logo, a mera repetição em poucas linhas da existência do princípio da subsidiariedade penal não é suficiente para considerar tal princípio como existente, aplicável e efetivo como instrumento de verificação da legitimidade da norma penal. Tampouco estas afirmações são suficientes para trazer esta subsidiariedade afirmada para um plano do agir pragmatista, na medida em que o princípio será legitimado na dimensão do agir quando tiver uma conexão com a realidade (ciência) a que se pretende aplicar reconhecida pelos agentes envolvidos.

O princípio da subsidiariedade não é tratado pelos estudiosos do Direito Penal de forma a buscar sua origem etimológica, tampouco se preocupam os autores em buscar um significado histórico e conceitual que permita uma aplicação a partir de práticas racionais e intersubjetivamente construídas. A análise do princípio da subsidiariedade pelos teóricos do Direito Penal se resume a afirmar nos manuais que o Direito Penal só deve ser aplicado como última instância de intervenção estatal.

Não obstante a afirmação em questão, nada se diz sobre a dimensão pragmatista, no nível do agir racional, do referido princípio, de modo que a sua mera enunciação pouco diz sobre o que (e como!) fazer com ele. Não se verificou esforço algum para sustentar o que seria, no plano concreto, a subsidiariedade penal, de modo que impossível, a partir do discurso, sequer intuir quando algo será subsidiário ou não.

Além disso, em níveis extremos, a sustentação do argumento e, por consequência, a assimilação da informação é relativamente mais fácil do que em situações mais corriqueiras. Logo, afirmar que o Direito não tem outro meio de regular uma conduta como o homicídio não encontra muita resistência – na medida em que não há, efetivamente, reparação para tal ato.

Entretanto, no que interessa para a presente pesquisa, tal argumento é mitigado, posto que a irreparabilidade de determinadas condutas enquadradas como crimes econômicos é bastante questionável. Há dúvida, por exemplo, quanto a esta subsidiariedade em matéria econômica quando se pensa em delitos como os de gestão temerária (art. 4º, parágrafo único, da Lei nº 7.492/86) (BRASIL, 1986), sonegação fiscal sem redução de recolhimento (art. 2º da Lei nº 8.137/90) (BRASIL, 1990) ou publicidade abusiva (art. 67 da Lei nº 8.078/90) (BRASIL, 1990).

Considerando que BRANDOM (1983, p. 642) afirma que os argumentos inferenciais devem ser derivados de elementos concretos que os subsidiem, deve-se buscar estes dados inferenciais concretos para compreender o referido princípio. Segundo o autor, se a base de elementos concretos é equivocada, o conhecimento que dela deriva também será equivocado, como que em uma relação de causa e efeito.

Assim, a simples menção do princípio da subsidiariedade, sem qualquer fundamentação jurídica, filosófica ou de qualquer outra natureza, como se faz nos manuais, não é suficiente para convencer da existência e funcionalidade do

princípio. Considerando que na bibliografia sobre a matéria, no que tange ao princípio de subsidiariedade penal, foram encontradas poucas e esparsas obras que tratam especificamente da matéria, a análise do citado princípio terá por base os elementos apresentados por outros ramos do Direito para depois se buscar sua assimilação em matéria penal.

A subsidiariedade enquanto objeto de estudo do Direito é tratada de modo mais abrangente no Direito Administrativo, no que tange à atividade estatal, e no Direito Constitucional, no que tange às características da federação. Por este motivo, a análise do princípio da subsidiariedade a partir destas fontes tem validade apenas para esclarecer o conteúdo do referido princípio a partir de uma perspectiva setorial dentro do Direito e ou etimológica e epistemológica, mas sem qualquer pretensão de apresentar um conteúdo concreto servível para o Direito Penal.

Em uma perspectiva histórica, o primeiro elemento que se verifica da análise do princípio da subsidiariedade é o fato de que o referido princípio é oriundo da doutrina social da Igreja Católica. A primeira menção que os autores fazem à existência do referido princípio é a encíclica *Rerum Novarum*, que inaugurou a doutrina social da Igreja Católica. Após edição desta encíclica, seguiram-se outras, todas relativas à intervenção do Estado na esfera individual. Segundo DI PIETRO

Algumas ideias são inerentes ao princípio da subsidiariedade: de um lado, a de respeito aos direitos individuais, pelo reconhecimento de que a iniciativa privada, seja através dos indivíduos, seja através das associações, tem primazia sobre a iniciativa estatal; em consonância com essa ideia, o Estado deve abster-se de exercer atividades que o particular tem condições de exercer por sua própria iniciativa e com seus próprios recursos; em consequência, sob esse aspecto, o princípio implica uma limitação à intervenção estatal. De outro lado, o Estado deve fomentar, coordenar, fiscalizar a iniciativa privada, de tal modo a permitir aos particulares, sempre que possível, o sucesso na condução de seus empreendimentos. É uma terceira ideia ligada ao princípio da subsidiariedade seria a de parceria entre público e privado, também dentro do objetivo de subsidiar a iniciativa privada, quando ela seja deficiente (2011, p. 15-16).

A fundamentação se baseia na premissa de que esta encíclica foi publicada em 1891 e representou a participação da igreja nas reações contra os efeitos da revolução industrial (BEZERRA, 2011, p. 148). Não obstante, este discurso não foi

capaz de encobrir o fato de que a encíclica em questão tratava de reafirmar os valores liberais, porém com alguma mitigação⁵⁰.

Em 1931 foi editada a encíclica *Quadragesimo Anno* em homenagem à primeira e, seguindo os mesmos princípios, foi neste texto que foi utilizada, pela primeira vez, a expressão “princípio da subsidiariedade”. Segundo os autores, esta encíclica é a que apresenta de forma mais clara a posição da Igreja Católica em relação ao princípio da subsidiariedade.

O contexto histórico no qual foi escrita a *Quadragesimo Anno* explica por si só o teor da doutrina. Eram tempos convulsos. No período entreguerras, as lutas sociais, com o comunismo à espreita e os regimes totalitários ganhando adeptos, tomavam novo impulso com a grave crise econômica desencadeada pela queda da Bolsa de Nova York (1929). O pontificado de Pio XI ocorreu em uma época de crescente totalitarismo, com o aparelho do Estado tentando penetrar todos os espaços da sociedade. O que pretendia o Sumo Pontífice era exatamente contraarrestar esta tendência com o desenvolvimento de uma doutrina clara, contundente, combatente, que mostrasse sua preocupação com o excessivo controle estatal da sociedade (BEZERRA, 2011, p. 149).

E assim seguiram-se publicações de novas encíclicas no aniversário da *Rerum Novarum*. Em 1941 foi publicada a denominada Mensagem de Pentecostes; em 1961 foi publicada a *Mater et Magistra*; em 1971 foi publicada a carta apostólica *Octogesima Adveniens*; em 1981 foi publicada a encíclica *Laborem Exercens*; e em 1991 foi publicada a encíclica *Centesimus Annus*, esta destacando ainda mais a necessidade de abstenção do Estado na atividade econômica exercida pelos particulares. Todas elas, direta ou indiretamente, reafirmam a ideia de subsidiariedade antes sustentada.

A última vez que o tema foi abordado pela doutrina social da Igreja Católica foi através da encíclica *Caritas in Veritate*, publicada em 2009, logo após a última grande crise financeira que atingiu níveis internacionais. Nesta, os valores são reafirmados, porém agora com a perspectiva de interações e soluções globais, mas sempre reafirmando a subsidiariedade como instrumento de emancipação e liberdade.

⁵⁰ Fica evidente este fato quando se analisa trechos da referida encíclica que afirmam que a autoridade civil deve restringir-se a proteger a ordem pública e possibilitar a existência de leis e instituições que possibilitem naturalmente a prosperidade dos indivíduos e da nação. Assim também se verifica na ideia de que aos particulares e às famílias deve-se deixar “liberdade de ação”, de modo que caberia ao Estado cuidar da defesa da nação e de seus membros.

Já em uma perspectiva etimológica do referido princípio, há consenso entre os autores no que tange à origem da expressão, de modo que subsidiariedade derivaria da palavra latina *subsidium* (BEZERRA, 2011; BARACHO, 1996; TAVARES, 2011). A partir deste dado, os autores apresentam uma série de desdobramentos, de modo a afirmar que a referida palavra latina designa suporte, socorro, reserva (BEZERRA, 2011); supletivo, complementar (TAVARES, 2011, p. 276); e secundário (BARACHO, 1996, p. 23).

Para o Direito, o princípio da subsidiariedade, já tratado teoricamente, ganhou o primeiro respaldo jurídico-positivo quando da assinatura do tratado de fundação da União Europeia (Tratado de Maastricht), que estabeleceu expressamente a obediência ao referido princípio no que tange à intervenção nos diversos níveis estatais pertencentes à União Europeia (BARACHO, 1996).

A ideia, segundo Baracho (1996), aplicada ao princípio da subsidiariedade na União Europeia, é que deve-se privilegiar a atuação da entidade mais próxima ao cidadão do que a entidade mais distante. Assim, a atuação do Estado seria preferencial à atuação do ente comunitário. Da mesma forma, a atuação do ente local seria preferencial à ação do Estado.

Esta ideia foi incorporada ao Direito Constitucional interno para teorizar sobre a atuação das esferas de governo, de modo a acentuar a atuação das instâncias locais em detrimento das centrais. Desta forma, a União teria uma ação precipuamente indireta, o Estado Federado teria maiores atribuições, mas também em um nível mais secundário e o Município seria o ente federado com maior nível de atuação direta na vida do cidadão – posto que mais próximo.

Assim, a subsidiariedade seria tratada a partir da perspectiva do destinatário da ação estatal, de modo que quanto mais próximo ao destinatário, mais intensa deveria ser a atuação do ente. Na sua impossibilidade ou incapacidade, se transferiria a responsabilidade ao ente da federação imediatamente subsequente e assim por diante⁵¹.

⁵¹ Basta verificar o disposto no art. 24, § 1º da Constituição, que estabelece a competência da União para legislar sobre normas gerais, a serem complementadas pelos Estados, e ao Município a competência para legislar sobre assuntos de interesse local (BRASIL, 1988). Além disso, nos termos dos arts. 157 a 160 da Constituição, cabe à União realizar o repasse de valores da sua arrecadação diretamente aos Estados e Municípios. Em contrapartida, nos termos do art. 62 da Lei Complementar nº 101/00, os municípios não devem, por regra, repassar valores para os Estados e a União (BRASIL, 2000). Tais elementos evidenciam o posicionamento da União como ente central e controlador, mas sem atribuições executórias, delegadas aos entes mais próximos da ação estatal.

Esta perspectiva não se altera muito no que tange ao tratamento dado pelos autores de Direito Administrativo – até porque, por fim, tratam das competências da administração pública, que faz parte da estruturação da federação. Centralizando a análise nos atos administrativos, o princípio da subsidiariedade se materializa, na perspectiva de DI PIETRO, na ideia de “Estado Subsidiário” (2011, p. 15-23).

Este Estado Subsidiário é aquele que não atua em atividades econômica e socialmente relevantes senão quando necessário, ante a ausência ou incapacidade dos particulares. As atividades exercidas de modo desnecessário pelo Estado devem ser revertidas aos particulares, por meio de privatizações. Aqui a subsidiariedade já não é mais em relação aos entes da federação, mas entre Estado e sociedade civil.

A lógica é a de que cabe aos particulares exercerem atividades privadas para garantir a execução e o suprimento das demandas e necessidades sociais. Nesta ordem, o Estado atua apenas indiretamente, em nível normativo e regulamentar.

Caso o particular não seja capaz ou simplesmente não exerça atividade de interesse público, caberia ao Estado exercer aquela atividade, a fim de evitar a falta de suprimento de bens ou oferecimento de serviços. Nesta perspectiva, o Estado seria subsidiário porque a sua atuação seria suplementar e excepcional, posto que existente somente quando impossível a sua realização por um agente privado – e somente enquanto permanecer a referida situação.

Considerando os aspectos apresentados, é possível inferir conclusões preliminares. A primeira delas se refere ao fato de que o Direito ainda se vale de argumentos morais e religiosos para fundamentar as suas premissas, o que muito se afasta da ideia de conteúdo científico racional intersubjetiva e continuamente construído a partir das práticas dos agentes envolvidos na construção e aplicação do Direito.

Ao contrário, é evidente a relativa submissão⁵² aos elementos apresentados nas encíclicas, mesmo que estas sejam caracterizadas pela sua unilateralidade e ausência de discussão, visto que são editadas e publicadas pelo chefe da Igreja Católica.

Tal elemento fica ainda mais evidente quando se analisa o conteúdo das obras jurídicas que pretendem teorizar sobre a matéria, posto que os autores pouco

⁵² Submissão aqui no sentido de obediência à doutrina, aceitação do discurso “doutrinário” e impositivo, sem um grau relevante de questionamento quanto à validade.

se atêm à análise crítica do referido princípio e se resumem a repetir conteúdos que não necessariamente são coerentes com os princípios de um Estado Democrático de Direito. As definições apresentadas apresentam, inclusive, pouco conhecimento em relação à origem do referido princípio e às práticas que contribuíram para o pensar, repensar e instituir a subsidiariedade como princípio.

A segunda conclusão preliminar possível é a de que o princípio da subsidiariedade foi teorizado juridicamente como critério de estabelecimento de competências estatais – sejam estas em nível federativo, sejam em relação à atuação direta ou indireta em concorrência com o particular. Ou seja, o agir que permeou a teorização do princípio da subsidiariedade não teve e ainda não tem a pretensão de eliminar qualquer incidência de qualquer instância estatal, mas apenas de estabelecer quando incidirão.

Estabelecer “quando vai” não é estabelecer “se vai”, de modo que o discurso de existência do princípio da subsidiariedade como metódica de limitação ao poder punitivo estatal não condiz com a própria epistemologia do princípio⁵³. Ainda mais quando se pensa a realidade brasileira, permeada pelo discurso do emergencialismo penal, o que estabelece uma realidade em permanente estado de exceção autorizador de ações excepcionais – ou seja, Direito Penal.

Não obstante, tudo que até agora foi verificado não tinha a pretensão de dar um tratamento penal ao princípio em referência. Por consequência, resta evidenciar sob quais condições o princípio em questão foi “incorporado” ao Direito Penal. Para tanto, buscou-se em livros teóricos e práticos de Direito Penal, brasileiros e estrangeiros, a partir do sec. XIX, qual o tratamento teórico existente em matéria de contenção do poder punitivo estatal.

Tal pesquisa teve o objetivo de buscar em qual momento, expressa ou tacitamente, a subsidiariedade foi incorporada ao discurso penal e quais fundamentos e práticas fundamentaram esta incorporação. Constatado este momento e o modo de incorporação, será possível aferir até que ponto referido princípio foi incorporado com uma metódica teórica e pragmática ou como discurso retórico.

⁵³ Tal fato, per si, não seria um contrassenso, partindo-se da conclusão de que, pelo menos nos manuais de grande circulação não há qualquer menção à origem etimológica, muito menos qualquer abordagem epistemológica acerca da aplicabilidade do princípio da subsidiariedade em matéria penal.

A pesquisa não se ateve a nomenclaturas, de modo a promover uma pesquisa sobre capítulos de livros denominados “da subsidiariedade penal”. A proposta foi buscar nestas obras inaugurais do Direito Penal brasileiro – o primeiro Código Criminal data de 1830 – alguma menção a qualquer sistema de contenção do poder punitivo estatal, princípio de Direito Penal limitador da atividade legislativa penal, bem como qualquer outra referência neste sentido.

Daí que, em algum momento, pode parecer que a referenciação destoe do escopo apresentado. Entretanto, considerando a perspectiva de que o Direito se constrói a partir de práticas sociais, saberes e ações que são refletidas e alteram a realidade, bem como são alteradas por ela, deve-se permitir alguma abrangência para garantir a possibilidade de verificação da origem destas ideias.

Sob esta perspectiva, a análise da obra de ALVES JUNIOR (1864) chama a atenção, posto que nem apresenta uma “parte geral”, onde atualmente se trata da teoria do crime e da pena e de eventuais princípios norteadores da criação, interpretação e aplicação do Direito Penal. Nesta obra, não há qualquer destes elementos, mas, ao contrário, afirma o autor que abordagens muito teóricas “não são importantes” e sustenta a preferência por uma abordagem prática.

Em uma pequena introdução, não obstante, o autor afasta a eficácia da teoria da prevenção geral negativa e afirma que a causa do crime é “a falta de correcção da intelligencia e da moralidade do coração” (ALVES JUNIOR, 1864, p. 85). Afirma o autor que a prisão, por si só, é uma forma limitada de impedir o crime, posto que ou é temporária e, por consequência, eficaz apenas enquanto durarem seus efeitos, ou é perpétua e o Estado age contrariamente ao seu escopo e “perde” o cidadão ao invés de aproveitá-lo.

Para o autor as contenções físicas são ineficazes para impedir a criminalidade, posto que temporárias e pontuais, de modo que podem ser repetidas em outro momento ou de outro modo. Conclui que a única contenção física eficaz é a morte e, como esta não seria justificável pelos fins do Estado, restaria atuar no aspecto moral do criminoso, visto que “o veneno fica no coração, a perversidade no espírito, e a inclinação para o crime, embora de outra especie, em todo o seu vigor” (ALVES JUNIOR, 1864, p. 86).

Por consequência, o autor não apresenta qualquer menção à limitação ao Direito Penal, apenas sustenta que o Direito Penal (a pena) deve ter por objetivo corrigir moralmente o criminoso (ALVES JUNIOR, 1864, p. 86/88). Não obstante,

não apresenta como levar a efeito esta correção moral, na medida em que não acredita na pena privativa de liberdade como elemento conformador da correção.

CARRARA (1882), por sua vez, apesar de se propor a estabelecer “lineamentos para a prática legislativa penal”, centra a sua análise na estrutura objetiva da descrição típica e subjetiva da conduta do ofensor. Assim, a figura do legislador ainda é “louvada”, de modo que “o que” será crime ainda parte de uma liberdade do legislador e cabe à teoria estabelecer o “como” será crime.

ARAÚJO (1896-1897) apesar de apresentar a distinção hoje conhecida como “parte geral” (teoria do crime e da pena) e “parte especial” (crimes em espécie), não tem uma parte geral tal qual existe hoje. O autor pouco dedica da sua obra à análise da teoria do crime e da pena e não tem capítulo algum destinado a tratar de “princípios penais”.

O autor apresenta a ideia de bem jurídico não como limite à atividade punitiva estatal⁵⁴, mas como “interesses protegidos pelo direito”, interesses estes que podem ser tantos quantos sejam estabelecidos na lei. O autor desdenha da “parte geral”, reputando-a de menor valor frente à análise dos crimes em espécie, posto que esta análise “prática” é mais útil e mais importante (ARAÚJO, 1896-1897, p. X-XI).

Não obstante, o autor apresenta a ideia, sem nomeá-la, do que se entende hoje por subsidiariedade penal, na medida em que afirma serem as normas jurídicas o baluarte de proteção do Direito e a proteção das normas é a proteção do Direito. Seria o ordenamento jurídico, então, não apenas um estado de paz, mas um estado de guerra, para garantia da norma vigente que estabelece condutas positivas ou proibitivas. Neste passo, o ordenamento jurídico se subdividiria em três níveis.

Afim de poder preencher a sua missão, elle (o direito) tem a necessidade da força que subjugue a vontade individual recalcitrante. Esta força se manifesta, se realiza na autoridade do Estado. Trata-se, pois, aqui do constrangimento, que se manifesta sob três formas diferentes, a saber: a execução judiciaria, as perdas e danos e a punição do indocil, das quaes a ultima não acha a sua applicação sinão quando as duas primeiras não bastam para manter o direito (sic) (ARAÚJO, 1896-1897, p. XI).

Apesar de escrever contemporaneamente à *Rerum Novarum*, mesmo que sem qualquer referência a esta, o autor, mesmo que timidamente, já afirma algo que se aproxima do que se tem hoje por subsidiariedade penal. Não obstante, o autor

⁵⁴ Como é hodiernamente sustentado – conf. PRADO (2009) e ROXIN (2006).

não fundamenta a sua afirmação, de modo que não é possível estabelecer a origem e a validade do argumento utilizado.

Entretanto, não é absurdo concluir que a fonte para tal afirmação não é a encíclica, então recentemente publicada, até porque nela não se faz esta imediata referência, o que vem a ocorrer nas encíclicas posteriores. Ou seja, a fonte para esta afirmação que converge para a inferência relativa à “subsidiariedade” ainda não é clara.

LISZT (1899, p. 2), apesar de não fazer qualquer menção a princípios penais, afirma, na introdução da sua obra, que o Direito Penal é uma ciência eminentemente prática, existente para o bem da justiça criminal, de modo que deve ser sistemática, a fim de sujeitar o Direito Penal ao “império dos princípios”, única forma de evitar o arbítrio. Paradoxalmente (ou não), logo adiante o autor afirma que o Direito Penal não deve ultrapassar “os limites do direito vigente”.

Para o autor, a natureza, a origem, o fundamento e a finalidade do crime e do direito de punir pertencem à criminologia, de modo que cabe à criminologia apreciar o Direito vigente e questionar a possibilidade de vigência de outro. “Por isso mesmo os princípios directores da Política Criminal não podem, bem como a historia do direito penal, fazer objecto d’este tratado, mas, como a historia, devem ser reservadas para a introduccão (sic)(...)” (LISZT, 1899, p. 3).

CASTRO (1900, p. IV) critica o tratamento do Direito Penal em elementos, análises, subdivisões de tópicos e temas, segundo o qual a análise do crime foi convertida pela doutrina “em uma nova theologia”. Para o autor, esta segmentação apenas tem o condão de dificultar a caracterização do crime e, por consequência, manter impune o delinquente.

Desta forma, para o autor, o Direito Penal tem como “fundamento do direito de punir a defeza social e como criterio da punição a temibilidade do delinquente” (sic) (CASTRO, 1900, p. VII). Em outra obra, de mesma influência teórica, afirma o autor que a missão do legislador “é a defesa social, é garantir a vida humana. Elimina aquelles que a atacam, não tem que se preocupar de theorias philosophicas; basta como criterio da sua justiça a temibilidade do delinquente” (CASTRO, 1913, p. 37).

Para o autor, os degenerados e o criminoso nato – “descoberto” por Lombroso – são absolutamente carentes de senso moral, têm prazer em delinquir, são insensíveis ao sofrimento da vítima e não sentem remorso pelos seus atos.

Conforme se vê, não há um critério objetivo, tampouco viável para a análise que aqui se propõe, na medida em que o Direito Penal anunciado pelo autor é o Direito Penal da exclusão, sustentado – como cita diretamente – por Garofalo e seus seguidores.

Este Direito Penal está estritamente ligado ao delinquente (Direito Penal do autor)⁵⁵, ou seja, ao indivíduo que desvia da conduta estabelecida como “normal”. Este Direito Penal, considerando o contexto histórico em que inserido o autor, tem o objetivo de contenção de massas, de repressão da maioria pobre e completamente desguarnecida de qualquer benefício sócio-econômico, como posteriormente a criminologia crítica denunciou (BARATTA, 2002; WACQUANT, 2001).

Paradoxalmente (ou não), a premissa que permeia a análise da “nova” criminalidade econômica é exatamente a perspectiva do Direito Penal de autor, visto que o precursor na criminologia da delinquência econômica citado comumente pelos teóricos trabalha com a perspectiva da tipologia do autor do crime econômico e não do crime em si (SUTHERLAND, 2009⁵⁶). Desta forma, se por um lado o Direito Penal do delinquente e não do crime foi sustentado no final do sec. XVIII e início do sec. XIX, a mesma perspectiva teria sido retomada no sec. XX e início do sec. XXI⁵⁷.

FARIA (1913, p. 12-13) afirma, sem menção expressa à subsidiariedade, que o Estado tem o direito de punir e a pena é legítima pelo fato de que é necessária para a salvaguarda das leis – leis estas necessárias para a existência da sociedade. Para o autor, considerando que o Estado “é o orgam do direito e si a elle compete disciplinar os interesses individuaes em proveito da vida collectiva, quando não bastar para esse fim a sancção civil, é indispensável a sancção penal”.

VIANNA (1919, p. 45) não trata de princípios do Direito Penal. O termo “princípio” aparece uma única vez na obra em um capítulo denominado “Princípios fundamentaes do direito de punir segundo os systemas mais modernos” (sic). Como é conclusivo, pretende o autor embasar o amplo poder do Estado de punir e não propor qualquer espécie de limitação.

MOTTA FILHO (1928, p. 16) afirma que o Estado tem o dever de manter a “liga do primitivo edificio social”, constituído pelos princípios sagrados e religiosos que mantêm a agregação da vida coletiva. Para isso, cabe ao Estado organizar a

⁵⁵ Teoria segundo a qual o indivíduo deve ser julgado por “quem ele é” e não “pelo que fez”.

⁵⁶ Como será demonstrado adiante, esta não é exatamente a perspectiva apresentada pela obra, mas a perspectiva que os autores brasileiros apresentam da obra – conf. SILVEIRA (2006).

⁵⁷ A grande questão é verificar até que ponto o discurso desta época foi – e ainda é – efetivo e até que ponto o discurso deste “inimigo” atual é efetivo ou meramente retórico. Este tema será devidamente apresentado em capítulo próprio.

vida coletiva e determinar as condutas lícitas e ilícitas, estabelecendo a pena como a razão pública de garantia desta agregação.

Também sem mencionar a subsidiariedade, o autor afirma que o Direito Penal será o necessário para a garantia desta agregação. Assim, “o povo tem a lei penal que merece, isto é, aquella que o poder publico julga necessaria e que tem capacidade de applicar para manter e defender um dado aspecto social” (MOTTA FILHO, 1928, p. 18). Afirma ainda o autor que “o fundamento do direito de punir está em razão directa das classes dominantes e da vontade do principe” (p. 29)

SIQUEIRA (1921, p. 23) afirma que o crime é a “reação social contra acções anti-sociaes”. Entretanto, afirma o autor que o desenvolvimento das sociedades modernas impedem a vingança privada, como meio de auto conservação, de modo que cabe ao Estado reagir contra condutas anti-sociais.

Como critério de criação da lei penal, afirma o autor que

(...) o legislador não crêa o crime, declara como tal uma acção ou omissão que pela sua moralidade intrínseca e seus effeitos prejudiciaes á segurança publica e privada, e em certos casos por conveniencia utilitaria sómente, precisa ser reprimida pela pena. (...) qualquer acção ou omissão, por maior que seja o damno que della resulte, e maior a perversidade revelada pelo seu autor, não pode ser considerada crime e como tal punida [sem previsão legal] (SIQUEIRA, 1921, p. 35).

Como se vê, a constatação acerca da incidência da norma penal para o autor se dá mais em razão da vontade do legislador do que em relação à potencialidade de dano da conduta.

FERRI (1933) também não apresenta qualquer elemento que indique um fundamento epistemológico do princípio em questão. Apesar de o título da obra ser “princípios de direito penal”, sua leitura leva à conclusão de que a palavra princípios não foi empregada com o sentido que hoje se lhe dá. Ao contrário, e tal já é anunciado logo na introdução, pretendia o autor com o texto apresentar aspectos que julgava elementares e necessários – tanto em um aspecto teórico como prático – para se compreender o Direito Penal. Assim, em uma leitura atual, pode-se cogitar que a palavra “princípio” seria facilmente substituída por “introdução”. Portanto, na obra em questão, não há, apesar do nome, menção a qualquer princípio penal, tal qual são os propagados nas obras contemporâneas.

Da mesma forma, não se verificou qualquer referência à subsidiariedade ou a qualquer elemento assimilado nas obras de BELING (1944), MEZGER (1946-49),

BRUNO (1959) e TORRES (1973), de modo que estes autores não dedicam nem um capítulo das respectivas obras aos princípios do Direito Penal, como é comum verificar nos manuais atuais.

BRUNO (1959, p. 192) cita apenas o princípio da legalidade dos crimes e das penas – na verdade a regra de lei no tempo. Por sua vez, o princípio da subsidiariedade é apresentado como o que soluciona o conflito aparente de normas, segundo o qual a norma geral somente incide quando impossível a aplicação da norma especial (BRUNO, 1959, p. 262) – ou seja, sem qualquer relação com a subsidiariedade penal ora investigada.

FRAGOSO (1977) não trata diretamente do princípio da subsidiariedade, mas se manifesta explicitamente sobre a subsidiariedade do Direito Penal quando trata da questão relativa à autonomia do Direito Penal. Sobre esta autonomia, questionada por alguns autores, afirma que

O direito penal somente tem caráter sancionatório quando, sem estabelecer preceitos, fornece a sanção a preceitos extrapenais. Mesmo nos casos em que o direito penal tutela bens ou interesses que já são objeto de proteção jurídica através de outros ramos do direito, as disposições penais, os conceitos e as características estabelecidas pela norma penal são inteiramente independentes e formuladas segundo critérios próprios. Bastaria isto, para afirmar a inutilidade da teoria impugnada. O crime não é, pois, necessariamente, também ilícito extrapenal e ofensa a direito subjetivo público ou privado que deriva de norma extrapenal. Afirma-se, assim, o caráter normativo, autônomo e constitutivo do direito que nossa disciplina estuda (FRAGOSO, 1977, p. 57).

Ou seja, a ideia de aplicação do Direito Penal como razão última do Direito, condicionando a incidência à norma penal somente diante da insuficiência de uma norma não penal é expressamente rechaçada. O autor é claro ao afirmar que o fato criminoso não precisa constituir um ilícito extrapenal, o que contraria diretamente a orientação colocada de forma unânime atualmente.

Já na obra de HUNGRIA *et al.* (1978) não há qualquer menção a princípios penais. O único princípio tratado na obra é o princípio da reserva legal (HUNGRIA *et al.*, 1978, p. 10 e 26), mesmo assim não em análise própria, mas para configurar outros elementos do Direito Penal. Da mesma forma, não se verificou qualquer destes elementos nas obras de NORONHA (1984) e AMERICANO (1985).

COSTA JÚNIOR (1987 e 1992) também não dedica nenhum capítulo das suas obras aos princípios penais. O princípio da subsidiariedade não é tratado, não se encontrando sequer elemento similar para análise.

O autor trata apenas da reserva de legalidade, a enunciando como legalidade substancial, que tem o objetivo de garantir a defesa social contra condutas socialmente perigosas. Em complemento, enuncia a legalidade formal, que efetivamente “evita o arbítrio do Executivo e do Judiciário, assegurando a certeza do direito e a igualdade jurídica, possibilitando uma função garantidora do cidadão (COSTA JÚNIOR, 1992, p. 29).

JESCHECK (1993, p. 45-46) traz um pequeno capítulo denominado “el carácter fragmentario y accessório del Derecho Penal”. Em um parágrafo trata da denominada fragmentariedade do Direito Penal, assim como consta em qualquer manual contemporâneo. Em outros dois parágrafos, afirma a acessoriedade do Direito Penal mais com a preocupação de sustentar que “acessório” não significa “secundário” do que em expor uma fundamentação racional para a acessoriedade.

Desta forma, apesar de apresentar uma “característica” que em muito se assemelha à atual subsidiariedade, em momento algum o autor expõe as razões porque deve o Direito Penal ser subsidiário (ou acessório). Da mesma forma, em momento algum o autor expõe as consequências práticas desta acessoriedade, ou seja, a dimensão prática do elemento teorizado.

ANTOLISEI (1997) e VARGAS (1998) também não tratam do tema nas suas obras dedicadas à teoria do Direito Penal. VARGAS (1998, p. 24 e ss) aborda a ideia de “pena de prisão como *ultima ratio*”, sob a perspectiva da “*ultima ratio*” penal apenas sob o viés sancionatório e não propriamente de existência em si do Direito Penal, tanto que trabalha este tema quando trata das penas privativas de liberdade e não dos princípios penais. Assim, o autor não utiliza o referido “princípio”⁵⁸ para limitar a existência do Direito Penal, mas como mecanismo de contenção da aplicação da pena privativa de liberdade.

Ou seja, o autor não sustenta explicitamente uma limitação à existência do Direito Penal, mas uma limitação à sanção privativa de liberdade, como a ampliação das penas alternativas (restritivas de direito e pecuniárias). Logo, longe de sustentar um princípio apto a balizar a contenção do Direito Penal, até porque o próprio autor admite que se trata de tarefa de difícil execução (VARGAS, 1998, p. 25).

COSTA (1995) rechaça explicitamente o caráter subsidiário do Direito Penal, ao afirmar que o posicionamento que entende o Direito Penal como

⁵⁸ O autor não utiliza a expressão princípio para nominar o tema tratado.

(...) a *extrema ratio* que utiliza o Estado, após esgotados todos os meios e num plano lógico-sistemático; pode ser posterior às outras normas não-penais, no sentido de acrescentar, reforçar ou completar a tutela prestada por normas não-penais. Trata-se de uma ficção sem qualquer utilidade, visto que a norma penal estabelece a tutela de um determinado bem até o momento em que nasce outra norma extrapenal, pois o Direito Penal não atua como sancionador de hipóteses próprias. (...) Para nós, o Direito Penal é *autônomo* e *sancionador*, possuindo seus próprios preceitos e sanções, independentes de qualquer outro ramo do direito (COSTA, 1995, p. 12).

ROSA (1995) não tem capítulo dedicado aos princípios penais. O autor trata o princípio da subsidiariedade também exclusivamente como critério de solução do conflito aparente de leis (ROSA, 1995, p. 574). Conforme se vê, até meados da década de 1990 o referido princípio não só não tinha unanimidade entre os autores, como também não tinha a ampla aceitação afirmada contemporaneamente. A partir deste período histórico é que começam a aparecer obras que apresentam capítulos específicos para tratar dos princípios do Direito Penal e a tratar do princípio da subsidiariedade penal.

A primeira obra a tratar a matéria com especificidade é de LUISI (2003⁵⁹), quando traz uma série de textos autônomos, todos tratando sobre princípios jurídicos aplicados ao Direito Penal. Verifica-se aí uma coincidência com o movimento de constitucionalização do Direito, ocorrido no Brasil após a promulgação da Constituição de 1988. E um dos temas apresentados em sua obra é o princípio da intervenção mínima do Direito Penal, outra denominação para o princípio da subsidiariedade.

O autor apresenta este princípio como fonte de limitação do poder legislativo e toma como base a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, em seu art. 8º, para afirmar que a lei penal deve estabelecer penas “estrita e evidentemente necessárias”. A partir deste fundamento, o autor constrói o argumento de que o Direito Penal deve incidir somente quando fundamental, de modo que seria este o marco de surgimento da intervenção mínima, princípio que seria fundamental para a legitimidade da norma penal (LUISI, 2003, p. 38-39).

Em relação ao Direito brasileiro, afirma o autor que a Constituição de 1988 determina a inviolabilidade do direito à liberdade, vida, igualdade, segurança e

⁵⁹ A primeira edição da obra do autor data de 1991, ou seja, logo depois da promulgação da Constituição de 1988. Não obstante, foi adotada a segunda edição na presente pesquisa, de 2003, que teve como alteração o acréscimo de alguns pós escritos, mas sem alteração relevante de conteúdo em relação à primeira edição.

propriedade. Estas proibições levariam à conclusão de que a mitigação destes direitos (e a sanção penal tende, de alguma forma, a mitigar todos estes) deveria ser uma exceção (LUIZI, 2003, p. 40).

Não obstante, reconhece o autor que referido princípio não é observado na legislação brasileira, tendo em vista o número de crimes sem observância desta limitação. Para o autor, a solução é a transformação de ilícitos que não obedecem a esta regra de intervenção mínima em infrações administrativas, com ampla descriminalização de várias condutas que não ofereçam grave danosidade social (LUIZI, 2003, p. 43-45).

De acordo com BONAVIDES (2005), com a publicação da Constituição de 1988, a democratização permitiu uma interpretação constitucionalizada do Direito e, por consequência, o estudo do Direito Constitucional ganha uma relevância até então não verificada. Com este movimento, o estudo dos princípios constitucionais ganha relevância, principalmente após a viabilização – por este movimento – da apresentação de teorias principiológicas do Direito Constitucional no contexto jurídico brasileiro.

Assim, autores como PRADO e BITENCOURT (1995), BITENCOURT (1997), QUEIROZ (1998), PRADO (2000), GRECO (2003) e REALE JÚNIOR (2004) já apresentam em suas obras um tratamento principiológico do Direito Penal – normalmente com muita semelhança ao apresentado por LUIZI (2003), apesar de nem sempre com referência direta. Este tratamento é repetido nas obras posteriores desde então, apesar de a colocação do tema não apresentar os fundamentos contextuais de surgimento destes princípios. Ao contrário, limitam-se a afirmar o Direito Penal como “última instância” do Direito.

Este período de transição entre a desconsideração do princípio e a sua afirmação é caracterizado pela diferença entre os autores, principalmente em relação aos que teorizavam sobre o Direito desde antes da Constituição de 1988. TOLEDO (1994, p. 13-15), por exemplo, afirma que o Direito Penal tem um caráter limitado tendo em vista que todo o ordenamento tem o objetivo de proteger bens jurídicos, mas o Direito Penal somente deve incidir quando insuficiente ou falha a proteção por outros ramos do Direito. Assim, o Direito Penal seria limitado à proteção de bens jurídicos e somente em relação às lesões mais graves.

O autor nega que esta limitação retire a autonomia do Direito Penal, na medida em que existe para tornar a norma penal harmônica e fragmentária no

ordenamento, de modo que o crime seja considerado uma lesão em todo o ordenamento. Afirmo o autor, não obstante, que a construção da norma penal é permeada pela autonomia do Direito Penal em relação aos demais ramos do Direito, inclusive com a possibilidade de haver, excepcionalmente, uma sanção penal antecipada e sem uma sanção civil equivalente.

Por sua vez, LOPES (2005) não apresenta qualquer capítulo relativo aos princípios penais e apresenta o princípio da subsidiariedade somente como elemento de solução do conflito aparente de normas entre norma subsidiária e norma especial (LOPES, 2005, p. 102-103). Da mesma forma, houve autores que “adequaram” as suas obras, apontando os princípios penais, dentre eles o da subsidiariedade, antes não mencionadas.

JESUS (2003) traz um capítulo relativo aos princípios do Direito Penal, assim como a totalidade dos livros contemporâneos, fato que até a edição de 1998 não se verificava na obra, posto que introduzido somente na edição de 1999. Considerando a menção a cada princípio de cerca de um parágrafo desde a edição de 1999, pode-se inferir que se trata de mero enquadramento da obra atualizada aos padrões do mercado editorial atual.

Quanto à subsidiariedade, a integralidade do que o autor diz sobre o tema se resume à seguinte afirmação:

procurando restringir ou impedir o arbítrio do legislador, no sentido de evitar a definição desnecessária de crimes e a imposição de penas injustas, desumanas ou cruéis, a criação de tipos delituosos deve obedecer à imprescindibilidade, só devendo intervir o Estado, por intermédio do Direito Penal, quando outros ramos do Direito não conseguirem prevenir a conduta ilícita (JESUS, 2003, p. 10).

Da mesma forma, MIRABETE (1985) na primeira edição e pelo menos até a 13ª edição da sua obra sequer contemplava qualquer princípio penal. Na 15ª edição (1999) apresenta um capítulo sobre o princípio da legalidade e outros princípios dela decorrentes (MIRABETE, 1999, p. 55-57). Após tratar da legalidade penal, o autor afirma que a “doutrina” vem reconhecendo vários princípios penais, dentre eles o princípio da intervenção mínima, como parte da conformação de um Direito Penal de caráter democrático. Entretanto, o autor não fundamenta nenhum destes princípios.

Pontualmente, quanto a esta conexão entre Direito Penal e princípios penais advinda desta leitura constitucional, verifica-se uma postura mais crítica dos autores

mais contemporâneos, como o posicionamento de REALE JÚNIOR, quando afirma que

a opção de se valer o legislador do Direito Penal, por seu aspecto simbólico, não se justifica nem mesmo na proteção de valores de patamar constitucional, não se legitimando muito menos seja o instrumento preferencial para a imposição de interesses de menor relevo, como sucede hodiernamente com a denominada 'administrativização do Direito Penal', ou com a expansão exagerada para figuras de perigo abstrato e de formas culposas, às vezes sem resultado material significativo, com o recurso a elementos normativos com referências a outras leis, em avalanche de incriminações, própria de uma ilusão penal (REALE JÚNIOR, 2004, p. 26).

Para o autor, “o direito penal está limitado negativamente pela constituição”, mas rechaça a ideia de busca nas Constituições de bens jurídicos penais mais importantes para serem protegidos em “última instância” pelo Direito Penal. Segundo o autor, o fato de que as Constituições contemporâneas (incluindo aí a constituição brasileira de 1988) têm textos extensos e este raciocínio jurídico penal leva à uma expansão do Direito Penal e não a uma retração do mesmo, de modo que se estaria negando a subsidiariedade penal ao invés de afirmá-la (REALE JÚNIOR, 2004, p. 27-28).

Da mesma forma, QUEIROZ (1998), em um dos poucos trabalhos dedicados exclusivamente ao tema, apresenta dois fundamentos para a subsidiariedade penal. O primeiro seria a subsidiariedade lógica, que se refere ao fato de que o Direito Penal é a mais drástica intervenção estatal, de modo que não haveria coerência em utilizar a solução mais drástica como a primeira opção. Assim, o Direito Penal não cria o ilícito, mas apenas sanciona de forma mais grave quando o bem é atingido de forma intolerável, ou seja, o Direito Penal não pode sancionar o que ainda não foi constituído como ilícito jurídico (o ilícito não é contrário ao Direito Penal, mas contrário ao direito), incidindo somente sobre as lesões intoleráveis e mais graves (QUEIROZ, 1998, p. 67-76).

O segundo fundamento se dá em relação ao que denomina de subsidiariedade política e social (QUEIROZ, 1998, p. 76-85). Para o autor, o Direito Penal é uma das forças que constituem um amplo sistema de controle social. Sendo o mais grave controle social, dentre os vários controles institucionalizados existentes, o sistema penal deve possuir uma relevância secundária. Ou seja, o controle penal deve incidir após e secundariamente a outros controles informais, como os morais, sociais, familiares, religiosos, etc.

Tais controles, segundo o autor, têm um caráter de repressão ampliada e são elementos relevantes para a imposição de um padrão de conduta. Assim, o Direito Penal só seria legítimo se incidente em situações de conflito que estes sistemas de controle social informal fossem incapazes de compor tais conflitos. No caso de um conflito, o correto seria a busca de todos os outros mecanismos de controle sociais – institucionalizados ou não – antes de se valer da sanção penal como solução.

a fácil – e enganosa – solução de editar leis penais ou de se lhes aumentar o rigor, especialmente num quadro agudo de profundas desigualdades sociais, há de preferir e prestigiar, antes, o homem, o trabalho, a educação, a assistência social, a assistência à família, etc., criando as condições mínimas (materiais, inclusive), para evitar a desintegração da família e a marginalização do homem, e para cuja solução o sistema penal, chamado a intervir, acaba, contrariamente, não raras vezes por os agravar e recrudesce (QUEIROZ, 1998, p. 82).

Neste contexto, o tratamento da subsidiariedade é incorporado ao Direito Penal como princípio, de modo que os autores passam a tratá-lo como fundamento elementar desta estrutura principiológica que normatiza o Direito Penal. Sobre a subsidiariedade, NUCCI (2012), em obra recente específica sobre os princípios penais, afirma que o Estado deve intervir para garantir a liberdade individual, considerada “bem supremo”, o que preservaria a dignidade humana.

Afirma o autor que, no entanto, esta intervenção deve ser mínima, tendo em vista que o Direito Penal trata com a esfera máxima de poder do Estado, o que viabiliza as sanções coercitivas mais severas. Para o autor, permitir a incidência do Direito Penal como primeira opção, a força estatal seria “vulgarizada”, o que implicaria o “império da brutalidade” em detrimento do Estado de Direito.

Por este motivo, o autor estabelece como necessária a incidência de uma norma não penal antes da norma penal, de modo que o Direito Penal não possui a autonomia que os autores clássicos afirmavam. Segundo o autor,

As infrações às normas postas merecem ser coibidas por inúmeros instrumentos jurídicos extrapenais, antes que se possa lançar mão da *ultima ratio* (última hipótese), identificada no Direito Penal. O eficiente equilíbrio entre *liberdade* e *punição penal*, modelado pela razoabilidade e proporcionalidade, constitui o demonstrativo eficaz de que se cultua e respeita o Estado Democrático de Direito, nos parâmetros delineados pelo art. 1º da Constituição Federal. Por tal motivo, pode-se sustentar possuir o Direito Penal o caráter subsidiário em relação aos demais ramos do ordenamento jurídico. (...) Esgotadas as medidas punitivas extrapenais, permanecendo a reiteração do ato lesivo, capaz de gerar rupturas indesejáveis na paz social, lança-se mão do tipo penal incriminador, viabilizando-se a intervenção penal estatal (NUCCI, 2012, p. 191).

Segundo o autor, trata de princípio orientado para o legislador, embora este, por vezes, não obedeça a este parâmetro de constituição da norma penal. Não obstante, afirma que a inobservância deste princípio pelo legislador é retificada pelo poder judiciário no julgamento dos casos concretos.

Muito embora o Poder Legislativo ainda não tenha despertado, na medida almejada, para o princípio penal da intervenção mínima, o Poder Judiciário tem dado mostrar (sic) de avanço e modernidade, cultuando o referido princípio e fazendo-o valer na prática (NUCCI, 2012, p. 192).

Com base nestes posicionamentos, atualmente não se questiona o fato de que o Direito Penal é subsidiário, aplicável somente quando da insuficiência dos demais ramos do ordenamento. A aceitabilidade irrestrita da existência deste princípio penal é evidenciada em trabalhos recentemente publicados, seja para fundamentar a “expansão do direito penal” (MACÊDO, 2013), seja para limitar a incidência de novas normas penais (COELHO, 2012), em relação aos critérios de adequação da incidência da norma (CARUNCHO, 2011) ou até para informar uma crise do referido princípio (ARRUDA, 2008⁶⁰).

Conforme se verifica, a construção dos princípios penais e, neles inseridos, o princípio da subsidiariedade penal, não advém de um trabalho de construção conceitual estabelecido e discutido pelos agentes envolvidos com a teoria do Direito Penal, seja no seu aspecto teórico ou na sua operacionalização. Na realidade, o indício mais concreto leva a concluir que o princípio da subsidiariedade foi teorizado para o Direito Penal a partir do movimento de constitucionalização do Direito verificado no Brasil a partir de 1988.

Tal fato explica, com alguma clareza, a ideia de subsidiariedade. Isto porque o Direito Constitucional, muito próximo ao Direito Internacional, tratou de trazer a subsidiariedade estatal ao tratar das relações internacionais (principalmente após o Tratado de Maastricht) e do federalismo ao tratar das relações entre as instâncias estatais em relação com o cidadão. Partindo do raciocínio de que o Direito Penal é o instrumento de violência institucionalizada do Estado (intervenção mais severa do

⁶⁰ A proposta de ARRUDA (2008) no sentido de que o princípio da subsidiariedade estaria em crise é sintomática para demonstrar como os teóricos partem do pressuposto de que se trata de um princípio há muito consolidado em matéria penal.

Estado), concluir que esta intervenção deve ser subsidiária assim como o federalismo estatal seria uma consequência lógica.

Entretanto, esta constituição principiológica se deu em nível muito apartado do ambiente onde os conceitos e valores aplicáveis ao sistema são aplicados, de modo que a sua construção materialmente inferencial é bastante questionável. Não se trata de afirmar que a subsidiariedade do Direito Penal seja um engano ou deva ser desconsiderada, mas se trata de constatar que a subsidiariedade não estabelece a normatividade e, por isso, não influencia a operacionalidade do Direito Penal.

Mostra disso é que desde a incorporação do princípio da subsidiariedade ao discurso penal foram editadas leis como a Lei nº 8.137/90 que qualifica como criminosa a conduta de deixar de recolher aos cofres públicos, no prazo legal, o valor de um tributo devido (art. 2º, II) (BRASIL, 1990). Referida conduta nada mais é que a mesma conduta que enseja a cobrança do valor não recolhido em ação de execução fiscal (Lei 6.830/80) (BRASIL, 1980).

Também é o que se verifica na criminalização da utilização de gás liquefeito em motores, saunas, caldeiras e aquecimento de piscinas, conforme estabelece o art. 1º, II da Lei nº 8.176/91 sem se estabelecer qualquer sanção civil para a mesma conduta (BRASIL, 1991). Não se verifica subsidiariedade alguma no tipo previsto no art. 7º da Lei nº 9.112/95, que trata da exportação de bens sensíveis e dos serviços a ele vinculados, quando estabelece que “as pessoas físicas que, direta ou indiretamente, por ação ou omissão, concorrerem para o descumprimento desta Lei, incorrerão em crime” (BRASIL, 1995).

Da mesma forma, o Direito Penal não foi considerado subsidiário na Lei nº 9.434/97. No art. 11, a Lei estabelece as regras para a publicidade referente aos estabelecimentos autorizados a executar transplantes e enxertos, doação de órgãos e tecidos e financiamento para transplante ou enxerto. Por sua vez, no art. 20, estabelece um tipo penal que criminaliza a violação a estas regras (BRASIL, 1997).

Igualmente não há diferença entre as condutas que qualificam a infração de entregar direção de veículo automotor a pessoa inabilitada pela Lei nº 9.503/97, tendo em vista que o mesmo fato implica a sanção administrativa (art. 163) e a sanção penal (art. 310) (BRASIL, 1990). Também é o que se verifica, somente a título de amostra, na relação direta entre previsão civil e sanção penal pelo descumprimento nos arts. 1º e 2º da Lei nº 10.300/01 (BRASIL, 2001); arts. 74, V, “a”, “b” e “c”, 89, 100 e 109 da Lei 10.741/03 (BRASIL, 2003); arts. 158 do Código

Civil (BRASIL, 2002) e art. 168 da Lei nº 11.101/05 (BRASIL, 2005); art. 36 da Lei nº 12.529/11 (BRASIL, 2011) e art. 4º da Lei nº 8.137/90 com a redação que lhe deu a Lei nº 12.529/11 (BRASIL, 1990).

Ou seja, a noção de aplicação do Direito Penal como última razão de agir do Estado não é considerada como conteúdo normativo programático que determina a operacionalização pragmatista do sistema de justiça criminal. Portanto, o conceito pragmatista de princípio não pode ser aplicado à subsidiariedade, tendo em vista que não se trata de elemento imprescindível, materialmente inferencial do seu conteúdo, e tampouco considerado como tal pelos agentes envolvidos na teorização e operacionalização do sistema. Resta analisar, portanto, os elementos inferenciais do último elemento legitimador do Direito Penal (Econômico) – o bem jurídico.

3.3 O bem jurídico

O Direito, teoricamente, tem por fundamento precípua assegurar valores considerados relevantes por determinada comunidade em dado contexto e, com isso, ensejar segurança às relações de caráter público e privado. Daí que a ideia de valor para o Direito não é recente, tampouco exclusiva do Direito Penal, mas, ao contrário, apropriada por este depois de já utilizada na teorização de outras matérias do Direito (VARGAS, 2000, p. 30).

O discurso teórico acerca do bem jurídico penal se deu a partir do Iluminismo, quando o Estado começava a ser anunciado como laico, afastado dos dogmas religiosos. Desta forma, o crime não poderia ser concebido estritamente como um pecado, de modo que era necessária uma conexão laica entre a conduta criminosa e a reprimenda.

Com o surgimento do sujeito e o discurso dos direitos individuais, não demorou para que a conduta criminosa fosse identificada e classificada como lesão a um direito subjetivo. Assim, a relação deixava de ser de pecado para ser de dano a outrem, a um direito subjetivo sustentado por um terceiro.

O abandono da visão teocêntrica torna possível a diferenciação entre crime e pecado, “Direito e Moral” e “Direito e Religião”. A obra de BECCARIA (1997) é um dos primeiros marcos deste movimento, na medida em que trata o crime não como pecado, mas como quebra do pacto social firmado – o que reforça as teorias contratualistas muito difundidas naquele contexto histórico.

Para o Direito Penal, a ideia de bem jurídico foi introduzida a partir da obra de Feuerbach, publicada em 1801, e Birnbaum foi o responsável pela tentativa mais reconhecida de concretizar o entendimento acerca do bem jurídico (BECHARA, 2009, p. 17-18 e OLIVEIRA, 2010, p. 19-25).

A proposta de Birnbaum era estabelecer uma “base material” ao conceito de crime com a intenção expressa de limitar o legislador penal. O bem jurídico seria configurado a partir de elementos fora do Direito, existentes no contexto social, que o legislador deve apenas reconhecer.

A partir daí, a noção de bem jurídico, mesmo que entre concepções variadas, sempre esteve caracterizada pelo discurso penal. Ou seja, diversamente da subsidiariedade, a noção de bem jurídico é bem mais antiga no discurso jurídico penal.

No Brasil, a situação não é diversa, tendo em vista que a análise de obras editadas desde a metade do século passado é possível constatar um volume considerável de obras que apresentam a noção de que o Direito Penal tem o objetivo de proteger bens jurídicos. A questão que deve ser apontada então é em relação à construção do conceito de bem jurídico, às suas funções e à sua importância para a operacionalidade do sistema.

Para BRUNO (1959, p. 11) o ilícito jurídico-penal é a infração às mais fundamentais leis da convivência social, cabendo ao Estado combatê-las com a mais severa sanção, para as prevenir e reprimir, por necessidade de defesa social. O fim do Direito Penal é, então,

a defesa da sociedade, pela proteção de bens jurídicos fundamentais, como a vida humana, a integridade corporal do homem, a honra, o patrimônio, a segurança da família, etc., entendendo-se por bem jurídico, conforme o conceito de Von Liszt, tudo o que pode satisfazer uma necessidade humana e, nesse sentido, é tutelado pelo direito. São interesses fundamentais do indivíduo ou da sociedade, que, pelo seu valor social, a consciência comum do grupo ou das camadas sociais nêle dominantes elevam à categoria de bens jurídicos, julgando-os merecedores da tutela do direito, ou, em particular, da tutela mais severa do direito penal (BRUNO, 1959, p. 14-16).

Não obstante, não havia consenso em relação à noção de bem jurídico como elemento fundamental do Direito Penal. FRAGOSO (1977, p. 38-39) criticava a noção de bem jurídico, com base na ideia de que se trata de algo “vago, impreciso, não passando de um esquema conceitual sem conteúdo”. Afirma o autor que, desde

a Escola de Kiel⁶¹, a noção de bem jurídico já havia sido contestada e que o conceito de bem jurídico não se aplicaria a todo o Direito Penal, mas apenas em uma parcela relativa aos crimes materiais.

Afirma que na Alemanha, desde a Escola de Kiel, já havia teorias que mitigam a relevância do bem jurídico, permitindo a figura dos tipos relativos às infrações de dever. Assim, punível é a realização de uma ação proibida e não a lesão de determinado bem, de modo que o bem jurídico seria um índice de anti-sociabilidade da conduta, mas não fundamental para a sua configuração (FRAGOSO, 1977, p. 41-44).

Entretanto, o posicionamento de FRAGOSO (1977) não teve projeção e a noção de bem jurídico se manteve consolidada na teoria do Direito Penal. Tanto que a instituição no Brasil de um Estado Democrático de Direito em 1988 não alterou a compreensão acerca da noção de bem jurídico, de modo que os autores continuaram a tratar a noção de bem jurídico como os autores clássicos.

É o que se verifica em COSTA (1995), quando afirma que o Direito Penal tem o objetivo de proteger os bens jurídicos, sendo que,

no âmbito da totalidade do direito, corresponde ao Direito Penal a missão especial de proteger os valores morais mais elevados num ângulo social. (...) Tais bens eminentemente pessoais necessitam de uma proteção especial, visto que a compensação do dano de pouco ou nada vale. (...) A missão mais profunda do Direito Penal diz ser de natureza ético-social e de caráter político (COSTA, 1995, p. 13).

ROSA (1995) afirma, citando Binding, que há normas de conduta em diversos setores da sociedade – religião, comércio, sociedade, política, família e etc – e os homens regulam a sua conduta com base nas regras de conduta destes setores. Aquele que não regula a sua conduta desta forma é excluído daquele meio social. O Estado, por sua vez, seleciona nestes setores e de acordo com as suas normas, os bens que serão objeto de tutela pelo Direito Penal.

A seleção desses bens jurídicos é matéria que, pode-se dizer, sai da área do direito penal e entra na esfera da filosofia do Direito, da política e, por via

⁶¹ A Escola de Kiel é conhecida por ser a escola de Direito que teorizou acerca do Direito Penal nazista. O autor não explicita o seu posicionamento em relação a este elemento, de modo que não fica claro se tem efetivo conhecimento deste fato, tampouco se concorda ou não ou se entende que interfere para a crítica ao bem jurídico ou não. Posteriormente, é exatamente a crítica ao bem jurídico da Escola de Kiel que fundamentará o posicionamento teórico de alguns autores em defesa da noção de bem jurídico penal – conf. PRADO (2009).

de consequência, do próprio Direito Constitucional. (...) A questão que se refere a saber que classe de interesses reclama uma proteção penal, não pode ser respondida por uma fórmula geral. Isso só pode ser definido a partir do estado de cultura de um determinado povo e de uma determinada época (ROSA, 1995, p. 198-199).

TOLEDO (1994) afirma que todo o ordenamento tem o objetivo de proteger bens, materiais ou imateriais, caracterizados pela sua utilidade, necessidade e valor. Esta valoração advém de um consenso ético social que expressa uma “situação social valiosa” e, por isso, desejada. Assim, “bens jurídicos são valores ético-sociais que o direito seleciona, com o objetivo de assegurar a paz social, e coloca sob sua proteção para que não sejam expostos a perigo de ataque ou a lesões efetivas” (TOLEDO, 1994, p. 16)

Sobre o bem jurídico, JESUS (2003, p. 179) afirma que “é o bem ou interesse que a norma penal tutela. É o bem jurídico, que se constitui em tudo o que é capaz de satisfazer as necessidades do homem, como a vida, a integridade física, a honra, o patrimônio, etc.” Conforme se verifica, a concepção de bem jurídico, apesar de não conter maiores divergências teóricas, realmente tinha por característica o elemento apontado na crítica de FRAGOSO (1977), tendo em vista que seu conceito é apresentado como algo abstrato, sem um parâmetro de verificação.

Com a democratização dos estados europeus, a concepção de bem jurídico foi, assim como diversas matérias do Direito, submetida a uma releitura a partir de uma perspectiva constitucional. A teoria de maior expressão na teoria do Direito Penal no Brasil foi apresentada por ROXIN (1997 e 2006⁶²), que conecta a idéia de tipo penal com a de proteção e projeção constitucional de bens jurídicos.

Assim, de acordo com esta teoria, o objeto de tutela do Direito Penal, expresso no tipo penal incriminador, são exclusivamente os bens jurídicos, que, por sua vez, são definidos e estabelecidos pela Constituição. Desta forma, ROXIN (2006) desconecta a idéia de bem jurídico de aspectos formais, estabelecidos pela norma penal, para salientar o aspecto material do bem jurídico, que é o valor jurídico protegido pela norma constitucional.⁶³

⁶² A concepção da teoria se deu muito antes na Alemanha, mas chegou ao Brasil em 1997 pela tradução para o espanhol do Tratado de Direito Penal e em 2006 pela tradução para o português de duas conferências realizadas na Colômbia em 2004.

⁶³ Daí se tem que o conceito material de crime, ou seja, a ofensa efetiva ou a ameaça concreta de lesão ao bem jurídico protegido pela norma penal, sem a qual não existe ilícito penal.

No Brasil, a tese foi acrescentada ao discurso jurídico principalmente através da obra de LUISI (2003⁶⁴). O autor afirma que desde a concepção das ideias iluministas transcritas na Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 busca-se limitar a atividade legislativa penal. Apesar das várias teorias sobre o objeto de proteção da norma penal, somente com a necessidade de reformulação da legislação penal no pós Segunda Guerra Mundial que os estudos em torno do bem jurídico tornaram a ser objeto de interesse.

O autor lista as várias concepções de bem jurídico teoricamente apresentadas e afirma que todas elas tratam o bem jurídico de forma abstrata, sem informar “quais as unidades sociais de função ou quais das disfunções afetam a conservação do sistema, e o *quantum* de nocividade social das mesmas” (LUISI, 2003, p. 171). Complementa o autor que o bem jurídico foi reduzido a uma categoria formal para tutelar bens sob uma ótica meramente ideológica de modo que, por isso, não exerce a sua “função limitadora da criminalização para tornar-se tudo o que o legislador pretende tutelar” (LUISI, 2003, p. 172).

A solução para esta problemática, segundo o autor, é a constitucionalização do bem jurídico, de modo que os bens jurídicos tutelados pelo Direito Penal deveriam ser buscados no texto constitucional. Assim, dada a relevância da Constituição, haveria um critério objetivo de seletividade da norma penal, de modo a alcançar somente os bens de relevância constitucional, garantidamente os mais importantes para a sociedade.

Mesmo em relação aos bens previstos na Constituição, entende o autor que deve haver uma seletividade dentre estes, de modo que não está o legislador autorizado a criminalizar todas as condutas lesivas a bens previstos na Constituição. Para o autor, são penalmente tuteláveis os bens constitucionais primários, indispensáveis à existência social e aqueles que, violados, afetam a estrutura jurídica constituída pelo “perfil ideológico” da Constituição (LUISI, 2003, p. 175).

GOMES (2002, p. 108-112) parte da mesma premissa teórica e chega à mesma conclusão relativa à necessidade de especificação do bem jurídico como elemento fundamental para garantir um Direito Penal democrático. Entretanto, ao contrário de colocar esta responsabilidade exclusivamente para o legislador penal, o

⁶⁴ Também aqui deve-se considerar que a primeira edição data de 1991 e a referência utilizada para a presente pesquisa é a segunda edição, de 2003. LUISI (2003) se vale diversas vezes de citações diretas de autores alemães, de modo que o autor teve acesso e utilizou destas teorias, independente de tradução.

autor estabelece que é na descoberta das interações sociais conflitivas que se encontram os bens jurídicos dignos de tutela.

Assim, haveria uma espécie de escalonamento, na medida em que a decisão é do legislador, mas deve passar, necessariamente, por uma investigação empírica, acerca das relações sociais conflitivas. Verificadas estas relações, o dano daí decorrente será valorado, de modo a classificá-lo como bem jurídico penal ou não. Ou seja, segundo o autor, o legislador penal (assim como no Direito em geral) “descobre” os bens jurídicos e os normatiza, a fim de dar-lhes proteção.

O objeto de proteção, em resumo, tem origem social, não é uma decisão exclusiva do legislador, se bem que, devido ao princípio da legalidade, a ele cabe a tipificação da conduta (é dizer, da relação social). Bem jurídico, assim, não é nada mais que expressão normativa de uma relação social conflitiva. É uma realidade ontológica preexistente (GOMES, 2002, p. 115).

Este posicionamento teórico relativo à conexão entre bem jurídico penal e constituição é largamente adotado no Brasil, conforme se verifica em PRADO (2009), GRECO¹ (2010) e BITENCOURT (2003). Vale ressaltar a posição contrária de REALE JÚNIOR (2004, p. 27-28) no sentido de que a proximidade das constituições contemporâneas enseja mais a expansão do que a limitação do Direito Penal.

Especificamente sobre os crimes econômicos, a noção de bem jurídico não se altera. A diferença no discurso se dá a partir da ideia de que o conceito de bem jurídico individual foi alterado, de modo que os bens jurídicos penal-econômicos são os denominados bens jurídicos metaindividuais – difusos e coletivos. Exatamente por esta característica (metaindividualidade do bem) que se sustenta a alteração e mitigação da subsidiariedade penal – conforme verificado no item anterior.

Assim, os bens jurídicos metaindividuais devem ser tutelados pelo Direito Penal tendo em vista que são considerados fundamentais para a existência humana e irreparáveis as lesões sofridas. A criminalidade econômica surge como uma nova dimensão do Direito Penal, com a necessidade, por contingências externas, de delimitação de novos bens jurídico-penais até então não tutelados. É o que se verifica em DIAS (2001), KIST (2003), COELHO (2003), PEREIRA (2004), GARCIA (2005), SILVA (2006), SILVEIRA (2006), BOTTINI (2007), ARANA (2007), RODRÍGUEZ (2008), D'AVILA (2009), SOUSA (2010), SANTOS (2011), RAPOSO

(2011), WOHLERS (2011), KINDHÄUSER e CAMARGO (2012) e RODRIGUES (2012).

Para estes autores, até então o bem jurídico teria sido concebido com uma função negativa. Esta função negativa era a de impedir o legislador penal de criminalizar condutas que não ferissem um bem jurídico, como as condutas meramente imorais ou indiferentes.

Como visto, esta função negativa do bem jurídico foi reafirmada por toda a teoria do Direito Penal até a segunda metade do sec. XX e ainda é a mais influente e considerada. Assim, qualquer manual de grande circulação enfrentará a questão sob o argumento de que o bem jurídico tem o objetivo de garantir que o Direito Penal tenha incidência somente sobre as condutas que lesionem ou levem perigo concreto de lesão a um bem jurídico de “dignidade penal”⁶⁵.

Ou seja, o bem jurídico é considerado como o bem mais importante e vital para a existência em sociedade e constitui o limite do legislador penal. Daí dizer que o bem jurídico tem uma função negativa⁶⁶.

No entanto, a partir da lógica de “evolução” do Direito Penal e da ideia de risco que foi trazida para o Direito Penal, conforme visto no capítulo 3.1, o bem jurídico foi repensado para ser anunciado com uma função positiva (SILVEIRA, 2006, p. 29-30). Esta é uma das vertentes da denominada “modernização do direito penal”, do bem jurídico e das suas funções, consistente em uma tentativa de alocar o Direito Penal na inclusão dos direitos contemporaneamente reconhecidos nos ordenamentos ocidentais (GRECO², 2010).

A lógica é fazer com que o Direito Penal acompanhe as propostas constitucionais contemporâneas relativas aos direitos difusos e novos direitos fundamentais. E este pensamento foi reforçado com o destaque aos denominados “mandados expressos de criminalização”, que consistem nas exigências previstas na Constituição de criminalização de determinadas condutas.

⁶⁵ P. ex. BITENCOURT (2003), GRECO (2010), PRADO (2010), JESUS (2003), DELMANTO *et al.* (2010), dentre os mais conhecidos.

⁶⁶ “a função negativa do bem jurídico, ao servir como limite ao legislador penal, acabava por selecionar apenas as condutas que ofendessem, mediante lesão ou exposição a perigo, bens jurídicos considerados essenciais para o livre desenvolvimento dos indivíduos e para o bom funcionamento social, de maneira que ao Direito Penal era reservado um papel subsidiário em relação às outras formas de controle social. Em poucas palavras: a legitimidade do Direito Penal estava condicionada a sua natureza subsidiária, ou seja, por seu atributo de ultima ratio do sistema de controle social” (SANTOS, 2011, p. 306).

Se a Constituição determina que algumas condutas devem ser criminalizadas, inclusive utilizando expressões como “severamente” (art. 227, § 4º), tais determinações indicam uma função de garantia de proteção de alguns bens jurídicos especialmente importantes. A lógica da positividade seria baseada no fato de que os direitos fundamentais devem ser protegidos da melhor forma possível e a “proteção deficiente” (sem Direito Penal)⁶⁷ implicaria uma ilegitimidade da intervenção (SANTOS, 2011, p. 307).

ARANA (2007) propõe uma nova formatação para o Direito Penal “moderno”, que seria um novo meio de “controle social” e “instrumento de pedagogia social”. Para o autor, os bens jurídicos penais econômicos têm relevância de tal magnitude no sistema, que é necessário que seja “produzid[a] uma alteração de orientação: do paradigma da justiça penal para o paradigma da prevenção” (tradução nossa)⁶⁸ (ARANA, 2007, p. 117).

Apesar de entender que a intervenção penal a partir de antecipação de riscos, sem lesão a bem jurídico, como ocorre com o Direito Penal “moderno”, tende a uma necessária “flexibilização dos critérios de imputação penal”, o autor afirma que a realidade atual demanda este tipo de intervenção (ARANA, 2007, p. 118). E isto pelo fato de que a intervenção penal após o dano seria ineficaz, considerando a magnitude dos bens a que se pretende proteger (ordem econômica, fiscal, meio ambiente, etc.).

A finalidade preventiva do direito penal demanda que o direito penal intervenha já antes da lesão dos bens fundamentais da sociedade, pois que sua intervenção posterior faria com que os efeitos do dano tivessem consequências irreparáveis para a sociedade. (tradução nossa)⁶⁹ (ARANA, 2007, p. 119/120).

Em função disso, o autor rechaça as limitações tradicionais e propõe uma nova concepção de proteção ao bem jurídico penal, com o alargamento do Direito Penal, a fim de fazer frente a esta nova realidade. Do contrário, o Direito Penal seria inadequado e ineficaz para influir no desenvolvimento social (ARANA, 2007, p.

⁶⁷ Inclusive com a afirmação da aplicação do princípio da precaução – típico do Direito Ambiental e caracterizado pela intervenção antecipada – ao Direito Penal, como o faz BOTTINI (2007, p. 77-78).

⁶⁸ “Se habría producido un cambio de orientación: del paradigma de la justicia penal hacia el paradigma de la prevención”.

⁶⁹ “La finalidad preventiva del derecho penal precisa que el derecho penal intervenga ya antes de la lesión de bienes fundamentales de la sociedad, cuando su intervención posterior haría que los efectos del daño tenga consecuencias irreparables para la sociedad”.

121/122), posto que “os delitos de resultado seriam inúteis na consecução destes objetivos” (tradução nossa)⁷⁰ (ARANA, 2007, p. 124).

O autor afirma que a legitimidade da norma penal é pressuposto da intervenção do Estado, uma vez que afetam direitos fundamentais do cidadão, de modo a que simples “funcionalidade” da norma não é fator suficiente. Para o autor, esta legitimidade da norma penal é aferida de acordo com os objetivos designados pelo Direito Penal no ordenamento, que é a proteção subsidiária de bens jurídicos, baseada na necessidade, eficácia, proporcionalidade e racionalidade (ARANA, 2007, p. 126-127).

(...) que é necessária a intervenção do direito penal a fim de proteger a sociedade diante dos novos riscos. Esta intervenção é, inclusive, um dever ético do Estado. Pressuposto constitui unicamente o respeito aos postulados de necessidade, eficácia e legitimidade. (tradução nossa)⁷¹ (ARANA, 2007, p. 138).

SILVA (2006) não só legitima o Direito Penal Econômico atual, com as suas “flexibilizações”, como o vê como única forma de impor limites às violações da ordem econômica. Para o autor, os bens jurídicos foram substancialmente acrescidos com o advento da sociedade de risco, de modo que o Direito Penal deve se adequar para proteger estes bens jurídicos, adotando uma postura positiva.

Isso impõe a necessidade de que o Direito Penal, relativamente a essas formas de ataque a uma nova gama de bens jurídicos fundamentais a exigir efetiva tutela jurídica, assuma ‘uma função promocional e propulsora de valores orientadores da ação humana na vida comunitária: eis a única via que se revelaria adequada aos desafios formidáveis da ‘sociedade de risco’ (SILVA, 2006, p. 47).

RODRÍGUEZ (2008, p. 16) trabalha com uma idéia de Direito Penal baseado em uma política criminal racional. Isto porque o princípio da *ultima ratio*, apesar de ser um limitador, acaba por ficar à mercê da vontade do legislador, que pode facilmente vulnerá-lo, de modo que se deve analisar a concreção destas limitações com base nos princípios democráticos.

Desenvolvendo esta temática, afirma RODRÍGUEZ (2008, p. 30) que não se pode mais falar em *ultima ratio*, mas em *prima ratio* do Direito Penal, tendo em vista

⁷⁰ “Los delitos de resultado serían inútiles en la consecución de estos objetivos”.

⁷¹ “(...) que es necesaria la intervención del derecho penal a fin de proteger la sociedad ante los nuevos riesgos. Esta intervención es incluso un deber ético del Estado. Presupuesto constituye únicamente el respecto a los postulas de necesidad, eficacia y legitimidad”.

que “se emprega o recurso punitivo para prevenir certos comportamentos sem examinar sequer quão eficiente e necessário pode ser” (tradução nossa)⁷². Por isso, o autor propõe uma nova abordagem da política criminal, mas voltada para análise da realidade concreta e da legislação penal existente, para evitar reflexões irracionais ou inexecutáveis (RODRÍGUEZ, 2008, p. 32-33).

O autor propõe um estudo político criminal racional, de modo a precisar, com maior segurança, os limites do Direito Penal, baseando-se em considerações relativas à necessidade e merecimento de pena, tanto para evitar a sua aplicação quanto para impô-la quando necessário (RODRÍGUEZ, 2008, p. 41-42). Como proposta para resolver a questão de quando deve haver a intervenção penal, o autor propõe a aplicação da denominada “análise econômica do direito” para verificar a eficiência do Direito Penal em determinadas áreas, bem como se verificar a forma de prevenir delitos com o “menor custo social possível”, apesar de refuta o puro efficientismo do Direito Penal (RODRÍGUEZ, 2008, p. 41-42).

Esta circunstância poderia parecer uma contradição, na medida em que o mesmo ordenamento que deveria conter o poder punitivo estatal estabelece, previamente, que alguns fatos deverão ser criminalizados. Entretanto, para SANTOS (2011), esta contradição não existe, na medida em que o bem jurídico na sua concepção negativa foi concebido exatamente no momento histórico em que tudo era baseado nos direitos fundamentais também de concepção negativa.

Ou seja, o bem jurídico negativo foi concebido a partir da lógica de liberdade negativa, fundada na concepção liberal de afastamento e contenção do poder do Estado para interferir nos direitos subjetivos dos cidadãos. Ocorre que com a mudança de perspectivas dos direitos fundamentais, tornando-se direitos positivos e difusos, exigentes de uma ação direta e ostensiva do Estado, o bem jurídico é reavaliado a partir desta concepção e também ganha este caráter positivo.

Algumas perguntas fundamentais, não obstante, permanecem. As principais ainda são as relativas ao questionamento de FRAGOSO (1977), no que tange ao “que” é efetivamente este bem jurídico e a “quem” o escolhe. Além disso, resta o questionamento pragmatista quanto à operacionalidade deste princípio.

⁷² “se emplea el recurso punitivo para prevenir ciertos comportamientos sin examinar siquiera cuan eficiente y necesario pueda ser éste”.

Acerca da existência efetiva de proteção a bens jurídicos pelo Direito Penal os autores não se pronunciam. Em relação a quais bens “merecem” a proteção de natureza penal, SANTOS torna a repetir o discurso clássico ao afirmar que:

O que o legislador constituinte faz, ao determinar a necessidade de criminalização de certos bens jurídicos, é o mesmo que o legislador penal sempre fez, ou seja, escolher seletivamente os bens jurídicos mais importantes. A única diferença que se poderia revelar diz com a antecipação dessa necessária intervenção penal, feita agora no âmbito da Constituição. Afinal, o constituinte também é legislador, legitimado democraticamente tanto quanto o ordinário (SANTOS, 2011, p. 309).

RAPOSO (2011, p. 267-268) reforça a ideia de SANTOS e afirma que, desde primórdios da humanidade, se questiona a validade de conceder o poder a alguns de retirar direitos de outros. Dando um salto histórico-contextual, afirma que estas críticas foram acentuadas contemporaneamente ante o surgimento de novos tipos penais em matéria penal econômica.

Segundo o autor, a análise da expansão do Direito Penal para fatos antes indiferentes a este ramo do Direito passa pela análise da própria legitimidade do Direito Penal enquanto sistema jurídico hábil para trazer algum benefício social. Ou seja, analisar a expansão do Direito Penal é, também, constatar (ou não) a legitimidade do Direito Penal e em que medida o Direito Penal é positivo para o meio social (RAPOSO, 2011, p. 271).

Critica, neste ponto, a proposta de Zaffaroni, em relação à sua teoria negativa da pena, na medida em que a constatação de ausência de positividade no sistema penal levaria à conclusão de que o correto seria a defesa do abolicionismo penal (RAPOSO, 2011, p. 272). Afirma, ainda, que a tese de Zaffaroni afasta a função do Direito Penal de diminuir a violência privada, centrando a sua análise na violência estatal – função positiva de proteção adequada.

Segundo o autor, é de interesse coletivo, e para tanto serve o Direito Penal, reduzir a violência perpetrada por particulares e por agentes estatais – ou seja, a violência externa e interna. Afirma que a nova ordem constitucional estabelecida em 1988, da mesma forma que a maioria dos textos constitucionais ocidentais atuais, estabeleceu o dever de o Estado proteger os direitos fundamentais do indivíduo contra a violência estatal e de proteger a coletividade contra a violência praticada por particulares (RAPOSO, 2011, p. 273-4).

Especificamente em relação ao bem jurídico, o autor reforça a ideia de que o Direito Penal tem por objeto a proteção dos bens jurídicos contra os ataques mais graves e significativos da ordem jurídica. Para o autor, deve o legislador adotar critérios materiais mínimos para definir o objeto de proteção penal, apesar de afirmar que o legislador não tem obedecido a esta regra (RAPOSO, 2011, p. 276-277).

Não obstante, logo depois, o autor admite que o bem jurídico e a teoria que o toma como referência não são capazes de limitar o arbítrio estatal e que esta limitação depende de inúmeras variáveis. Estas variáveis vão desde a concepção de bem jurídico, ao que se entende por relevante e qual o grau de concretude de lesão se toma como legítimo para a intervenção penal (RAPOSO, 2011, p. 278).

Especificamente sobre o Direito Penal Econômico e os crimes contra bens jurídicos metaindividuais, o autor sustenta que se vive em uma sociedade de risco e, por isso, a noção de bem jurídico deve ser repensada. Isto porque tais bens devem ser objeto de intervenção, mas já não comportam o conteúdo até então estabelecido como o bem jurídico, inclusive sendo necessária, por vezes, a antecipação da incidência da norma penal antes do dano (RAPOSO, 2011, p. 278).

Este trabalho seria, segundo a concepção do autor, necessário para estabelecer parâmetros para o legislador de modo a viabilizar critérios objetivos no momento de construção da norma penal. Entretanto, tais critérios não podem ser fixos, na medida em que o conceito de “necessidade” ou de “ser fundamental” variam no tempo e no espaço.

na medida em que o bem jurídico penal é diferenciado dos demais em razão de sua relevância para o desenvolvimento pessoal e para a paz social, a sua identificação em uma determinada sociedade envolve necessariamente uma decisão de escolha daqueles bens concebidos como mais importantes, ou seja, uma valoração positiva de alguns bens da vida, que passarão a ter dignidade penal, em detrimento de outros (RAPOSO, 2011, p. 279).

Entretanto, segundo o autor, somente a realidade social é muito ampla e, por si só, incapaz de limitar o arbítrio e o subjetivismo do legislador penal. Por isso, afirma que o elemento necessário para limitar a atuação do legislador é a observância do conteúdo da Constituição, aliado com os elementos sociais de cada sociedade, de modo a bem orientar o legislador no momento de selecionar os bens jurídicos dignos de tutela penal.

Entretanto, estas teorias (tanto as clássicas, quanto as constitucionalistas ou as relativas aos bens jurídicos metaindividuais) partem do pressuposto da existência do bem jurídico penal, a fim de protegê-lo pelo Direito Penal, de modo que subtraem uma fundamentação mais complexa a ser realizada, qual seja: o Direito Penal protege algum bem jurídico? Além disso, quais são os bens jurídicos que “merecem” ser tratados pelo Direito Penal e quais não merecem?

A resposta a esta pergunta tem por consequência a justificação da própria existência do Direito Penal e dos seus limites de legitimidade, ou seja, de congruência entre a sua dimensão programadora e operacional. E a conclusão acerca da fonte que constitui esta resposta também permite informar se a noção de bem jurídico penal pode ser inferida material e intersubjetivamente das relações compartilhadas entre os agentes diretamente interessados na concepção da norma penal.

Exatamente em razão da complexidade da matéria e da responsabilidade de sustentar determinado fundamento de legitimação do Direito Penal que, por regra, esta discussão é omitida dos manuais⁷³. Entretanto, estabelecer este critério filosófico e principiológico é essencial para compreender a própria normatividade e efetividade pragmatista do conceito de bem jurídico penal.

Partindo da premissa pragmatista que orienta a presente pesquisa, existem algumas indagações que devem ser feitas para pensar as funções normativas efetivas do bem jurídico penal, seja considerando uma perspectiva positiva ou negativa. A primeira delas é conceituar o que se entende por bem jurídico penal com fundamento em uma análise empírica do tratamento dado a esta matéria pelos agentes diretamente ligados a ela.

Considerando o discurso jurídico penal, o bem jurídico penal seria o bem considerado pelo Direito como o mais fundamental para a convivência em sociedade e existência da pessoa. Fundamental, conforme FERREIRA (2001, p. 363) é aquilo que serve de fundamento, o básico, é o imprescindível para algo.

Sob esta perspectiva, o bem jurídico penal deveria circunscrever aqueles elementos sem os quais a vida humana seria inviável ou muito mais “desconfortável” – considerando o conceito concebido. Deve ser considerado ainda que o bem

⁷³ P. ex. de verificar a obra de GRECO₁ (2010, p. 4-5), que dedica poucas palavras para afirmar, superficialmente, que os bens jurídicos são escolhidos pelo legislador com base nos direitos fundamentais estabelecidos na Constituição e BITENCOURT (2003, p. 9-19) que apenas elenca os princípios constitucionais penais como limitadores do poder de punir do Estado.

jurídico, segundo a unanimidade dos autores, é “tutelado” pela lei penal, de modo que se trata de prática relativa ao legislador no momento da construção da norma incriminadora.

Empiricamente, tal imprescindibilidade não parece tão precisa. O Anteprojeto de Lei nº 263/2012 que tem o objetivo de instituir o novo código penal brasileiro, de autoria de comissão instituída pelo Senado Federal, tem o objetivo declarado de reduzir e sistematizar a legislação penal (Brasil, 2012).

Este trabalho de “reduzir” a legislação penal e compilar o Direito Penal em uma única lei terminou com a criação de um código com 544 artigos, sendo 420 artigos de tipos penais incriminadores. Tais números desconsideram as figuras qualificadoras e acessórias previstas em parágrafos e incisos.

Este mesmo anteprojeto tem, nas suas disposições finais, a determinação de derrogação ou ab-rogação de 110 normas distintas, sendo uma de 1850 e as demais compreendendo um período que vai de 1937 até 2011. Deve ser ressaltado que, entre 2012 e 2013 foram editadas as Leis nº 12.653/12, 12.683/12, 12.720/12 e 12.850/13 instituindo novos tipos penais (BRASIL, 2012 e 2013)⁷⁴.

Mais especificamente, de acordo com MACHADO, MACHADO e ANDRADE (2009), em 2009 existiam 1.688 tipos penais em vigor na legislação penal brasileira, sendo 97% imputando pena de prisão.

Pode-se concluir através destes dados que em um período de pouco mais de 100 anos foram produzidas 15 normas penais diferentes por ano. A este número deve ser agregado que várias outras leis foram revogadas e reformadas, o que leva a concluir que o número é significativamente maior.

Além da quantidade de tipos penais, é relevante, em pequena e aleatória amostragem, verificar o conteúdo dos tipos penais existentes em determinadas leis penais vigentes no Brasil. Assim, o art. 54 da Lei 11.484/07 dispõe ser crime a violação, por reprodução não autorizada, de direito do titular de topografia de circuito integrado, com pena de detenção de um a quatro anos (BRASIL, 2007).

⁷⁴ As leis mencionadas no período entre 2012 e 2013 são as leis encontradas na listagem do Planalto referente às leis publicadas, de modo que apontam tão somente as leis que explicitamente criam tipos penais. Desta forma, é possível, posto que não incomum, que alguma outra lei que não seja exclusivamente penal tenha uma disposição penal no seu texto e não tenha sido aqui considerada. Vale ressaltar ainda que a listagem apontada trata exclusivamente das leis que criam tipos penais incriminadores e não de leis de conteúdo penal, como as que tratam do julgamento de organização criminosa, alteram a execução penal, criam banco de dados criminais, coleta de material genético para identificação criminal e etc., tendo em vista que tratam de matéria penal mas não de tipos incriminadores. Logo, em tese, não têm relevância para a análise do bem jurídico.

Nos termos do art. 172 da Lei 11.101/05, favorecer algum credor antes ou depois de decretada a falência é crime com pena de reclusão de dois a cinco anos (BRASIL, 2005). Nos termos do art. 1º do Dec. Lei nº 16/66, constitui crime, com pena de detenção de seis meses a dois anos, dentre outras condutas, armazenar e produzir açúcar sem a autorização do Estado (BRASIL, 1966).

Nos termos do art. 234 do código penal, constitui crime com pena de detenção de seis meses a dois anos a exposição pública, com o fim de comércio, de produtos obscenos (BRASIL, 1940) – não obstante os comércios de tipo *sex shop* se espalharem por todo o país, serem tributados pelo Estado e reconhecidos pelas pessoas e pelas autoridades. Nos termos do art. 73 da Lei nº 8.078/90, constitui crime com pena de detenção de um a seis meses deixar de alterar dados cadastrais de consumidor que sabe ou deveria saber serem inexatos, podendo agravar a pena caso os dados sejam de operário ou rurícola (art. 76, IV, “b” da mesma lei) (BRASIL, 1990).

Complementando estes dados, MACHADO (2010) promoveu pesquisa empírica, analisando o conteúdo das justificativas dos projetos de lei de natureza penal apresentados no Congresso Nacional entre os anos de 1988 e 2006. Segundo a autora, dos 891 projetos analisados que tinham o objetivo de criar lei penal nova ou alterar leis penais já existentes, apenas 2 fazem menção explícita a um bem jurídico.

Além destes dois projetos, há menções meramente indiretas, quando existem, e, por regra, não há qualquer menção a um objeto delimitado de proteção da norma e de incidência da lei penal. Na realidade, e ao contrário da noção apresentada pela concepção teórica mais difundida, quando foram utilizados argumentos relativos a proteção de um interesse ou de acontecimento específico, o objetivo desta menção foi justificar a intenção de aumento da incidência penal (MACHADO, 2010, p. 37-48).

Partindo destes dados, o questionamento acerca do conceito de bem jurídico penal deve ser refeito. E a resposta inevitável é que o bem jurídico penal é o que o “legislador” quer que ele seja – se é que este dado é relevante em algum momento de elaboração da norma penal. A matéria que se “deseja” dispor com conteúdo penal o será sem qualquer critério objetivo ou pelo menos verificável, principalmente, tampouco legitimado intersubjetivamente.

Em determinadas situações é possível verificar interesses políticos explícitos que pouca ou nenhuma conexão têm com a proteção de qualquer bem, mas com um

discurso de reação estatal contra determinado fato⁷⁵. Em outras é simplesmente impossível verificar qualquer critério, senão o critério de que se deve dispor criminalmente sobre todas as situações da vida⁷⁶.

Daí é possível concluir que a imprescindibilidade que caracteriza teoricamente o bem jurídico penal não se verifica na realidade, tendo em vista que há diversas disposições penais cuja existência não apresenta relevância para a existência em sociedade. Tal fato é comprovado pelo dado de que, apesar da quantidade impressionante de tipos penais, conforme os dados do sistema penitenciário brasileiro, todos os 548.003 presos respondem por apenas 42 tipos de crimes distintos⁷⁷.

Por tais dados, é possível responder à outra pergunta, relativa a qual bem tem “dignidade” penal e qual o critério para esta escolha. Como verificado, não há critério algum para dispor na lei qual bem tem dignidade penal ou não, de modo que qualquer bem pode ser objeto de tutela criminal, considerando que fica ao exclusivo alvedrio do legislador dispor criminalmente de qualquer matéria.

Da mesma forma, é possível constatar que a escolha efetiva de qual bem tem dignidade penal não cabe ao legislador, mas é efetivamente realizada, na medida em que não é factível que se acredite em coincidência o fato de o sistema de justiça criminal inteiro funcionar em função de 42 tipos penal em um universo de 1.688 tipos. A questão é saber qual a normatividade que seleciona estes bens.

A última pergunta a ser respondida se refere à efetiva função normativa do bem jurídico de delimitar o objeto de tutela criminal. Isto porque, segundo os autores,

⁷⁵ Não por outra razão é comum que as leis tenham “nome”, como nos casos da lei Daniela Perez (Lei dos crimes hediondos), Lei Maria da Penha (Lei de combate à violência doméstica e familiar), Lei Carolina Dieckman (lei de crimes cibernéticos), etc. O anteprojeto de lei do novo código penal é “dedicado” aos meninos João Hélio e Ives Ota – ambos assassinados em circunstâncias de brutalidade. Não se trata de fenômeno exclusivamente brasileiro. GARLAND (2008, p. 55) expõe esta mesma situação ocorrida nos Estados Unidos e Inglaterra como expressão da alteração da perspectiva de tratamento do crime naqueles países, com uma supervalorização da vítima e uma “demonização” do criminoso.

⁷⁶ Não é à toa que todas as legislações que compõem micro sistemas dentro do ordenamento jurídico brasileiro possuem disposições penais. Assim, do estatuto da criança e do adolescente, à lei de telecomunicações, a lei de propriedade industrial, o código de defesa do consumidor, a lei geral de licitações, o código de trânsito, a lei de manipulação de embriões, a lei de locações residenciais e comerciais, a lei de regulação da concorrência, o estatuto do torcedor, o estatuto do idoso, etc. possuem disposições penais – muitas das vezes réplicas de dispositivos do código penal, mas com elementares que as circunscrevem ao tema objeto do micro sistema jurídico.

⁷⁷ Tais dados serão apresentados e trabalhados de forma detalhada adiante. É relevante frisar que o número de 42 tipos penais leva em consideração as especificidades de cada tipo, de modo que, para a finalidade de contagem aqui adotada, homicídio (art. 121 do CP) e homicídio qualificado (art. 121, § 2º do CP) são crimes diferentes. Tais dados foram assim considerados pelo fato de que as estatísticas estatais relativas à matéria fazem esta distinção.

a eleição de um bem para qualificá-lo como digno de tutela penal significa que tal bem será protegido pelo sistema de intervenção estatal mais drástico do Direito. Daí o discurso de que somente os mais importantes bens devem ser objeto de tutela penal.

Não obstante, esta proteção penal deve ter seu fundamento questionado na medida em que o Direito Penal somente é “aplicado” pelos agentes públicos responsáveis após a lesão ao bem jurídico. Ou seja, o tipo penal que, em tese, tem o objetivo de “proteger” um bem demasiado importante para a convivência social e individual, somente incide depois que o bem a proteger foi lesionado.

Trata-se de paradoxo que não supera a lógica formal, considerando que é silogisticamente impossível proteger um bem de uma lesão após a ocorrência da lesão. A única explicação possível seria a unanimidade da teoria da prevenção geral negativa⁷⁸, na medida em que é a única teoria compatível com a ideia de proteção de bens através do Direito Penal antes da ocorrência do dano.

Não obstante, os mesmos autores que afirmam a teoria do bem jurídico sem qualquer questionamento são os autores que rechaçam a teoria da prevenção geral negativa como fundamento da pena e do poder punitivo estatal. Por consequência, afirmam uma coisa (teoria do bem jurídico) e, ao mesmo tempo, negam a única teoria da pena compatível com a primeira afirmação (prevenção geral negativa).

Logo, é possível concluir que a teoria do bem jurídico é estruturada com base em premissas que, por si sós, se negam e levam ao inevitável fracasso da logicidade da teoria que se pretende sustentar. Verifica-se aí uma possível razão implícita da apropriação da ideia de risco, precaução e do abandono da “subsidiariedade penal”, antes analisada, para incrementar os elementos de fundamentação da “proteção penal antecipada”.

Isto porque a utilização do risco como fundamento para a antecipação da incidência da norma penal (para antes da lesão) superaria o paradoxo do bem jurídico. Punindo-se condutas que na realidade não lesionam bem ou direito algum e tampouco se qualificam como as lesões mais graves do ordenamento, a “lesão ao bem jurídico” teoricamente não ocorre – porque não há bem jurídico a ser lesionado.

⁷⁸ Em linhas gerais, segundo esta teoria, a ameaça prevista abstratamente no tipo penal levaria o agente a fazer um cálculo racional entre os benefícios auferidos com a execução da conduta criminosa e o mal causado pela pena, de modo que a ameaça da pena enseja a desistência do agente do cometimento do crime. Conforme já fartamente demonstrado, a prevenção geral negativa tem incidência muito limitada, considerando que o referido cálculo racional é meramente hipotético e raríssimas vezes constatado na realidade.

Assim, é possível, com mais clareza, sustentar a suposta proteção do Direito Penal como mecanismo de proteção e evitabilidade de lesão a bens jurídicos.

Não obstante, como verificado, tentar superar problemas teóricos elementares criando outros não qualifica e também não soluciona as lacunas argumentativas da teoria, mas apenas reforça a pouca sustentabilidade dos argumentos que embasam a teoria. Não fosse assim, não haveria tantos tipos penais em que os teóricos procuram, de forma abstrata e sem clareza, qual o bem jurídico tutelado.

Se os tipos penais tratassem de “proteger” apenas os bens jurídicos mais relevantes da sociedade, provavelmente, não haveria tantas dificuldades de delimitar o bem jurídico. E mesmo quando identificado o bem jurídico, não poucas vezes é impossível demonstrar que se trata de fato de bem fundamental e que a previsão existe exclusivamente como último fundamento de atuação estatal e somente para a tutela de direitos fundamentais.

Ao contrário, os bens jurídicos são “criados” para que o tipo não fique sem bem jurídico, posto que contraria a premissa básica da teoria do crime. Não obstante, na atuação prática dos agentes envolvidos no sistema de justiça criminal, há uma seleção própria de quais os bens efetivamente fundamentais e que devem ser objeto da tutela penal, de modo que o bem jurídico colocado implícita ou explicitamente na norma pouca relevância tem para o agir dos indivíduos envolvidos diretamente com o sistema⁷⁹.

Logo, a partir dos elementos acima analisados, é possível concluir que todo tipo penal possui um bem jurídico, tendo em vista que cuida de prever um ato que atinge, de alguma forma, um bem de interesse individual ou não. Entretanto, qualquer bem e interesse pode ser classificado como bem jurídico penal, tendo em vista que não há qualquer critério ou limite para a qualificação de um bem como de natureza penal ou não.

Sendo assim, a afirmação de que o bem jurídico é um elemento limitativo do poder punitivo estatal é falaciosa, na medida em que nunca foi um elemento considerado para limitar a criação de tipos penais. A prodigalidade da legislação penal é sintomática para demonstrar como o bem jurídico não é um limite para a criação da norma penal, mas apenas um elemento considerado para a interpretação da lei, por vezes somente após a publicação da lei.

⁷⁹ Os critérios desta seleção para se chegar a um universo de 42 crimes em meio a milhares de tipos distintos serão objeto de discussão a frente.

Ou seja, a mesma teoria que afirma que o bem jurídico é fundamental é a que se esforça em encontrá-lo onde este não é considerado na lei. Além disso, a lei penal não tem o condão de proteger bem jurídico algum, na medida em que a norma penal incide somente após o dano, fato que se tenta mitigar com a negação da própria ideia de proteção de bens jurídicos, o que cria um contrassenso lógico.

Portanto, assim como em relação ao risco e à subsidiariedade, o bem jurídico não é um elemento que se possa, pragmaticamente, verificar como legitimador das normas penais, tendo em vista que existe ou deixa de existir ao alvedrio dos editores da lei, sem critérios aferíveis. Além disso, a normatividade que serve de elemento efetivo de delimitação do agir dos indivíduos envolvidos com o sistema de justiça criminal não é legitimada pelo bem jurídico penal.

Ou seja, não é a existência ou não de um bem jurídico penal que vai conectar a dimensão programadora do sistema com a sua dimensão operacional, de modo que a criação de uma lei que protege determinado bem eleito como de dignidade penal não tem qualquer relevância para a alteração da operacionalidade do sistema. O bem jurídico na sua concepção clássica ou moderna, no seu aspecto negativo ou positivo, teoricamente considerado ou legislativamente delimitado, não é critério legitimador da norma penal e não tem relevância para a normatividade do sistema.

Diante dos dados apurados, deve-se questionar então quais são os critérios que efetivamente normatizam e operacionalizam o sistema de justiça criminal.

4. DOS FUNDAMENTOS (EFETIVOS) DE LEGITIMAÇÃO DO DIREITO PENAL

Considerados os principais elementos discursivos de justificação do Direito Penal e verificada a impropriedade destes elementos para demonstrar a conexão entre a dimensão programadora e operacional do Direito Penal, resta pesquisar quais os fundamentos efetivos de legitimação do Direito Penal. Para tanto, partindo de uma perspectiva pragmatista, serão abordados os elementos de constituição do saber penal a partir de uma perspectiva criminológica.

Esta perspectiva criminológica é eficiente para evidenciar tais elementos de constituição do saber penal porque a própria constituição do saber criminológico advém do saber penal e da crítica do Direito Penal. Desta forma, compreender a dimensão programadora e a dimensão operacional efetiva do Direito Penal é ler e reler a criminologia, sua constituição, desenvolvimento e a crítica do Direito Penal.

4.1 O discurso do discurso

A questão relativa ao estabelecimento e poder do Estado surgiu teoricamente como um problema filosófico e político, de modo que a abordagem jurídica acerca da posição do Estado frente aos seus cidadãos surgiu somente após o efetivo estabelecimento do Estado. Até porque, e aqui especificando a abordagem relativa à ação do Estado na esfera penal, somente após a consolidação do Estado Moderno que as práticas penais denominadas “arcaicas” começaram a ser questionadas (ANDRADE, 1997, p. 45-48).

Isto ocorreu porque a denominada “escola clássica”⁸⁰ foi formada já com o Estado plenamente estabelecido, de modo que o monopólio da força bruta já estava concentrado em grande medida nas agências públicas. Daí que o projeto da escola clássica, fomentado por intelectuais e a nobreza de sua época, tinham por discurso a humanização do Direito Penal através do projeto racionalizador da modernidade e contra o denominado arcaísmo das práticas feudais e absolutistas.

⁸⁰ Entendida esta como as “teorias sobre o Direito Penal, o crime e a pena desenvolvidas em diversos países europeus no século XVIII até meados do século XIX, no âmbito da Filosofia política liberal clássica” (ANDRADE, 1997, p. 45).

Não por outra razão, a obra de BECCARIA (1997) é referência na mudança do “pensamento penal” até a atualidade. Referida obra, que não era a única⁸¹, projetou-se como uma nova forma de pensar o denominado “direito de punir”. A partir deste raciocínio limitador das penas, surge a noção de limitação ao próprio poder punitivo estatal e o discurso da escola clássica é marcado pela enunciação de direitos do homem e pela contenção do poder punitivo estatal.

Segundo ANDRADE (1997), muito deste raciocínio foi baseado na concepção de ciência que então passava a predominar, ou seja, a lógica racionalista e mecanicista de pensar segundo a lógica formal das ciências exatas. Basta ver que além do famigerado Código Civil francês de 1804, foi editado o Código Penal francês de 1806, sob a mesma concepção de ciência e teorizado sob a mesma lógica da escola da exegese. Sob esta perspectiva, o crime é um dado da realidade, a ser apenas “descoberto” pelo legislador e aplicado pelo agente do direito, em um sistema fechado e formal, baseado no contratualismo e destituído de qualquer historicidade.

Nesta escola, portanto, a teoria penal recebe um caráter demonstrativo de um sistema fechado, que deve legitimar-se perante a razão mediante a exatidão matemática e a concatenação lógica de suas proposições (ANDRADE, 1997, p. 48).

A partir desta primeira perspectiva (assim como ocorreu com todo o pensamento jurídico pós escola da exegese), a lei passou a ser considerada o limite de atuação do Estado. Este enunciado de legalidade era o princípio que sustentava, e até hoje ainda sustenta, a ideia de segurança jurídica, o que pode ser verificado em qualquer manual de Direito Penal que qualifica o princípio da legalidade e da taxatividade como dos mais relevantes do Direito Penal ante o seu papel de limitador do arbítrio punitivo estatal⁸².

⁸¹ Havia, na realidade, um movimento, do qual a obra de Beccaria era uma representante, juntamente com Jeremy Bentham, Gaetano Filangieri, Giandomenico Romagnosi e Jean Paul Marat (ANDRADE, 1997, p. 48). Seu pensamento não era isolado, tampouco surgiu de puro exercício de reflexão pessoal do autor, mas da interlocução e do exercício intelectual com agentes que se dispunham a pensar e criticar a estrutura do sistema punitivo de sua época.

⁸² Conforme se verifica em relação à legalidade, quando COSTA afirma que se trata de “garantia essencial do cidadão em virtude do poder punitivo do Estado, determina a esfera de ilicitude penal e assegura a irretroatividade da lei penal que prejudica os direitos do acusado, evitando a criação de normas penais postas em linguagem vaga e indeterminada” (COSTA, 1995, p. 307) e em relação à taxatividade, tratada por NUCCI como “essencial [para] garantir a eficiência do preceito delimitador da responsabilidade penal, demandando-se do Poder Legislativo a correta redação dos tipos incriminadores. (...) A taxatividade dos tipos penais tem a finalidade de aclarar o objetivo de cada

A lei penal é considerada legítima porque estabelecida em lei e criada pelos representantes do povo, ou seja, por aqueles que, contratualmente, foram imbuídos de poder para, limitar a liberdade individual e garantir a segurança pública. Concebe-se neste pensamento que a lei abstrata aplicada de forma mecânica pelo operador do direito tem por consequência lógica a igualdade e a segurança, na medida em que a prática do delito é obstada pelo cálculo racional efetuado pelo agente do delito ao prever as consequências da sanção penal (ANDRADE, 1997, p. 51).

Ou seja, pode-se afirmar que a reforma penal promovida só teve espaço porque adequada ao novo saber filosófico centrado na ideia de racionalidade e cientificidade naturalista, que rapidamente se espalhava pela Europa. Daí que se trata de um período de crítica ao “antigo regime” e posterior “construção” do sistema jurídico-penal, na tentativa de adequar o saber penal à nova realidade científica, desde a relação com conceitos fundamentais, como o de crime⁸³, até os seus desdobramentos, como a conduta e o livre-arbítrio.

Esta mesma noção de livre-arbítrio levou este período a centrar seu foco de estudos no fato criminoso como oriundo da vontade livre de indivíduos iguais, estabelecendo para o Direito Penal uma concepção extremamente formalista e abstrata (ANDRADE, 1997, p. 58-60). A esta concepção, a denominada “escola positiva”⁸⁴ inicia um trabalho de construção de um novo saber penal, a partir de novas premissas.

As premissas desse novo saber penal surgem a partir do final do sec. XIX e se apropriam implícita ou explicitamente das críticas ao fracasso do sistema criminal liberal, em um momento de incremento da intervenção do Estado na economia, bem como com a divulgação da teoria de Darwin. De acordo com ANDRADE (1997, p. 61), o principal foco das críticas era inverter a lógica individualista da concepção liberal para uma concepção social e afastar o raciocínio puramente abstrato da ciência jurídica para prestigiar uma postura empirista.

Assim, a proposta era promover a denominada “defesa social” em detrimento da garantia de uma legislação individualista que, segundo se concebia, permitia o

figura criminosa, permitindo a exata captação do sentido dos modelos. Com isso, estabelece-se a relação de confiança entre o Estado e o indivíduo, tornando-se seguro o contorno entre o ilícito penal e o extrapenal” (NUCCI, 2012, p. 213).

⁸³ Que neste período é deslocado de um pressuposto naturalístico para uma fundamentação formal e abstrata oriunda da razão.

⁸⁴ Entendida esta como a expressão de um pensamento criminológico que teve expressão nas obras de Lombroso, Ferri e Garofalo.

enfraquecimento da segurança social. Ademais, a procura pelo fato criminoso perde relevância diante da procura pelo criminoso e pelas causas do crime, o que deveria ser promovido mediante investigação empírica e não abstrata das leis penais.

sendo a concepção positivista de Ciência condicionada por uma percepção do universo como um conjunto de fatos, causalmente determinados, a função daquele método é descobrir, na realidade factual, as Leis gerais através das quais o determinismo se manifesta (ANDRADE, 1997, p. 63).

Este postulado científico típico do contexto em que inserido, desloca a premissa do livre-arbítrio do classicismo para a premissa do determinismo, segundo o qual todo fato tem uma causa que não é “escolhida” e que deve apenas ser reconhecida. Com esta premissa, conclui-se pelo famigerado atavismo⁸⁵, que permitiria a descoberta do criminoso nato (o indivíduo em grau de desenvolvimento selvagem), antes mesmo do cometimento do delito (ANDRADE, 1997, p. 65).

A ciência penal neste momento histórico estabelece uma significativa diferenciação de sentido, na medida em que divide o objeto de estudo entre a lei penal e o “homem delinquente”. Esta divisão, que será acentuada com o tempo de diferentes formas, delimita a antropologia criminal (criminologia) e a ciência penal (Direito Penal) (ANDRADE, 1997, p. 65) Assim, a ciência penal trata com um paradigma normativo (lei positiva) e a criminologia com um paradigma etiológico (o criminoso).

O aprofundamento dos estudos criminológicos sob o paradigma etiológico levou à concepção institucionalizada de que o criminoso é um indivíduo selvagem, anormal e subdesenvolvido e constitui uma minoria frente à maioria social composta de pessoas normais e civilizadas. O criminoso, então, é o indivíduo incapaz de viver em sociedade e assumir as responsabilidades dela advindas, bem como usufruir das benesses sociais, de modo que deve ser extirpado do meio social em função deste estado de incapacidade.

A partir da institucionalização deste modelo, toda conduta criminosa passa a ser menos relevante em função da sua danosidade quanto em função do autor do delito, de modo que a verificação não se dava pelo fato criminoso, mas pela periculosidade do seu agente. A pena, por consequência, não tinha o objetivo de repressão, mas de reabilitação do delinquente, tido como doente e anormal, de

⁸⁵ Traços característicos de uma espécie que expressam seu grau de desenvolvimento biológico.

modo que sua duração máxima não tinha limite preestabelecido a não ser a recuperação do delinquente (ANDRADE, 1997, p. 68-70).

A ideia é a promoção da defesa social, ou seja, a defesa da maioria “normal” contra alguns selvagens. O criminoso e o crime eram caracterizados como oriundos de um afastamento do estágio civilizatório e o fato criminoso era tido como algo a ser combatido por ser nocivo à sociedade⁸⁶. Daí que, diversamente do classicismo, o Direito Penal positivista é um Direito Penal do autor e não do fato, na medida em que o Direito Penal tinha o objetivo de corrigir o criminoso e não de punir uma conduta (ANDRADE, 1997, p. 70)⁸⁷.

Além disso, o paradigma etiológico estabelecido partia de um discurso de combate à criminalidade por meio de procedimentos científicos e tecnicistas, incorporando ao Direito Penal toda a ideologia juspositivista já consolidada no direito privado. Some-se a isto a correlação que GARLAND (2008) faz entre o sistema de justiça criminal moderno, o Estado de bem estar e o Direito Penal previdenciário. Esta estrutura é identificada como um amálgama de vetores do Estado Liberal com o Estado de bem estar, de modo que conviviam as idéias de legalidade e de correção de desvio e reabilitação.

Havia uma confiança na justiça criminal e nos seus especialistas como fonte de controle do crime. O Estado, que se consolidara fazia pouco tempo, monopolizou por completo todo o aparato de prevenção e punição do delito. A partir desta monopolização, além da crença na eficiência do sistema correcionalista, aglutinou-se uma gama de profissionais especializados nas mais diversas áreas correlatas, a fim de abarcar esta atividade agora totalmente monopolizada pelo Estado (GARLAND, 2008, p. 104-111).

A este fator agrega-se a consequência de que a população não tinha grande interesse no sistema de justiça criminal, na medida em que se arraigou a ideia de

⁸⁶ Expressa esta visão do Direito Penal o tratamento da matéria por CASTRO (1913), segundo o qual os criminosos são absolutamente carentes de senso moral, têm prazer em delinquir, são insensíveis ao sofrimento da vítima e não sentem remorso pelos seus atos.

⁸⁷ Esta alteração de postura, evidentemente, não advém autonomamente do pensar jurídico-criminal. Na realidade, esta alteração de pensamento só foi possível com uma mudança muito maior do paradigma do Estado Liberal para o paradigma do Estado Social, caracterizado pelo seu poder de intervenção nas liberdades individuais. Pautado pela ideia de bem estar, o pensamento a respeito dos poderes estatais permitiu que as agências públicas claramente estabelecessem o conceito de bom e de mau e de bem de mal para os cidadãos, de modo uniformizante e massificador. Trazer referido raciocínio para o Direito foi uma questão de mera adequação terminológica, na medida em que esta visão do crime e do criminoso foi facilmente ostentada como a tradução na lei do que era bom e mau e do que era o bem e o mal.

que o combate ao crime era obrigação do Estado e pelo fato de que a criminalidade não atingia números expressivos. O controle do crime que antes era visto de forma comunitária, foi transferido ao Estado então surgido, na medida em que a imposição autoritária de lei e de ordem, típica do leviatã, foi transmutada em garantia democrática aos cidadãos respeitadores da lei.

Este desligamento da população em relação ao crime deu grande poder aos agentes do sistema, que executavam suas tarefas sem grande vigília e não tinham justificativas a dar, de modo que as suas ações eram ditadas a partir das perspectivas teóricas até então subjacentes. Considerando a expansão do sistema, sua especialização e a conjuntura social e política da época, esta estrutura inicialmente teve o condão de arraigar a idéia de que o sistema de justiça criminal era um serviço público efetivo e a cargo exclusivo do Estado.

Enquanto vigeu a ideia de correccionalismo, o sistema de justiça criminal atuou com a metódica de reabilitação do criminoso, visto como um desviado, executando primordialmente respostas penais moralizantes, como o trabalho e a reintegração ao núcleo familiar. Em função desta lógica cientificista do correccionalismo, a decisão dos profissionais da justiça criminal era menos contestada que a dos juizes, ante o seu conhecimento específico e o ideário de funcionalidade dos que detinham conhecimentos especializados.

E isto porque, de acordo com GARLAND (2008), a prática da atividade do sistema de justiça criminal assim se estabeleceu, de modo que a execução diária destas atividades arraigou a mentalidade de eficácia do correccionalismo penal – além da repetição desta estrutura de modo teórico no âmbito acadêmico. Segundo o autor, esta prática era reforçada pela crença da época de que o Estado de bem estar, monopolizando a atividade de controle do crime, reduziria a criminalidade.

Ou seja, tais elementos constituíram a normatividade efetiva que determinava a operacionalidade do sistema de justiça criminal. Os agentes envolvidos atuavam a partir desta perspectiva porque acreditavam nestes elementos orientadores da sua conduta.

Até porque a sociedade estava em rota de prosperidade e o Estado era visto como o responsável pela inclusão dos não incluídos. Os grupos marginalizados ou vulneráveis eram tidos menos como delinquentes do que como indivíduos a serem inseridos. Acreditava-se que o Estado moderno e a ciência por ele fomentada e

aplicada através de seus especialistas eram capazes de alterar as condições sociais e conter a criminalidade (GARLAND, 2008, p. 125-126).

Em meio a estas práticas do sistema de justiça criminal, os teóricos do Direito Penal, em nível acadêmico, buscavam a identidade do Direito Penal ante a sua perda de centralidade no tratamento do crime e do criminoso. Mesmo com a virada para o sec. XX, a crise do Direito Penal se dava pela tentativa ainda inacabada de autonomizar a ciência penal das demais ciências que trabalhavam com o crime e o criminoso, cuja resposta foi a autonomia pela centralização do Direito Penal na lei penal positiva (ANDRADE, 1997, p. 74-84).

Da exegese do texto legal, o discurso fundamentou-se na “evolução” para o estudo sistemático do Direito, ou seja, a dogmática jurídica, reconhecida então como a “verdadeira” ciência do Direito. Isto porque a dogmática jurídica e seus métodos foram apropriados do direito privado e, junto com ela, a promessa de segurança jurídica e certeza na aplicação do Direito (ANDRADE, 1997, p. 86).

Por consequência, a criminologia e as demais ciências que tratavam do crime e do criminoso foram tratadas como ciências auxiliares da dogmática penal, de modo que seriam complementares e coadjuvantes na teoria sobre o crime e o criminoso. A denominada escola alemã teve relevante influência sobre esta postura enquanto centralizadora do pensamento dogmático e no estudo da lei como único objeto de estudo e finalidade do trabalho do penalista (ANDRADE, 1997, p. 89)⁸⁸.

A despeito da tentativa de influentes autores da época, como Von Liszt, de inserir a criminologia e a política criminal em uma “ciência global do direito penal”, de modo a tratar com as “ciências penais” e não com a “ciência do direito penal”⁸⁹, a dogmática penal prevaleceu como principal instrumento do pensar sobre o crime. A criminologia e a política criminal foram rebaixadas a ciências auxiliares, meramente constatativas, e dependentes da dogmática penal, com função exclusiva de fornecer subsídios ao pensamento do dogmata. A razão para este rebaixamento se deu pelo fato de que era na “ciência” do Direito Penal que se encontrava o discurso e a promessa de segurança jurídica (ANDRADE, 1997, p. 95-100).

Este pensamento ainda é difundido em matéria penal, de modo que, apesar de teorizado na virada do sec. XX, persistiu até a virada do sec. XXI. É o que se

⁸⁸ Binding é considerado como o primeiro a estabelecer uma “ciência do direito penal positivo” sem qualquer influência de qualquer outro elemento senão a lei (ANDRADE, 1997, p. 90-91).

⁸⁹ O que, em momento algum, significou renunciar aos princípios liberais e à ideia de lei penal formal como fundamento indispensável do Direito Penal.

verifica da teorização acerca do conceito e do método da ciência do Direito Penal de COSTA JÚNIOR (1992), COSTA (1995), ROSA (1995) e ORDEIG (2002).

COSTA JÚNIOR (1992) afirma que o Direito Penal trata da definição de crimes e sanções e a ciência do Direito Penal é a dogmática penal, restrito ao estudo sistemático do direito positivo. Afasta qualquer incidência causal ou de consideração sociológico, valendo-se apenas do método técnico-jurídico de natureza lógico-abstrata.

Desenvolve-se o método em três fases: a exegese, a dogmática e o sistema. A exegese (hermenêutica) é a interpretação do texto legal. A dogmática é a fase verdadeiramente científica, que Lhering chamava de jurisprudência superior. Nela, são as normas agrupadas em diversos institutos, com base em características comuns e conceitos superiores. Seu método é dúplice: abstração (concentração) e dedução (classificação) (COSTA JÚNIOR, 1992, p. 4).

Para COSTA (1995, p. 7), a dogmática tem a função científica de manter a integridade do ordenamento contra o delito, atuando no plano de dever-ser. Trata-se, segundo o autor, de imperativo de disciplina de condutas dos indivíduos e da tutela de interesses, com finalidade retributiva e preventiva. Conforme COSTA (1995, p. 16), “A autêntica ciência do Direito Penal é a dogmática, ciência normativa, valorativa e finalista.”

A ciência do Direito Penal tem por objeto a determinação de leis que regulam os fenômenos sociais do crime, da qualidade do autor e da pena, numa conexão causal. É o estudo do conteúdo das normas que, dentro do ordenamento jurídico de determinado Estado, constituem o Direito Penal, com tudo que compreendem e mencionam. Desta forma, é a disciplina que estuda, em seu desenvolvimento global, o conteúdo das normas que compõem o Direito Penal. Como estuda o conjunto de dogmas, é também chamada de dogmática jurídico-penal ou simplesmente de dogmática penal (COSTA, 1995, p. 18).

ROSA (1995) contrapõe Direito Penal e criminologia para destacar a diferença entre o método do Direito Penal e o método da criminologia. Para o autor, referidas matérias não se confundem e tem pressupostos e objetos completamente distintos, de modo que o objeto de estudo da ciência penal são as

ações puníveis, situadas na competência específica do Direito Penal: 1º) aquelas que, estando em oposição aos interesses protegidos pelo Estado, acham-se proibidos por uma lei; 2º) aquelas consideradas delituosas pelas leis do Estado – tomando-se a palavra lei no sentido amplo, de maneira que compreenda também os decretos e regulamentos. A ciência penal é ciência

normativa, que tem como objeto o Direito Penal. (...) Assim, enquanto a criminologia estuda o crime dentro de um quadro social e humano, o Direito Penal vê o crime sob o ponto de vista jurídico (ROSA, 1995, p. 46).

Também contrapondo criminologia e dogmática, ORDEIG (2002) propõe como diferenciação entre ambas uma visão histórica de conhecimento das escolas penais, de modo a diferenciar o positivismo criminológico e a escola técnico-jurídica. Entretanto, para o autor, este não é mais o melhor método de abordagem da questão penal, na medida em que na “disputa” entre as escolas o resultado é

a vitória total e absoluta da orientação técnico-jurídica. Não poderia ser de outra maneira: somente é ciência do Direito Penal a que tem por objeto o conhecimento desse conjunto de normas que define delitos e impõe penas, isto é, a que determina o que é que vigora com base no ordenamento penal (ORDEIG, 2002, p. 31-32).

Para o ORDEIG (2002), a criminologia é auxiliar à dogmática penal e serve para “informar” ao dogmata porque o homem delinque, ou seja, porque realizam condutas que o Direito Penal prevê como criminosas. Para o autor, a criminologia é importante para que o jurista possa averiguar o conteúdo da norma, de modo que “as considerações de ordem criminológica têm alto valor interpretativo” (ORDEIG, 2002, p. 32-33).

A ciência do Direito Penal então tem por objeto a lei positiva e o trabalho do dogmata consiste em verificar como um fato é regulado pelo direito positivo. E frisa o autor que se trata de dogmática e seu agente de dogmata porque para a ciência do Direito Penal o intérprete deve partir da lei positiva como um dogma, de modo que a ação do jurista deve ser tida tal qual a do teólogo (ORDEIG, 2002, p. 34).

A partir daí afirma o autor que, mesmo diante de uma suposta inexistência da ciência do Direito Penal, a criminologia não teria condições de substituir a dogmática penal. Isto porque a criminologia nem se pretende exata, nos estritos termos do positivismo, de modo que a pretensão de dar valor maior que um valor secundário à criminologia seria o mesmo que renunciar à ciência que estabelece o verdadeiro conteúdo do Direito Penal (ORDEIG, 2002, p. 37).

Elenca o autor a escola neokantista que estabelece a diferença entre ciências da natureza e ciências do espírito, introduzindo na ciência do Direito Penal os conceitos de “dever ser” e “juízos de valor” da filosofia kantiana. Afirma que se trata de uma interpretação concêntrica do Direito, de modo que caracterizada pela

contemplanção valorativa e ontológica do fato previsto na norma, estabelecendo um dualismo metodológico sem renunciar à segurança da racionalidade positivista (ORDEIG, 2002, p. 39).

Para tanto, o autor estabelece como metodologia científica do Direito Penal os critérios da lógica formal, ao tratar a norma penal como premissa maior, o fato como premissa menor e a aplicação da norma como a conclusão deste trabalho de subsunção do fato à norma. Daí elenca os critérios formais de interpretação mais difundidos quando do tratamento da hermenêutica penal, quais sejam, a interpretação gramatical, a interpretação histórica, a interpretação sistemática e a interpretação teleológica (ORDEIG, 2002, p. 41-80).

Além disso, o autor ainda salienta a relevância do sistema e do pensamento sistemático na interpretação e aplicação do Direito. Critica Viehweg e sua proposta de pensamento tópico e indutivo, ao considerar que o Direito não pode prescindir do sistema para centrar-se no problema. Para o autor, ainda não há um sistema perfeito, mas se trata de uma questão de aperfeiçoamento do sistema e não de seu abandono.

a tarefa do penalista consiste em ir superando as aparentes contradições que surgem das soluções dos diferentes problemas e em harmonizar essas soluções dos diferentes problemas e em harmonizar essas soluções em um sistema (ORDEIG, 2002, p. 94).

Assim, a cientificidade do Direito Penal foi centralizada na lógica de que o objeto de trabalho do cientista penal é a lei penal, elemento estabelecido como critério de legitimidade da norma e limite de interpretação. A legalidade se tornou o marco de limitação do poder punitivo estatal e o parâmetro de análise do nível e dos limites da violência punitiva. Juntamente com estas premissas, a ideia cientificista de busca do “criminoso”, do indivíduo anormal que deve ser afastado da sociedade para a sua defesa, manteve-se continuamente como sistema auxiliar no combate à criminalidade (ANDRADE, 1997, p. 102).

Este posicionamento foi reforçado com a filosofia kantiana no Direito Penal, a partir da escola denominada neokantista, que parte de uma abordagem positivista do Direito Penal com a introdução das categorias “a priori” como método de trabalho do cientista do Direito Penal. Partindo da lógica kantiana de que não se pode derivar o dever ser do ser, foi formulada uma fundamentação para retirar a influência da

criminologia do Direito Penal, na medida em que a criminologia foi considerada ciência da natureza (com método experimental – do “ser”) e a dogmática penal foi considerada ciência cultural (com método axiológico e compreensivo – do “dever ser”) (ANDRADE, 1997, p. 104-109).

Assim, referido dualismo kantiano permitiu um fortalecimento da ideia de completa abstração da ciência jurídico penal, tendo em vista que o trabalho de “olhar” para a realidade era da criminologia, na sua busca pelo “criminoso”. Ao Direito Penal, ao contrário, cabia a análise compreensiva e axiológica do conteúdo da norma penal, visto que tratava do dever ser, independente da realidade do ser – estranha ao seu objeto.

Ao mesmo tempo em que consolidou o discurso já difundido da cientificidade do Direito Penal, o neokantismo possibilitou encobrir o problema relativo ao objeto do Direito Penal e seu paradigma epistemológico. Esta divisão permitiu criar entre os próprios cientistas do Direito Penal uma auto-imagem completa e acabada da ciência penal, com objeto e método de trabalho, bem como com objetivos declarados e fundamentais. Outros tipos de saber são concebidos como menores e auxiliares (ou no mínimo não científicos), de modo que esta auto-imagem era – e ainda é – a única imagem considerada.

os penalistas dogmáticos definem, portanto, o conhecimento por eles produzido, como um conhecimento “científico” normativo, autônomo e sistemático, que encontra explicação em si mesmo através de uma postura metódica imanente, que não remete a considerações de índole social, econômica, política ou moral (ANDRADE, 1997, p. 117-118).

Esta postura tem uma função declarada de racionalizar o poder punitivo do Estado, garantindo segurança jurídica na administração do sistema penal. A premissa é a de que o conhecimento lógico, teórico e abstrato da norma afastaria a arbitrariedade, na medida em que a aplicação (o aspecto do “ser”) seria meramente subsumida na norma (o aspecto do “dever-ser”) previamente conhecida e constituída⁹⁰. O discurso dogmático do Direito Penal foi amplamente aceito como ideal para um regime democrático, na medida em que a sua justificação se dava exatamente no “controle” exercido contra o poder punitivo do Estado (mormente com base na legalidade) em favor do cidadão (que é a base das teorias garantistas).

⁹⁰ Inclusive com a ideia de que a dogmática penal serve para que a lei penal fosse aplicada nos limites da “vontade do legislador” (ANDRADE, 1997, p. 120).

A ciência do Direito é ciência porque – e na medida em que – os conhecimentos que a integram não são subjetivos, arbitrários, adquiridos com base em pré-conceitos, mas, sim, objetivos, fundamentados, defensáveis. Esta objetividade da dogmática jurídica não pode ser discutida, ainda que o queiram, por aqueles que pretendem negar a ela seu caráter científico (ORDEIG, 2002, p. 102).

Ou seja, a ideia de se pensar o Direito enquanto método de conhecimento e aplicação de procedimentos anteriormente previstos e estruturados como sistema viabilizou o discurso da segurança jurídica pela dogmática penal. Afinal, o conhecimento do Direito previamente estabelecido garantiria a “previsibilidade” das respostas penais para os fatos e o pensamento jurídico-sistemático garantiria a inteligibilidade do ordenamento e a aplicação coerente da norma de modo a propiciar a mesma resposta para os mesmos fatos.

O Direito Penal é assim uma enunciação normativa cujo sentido, alcance e finalidades são por ela decodificados ao assumir, perante a linguagem da normatividade penal, não apenas o estatuto de uma metalinguagem, mas igualmente o estatuto de uma metaprogramação, tida por científica, para uma prática racional e segura do Direito Penal (ANDRADE, 1997, p. 126).

Desta forma, a dogmática é, em todas as suas variáveis temporais, a tentativa de efetivar a promessa iluminista de traduzir linguística e aprioristicamente a realidade a ser executada na vida, tradução esta tida como segurança jurídica. A tal ponto alcançou esta tentativa de racionalizar a teoria do crime que a dogmática, com o tempo, centrou-se cada vez mais nas figuras internas da lei, sem qualquer atenção ao funcionamento do sistema de justiça criminal⁹¹.

Esta tentativa de limitar, pela lei e independente da realidade, é uma das premissas teóricas utilizadas por FERRAJOLI (2010) na obra mais expoente do positivismo garantista. Nesta perspectiva teórica o Direito Penal é concebido como um limite ao juiz e aos operadores do direito em geral, baseado nos sistemas de garantia previstos abstratamente na lei.

Para FERRAJOLI (2010, p. 68-70), as decisões judiciais não são pautadas essencialmente pelo critério da verdade de suas conclusões, mas também por

⁹¹ Basta ver, para tanto, a completa ausência de referência à eficácia da norma penal na realidade quando da leitura dos principais manuais de Direito Penal adotados nos cursos de graduação (BITENCOURT, 2003, GRECO¹, 2010, PRADO, 2010 e JESUS, 2003). Ou seja, a eficácia da norma, a análise pragmatista da aplicabilidade cotidiana da norma não interessa ao teórico do Direito Penal, mas apenas o conhecimento interno, intra-sistêmico da norma, independentemente de como esta se manifesta na realidade.

outros valores, como eficiência ou adequação a um modelo aceito – ideologia de governo. Assim, pode-se dizer que não necessariamente é a verdade o justificante de uma decisão, mas outros valores – como eficiência ou outro mote adequado às circunstâncias.

Ocorre que tais modelos não podem ser aceitos na jurisdição, ainda mais na jurisdição penal. A decisão penal, adotando-se um modelo garantista, não precisa ser eficiente (eficiência real ou hipotética), alcançar algum objetivo específico ou apresentar uma resposta para uma demanda social. Muito menos deve se ater a questões relativas à prevenção geral ou especial ou buscar aceitação por um consenso geral.

Não é o consenso de uma maioria intersubjetivamente construída que justifica uma sentença penal, mas o fato de que a imputação dirigida ao sujeito foi provada nos autos de um processo garantista. Trata-se de “postulado político” fundamental para um sistema que adote o garantismo e o liberalismo penal.

Assim, o único postulado aceitável para a legitimação de uma sentença penal é a sua correspondência aproximada com a verdade, baseada no postulado da verdade processual, formalmente constituída nos autos do processo. Esta é a única forma de afastar a utilização da pena ou uma sentença penal com caráter homologatório de um consenso geral de uma meta extra processual, atrelando o juiz à estrita legalidade e a vinculação da sua decisão às provas apostas nos autos (FERRAJOLI, 2010, p. 69-70).

Segundo o autor, “O direito é uma construção humana e pode elaborar ele mesmo condições e critérios de justificação das decisões por ele admitidas como válidas” (FERRAJOLI, 2010, p. 71), de modo que para se estabelecer um sistema garantista é essencial uma decisão política nesse sentido, para vincular a atividade jurisdicional à cognição da prova apresentada nos autos. Do contrário, atribui-se um poder excessivo ao juiz, que passa do cognitivo (conhecer as provas) ao dispositivo (impor valores), totalmente suscetível ao erro e ao arbítrio.

Tal elemento evidencia, desde já, o idealismo da proposta teórica adotada pelo autor, na medida em que trata a questão penal a partir de postulados teóricos sem qualquer pretensão de análise ou consideração pragmatista das práticas dos agentes envolvidos com o sistema de justiça criminal. Além disso, o próprio tratamento da proposta teórica garantista é apresentado como um sistema ideal, inalcançável, o que, apesar de aparentemente se sustentar em um realismo, acaba

por evidenciar um distanciamento ainda maior da realidade a que se pretende aplicável.

Isto porque, segundo FERRAJOLI (2010, p. 88-106), para se evitar o abuso do poder punitivo estatal o sistema penal deve ser pensado a partir de axiomas garantistas, que sugerem um modelo de sistema garantista (SG), que é hipotético, inalcançável, mas que deve servir de modelo a ser buscado enquanto interpretação e aplicação do Direito Penal. Cada axioma implica o outro, sem que sejam dele totalmente dependentes, mas relacionados, de modo que a falta de um implica na diminuição da eficácia do próximo e, por consequência, no afastamento do modelo garantista⁹².

Cada axioma, de acordo com o SG, apresenta uma condição indispensável para a declaração de responsabilidade penal e aplicação de pena. Qualquer decisão afastada de qualquer item desse modelo estará, inevitavelmente, mais ou menos afastada do garantismo, a depender de qual axioma foi violado. Traz ao Direito Penal uma interpretação reversa àquela apresenta como potestade punitiva ou *ius puniendi* do Estado, posto que não define condições em que o Estado estaria habilitado a punir.

não se trata de uma condição suficiente, na presença da qual esteja permitido ou obrigatório punir, mas sim de uma condição necessária, na ausência da qual *não* está permitido ou está proibido punir (...) a função específica das garantias no direito penal (...) na realidade não é tanto permitir ou legitimar, senão muito mais condicionar ou vincular e, portanto, deslegitimar o exercício absoluto da potestade punitiva (FERRAJOLI, 2010, p. 90-91).

O axioma base do sistema SG é o da legalidade estrita, que afasta a idéia de mera legalidade (formal) para a legalidade estrita (material). A legalidade penal não é tratada apenas como uma formulação penal estabelecida normativamente, mas

⁹² São estes os axiomas listados, com os seus respectivos significados, que, segundo o autor, são modelos deônticos, normativos ou axiológicos: 1º. *Nulla poena sine crimine*: não há pena sem crime (princípio da retributividade); 2º. *Nullum crimen sine lege*: não há crime sem lei penal (princípio da legalidade); 3º. *Nulla lex (poenalis) sine necessitate*: não há lei penal sem necessidade (princípio da necessidade); 4º. *Nulla necessitas sine injuria*: não há necessidade da lei penal se não há lesão (princípio da lesividade); 5º. *Nulla injuria sine actione*: não há lesão sem conduta (princípio da materialidade); 6º. *Nulla actio sine culpa*: não há conduta sem culpa (princípio da culpabilidade); 7º. *Nulla culpa sine iudicio*: não há culpa sem pronunciamento judicial (princípio da jurisdiccionariedade); 8º. *Nulla (sic) iudicium sine accusatione*: não há jurisdição sem órgão de acusação (princípio acusatório); 9º. *Nulla accusatio sine probatione*: não há acusação sem prova (princípio do ônus da prova); 10º. *Nulla probatio sine defensione*: não há prova sem direito de defesa (princípio do contraditório) (FERRAJOLI, 2010, p. 90-91).

como estipulação legal que abarca, além da formalidade necessária, as exigências de todas as outras garantias penais.

a simples legalidade da forma e da fonte é condição da vigência ou da existência das normas e preveem penas e delitos, qualquer que seja o seu conteúdo; a legalidade estrita ou taxatividade dos conteúdos, tal como resulta de sua conformidade para as demais garantias, por hipótese de hierarquia constitucional, é, ao revés, uma condição de validade ou de legitimidade das leis vigentes (FERRAJOLI, 2010, p. 93).

Este princípio, ao contrário do princípio de mera legalidade, que é dirigido aos juízes, é dirigido ao legislador, enunciando técnica específica que qualifica a lei penal, como pressuposto de aplicação de pena – ou seja, atinge o conteúdo da lei e não apenas a forma como é produzida.

Este sistema permite uma verificabilidade das decisões, como verdadeiras ou falsas, ao contrário das decisões valorativas, que não são nem falsas e nem verdadeiras. Assim a aproximação ou distanciamento do sistema SG serve nem tanto para averiguar os graus de garantismo de um sistema (posto que o sistema SG é concebido como um sistema limite), mas para averiguar o grau de irracionalidade, injustiça e invalidez do sistema analisado (FERRAJOLI, 2010, p. 94-95).

Dentre os diversos modelos autoritários e irracionais, por subtraírem um ou mais axiomas de SG, o autor destaca o sistema de mera legalidade, sem prova e sem defesa. Isto porque em um sistema onde a legalidade é pressuposta apenas de forma e não de conteúdo, a taxatividade é afastada e, por consequência, não há verificabilidade da decisão (e, portanto, refutação), mas apenas aplicação de juízos de valor (que não são nem verdadeiros nem falsos) (FERRAJOLI, 2010, p. 96).

Outro modelo de Direito Penal autoritário é aquele que suprime – direta ou indiretamente – as garantias penais da culpabilidade, materialidade, lesividade e retributividade. No modelo denominado “objetivista”, o tipo penal prescinde da intencionalidade do delito, que por consequência, acaba por estabelecer um Direito Penal objetivo (sistemas de defesa social) (FERRAJOLI, 2010, p. 97). Outra apresentação dos sistemas autoritários é a denominada pelo autor de sistema penal subjetivista, que, ao contrário do primeiro, prescinde de ação (materialidade) e da ofensa (lesividade), o que estabelece um Direito Penal de autor – baseado por vezes apenas na personalidade (desviada) do acusado (FERRAJOLI, 2010, p. 97-98).

Trata-se de um Direito Penal que não distingue o Direito da moral e, por consequência, se afasta do postulado liberal do Direito Penal. Isto enseja a criação de tipos de mera conduta, de perigo, ou referentes à qualidade subjetiva do acusado, de modo que a valoração da norma acaba ensejando a valoração do juízo, que pune não por verificação probatória, mas por interpretação valorativa. A própria lei constitui o delito, ao contrário de descrever um fato ontológico.

Além dos sistemas autoritários, o autor ainda distingue os sistemas “penais irracionais”, que têm por característica um caráter extra ou pré-penal, posto que consubstanciado em sistemas “sem delito”, “sem lei” e/ou “sem juízo”. Dentre estes, destaca-se o sistema sem delito, que estabelece uma estrutura típica de autor, de mera prevenção, que sequer descreve uma conduta verificável. Nele o Direito e o processo se tornam métodos de prevenção especial de suspeita de delitos possíveis e não de delitos ocorridos.

a ausência do nexo entre pena e delito dissolve em tais casos, inclusive, a garantia da legalidade, ademais dos eventuais vínculos da jurisdicionalidade: a lei que estabelece os pressupostos da medida preventiva, com efeito, corresponde a uma norma em branco, quer dizer, a uma espécie de caixa vazia, preenchida em cada ocasião dos conteúdos mais arbitrários; o juízo ao estar desvinculado de qualquer condição objetiva preexistente e informado por meros critérios de discricionariedade administrativa, degenera em procedimento policial de estigmatização moral, política ou social (FERRAJOLI, 2010, p. 100).

Adiante e de acordo com o anteriormente exposto, o autor estabelece um parâmetro para o que denomina “direito penal máximo” ou irracional e “direito penal mínimo” ou racional, de acordo com o seu distanciamento ou aproximação do SG. Assim, desqualifica o Direito Penal máximo e afirma que o Direito Penal mínimo se caracteriza pela busca da racionalidade e do grau máximo de certeza com a máxima tutela das liberdades.

Com isso resulta excluída de fato a responsabilidade penal todas as vezes em que sejam incertos ou indeterminados os seus pressupostos. Sob este aspecto existe um nexo profundo entre garantismo e racionalismo. Um direito penal é racional e correto à medida que suas intervenções são previsíveis (FERRAJOLI, 2010, p. 102).

Para o autor, em função da impossibilidade de correspondência estrita entre legislação e jurisdição, de modo que o SG é um *standart*, chega-se à conclusão de uma certeza relativa e subjetiva, “cada uma acompanhada de uma forma correlativa

de ‘incerteza’” (FERRAJOLI, 2010, p. 103). Uma é a certeza do Direito Penal máximo, que prefere culpar alguns inocentes para que todos os culpados sejam punidos. A outra é a certeza relativa do Direito Penal mínimo, segundo a qual é melhor deixar que alguns culpados fiquem impunes, desde que todos os inocentes se mantenham nesta condição.

Uma é “máxima tutela da certeza pública” e a segunda é a “máxima tutela das liberdades individuais”

A certeza, ainda que não absoluta, a que aspira um sistema penal de tipo garantista não é no sentido de que resultem exatamente comprovados todos e punidos *todos* os fatos previstos pela lei como delitos, mas que sejam punidos *somente* aqueles nos quais se tenha comprovada a culpabilidade por sua comissão (FERRAJOLI, 2010, p. 103).

Daí porque o SG adota o princípio do *in dubio pro reo*, de modo que, diante da incerteza da culpabilidade pela comissão, mais vale inocentar um culpado do que punir um inocente. Ou seja, toda a premissa do garantismo se baseia na lógica de limitação do poder punitivo estatal através da lei, de modo que a perspectiva é sempre a de que o operador do direito observará a lei e, sendo a lei limitadora, o poder punitivo estatal também será.

Esta já era a perspectiva da qual partiu BELING (1944) ao introduzir a noção de tipo penal, que segundo o seu formulador, sob a denominação de delito-tipo, é avalorativo, estritamente descritivo, pertence à estrita formulação legal e não tem relação com a realidade. Esta noção é trabalhada concomitantemente com o princípio da taxatividade e legalidade, de modo que a tipicidade de uma conduta é o perfeito enquadramento de uma conduta (taxatividade), formalmente considerada e independente da vontade do autor, a uma norma previamente estabelecida (legalidade).

Esta estrutura analítica do delito, apesar de sofrer reformulações eventuais desde a sua formulação na estruturação da escola clássica, não se alterou até o Direito Penal contemporâneo. Ou seja, desde o classicismo se buscou limitar o Direito Penal através da vinculação às disposições abstratas da lei, alterando-se apenas a concepção político-criminal e ideológica de quem a sustenta.

Mostra disso é o fato de que os postulados da legalidade e taxatividade não se alteraram com a inversão do subsídio teórico de fundamentação do Direito Penal da escola clássica para o positivismo criminológico, mesmo que esta alteração tenha

implicado a substituição teórica da defesa liberal individual para a defesa social da coletividade⁹³. Ou seja, a vinculação dos agentes do direito ao disposto na lei é uma premissa que, por si só, não implica limitação do poder punitivo estatal, tampouco vinculação efetiva da atuação do agente do direito ao disposto na norma penal.

No caso da mudança da escola clássica para o período de positivismo criminológico, este pensamento criminal foi sustentado e levado para os discursos político-jurídicos a partir de premissas que pretendiam convencer o cidadão comum e não a comunidade de teóricos do Direito. O princípio da legalidade ou da taxatividade não eram questões de suma relevância e muito menos se apregouou discursivamente a sua extinção. A pretensão era outra.

Assim, o que se verificou na postura do Estado e nos discursos que acabaram por afetar o conteúdo das legislações penais foi a formalização e publicidade estatal da “ideologia da defesa social” construída a partir do positivismo criminológico. Referida ideologia é baseada na lógica do “bem e do mal”, no sentido de que o criminoso é uma anomalia do sistema social, que representa o mal, e deve ser afastado para garantir a tranquilidade dos cidadãos de bem.

Baseia-se ainda na atribuição de relevância significativa à culpabilidade, a partir da lógica de que o crime é um mal à sociedade e o criminoso sabe desse mal e conscientemente viola a norma social. O Estado como representante da vontade social teria, então, legitimação como representante da sociedade e age contra uma parcela antissocial (criminosos) em favor da sociedade.

Constitui-se, ainda, a ideia de que o Direito Penal é igualitário e incidente sobre todos os indivíduos que infringirem a norma penal, elemento presente no decorrer do sec. XX e ainda persistente no discurso teórico⁹⁴. Além disso, consolidou-se a noção de naturalização do Direito Penal, através do discurso de que o Direito Penal protege bens fundamentais para a existência da sociedade e a prática do delito põe em risco a própria existência social⁹⁵. Por fim, fundou-se a ideia de prevenção, no sentido de estruturar um discurso de que a aplicação da lei penal

⁹³ Novamente, deve-se frisar que não se trata de “inovação” exclusiva de algum teórico e tampouco ocorreu apenas com a teoria do Direito Penal, mas foi o resultado da absorção, pelo Direito Penal, de teorias e pensamentos políticos e jurídicos a respeito da postura do Estado frente ao cidadão. Assim, a sociedade do Estado liberal teorizou o Direito Penal liberal e a sociedade do denominado Estado social teorizou sobre o Direito Penal da defesa social, o que é um fato que não surpreende, considerando que o Direito Penal, conforme será explicitado adiante, é muito mais político do que o seu discurso pretende sustentar.

⁹⁴ Conforme se verifica em BRUNO (1959, p. 196), COSTA (1995, p. 7), (NUCCI, 2012, p. 190).

⁹⁵ Conforme verificado quando da análise do discurso relativo ao bem jurídico.

tem a consequência de impedir que novos delitos ocorram (ANDRADE, 1997, p. 136-137).

Esta ideologia da defesa social ainda é visível e bastante significativa para a teoria do crime e para o cotidiano do sistema de justiça criminal. Basta ver, para tanto, a verdadeira “demonização” do traficante no atual contexto histórico brasileiro, como se o traficante fosse o responsável por todos os “males” da sociedade e a sua extirpação a solução – fato este bastante questionável sob uma perspectiva crítica (KARAM, 2009).

Da mesma forma, também a noção de culpabilidade ainda é fundamental para a atual teoria do crime, bastando, para tanto, a análise dos mais difundidos manuais de Direito Penal, de onde se pode verificar a reprodução da ideia de que o dolo é a “vontade livre e consciente” e a culpabilidade o “conhecimento da ilicitude” e a possibilidade “de portar-se conforme o direito”.

A figura do Estado como expressão da sociedade é, também, ainda muito difundida, o que pode ser verificado pela demanda por mais “Estado”, com o incremento do aparato de repressão do Estado e garantia de total liberdade dos agentes estatais responsáveis pela “punição de criminosos”.

Existe uma notável negligência quanto às liberdades civis de suspeitos e aos direitos dos presos, na direta proporção da ênfase sobre repressão efetiva e controle. O reclamo de proteção *do* Estado deu lugar à proteção *pelo* Estado. Garantias procedimentais (...) foram parcialmente proscritas, câmeras de vigilância são comuns nas ruas das cidades e decisões sobre fiança, liberdade vigiada e livramento condicional estão agora submetidas a intenso escrutínio. Nestes assuntos, o público aparenta ser (ou é representado como tal) avesso a riscos e intensamente centrado no perigo da ação deletéria de criminosos livres. O risco de autoridades estatais sem limites, do poder arbitrário e de violações às liberdades civis aparentemente não é mais relevante na preocupação pública (GARLAND, 2008, p. 57) ⁹⁶ (grifo no original).

Este fato é reforçado pela noção de igualdade e naturalização do crime, na medida em que a ideia de aplicação geral e irrestrita da norma penal é sustentada

⁹⁶ Basta ver, para tanto, a notória e pública rejeição ao conteúdo da PEC nº 37 que pretendia limitar e regular a atuação do Ministério Público na investigação criminal. Sob a rubrica de “PEC da impunidade”, o Ministério Público deflagrou verdadeira campanha em diversos meios de comunicação para “demonizar” a proposta, como se tal fosse a constatação de que “criminosos estariam impunes”. Não houve debate ou verificação da fundamentação e possibilidade de alternativas, mas mera rejeição da proposta, como se os responsáveis pela persecução penal fossem legítimos representantes da sociedade e de seus valores, de modo que desnecessária qualquer espécie de regulação da sua conduta.

como realidade a partir da eficiência das agências estatais responsáveis pela persecução penal, com o objetivo de proteger bens fundamentais da sociedade⁹⁷.

Por fim, a ideia de prevenção é, talvez, a mais difundida de todas, tendo em vista que o discurso de prevenção criminal como meio de evitar a prática de crimes é comum. Teoricamente, referida posição é tida com certa mitigação, na medida em que ponderada com a retribuição (mais ligada com a mera punição pelo fato), mas não deixa de ser altamente relevante. Entretanto, é no discurso político que a noção de prevenção se mostra mais visível, o que termina por ser expresso em proposições de legislação cada vez mais repressiva⁹⁸.

A questão, entretanto, não respondida é: quais os efeitos práticos das várias concepções até então tratadas? A aferição empírica do agir nas práticas sociais no sistema de justiça criminal nestes momentos históricos demonstra que tais práticas eram realmente distintas ou as “grandes mudanças” escolares são apenas (ou mais) discursivas que efetivas? Segundo ANDRADE (1997, p. 138-141), o discurso da segurança jurídica se tornou um *standard* repetido pela teoria do Direito sem qualquer reflexão ao longo dos tempos, de modo que é uma ideia que movimenta o Direito, mas sem qualquer pretensão de verificação pragmatista do seu real significado.

Isto porque toda a teoria é baseada no idealismo de um legislador, de uma legislação e de um juiz racional e imparcial, bem como na idealização do Estado como totalmente legitimado para exercer seu poder punitivo. Esta noção de cientificidade do Direito permitiu a idealização de uma lei unívoca, geral e igualitária, aplicada segundo um método científico e neutro, o que seria a garantia da segurança jurídica do cidadão.

A consequência desta idealização é o fato de que o “sistema” jurídico penal passa pela história recente do Direito Penal de forma inalterada. As diversas

⁹⁷ Este discurso é facilmente percebido nos textos que abordam o Direito Penal Econômico, na medida em que o discurso de que o Direito Penal serve apenas para proteger os bens mais importantes e fundamentais da sociedade serve de fundamento para a utilização do Direito Penal para a proteção de bens até então não inseridos no âmbito de abrangência penal, como as normas econômicas e as ligadas aos direitos difusos e coletivos (por todos, PODVAL, 2001).

⁹⁸ Como é o caso de legislações especiais que retiram direitos fundamentais até então aplicáveis, como no caso da lei de tóxicos (Lei nº 6.368/68 substituída pela Lei nº 11.343/06) (BRASIL, 1968 e 2006), lei de lavagem de dinheiro (Lei nº 9.613/98 substancialmente alterada pela Lei nº 12.683/12) (BRASIL, 1998 e 2012) e a lei de organização criminosa (Lei nº 9.034/98 substituída pela Lei nº 12.850/13) (BRASIL, 1998 e 2013), bem como no caso de propostas de lei (como o projeto de lei 6.986/06 que propõe aumentar substancialmente as penas dos crimes contra o sistema financeiro previstos na lei 7.492/86) (BRASIL, 2006 e 1986) e de Emenda à Constituição como as várias que pretendem reduzir a maioria penal para 16 anos.

“escolas penais”, desde o classicismo, do neokantismo ao finalismo, trataram apenas de tentar adequar ontologias criminais nas “corretas” alocações sistemáticas, sem alterar efetivamente o objeto da dogmática jurídica que é a retroalimentação do sistema, o que leva à existência de várias dogmáticas penais, todas elas com a mesma base epistemológica⁹⁹.

(...) nem o causalismo naturalista, nem o causalismo neokantiano, nem o finalismo afetam o núcleo juspositivista da Ciência Penal como Ciência normativa (...) não obstante as significativas diferenças metodológicas internas entre o causalismo, o neokantismo e o finalismo, é mantida a tarefa metódica estrutural da Dogmática consistente na construção jurídica nucleada na exigência do sistema, precedida pela interpretação do material normativo (ANDRADE, 1997, p. 152).

Por esta razão, é possível afirmar que, sistematicamente, a dogmática penal foi pensada, teorizada e colocada como objeto de estudo de modo completamente apartado da realidade social. Tal fato é a principal crítica dirigida à dogmática, não obstante esta crítica ser apresentada de modo difuso e pouco aprofundado, sem qualquer pretensão de rever as estruturas epistemológicas da dogmática penal.

Segundo ANDRADE (1997, p. 159-160), referida debilidade crítica e apatia frente à constância da dogmática tem uma explicação que pode ser pensada. Isto porque se não há uma conexão com a realidade social, há uma conexão funcional-programática com a realidade que fundamenta elementos implícitos do agir no sistema de justiça criminal, elemento este fundamental para aferir a normatividade pragmatista de uma realidade.

Daí que é necessário investigar as funções latentes e reais da dogmática jurídico-penal. Trazendo a questão para a linguagem pragmática adotada na presente pesquisa, é necessário verificar as razões explicitadas do agir do teórico e prático dos que pensam e atuam com base na dogmática penal e as razões implícitas dos mesmos.

A partir deste raciocínio será possível verificar as verdadeiras razões de agir nas práticas sociais levadas a efeito pelos integrantes do sistema de justiça criminal

⁹⁹ É sintomática deste fato a posição da teoria finalista da ação de WELZEL (2001), tida como a grande evolução da teoria do crime no sec. XX. Na realidade, WELZEL (2001) manteve integralmente a dogmática jurídico penal baseada no positivismo normativista anterior, mas partiu de uma concepção ontológica da ação e contrariou o normativismo abstrato e “a priori” do neokantismo. Assim, o dolo e a culpa foram “transferidos” da culpabilidade para a tipicidade da conduta. Não se pretende descartar as vantagens teóricas da teoria finalista, mas sim destacar o fato de que a “evolução” da teoria do crime durante todo este período foi apenas um aprimoramento de um sistema já concebido, sem questionamento das estruturas epistemológicas que o fundamentam.

e verificar porque a manutenção/garantia do funcionamento do sistema jurídico é tão importante para o pensamento dogmático. Também será objeto de questionamento a questão relativa ao conteúdo das normas penais dentro do sistema a ser resguardado, de modo a verificar o nível de importância discursiva e efetiva do conteúdo do Direito e do sistema que o prevê (ANDRADE, 1997, p. 163-166).

O primeiro ponto a ser levantado é a mudança do paradigma da criminologia. A criminologia passa a tomar como objeto de questionamento o paradigma etiológico quando se constata que a dogmática penal é totalmente distante da realidade social, mas funcionalmente conectada a ela. A dogmática penal cumpre algum papel na sociedade, que não o discursivo, mas um pragmático, que serve de fundamento – implícito ou explícito – para as práticas dos agentes envolvidos com o dia a dia do sistema de justiça criminal.

Isto para responder à questão de como compreender a manutenção de um discurso de “garantia” do indivíduo frente ao Estado por tanto tempo sem que este discurso tenha reflexo na sociedade. Como compreender que um discurso de segurança e legalidade dogmática tenha sucesso em diversos regimes políticos, democráticos, autoritários e demagógicos, mesmo sem conexão com a realidade social destes regimes?

Considerando que a mudança paradigmática da criminologia passa da etiologia para a análise do próprio sistema, o objeto de estudo deixa de ser o “delinquente” e passa para o próprio sistema de justiça criminal.

como a relação da Dogmática Penal é com o sistema da Justiça Penal, uma vez que elaborou promessas para serem efetivadas em seu âmbito, a resposta àqueles interrogantes reivindica apelar para a real funcionalidade deste, cuja análise passa a constituir o referencial básico daquele controle (ANDRADE, 1997, p. 170).

A lei é o programa do sistema de justiça criminal, na medida em que não operacionaliza o sistema (ser), mas enuncia como este deve funcionar (dever-ser). Assim, todos os órgãos do sistema, seja a polícia, o ministério público, a justiça, as instituições de execução penal e afins estão todas submetidas sincronica e programaticamente à mesma lei (ANDRADE, 1997, p. 175).

Isto advém do fato de que o Estado moderno agregou ao discurso que o instituiu o “direito” de deter o monopólio do uso da força, de modo que o exercício da violência passa a ser uma prerrogativa das agências estatais. Para viabilizar a

concentração de tamanho poder, o discurso da legitimidade através da legalidade (como mecanismo de contenção desta violência) foi utilizado, de modo a transparecer um contraponto e um mecanismo de controle e segurança do exercício do uso desta força monopolizada.

ao mesmo tempo em que o Estado moderno encontra no sistema penal um dos seus instrumentos de violência e poder político, de controle e domínio, necessitou formalmente desde seu nascimento de discursividades ('saberes' e 'ideologias') tão aptas para o exercício efetivo deste controle quanto para a sua justificação e legitimação (ANDRADE, 1997, p. 176).

Assim, a legitimação do poder de punir estatal se reduz ao enquadramento normativo como limite do exercício deste poder, agregado com as teorias de justificação relativa da pena, que tinham a pretensão corretiva do delinquente. Ou seja, a pena é o meio de contenção da violência que só pode ser exercida pelo Estado, que impõe a pena e exerce a violência por meio da legalidade, de modo que há uma retroalimentação do sistema que se justifica por si mesmo, sem qualquer "necessidade" de interação ou intervenção externa.

O poder de punir é ligado então ao poder da lei, intervenção institucionalizada do Estado por meio da violência, que legitima a violência estatal para conter a violência não estatal. Esta institucionalização é considerada a legitimidade do sistema, autoreferenciada pela enunciação e discurso da dogmática, que reafirma a legalidade como marco de limite, legitimidade e metodologia da "ciência do direito penal".

A partir daí, a legalidade é tratada pela dogmática jurídica já em nível ideológico, na medida em que a legalidade não é questionada, tanto na sua capacidade epistemológica quanto na sua operacionalidade no sistema. A legalidade é, assim, o elemento que faz do Direito Penal um conhecimento que se cria e se auto legitima, posto que existe pela legalidade e é válido pela legalidade, ao mesmo tempo que é conhecido enquanto objeto pela legalidade, de modo que a metodologia de conhecimento e legitimação é a mesma da de criação (ANDRADE, 1997, p. 179).

Agregado ao discurso de utilidade relativa da pena, que também se torna ideológico, o Direito Penal passa a ganhar um espaço significativo no ordenamento jurídico, tendo em vista que o discurso da legalidade/igualdade do sistema com a legitimação pela funcionalidade proporciona uma expectativa (enunciada) de

contenção da criminalidade. A ideia é a inteira conexão entre a previsão legal com a sanção penal, bem como a sanção penal com o alcance das promessas de redução da criminalidade advindas dos discursos utilitaristas das teorias relativas da pena.

Esta ideologia consolidada no sec. XVIII permaneceu inquestionada por todo o sec. XIX e metade do sec. XX, até que na década de 1960 o papel da criminologia começou a ser revisto por alguns teóricos, de modo a dar autonomia ao seu objeto de estudo (ANDRADE, 1997, p. 182). A criminologia deixa de ser pensada como ciência secundária, auxiliar da dogmática penal, para ciência autônoma, epistemológica e metodologicamente independente.

Por consequência, o objeto de estudo desta criminologia também foi questionado, de modo que o estudo do delinquente passa a ser visto como uma metodologia reducionista e pouco efetiva de conhecer o objeto de estudo a ser averiguado. A premissa partiu de um raciocínio que ANDRADE (1997) denomina “impulso desestruturador” e que tem algumas premissas elementares que devem ser enunciadas.

A primeira delas é o fato de que a criminologia tal qual concebida como auxiliar e secundária em relação à dogmática restava condicionada à idealidade do positivismo enunciado pela dogmática e, por isso, carecia de substância teórica de ciências fundamentais para o conhecimento da realidade social, como a história, a política, as ciências sociais e a economia. A criminologia, assim como a dogmática, foram construídas como realidades ahistóricas, apolíticas e isentas de interferências sociais e econômicas, ou seja, uma realidade “própria” que passou a ser evidenciada – posto que sempre existiu.

Por consequência da constatação destes elementos, a criminologia desloca seu objeto de conhecimento do delinquente para o próprio sistema de justiça criminal. A pergunta fundamental da criminologia é, então, alterada e deixa de ser “quem é o delinquente?” para “como funciona o sistema de justiça criminal e quem está nele inserido?”. A indagação é pertinente para verificar até que ponto a promessa da dogmática penal, bem adaptada ao neokantismo e suas consequências nunca abandonadas na teoria do Direito Penal, de relacionar a operacionalidade do dever-ser positivado com ser socialmente vivido.

Ou seja, a pergunta é: o sistema opera como a dogmática diz que ele opera? Ou há outros mecanismos de operacionalização do sistema que não são enunciados pela dogmática? “Que saber pode orientar a análise deste sistema e, por extensão,

o controle funcional da Dogmática Penal? Com base em que saber de controle da funcionalidade do sistema penal se pode controlar a real funcionalidade dogmática?” (ANDRADE, 1997, p. 170-171).

O primeiro questionamento foi a prisão como instituição total e a funcionalidade da pena, com base em pesquisas empíricas e comparativas com as premissas teóricas das funções da pena. O primeiro questionamento da prisão levou à primeira conclusão que, de plano, já elimina toda a cientificidade das premissas teóricas do positivo criminológico.

Isto porque o homem delinquente de Lombroso não era na verdade “o delinquente”, mas “o encarcerado”. Ou seja, Lombroso não pesquisou o homem que comete crimes, mas o homem que vai preso, de modo que o local da sua pesquisa (as penitenciárias) estabelecia um “filtro” que viciou por completo a sua pesquisa. Ou seja, os dados que Lombroso detinha (os presos) não tratavam de uma amostra dos elementos que ele acreditava possuir.

Lombroso acreditava estar diante dos homens que eram delinquentes, mas na verdade ele estava diante dos homens que eram presos, o que, se concluiu, constitui um universo completamente distinto. A primeira conclusão então é a de que a prisão não é exatamente para os delinquentes, mas para um grupo (ainda desconhecido) de pessoas, de modo que o passo seguinte e necessário foi a extensão deste olhar diferenciado para todo o sistema de justiça criminal e não só para a prisão (ANDRADE, 1997, p. 185).

Assim, surgiram os primeiros elementos da denominada criminologia crítica, que tinha por objeto não o delinquente, mas o próprio Direito Penal e o sistema de justiça criminal. Das pesquisas que passaram a “olhar” efetivamente para o sistema, independente dos enunciados idealistas e ideológicos da dogmática penal, constatou-se que o discurso do Direito Penal não se verificava na realidade.

O moderno Direito Penal de legalidade e garantias do indivíduo contra o arbítrio do Estado não se verificava nas práticas do sistema de justiça criminal e a evolução do sistema, através dos conflitos de escolas penais, nada mais era que discurso teórico vazio de operacionalidade. Independente da escola, independente da teoria e da “modernização” do Direito e da dogmática penal, o sistema de justiça criminal continuava a operar da mesma forma.

a história oficial da emergência do moderno sistema da justiça penal é precisamente a representada pelo discurso jurídico declarado que, desde uma visão linear e idealista da história a contou como produto de uma evolução progressiva da “barbárie” ao “humanismo”, comandada pela evolução das ideias pelo e para o homem (ANDRADE, 1997, p. 189).

A crítica então recoloca o sistema de justiça criminal na história, no contexto social e econômico, para afirmar que o sistema de justiça criminal não existe de modo autônomo, apartado da realidade social e das funções e poderes reais nela inseridos. Além disso, a construção epistemológica do Direito Penal da dogmática não advém de uma evolução de estudos próprios, mas da “adequação” do Direito Penal aos conceitos do Direito em geral, que também são resultado de condicionantes do próprio sistema social inserido, de modo que o seu discurso é tão idealista quanto todo o discurso positivista, desde a filosofia às ciências naturais e sociais.

Ou seja, a ciência tal qual concebida pelo positivismo iluminista e apropriada por tantos outros saberes além do Direito é ideológica e oculta em seu discurso falhas metodológicas que passaram a ser impossíveis de ignorar no decorrer do sec. XX. Por isso mesmo, o conhecimento do sistema penal só pode ser coerente se contextualizado no tempo e no lugar, de modo que o conhecimento do funcionamento do sistema que proporcionará a elaboração de um conhecimento efetivo e não de uma produção idealista e ideológica do Direito Penal.

Para tanto, é fundamental compreender que processos como os de industrialização, os conflitos internos e internacionais em determinados lugares, posições políticas e ideológicas, o desenvolvimento do capitalismo e do mercado são mecanismos de alteração da realidade e das práticas do sistema de justiça criminal. Ou seja, a atuação dos agentes do sistema de justiça criminal se altera na medida em que incidem condicionantes muito maiores que o próprio sistema, independente da determinação abstrata da lei.

trata-se então de romper com este enfoque jurídico abstrato, no qual a pena é concebida como epifenômeno do crime (seja como retribuição proporcionada a ele ou como sua prevenção) para recolocá-la e explicá-la no marco da relação histórica entre os diversos sistemas punitivos e os sistemas de produção em que se efetuam, desde a escravidão, passando pelo feudalismo e, em especial, a relação entre o modo de produção capitalista e a afirmação da prisão, a partir do final do século XVIII, como método punitivo central. A pena, superestrutura punitiva, é vinculada à estrutura econômica da sociedade e a partir dela é explicada (ANDRADE, 1997, p. 192-193).

O crime não existe como um dado natural, assim como a pena¹⁰⁰. Na realidade, não é a lei que evidencia o crime e o criminoso, mas a lei que cria o crime e o criminoso e o sistema, de acordo com as suas condicionantes, vai se voltar contra aqueles que, de alguma forma, impedem a manutenção deste sistema. O sistema capitalista criou uma massa de miseráveis que começou a se aglomerar nos grandes centros urbanos e criou uma “ameaça” à ordem do sistema de produção capitalista, o que gerou a necessidade de contenção dessas massas.

Entretanto, em função do seu número, as penas corporais passaram a ser mais arriscadas, posto que poderiam gerar revoltas populares em grande escala (BATISTA, 2011, p. 25). Além disso, os agentes do crescente capitalismo de mercado tinham necessidade da mão de obra para o trabalho industrializado, de modo que a morte seria verdadeiro “desperdício” de material produtivo.

Assim, a pena corporal e de morte e os suplícios foram “humanizadas” para a pena de prisão, que é temporária. Este dado foi reforçado pelo fato de que o sistema de justiça criminal se volta predominantemente para a massa da população sem capacidade econômica e socialmente excluída. Até porque toda a estrutura ideologicamente enunciada pela dogmática penal exige um aparato de conhecimento e de disponibilidade que a maioria da população pobre não possui, até porque a própria estruturação do sistema impede o acesso da população pobre a essas benesses sociais.

As escolas penais tiveram o único objetivo de construir um saber/poder que classifica, hierarquiza, desistoriciza e despolitiza a luta dos pobres. Assim, os elementos de metodologia sociológica, positivismo, funcionalismo e teoria dos sistemas nada mais fazem que encobrir o fato de que os pobres são o alvo do sistema penal (BATISTA, 2011, p. 14).

Desta forma, as “garantias” do Direito Penal terminaram por determinar duas consequências, quais sejam, a superproteção daqueles que detinham os meios de exercícios das garantias enunciadas, garantindo que ações ilícitas não fossem alcançadas, mesmo que apresentadas ao sistema de justiça criminal; ao mesmo tempo, a ausência de possibilidade de acesso a estas garantias determinou uma

¹⁰⁰ Como afirma CASTRO (1913, p. 29-30), “entre os egypcios ser ladrão era uma profissão lícita, legal, reconhecida pelo Estado. O individuo inscrevia-se publicamente como ladrão, depois de haver praticado um brilhante furto. A legislação de Lycurgo prescrevia a aprendizagem do furto para todos os jovens espartanos, afim de tornal-os ageis e destros” (sic).

superexposição das classes pobres ao sistema de justiça criminal, garantindo que o Direito Penal e a pena fossem exercidos contra a massa pobre, ou seja, contra aqueles que não se “adequavam” e eram inservíveis ao sistema de mercado ascendente (ANDRADE, 1997, p. 194).

Verifica-se aqui uma adequação clara em relação ao que se concebeu por infração penal econômica. No caso, a infração serve como metódica de garantia daquele que possui disponibilidade econômica contra aquele que não a possui.

Por consequência, aquele que possui disponibilidade econômica tem acesso a um sem número de garantias processuais penais e tampouco apresenta uma necessidade de contenção do sistema em que se inclui. Ao contrário, aquele que não possui disponibilidade econômica e atinge a propriedade privada não possui o aparato de garantias necessário para se defender nas estruturas do sistema de justiça criminal e ainda representa uma ameaça ao sistema do qual se encontra excluído.

Ou seja, o Direito Penal e a pena são reflexos das necessidades do sistema econômico e social então vigente. Com a necessidade de mão de obra, o sistema aboliu a pena de morte e as de suplício. Entretanto, com o excesso de mão de obra contingente e não absorvida pelo mercado, o sistema colhe este excesso de contingente e o contém na prisão, como forma de “sanear” o mercado.

Como se pode concluir, preliminarmente, as escolas penais e a “modernização” do Direito Penal e da dogmática penal pouco têm de relevância na realidade do funcionamento do sistema de justiça criminal. É a realidade concreta do Estado e do mercado que vai definir o objeto e alcance do Direito Penal e a atuação dos agentes do sistema de justiça criminal.

O Direito Penal e a pena, desde a sua constituição, na realidade têm o papel de alcançar os indesejáveis, independente do estabelecimento de qualquer formalidade institucionalizada. Isto porque o que é ilegal não necessariamente afeta a funcionalidade do sistema, mas deve permanecer ilegal como enunciado discursivo de afetação hipotética dos órgãos de repressão.

Em outras palavras, o sistema de justiça criminal tem o objetivo de gerir ilegalidades, saneando quais ilegalidades serão punidas e quais ilegalidades não serão punidas, tudo na medida da adequação e da afetação do sistema social e de mercado em que se insere. As ilegalidades, que não são relevantes como afetação da funcionalidade do sistema, não serão objeto de ataque e, por consequência,

permanecerão ilegais e não punidas (ANDRADE, 1997, p. 196). Ou seja, o saber produzido pela dogmática penal na realidade serve de instrumentalização para o exercício do poder diferencial do sistema de justiça criminal, de modo a gerir as ilegalidades de modo desproporcional para garantir o ataque contra as ilegalidades que afetam e para “administrar” as ilegalidades que não afetam.

Logo, a aplicação do Direito Penal no sistema de justiça criminal não é igual como enunciada pelo discurso da dogmática penal, como se a publicação de uma norma penal tivesse por consequência a busca pelos indivíduos que a infringem para que sejam submetidos às sanções penais. Ao contrário, o sistema de justiça criminal e seus órgãos agem contra determinados indivíduos que praticam determinadas condutas previamente constituídas como desviantes, de modo que só é criminoso quem é “desenhado” como criminoso e está no núcleo de ação do sistema e não quem pratica uma conduta prevista em uma lei penal¹⁰¹.

A isto se soma o pensar criminológico a partir de uma perspectiva sociológica, para repensar a realidade cultural e social e compreender as condutas etiquetadas como criminosas. Uma das mais representativas teorias a respeito é a denominada de interacionismo simbólico, que muito se assemelha às propostas básicas do pragmatismo, adotado no presente trabalho como metodologia de pensar a realidade.

Semelhante à perspectiva do pragmatismo, o interacionismo simbólico parte da ideia de que a realidade não é idealizada e o mundo não é estático, de modo que a realidade nada mais é do que o resultado de uma construção social obtida através da interação entre os indivíduos em determinado contexto. Desta forma, os conceitos de verdade/falsidade, de correto/errado, lícito/ilícito não são estáticos, mas dinâmicos e contextualizados, de modo que não é a lei que define essencialmente tais conceitos, mas realidades dinâmicas que se sucedem e se alternam diuturnamente.

Ou seja, a construção dos conceitos de crime e criminoso, de ilícito e de criminalidade não é compartilhada por todos os indivíduos igualmente, como se a lei

¹⁰¹ Trata-se, em síntese, das conclusões acerca da teoria do *labelling approach*, segundo a qual há uma “etiqueta” de criminoso para determinados indivíduos e para outros não, de modo que a probabilidade de uma pessoa ser “colhida” pelo sistema não se mede pelo fato que cometeu ou não, mas pela sua adequação à etiqueta ou não (ANDRADE, 1997, p. 201). Trazendo a lógica para o Brasil, conforme se tentará demonstrar adiante, não basta cometer um crime para ser punido, mas deve-se cometer um crime (ou não) e ser pobre, preferencialmente negro, do sexo masculino, sem escolaridade e residente nas periferias e favelas dos grandes centros urbanos.

informasse de modo ideal e *a priori* o que é correto ou não para qualquer pessoa. Ao contrário, tais conceitos são contextualizáveis e perceptíveis a partir da análise da interação intersubjetiva entre os agentes que atuam naquele determinado contexto.

As interações intersubjetivas entre estes agentes é que determinarão estes códigos e, por consequência, determinarão as condutas dos agentes que atuam naquela realidade. A este respeito, BATISTA afirma e relata que

(...) grupos sociais heterogêneos desenvolvem 'definições favoráveis à violação da lei'. Como diria um dos garotos que encontrei na minha pesquisa sobre drogas, falando da morte pela polícia de um comerciante varejista de drogas ilícitas de uma das favelas do Rio de Janeiro, 'ele não tinha feito nada, não roubou, nem matou'. Já os profissionais liberais que sonegam não se sentirão criminosos, mas como parceiros de seus clientes na busca de um preço melhor (2011, p. 71).

A questão então é compreender “quem” e “como” são determinados os conceitos de lícito e ilícito para selecionar os indivíduos a serem colhidos pelo sistema de justiça criminal. Inclusive compreender se o conceito de lícito/ilícito é compartilhado por este indivíduo, ou seja, se ele legitima a violência estatal contra ele perpetrada ou se a interação simbólica, ou seja, os conceitos pragmatistas e intersubjetivamente compartilhados por ele divergem do discurso oficial.

Independente disto, quem tem poder de “criar” o desvio e direcionar a ação repressiva estatal contra o desvio determina o funcionamento do sistema de justiça criminal, independente do disposto na lei penal. Ou seja, as agências de controle do sistema de justiça criminal não detectam o crime e o criminoso, mas o constituem, de modo que selecionam os submetidos ao sistema e, com isso, constroem a “criminalidade oficial”.

Por consequência, estudar a estrutura das leis penais formais publicadas e alocadas no rol dos denominados crimes econômicos pouco dirá a respeito das razões que legitimam qualquer espécie de reação a determinadas condutas. Ao contrário, deve-se buscar além da norma, a partir da realidade concreta do sistema de justiça criminal, para se ter um panorama mais próximo da realidade e, a partir daí, compreender as razões pragmáticas e as inferências materiais que legitimam o discurso dos agentes que atuam no sistema de justiça criminal.

Assim, é possível, superando o erro metodológico de Lombroso, chegar a duas conclusões preliminares. A primeira é a constatação de que não são as normas penais as responsáveis pela dimensão operacional do sistema de justiça criminal.

Não é a lei penal que constitui a normatividade programadora que determina a operacionalidade do sistema e da atuação dos seus agentes.

A segunda constatação se refere ao fato de que, em função do primeiro elemento, a lei penal nada mais é do que um discurso “legitimador” de uma prática encoberta por uma normatividade não explícita. Ou seja, a teorização do Direito Penal baseada na positividade da lei penal acaba por legitimar a existência de uma estrutura que tem a sua normatividade pragmatista fundada em outras leis implícitas.

Esta segunda constatação tem dois desdobramentos. O primeiro é o fato de que a dimensão legítima do sistema de justiça criminal, ou seja, a dimensão programadora que efetivamente operacionaliza o sistema, não é explicitada e, por isso, é isenta de fundamentação de suas práticas e tampouco tem seus limites questionados por quem quer que seja. Enquanto os teóricos do Direito Penal se ocupam com a dimensão teórica positivista do conteúdo abstrato das leis penais, o sistema opera indene de críticas e desobrigado de fundamentar a sua operacionalização, pois seus elementos não são objeto de questionamento.

O segundo desdobramento se refere ao fato de que a fundamentação teórica e criminológica que se pretende aplicar às infrações penais econômicas acaba por tornar-se um metadiscurso jurídico penal. Isto porque o Direito Penal positivista já se apresenta como um discurso de pretensa legitimação que na realidade acaba por encobrir outra normatividade operacional.

Some-se a isto o fato de que o discurso do Direito Penal Econômico parte de uma premissa de atuação deste sistema criado apenas em nível abstrato (Direito Penal positivista) para incidência em outras dimensões ainda mais impassíveis de alcance pela norma penal (agentes econômicos inseridos no sistema de mercado). Ou seja, se o Direito Penal positivista é, na origem, uma metódica de gerenciamento desigual das ilegalidades (discurso), o Direito Penal Econômico é a metódica de convencimento da legitimidade deste gerenciamento para o tratamento de ilegalidades completamente imunes ao Direito Penal (metadiscurso).

Isto porque o discurso de justificação das normas de Direito Penal Econômico tem por premissa a funcionalidade e igualdade do Direito Penal, ou seja, o discurso que fundamenta a teorização sobre o Direito Penal Econômico só funciona se se partir da premissa de que a norma penal é isonômica e incidente de forma igualitária para todos. Assim, trata-se de um discurso teórico construído sem a pretensão de

que tenha normatividade pragmatista verificável e ainda baseado em outro discurso que não tem sua normatividade pragmatista verificada.

Se para BATISTA (2011) a criminologia positivista e a sua subserviência à dogmática penal fazia desta o “discurso do discurso” do Direito Penal desigual, a teoria que trata do Direito Penal Econômico também acaba por constituir o “discurso do discurso” do “direito penal igual” – que nada mais é que a consolidação e aprofundamento da desigualdade jurídica. Tais elementos trazem consequências imediatas para a compreensão da lei penal e da funcionalidade do sistema de justiça criminal, conforme será verificado nos itens seguintes.

4.2 Os efeitos do discurso

O crime não é um dado ontológico, não está na natureza, mas é criado histórica e socialmente a partir de medos e perigos concretos. Não obstante, a metodologia pode afastar mais o objeto do que aproximá-lo. Para BATISTA (2011, p. 15-21), foi o que ocorreu com a criminologia, surgida no sec. XIX com um discurso e uma suposta natureza médico-jurídica.

Entretanto, a questão criminal não deve ser vista a partir de uma perspectiva médico-jurídica, de descoberta e “tratamento” do delinquente. A questão criminológica é a busca pela compreensão dos mecanismos de criação da norma penal a partir do reconhecimento de condutas socialmente desviantes e a reação social (formalizada ou não) a estas (BATISTA, 2011, p. 16).

Para tanto é necessário superar a noção de que a técnica estabelecida pelo direito positivo é ciência, na medida em que uma não é sinônima da outra. Deve o jurista superar a técnica e buscar conhecer a História, a Filosofia, a Sociologia, etc. para compreender a questão do crime e do criminoso e não replicar uma técnica prevista abstratamente na lei positiva como se fosse construção de conhecimento científico (BATISTA, 2011, p. 16).

A ideia de ciência positiva trazida e ainda permanente no Direito faz com que a criminologia e a teoria do Direito Penal se torne um mero repetidor do discurso da dogmática penal, como que descrevendo escolas do pensamento criminológico e dos discursos que fundamentam o saber/poder criminal. Ou seja, a criminologia e a teoria do Direito Penal se tornam um discurso completamente afastado da realidade.

Cabe ao pensamento criminológico se afastar da dogmática penal positivista e procurar a fundamentação real da ação dos agentes do direito que atuam diretamente com o sistema de justiça criminal. Em termos pragmatistas, a questão é evidenciar que, apesar das várias escolas penais, do pensamento criminal e das mudanças deste pensamento, a funcionalidade do sistema de justiça criminal permanece semelhante.

A nossa história não é linear, nem evolutiva; ela é feita de rupturas e permanências. Se a história da criminologia é uma acumulação de discursos, podemos ver o positivismo como uma grande permanência: transfigurado em funcionalismos, estruturalismos e outros ismos, mas sempre lá, como um corpo teórico, uma maneira de pensar e pesquisar que sempre nos afastou do nosso povo. Aliás, a pergunta de Zaffaroni (como pôde Lombroso florescer na Bahia?) é atual: que dispositivos foram necessários para inculcar tão profundamente um corpo teórico que é contra nós mesmos? (BATISTA, 2011, p. 17).

A questão deve ser repensada desde o *Malleus Maleficarum*, que introduziu uma noção ontológica de mal e de expiação pela dor, o que permitiu um padrão de pensamento criminológico a partir de uma perspectiva etiológica¹⁰². Daí em diante, a questão criminal, quaisquer que fossem seus objetivos, se pautou pelo discurso do combate contra o mal e sua expiação para a consolidação e manutenção da ordem e do poder que a estabeleceu (BATISTA, 2011, p. 18-19).

Aqui, sem se preocupar detidamente com uma organização cronológica do pensamento, é o momento onde se pode compreender um dos movimentos que realmente balizam a atuação dos agentes do Estado que atuam no sistema de justiça criminal. Isto porque a demanda por ordem leva a uma pergunta anterior sem a qual não é possível entender a primeira: ordem de quem? Ordem para quem? Ordem de quê? Ordem para quê?

Neste contexto são retomados os conceitos econômicos abordados no início da presente pesquisa. A ordem é do sistema capitalista erigido em quase todo o lado ocidental do globo desde a modernidade. A ordem é para os inseridos no sistema e existe para garantir que aquele que possui capacidade financeira para ter acesso a bens escassos possa usufruir deste benefício sem empecilhos. A ordem é de

¹⁰² “A objetificação do ‘herege’ ou da ‘bruxa’ pressupunha uma possibilidade técnica de domínio: técnicas de interrogatório, diagnóstico, construções da identidade ‘criminal’ e incorporação de identidades ‘criminosas’” (BATISTA, 2011, p. 24).

segurança para a execução das trocas comerciais, do consumo e do usufruto do patrimônio por quem o possui. A ordem é para que a propriedade seja garantida.

A questão criminal se relaciona então com a posição de poder e as necessidades de ordem de uma determinada classe social. Assim, a criminologia e a política criminal surgem como um eixo específico de racionalização, um saber/poder a serviço da acumulação do capital. A história da criminologia está, assim, intimamente ligada à história do desenvolvimento do capitalismo (BATISTA, 2011, p. 23).

Esta visualização só foi possível a partir da independência da criminologia e da política criminal em relação à dogmática penal, quando da exclusão e da diminuição destes saberes a meros auxiliares da dogmática. Ou seja, a partir do momento em que a criminologia deixou de ser um metadiscurso da dogmática e passou a ser tratada como um saber autônomo e com métodos próprios.

Isto permitiu analisar a história e verificar que o discurso da racionalidade surgido desde o sec. XIV e fortalecido até seu máximo no sec. XVIII desconhecia a realidade com que lidava e traduzia um idealismo que negava a barbárie da industrialização da Europa. Para tanto, o paradigma etiológico até então adotado é bastante eficaz para afastar a ideia de igualdade propagada pela burguesia e contra as aspirações revolucionárias que permearam este período histórico.

A ideia do mal ontológico, do criminoso nato, permite a seleção de “quem” será submetido ao sistema de justiça criminal, independente do “que” aconteceu. O crime não é relevante pelo fato, mas pela tendência fisiológica ao crime do criminoso.

Contra os perigos revolucionários da ideia de igualdade, nada melhor do que uma legitimação ‘científica’ da desigualdade. O criminoso, agora biologicamente ontológico, vai demandar mais pena, mais poder punitivo indeterminado: corrigir a natureza demanda tempo (BATISTA, 2011, p. 26-27).

Somente no sec. XX com a escola criminológica de Chicago, principalmente a teoria da anomia de Durkheim trazida para a criminologia por Merton, que a criminologia deixou de compreender o crime como uma manifestação natural. A teoria da anomia estudada por Merton permitiu compreender a proximidade entre a criminalidade e a pobreza, posto que, em função da conjuntura econômica do período, foi possível esclarecer que a carência material leva a pressões que superam a noção de livre arbítrio.

A partir destas ideias e de outras então produzidas, bem como da leitura criminal da obra marxista, foi possível construir já na década de 1960 a criminologia crítica. A maior expressão desta nova criminologia é a “virada” epistemológica da criminologia, quando o paradigma etiológico é abandonado para uma abordagem crítica do próprio sistema de justiça criminal.

Ou seja, a questão deixa de ser “quem é o criminoso?” e passa a ser “quem é criminalizado?” ou “quem é selecionado para o sistema?”. A pesquisa deixa de tentar buscar um criminoso nato, mas buscar no discurso jurídico penal e nas práticas da justiça criminal os mecanismos que levam a um processo de criminalização de uma parcela da população (BATISTA, 2011, p. 27).

Ocorre que, apesar do grande impacto teórico da mudança de perspectiva, o alcance é escasso e a importância prática é pouco visível. Isto porque o paradigma etiológico não só não foi abandonado, como vem sendo reforçado. O atual estágio da história, estruturado em uma perspectiva neoliberal adotada a partir do consenso de Washington, promoveu e vem promovendo um nível de barbárie comparável à primeira industrialização. Por consequência,

para conter as massas empobrecidas, sem trabalho e jogadas à própria sorte, o neoliberalismo precisa de estratégias globais de criminalização e de políticas cada vez mais duras de controle social: mais tortura, menos garantias, penas mais longas, emparedamento em vida... A mídia, no seu processo de inculcação e utilização do medo, produz cada vez mais subjetividades punitivas. A pena torna-se eixo discursivo da direita e de grande parte da esquerda, para dar conta da conflitividade social que o modelo gera (BATISTA, 2011, p. 28).

A ideia de delito é, ainda, conectada com a de infração moral e a pena pública com a de castigo, principalmente difundida pela metódica de trabalho da Inquisição (BATISTA, 2011, p. 31). Ou seja, a pena é a expiação do pecado, e a confissão e o controle dela advindo foram os mecanismos de submissão e assujeitamento estabelecidos no Concílio de Latrão, em 1215.

Essa apropriação da pena/infração com o castigo/expiação permitiu a aglutinação da imputação e da aplicação do castigo através de um corpo profissional que cria um sistema autorreferenciado que coloca em funcionamento um mecanismo que, herdando os preceitos da inquisição, vai “unir simbolicamente a culpa com o castigo” (BATISTA, 2011, p. 31). Assim, a gestão pública do sistema de justiça criminal surgiu da interseção entre a pena pública (Direito) e a expiação do pecado

(religiosa), de modo que os mecanismos de programação e funcionalidade do sistema foram implementados não para apurar as condutas previstas na lei, mas para perseguir os pecadores.

A ascensão da “ética protestante com o espírito capitalista”, como retratou Durkheim, deve ser somada a este fato, com a constituição de elementos tipicamente capitalistas como adjetivos religiosos positivos (graça) em contraponto à construção dos elementos contrários (pecado) como criminosos¹⁰³. A partir daí, a consolidação do pecado na lei penal foi mera consequência prática.

A ideia de ascensão social como “graça”, superando a lógica de pobreza sustentada pela Igreja Católica aos seus fiéis, foi determinante para tornar a riqueza símbolo de sucesso e “benção”, afastando tais “agraciados” do rótulo de criminosos ou indesejados. Ao contrário, quem comete crime comete pecado e quem não tem ascensão social não tem a graça de deus, de modo que o “desgraçado” já é indesejado. E se este atenta contra um agraciado (propriedade) deve sofrer a sanção para a expiação do seu pecado¹⁰⁴.

O resultado deste processo de aglutinação e profissionalização da busca pelo pecador e da expiação do pecado foi o trabalho implementado não só de desumanização do criminoso (pecador), mas de demonização deste criminoso (BATISTA, 2011, p. 32) O resultado é a transfiguração do criminoso pelo mal, com o demoníaco e com tudo aquilo de pior que existe, de modo que este pecador deve

¹⁰³ Não por outro motivo a ideia de “ressocialização” do condenado é associada até hoje com a sua adesão a um culto religioso. Veja-se que o art. 11, IV da Lei 7.210/84 (BRASIL, 1984) estabelece como assistência devida ao preso a assistência religiosa, ao lado de assistências como a educacional e social. Além disso, o sistema de execução penal mais fomentado pelo sistema justiça criminal em Minas Gerais e em muitos Estados do Brasil são as APAC’s, Associações de Proteção e Assistência aos Condenados. Neste sistema, o condenado deve assumir e atuar ativamente em um seguimento religioso, mais precisamente o cristianismo, de modo que todo o sistema de execução penal é baseada no doutrinamento religioso. Mário Ottoboni, criador das APAC’s é descrito na obra que conta o histórico desta instituição da seguinte forma: “Amando o próximo, amarás a Cristo. Esta frase expressa toda a espiritualidade de Dr. Mário Ottoboni (...) É uma espiritualidade baseada no êxodo: alguém que sai de si e vai ao encontro do outro. Alguém que ruma em busca de uma Terra Prometida: a civilização do amor. Mário Ottoboni carrega acesa a viva chama da esperança de um mundo melhor, onde o Reino de Deus aconteça aqui e agora. Alguém que está a serviço, a exemplo de Maria de Nazaré. Sua vida toda é marcada por esta esperança e pela crença na pessoa humana, imagem e semelhança do Deus vivo e presente na história. Conhecendo o dia-a-dia de Mário Ottoboni, sua vida de espiritualidade, podemos dar-lhe o seguinte título: O missionário de Jesus Libertador” (SILVA, 2004, p. 52).

¹⁰⁴ Não é por outro motivo que a pena ainda se sustenta sob um discurso de “ressocialização”, o que evidencia que a pena serve para quem não é socializado, para quem não foi “agraciado” com as benesses da vida social e precisa desta reprimenda para voltar ao convívio social. A questão a ser colocada é se o banqueiro, o empresário, o servidor público, ou qualquer outro indivíduo com pleno acesso a todas as benesses sociais que comete um crime precisa ser “ressocializado”, na medida em que não ostenta o arquétipo de criminoso – posto que é agraciado e, portanto, não é pecador.

ser extirpado do convívio social como condição de garantia da graça dos demais membros da comunidade.

O discurso criminológico é rico em implementar figuras demoníacas no contexto jurídico legislativo para garantir a desumanização do criminoso e permitir uma instrumentalização punitiva contra o perseguido sem qualquer contestação pública. Desde a bruxa e o herege, o judeu, o socialista, o terrorista e, trazendo para uma realidade atual e tipicamente brasileira, o traficante, são alguns dos variados exemplos dos arquétipos de demonização que permitem o encobrimento de elementos fundamentais para a compreensão da realidade e legitimam a violência estatal contra as massas (a serem) excluídas¹⁰⁵.

Toda a construção discursiva do Direito Penal, desde a sua aglutinação e profissionalização teve como eixo a propriedade e os mecanismos de proteção da propriedade e a contenção daqueles que contra ela poderiam atentar. A grande questão então era garantir o contingente necessário e conter o desnecessário.

O mecanismo mais eficiente foi a linguagem, a criação de discursos criminológicos de desumanização e, posteriormente, de patologização do crime e do criminoso, todos voltados para as massas que deveriam ser exploradas e contidas.

ao engendrar novas relações sociais, novos conflitos e novas necessidades de ordem, a acumulação de capital vai produzir, entre os séculos XIV e XVII, a repressão à vadiagem, as leis de expropriação de terras comuns, as primeiras leis dos pobres (...) é nesse momento que Foucault situa a união das técnicas contra a lepra com as técnicas contra a peste que constituirão a medicina social mais adiante: expulsar internando e incluir disciplinando. Começa a surgir a figura do 'sequestro institucional', que permitirá separar o pobre inocente do pobre culpado (BATISTA, 2011, p. 35).

Além disso, o racionalismo iluminista insere neste caudal de construção conceitual do crime e do criminoso a ideia de classificação e massificação, onde a lei será tratada como o elemento fundamental de equalização e racionalização das medidas punitivas. O aumento das massas populacionais pobres ensejava a necessidade de implementar mecanismos de contenção mais eficientes e menos rudimentares, tendo em vista que o discurso iluminista da revolução francesa não poderia transpor os estritos limites da burguesia ascendente que o sustentava (BATISTA, 2011, p. 37).

¹⁰⁵ Conforme especificado por DAL RI JÚNIOR (2006) e ZAFFARONI (2007) em cada contexto histórico criminal.

Os códigos, com a sua legalidade e exegese, passam a ser o limite e fundamento de legitimação de condutas uniformizadas pela racionalização da lei sistematicamente construída. A pena é, então, instrumento de racionalização do dever de expiação do pecado (crime), aplicado sob o discurso da igualdade e da legalidade, ratificando o discurso de mitigação do poder estatal como uma etapa da “evolução” em relação ao antigo regime.

Estes discursos evolucionistas e racionalizadores fizeram do positivismo, segundo BATISTA (2011, p. 41), mais que um discurso jurídico, mas uma cultura, repetida em quase toda instância de pensamento do Direito. O positivismo é, assim, mais uma ideologia do que uma teoria, aplicado sem crítica, sem “ousar” criticá-lo, obediente ao discurso da segurança que a “lei escrita e a lei estrita” geram para o “cidadão”.

A ciência iluminista é colocada no lugar do deus medieval e cultuada como método inquestionável de pensamento, segundo o qual aquele que a ela não cedesse reverência estaria excluído terminantemente de qualquer consideração. Esta mesma ciência tratou de desigualar os desiguais, de encontrar “cientificamente” as idiossincrasias biológicas com elementar deslocamento para o contexto social, fundamentando a segregação do negro, do anormal, do doente social incorrigível.

O objetivo é a normalização e uniformização, é o positivismo como saber/poder de impor um padrão moral e moralizante através da lei, de modo a impor padrões de correção universais. A lei, com o seu discurso de isenção e afastamento científico, na realidade tem o objetivo de impor um comportamento moral e segregar os comportamentos dissonantes.

Não obstante, a lei é tratada como realidade científica e inquestionável. A grande diferença enunciada pelos juristas entre o direito moderno e o direito antigo era a certeza positiva da lei, ou seja, o seu determinismo matemático com a sua promessa de segurança jurídica. O discurso encobridor de realidades se transformou em ideologia, seguida e propagada como a verdade universal e inquestionada da ciência do Direito. Em um processo de retroalimentação, a ideologia positivista criou o mito da lei.

Segundo GROSSI (2004), de fato o direito medieval era essencialmente informal, baseado em grandes leituras dos sábios e estudiosos que, a partir delas, renovavam seu conteúdo de modo a conformá-lo aos fatos sociais que lhe eram subjacentes naquele momento. As práticas jurídicas eram profundamente marcadas

por aspectos religiosos, costumes, práticas comerciais, etc., de modo que as regulamentações não emanavam de uma autoridade superior na maioria dos casos, mas eram subjacentes à realidade em que estavam inseridas.

A autoridade pública pouco interferia nestes aspectos práticos da vida, posto que a arraigada estratificação religiosa fazia com que o Direito fosse tido como algo cognitivo. Ou seja, o Direito estava posto, revelado, e cabia ao intérprete de acordo com elementos fáticos aplicá-lo à realidade.

Assim, o direito medieval tinha por característica uma fonte de legitimação profundamente religiosa, de modo que as práticas ordinárias eram marcadas por um zelo de aplicação a qualquer custo da lei divina – considerada imutável. Além da legitimação mítica, que estabelecia um determinismo factual e uma atividade de mero reconhecimento cognitivo do jurista, as práticas locais, subjacentes às atividades que permeavam as comunidades, eram formas de imposição de uma crença a quem quer que fosse pelo único fato de se tratarem da lei divina.

Com o advento da modernidade, a estrutura jurídica medieval começa a perder espaço. A necessidade de racionalização do poder faz emergir um discurso jurídico diverso, com o objetivo de separar deus e a religião das práticas de poder e, com isso, garantir certeza e previsibilidade ao Direito.

O discurso jurídico, a partir da modernidade, passa a refletir a concepção da individualidade da pessoa, resultado das mudanças sócio-políticas daquele período histórico. Buscava-se dar legitimidade racional ao Direito, para garantir certeza jurídica e escapar da “tirania” do Papado e do poder político da Igreja Católica, que se valia do mito religioso para usufruir de poder ilimitado. O mito e o poder religiosos são vistos, portanto, como um fato negativo, limitador, que impregnam a realidade de dados falsos e concedem poder ilimitado a determinadas autoridades religiosas.

Assim, o pensamento jurídico moderno, consolidado depois pelo positivismo filosófico e jurídico, foi tomado por um discurso de fundamentação profundamente diverso do pensamento jurídico medieval. E, segundo GROSSI (2004), há um antecedente fundamental para compreender esta mudança, qual seja, a apropriação pelo monarca da produção do Direito.

A partir deste período, a lei ganha uma pretensão de dimensão muito maior do que a que anteriormente assumia, na medida em que passa a regulamentar (ou a pretender regulamentar) não mais a vida privada, como antes, mas todos os fatos da vida. Ou seja, há uma inflação de normatização pelo monarca que já não encontra

aplicabilidade e fundamentação a partir de práticas e entendimentos imanentes às manifestações divinas, mas a partir das ordenações emanadas da autoridade.

E, o que é mais sintomático, a fonte de legitimidade da norma é transposta da sujeição às regras religiosas e mitológicas (autoridade divina) para a fonte de emanção imediata das mesmas (autoridade terrena). Ou seja, a lei ganha legitimidade não porque é expressão de uma cognição da ordenação divina, mas porque foi produzida pelo único poder legiferante aceito, qual seja, o rei – ou, no mínimo, uma autoridade civil e não religiosa.

A lei deixa de ter uma fonte de legitimidade divina para concentrar esse elemento em uma figura terrena. Este movimento enseja, segundo GROSSI (2004), um esvaziamento da lei relativo ao desinteresse quanto à sua aplicabilidade efetiva, tendo em vista a consideração de legitimidade pela autoridade. Há uma separação entre Direito e lei, de modo que a lei deve ser obedecida não porque transparece um direito, não por que fundada em uma (mesmo que suposta) justiça, mas porque é lei e foi produzida pelo poder responsável por sua criação e aplicabilidade – poder que, progressivamente, será considerado de titularidade do povo, mesmo que em diversas situações somente no âmbito discursivo.

A legitimação da norma baseada na autoridade de quem a produziu e no respeito à forma de produção somada à consolidação do positivismo jurídico após o sec. XIX implicou na constituição de uma perspectiva idealista da lei positivada (BATISTA, 2011). Neste período, deixou-se de questionar a legitimidade da lei, posto que a lei era considerada a norma justa exatamente por ser lei e não cabia ao intérprete e ao destinatário da norma questionar sobre sua justiça. A legitimidade da lei era analisada a partir dos critérios de validade – que se resumem ao cumprimento de procedimentos de fonte e forma.

Conclui GROSSI (2004) que o resultado acaba por ser a elevação da lei à categoria de mito, posto que consagrada e acriticamente aceita pelos que a ela se dedicam. Os teóricos do Direito e, principalmente, aqueles envolvidos diretamente com a construção dos conceitos reitores da normatividade pragmatista do sistema de justiça assimilaram a noção de obediência irrestrita à lei como forma de efetivação da promessa de segurança jurídica (ANDRADE, 1997).

Os agentes que atuaram diretamente com a efetivação do Direito não foram influenciados por pensamentos liberais e libertários existentes neste período, na medida em que a promessa de segurança da “ciência do direito” foi acompanhada

dessa exigência de aceitação irrestrita dos seus termos. A lei substituiu deus, sob a lógica teológica de que deve ser conhecida, mas nunca contestada, refletindo a ideologia metodológica de distanciamento adotada pela então incipiente ciência moderna.

O culto da lei direciona a ótica do jurista, que não olha para a realidade, tampouco se importa com a normatividade da lei, resumindo o seu trabalho ao aspecto cognitivo e contemplativo da beleza e completude da norma. Assim, como afirma GROSSI, parafraseando Montaigne, “Em clima de conquista e ostentada secularização, será sacra a lei intrinsecamente injusta, assim como será sacra a lei redigida e promulgada por um soberano idiota” (GROSSI, 2004, p. 44-45).

O direito moderno se afasta assustadoramente da realidade, resumindo-se à expressão da vontade de um sobre todos, em uma lógica absolutamente contrária à estabelecida pela leniência do soberano quanto ao direito cotidiano produzido a partir das práticas emergidas do meio em que se aplicava. A expressão maior deste movimento é a codificação francesa em 1804 e 1806, que se pretendia eterna e completa, sob o discurso do estabelecimento de um ordenamento fechado e aplicável a todo e qualquer fato da vida.

O culto da lei e o discurso jurídico apartado da realidade foram terreno fértil para o afastamento do Direito dos elementos que efetivamente estabeleciam a sua normatividade a partir da negação factual do discurso. E a consequência mais expressiva desse movimento é a constatação de que o ideal de igualdade cunhado, pensado e repetido tantas vezes a partir do séc. XVIII foi traduzido para a realidade como um perverso movimento de massacre de uma maioria.

Não obstante, esta metódica de pensamento jurídico enseja uma terceirização de responsabilidades e um “afago” de consciência, pois não é dado ao intérprete construir o conteúdo da lei e ser responsável pela sua construção, mas conhecer e aceitar o que está posto. Ou seja, o dado, o fato da vida, é externo à lei e não compõe a sua legitimidade, de modo que é incapaz de alterá-la, o que retira uma carga grande de responsabilidade do intérprete pelo que está por fazer e pelo que está feito.

Some-se a isto a velada institucionalização da perseguição do pecador, tornando a atividade da inquisição uma profissão pública, de modo que seu real objetivo é ocultado no cumprimento da lei. A lei, o mito, se torna fundamento de validade e legitimidade de toda e qualquer atuação dos órgãos estatais, de modo

que a sua operacionalização deixa de ser relevante para dar lugar à análise da previsão normativa.

Não interessa se há na operacionalização do sistema uma metódica de exclusão de uma massa determinada de indivíduos, mas sim a forma como este sistema está constituído na lei. Não interessam as funções reais dos órgãos estatais de repressão, mas seus objetivos normativamente declarados. O mito da lei se constitui de tal forma que o teórico do Direito ignora toda e qualquer consideração acerca das práticas intersubjetivas dos destinatários do direito e centra toda a sua atenção no conteúdo abstratamente previsto na norma.

Diante disto, é que se coloca a questão da situação do direito contemporâneo. Ou seja, quanto se conseguiu distanciar o mito/culto da lei, fortemente cunhado na modernidade, das práticas teóricas do Direito Penal atual. Conforme verificado, o discurso nada mais fez que mudar o mito, mantendo a mesmíssima mitologia, sem qualquer alteração qualitativa benéfica. Ao contrário, através do discurso teórico do direito moderno foi implementada uma estrutura que nega a realidade imanente a que é aplicada.

Ou seja, se é possível questionar acerca da brutalidade, irracionalidade e incontrollabilidade das práticas medievais, tal questionamento não é diverso em relação às práticas modernas. Mesmo considerando que se tratou de um período muito diferente da modernidade, seus elementos de negação do indivíduo e da realidade conferem um paralelo bastante factível entre os dois períodos.

Na modernidade, o mito deixou de ser a positivação romano-cristã de deus e passou a ser a lei, concebida de modo absolutamente formal e sem qualquer necessidade de fundamento de legitimação que não a origem de sua emanção. Assim, do culto de deus passou-se ao culto da lei, de modo apático e acrítico, contemplativo e cognitivo, se resumindo o intérprete a conhecer e admirar a existência e perfeição do texto legal.

Veja-se que a leitura implícita é a mesma da teologia, ou seja, o pensador deve conhecer, se admirar da beleza e magnitude, repetir o que estiver ao seu alcance e não questionar nada, posto que não lhe é dado alterar o que não está ao seu alcance – por falha do Direito, que adotou a técnica da ciência nascente e não sua dinâmica. Ou seja, se deus está morto, a lei está vigente. Esse tipo de leitura neutraliza o cidadão, o reduzindo a mero expectador da vida, sem qualquer poder de

construção e alteração da realidade, o submetendo a um poder externo e – discursivamente – inalterável e inalcançável¹⁰⁶.

E, apesar da crítica que tal raciocínio vem sofrendo, mais especificamente em todo o decorrer do séc. XX e neste início de sec. XXI, ainda permeia fortemente o pensamento jurídico. Os teóricos do Direito Penal ainda buscam a literalidade da lei, a vontade do legislador, a clareza, precisão e certeza do conteúdo do tipo penal, como se o texto normativo fosse uma fonte de conteúdo estático.

A interpretação do texto legal é dicionarizada, como se coubesse ao intérprete apenas conhecer o “real e efetivo” conteúdo de cada palavra presente na lei, para “decifrar” o significado do tipo normativo. Assim, ficam os intérpretes do Direito Penal brasileiro “lendo” palavra por palavra do tipo penal, na busca de lhe atribuir um significado único, na ilusória pretensão de alcançar o significado completo da norma, ao mesmo tempo em que negligenciam qualquer relação de contexto, de legitimidade, proporcionalidade, executoriedade e tantos outros atributos da norma necessários para não submergir o intérprete em uma falácia discursiva – fato, não obstante, laconicamente negligenciado.

Ou seja, a interpretação não diverge substancialmente da mitologia medieval, onde o intérprete tem diante de si um texto dado (divino), que deve ser apenas conhecido, mas nunca criticado, para ser aplicado. O texto da norma prescinde de validade, de legitimidade e o intérprete é o mero conhecedor do que está dado, é um compilador de conteúdos, mas construtor de nada. É um repetidor de textos, sem a menor pretensão de criar e compreender o Direito, muito menos de questionar-lhe o conteúdo, ato contrário à tendência de buscar a “integridade” e “integralidade” da norma.

O pensamento jurídico positivista não se afastou tanto quanto se anuncia do direito medieval. A diferença é que, adotando o discurso da racionalidade moderna, cultua o texto da lei e não deus, em uma apatia e acriticidade que torna o intérprete um mero repetidor. Reduz-se o Direito, reduz-se a complexidade que permeia a criação/interpretação/aplicação do Direito a mero ato cognitivo, sem qualquer pretensão de realização, em um processo de empobrecimento de conteúdo que

¹⁰⁶ Não se pode ignorar a existência de movimentos libertários no período medieval e na modernidade cientificista. A questão posta é capacidade de intervenção destes movimentos da normatividade deste período e até o período atual.

mina qualquer pretensão de legitimidade da norma jurídica, bem como de efetivação do seu conteúdo.

E tais práticas, conforme demonstra MARÇAL (2011) iniciam com a formação jurídica do indivíduo que se propõe a obter formação jurídica. O ensino do Direito é promovido de forma acrítica, tendo em vista que a “doutrina” do Direito, no sentido mais estrito de “palavra da autoridade”, é exigida e imposta.

Não existe proposta de conhecimento e abordagem teórica das ações que operacionalizam o sistema de justiça em geral. Os livros adotados são verdadeiros dicionários que tem o objetivo de dar sinônimos das palavras já contidas na lei, em um processo de auto-referência que termina por fazer a lei fundamentar-se a si mesma. Não se questiona a normatividade de determinados setores da sociedade e do poder.

Além disso, o aluno não tem direito de questionar, não há espaço para o debate e para o dissenso. Divergências são tolhidas e desincentivadas, de modo que o “correto” é o que foi expressamente informado. O aluno, por consequência, passa a ser um “repetidor” de conteúdos e não um construtor de ideias (MARÇAL, 2011).

Este mesmo aluno repetidor é o que se torna agente direto do direito, que torna a ser incentivado a um maquinismo abstrato e dissonante da realidade para “aplicar” o Direito. A “jurisprudência”, as súmulas, as literalidades são elementos cada vez mais constantes da realidade do poder judiciário, que repete o discurso de que a “pacificação da jurisprudência” com a aplicação idêntica da norma é fonte de segurança jurídica.

A consequência não poderia ser outra senão o continuísmo de todas as mazelas e erros jurídicos consolidados há mais de século, sem qualquer alteração. A pretensão de igualdade, sem a verificação pragmatista da operacionalização desta igualdade gera a aplicação do Direito Penal tal qual foi concebido na sua origem.

Da mesma forma, a falta de reflexão acerca de elementos fundamentais para o pensamento crítico do conteúdo da lei enseja a perpetuação da realidade constatada. O Direito Penal, com todo o seu discurso de garantia, nunca concedeu tais benesses à população diretamente atingida pela norma penal.

A lei penal ora encobre práticas fundamentalmente segregacionistas e permite a punição de pessoas determinadas, independentemente da sua conduta, e ora encobre a proteção a agentes de práticas efetivamente lesivas, mas que não se

enquadram no conceito de criminoso implicitamente considerado. A normatividade que efetivamente move a programação que operacionaliza o sistema de justiça criminal é baseada na lógica de descobrimento do pobre e encobrimento do rico.

E tais práticas são reforçadas e consolidadas através do mito positivista da lei, de modo que as mudanças efetivas ou pretensamente desejadas são buscadas com a mudança na lei. E a mitologia positivista é de tal forma arraigada que se vê discursos como o de ARAÚJO (2010) que afirma a necessidade de retirada na lei de direitos dos agentes considerados autores de crimes econômicos como condição necessária para que tais normas se tornem efetivas.

Ou então posições como as de MACÊDO (2013), segundo a qual a expansão das normas penais são fundamentais para garantia de tutela de bens jurídicos supraindividuais, como os tutelados pelo Direito Penal Econômico. Também se verifica a crença no mito da lei no posicionamento de MAGALHÃES (2011), segundo o qual deve-se superar o “fetiche” dos direitos individuais e considerar o bem jurídico penal de forma integral, em uma apropriação da lógica administrativa de prevalência do interesse público sobre o privado.

Em todas estas manifestações, o que se verifica é uma proposta de “solução” para o problema da criminalidade econômica com base na mudança da lei ou na mudança da consideração de possibilidade de bens jurídicos penais. Ou seja, a questão é abordada a partir de uma perspectiva meramente formal e legalista, no sentido mais mítico da palavra – a lei se altera e a realidade se altera.

Não obstante, nenhum destes autores explica o fato de que, apesar de várias destas condutas estarem tipificadas há décadas no ordenamento, não há qualquer índice de incidência das mesmas no sistema. Não se considera importante o fato de que independente da previsão legal, não há operacionalidade desta previsão no dia a dia dos agentes que atuam no sistema de justiça criminal.

Conforme se verificou, não interessa o conteúdo da lei para constatar a efetividade ou não de uma determinação. A lei pode prever ou não prever direitos que isto não será relevante para determinar quem terá direitos e quem não terá direitos. A lei pode ampliar o rol de bens jurídicos tutelados ou não que isto não será o elemento suficiente e necessário para ampliar a incidência da norma penal. Ademais, se com todos os direitos individuais previstos a maioria dos “clientes” do sistema de justiça criminal não tem direito algum, alterar o disposto na lei penal não trará grandes consequências.

O efeito do discurso é, então, este mascaramento da realidade com a consequente permanência de continuísmos operacionais do sistema. O discurso produz textos e conhecimento teórico abstrato, mas não altera a realidade. O saber acadêmico se dissocia da realidade concreta, por não a reputar relevante, e acaba por ser irrelevante para pensar e repensar criticamente a própria realidade.

Logo, enquanto não superado o mito do positivismo jurídico, não será possível superar as discrepâncias entre o que se diz que é o Direito Penal e o que ele efetivamente é. Para tanto, não se trata de dispensar o texto normativo como parâmetro de interpretação, mas conhecer de forma crítica os elementos que efetivamente regem as práticas jurídicas e formar o agente profissional do direito com uma perspectiva crítica da dimensão da sua atuação, sem a pretensão de se submeter à lei, mas de construí-la. Sem essa mudança, podem mudar tantas leis quantas forem propostas, os efeitos serão os mesmos.

4.3 A prática do discurso

Para tentar compreender a efetiva normatividade do sistema de justiça criminal, será utilizada a mesma metódica de Lombroso, ou seja, serão buscados os dados estatais relativos à população carcerária. Entretanto, a proposta não pretende incorrer no mesmo erro metodológico de Lombroso, tendo em vista que o objetivo não é compreender quem é o delinquente, mas quem são os indivíduos “desenhados” como criminosos e, portanto, submetidos ao sistema de justiça criminal.

O que será apresentado são dados oficiais acerca da população carcerária brasileira e de países com uma realidade social reconhecidamente semelhante à brasileira, de modo a permitir o comparativo em relação à forma normativa da lei e da realidade social. A pretensão é construir conclusões acerca da efetiva operacionalidade do sistema de justiça criminal, ou seja, qual a normatividade que fundamenta as práticas dos agentes envolvidos na apuração e punição de infrações penais.

4.3.1 Brasil

No Brasil, os dados da população carcerária são consolidados anualmente, pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (BRASIL, 2012), de modo que os dados concretos mais recentes disponíveis são relativos ao ano de 2012. O primeiro dado relevante é a evolução da população carcerária. Em 2003, o sistema penitenciário registrava 239.345 pessoas submetidas a penas criminais ou prisões processuais (BRASIL, 2003). Em 2013 este número passou para 548.003, ou seja, mais que o dobro.

Destes dados, é possível constatar que, desta população carcerária total de 548.003 presos, 218.242 estão definitivamente presos em regime fechado, 195.035 são presos provisórios e 2.897 estão internados por medida de segurança – que nada mais é que a reclusão para aqueles considerados incapazes. Ou seja, 416.174 indivíduos estão em regime fechado, enquanto os demais 131.829 indivíduos estão “distribuídos” pelas outras três categorias de restrição parcial da liberdade (regime semi aberto, regime aberto e medida de segurança na modalidade tratamento ambulatorial).

A primeira conclusão preliminar é que a “preferência” ou a maior incidência de atuação do sistema de justiça criminal é pela segregação total, na medida em que 75,94% dos que são submetidos ao sistema estão segregados, contra 24,06% que estão em outros regimes. Reflexo disto é a distribuição dos estabelecimentos penais, tendo em vista que de um universo de 1.478 estabelecimentos prisionais 1.324 (89,58%) são para regimes de reclusão (penitenciária, cadeia pública e hospitais de custódia) e apenas 154 (10,42%) são destinados ao acompanhamento de regimes de restrição parcial da liberdade (colônias agrícolas, casas de albergado e patronato¹⁰⁷).

A partir daí é possível uma segunda conclusão. O sistema não só prefere a reclusão como sanção, como não tem a pretensão de conceder a progressão de regime. Some-se a isto significativa jurisprudência no sentido de que, na ausência de estabelecimento de regime adequado para o preso que alcançou o direito a

¹⁰⁷ É sintomático constatar que há, no Brasil inteiro, apenas 15 patronatos masculinos e apenas 1 feminino. Da mesma forma, há 57 casas de albergado masculinas e 7 femininas. Ou seja, não há nem 1 patronato masculino por Estado e, no máximo, 2 casas de albergado masculinas por Estado. A condição feminina é ainda pior, na medida em que não há nem patronato e nem casa de albergado em mais de 2/3 dos Estados brasileiros.

progressão, este deve permanecer no regime mais gravoso¹⁰⁸ e a preferência pela segregação resta consolidada.

Outro dado que é relevante para a análise é a distribuição de presos por esfera de justiça. Do universo de 548.003 pessoas submetidas ao sistema de justiça criminal, 7.602 (1,38%) são provenientes da justiça federal. E dos 416.174 reclusos, 4.752 (1,14%) são provenientes da justiça federal. Ou seja, a justiça federal representa pouco mais de 1% do universo de condenados, enquanto os outros quase 99% são oriundos da justiça estadual.

Por um lado não se desconhece que, segundo os dados fornecidos pelo Relatório “Justiça em Números” do Conselho Nacional de Justiça, o número de distribuição de processos entre as justiças na esfera federal e estadual é bastante discrepante, o que evidentemente influencia no contingente de trabalho e nos resultados deste trabalho. Entretanto, por outro lado, a maioria das infrações denominadas econômicas é de competência da justiça federal¹⁰⁹. Ou seja, a maioria dos crimes econômicos é processada perante uma justiça que prende pouco.

Além disso, há crimes federais que tipicamente são cometidos pelas classes desfavorecidas da população, como o contrabando, descaminho, tráfico de fronteira, falsificação de moeda em algumas circunstâncias. Entretanto, o CNPCP não faz esta distinção especificamente para os crimes federais, para se poder analisar os dados a respeito de quem são os criminosos apenados com reclusão pela justiça federal.

¹⁰⁸ Ou seja, o regime fechado, único “disponível” para os alcançados pelo sistema de justiça criminal. Veja-se que o STF convocou audiência pública para discutir “o que poderia ser feito” com os presos com direito à progressão de regime e sem vagas para tanto, unificar o entendimento do tribunal sobre a matéria (BRASIL, STF. REExt nº 641.320. Relator Ministro Gilmar Mendes, 2011). Interpretando a informação com a devida cautela, é possível constatar que o problema foi causado porque os demais tribunais (inclusive o STJ) mantêm os presos nestas condições segregados. Basta ver que o STJ determina a proibição de progressão de regime “por salto” (BRASIL, STJ. Súmula 491, 2012). Ou seja, se o preso ficou segregado por mais tempo do que deveria e já tem direito à progressão por dois regimes mais brandos, não poderá ser colocado no regime mais benéfico, mas mantido no mais gravoso, mesmo com o lapso de tempo a que tem direito. Assim, o sentenciado que tem poder econômico para contratar um advogado para requerer o pedido em tempo, terá direito à progressão devida. O preso que não tem este poder econômico ficará preso por prazo indeterminado – não só após o prazo de progressão, mas também após o prazo de cumprimento da pena.

¹⁰⁹ Basta ver, para tanto, que os crimes contra o sistema financeiro, previstos na Lei 7.492/86 são de competência exclusivamente federal, nos termos do art. 26 da referida lei (BRASIL, 1986), assim também como definido no art. 2º, III, “a” e “b” da Lei 9.613/98 que trata da competência federal para o processamento e julgamento dos crimes de lavagem de dinheiro quando praticada a lavagem contra o sistema financeiro, a ordem econômica financeira, contra bens, serviços ou interesses e quando a infração antecedente for da competência federal (BRASIL, 1998). Da mesma forma ocorre com os crimes de apropriação indébita previdenciária e sonegação previdenciária (art. 168-A e 337-A do CP), crimes de moeda falsa e assimilados, contrabando ou descaminho e sua facilitação (BRASIL, 1941), tráfico internacional de armas (BRASIL, 2003) e drogas (BRASIL, 2006), os crimes relativos ao uso ilícito de derivados de petróleo (BRASIL, 1991), bem como os crimes contra a concorrência de âmbito regional (BRASIL, 2012) e os tributários quando referentes a tributos federais (BRASIL, 1990).

Outro dado relevante é a respeito do grau de escolaridade do preso. Conforme os dados do CNPCP, do total de presos, há 115.735 (21,11%) que são analfabetos, apenas alfabetizados ou sequer há dados sobre alfabetização. Por sua vez, 231.429 (42,23%) têm o ensino fundamental incompleto e 62.175 (11,34%) têm ensino fundamental completo. Além desses, 56.770 (10,35%) têm ensino médio incompleto e 38.788 (7,07%) têm ensino médio completo.

Com valores bem diversos, 4.083 (0,74%) têm ensino superior incompleto; 2.050 (0,37) têm ensino superior completo; e 129 (0,02%) têm ensino acima do superior completo. Considerando os dados do CENSO 2010, que dá conta de que a população com curso superior completo já conta com um contingente de 12,8 milhões de pessoas, pode-se tirar outra conclusão: é colhido pelo sistema de justiça criminal o indivíduo sem acesso ao ensino (BRASIL, 2010).

Veja-se que, conforme especificado no início deste item, aqui não se pretende incorrer no mesmo erro metodológico de Lombroso e informar, como é discurso comum, de que a pobreza e a falta de acesso ao ensino geram violência, crimes e prisão. Na realidade, a pobreza e a falta de acesso ao ensino levam ao contingenciamento pela prisão, de modo que aquele que não tem acesso ao ensino não necessariamente comete mais ou menos crimes do que aquele que tem acesso, mas necessariamente está mais visível/vulnerável para o enquadramento criminal do sistema.

Outro dado relevante para a presente pesquisa e que supre, em parte, a ausência de dados específicos sobre a justiça federal, diz respeito à relação entre presos e tipos de crimes. Assim, verifica-se que do total de indivíduos submetidos ao sistema de justiça criminal, 267.975 (48,90%) são processados/condenados por crimes contra o patrimônio privado (furto, roubo, extorsão, apropriação indébita, estelionato e outras fraudes).

Além disso, 138.198 (25,21%) são processados/condenados por tráfico de drogas; 64.735 (11,81%) são processados/condenados por crimes contra a pessoa; 21.504 (3,92%) são processados/condenados por crimes contra a dignidade sexual; 9.708 (1,77%) são processados/condenados por formação de quadrilha ou bando.

Em outra perspectiva, 3.835 (0,69%) são processados/condenados por violência doméstica; 1.479 (0,26%) são processados/condenados por crimes cometidos pelo servidor público contra a administração pública; 1.224 (0,22%) são processados/condenados por crime cometido pelo particular contra a administração

pública; 218 (0,03%) são processados/condenados por tortura; 142 (0,02%) são processados/condenados por crimes contra o meio ambiente.

Não há menção de condenação ou prisão processual por crimes de sonegação fiscal, crimes contra a ordem econômica, crimes contra o sistema financeiro, crimes de lavagem de dinheiro, crimes contra as relações de consumo; crimes praticados por meio de sistemas de informática, crimes de concorrência desleal, crimes contra a propriedade industrial, crimes previstos na lei de licitações, crimes de racismo e outras discriminações por raça, cor, gênero, origem ou etnia. Na realidade, considerando todos os dados, os 548.003 presos do Brasil cometeram apenas 42 tipos distintos de infração penal, apesar da prodigalidade da legislação penal brasileira.

Assim, considerando que 91,62% de todos os presos do Brasil cometem crimes patrimoniais, tráfico de drogas, homicídio e outros crimes contra a pessoa, crimes contra a dignidade sexual e quadrilha ou bando, pode-se dizer que o perfil do “colhido” pelo sistema de justiça criminal é bem específico. Daí que se pode dizer que o conceito de infração penal econômica adotado no início da presente pesquisa é adequada aos dados da realidade do sistema de justiça criminal.

Ou seja, aquelas condutas que atentam contra a propriedade e contra os proprietários são sancionadas severa e efetivamente. Em outro viés, as condutas levadas a efeito pelos agentes inseridos no sistema de mercado e que não atentam materialmente contra a propriedade privada não são submetidas ao sistema de justiça criminal.

Assim, por um lado, o sistema de justiça criminal segrega quem não tem propriedade e ataca a propriedade alheia e “negligencia” quem tem propriedade e age de forma ilícita, mas de modo inserido na “lógica” do mercado. Ou seja, o agente que infringe as normas de regência da ordem econômica, as normas do sistema financeiro, sonega tributos, ataca o meio ambiente, corrompe servidores públicos (e os próprios servidores corrompidos) e etc com a finalidade de obter lucro não comete ilegalidade relevante para a atuação e segregação do sistema de justiça criminal.

A gestão desigual de ilegalidades aqui fica explícita e demonstra que os dados apurados pela criminologia crítica ainda se confirmam na realidade do sistema de justiça criminal. Raciocínio contrário deveria partir do pressuposto de que nos últimos 20 anos não ocorreram infrações contra a ordem tributária, contra o sistema

financeiro, contra o meio ambiente, contra a propriedade industrial e contra a ordem econômica.

Em complemento, e para traçar um paralelo e permitir emitir juízo de valor acerca da coerência dos dados levantados no Brasil, foram pesquisados os números de países com características similares. O trabalho comparado é relevante para evidenciar discrepâncias e continuidades, permitindo a confirmação de um padrão de resposta ou a refutação do mesmo, o que permite uma nova busca de respostas possíveis.

4.3.2 Argentina

Os dados fornecidos pelo governo da Argentina são mais defasados que os brasileiros, de modo que os dados mais atualizados se referem ao ano de 2008, o que prejudica em parte a comparação, mas ainda permite inferências conclusivas (ARGENTINA, 2008). Assim como no Brasil, a evolução da população carcerária na Argentina foi significativa, de modo que em 1997 possuía uma população aprisionada de 26.690 pessoas e, em 2008, este número já havia passado para 54.537.

Ou seja, a Argentina também dobrou seu número de presos em um período de 10 anos. Além disso, semelhante ao Brasil, na Argentina 40% da população carcerária é de presos definitivos e 59% é de presos provisórios. 1% representa a população de menores submetidos às medidas próprias.

Da mesma forma, 7% dos presos argentinos não possuem qualquer grau de escolaridade, 24% tem o ensino primário incompleto, 43% tem o ensino primário completo, 15% tem o ensino secundário incompleto e 6% tem o ensino secundário completo. Apenas 3% tem ensino profissionalizante e 2% tem ensino superior. Não há indicadores de níveis de escolaridade além do ensino superior.

Outro dado relevante que não é evidenciado com clareza no Brasil é em relação à ocupação do preso. Pelos dados argentinos, o preso é primordialmente aquele que não está inteiramente inserido no sistema produtivo. Assim, 41% dos presos argentinos não tinham ocupação formal e 40% tinham ocupação apenas parcial. Somente 19% dos presos eram trabalhadores de tempo integral. Além disso, 53% dos presos não declararam ter uma profissão, 39% declararam ter trabalho e 10% declararam possuir uma profissão.

Também parecida com a realidade brasileira, na Argentina a justiça provincial é responsável por 82% das reclusões no sistema, contra 8% da jurisdição federal e 10% da jurisdição nacional.

Da mesma forma que no Brasil, os presos argentinos cometeram primordialmente crimes de roubo consumado ou tentado (22.312), homicídios dolosos (7.839 consumados e 1.494 tentados), tráfico de drogas (5.408), furto consumado ou tentado (4.312), outros crimes contra a propriedade (3.315) e violações, ou seja, delitos sexuais, (3.252). Por outro lado, há 13 presos por crimes contra os poderes públicos; 868 presos por crimes contra a administração pública; 197 presos por crimes contra a fé pública; 14 presos por crimes de sonegação fiscal; e 224 presos por crimes previstos em leis especiais.

Assim como na realidade brasileira, na Argentina não há qualquer menção a presos por crimes contra a ordem econômica, sistema financeiro, concorrencial, industrial, meio ambiente ou assemelhados. Entretanto, considerando que a população carcerária argentina equivale a 10% da população carcerária brasileira, pode-se afirmar que há muito mais punição por crimes de corrupção ou envolvendo elementos de mercado na Argentina do que no Brasil. Há 14 presos por sonegação fiscal, contra nenhum no sistema brasileiro que é 10 vezes maior – além da enorme diferença populacional entre os dois países.

Os dados argentinos não são claros quanto ao número de estabelecimentos prisionais e nem em relação ao sistema de progressão de regime e seu aparelhamento, mas considerando o volume de presos reclusos não é difícil concluir que não seja utilizado e valorizado, como ocorre no Brasil. Ademais, a ausência de qualquer menção nas infrações mais incidentes acerca de delitos cometidos por agentes econômicos também é sintomático para informar a existência da mesma gestão desigual das ilegalidades – sabendo-se do risco de afirmar qualquer generalidade sem o devido conhecimento da realidade sobre a qual se afirma.

4.3.3 Uruguai

O governo uruguaio também informa parcialmente os dados do seu sistema de justiça criminal, mas que, guardadas as peculiaridades do país, também permite um paralelo. Os últimos dados informados são do ano de 2011 e 2012 e trazem os dados relativos aos crimes mais incidentes consumados (URUGUAI, 2012).

Assim, em relação ao homicídio consumado foram verificadas 199 ocorrências no ano de 2011 e 267 no ano de 2012. Foram ainda 15.003 roubos consumados em 2011 e 15.414 em 2012 e 97.573 furtos em 2011 e 93.962 em 2012. Destacam-se ainda 8.363 crimes de lesão em 2011 e 9.394 em 2012; 15.868 casos de violência doméstica em 2011 e 23.988 em 2012; assim como 12.799 casos de dano em 2011 e 13.368 em 2012.

O governo não apresenta o número total de presos de modo a possibilitar a verificação da porcentagem de presos em relação ao total de infrações informadas. Entretanto, o destaque dado a tais fatos é também sintomático para informar que não há relevância numérica em relação aos crimes que podem se caracterizar como infrações penais econômicas.

4.3.4 Chile

Os dados do governo do Chile são trimestrais, o que altera significativamente os resultados e exige maior cuidado da análise para que os números não se tornem ainda mais distorcidos – considerando as peculiaridades de cada país (CHILE, 2013). De toda forma, é sintomático também constatar que os dados do sistema de justiça criminal chileno são apresentados em relatório denominado de “Estadísticas de denuncias y detenciones en flagrancia de delitos de mayor connotacion social y violencia intrafamiliar”.

Ou seja, os delitos não relacionados no relatório são considerados de menor conotação social e, portanto, com menor relevância. Da mesma forma, não é difícil concluir que os delitos considerados de menor conotação têm menor reflexo no total contingencial do sistema prisional.

Assim, o relatório relativo ao primeiro trimestre de 2013, divulga o número de crimes registrados sempre em relação à proporção de 100.000 habitantes – o que não deixa de ser uma forma de apresentar números pretensamente absolutos, mas inferiores aos reais. Considerando que o último Censo do Chile, com dados consolidados em julho/2012 dá conta de que o país possui uma população de 15.758.929 habitantes (CHILE, 2012), pode-se aproximar os resultados multiplicando os valores apresentados por “157”.

Com esta operação, os dados apontam a ocorrência de 12.198 roubos com intimidação; 7.033 roubos com surpresa; 47.602 roubos com violência; 41.448 furtos;

22.576 lesões; 109 homicídios; 722 violações; e 11.471 crimes relacionados com drogas ilícitas. É relevante informar que os dados relativos às drogas ilícitas têm um relatório exclusivo e apartado dos demais, apenas para tratar do assunto.

Semelhante à realidade do Brasil, a distribuição de presos por tipo penal no sistema de justiça criminal relativo ao primeiro semestre de 2013 se dá na proporcionalidade de 51,6% por furto, 26,7% por lesões, 12,4% por roubo com violência, 6,7 por roubo com intimidação, 2,5% por roubo com surpresa e 0,2% por homicídio. É relevante informar que tais dados são comparados com os semestres anteriores e sofrem poucas alterações. Ou seja, o contingente da população carcerária, apesar de não informado diretamente, reflete, com grande probabilidade, a porcentagem das prisões efetuadas.

Além disso, também é importante informar que tais estatísticas não consideram os presos por crimes relacionados às drogas ilícitas, tratadas em relatório separado e sem informações estatísticas em relação ao número total de presos. Assim, os delitos relacionados às drogas são apresentados numa relação de espécie de crime relacionado às drogas com os demais crimes também relacionados às drogas.

Ou seja, do total de 11.471 presos no primeiro semestre de 2013, 54,4% foram presos por porte de drogas, 19,9% por tráfico, 17% por consumo, 5,4% por cultivo e 3,2% por ordem de apreensão. É relevante informar que as prisões no semestre anterior também não têm uma variação numérica significativa, de modo que o seu reflexo no total da população carcerária também não deve variar significativamente em um juízo de probabilidade.

Conforme se verificou, não há qualquer menção às infrações contra ordem econômica, sistema financeiro, concorrencial, industrial, meio ambiente ou assemelhados. Ou seja, tais fatos são considerados de menor conotação social. Não obstante, muito semelhante ao Brasil, o Chile possui um órgão denominado “Fiscalía Nacional Económica” que tem objetivo muito semelhante ao CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica.

Assim como no Brasil, na FNE há uma divisão específica de investigação para avaliar infrações à concorrência. Além disso, conforme TÁRRAGA (2005), a legislação do Chile também expressa esta tendência de “expansão do direito penal”, principalmente no que se refere aos crimes contra o meio ambiente e a ordem econômica.

Não obstante, conforme os dados penitenciários, não é difícil constatar que a expansão se dá no âmbito da legislação penal e não no campo de incidência penal. Da mesma forma, o nível de importância operacional destas condutas para os agentes que operam o sistema de justiça criminal não é relevante, na medida em que o destaque para os delitos de “maior conotação social” sequer tangenciam tais condutas.

4.3.1 Conclusões

Em sentido conclusivo sobre os dados analisados, é possível afirmar que, da sua análise, de fato o sistema de justiça criminal trata de gerir desigualmente as ilegalidades, na medida em que volta a sua força persecutória contra determinados crimes. Tal fato pode ser evidenciado pela notoriedade de determinadas condutas sem qualquer reflexo no sistema de justiça criminal, como são os casos de crimes contra o meio ambiente e os crimes de sonegação fiscal, bem como outros que, apesar de menos evidentes, são também constatáveis, como os crimes contra a ordem econômica e financeira.

Também é possível concluir que este gerenciamento desigual das ilegalidades não é exclusivo da realidade brasileira, tendo em vista que estados com realidades econômicas e sociais relativamente próximas à brasileira tendem a refletir as mesmas características do sistema prisional – tanto em relação àqueles que são presos quanto àqueles que não são presos. Ou seja, conforme afirma BATISTA (2011), a segregação de grupos específicos, considerados desnecessários, não é característica de um governo ou de um ordenamento específico, mas resultado de um sistema.

A segregação como metódica de contenção é uma externalidade do sistema de mercado e uma característica marcante dos países ocidentais – não somente os de terceiro mundo. Independente da determinação legal, a operacionalidade do sistema de justiça criminal cumprirá o objetivo para o qual foi constituída, qual seja, conter as massas que não atuam conforme a lógica do mercado.

5. O DIREITO PENAL ECONÔMICO, SUAS FUNÇÕES E POSSÍVEIS APLICAÇÕES: uma proposta pragmatista

O Direito Penal, como parte do Direito em geral, é uma ciência social aplicada e, por isso, não deve prescindir de elementos sociológicos, antropológicos, culturais e valorativos para constituir seu objeto de estudo. Esta premissa não exige uma descaracterização do Direito, tal qual era o temor dos teóricos do positivismo criminológico ao tentar restabelecer a “autonomia” do Direito Penal.

A questão é considerar os discursos normativos que fazem parte da concretização da norma, apesar de não constarem expressamente previstos em uma lei positivada. Especificamente a respeito do Direito Penal Econômico, é preciso reforçar o elemento conceitual proposto no início da presente pesquisa.

Conforme verificado no decorrer da pesquisa, uma melhor delimitação do conceito de infração penal econômica não é aquela que tem por fundamento a propriedade, posto que esta pode ser garantida ou atacada pelo agente. Diante dos dados pesquisados, é possível especificar ainda mais o conceito, para considerar a infração penal econômica como as previsões penais que descrevem condutas praticadas, em função de suas especificidades, por agentes que desfrutam de uma condição sócio-econômica privilegiada e, por isso, não são objeto da persecução penal pelos órgãos estatais, por não possuírem os traços previa e sociologicamente reconhecidos como criminosos.

Estas mesmas condutas, entretanto, quando praticadas em um contexto criminológico diverso, ou seja, por agentes e em um ambiente criminalizado, serão caracterizadas de forma diversa e terão tratamento penal incisivo e efetivo.

Ou seja, as condutas executadas por agentes inseridos no sistema de mercado e que não atuam contra a sua lógica (propriedade e lucro), mas contra a sua normatividade (regulamentação), se encontram fora do âmbito de atuação das agências estatais. Nos casos em que a conduta não atenta contra a lógica do sistema sócio-econômico, o gerenciamento desigual das ilegalidades tende a ser negligente na sua apuração e punição.

Conforme constatado, se por um lado a função declarada e teorizada do Direito Penal é a de proteção dos bens jurídicos mais importantes, por outro lado, a função efetiva do Direito Penal é a de controle, contenção e punição de uma massa de excluídos inservíveis para o sistema econômico vigente. A proteção teórica se dá

mediante a previsão legal de normas penais taxativas, que selecionam os bens jurídicos mais importantes, a fim de garantir a definição das condutas ilícitas para as agências estatais responsáveis pelo controle da criminalidade.

Na realidade, o sistema ignora o disposto na lei e gerencia desigualmente as ilegalidades, de modo que, independente de qualquer previsão legal, os agentes que atuam no sistema colhem grupos determinados e deixam outras condutas, apesar de ilegais, indenes de intervenção. Em relação ao Direito Penal Econômico, a estrutura não se altera, considerando que são normas penais e, como tais, sofrem as mesmas influências, apesar da tentativa de tratamento diferenciado pelos teóricos.

Assim, com base nos resultados da presente pesquisa, pode-se afirmar que as normas de Direito Penal Econômico podem ter duas razões de existir. Tais funções vão além da mera gestão desigual das ilegalidades, na medida em que esta gestão já faz parte do sistema muito antes de se pensar em Direito Penal Econômico.

Então, a norma pode ser pensada como um engodo meramente simbólico para construir um simulacro de proteção jurídica e garantir a um só tempo a incolumidade de um determinado grupo e o discurso de atuação do Estado frente a determinadas condutas ilícitas. Não obstante, tais normas também podem ser pensadas a partir da mitologia positivista de que a mudança do ordenamento, com a criação de novas leis e crimes, será suficiente para alterar a operacionalidade do sistema de justiça criminal e, por consequência, alcançar a criminalidade econômica.

A resposta para este questionamento é centrada na atuação do legislador. Assim, ou o legislador trata a lei penal como uma peça estratégica de utilização proposital desta gestão desigual de ilegalidades do sistema ou o legislador efetivamente acredita na funcionalidade penal – ou seja, se o legislador também é um ideólogo do mito da lei.

A resposta a esta hipótese pode ser elucidada a partir da análise apresentada por MACHADO (2010), que promoveu um projeto de pesquisa acerca da justificativa dos projetos de lei de natureza penal (criadores ou modificadores) apresentados no Congresso Nacional entre os anos de 1988 e 2006. No resultado da amostra, foi constatado que no período analisado foram apresentados 891 projetos de lei, sendo 837 para a criação de novos comportamentos criminosos e 54 para modificar os comportamentos existentes.

De todos os projetos, 509 tinham a previsão da segregação como sanção (detenção ou reclusão) e os demais 382 previam sanções alternativas à prisão (MACHADO, 2010, p. 26-27). No que tange às justificativas, a autora apresenta os dados separados em três seguimentos: no que tange ao tamanho da justificativa, referência a elementos externos e à “gramática dos motivos” para punir.

Quanto ao tamanho das justificativas, 69% da amostra trabalhada tinha menos de uma página. Em relação à referência externa, foram utilizados como fundamento casos concretos pontualmente ocorridos, dados apresentados por órgãos públicos e decisões judiciais. Por fim, a “gramática dos motivos” analisou a menção, mesmo que indireta, às teorias da pena – ou seja, prevenção ou retribuição.

Afirma a autora que, dos dados apresentados, menos de metade apresentavam alguma menção direta ou indireta a uma teoria da pena. Entretanto, na maioria dos projetos, os dados com maior incidência foram os relativos à “impunidade” (com maior incidência), à “vítima”, “insegurança social”, “periculosidade do acusado” e a “repercussão social ou midiática” do fato (MACHADO, 2010, p. 32-36).

Por fim, conforme já apresentado no capítulo referente ao bem jurídico, a pesquisa constata que a noção de proteção de um bem jurídico como finalidade da norma penal é apresentada somente de forma indireta e sempre com o objetivo de aumentar penas existentes, criminalizar novas condutas e ampliar o âmbito de incidência da norma penal (MACHADO, 2010, p. 46). Ou seja, as justificativas dos projetos de lei de natureza penal apresentados no Congresso Nacional entre 1988 e 2006 basicamente se resumiam a uma página, citando elementos pontuais e a exposição de um bem/valor que deveria ser objeto de proteção através da criação de penas não existentes ou o agravamento das já existentes, bem como com a ampliação da incidência penal.

Com base nestes dados, é possível afirmar que o legislador, para a elaboração da lei, adota a perspectiva positivista, ou seja, parte da ideia de que a criação de uma norma penal terá por consequência a punição da conduta descrita. Mais que isso, é possível inferir através das justificativas que o legislador acredita que o Direito Penal protegerá os afetados pela conduta criminosa e diminuirá a ocorrência dos fatos, proporcionando, por consequência, mais segurança.

Ou seja, a mitologia do positivismo influencia não só o pensamento teórico acerca do Direito Penal, mas também o processo legislativo, tendo em vista que o móvel para a criação da lei penal é a crença de que a lei penal alterará a forma de incidência (operacionalização) do sistema de justiça criminal. Por tal razão, nem se pode falar, como se verifica em alguns discursos teóricos, que a lei penal é simbólica, porquanto o simbolismo, na perspectiva de NEVES (2007) pressupõe um agir deliberado.

Isto porque o autor delimita o conteúdo do simbolismo que pretende trabalhar, exatamente para que não se incorra na indefinição de conteúdo que se apresenta na semiótica, onde tudo é simbólico (NEVES, 2007, p. 21), apesar da relevância para a teoria em questão, bem como para outros ramos do conhecimento, como a lógica, a sociologia, psicanálise, etc. Sendo assim, afirma o autor que

Assim como superestimar a função instrumental do direito é fator e produto de uma ilusão sobre a capacidade de dirigir-se normativo-juridicamente o comportamento, a supervalorização do caráter simbólico do direito é simplificadora, impossibilitando que se façam distinções ou análises diferenciadas em relação ao material jurídico (NEVES, 2007, p. 26-27).

Neste sentido, há de se delimitar o que o autor entende por simbolismo. O simbolismo no Direito trata de conteúdos normativos ideologicamente orientados para alcançar objetivos latentes, não expressos, com mais ênfase do que o conteúdo retoricamente contido no texto transformado em norma.

Pode-se definir a legislação simbólica como a produção de textos cuja referência manifesta à realidade é normativo-jurídica, mas que serve, primária e hipertroficamente, a finalidades políticas de caráter não especificamente normativo-jurídico (NEVES, 2007, p. 30).

Este simbolismo, segundo o autor, se materializa em três dimensões que são a de confirmação de valores sociais, a demonstração de ação do Estado e o adiamento de conflitos por compromissos dilatórios (NEVES, 2007, p. 33). Assim, sempre que uma norma é produzida com um discurso de solução de uma questão “X”, mas, na realidade, tiver por função mera confirmação de valores sociais, demonstração de atuação estatal (não efetiva) ou adiamento de conflitos, está-se diante de uma legislação simbólica.

Assim, a teoria apresentada por NEVES (2007) não tem por objeto o trabalho do agente do direito, mas ataca o problema na gênese, na produção da norma. A

norma simbólica não terá eficácia, pouco importando a atuação ou não atuação dos agentes do direito.

Entretanto, no caso em análise, verifica-se que o legislador efetivamente parte do pressuposto de que a norma penal que pretende criar alterará a realidade e a operacionalização do sistema de justiça criminal. As propostas (muitas delas tornadas lei) foram apresentadas com fundamentação quase inexistente, sem qualquer preocupação com a profundidade da pesquisa e a consistência dos argumentos.

Este dado pode ser compreendido partindo do pressuposto de que a crença na norma como instrumento de atuação do sistema é compartilhada. Ou seja, considerando que o mito da lei é compartilhado, basta apresentar um problema (existe um alto nível de sonegação fiscal) para que uma lei penal gravosa seja a solução (Lei nº 8.137/90).

Compreendida a gênese da lei penal relativa aos crimes econômicos, pode-se dizer que ela é ilegítima, tendo em vista que a norma penal econômica não é considerada uma programação a ser concretizada. A norma penal de conteúdo econômico não orienta normativamente os agentes que operacionalizam o sistema, tendo em vista que não influencia a sua atuação.

Mas é relevante frisar que esta crença na mitologia da lei é produto do pensamento jurídico teórico, construído a partir da crença na cientificidade da lei e na sua certeza que proporciona segurança jurídica. E este discurso já inicia na concepção pré-penal do Direito, na medida em que ainda se concebe a economia como o conjunto de normas tendentes a concretizar o disposto no art. 170 e ss da Constituição. Daí para este discurso ser absorvido pelos órgãos legislativos não se considera um movimento inesperado ou imprevisível, de modo que há uma verdadeira retroalimentação entre o discurso jurídico teórico e o discurso legislativo.

Até porque, como visto, o discurso teórico reforça a positividade das leis e as trata apenas abstratamente, sem qualquer questionamento ou tratamento teórico acerca da sua operacionalidade. Neste caso, o mito positivista é reforçado pelos teóricos do Direito, o que amplia o impulso estruturador da construção meramente abstrata de um sistema penal e mantém o continuísmo da sua atuação efetiva.

Assim, a teoria sustenta a função declarada do Direito Penal Econômico como normas expansivas da incidência penal para proteger novos bens jurídicos antes inexistentes ou não considerados, mas hoje fundamentais para a atual sociedade de

risco. Ao mesmo tempo, a operacionalidade do sistema mostra que o Direito Penal Econômico não passa de um amontoado de programações abstratas inservíveis para determinar qualquer atuação dos agentes envolvidos na persecução penal e manter a incolumidade de agentes de condutas tão ilegais quanto tantas outras totalmente expostas ao sistema de justiça criminal.

Neste ponto, se retorna à questão relativa à construção da normatividade. Considerando a perspectiva pragmatista, para as relações sociais pode-se afirmar que uma determinação legal só é normativa quando o conteúdo de sentido produzido for intersubjetivamente compartilhado. Esta intersubjetividade se dá no espaço público, ou seja, no ambiente em que aquela intersubjetividade é exercida – no caso, nos diversos “ambientes” que compõem o sistema de justiça criminal.

A inferência material que fundamenta e normatiza a construção de conteúdo é que informa um volume considerável de adesão voluntária à norma, tendo em vista que se trata de conteúdo diretamente conectado com práticas deste mesmo grupo. Em relação ao Direito Penal Econômico, entretanto, o que se verifica é que os elementos que produzem inferencialmente a verdade no ambiente concreto onde se concretizam as relações sociais são ignorados para a constituição teórica do seu conteúdo.

Ao contrário, são tomados como elementos de constituição desta “nova” realidade signos divorciados de qualquer elemento concreto, o que leva a uma dicotomia entre o que se diz sobre o Direito Penal Econômico e o que ele é na prática. Logo, considerando a perspectiva inicial da presente pesquisa, o discurso que teoriza o Direito Penal não tem uma dimensão de aplicabilidade pragmática, mas a prática do Direito Penal Econômico, apesar de não explícita, tem uma teoria que normatiza e programa a operacionalização do sistema.

Esta operacionalização, diferente das razões comumente apresentadas (risco, subsidiariedade e sua evolução e bem jurídico e suas “modernas” funções), são as ações que verdadeiramente motivam os agentes envolvidos e se caracterizam por um conjunto de crenças e performances cuja intenção se verifica como mera repetição de elementos irrefletidos inculcados – estes sim – pelas práticas do sistema. Pela sua própria gênese, o objetivo dos órgãos de persecução penal é a busca do herege, do deturpado, do anormal e não do autor de um fato descrito na lei como crime.

Somando a isto a construção da figura do agraciado como o economicamente inserido e da pretensa cientificidade da constatação da deturpação do criminoso como indivíduo anormal e atávico, a normatividade que operacionaliza o sistema se consolidou. Daí que, independentemente da corrente de pensamento adotada, o Direito Penal sempre foi o responsável por punir e segregar o pecador não inserido no sistema de mercado.

Este dado não explícito foi ocultado pelo discurso do criminoso nato, que permitiu a criação de um senso comum sobre a figura do criminoso, qual seja, o negro, pobre, sem acesso ao ensino e quando atinge a propriedade ou incolumidade de outrem – ou seja, é o “herege”, o deturpado, carecedor da “graça” ostentada pelos indivíduos “normais”. Ao contrário, o indivíduo branco, escolarizado e proprietário não é enquadrado na figura do criminoso, de modo que, independentemente de cometer qualquer sorte de condutas previstas na lei penal, não será visível ao sistema, na medida em que não ostenta a imagem do “pecador”.

Referido padrão reflete o que BRANDOM denomina de crenças que informam condutas no âmbito das interações sociais. No caso, trata-se de ação claramente irrefletida, meramente um reflexo deste complexo de crenças sobre as quais foi instituído o sistema de justiça criminal.

Crenças fazem diferença tanto em relação ao que se diz quanto em relação ao se faz. Permite-se que outros infiram crenças (...) tanto das pretensões explícitas quanto de ações intencionais manifestas. (...) Ações são performances que são intencionais sob algumas condições. Cada performance pode genuinamente ser manifesta ainda que existam muitas especificações sob as quais elas não são intencionais (tradução nossa¹¹⁰) (BRANDOM, 2001, p. 82).

Complementa este conjunto de crenças o mito da lei positiva e a sua ilusória certeza ensejadora de segurança jurídica. Este mito de segurança foi aliado ao fato de que, na realidade, a lei tem um conteúdo extremamente amplo, muitas vezes indeterminado (KLATT, 2008, p. 20).

Em função disso, a indeterminação geral da lei, ou seja, o que o texto quer dizer, se torna exatamente o que o agente do direito quer que ele diga e, sob o discurso da certeza positiva, a lei é aplicada exatamente como a crença determina.

¹¹⁰ “Beliefs make a difference both to what we say and to what we do. We license others to infer our beliefs (...) both from our explicit claims and from our overt intentional actions. (...) Actions are performances that are intentional under some specification. Such performances can genuinely be thins done even though they have many specifications under which they are not intentional”.

Ou seja, o discurso de neutralidade da lei serve para continuar a prender os pobres, negros, analfabetos e excluídos socialmente (pecadores) e manter incólumes os brancos, escolarizados e inseridos socialmente (merecedores de graça).

Não se trata de fato novo. No início do século passado, já havia aqueles que indicavam, mesmo que de forma pouco contundente, estes elementos. CASTRO (1913) afirmou o “atraso” da justiça daquele tempo nos seguintes termos:

Punimos severamente o proletario que meio alcoolizado fere levemente em uma rixa o turbulento que o provoca, e consentimos que o capitalista estiole nas fabricas fracas crianças e infelizes mulheres. Condemnamos promptamente aos horrores da prisão cellular o desgraçado que, attribulado de fome, furta um pão, e cercamos de consideração publica, honrados, estimados, estes audaciosos estelionatarios, que, organizando companhias, enriquecem como nababos, empobrecendo viúvas, orphãos, artistas (CASTRO, 1913, p. 33-34).

Passado o tempo, a realidade não se alterou. Na década de 1970, FRAGOSO (1977, p. 28) denunciava a realidade do sistema de justiça criminal brasileiro, afirmando que o princípio da igualdade é “puramente formal e totalmente ilusório”. Afirmava o autor que a criminalidade não é atributo das classes marginalizadas, mas que a justiça atinge somente estes grupos, de modo que estes constituem a “criminalidade aparente”, mas não a criminalidade real.

Para o autor, os pobres são os “alvos” dos aparelhos repressivos do Estado, presos por não terem documentos, carteira de trabalho assinada, etc. E, quando colhidos, não têm condições de se desvencilhar do sistema, posto que o sistema é gerenciado a partir de preconceitos e estereótipos socialmente condicionados (FRAGOSO, 1977, 28-29).

Para tanto, o autor cita pesquisa empírica realizada em 1974 a respeito de delitos de tráfico ilícito e consumo de drogas e informa que, da amostra, dos que tinham advogado constituído, 37% conseguiram o relaxamento da prisão, contra apenas 25% dos que eram assistidos pela defensoria pública. Da mesma forma, 50% dos assistidos por advogado foram absolvidos, contra nenhuma absolvição dos assistidos pela defensoria pública (FRAGOSO, 1977, p. 29).

Conforme se verificou nos dados analisados na presente pesquisa, a perspectiva atual não difere em praticamente nada da que foi denunciado há exatamente um século. Ou seja, independente do que se teorizou em Direito Penal, o continuísmo do sistema permaneceu inalterado, sem qualquer influência das mudanças teóricas e legais. Uma classe continua criminalizada e outra não.

Não por outra razão, a teoria do crime de colarinho branco desenvolvida por SUTHERLAND (2009)¹¹¹, diferentemente de como é apresentada por alguns autores contemporâneos, não tinha o intuito de constituir uma teoria dos crimes dos poderosos. Ao contrário, o autor tinha o objetivo de teorizar a respeito da cifra negra, ou seja, daquelas condutas previstas como criminosas que simplesmente não eram punidas quando o autor desta conduta tinha um perfil pessoal específico (aqueles que tipicamente estavam fora do raio de incidência do Direito Penal, os “cidadãos de bem”).

Nesta pesquisa, o autor realizou um estudo empírico acerca de diversos processos que apuravam infrações relativas a infrações contra a ordem econômica, ordem financeira, contra as relações de trabalho, contra as relações de consumo, contra a legislação sanitária e etc (SUTHERLAND, 2009, p. 19-23). Ou seja, o autor já trabalhou com um “filtro” de que ainda não se sabe o tamanho, tendo em vista que analisou somente os casos que chegaram à análise dos tribunais – ignorando completamente a quantidade de casos que sequer chegaram ao poder judiciário.

Destes casos, o autor constatou que de todas as condutas previstas como crimes aferidas, apenas 16% foram encaminhadas para a justiça criminal e analisadas como se crimes fossem. As demais foram julgadas como se tratassem de questões civis, envolvendo agentes privados na sua liberdade de atuar no mercado (SUTHERLAND, 2009, p. 63).

A conclusão de SUTHERLAND (2009, p. 63-87) é a seguinte¹¹²: o indivíduo inserido socialmente e atuante no mercado seguindo a sua lógica não pratica crimes, mesmo que espolie terceiros, subtraia bens, fraude informações e dados, destrua patrimônio e impeça que terceiros tenham acesso ao pleno desenvolvimento. Tais condutas, para estes agentes, são infrações civis, no máximo, e quando apuradas tem como consequência a verificação de perdas e danos.

Pelo contrário, o indivíduo não inserido socialmente e não atuante de acordo com a lógica do mercado, caso espolie terceiros, subtraia bens, execute qualquer espécie de fraude ou atente de qualquer forma contra bens ou terceiros cometerá crimes graves, sujeito a penas supressivas da liberdade. Tais condutas serão

¹¹¹ A pesquisa original data da década de 1930.

¹¹² As razões conclusivas do autor não serão expostas, tendo em vista que não se trata do objeto específico da pesquisa e implicariam extensão desnecessária para a compreensão do argumento.

consideradas de alta reprovabilidade e este indivíduo será tido como antissocial e a permanência da sua liberdade será perigosa para os cidadãos de bem.

O crime do colarinho branco então, na realidade, não é crime, apesar de prevista a sua conduta. Tratar de Direito Penal Econômico no Brasil hodiernamente não tem diferença significativa em relação à pesquisa de SUTHERLAND (2009).

Veja-se que no Brasil a capitalização de juros por qualquer pessoa é considerada ilícito penal (art. 4º c.c. art. 13 do Dec. nº 22.626/33) (BRASIL, 1933), mas caso esta capitalização seja feita por instituição financeira trata-se de conduta não só legal, como expressamente autorizada por lei (art. 5º da MP nº 2.170-36/01) (BRASIL, 2001)¹¹³. Da mesma forma, o comércio de substância que cause dependência e prejudique a saúde também será considerado lícito ou ilícito a depender de quem o pratica.

A lei de drogas pune com reclusão de 5 a 15 anos aquele que promover o comércio de substâncias listadas pelo executivo (art. 33 da Lei 11.343/06) (BRASIL, 2006), ao fundamento teórico de que tais drogas afetam a saúde pública. Entretanto, se a droga for o tabaco, por exemplo, o Dec. nº 5.658/06 autoriza a venda da substância que expressamente causa dependência e esta passa a ser lícita (BRASIL, 2006).

Na realidade, o próprio texto normativo que autoriza e regulamenta a sua comercialização reconhece “as devastadoras consequências sanitárias, sociais, econômicas e ambientais geradas pelo consumo e pela exposição à fumaça do tabaco” (BRASIL, 2006). Entretanto, a lesão à saúde pública neste caso se torna suportável.

Da mesma forma, a pessoa que subtrai bens alheios comete crime punido com reclusão de 1 a 4 anos (art. 155 do CP) e caso se arrependa e devolva o bem pode ter a sua pena reduzida (art. 16 do CP) (BRASIL, 1940). Entretanto, se o bem subtraído for tributo, a pena pela subtração passa para detenção de 6 meses a 2 anos (art. 2º da Lei nº 8.137/90) (BRASIL, 1990) e caso a pessoa se arrependa e promova o recolhimento tributário (de forma integral ou parcelada) a punibilidade é extinta, como se não existisse crime (art. 83, § 4º da Lei nº 9.430/96 com a redação que lhe deu a Lei nº 12.382/11) (BRASIL, 1996).

¹¹³ É relevante frisar que a repercussão geral e, por consequência, a análise da constitucionalidade desta norma foi rejeitada pelo STF, que não considerou relevância jurídica da questão para ser julgada pelo Supremo (BRASIL, STF. REExt nº 568.396. Relator: Ministro Marco Aurélio, 2008).

Estes são exemplos explícitos, que apenas evidenciam a atualidade da tese de SUTHERLAND (2009), não obstante se tratem uma parcela menos significativa. Na realidade, a maioria das condutas não está explicitamente descriminalizada para determinada classe, mas está implicitamente descriminalizada, na medida em que não são submetidas ao sistema de justiça criminal.

Nestes dados se pode compreender de forma ainda mais clara a limitação da palavra (KLATT, 2008), tendo em vista que o significado da palavra vai depender de quem as lê e, como visto, para quem se lê. A justificação está além das razões apresentadas, posto que se funda em crenças, preconceitos e conceitos já arraigados que são apenas transmitidos irrefletidamente, em um processo sistemático de (re)produção de (in)justiça.

Ou seja, a justificação declarada não coincide com o fundamento real. A segurança pública resguardada não é necessariamente pública, bem como o criminoso não é necessariamente quem vai preso. Entretanto, estes dados são encobertos pela reprodução dos postulados dogmáticos da teoria do Direito, que estabelecem os prejulgamentos dos intérpretes.

A superação desta estagnação passa pelo reconhecimento desta realidade que normatiza o sistema de justiça criminal e, por consequência, estabelece entre os agentes deste sistema o que é lícito e o que ilícito – ou quem vai para o sistema e quem está imune a ele. Mais que isso, a superação permite a compreensão de que a lei não é fundamento único e efetivo de mudança da realidade, mas deve ser consequência de uma normatização prévia e intersubjetivamente construída.

Sob esta perspectiva, há duas formas de se propor um início de superação deste ciclo vicioso de permanências da teoria do crime. O primeiro se dá no espaço teórico de pesquisa e construção do Direito. Não que se deva “abandonar” o texto, tampouco seria possível organizar um Estado Democrático sem a especificação de regras mínimas.

Entretanto, muito mais democrática seria a postura do teórico em compreender e pesquisar o Direito a partir de elementos concretos, considerando como se dá a sua normatividade. Mais que isso, cabe ao teórico analisar a norma de forma crítica, em contraponto à sua operacionalização, de modo a viabilizar a explicitação da conduta dos agentes envolvidos.

Ou seja, a questão é abandonar esta postura de buscar compreender a lei como se se tratasse de decorar um dicionário e passar a evidenciar as verdadeiras

razões de agir de quem atua com esta norma. Trata-se de uma questão que se pode denominar de “honestidade teórica”. Honestidade com os fatos (esta norma tem normatividade efetiva ou não?), honestidade com o interlocutor (esta interpretação tem o objetivo de influenciar alguém a acreditar nesta norma, independente do seu conteúdo efetivo?) e honestidade consigo mesmo (esta produção interpretativa tem alguma relevância social para o conhecimento do direito que atingirá o cidadão?).

A produção acadêmica do Direito tem plenas condições de abandonar posturas de idealismo jurídico, mitificação da lei e da autoridade, para construir argumentos consistentes, baseados na realidade e com o intuito direto de alterá-la. O discurso pelo discurso não produz, não inova e tampouco ajuda a modernizar o Direito a que será submetido o cidadão comum¹¹⁴, vulnerável à lógica de abuso de poder consolidada em práticas que não são tratadas com a devida atenção.

Outra forma de superar esta estagnação fática da aplicação do Direito é uma mudança radical do ensino, a fim de proporcionar àquele que busca formação jurídica a construção de um conhecimento crítico e democrático. A mitologia da lei e do Direito começa com a arbitrariedade do ensino, com a idealização da igualdade da lei e com a legitimação da lei simplesmente porque é lei.

A docência do ensino do Direito deve primar pela construção de raciocínio crítico em detrimento da reprodução decorada de fórmulas prontas. Deve-se buscar a complexidade do Direito e não a sua simplificação, apresentando problemas reais e situações de fato que devem ser enfrentadas no dia a dia de quem atua nas diversas profissões que instrumentalizam o Direito.

A construção do conhecimento deve estimular o aluno a debater, a pensar por si mesmo, a fundamentar as suas razões e a discordar. A discordância pacífica e baseada em argumentos teóricos é princípio básico da democracia e direito fundamental do ser humano.

A educação para o debate, para a crítica, para a complexidade, levará à formação de profissionais que questionarão situações de fato, que terão habilidade jurídica e argumentativa para discordar e para deslegitimar normas e condutas que não são compatíveis com um verdadeiro Estado de Direito. A consequência mais efetiva de um raciocínio que considere a operacionalidade do sistema é a

¹¹⁴ “Não vale mais a ‘*dura lex, sed lex*’ apenas em razão da Lei e sua expressão lingüística e material. A lei é produto humano e social, cultural e relativo e como tal deve ser compreendida e aplicada” (MARÇAL, 2011, p. 78).

deslegitimação pelos teóricos e profissionais do direito da lei e dos discursos que nada mais fazem que encobrir realidades que atingem diretamente a população, seja para responsabilizar ou para desresponsabilizar.

A honestidade teórica é inclusive relevante para superar a noção de isenção do intérprete do Direito. A abertura do intérprete para expor do que fala e porque fala permite o debate e crítica democrática e não demagógica, na medida em que evidencia as razões, as crenças, os preconceitos e demais elementos relevantes para formar o argumento de quem fala.

E isto não trará qualquer prejuízo para a aplicabilidade do Direito, na medida em que tornará mais transparente um fato que já existe, mas é ocultado pelo discurso da positividade neutra da lei. O tensionamento intersubjetivo entre posições teóricas e ideológicas divergentes, através da racionalização e da exposição dos motivos, é fundamental para explicitar os motivos da existência de uma prática social e não de outra.

Assim, pode-se adotar a diferenciação proposta por BRANDON (2001, 2010), para apresentar elementos concretos para uma proposta de mudança do Direito sem a necessidade de se pressupor acontecimentos inimagináveis.

Por um lado, utiliza-se a pragmática, para explicitar os conceitos e razões que fundamentam as ações dos indivíduos nas práticas e interações sociais e mostrar como a linguagem é expressão de uma normatividade implícita que fundamenta tais práticas. A partir desta evidenciação, a normatividade real do sistema passa a integrar a conceito e o discurso do Direito, o que permite tanto a deslegitimação de leis que em nada contribuem para a operacionalização do sistema quanto a proposição de alternativas factíveis para aquela realidade.

Por outro lado, utiliza-se o inferencialismo, para compreender e influir na construção dos significados do Direito, a partir da integração das práticas sociais com o conhecimento dos conteúdos normativos. Esta construção pode ser levada a efeito no espaço acadêmico da graduação em Direito, apresentando aos alunos um conteúdo que efetivamente tenha relevância para compreender e criticar as práticas atuais do Direito.

Esta experiência pode alcançar a estruturação de práticas discursivas críticas com efetiva aplicabilidade e voltadas à resolução de problemas concretos – que existem aos milhares para serem solucionados. O graduando deve ser formado para implementar o Direito e para conhecer o Direito tal qual ele é executado, mesmo que

para tanto seja necessário evidenciar que a lei positivada não tem qualquer relevância para a sua operacionalidade.

O resultado pode ser a formação de pessoas capazes de compreender que o Direito não deve ser decorado, que não existem respostas definitivas e nem únicas, mas uma pluralidade de elementos jurídicos e não jurídicos fundamentais para se sustentar pelo menos a pretensão de efetivação de um Estado Democrático de Direito. Com profissionais capazes de superar premissas e conclusões formais para trabalhar com premissas e conclusões materiais, conectadas com a realidade, será possível alterar a realidade, ao invés de apenas criar novas teorias.

Portanto, a ilegitimidade das normas referentes aos crimes econômicos, assim como tantas outras, resta mais que evidenciada, tendo em vista que não há qualquer congruência entre a dimensão programadora (normativa) e a operacionalização do sistema de justiça criminal quanto a estes crimes (realidade pragmática do sistema). A grande questão é conseguir alcançar a construção de um conhecimento jurídico deslegitimador do sistema, que evidencie e negue validade a estas normas sem qualquer conexão entre a dimensão programadora e a dimensão operacional.

6. CONCLUSÃO

Considerando os dados de pesquisa abordados, é possível construir conclusões para informar o conhecimento teórico atual e permitir a introdução do tema em debates públicos, com o objetivo de consolidar conhecimentos e propor mudanças que permitam uma abordagem democrática da matéria. Foram apresentados os fundamentos elementares do positivismo jurídico a fim de especificar a respeito de qual conhecimento teórico se tratava a análise e sob qual perspectiva caberia o (re)pensar crítico para aproximar o Direito Penal de um conteúdo mais democrático.

Além disso, foram apresentados os elementos fundamentais acerca do pragmatismo jurídico adotado como referencial teórico para a interpretação dos dados de estudo. Já segundo esta orientação teórica instrumental, os conceitos necessários para a pesquisa foram analisados e, em seguida, proposto um referencial de conteúdo conceitual para tratar da análise dos dados de estudo.

Especificados os conceitos de Direito Penal Econômico, de legitimidade e legitimação normativa, e as razões pelas quais referidos conceitos foram adotados, foram analisados os discursos de legitimação do Direito Penal Econômico. Conforme verificado, o discurso referente à alteração do Direito Penal com a inserção de elementos de natureza econômica em seu conteúdo em função do surgimento da denominada “sociedade de risco” não se sustenta teoricamente.

O elemento risco sempre existiu em sociedade e os referenciais teóricos comumente utilizados para fundamentar a existência desta suposta sociedade de risco infirmam estas posições, na medida em que se trata na verdade da alteração na percepção/sensibilidade ao risco. Ou seja, a questão fundamental não é a existência de riscos novos, mas a percepção dos riscos que se alterou. No caso, restou evidenciado que não há uma construção pragmatista do conceito aplicado, de modo que não se verifica qualquer inferência material válida para a construção deste elemento que o qualifique como agregador de conteúdo prático para ser incorporado ao conceito de Direito Penal Econômico.

Da mesma forma, foi analisada a fundamentação acerca da subsidiariedade penal como princípio norteador da atividade legislativa criadora da norma penal, com um discurso de que o Direito Penal deve ser a última razão de incidência do Direito.

Teoricamente, o Direito Penal só poderia incidir quando nenhum outro Direito fosse suficiente para resolver um determinado conflito.

Além disso, o discurso jurídico acerca do Direito Penal Econômico sustenta a limitação da subsidiariedade penal, no sentido de que os bens de proteção do Direito Penal Econômico têm caráter metaindividual e de alcance danoso imprevisível. Desta forma, sustenta-se a mitigação deste princípio para que se possibilite a incidência antecipada do Direito Penal, de modo a garantir a não ocorrência de resultados de lesividade de grandes proporções.

Entretanto, também quanto à subsidiariedade foi constatado que referido princípio, apesar de reconhecido no Direito, não tem traço algum originário do Direito Penal. Ao contrário, a subsidiariedade surgiu de manifestações da Igreja Católica relativas à intervenção do Estado na liberdade econômica do cidadão. Além disso, o referido princípio foi trazido para o discurso jurídico recentemente em relação ao Direito Internacional e à estrutura federativa de Estado como objeto de estudos constitucionais.

Ou seja, da mesma forma que a ideia de risco, a subsidiariedade não faz parte de uma construção conceitual intersubjetiva estabelecida a partir das relações diretas entre os agentes que atuam diretamente com a matéria. Mais grave que a questão do risco, a subsidiariedade é apresentada como princípio, ou seja, como fundamento do Direito Penal, quando na realidade não tem qualquer relação com a construção – fundamento – de constituição do saber jurídico penal.

Como visto, a probabilidade de introdução deste discurso principiológico no Direito Penal se deu em função da mudança de orientação interpretativa a partir da promulgação da Constituição de 1988. Naquele contexto, a abertura democrática tornou a dar força para o texto constitucional e o discurso jurídico passou a “constitucionalizar” toda a matéria de Direito, principalmente com a introdução ao estudo dos princípios constitucionais e a efetividade de direitos fundamentais.

O reforço de direitos fundamentais e abertura principiológica da interpretação do Direito tinham por premissa, dentre outras, garantir a ruptura com o modelo de Estado autoritário do regime constitucional anterior. Daí que este modelo de não intervenção é pensado para a realidade interna do Estado, de modo que a intervenção do Estado deve ser mínima e a garantia de direitos fundamentais deve ser máxima.

E considerando que a maior intervenção mais questionada do regime anterior se deu em nível penal, a “transposição” deste discurso de subsidiariedade da federação para o Direito Penal não é algo de difícil constatação. Ocorre que, sem pretender criticar a validade da proposta discursiva, foi verificado que o discurso não alcançou a operacionalidade do sistema, ou seja, a subsidiariedade não é um elemento justificador e legitimador da construção da norma penal.

Tanto é que o pensamento teórico do Direito Penal do final do séc. XIX e durante praticamente todo o séc. XX ou desconsidera ou explicitamente nega esta característica ao Direito Penal. Ou seja, sequer teoricamente este discurso de subsidiariedade é consolidado como princípio do Direito Penal.

Ao contrário, os tipos penais previstos em lei, principalmente, mas não só, no que tange às normas de Direito Penal Econômico, não têm qualquer relação de subsidiariedade com outras normas jurídicas. Na realidade, o volume de normas penais incriminadoras dá conta exatamente do contrário, ou seja, o Direito Penal é produzido para uma infinidade de situações jurídicas, independente da relação com outras normas do Direito ou não.

A insuficiência da resolução de conflitos por outros ramos do Direito não se verifica na prática, tendo em vista o número de normas em que é de fácil verificação a possibilidade de total reparação civil. Ou seja, o Direito Penal não é subsidiário, de modo que, no máximo, esta subsidiariedade pode ser considerada como pretensão, mas não como princípio, tendo em vista que não tem qualquer qualificação de imprescindibilidade para a criação da norma penal.

Por fim, foi analisado o discurso relativo à função do Direito Penal como instrumento de proteção aos bens jurídicos mais importantes da sociedade, de modo que seria o elemento a ser considerado como limitador da criação de normas penais. Da mesma forma que nos demais casos, se verificou que, apesar da construção teórica mais consolidada, a noção de bem jurídico em nada contribui para a seletividade do Direito Penal e para garantir uma limitação ao legislador penal.

Ao contrário, a própria noção de proteção não se explica, na medida em que a norma penal somente incide após a lesão ao bem jurídico. Ou seja, efetivamente, o Direito Penal não tem a capacidade de proteger bem algum, mas de apresentar uma “resposta jurídica” a uma lesão.

Ademais, a própria noção de que cada crime tem o objetivo de proteger um bem jurídico é questionável, na medida em que é de difícil verificação qual o bem

jurídico “tutelado” em determinados crimes. Prova disso é a demonstração de que a noção de bem jurídico sequer é considerada como fundamento para as razões de proposições legislativas que tem por objeto a criação de novos tipos penais ou alteração de outros já existentes.

Mesmo assim, quando utilizada, a justificativa de proteção ao bem jurídico é utilizada como argumento para ampliar a incidência da norma penal e não para limitar/selecionar a incidência aos casos mais relevantes. Ou seja, efetivamente, o bem jurídico é algo abstrato, resultante das análises teóricas da lei, mas que na realidade pouca relevância tem para determinar a criação e consideração ou não de uma lei.

Logo depois, foram analisados os dados relativos à construção do saber penal, a fim de delimitar a verdadeira normatividade do sistema de justiça criminal, ou seja, qual o programa que operacionaliza a conduta dos agentes que atuam diretamente com esta questão. Da pesquisa levada a efeito, foi verificado que o Direito Penal foi construído com base em elementos religiosos que conectavam crime e pecado, de modo que o procedimento penal nada mais era que uma reforma fenotípica da procura pelo pecador.

Além disso, a construção do saber penal é concomitante com o surgimento do Estado moderno, Estado este surgido da formação do capitalismo de mercado e das reformas promovidas pelo iluminismo. Neste contexto, era necessário assegurar o pleno desenvolvimento do mercado, consolidando o espaço da burguesia ascendente, com a segurança da disponibilidade de mão de obra e garantia de execução dos contratos.

A prisão (o Direito Penal) passa a se tornar a metódica de contingenciamento da massa que sobejava à demanda do mercado, tornando-se indesejável. Agrega-se a este fator a consolidação de um paradigma cientificista da realidade, que tratou de promover a difusão da desigualdade natural entre os indivíduos. Esta desigualdade permitiu a construção científica do criminoso nato, fato largamente utilizado para constituir uma ideologia da prisão, da pena e da noção do criminoso por essência, tratado como pecador, como pessoa incivilizada e que merece ser extirpado da sociedade.

A este dado, deve ser acrescido o fato de que a ética do mercado ascendente trouxe a noção de riqueza como graça e, por consequência, de pobreza como o seu oposto. Conjugando estes elementos, os próprios operadores do sistema arraigaram

em suas práticas a crença de que o criminoso tem um fenótipo, uma imagem que se autodenuncia, de modo que há aqueles presumidamente inocentes e há aqueles presumidamente culpados.

E esta realidade se consolida concomitantemente às discussões de escolas teóricas do Direito Penal que, baseadas em algumas das várias vertentes positivistas, criavam teorias do Direito Penal e do crime. As escolas promoviam propostas teóricas de alteração da estrutura de análise ideal do crime, da pena, da função e da positividade do Direito Penal, de modo que a teoria do Direito passou por “revoluções copernicanas” desde a sua fundação até os dias atuais.

Entretanto, esta luta de escolas penais, as mudanças teóricas e de fundamentação, não tiveram reflexos na operacionalização do sistema de justiça criminal. E tal fato só foi constatado quando a criminologia assumiu uma postura crítica, deixando de reproduzir dogmatismos e de auxiliar a dogmática penal a reproduzir os mitos positivistas.

A partir do momento em que o objeto de estudo da criminologia se altera, a realidade do sistema é revelada e a idiossincrasia entre a dogmática do Direito Penal e a realidade do sistema de justiça criminal mostra a total discrepância entre o que se diz sobre o Direito Penal e o que se faz no sistema penal. A postura crítica da criminologia permitiu verificar o tratamento concedido pelos teóricos do Direito em relação ao direito positivo, evidenciando que o direito positivo é tratado com uma postura acrítica e subserviente.

A legitimidade da lei está no fato de que foi emanada da autoridade, independentemente de haver qualquer aplicabilidade prática. Na realidade, a lei é mitificada assim como o deus medieval, tão criticado na modernidade. Por isto, busca-se compreender a vontade do legislador, em exercícios abstratos de interpretação de cada palavra do texto da lei, na busca de uma propalada segurança jurídica.

Como verificado, esta completa negligência em relação à operacionalidade da norma no sistema permitiu que os verdadeiros elementos normativos fossem consolidados e inalterados, de modo que a segregação de uma classe específica (o pecador) continuava a ser contingenciada pelo Direito Penal. Independente da teoria, independente da escola “dominante”, a normatividade do sistema não era alterada, mas apenas a teoria, e os mesmos alvos continuavam a ser alvos do sistema.

A questão do Direito Penal Econômico surge a partir do momento em que a atividade econômica ganha maior regulamentação e estudos específicos começam a demonstrar que o criminoso nato na realidade não existe. Verifica-se que o fato criminal é inerente à sociedade e não obedece a qualquer regra de cor, sexo, idade ou condição social.

A grande diferença está no fato de que determinadas pessoas estão mais vulneráveis ao sistema do que outras. Não obstante, o positivismo jurídico ultrapassou a barreira da teoria e se tornou uma ideologia jurídica, um mito que a tudo pretende explicar e que não admite crítica e não pode ser questionado. Em nome da segurança jurídica, ignora-se a barbárie contra uns e proteção indevida contra outros.

Por consequência, a repressão contra as infrações penais econômicas se deu seguindo a forma mitológica do positivismo, ou seja, com mais leis, mais crimes e mais discurso jurídico penal de repressão. Como já demonstrado na década de 1930, os efeitos foram os esperados: a normatividade do sistema não foi alterada e a operacionalidade continuou a atuar em determinados seguimentos.

A gestão desigual das ilegalidades ao invés de ser alterada foi acentuada, na medida em que o discurso repressivo de conteúdo econômico tem aplicabilidade zero. Até o presente, o continuísmo do funcionamento do sistema vem sendo mantido pelo discurso que teoriza o texto e ignora a realidade, que prioriza a abstração da norma e não se interessa pela sua efetividade. Mostra disso são os dados do sistema penitenciário do Brasil, da Argentina, do Uruguai e do Chile.

Assim, desde sempre a desconexão entre programação e operacionalização evidencia a ilegitimidade das normas referentes às infrações penais econômicas. Entretanto, mais grave que a ilegitimidade da norma é a legitimação da norma pelos teóricos do Direito, que aceitam passivamente um texto normativo sem qualquer capacidade de aplicabilidade como se a legitimidade de uma norma residisse na fonte que a redigiu.

Mais factível que pensar em um legislador racional é teorizar um Direito concreto, verificável e munido de elementos da realidade. Mais factível que acreditar em uma legislação que efetivamente é construída para servir de programa que orienta o sistema, é reconhecer que a lei, por ser lei, não é necessariamente válida e não tem a capacidade de, por si só, de operacionalizar o sistema.

O pensamento jurídico ainda não vem produzindo conhecimento para apartar-se do mito positivista, em busca de uma explicação minimamente racional para os fatos da vida, admitindo a sua falibilidade e limitação enquanto ciência. Mudou-se o discurso, mudaram nomes, teorias, fundamentos, e tantos outros petrechos teóricos utilizados para mascarar a pífia aplicabilidade das normas jurídicas desde a modernidade, e ainda não se conseguiu deixar de ser medieval.

O teórico do Direito ainda se limita a conhecer e “admirar” a norma, tal qual ela está, como se ali sempre estivesse e dali nunca pudesse sair, de forma mecânica e estática, reduzindo-se a mero expectador, no conforto teórico de responsabilização do outro ou da lei - afinal é a lei.

Enquanto não superada a ideia de que o Direito está no texto da lei positivada, de que a tentativa de dicionarizar a lei vai trazer segurança jurídica e que esta metódica de tentar adequar os fatos da vida a abstrações legais prévias vai trazer segurança jurídica, o mito da lei e suas consequências negativas para a construção de um ambiente democrático permanecerá. Uma forma de superação desta ideologia positivista, claramente falha e inadequada para um ambiente democrático, é a mudança da postura do teórico do Direito, para deslegitimar o texto da lei por sua ausência de operacionalidade e sua dissonância com conteúdos democráticos.

Outra forma é alterar a metódica de ensino do Direito para priorizar o pensamento crítico, a construção de argumentos, o debate racional e democrático, a discordância, o questionamento e o diálogo. Tais elementos, dentre outros, possibilitam a formação de profissionais críticos, hábeis a formular e solucionar problemas concretos, compreender a realidade que os rodeia e criticar continuísmos que não se adéquam com a construção de um Estado Democrático de Direito.

Já é tempo de constatar o óbvio e passar a pensar o Direito como um sistema altamente complexo, que demanda perene legitimação. Se não se chegar a tanto – até porque a pretensão beira a utopia – pelo menos que se pense o Direito com consciência da existência desse medievalismo que impera e, por consequência, com o mínimo de vontade de alterar esta realidade.

REFERÊNCIAS

- ALVES JUNIOR, Thomaz. **Anotações theoricas e praticas ao Codigo Criminal**. São Paulo: F. Alves, 1864- nv.
- AMERICANO, Odin I. do Brasil. **Manual de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 1985- nv
- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A Ilusão de Segurança Jurídica**: do controle da violência à violência do controle penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. 335 p
- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. O controle penal no capitalismo globalizado. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v.17, n. 81, p. 339-356, nov./dez. 2009.
- ANTOLISEI, Francesco; CONTI, Luigi. **Manuale di diritto penale**. 14. ed., aggiornata e integrata a cura di L. Co Milano: A. Giuffrè, 1997. Nv
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. Interpretação consequencialista e análise econômica do Direito Público à luz dos princípios constitucionais da eficiência e da economicidade. *in* RAMALHO, Pedro Ivo Sebba, (Org.). **Regulação e Agências Reguladoras**: governança e análise de impacto regulatório, Brasília: Anvisa, 2009. Parte I, Cap. 1, p. 29-52
- ARANA, Raúl Pariona. El derecho penal "moderno": sobre la necesaria legitimidad de las intervenciones penales. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, Brasil, v.15, n.68 , p. 112-140, set./out. 2007.
- ARAÚJO, Elizabeth Alice Barbosa Silva de. **Interferência do Estado na Economia e Dignidade da Pessoa Humana**. Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI, Fortaleza – CE, Jun/2010, pp. 2447-2456
- ARAUJO, João Vieira de. **Codigo penal**: commentado theorica e praticamente. Rio de Janeiro: J. Ribeiro dos Santos, 1896-1897. 2v. em 1
- ARAÚJO, Marcelo Cunha de. **Só é preso quem quer!**: impunidade e ineficiência do sistema criminal brasileiro. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Brasport, 2010. 129 p.
- ARGENTINA. Sistema Nacional de Estadísticas sobre Ejecución de La Pena. **Informe Anual da República da Argentina**. Disponível em: <<http://www.jus.gob.ar/media/108979/Informe%20SNEEP%20ARGENTINA%202008.pdf>>. Acesso em: 31 out. 2013.
- ARRUDA, Élcio. Intervenção mínima: um princípio em crise. **Revista Jurídica**: Porto Alegre (RS), v. 56, n. 372, p. 119-124, out. 2008.
- AUSTIN, J. L. **Quando dizer é fazer**: palavras e ação. Porto Alegre: Artes Medicas, 1990. 136p.

AZEVEDO, Paulo Furquim. Análise econômica da defesa da concorrência. In: TIMM, Luciano Benetti. (Org.). **Direito e Economia no Brasil**. 1ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012, v. 1, p. 150-175.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **O princípio de subsidiariedade**: conceito e evolução. Rio de Janeiro: Forense, 1996. 95p.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do Direito Penal**: introdução à sociologia do direito penal. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, Instituto Carioca de Criminologia, 2002. 254p.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 5. ed. rev., atual. e amp. São Paulo: Saraiva, 2003. xix, 379p.

BARROSO, Luís Roberto. Ordem Econômica Constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, nº 14, jun/ago 2002. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_14/DIALOGO-JURIDICO-14-JUNHO-AGOSTO-2002-LUIS-ROBERTO-BARROSO.pdf>. Acesso em: 24/09/2011

BATISTA, Vera Malaguti. **Introdução crítica a criminologia brasileira**. São Paulo: Revan, 2011. 126 p.

BECCARIA, Cesare Marchese Di. **Dos delitos e das penas**. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. 149p. (RT textos fundamentais)

BECHARA, Ana Elisa Liberatore S. O rendimento da teoria do bem jurídico no direito penal contemporâneo. **Revista Liberdades**, v. 01, p. 16-30, mai./ago. 2009.

BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo**: hacia una nueva modernidad. Madrid: Paidós, 1998.

BELING, Ernst. **Esquema de Derecho Penal**: la doctrina del delito-tipo. 1944

BEZERRA, Helga Maria Saboia. Subsidiariedade: da noção aristotélica a princípio da União Européia e seu reflexo na ordem econômica brasileira. **Revista Direitos Fundamentais & Justiça**, Porto Alegre, ano 5, n. 17, p. 142-177, Out./Dez. 2011.

BILLIER, Jean-Cassien; MARYIOLI, Aglaé. **História da filosofia do direito**. Barueri, SP: Manole, 2005. 480p.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral. v. 1. 8ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2003. 748p.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de Direito Penal**: parte geral. 4. ed., rev., ampl. e atual pelas Leis 9.099/95, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. 731 p.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 17. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2005. 807p.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. 320 p.

BRANDON, Robert. **Articulating Reasons**: na introduction to inferentialism. 2nd. Printing. Cambridge: Harvard University Press, 2001, 230 p.

BRANDON, Robert. Asserting. **Noû's**, Pittsburgh, Vol. 17, n. 4, p. 637-650, Nov., 1983.

BRANDON, Robert. Inferentialism and some of its challenges. In WEISS, Bernhar; WANDERER, Jeremy. **Reading Brandon**: on making it explicit. London and New York: Routledge Taylor and Francis Group, 2010, p. 159-180.

BRANDON, Robert. **Making it Explicit**: reasoning, representing and discursive commitment. Cambridge, 1994.

BRANDON, Robert. Reference explained away. **The Journal of Philosophy**, Vol. 81, No. 9, p. 469-492, Sep., 1984.

BRASIL. **Anteprojeto de Lei nº 263/2012**. Institui o novo código penal brasileiro. Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/noticias/Arquivos/2012/06/pdf-veja-aqui-o-anteprojeto-da-comissao-especial-de-juristas>>. Acesso em: 31 out. 2013.

BRASIL. Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. **Relatórios Estatísticos-Analíticos do sistema prisional**: População Carcerária – Sintético 2003. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/cnppc/services/DocumentManagement/FileDownload.EZTSvc.asp?DocumentID={61766CCF-9755-4933-A202-897351A13DED}&ServiceInstUID={4AB01622-7C49-420B-9F76-15A4137F1CCD}>>. Acesso em: 31 out. 2013.

BRASIL. Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. **Relatórios Estatísticos-Analíticos do sistema prisional 2012**. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/cnppc/services/DocumentManagement/FileDownload.EZTSvc.asp?DocumentID={DAD9EFE5-FA77-4479-8F56-2BD7A4F0DEB7}&ServiceInstUID={4AB01622-7C49-420B-9F76-15A4137F1CCD}>>. Acesso em: 31 out. 2013.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 31 out. 2013.

BRASIL. **Decreto nº 22.626, de 7 de abril de 1933**. Dispõe sobre os juros nos contratos e das outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d22626.htm>. Acesso em: 31 out. 2013.

BRASIL. **Decreto nº 5.445, de 12 de maio de 2005**. Promulga o Protocolo de Quioto à Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima, aberto a assinaturas na cidade de Quioto, Japão, em 11 de dezembro de 1997, por ocasião da Terceira Conferência das Partes da Convenção-Quadro das Nações Unidas

sobre Mudança do Clima. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Decreto/D5445.htm>. Acesso em: 31 out. 2013.

BRASIL. **Decreto nº 5.658, de 2 de janeiro de 2006.** Promulga a Convenção-Quadro sobre Controle do Uso do Tabaco, adotada pelos países membros da Organização Mundial de Saúde em 21 de maio de 2003 e assinada pelo Brasil em 16 de junho de 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5658.htm>. Acesso em: 31 out. 2013.

BRASIL. **Decreto nº 7.981, de 8 de abril de 2013.** Altera o Decreto nº 5.602, de 6 de dezembro de 2005, que regulamenta o Programa de Inclusão Digital instituído pela Lei nº 11.196, de 21 de novembro de 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Decreto/D7981.htm>. Acesso em: 31 out. 2013.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 16, de 6 de agosto de 1966.** Dispõe sobre a produção, o comércio e o transporte clandestino de açúcar e do álcool e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/Del0016.htm>. Acesso em: 31 out. 2013.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.914, de 9 de dezembro de 1941.** Lei de introdução do Código Penal (decreto-lei n. 2.848, de 7-12-940) e da Lei das Contravenções Penais (decreto-lei n. 3.688, de 3 outubro de 1941). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3914.htm>. Acesso em: 31 out. 2013.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.** Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 31 out. 2013.

BRASIL. IBGE. **Censo Demográfico 2010:** resultados gerais da amostra. Brasil, 2010. Disponível em: <ftp://ftp.ibge.gov.br/Censos/Censo_Demografico_2010/Resultados_Gerais_da_Amostra/resultados_gerais_amostra.pdf>. Acesso em: 31 out. 2013.

BRASIL. **Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000.** Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm>. Acesso em: 31 out. 2013.

BRASIL. **Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006.** Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm>. Acesso em: 31 out. 2013.

BRASIL. **Lei nº 11.484, de 31 de maio de 2007.** Dispõe sobre os incentivos às indústrias de equipamentos para TV Digital e de componentes eletrônicos semicondutores e sobre a proteção à propriedade intelectual das topografias de circuitos integrados, instituindo o Programa de Apoio ao Desenvolvimento

Tecnológico da Indústria de Semicondutores – PADIS e o Programa de Apoio ao Desenvolvimento Tecnológico da Indústria de Equipamentos para a TV Digital – PATVD; altera a Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993; e revoga o art. 26 da Lei no 11.196, de 21 de novembro de 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/l11484.htm>. Acesso em: 31 out. 2013.

BRASIL. **Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011.** Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei no 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei no 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei no 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei no 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em: 31 out. 2013.

BRASIL. **Lei nº 12.653, de 28 de maio de 2012.** Acresce o art. 135-A ao Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, para tipificar o crime de condicionar atendimento médico-hospitalar emergencial a qualquer garantia e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12653.htm>. Acesso em: 31 out. 2013.

BRASIL. **Lei nº 12.683, de 9 de julho de 2012.** Altera a Lei no 9.613, de 3 de março de 1998, para tornar mais eficiente a persecução penal dos crimes de lavagem de dinheiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12683.htm>. Acesso em: 31 out. 2013.

BRASIL. **Lei nº 12.720, de 27 de setembro de 2012.** Dispõe sobre o crime de extermínio de seres humanos; altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12720.htm>. Acesso em: 31 out. 2013.

BRASIL. **Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013.** Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei no 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12850.htm>. Acesso em: 31 out. 2013.

BRASIL. **Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976.** Dispõe sobre medidas de prevenção e repressão ao tráfico ilícito e uso indevido de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica, e dá outras providências (revogada). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6368.htm>. Acesso em: 31 out. 2013.

BRASIL. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984.** Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm>. Acesso em: 31 out. 2013.

BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.** Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078compilado.htm>. Acesso em: 31 out. 2013.

BRASIL. **Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990.** Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8137.htm>. Acesso em: 31 out. 2013

BRASIL. **Lei nº 8.176, de 8 de fevereiro de 1991.** Define crimes contra a ordem econômica e cria o Sistema de Estoques de Combustíveis. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8176.htm>. Acesso em: 31 out. 2013.

BRASIL. **Lei nº 9.034, de 3 de Maio de 1995.** Dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas (revogada). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9034.htmimpressão.htm>. Acesso em: 31 out. 2013.

BRASIL. **Lei nº 9.112, de 10 de outubro de 1995.** Dispõe sobre a exportação de bens sensíveis e serviços diretamente vinculados. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9112.htm>. Acesso em: 31 out. 2013.

BRASIL. **Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996.** Dispõe sobre a legislação tributária federal, as contribuições para a seguridade social, o processo administrativo de consulta e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9430compilada.htm>. Acesso em: 31 out. 2013.

BRASIL. **Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997.** Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9434.htm>. Acesso em: 31 out. 2013.

BRASIL. **Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997.** Institui o Código de Trânsito Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9503Compilado.htm>. Acesso em: 31 out. 2013.

BRASIL. **Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998.** Dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9613compilado.htm>. Acesso em: 31 out. 2013.

BRASIL. **Lei nº 10.300, de 31 de outubro de 2001.** Proíbe o emprego, o desenvolvimento, a fabricação, a comercialização, a importação, a exportação, a aquisição, a estocagem, a retenção ou a transferência, direta ou indiretamente, de minas terrestres antipessoal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LEIS_2001/L10300.htm>. Acesso em: 31 out. 2013.

BRASIL. **Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm>. Acesso em: 31 out. 2013.

BRASIL. **Lei no 10.741, de 1º de outubro de 2003.** Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.741.htm>. Acesso em: 31 out. 2013.

BRASIL. **Lei no 10.826, de 22 de dezembro de 2003.** Dispõe sobre registro, posse e comercialização de armas de fogo e munição, sobre o Sistema Nacional de Armas – Sinarm, define crimes e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.826compilado.htm>. Acesso em: 31 out. 2013.

BRASIL. **Lei no 11.101, de 9 de fevereiro de 2005.** Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm>. Acesso em: 31 out. 2013.

BRASIL. **Lei no 6.830, de 22 de setembro de 1980.** Dispõe sobre a cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6830.htm>. Acesso em: 31 out. 2013.

BRASIL. **Lei no 7.492, de 16 de junho de 1986.** Define os crimes contra o sistema financeiro nacional, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l7492.htm>. Acesso em: 31 out. 2013.

BRASIL. **Medida Provisória no 2.170-36, de 23 de agosto de 2001.** Dispõe sobre a administração dos recursos de caixa do Tesouro Nacional, consolida e atualiza a legislação pertinente ao assunto e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/2170-36.htm>. Acesso em: 31 out. 2013.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 6.984/2006.** Altera a Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986, para agravar penas, proibir a fiança e o recurso em liberdade, exigir o cumprimento mínimo de metade da pena para obtenção de benefícios penais, além de especificar o tipo penal de gestão fraudulenta de instituições financeiras. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=392489&filename=PL+6984/2006>. Acesso em: 31 out. 2013.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 8.035/2010.** Aprova o Plano Nacional de Educação para o decênio 2011-2020 e dá outras providências. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=C921839A5A3DD14360757B9D996BD0AC.node1?codteor=831421&filename=PL+8035/2010>. Acesso em: 31 out. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 973.827. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, 24 set. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial Repetitivo nº 1.112.879/PR. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, 19 maio 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 491. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, 13 ago. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 568.396. Relator: Ministro Marco Aurélio. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, 11 abr. 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 641.320. Relator: Ministro Gilmar Mendes. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, 24 ago. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante nº 7, **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, 20 jun. 2008.

BRUNO, Aníbal. **Direito penal**: parte geral. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959. 407 p.

CARRARA, Francesco. **Lineamenti di pratica legislativa penale**: esposti mediante svariate esemplificazioni. Roma: Fratelli Bocca, 1882. 442p.

CARUNCHO, Alexey Choi; BUSATO, Paulo César. O desvalor da conduta como critério de identificação da insignificância para aplicação do princípio de intervenção mínima. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, v.10, n.40, p. 21-38, jan. 2011.

CASTRO, Viveiros de. **A nova escola penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: J. R. dos Santos, 1913. 387p.

CASTRO, Viveiros de. **Questões de Direito Penal**. Rio de Janeiro: J. R. dos Santos, 1900. 417p

CHILE. Instituto Nacional de Estadísticas. **Informe final**: Comisión Externa Revisora del Censo 2012. Disponível em: <http://www.censo.cl/informe_final.pdf>. Acesso em: 31 out. 2013.

CHILE. Ministerio del Interior y Seguridad Pública. Subsecretaría de Prevención del Delito. **Informe de Estadísticas Delictuales**: Primer Trimestre 2013. Disponível em: <http://www.seguridadpublica.gov.cl/ano_2013.html>. Acesso em: 31 out. 2013.

CLARK, Giovani; SOUZA, Washington Peluso Albino. **Direito Econômico e a Ação Estatal na Pós-Modernidade**. 1. ed. São Paulo: LTr, 2011. 125p.

CLARK, Giovani; VIDIGAL, Gustavo Costa. O Desplanejamento Estatal: O Exemplo da Copa do Mundo de 2014 no Brasil. In: **XXI Encontro Nacional do Conpedi**: Sistema Jurídico e Direitos Fundamentais Individuais e Coletivos. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012. p. 3785-3808.

CLARK, Giovani; XAVIER, Juliana. Benício. A Repetida Política Econômica Indutora: A Redução do IPI no Setor Automobilístico como Exemplo de Violação aos Comandos Constitucionais. In: **XXI Congresso Nacional do CONPEDI: O Novo Constitucionalismo Latino Americano: desafios da sustentabilidade**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012. p. 205-221.

COELHO, Thalita da Silva. **Bem jurídico penal como limitação ao ius puniendi e perspectivas de descriminalização**. 2012. 121f. Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito

COELHO, Yuri Carneiro. **Bem jurídico-penal**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. 144p.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **Comentários ao código penal**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1987- nv

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **Curso de Direito Penal**. 2. ed. aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 1992. nv

COSTA, Álvaro Mayrink da. **Direito penal: parte geral**. 5. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1995. 2v

DAL RI JÚNIOR, Arno. **O Estado e seus inimigos: a repressão política na história do direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2006. 396 p.

D'AVILA, Fábio Roberto. Aproximações à teoria da exclusiva proteção de bens jurídicos no direito contemporâneo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v.17, n.80 , p. 7-34, set./out. 2009.

DELMANTO, Celso et al. **Código penal comentado: acompanhado de comentários, jurisprudência, súmulas em matéria penal e legislação complementar**. 8. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010. 1195 p.

DEUS, Jardel Sabino. A sociedade do risco e a (in) eficiência da expansão do Direito Penal como forma de diminuição da criminalidade na era globalizada. **Revista dos Tribunais (São Paulo)**, São Paulo, v.99, n.891 , p.477-494, jan. 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2011. xiii, 461 p.

DIAS, Jorge de Figueiredo. O direito penal entre a " sociedade industrial " e a " sociedade do risco". **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v.9, n.33 , p.39-66, jan./mar.2001

DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. Problemática geral das infrações contra a economia nacional. in **Temas de Direito Penal Econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, pp. 64/98.

DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo Jurídico**: introdução a uma teoriado direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Método, 2006. 304 p.

FARIA, Antonio Bento de. **Anotações theorico-praticas ao Codigo Penal do Brazil**. 2. ed. Rio de Janeiro: F. Alves, 1913- 2v

FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; BICALHO, Guilherme Pereira Dolabella. Do positivismo ao pós-positivismo jurídico: o atual paradigma jusfilosófico constitucional. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 48, n. 189, p. 105-131, jan./mar. 2011.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. 925p.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Minidicionário da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2001, 5ª ed. 873 p.

FERRI, Enrico. **Principios de Derecho Criminal**: delincuente y delito en la ciencia, enla legislacion y en la jurisprudencia. 1933

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Direito penal e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Forense, 1977. 204p.

GARCIA, Rogério Maia. A sociedade do risco e a (in)eficiência do direito penal na era da globalização. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre , v.5, n.17, p.77-104, jan./mar.2005.

GARLAND, David. **A cultura do controle**: crime e ordem social na sociedade contemporânea. Rio de Janeiro: Revan, Instituto Carioca de Criminologia, 2008. 438 p.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. **Conceito e método da ciência do Direito Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. 110p. (As ciências criminais no século XXI ; 9)

GOMES, Luiz Flávio. **Norma e bem jurídico no Direito Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: parte geral. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Impetus, 2003. 848 p.

GRECO₁, Rogério. **Curso de Direito Penal**: volume 1 : parte geral (arts. 1 a 120 do CP). 12. ed. rev., ampl. e atual. até 1 de janeiro de Niterói: Impetus, 2010. 753 p.

GRECO₂, Rogério. **Direito penal do equilíbrio**: uma visão minimalista do direito penal. 5. ed. Niterói: Impetus, 2010. 178 p.

GROSSI, Paolo. **Mitologias jurídicas da modernidade**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. 150p.

HUNGRIA, Nélon et al. **Comentários ao código penal**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978. Nv

JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de derecho penal**: parte general. 4. ed. compl. corr e ampl. Granada: Comares, 1993. 913p.

JESUS, Damásio E. de. **Direito penal**: volume 1: parte geral. 26. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003. 754p.

KARAM, Maria Lúcia. **Proibições, riscos, danos e enganos**: as drogas tornadas ilícitas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. 68 p. (Escritos sobre a liberdade ; 3)

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. xviii, 427 p.

KINDHÄUSER, Urs; CAMARGO, Beatriz Corrêa. Pena, bem-jurídico penal e proteção de bens jurídicos. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v.20, n.95 , p.85-95, mar. 2012.

KIST, Dario José. Bem jurídico-penal: evolução histórica, conceituação e funções. **Direito e Democracia: Revista de Ciências Jurídicas**, Canoas, RS, v.4, n.1 , p.145-179, jan./jun 2003.

KLATT, Matthias. **Making the Law Explicit**: the normativity of Legal Argumentation. Oregon: Hart Publishing, 2008, 321 p.

KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. 9. ed. São Paulo: Perspectiva, 2005. 260p.

LISZT, Franz von. **Tratado de direito penal alemão**. Rio de Janeiro: F. Briguiet & Cia, 1899. 2v.

LOPES, Jair Leonardo. **Curso de Direito Penal**: parte geral. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. 286 p.

LUISI, Luiz. **Os Princípios constitucionais penais**. 2. ed. rev. e aum. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2003. 327 p.

MACÊDO, Juliana Souza. **Direito Penal Econômico**: a legitimidade da expansão do Direito penal em face do princípio da intervenção mínima. 2013. 116 f. Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito

MACHADO, Maira Rocha (org.). Análise das justificativas para a produção de normas penais. **Série Pensando o Direito**, nº 32, 2010.

MACHADO, Marta Rodriguez de Assis; MACHADO, Maira Rocha; ANDRADE, Fabio Knobloch de. SISPENAS - Sistema de Consulta sobre Penas: Crimes e Alternativas a Prisão. **Série Pensando o Direito**, nº 6, 2009.

MAGALHÃES, Vlamir Costa. O garantismo penal integral: enfim uma proposta de revisão do fetiche individualista. *in* SOUZA, Artur de Brito Gueiros. **Inovações no Direito Penal Econômico**: Contribuições Criminológicas, político-criminais e dogmáticas. Brasília: ESMPU, 2011. p. 201-222

MARÇAL, Antonio Cota. O inferencialismo de Brandom e a argumentação jurídica. *In*: Marcelo Campos Galuppo. (Org.). **O Brasil que queremos**: reflexões sobre o Estado Democrático de Direito. 1 ed. Belo Horizonte: Editora PUC Minas, 2006, v. 1, p. 105-118.

MARÇAL, Antonio Cota. Pragmatismo e Direito. Qual Pragmatismo e o que interessa no Pragmatismo?. **Revista Eletrônica do Curso de Direito** (PUC Minas Serro), v. 3, p. 68-102, 2011

MARÇAL, Antonio Cota. Princípio: estatuto, função e usos no Direito. *In*: Tavares, Fernando Horta. (Org.). **Constituição, Direito e Processo**. 1a. ed. Curitiba: Juruá, 2007, p. 31-58.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A nova regulamentação dos serviços públicos. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo e Econômico**, Salvador. nº 1, fev/mar/abr/2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-1-FEVEREIRO-2005-FLORIANO%20MARQUES%20NETO.pdf>>. Acesso em: 31 out. 2013

MEZGER, Edmund. **Tratado de Derecho Penal**. 2.Ed. 1946/49

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 1985 432p.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**: volume 1 : parte geral : Arts. 1 a 120 do CP. 15. ed. rev. e atual São Paulo: Atlas, 1999. 453p.

MOREIRA, Egon Bockmann. O Direito Administrativo Contemporâneo e a Intervenção do Estado na Ordem Econômica. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 10, maio/junho/julho, 2007. Disponível em: <[HTTP://www.direitopublico.com.br/redae.asp](http://www.direitopublico.com.br/redae.asp)>. Acesso em: 29 out. 2013.

MOTTA FILHO, Cândido. **A função de punir**: aspecto realista do direito penal. São Paulo: Zenith, 1928. 128p.

NASCIMENTO, Samuel Pontes. Política econômica privatizante: o caso da educação superior brasileira. *In*: SOUZA, Washington Peluso Albino; CLARK, Giovani. (Org.). **Direito Econômico e a ação estatal na pós-modernidade**. São Paulo: Ltr, 2011, p. 64-80

NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização simbólica**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. 263 p. (Coleção Justiça e Direito)

NORONHA, E. Magalhães. **Direito penal**: volume 1 : introdução e parte geral. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 1984. 447p.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. 1278 p.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios constitucionais penais e processuais penais**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, 2012. 441 p.

NUSDEO, Fábio. **Curso de economia**: introdução ao direito econômico. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. 376p.

OLIVEIRA, Miguel Tassinari de. **Bem-jurídico penal e Constituição**. 2010. 160f. Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Programa de Pós-Graduação em Direito

PEREIRA, Flávia Goulart. Os crimes econômicos na sociedade de risco. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, Brasil , v.12, n.51, p.105-131, Nov./Dez. 2004.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Despesas do Estado, repartição e valor. **Revista de Economia Política**, São Paulo, Vol. 2/3, p. 5-29, jul/set/1982.

PODVAL, Roberto (Org.). **Temas de Direito Penal Econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. 376p.

PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e constituição**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. 110 p.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal brasileiro**: parte geral. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. 632p.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal brasileiro**: volume 1: parte geral: arts. 1º a 120. 9. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. 688 p.

PRADO, Luiz Regis; BITENCOURT, Cezar Roberto. **Elementos de Direito Penal: parte geral**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1995. 212p.

QUEIROZ, Paulo de Souza. **Do caráter subsidiário do Direito Penal**: lineamentos para um Direito Penal mínimo. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. 158 p.

RAPOSO, Guilherme Guedes. Bem jurídico tutelado e Direito Penal Econômico. *in* SOUZA, Artur de Brito Gueiros. **Inovações no Direito Penal Econômico**: Contribuições Criminológicas, político-criminais e dogmáticas. Brasília: ESMPU, 2011. p. 267-300

REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições de Direito Penal**: volume 1 : parte geral. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. 344p.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 25. ed., 22ª tiragem, São Paulo: Saraiva, 2000. 357p.

RODRIGUES, Sávio Guimarães. Critérios de seleção de bens jurídico-penais: em busca de um conteúdo material para o princípio da fragmentariedade. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v.20, n. 97, p. 183-213, jul. 2012.

RODRÍGUEZ, Raúl Carnevali. Derecho Penal como *Ultima Ratio*: hacia una política criminal racional. **Revista Ius et Praxis**, 2008, vol.14, no.1, p.13-48.

ROSA, Antonio José Miguel Feu. **Direito penal**: parte geral : doutrina e jurisprudência atualizadas de acordo com a Constituição de 1988 e toda legislação penal complementar. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1995. 591 p.

ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. Org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006.

ROXIN, Claus. **Derecho penal**: parte general : volume 1 : fundamentos : la estructura de la teoría del delito. Madrid: Civitas, 1997. 1071 p.

SANCHEZ, Jesús Maria Silva. **A expansão do Direito Penal**. 2ª ed. ROCHA, Luiz Otavio de Oliveira. (trad.), São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, 154p.

SANTOS, Cleopas Isaías. Mandados expressos de criminalização e função positiva do bem jurídico-penal: encilhando o Leviatã. **Revista Síntese Direito Penal e Processual Penal**, São Paulo, SP, v.13, n.77, p. 26-37, dez. 2012.

SHIKIDA, Pery Francisco Assis; AMARAL, Thiago Botino. Análise econômica do crime. In: TIMM, Luciano Benetti. (Org.). **Direito e Economia no Brasil**. 1ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012, v. 1, p. 296-317.

SILVA, Marcos Josegredi da. **O Direito Penal Econômico e o art. 17 da Lei 7.492/86**: análise de suas elementares, circunstâncias e consequências jurídico-penais. 2006. 135f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba.

SILVA, Maria Noverina da. **Mário Ottoboni**: doutor da liberdade responsável. São José dos Campos: ComDeus, 2004, 160 p.

SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. Aspectos críticos do Direito Penal na sociedade do risco. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, Brasil, v.12, n.46, p.73-93, Jan./Fev. 2004.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito Penal Econômico como Direito Penal de Perigo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. 187p.

SIQUEIRA, Galdino. **Direito penal brasileiro**: volume 1 : parte geral. Rio de Janeiro: J. Ribeiro dos Santos, 1921. 727p.

SOUSA, Susana Aires de. Sociedade do risco: requiem pelo bem jurídico?. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v.18, n.86, p. 231-246, set./out. 2010.

SOUZA, Luciano Anderson de. **Expansão do Direito Penal e Globalização**. São Paulo: Quartier Latin, 2007. 1ª ed. 188p.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Primeiras linhas de direito econômico**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2003. 598 p.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Teoria da constituição econômica**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. 555p.

SUTHERLAND, Edwin h. **El Delito de Cuello Blanco**: the White collar crime – uncut version. trad. de Laura Belloqui. Montevideo/Buenos Aires: BdeF, 2009, 379 p.

TARRAGA, María Dolores Serrano. La Expansión del Derecho Penal en el Ámbito de la Delincuencia Económica: la tutela penal de los mercados financieros. **Rev. derecho (Valdivia)**, Valdivia, v. 18, n. 1, jul. 2005. Disponível em: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502005000100009&lng=es&nrm=iso>. Acesso em: 31 out. 2013.

TAVARES, André Ramos. **Direito constitucional econômico**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2011. 363 p.

TIMM, Luciano Benetti; MACHADO, Rafael Bicca. Direito, Mercado e Função Social. **Revista da Faculdade Ritter dos Reis**, São Paulo, v. 8, p. 97-114, 2007.

TORRES, Paulo R. Pinheiro. **Noções de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1973. 251p.

URUGUAI. Observatorio Nacional sobre Violencia y Criminalidad em Uruguay, 2012. **Datos para todo el país**. Disponível em: <https://www.minterior.gub.uy/observatorio/images/stories/prim_sem_2012.pdf>. Acesso em: 31 out. 2013.

VARGAS, José Cirilo de. **Do tipo penal**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000. 144p.

VARGAS, José Cirilo de. **Instituições de Direito Penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. Nv

VIANNA, Paulo D. **DIREITO CRIMINAL**. 3.ED. 1919

WACQUANT, Loïc J. D. **As prisões da miséria**. Rio de Janeiro: J. Zahar, 2001. 174p.

WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico-penal** : uma introdução à doutrina da ação finalista. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. 143p.

WOHLERS, Wolfgang. Teoria do bem jurídico e estrutura do delito. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v.19, n. 90, p. 97-107, maio 2011.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no Direito Penal**. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia, Revan, 2007. 222 p. (Coleção Pensamento Criminológico ; 14)

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no Direito Penal**. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia, Revan, 2007. 222 p. (Coleção Pensamento Criminológico)

ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel. **Direito e economia**: análise econômica do direito e das organizações. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. xvi, 315p.