

A INFLUÊNCIA DA ECONOMIA NO DIREITO PENAL

Rodrigo Almeida Magalhães¹

Henrique Viana Pereira²

Sumário: 1. Introdução. 2. Desenvolvimento. 2.1 - Considerações sobre a análise econômica do direito. 2.2 O direito penal econômico. 2.3 Os três principais movimentos político-criminais contemporâneos. 2.3.1 O Abolicionismo. 2.3.2 *O Movimento de Lei e Ordem*. 2.3.3 *O Direito Penal Mínimo*. 2.4 Análise econômica do direito penal empresarial. 3. Conclusão. 4. Referências.

Resumo: O presente artigo tem como objetivo examinar, dentro da análise econômica do direito, o direito penal empresarial. Por meio de pesquisa na doutrina referente aos temas *law and economics* e direito penal econômico, pondera-se os três principais movimentos político-criminais contemporâneos: o Abolicionismo, o Movimento de Lei e Ordem e o Direito Penal Mínimo. As características estudadas permitem analisar economicamente a eficiência do direito penal econômico. A análise econômica se atenta para verificar a eficiência das normas. No caso do Direito Penal Econômico, a corrente mais condizente com a estabilidade e eficiência do mercado é a do Direito Penal Mínimo, eis que colabora para uma aplicação racional do direito penal. Além disso, o Direito Penal não pode ser visto como solução primordial para o combate a crimes empresariais. Tendo em vista que o empresário é maximizador dos próprios interesses, a criação de incentivos para que ele atue respeitando as normas de direito penal econômico é mais eficaz para o desenvolvimento econômico de forma estável do que a tentativa de reprimir utilizando o direito penal de modo desenfreado. Por fim, ao mencionar os incentivos, é sabido que alguém terá que custeá-los. Não existe almoço grátis. Pode ser que o custo de criar incentivos e evitar as práticas delitivas empresariais tenham um custo benefício vantajoso para toda a sociedade.

Palavras-chave: Análise econômica do direito. Direito Penal Empresarial. Movimentos político-criminais contemporâneos. Análise econômica do Direito Penal Empresarial.

1 INTRODUÇÃO

Atualmente, é muito comum encontrar, tanto em ensaios doutrinários, quanto em decisões judiciais concretas, menções à análise econômica do direito. Mas é difícil

¹ Mestre e Doutor em Direito pela PUC Minas. Professor nos cursos de graduação da PUC Minas, UFMG e Newton Paiva e professor do mestrado e doutorado em Direito da PUC Minas. Advogado.

² Mestre em Direito Privado pela PUC Minas. Especialista em Direito Penal pela UGF. Professor da Faculdade Novos Horizontes. Advogado.

deparar com manifestações acerca dessa análise com o direito penal econômico. Sobre esse ramo específico do direito criminal, assistem-se diariamente notícias sobre os crimes empresariais, especialmente sobre as enormes operações da Polícia Federal brasileira. Tudo isso ao lado do aumento da criminalidade em geral, do colapso do sistema carcerário, da sensação de insegurança e impunidade. Enfim, todos esses sintomas desembocam numa generalizada descrença em face do sistema penal atual.

Nesse contexto é que se constata a existência de modalidades de crimes que passavam quase imperceptíveis à sociedade: a criminalidade empresarial. Nossa legislação pátria ainda não dispõe de armas - técnicas de política criminal - totalmente adequadas ao combate a esse tipo de condutas criminosas. A criminalidade empresarial ainda não foi totalmente desvendada pela nossa política penal.

O que se torna perceptível é a necessidade de uma maior eficácia penal com relação a essa forma de criminalidade. A força do legislador está presente, eis que, além de existirem vários crimes previstos no Código Penal (v.g. contrabando, descaminho, delitos contra o sistema previdenciário, dentre outros), várias leis surgiram, e ainda surgem, no sentido de anunciar parcelas dessa tutela penal devida. Nesse sentido, também nascem diferentes correntes sobre as formas de aplicação e interpretação das leis penais.

Diante disso, anuncia-se que existe uma necessidade de analisar o sistema penal pátrio referente aos crimes empresariais, sob a ótica da análise econômica do direito. Em geral, tais manifestações delituosas são de natureza patrimonial, pelas consequências que delas derivam e pela finalidade de maximização dos lucros que inspira os autores. É um ramo diferente do direito penal comum eis que, neste, o que desencadeia a repressão é o dano sofrido por uma pessoa e, no caso do ramo penal econômico, o ilícito ameaça a esfera de interesses de uma coletividade.

Tais discussões não são muito comuns eis que não muitos autores se propõem a interligar o direito empresarial - especificamente a análise econômica - com o direito penal. Atentando à necessária relevância das questões abordadas em tais discursos, com o presente artigo é feita uma proposta de fornecimento de bases mínimas para um estudo sobre a análise econômica do direito relacionada com a tutela penal econômico-empresarial, sem a pretensão de esgotar esse ilimitado tema.

Pretende-se principalmente visitar e apreciar, de modo sucinto, as três correntes principais que dividem os estudiosos do Direito Penal: o Abolicionismo, o Movimento de Lei e Ordem e o Direito Penal Mínimo, visando analisar economicamente a eficiência do Direito Penal Econômico.

Alguns dos conceitos que serão expostos são fundamentais para analisar economicamente o Direito Penal Econômico, com todos seus problemas. E, somente após essa análise, espera-se seja possível uma melhor reflexão acerca de um possível caminho adequado sobre os rumos para superar as dificuldades atuais.

Em síntese, com este artigo é realizada uma proposta de início de estudo sobre a análise econômica do direito aplicada às três principais correntes do Direito Penal, especificamente tendo como pano de fundo o Direito Penal Econômico.

Dessa forma, serão estudadas as consequências práticas para os problemas penais econômico empresariais. Esse processo de aprendizagem é demorado, mas contínuo e necessário. Esse artigo não tem a ambição de responder a todas as questões ou convencer todo o público leitor. Apenas é oferecida uma breve pesquisa, bem como uma análise preliminar.

2 DESENVOLVIMENTO

2.1 - Considerações sobre a análise econômica do direito

Não raro a análise econômica do direito é vista como um dos movimentos de maior impacto nos estudos jurídicos da atualidade, em especial do direito privado. No Brasil, também denominada de “Direito e Economia” - oriunda do termo *law and economics* - se relaciona de forma bastante íntima com o mercado.

O mercado envolve os empresários, os bens, serviços, a família, enfim, toda a sociedade. GOLDBERG (2005) conceitua mercado como um conjunto de institutos jurídicos que garante as trocas. Atualmente o entendimento de que o próprio mercado é necessário para a organização econômica da sociedade está se tornando pacífico.

Dessa forma, ele é fundamental para a economia, tendo, por fim, de forma clara, uma relevante função social.

Nesse sentido, pode-se afirmar, conforme entende Bruno Salama, que a análise econômica do direito se preocupa com “problemas de coordenação, estabilidade e eficiência na sociedade” (SALAMA, 2008, p. 49). E, ressalte-se, essa preocupação está sempre atenta para uma análise das possíveis consequências práticas. Não se pode deixar de perceber e nem isolar um raciocínio jurídico de seus reflexos na sociedade.

Para o festejado POSNER (1975), a análise econômica do direito compreende a aplicação de teorias e métodos empíricos da economia para as instituições centrais do sistema jurídico. Ainda para esse consagrado autor, como utilidade que a economia de mercado pode oferecer à ciência jurídica, é necessária uma busca cada vez maior por eficiência nas transações relacionadas, visando a maximização da riqueza. Tudo isso eis que, como sabido, os recursos são limitados e a capacidade humana de criar necessidades é ilimitada. Todos não podem ter tudo o que quiserem.

Nesse sentido, transcrevo a famosa, sucinta e reveladora frase do consagrado economista Milton Friedman: *there's no free lunch!* Em um sentido superficial, essa frase pode ser entendida num sentido egoísta, no qual acredita-se que por trás de todos os presentes existiriam segundas intenções. Fazendo uma análise mais profunda, pode-se interpretar essa frase em um sentido mais condizente com a análise econômica do direito, de modo que se o almoço foi de graça para alguém, outra pessoa terá que arcar com as despesas. Todo almoço é pago por alguém. Não existe almoço grátis. E essa afirmação é irrefutável.

Fica mais claro ao se pensar na política. A população sempre pede melhorias nos serviços públicos, escolas públicas e hospitais de qualidade. Mas quem pagará por isso? O governo? Então esse custo será repartido por quase toda a população por meio de impostos. Nesse sentido, pode-se concluir que o serviço fornecido pelo Estado é, na verdade, uma negação de uma ação caridosa. Pode parecer de graça, mas, na verdade, o custo social é alto, muito alto. Se uma pessoa não está pagando, pode ter certeza que outra estará.

No presente estudo fundamental citar um postulado básico da economia, qual seja, a maximização da riqueza. Sobre essa expressão, válido mencionar a interpretação de Richard Posner, que entende ser a maximização da riqueza a política de tentar maximizar o valor agregado dos bens e serviços, sejam eles comercializados em mercados formais ou bens e serviços não econômicos (vida, lazer, liberdade e a família).

Tendo em vista que o empresário, da mesma forma que todo ser humano, sempre tentará maximizar seus próprios interesses, analisando todas as variáveis e conseqüências de uma norma, ele avaliará os custos de infringir ou não uma norma penal empresarial, por exemplo.

Com as considerações acima traçadas sobre maximização dos interesses, passa-se à análise do Direito Penal Econômico e das principais correntes do Direito Penal.

2.2 O direito penal econômico

O chamado Direito Penal Econômico, ou Penal Empresarial, possui matéria complexa eivada de tecnicismo e de árdua apreensão. Esse ramo do direito visa tutelar a atividade econômica desenvolvida numa economia de mercados livres. Apesar de integrar o direito penal, possui íntima ligação com a atividade econômico-empresarial, eis que, na grande maioria dos casos, os agentes que infringem as normas de Direito Penal Econômico são empresários, exercendo suas atividades, na busca da maximização de seus interesses, ávidos por lucros.

Esse tipo de tutela penal se encontra justificada pela natureza supra individual dos bens jurídicos protegidos. Por exemplo, a tutela da ordem tributária através do direito penal econômico visa proteger, ainda mais, as receitas tributárias, que darão respaldo econômico necessário para a realização das atividades destinadas a atender às necessidades sociais.

Ainda sobre a tutela da ordem tributária, fundamental ressaltar que a tributação é um eficaz instrumento de erradicação da pobreza e da redução das desigualdades sociais, na medida em que ocorra uma distribuição funcional da renda. Vale ressaltar que a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades sociais constituem objetivos essenciais de nosso Estado Democrático de Direito (art. 3º, inc. III, CR/1988).

O professor Jair Leonardo Lopes ensina:

Em se tratando das relações do direito penal com outras disciplinas jurídicas, merece referência especial o denominado “Direito Penal Econômico” que, segundo alguns, tem por objeto os crimes praticados “na produção, distribuição e consumo de bens e serviços”. (LOPES, 2005, p. 34).

Contrabando, descaminho, delitos contra o sistema previdenciário, dentre outros previstos no Código Penal, fazem parte do ramo específico do direito penal econômico. Da mesma forma, os crimes previstos na Lei de Falência e Recuperação de Empresas e os previstos nas seguintes legislações: Lei dos crimes contra o sistema financeiro (7.249/86), Lei dos crimes ambientais (9.605/98), Lei de licitações (8.666/93), Lei dos crimes de lavagem de dinheiro (9.613/98), Lei 9.279/96 (que prevê crimes contra as patentes, contra os desenhos industriais, contra as marcas, contra as indicações geográficas e os crimes de concorrência desleal), o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90, arts. 61 a 76) e a Lei dos crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo (Lei nº 8.137/90).

Então, percebe-se que o legislador preocupa-se, cada vez mais, com a regulação da atividade empresarial, prevendo sanções penais para várias práticas que lesem interesses difusos. Assim, pode-se afirmar que atualmente o empresário, ao maximizar seus interesses, deve estar atento para que sua atividade econômica não prejudique o bem estar coletivo.

Nesse sentido, as palavras de Rachel Sztajn:

A racionalidade dos agentes, um dos postulados econômicos, que leva à procura da maximização de utilidades, e a eficiência alocativa, segundo essa

visão, vão ao encontro da idéia de solidariedade e geração de bem-estar coletivo. (SZTAJN, 2005, p. 76).

E, é claro, o empresário somente irá pensar no bem estar coletivo se isso não significar prejuízo para ele, aumentando seus custos de modo não eficiente. O custo benefício sempre deve ser analisado, eis que inerente à atividade empresarial.

Sobre o sentido de eficiência aqui tratado, importante citar as palavras de Bruno Salama: “Eficiência diz respeito à maximização de ganhos e minimização de custos. Dessa ótica, um processo será considerado eficiente se não for possível aumentar os benefícios sem também aumentar os custos”. (SALAMA, 2008, p. 55).

Após essas breves considerações sobre Direito e Economia, passa-se à análise das três correntes principais que dividem os estudiosos do Direito Penal, para, após, apreciar a análise econômica de eficiência.

2.3 Os três principais movimentos político-criminais contemporâneos

2.3.1 O Abolicionismo

O movimento abolicionista possui bases nas idéias humanitárias que, devido aos horrores presenciados pelo mundo na época da Segunda Guerra Mundial, ganharam novo fôlego. O fundamento do abolicionismo é que punir penalmente não resolve os problemas sociais e, até mesmo, colabora, eis que o sistema penal funciona como uma escola de horrores, uma fábrica de criminosos. Então, se as sanções penais são cruéis e pioram a sociedade, contribuindo para a criminalidade, devem ser abolidas.

Os doutrinadores adeptos do abolicionismo, cujas origens são atribuídas ao professor italiano Fillipo Gramatica, defendiam a perda de legitimidade do poder punitivo exercido pelo sistema penal vigente, devendo o mesmo, então, ser abolido e

substituído por outros modelos de solução de conflito. Tal conclusão fundou-se em severas críticas dirigidas ao Direito Penal, visto como um sistema ineficaz e cruel.

Em síntese precisa, o professor Rogério Greco entende que:

“A crueldade do Direito Penal, a sua natureza seletiva, a incapacidade de cumprir as funções atribuídas às penas (reprovação e prevenção), a característica extremamente estigmatizante, a cifra negra correspondente às infrações penais que não foram objeto de persecução pelo Estado, a seleção do que deve ou não ser considerado como infração penal, bem como a possibilidade de os cidadãos resolverem, por meio de outros ramos do ordenamento jurídico (civil, administrativo, etc.), os seus conflitos inter individuais, levaram um grupo de autores a raciocinar, definitivamente, com a tese abolicionista”. (GRECO, 2006, p. 10).

É inegável a contribuição trazida pelo pensamento abolicionista que, ao analisar as misérias do Direito Penal, promoveu a conscientização sobre os problemas deste a serem superados, especialmente tendo-se em vista a fragilização do princípio da dignidade da pessoa humana por uma utilização irracional e inadequada do *ius puniendi* e, mais especificamente, do instrumento da prisão.

Contudo, até mesmo alguns doutrinadores que defendiam o discurso abolicionista reconheceram a grande dificuldade em se lidar com desvios comportamentais graves sem a utilização do sistema penal. Para várias situações, não se conseguiu encontrar alternativa que não fosse a aplicação do Direito Penal. Dessa forma, apesar de ser um sistema falido, o sistema penal é necessário, eis que ainda não existe outra solução.

Sendo assim, o discurso abolicionista foi perdendo força, mas suas críticas fizeram com que prosperassem o princípio da intervenção mínima (a criminalização de uma conduta só será legítima se for necessária para a proteção de um bem jurídico) e o garantismo, bases em que se apóia a idéia do Direito Penal Mínimo, teoria a ser abordada mais adiante.

2.3.2 O Movimento de Lei e Ordem

Em sentido oposto à corrente abolicionista, encontra-se a tese do Movimento de Lei e Ordem, que defende um discurso do Direito Penal Máximo, no qual esse Direito é visto como a solução primordial para a resolução dos problemas que afligem a sociedade.

Ao invés de se embasar em dados empíricos que demonstrem uma efetiva diminuição da criminalidade ou a solução eficaz dos problemas sociais que visa resolver, tal discurso é sustentado pela mídia sensacionalista que dissemina o medo generalizado na sociedade. Amedrontada, acuada pela insegurança e convencida por idéias preconceituosas, a população passa a clamar por uma resposta enérgica do Estado em face da criminalidade aparente e da violência urbana, sem perceber, de fato, os erros inerentes a um discurso que prega o endurecimento irracional das normas penais e flexibilização dos direitos fundamentais.

Nesse contexto, o Estado Democrático de Direito, que deveria garantir o bem-estar da população, fornecendo aos cidadãos condições para uma existência digna, cede lugar a um Estado Penal, que dá menor importância aos direitos fundamentais, priorizando o sistema penal repressivo em detrimento de investimentos sociais essenciais. Em consequência, a própria sociedade é a mais prejudicada, vendo-se cada vez mais afundada em injustiças e desigualdades sociais que só fazem aumentar ainda mais o problema da criminalidade, culminando em um círculo vicioso que sem fim.

Os postulados pregados pelo discurso do Movimento de Lei e Ordem começam a ganhar apoio na década de 90, figurando-se como exemplo significativo o movimento denominado “Tolerância Zero”, instituído na cidade de *New York* pelo então prefeito *Rudolph Giuliani*.

Tal movimento recebeu duras críticas por parte da doutrina penal, sendo considerado uma maneira cruel de perseguição aos pobres e marginalizados nos espaços públicos, servindo mais como maneira de tentar acalmar a população de classe média e alta e como manobra eleitoreira do que como medida eficaz de combate e prevenção à criminalidade.

Outra vertente do Movimento de Lei e Ordem que ganhou projeção mundial é o denominado “Direito Penal do Inimigo”, preconizado pelo alemão *Gunther Jakobs*. Em

brevíssima síntese, tem-se que *Jakobs* procura traçar uma distinção entre um Direito Penal do Cidadão, no qual seriam observados todos os princípios fundamentais garantistas inerentes ao Direito Penal moderno, e o Direito Penal do Inimigo, destinados a um grupo específico de delinqüentes que deliberadamente desrespeitam o Estado de Direito, os quais não poderiam, portanto, ter direito à observância dos direitos e garantias assegurados aos cidadãos.

Não é difícil perceber que um discurso calcado em flexibilização, e até mesmo, inobservância dos direitos e garantias fundamentais, configura um enorme retrocesso que não pode ser tolerado em um Estado Democrático de Direito. Não se pode permitir que a dignidade da pessoa humana seja vulnerabilizada em nome de um discurso vazio que se utiliza de conceitos indeterminados, como de “delinqüentes” e “inimigos”, os quais podem ser, facilmente, selecionados pela orientação política dominante. Toda a sociedade, sem dúvida, sairá prejudicada, assombrada pela ameaça do desrespeito a garantias básicas há muito conquistadas pela humanidade.

E, por fim, além da ameaça à dignidade da pessoa humana trazida pelo discurso do Movimento de Lei e Ordem, tem-se que a tentativa de se educar a sociedade através do Direito Penal, incriminando-se comportamentos pouco relevantes e agravando penalidades, leva a um Direito Penal puramente simbólico, impossível de ser aplicado. Ademais, o Direito Penal é instrumento que somente deve ser utilizado em último caso, quando esgotadas as demais vias (direito civil e administrativo).

Mais do que um discurso que não condiz com efeitos práticos positivos e, ainda, perigoso, o Movimento de Lei e Ordem encerra a autofagia do sistema penal que, inflado exageradamente, seria incapaz de ser observado pelo meio social. Aumentando-se desnecessariamente o número de delitos, aumentaria ainda mais a cifra negra, e o sistema penal, já sobrecarregado, se tornaria insustentável, conduzindo à ineficácia e absoluta ausência de credibilidade no sistema.

2.3.3 O Direito Penal Mínimo

No meio entre as duas radicais correntes acima abordadas, situa-se o Direito Penal Mínimo. Baseado na idéia do que foi chamado de garantismo penal, desenvolvido principalmente por *Luigi Ferrajoli* em sua obra *Direito e Razão*,

“o direito penal mínimo, que dizer, condicionado e limitado ao máximo, corresponde não apenas ao grau máximo de tutela das liberdades dos cidadãos frente ao arbítrio punitivo, mas também a um ideal de racionalidade e certeza.” (FERRAJOLI, 2006, p. 102).

A concepção minimalista do Direito Penal implica a adoção de diversos princípios que deverão ser observados tanto pelo legislador na criação e revogação de tipos penais, quanto pelos aplicadores da lei penal. Dentre tais princípios indispensáveis a um Direito Penal Mínimo, garantidor dos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos em face do *ius puniendi* estatal, podem ser destacados: intervenção mínima; lesividade; adequação social; insignificância; individualização da pena; proporcionalidade; responsabilidade pessoal; limitação das penas; culpabilidade e legalidade.

Em suma, tem-se que, no discurso minimalista, o Direito Penal é tido como instrumento importante de controle social, mas cuja utilização legítima só pode se dar em um juízo de *ultima ratio*, ou seja, quando falharem instrumentos menos drásticos de controle social, nos quais se incluem sanções impostas pelo direito civil e administrativo, bem como o controle social não formal, exercido, por exemplo, pela família, escola e instituições religiosas.

Sem afastar-se de uma concepção garantista, tendo como máxima a aplicação racional do Direito Penal em respeito ao postulado inafastável da dignidade da pessoa humana, o *ius puniendi* estatal só pode ser exercido em uma lógica de mínima intervenção possível do sistema penal sobre as liberdades dos cidadãos, com uma máxima proteção às garantias individuais.

Sendo assim, o Direito Penal, de acordo com a referida corrente, passa a ser um sistema de caráter subsidiário – pois só terá incidência quando falharem os outros meios de controle social – e fragmentário – pois passa a se ocupar, tão somente, das

mais graves lesões aos bens jurídicos mais importantes à sociedade. Vale ressaltar que o Direito Penal mínimo não proíbe uma aplicação rígida do direito. Pelo contrário, a aplicação deve ser rígida, mas, ao mesmo tempo, racional.

2.4 Análise econômica do direito penal empresarial

Pelos estudos de análise econômica do direito, pode-se afirmar que o empresário, ao exercer atividade econômica organizada, irá analisar todas as consequências de seus atos, tendo em vista que age maximizando seus interesses em busca de lucros dentro de um mercado livre e globalizado. Por isso, para que o Estado consiga que o empresário atue de uma certa forma, deve apresentar incentivos para direcionar e orientar suas atividades econômicas.

Com relação aos incentivos, pode-se dizer que o empresário primeiro busca informações, para medir o que ganha e o que perde com determinada escolha. Ele sempre tenta antever as consequências de seu comportamento. Trata-se de uma análise de custo benefício, exercício diário na vida de quem exerce atividade empresarial.

Com relação ao Direito Penal Econômico, o empresário irá analisar todas as variáveis na hora de infringir ou não uma norma. Posto isso, deve-se pensar qual das correntes - abolicionista, lei e ordem ou direito penal mínimo - privilegia o desenvolvimento econômico. Além disso, devem ser analisadas quais dessas correntes que desestimula a prática de condutas penalmente relevantes.

Ademais, conforme pensamento de Steven Shavell (2000), quando uma pessoa resolve cometer ou não um ato criminoso, ela analisará a sanção prevista e o benefício que ela pode obter. Caso a sanção seja superior do que o benefício esperado e a pessoa decida não cometer o ato, pode-se dizer que ela foi dissuadida a isso e o sistema preventivo funcionou da forma esperada.

Para exemplificar, pode-se citar a hipótese de um sócio de uma sociedade empresária que, antes de implantar uma certa estratégia tributária, consulta um famoso advogado criminalista buscando saber se sua conduta configuraria ou não um crime. E, além disso, quais as consequências que isso poderia trazer para a pessoa jurídica e

para ele. Nesse sentido, os movimentos abolicionista, lei e ordem e do direito penal mínimo podem fornecer bases como critérios orientadores para os que visam aplicar o direito penal econômico de modo eficiente.

3 CONCLUSÃO

A análise econômica do direito se preocupa com a estabilidade e eficiência do mercado, analisando sempre as possíveis consequências práticas e visando um desenvolvimento econômico sustentável. O Direito Penal Econômico visa tutelar crimes específicos que na atualidade estão se tornando comuns, em face do insaciável interesse dos empresários por lucros. Os crimes empresariais prejudicam interesses coletivos, razão pela qual merecem tratamento especial.

Nesse sentido, percebe-se também que um dos principais objetivos da tutela penal do que tange direito penal econômico é assegurar que o patrimônio de uma pessoa jurídica atenda à sua função social, contribuindo para o regular funcionamento dos mercados, estabilidade econômico social e, conseqüentemente, para um desenvolvimento econômico sustentável. Isso tendo em vista que o legislador deu tratamento mais severo nos casos de ameaça a interesses econômicos coletivos, atendendo a um critério de proporcionalidade e razoabilidade das penas.

Toda essa preocupação se justifica eis que o aumento dos crimes que ocorrem na seara empresarial causam evasão de impostos, poluição desenfreada, prejudicam a concorrência, geram instabilidade nos mercados, prejudicando o processo de desenvolvimento econômico e, conseqüentemente, dificultando a erradicação da pobreza e a diminuição das desigualdades sociais. Para combater esse tipo específico de criminalidade, podem ser aplicadas três teorias: Lei e Ordem, abolicionismo e direito penal mínimo.

O movimento de Lei e Ordem, como visto, possui efeito prático de contribuir para a imagem de um direito penal ineficaz, simbólico e seletivo. Dessa forma, não desestimula condutas ilícitas, principalmente por parte de um empresário, que dificilmente será cliente do sistema penal eis que, pela atual política dominante, não será visto como “inimigo”.

Então, o empresário, tendo em vista o risco pequeno e a descrença com relação ao direito penal, preferirá infringir as normas penais empresariais a cumpri-las. Em uma análise prévia, por exemplo, o empresário escolherá cometer um crime contra ordem tributária ao invés de cumprir com suas obrigações tributárias, eis que seria uma escolha economicamente viável para ele.

O movimento abolicionista também não contribuiria para um desenvolvimento sustentável da economia. Se o movimento da lei e ordem leva a uma descrença no sistema penal, a abolição desse levaria a uma situação caótica, eis que inexistente substituto para o direito penal. Atualmente é até difícil imaginar uma sociedade em que a atividade empresarial não possa estar submetida à tutela penal. Nesse sentido, inexistiria regulação penal para o mercado, prejudicando a estabilidade das negociações.

Já a corrente do Direito Penal Mínimo parece mais adequada com relação ao Direito Penal Empresarial. Não visa abolir o sistema e nem aplicá-lo de forma desregrada, em detrimento de direitos fundamentais. Visa uma aplicação racional e eficiente do direito penal, buscando combater a criminalidade de um modo eficaz. Nesse sentido, haverá aplicação do direito penal, mas somente em caso de necessidade. E não seriam admitidas violações a direitos e garantias fundamentais.

Dessa forma, o Direito Penal Mínimo é, sem dúvida, a concepção mais aceita atualmente pelos estudiosos e aplicadores do Direito Penal Econômico, sendo considerado o discurso mais coerente com a realidade social e, portanto, mais apto a realizar os fins a que se propõe o Direito Penal, na sua função primordial de proteção aos bens essencialmente necessários ao convívio em sociedade.

Pouco adianta tomar-se o Direito Penal Econômico como a tábua da salvação para o problema da criminalidade empresarial, se suas causas não forem estudadas e tratadas. É preciso se ter em mente o fato de que o crime, antes de ser criado pelo Estado através de normas incriminadoras, é fenômeno social. E, além disso, necessário lembrar que o empresário age visando maximizar seus próprios interesses, o que leva a crer que a criação de incentivos para não cometer delitos (contra a ordem tributária, por exemplo) é muito mais eficaz do que simplesmente prever penas mais rígidas na legislação.

Portanto, a mera criação de leis, por vezes fruto de casuísmos que geram comoção social e propostas demagógicas, não resolve a questão, pelo contrário, a agrava. Ao criar medidas emergenciais e ilusórias, altamente repressivas e criminalizadoras, com o intuito de acalmar a opinião pública, se levará à descrença do direito penal, eis que poucos serão submetidos a sua força desproporcional.

Por um outro lado, o total ceticismo quanto ao Direito Penal não se mostra a melhor saída. Não se pode ignorar que o Direito Penal foi e ainda é importante instrumento de controle social, especialmente em face de determinadas situações de especial gravidade para o meio social. E, atualmente, é uma importante arma de prevenção de crimes que o Estado possui. Não é o único meio, porém, e deve ser utilizado tendo-se em vista, sempre, os princípios da proporcionalidade e da dignidade da pessoa humana.

Então, no que tange a busca pela forma de aplicação mais eficiente das normas de direito penal empresarial, pode-se concluir, por este estudo preliminar, que a corrente que deve ser aplicada é a do Direito Penal mínimo, eis que privilegia os direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição. Esse rígido respeito a normas essenciais é necessário para que a economia se desenvolva com segurança, colaborando para que o mercado também exerça importante função social.

Por fim, ao que parece, é melhor criar incentivos para o empresário agir respeitando as normas do direito penal econômico do que tentar reprimir penalmente de modo desenfreado. Por isso, para que o Estado consiga que o empresário atue de uma certa forma, deve apresentar incentivos para direcionar e orientar as atividades econômicas.

Em futuros trabalhos pretende-se pesquisar acerca dos incentivos que podem ser criados para que os empresários atuem respeitando o direito penal empresarial, de modo que o caráter preventivo do direito seja ressaltado. E, além disso, quais os custos e as possíveis externalidades – positivas e negativas – que podem ocorrer, eis que, ao criar tais incentivos, alguém terá que custeá-los. Pretende-se ainda analisar economicamente a implementação desses incentivos, para estudar se a relação custo benefício para a sociedade é vantajosa. *There's no free lunch!*

REFERÊNCIAS

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. **NBR 6023: informação e documentação: referências**: elaboração. Rio de Janeiro, 2002.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. **NBR 6024: numeração progressiva das seções de um documento escrito**: apresentação. Rio de Janeiro, 2002.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. **NBR 6028: informação e documentação: resumo**: apresentação. Rio de Janeiro, 2003.

BAKER, C. E., *The ideology of Economic Analysis of Law*. 5 Phil. & Pub. Aff. 3, 47.1975.

BECCARIA, Cesare Bonesana. **Dos delitos e das penas**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BECKER, Gary S. *Crime and Punishment: An Economic Approach*. *Journal of Political Economy*, n. 76, v. 2, 1968, p. 169-217.

BECKER, Gary S. e STIGLER, George J. *Law Enforcement, Malfeasance, and Compensation of Enforcers*. *In Journal of Legal Studies*, Vol. 3, Nº 1, 1974, p. 1-18.

BENTHAM, Jeremy. **Uma introdução aos Princípios da Moral e da Legislação**. Coleção Os Pensadores. São Paulo: Victor Civitas, 1974.

BRASIL. **Constituição de 1988**: Constituição da República do Brasil. 9ª ed., São Paulo: RT, 2007.

BUCHANAN. James M. **Custo e Escolha: Uma indagação em Teoria Econômica**. Trad. Luiz Antônio Pedroso Rafael. São Paulo: Inconfidentes, 1993.

COASE, Ronald H. *The Problem of Social Cost*. 3 J. Law & Econ. 1960.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da; PEDRAZZI, Cesare. **Direito Penal Societário**. 3ª ed., São Paulo: DPJ, 2005.

FARIA, Guiomar Therezinha Estrella. **Interpretação Econômica do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 2ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

GOLDBERG, Daniel. **Poder de compra e Política Antitruste**. 2005. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo.

GRECO, Rogério. **Direito penal do Equilíbrio: uma visão minimalista do Direito Penal**. 2ª ed., Niterói, RJ: Impetus, 2006.

LOPES, Jair Leonardo. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 4. ed. São Paulo: RT, 2005.

ORSAGH, Thomas. **Is There a Place for Economics in Criminology and Criminal Justice?**. In *Journal of Criminal Justice*, Vol. 11, 1983, p. 391-401.

RUBENSTEIN, Ed., 1995, "**The Economics of Crime: The Rational Criminal**," Paper delivered at the Center for Constructive Alternatives, Hillsdale College, Hillsdale, Michigan (February 9), 19-21.

PARETO, Wilfredo. **Manual de Economia Política**. Trad. João Guilherme Vargas Netto. São Paulo: Abril Cultural, 1984.

POSNER, Richard A. **The Economic Approach to Law**. *Texas Law Review*, v. 53, n. 4, 1975.

_____. **Economic Analysis of Law**. Boston: Little Brown, 1977.

_____. *The Economic of Justice*. Cambridge: Harvard University, 1981.

PRADO, Luiz Regis. **Direito Penal Econômico**. São Paulo: RT, 2004.

SALAMA, Bruno Meyerhof. **O que é “Direito e Economia”?**. In: TIMM, Luciano Benetti. *Direito & Economia*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 49-61.

_____. **O que é Pesquisa em Direito e Economia?** Caderno Direito GV, número 22 – março/2008. Disponível em: <<http://www.direitogv.com.br/interna.aspx?PagId=HTKCNKWI&IDCategory=4&IDSubCategory=139>>. Acesso em 16 jan. 2009.

SHAVELL, Steven. **El Derecho Penal y El Uso Óptimo de Sanciones No Monetarias como Medida de Disuasión**. In: ROEMER, Andrés (compilador). *Derecho y Economía: Una Revisión de la Literatura*. Cidade do México: Centro de Estudios de la Gobernabilidad y Políticas Públicas: Fondo de Cultura Económica: Instituto Tecnológico Autónomo de México, 2000, p. 437-469.

SZTAJN, Rachel. **Law and Economics**. In: ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel (org.). **Direito e Economia: Análise Econômica do Direito e das Organizações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 74-83.

TIMM, Luciano Benetti. **Direito & economia**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

TORRES LÓPES, Juan. **Análisis Económico del Derecho**. Madrid: Ed. Tecnos, 1987.