

**UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS JURÍDICAS
MESTRADO EM DIREITO ECONÔMICO**

JOSÉ NETO BARRETO JÚNIOR

**DISFUNÇÕES DO SISTEMA PENAL ECONÔMICO:
OBSTÁCULOS À SUA CORREÇÃO NO BRASIL**

**JOÃO PESSOA
2012**

JOSÉ NETO BARRETO JÚNIOR

**DISFUNÇÕES DO SISTEMA PENAL ECONÔMICO:
OBSTÁCULOS À SUA CORREÇÃO NO BRASIL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas, da Universidade Federal da Paraíba, como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito Econômico.

Orientador: Professor Doutor Manoel Alexandre Cavalcante Belo.

Área de concentração: Direito Econômico.

JOÃO PESSOA
2012

B273d Barreto Júnior, José Neto.

Disfunções do sistema penal econômico: obstáculos à sua correção no Brasil/
José Neto Barreto Júnior. - - João Pessoa: [s.n.], 2012.

132f.

Orientador: Manoel Alexandre Cavalcante Belo

Dissertação (Mestrado) - UFPB/CCJ.

1. Luhmann, Niklas. 2. Direito Econômico. 3. Sistema penal econômico. 4. Sistemas transicionais. 5. Constituição.

UFPB/BC

CDU: 346(043)

JOSÉ NETO BARRETO JÚNIOR

DISFUNÇÕES DO SISTEMA PENAL ECONÔMICO:
OBSTÁCULOS À SUA CORREÇÃO NO BRASIL

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas, da Universidade Federal da Paraíba, como requisito parcial para a obtenção do grau de mestre em Direito Econômico.

Aprovado em: João Pessoa, 14 de maio de 2012

BANCA EXAMINADORA

Professor Doutor Manoel Alexandre C. Belo
Presidente

Professor Doutor Romulo Rhemo Palitot Braga
Examinador

Professora Doutora Ana Paula Basso
Examinadora

Dedico este trabalho à minha esposa e aos nossos pais e irmãos, em homenagem ao suporte que todos me deram, de alguma forma, ao longo desses últimos dois anos.

AGRADECIMENTOS

À minha esposa, Priscylla Barreto, pelo seu amor e por sua dedicação, por suportar minha ausência durante horas de leitura, mesmo estando eu no quarto ao lado, e, sobretudo, por acreditar em mim, mais do que eu mesmo. Desde a elaboração do projeto para o processo de seleção, até o término desta dissertação, seu apoio foi determinante para que eu acreditasse ser possível obter êxito nesse mestrado. Sem você, amor, nenhuma das páginas seguintes estaria escrita. Eu te amo.

Ao meu pai, José Neto Barreto, meu parâmetro de honestidade, retidão e zelo profissional, minha gratidão por todos os anos de dedicação e esforço, empreendidos com amor, para que eu, desde a infância, entendesse o valor da boa educação. Obrigado, também, pela cuidadosa leitura desse trabalho e pelos apontamentos feitos para o seu aprimoramento.

À minha mãe, Marly Costa Barreto, (*in memoriam*), fonte maior de inspiração para tudo que eu desejo realizar.

Às minhas irmãs, Ana Cristina Costa Barreto e Alessandra Costa Barreto, pelo amor que nos une, ainda que a distância ou as tantas ocupações do cotidiano nos separem; ao meu sobrinho Eduardo Barreto, meu eterno parceiro de tênis, de quem muito me privei nos últimos meses, e às minhas sobrinhas Ana Clara e Mariana, pela alegria, inocente e inspiradora, que demonstram ao me verem, mesmo que pela câmera do computador.

Ao meu orientador, o Professor Doutor Manoel Alexandre C. Belo, não apenas por me ter inserido em tema tão interessante quanto à teoria dos sistemas, ou pela sua orientação, fundamental para o desenvolvimento do trabalho, mas, especialmente, pela compreensão, paciência e capacidade de gerar estímulo, qualidades somente encontradas nos que possuem verdadeira vocação para o magistério.

Ao meu amigo Erinaldo Alves do Nascimento, professor Doutor de Ensino da Arte, da UFPB, que insiste em dizer que tem uma dívida para comigo, por eu ter dado alguma colaboração à sua tese, quando, em meio aos seus estudos, eu lhe escutava e, como leigo, fazia indagações. Durante a elaboração desta dissertação, ele disponibilizou seu tempo para, pacientemente,

ouvir meus argumentos e contra-argumentar, fazer-me considerações metodológicas e indagações que me levavam a constantes reflexões. Tenho certeza que sua contribuição para este trabalho foi maior do que a minha para a sua tese. A dívida foi paga, com sobras, e eu lhe devo troco.

Aos meus colegas e professores do mestrado.

Só a especialização estrita permitirá que o trabalhador científico experimente por uma vez, e certamente não mais que por uma vez, a satisfação de dizer a si mesmo: desta vez consegui algo que permanecerá.

Max Weber

RESUMO

Este estudo, eminentemente bibliográfico, tem por objetivo investigar as principais dificuldades para a correção das disfunções do sistema penal econômico no Brasil. Apresenta a teoria dos sistemas sociais, de Niklas Luhmann, e seus principais fundamentos, pelos quais se compreende a sociedade como um sistema autopoietico, que produz a si mesmo e gera diversos subsistemas sociais, como o político, o econômico e o jurídico. O sistema jurídico tem como principal mecanismo de conexão com os demais sistemas sociais a Constituição Federal, por meio da qual seleciona os bens jurídicos que merecem a proteção do subsistema penal econômico. A pesquisa identifica as falhas sistêmicas, em razão das quais o funcionamento do sistema penal econômico não confere a devida proteção à ordem econômica prevista na Constituição. Em seguida, concebendo o Brasil, sob a perspectiva de seus sistemas político, jurídico e econômico, como um sistema transicional, sujeito à interferências externas, analisa os principais obstáculos decorrentes de sua condição de sistema em desenvolvimento, que impedem os ajustes necessários no Direito Penal Econômico, buscando desmistificar o equivocado pensamento social de que o agravamento das medidas penais, ou a edição de mais leis criminalizadoras impedirá o crescimento da criminalidade.

Palavras-chave: Niklas Luhmann. Constituição. Sistema Penal Econômico. Disfunções. Sistemas Transicionais.

ABSTRACT

This research, bibliographic indeed, has as a goal to investigate the principal difficulties to correct the dysfunction of the Penal Brazilian System. It displays the theory of social systems, by Niklas Luhmann, and its main principles, where the society is seen by an autopoietic system, which itself produces and generates several social subsystems, such as political, economic and juridical. The juridical system has as main link mechanism with the other social systems the Federal Constitution, by which we select the juridical goods that deserve the protection of the Penal Economic Subsystem. The research identifies the systemic failures, because the working of the Penal System does not give the real protection to the Economical Order foreseen by the Constitution. Brazil, in the perspective of its political, economical and juridical systems, as a transitional system subject to external interferences, we analyze the main obstacles coming from its condition of system in development that blocks the necessary adjustments in the Penal Economical Law, searching to demystify the misunderstanding social thoughts, that the aggravation of the Penal measures or the edition of more criminal laws will block the growth of criminal actions.

Key-words: Niklas Luhmann. Constitution. Penal Economic System. Dysfunctions. Transitional Systems.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	12
2 A TEORIA DOS SISTEMAS SOCIAIS.....	16
2.1 A origem da teoria	16
2.2 A transposição da teoria dos sistemas para a sociologia.....	19
2.3 Sínteses dos principais fundamentos da teoria dos sistemas autopoieticos, de Niklas Luhmann	22
2.3.1 A diferenciação sistema/ambiente	23
2.3.2 A redução da complexidade e a contingência	24
2.3.3 A comunicação	26
2.3.4 A autopoiese	28
2.3.5 A clausura operacional: sistemas fechados e abertos ao mesmo tempo.....	30
2.3.6 O acoplamento estrutural.....	32
2.3.7 Os subsistemas funcionais como efeito da evolução social	34
2.3.8 Funcionamento dos sistemas sociais – o esquema “input”-“output”-“feedback”.	35
2.4 Sistemas consolidados e sistemas não consolidados: o Brasil como sistema transicional.	37
2.5 Considerações metodológicas necessárias	40
3 A CONSTITUIÇÃO COMO ACOPLAMENTO ESTRUTURAL ENTRE OS SISTEMAS POLÍTICO, JURÍDICO E ECONÔMICO: O FUNDAMENTO DE VALIDADE DA TUTELA PENAL ECONÔMICA.	43
3.1 A relação entre os sistemas político, jurídico e econômico.	43
3.2 O acoplamento estrutural entre os sistemas político, jurídico e econômico: a Constituição como fundamento de validade das atividades sistêmicas.	46
3.3 A ordem econômica constitucional como bem jurídico penalmente protegido.	49
3.3.1 A tutela penal dos bens jurídicos nos crimes econômicos	49
3.3.2 A ordem econômica na Constituição:	52
3.3.2.1 A Constituição Econômica	52
3.3.2.2 A evolução histórica das Constituições no Brasil e seu tratamento quanto à ordem econômica.....	53
3.3.2.3 A ordem econômica na Constituição de 1988.....	56
3.4 A ponderação axiológica constitucional como critério de seleção na tutela penal econômica.	58

4 DISFUNÇÕES DO SISTEMA PENAL ECONÔMICO NO BRASIL.....	64
4.1 O Direito Penal Econômico como subsistema funcional.....	64
4.1.1 O sistema penal.....	64
4.1.2 Existe um subsistema penal econômico?	68
4.1.2.1 <i>A origem do Direito Penal Econômico: fundamentos históricos, políticos e econômicos para a proteção de um bem jurídico diferenciado.</i>	70
4.1.2.2 <i>A autonomia do Direito Penal Econômico</i>	74
4.1.2.3 <i>Justificativas para concepção do sistema penal econômico</i>	76
4.2 Disfunções do sistema Penal Econômico.	77
4.2.1 Causas possíveis das disfunções do sistema penal econômico: os processos sobrecomunicativos	78
4.2.2 Os efeitos das disfunções sistêmicas	81
4.2.2.1 <i>As divergências entre as estruturas teóricas surgidas a partir dos novos conceitos exigidos para a compreensão da criminalidade econômica</i>	81
4.2.2.2 <i>A inflação legislativa</i>	90
4.2.2.3 <i>A ineficiência do Direito Penal Econômico</i>	95
4.3 Propostas de racionalização da legislação penal econômica.....	97
4.3.1 O sentido da racionalização	98
4.3.2 A formulação de uma teoria geral do Direito Penal Econômico e de uma política criminal uniforme.	99
4.3.3 A descriminalização	100
4.3.4 O direito administrativo sancionador	100
5 OBSTÁCULOS POLÍTICOS À CORREÇÃO DAS DISFUNÇÕES SISTÊMICAS.	103
5.1 O Brasil como sistema transicional: a vulnerabilidade dos sistemas político, jurídico e econômico.	103
5.2 Fatores políticos que contribuem para a manutenção das disfunções do sistema penal econômico	106
5.2.1 A influência dos grupos de pressão na legislação penal econômica	106
5.2.2 A pressão da mídia na orientação da legislação penal: o discurso baseado no binômio insegurança/impunidade.	112
5.2.3 O populismo penal.....	116
6 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	119
REFERÊNCIAS	123

1 INTRODUÇÃO

A criminalidade econômica é um fenômeno que cresceu rapidamente, após a Segunda Guerra Mundial. Nas últimas três décadas, impulsionada pela globalização e pelo avanço da tecnologia, tem levado os teóricos do Direito a se questionarem sobre a eficácia dos meios empregados na sua repressão.

A preocupação se justifica diante da constatação de que o crescimento desses delitos, tanto em sua ocorrência, quando na multiplicação das formas de sua prática, tem se dado em um período de considerável expansão do Direito Penal Econômico.

A produção legislativa em matéria penal econômica tem sido farta, criminalizando-se cada vez mais condutas antes não percebidas como ofensivas. A doutrina tem desenvolvido institutos inovadores, representativos de verdadeira antecipação da tutela penal, gerando divergências quanto à necessidade de uma maior ou menor incidência do Direito Penal no campo econômico.

Se a criminalidade econômica cresce indiferente aos meios legais que se apresentam para o seu controle, é de se questionar se essa abundante atividade legislativa incriminadora e essa postura de antecipação da tutela penal não tem causado o efeito reverso, de enfraquecer os meios de prevenção e repressão da criminalidade econômica.

Sendo o crime e a atuação do Direito em sua repressão fenômenos sociais, este trabalho busca na teoria dos sistemas sociais, do sociólogo alemão Niklas Luhmann, o referencial teórico em função do qual se faz a análise da influência que os sistemas político e econômico exercem sobre o sistema jurídico.

Niklas Luhmann concebeu a sociedade como um sistema, de alta complexidade, a partir do qual se formam subsistemas sociais, com funcionalidades específicas, selecionando cada um uma parcela dessa complexidade social, para operá-la por meio de suas estruturas internas, segundo um código de comunicação específico.

Ao primeiro contato com os elementos da teoria de Luhmann, especialmente quando examinados isoladamente, o seu estudioso pode imaginá-la confusa e excessivamente abstrata. No entanto, após o entendimento de seus fundamentos básicos, a teoria permite uma visão sistêmica dos fenômenos sociais de tal forma abrangente que, tão vastas quanto são as relações na sociedade, serão as possibilidades de se compreendê-las sob a visão de sistemas.

A Política, a Economia e o Direito são observados como sistemas neste trabalho, sob a perspectiva específica de se encontrar, na influência que os sistemas político e econômico exercem sobre o sistema jurídico, as disfunções do sistema penal econômico. Essas

disfunções se refletem na excessiva legislação penal econômica, nas divergências teóricas sobre temas fundamentais na elaboração de políticas criminais e na ineficiência do Direito Penal como instrumento repressor dos crimes econômicos. Embora haja na doutrina penal propostas de racionalização do Direito Penal Econômico, é possível identificar fatores políticos que contribuem para que elas não sejam implantadas.

Conquanto as conclusões apresentadas ao final deste trabalho possam ser aplicadas a outros países, que assim, como o Brasil, reúnem características para serem classificados como sistemas em transição, em desenvolvimento, esta pesquisa tem seu objeto restrito à verificação do sistema penal econômico brasileiro.

Este trabalho, portanto, faz uma análise transdisciplinar, entre os direitos Penal, Econômico, Constitucional, Penal Econômico, e a Ciência Política, para encontrar, nos limites desta pesquisa, uma interseção entre eles, exposta na problemática formulada nos termos da seguinte pergunta: *considerando os subsistemas brasileiros da Política, do Direito e da Economia como sistemas em desenvolvimento e, portanto, vulneráveis à influências externas, que fatores podem ser identificados como dificuldades para a implantação de propostas de racionalização do Direito Penal Econômico?*

O objetivo geral desta pesquisa é identificar os interesses políticos na manutenção da ineficiência do Direito Penal Econômico no Brasil.

São objetivos específicos deste trabalho: I) apresentar a teoria dos sistemas sociais de Niklas Luhmann, sua origem e seus principais elementos; II) examinar a relação entre os sistemas político, econômico e jurídico, tendo a Constituição o papel de acoplamento estrutural, do qual decorre o fundamento da tutela penal da ordem econômica; III) analisar as disfunções do sistema penal econômico e as propostas de sua racionalização e IV) apresentar as principais dificuldades para a implantação de políticas que corrijam as disfunções do sistema penal econômico.

A escolha do tema se justifica pela sua pertinência e atualidade. Sabendo-se que a utilidade da pesquisa acadêmica não se limita ao universo das salas de aula, mas dá subsídios para que a discussão ecoe na sociedade, transformando-a, o tema se mostra relevante, pois concentra análises nos campos político, econômico e criminal, apontando problemas que afetam o desenvolvimento do país, tendo, assim, não apenas utilidade acadêmica, mas servindo de base para uma discussão que gere parâmetros para mudanças políticas. No que concerne à sua atualidade, faz-se uso das palavras de Deodato (2003, p. 39):

A criminalidade econômica é um tema sempre atual, sobretudo quando procura o estudioso o contexto fenomenológico em que esta delinquência ganha amplitude, seja pela relevante dimensão dos danos morais e materiais que causa, pela capacidade que tem de mutação ante as diferentes condições sociopolíticas que se apresentam, ou mesmo pelas defesas que cria e que frustram todas as lutas contra si empreendidas.

A pesquisa desse trabalho é classificada, quanto ao seu objetivo, como teórica, pois são examinadas as teorias jurídicas que discutem o tema. É o arcabouço doutrinário existente a pedra fundamental sobre a qual se apóia o trabalho a ser desenvolvido.

Quanto à forma de estudo, será exploratória, uma vez que se desenvolverá tendo por norte o proporcionar maiores informações sobre o tema, investigando o que já se escreveu a respeito e analisando quais fundamentos teóricos darão suporte à conclusão final.

Quanto ao objeto, a pesquisa será bibliográfica, pois o material que lhe servirá de base será essencialmente gráfico. A pesquisa, sendo eminentemente bibliográfica, se serviu, especialmente, de obras publicadas nos campos do Direito Econômico, do Direito Constitucional, do Direito Penal, do Direito Penal Econômico e da Ciência Política. Para uma maior fidelidade na reprodução do pensamento dos autores que a fundamentam, a pesquisa se deu somente em fontes primárias, evitando-se o uso do *apud*.

Quanto às normas técnicas, foi adquirida e aplicada para a elaboração desta dissertação a “Coletânea de Normas Técnicas para Elaboração de TCC, Dissertação e Teses: 2011”, da ANBT (Associação Brasileira de Normas Técnicas), que contém as normas ABNT NBR 6023:2002, ABNT NBR 6024:2 003, ABNT NBR 6027:2003, ABNT NBR 6028:2003, ABNT NBR 6034:2004, ABNT NBR 10520:2002 e ABNT NBR 14724:2011 e ABNT NBR 15287:2011.

Esta pesquisa está estruturada em cinco capítulos, sendo esta introdução o primeiro deles, preferindo-se por fazer nela, e não em capítulo à parte, as considerações metodológicas. No segundo capítulo, apresenta-se a Teoria dos Sistemas, sua origem e transposição para a sociologia, seus principais elementos e a diferença entre sistemas desenvolvidos e sistemas em desenvolvimento, ou transicionais. No terceiro capítulo é feita uma abordagem sobre o papel da Constituição como acoplamento estrutural, por meio do qual se conectam os sistemas político, jurídico e econômico, originando-se dessa relação o fundamento da tutela penal da ordem econômica; No capítulo quatro, após se justificar a classificação do sistema penal econômico como um subsistema penal, são identificadas as principais disfunções do sistema penal econômico e as algumas propostas lançadas pela doutrina penal econômica para corrigi-las. No quinto capítulo são feitas considerações sobre os obstáculos políticos comumente

encontrados em um sistema transicional, como o Brasil, que impedem o desenvolvimento de uma política pública eficiente no enfrentamento da criminalidade econômica. Por fim, são feitas as conclusões da pesquisa, por meio das quais se responde à problemática acima formulada.

2 A TEORIA DOS SISTEMAS SOCIAIS

A teoria sobre a qual se fundamenta a pesquisa aqui desenvolvida é a dos sistemas sociais. Muito comum se tornou o uso do termo “sistema”, sendo freqüentes as referências aos seus mais diversos tipos, tais como o social, o político, o jurídico, o econômico, o da saúde, o da seguridade social etc. Não é difícil perceber, em muitas situações, o seu emprego mais por modismo, ou por uma visão parcial do seu significado, do que pela intenção de relacioná-lo a algum fenômeno sistêmico. Longe dessa utilização popular, por vezes imprecisa, a teoria dos sistemas sociais é reconhecida como valioso instrumento de compreensão dos fenômenos sociais.

2.1 A origem da teoria

A origem da teoria dos sistemas dista da sociologia, sendo encontrada nos estudos da biologia, no início do século XX. O biólogo austríaco Ludwing Von Bertalanffy é reconhecido como o autor da Teoria Geral dos Sistemas¹, tendo-a idealizado entre os anos de 1920 e 1930 (KORFMANN, 2002).

Entretanto, o próprio Bertalanffy (2009) reconhece ter havido antes dele algumas obras preliminares no campo de estudo da teoria dos sistemas, citando os trabalhos de Wolfgang Köhler e Alfred James Lotka, ambos de meados da década de 20 do século passado. Ainda assim, segundo Bertalanffy, esses estudos se limitavam a uma análise parcial do fenômeno sistêmico, sem a preocupação da formulação de uma teoria sobre o tema.

Nos estudos biológicos anteriores ao desenvolvimento de uma teoria de sistemas, concebiam-se os seres vivos como um conglomerado de elementos distintos, e não como um sistema, com organização e integração (CALGARO, 2006).

Antes da década de 40, os termos “sistema” e “pensamento sistêmico” tinham sido utilizados por vários cientistas, mas foram as concepções de Bertalanffy de um sistema aberto e de uma teoria geral dos sistemas que estabeleceram o pensamento

¹ Embora mencione ser Bertalanffy reconhecido como o autor da primeira teoria sobre sistemas, Fritjof Capra afirma que, antes dele, um médico, economista e filósofo russo chegara a uma formação teórica semelhante: “Ludwing Von Bertalanffy é comumente reconhecido como o autor da primeira formulação de um arcabouço teórico abrangente descrevendo os princípios de organização dos sistemas vivos. No entanto, entre vinte e trinta anos antes de ele ter publicado os primeiros artigos sobre sua “teoria geral dos sistemas”, Alexander Bogdanov, um pesquisador médico, filósofo e economista russo, desenvolveu uma teoria sistêmica de igual sofisticação e alcance, a qual, infelizmente, ainda é, em grande medida, desconhecida fora da Rússia.” (CAPRA, 1996, p. 61).

sistêmico como um movimento científico de primeira grandeza. (CAPRA, 1996, p. 64).

O físico austríaco Fritjof Capra, também dedicado ao estudo dos sistemas, registra que Bertalanffy, logo após iniciar sua carreira como biólogo, em Viena, juntou-se ao internacionalmente conhecido grupo de cientistas e filósofos, o Círculo de Viena. Acreditava o biólogo que os fenômenos biológicos exigiam novas formas de pensar, transcendendo os tradicionais métodos das ciências físicas. Por isso, “Bertalanffy dedicou-se a substituir os fundamentos mecanicistas da ciência pela visão holística.” (CAPRA, 1996, p. 64).

A teoria dos sistemas representou, assim, uma mudança do paradigma *meanicista*, para o *holístico*, ou *sistêmico*. A distinção entre eles se compreende nas palavras de Cruz (2007, p. 17):

A ênfase nas partes tem sido chamada de mecanicista, reducionista ou atomística, ao passo que a ênfase no todo, de holística, organística ou ecológica, sendo que esta perspectiva holística, na ciência do século XX, tornou-se conhecida tecnicamente como sistêmica.

O novo paradigma defendia que a vida orgânica somente poderia ser descrita como um conjunto de efeitos sistêmicos interligados. Seus processos constitutivos, portanto, nunca ocorrem, de fato, isoladamente, ainda que possam ser isolados analiticamente. (KORFMANN, 2002).

Houve, então, conforme Cruz (2007), uma mudança da atenção dos cientistas das partes para o todo, constatando-se que os seres vivos, como totalidades integradas, possuem propriedades essenciais, não encontradas em nenhuma das partes isoladamente. Essa foi uma mudança de objeto para relações, portanto. Em lugar de se conceber o mundo como uma coleção de objetos, compreende-se os objetos como redes de relações, inseridas em redes maiores.

A teoria dos sistemas não gozou de aceitação imediata. Bertalanffy (2009) narra seu próprio temor quanto à rejeição de sua teoria², e revela terem sido publicados seus primeiros estudos sobre o tema somente alguns anos depois de sua primeira apresentação. A partir de então, para sua própria surpresa, a comunidade científica passou a fazer freqüente uso da

² “Apresentei-a pela primeira vez em 1937 no seminário de filosofia de Charles Morris na Universidade de Chicago. Entretanto, nessa ocasião a teoria tinha má reputação em biologia e tive medo daquilo que o matemático Gauss chamou de ‘clamor dos beócios’. Por isso deixei meus rascunhos na gaveta e foi somente depois da guerra que apareceram minhas primeiras publicações sobre o assunto.” (BERTALANFFY, 2009, p. 126).

construção de modelos e generalizações abstratas, e vários cientistas chegaram a conclusões semelhantes às suas.

Com o forte apoio subsequente vindo da cibernética, as concepções de pensamento sistêmico e de teoria sistêmica tornaram-se partes integrais da linguagem científica estabelecida, e levaram a numerosas metodologias e aplicações novas - engenharia dos sistemas, análise de sistemas, dinâmica dos sistemas, e assim por diante. (CAPRA, 1996, p. 64).

Em considerações autobiográficas, Bertalanffy revela que também foi educado em filosofia, na tradição do neopositivismo. Porém, o seu interesse pelo misticismo alemão, pelo relativismo histórico, pela história da arte e “outras atitudes não ortodoxas, tornaram impossível vir [ele] a ser um bom positivista.” (BERTALANFFY, 2009, p. 32).

Essa visão filosófica, não ortodoxa, lhe permitiu uma compreensão da teoria dos sistemas não restrita somente aos organismos vivos. Antes, considerando as interações ocorridas tanto nos fenômenos naturais quanto nos sociais, Bertalanffy percebeu ser possível a elaboração de uma teoria geral dos sistemas, cuja base teórica fosse aplicada a qualquer modelo sistêmico.

Assim, existem modelos, princípios e leis que se aplicam a sistemas generalizados ou suas subclasses, qualquer que seja seu tipo particular, a natureza dos elementos que os compõem e as relações ou “forças” que atuam entre eles. Parece legítimo exigir-se uma teoria não só dos sistemas de um tipo mais ou menos especial, mas de princípios universais aplicáveis aos sistemas em geral. Desse modo, postulamos uma nova disciplina chamada Teoria Geral dos Sistemas. Seu conteúdo é a formulação e derivação dos princípios válidos para os “sistemas” em geral. (BERTALANFFY, 2009, p. 57).

E, justificando o seu caráter científico, Bertalanffy indica os principais propósitos de sua teoria:

- 1) Há uma tendência geral no sentido da integração nas várias ciências, naturais e sociais.
- 2) Esta integração parece centralizar-se em uma teoria geral dos sistemas.
- 3) Esta teoria pode ser um importante meio para alcançar uma teoria exata nos campos não físicos da ciência.
- 4) Desenvolvendo princípios unificadores que atravessam “verticalmente” o universo das ciências individuais, esta teoria aproxima-nos da meta da unidade da ciência.
- 5) Isto pode conduzir à integração muito necessária na educação científica. (BERTALANFFY, 2009, p. 63).

A partir da Teoria Geral dos Sistemas, de Bertalanffy, diversos teóricos conduziram estudos de fenômenos sistêmicos nas mais diversas áreas do conhecimento, dando relevo aos

modelos teóricos de sistemas. O cientista político canadense, David Easton, dedicou-se ao estudo da aplicação da teoria dos sistemas à ciência política. Para ele, a análise dos sistemas

[...] é um dos conceitos de maior importância do século, começando nas ciências naturais e rapidamente chegando não só às ciências sociais, mas a campos aparentemente remotos, como a educação, a arte e a estética. (EASTON, 1968, p. 48).

Para a presente pesquisa, interessam os avanços obtidos na análise dos sistemas sociais, com destaque para a Teoria dos Sistemas Sociais, de Niklas Luhmann, cujos elementos básicos serão explicados, mais adiante, para a compreensão da aplicação da teoria ao tema em estudo.

2.2 A transposição da teoria dos sistemas para a sociologia

A teoria geral dos sistemas, de Bertalanffy, estabelecendo princípios e identificando os elementos necessários para a adequação de um estudo sistêmico aos mais diversos campos do conhecimento, também poderia servir de base para o estudo da sociedade como um sistema. Bertalanffy não deixou de analisar essa possibilidade:

O mesmo acontece nas ciências sociais. Uma única conclusão segura pode tirar-se do largo espectro, da espalhada confusão e das contradições das teorias sociológicas contemporâneas, a saber, que os fenômenos sociais devem ser considerados como “sistemas”, por mais difíceis e mal estabelecidas que sejam atualmente as definições das entidades sócio-culturais. (BERTALANFFY, 2009, p. 26).

Todavia, não foi Bertalanffy o responsável pela formulação de uma teoria dos sistemas sociais que gozasse de aceitação científica, tornando-se referência nos estudos sociológicos. É indubitosa, entretanto, a sua contribuição para que cientistas de diversas áreas passassem a considerar o valor do estudo dos sistemas, ainda que não utilizando a teoria de Bertalanffy como base direta. Conforme Cruz (2007), diversos autores atribuem ao sociólogo alemão Niklas Luhmann a efetiva transposição da teoria dos sistemas do campo biológico para o social.

Segundo Bachur (2009), Luhmann nasceu aos 08 de dezembro de 1927, em Lüneburg, na Alemanha. Serviu na força aérea alemã, entre 1944-1945, tendo sido prisioneiro de guerra, em 1945, por curto tempo. Terminada a Segunda Guerra, estudou direito, na Alemanha, em Freiburg, entre 1946 e 1949. De volta à sua cidade natal, abandonou a advocacia militante, trabalhando por cerca de uma década na Administração Pública, iniciando nesse período o seu

conhecido fichário de leitura. Obteve licença para estudar em Harvard, nos anos de 1960 e 1961, quando teve contato com as idéias de sistema do funcionalismo estrutural do sociólogo norte americano Talcott Parsons. Ao voltar à Alemanha, abandonou o serviço público, obteve a habilitação para a docência na Universidade de Münster, em 1966, mudando-se para a Universidade de Bielenfeld, onde atuou como professor de sociologia, de 1968 a 1993, ano em que se aposentou. Dedicou-se por 30 anos ao estudo da sociedade, para formular sua teoria sobre sistemas sociais. Escreveu sobre diversos subsistemas sociais, tais como economia, direito, ciência, arte, meios de comunicação, política, religião e educação. Sua vasta obra é composta de quarenta e três livros e quatrocentos e dezenove artigos, segundo Korfmann (2002). Faleceu em 06 de novembro de 1988, em Oerlinghausen, na Alemanha (CLAM, 2005).

Schwartz (2005) concebe o desenvolvimento da teoria dos sistemas de Luhmann em duas fases: a) a primeira, logo após seu período de estudos em Harvard, em confronto com o estrutural-funcionalismo de Parsons, quando absorveu os conceitos básicos para o desenvolvimento da fase posterior; b) a segunda, a fase autopoietica, que demonstrou avanço em relação à primeira, incorporando as idéias de autopoiese dos biólogos chilenos Maturana e Varela.

Tendo como ponto de partida o estrutural funcionalismo de Parsons, Luhmann desenvolveu sua própria teoria, a princípio, como uma revisão das idéias de Parsons (CRUZ, 2007). Na visão de Luhmann (2010, p. 37), o estrutural funcionalismo de Parsons, seu antigo mestre, “tomava como ponto de partida a existência de fato de determinadas estruturas nos sistemas sociais, a partir das quais seria possível perguntar quais funções seriam necessárias para sua manutenção e preservação.” Contudo, Luhmann entende que o estrutural funcionalismo de Parsons, por se basear no axioma de que há estruturas supostamente invariáveis, mostrava-se limitado diante do desafio de explicar fenômenos descritos como desvios, a exemplo das disfunções, das condutas desviantes, da criminalidade. (LUHMANN, 2010).

Após a Segunda Guerra Mundial, passou-se a acreditar na possibilidade de profundas mudanças nas sociedades, inclusive na possibilidade de todos os países atingirem um grau suficiente de desenvolvimento, desde que mudadas fossem as estruturas certas, dentro de um planejamento. Entretanto, para Luhmann, o estrutural funcionalismo de Parsons não poderia responder a indagação sobre quantas mudanças seriam necessária para um observador poder dizer que uma sociedade já não é a mesma, mas outra (LUHMANN, 2010).

A teoria de Luhmann se diferencia do estrutural-funcionalismo de Parsons, especialmente pela divergência quanto à abertura e o fechamento dos sistemas. Para Parsons os sistemas sociais eram sistemas abertos. Luhmann, por sua vez, construiu sua teoria sobre a idéia de serem eles sistemas fechados operacionalmente, mas abertos cognitivamente. A abertura dos sistemas, tal como defendida por Parsons, excluía, na visão de Luhmann, a possibilidade de diferenciação funcional dos sistemas e o desenvolvimento autônomo (NEVES, 2005).

Os sistemas se formam como resposta a problemas específicos da sociedade e, agindo assim, se diferenciam do ambiente. Luhmann defendeu a ideia de que a auto-referência poderia ser ampliada “para além de suas origens biológicas e elevada a um mecanismo gerador abstrato, de modo que servisse de hipótese teórica para o estudo do sistema social.” (CRUZ, 2007. p. 33).

Outra característica das teorias clássicas, que Luhmann critica como forma ultrapassada de análise social, é o papel central do indivíduo na análise da sociedade. Dentro da teoria dos sistemas sociais, o indivíduo é um elemento que está fora do sistema social e atua apenas como elemento acoplado, provocando, dessa maneira, apenas ruído ou irritação ao funcionamento do sistema. (NEVES, 2005, p. 10).

Em razão das divergências com o estrutural funcionalismo de Parsons, Luhmann inverte a nomenclatura, chamando sua teoria de funcional estruturalista, demonstrando que a função é o elemento essencial e fundamental do sistema, que se orienta a partir dela. A estrutura é vista como pré-seleção de possíveis relações entre os elementos em um dado momento, e está em contínua modificação. Luhmann afasta a necessidade de se descobrir as causas de um problema e procura nas funções e estruturas de um sistema a sua solução. “A comparação com outras possibilidades funcionalmente equivalentes pode registrar a relação problema/solução, tornando-a menos insegura sob a forma, por exemplo, de alternativas possíveis.” (SCHWARTZ, 2005, p. 62).

Niklas Luhmann adaptaria, entretanto, alguns aspectos da teoria de Parsons, somente numa primeira fase de sua atividade intelectual, porém, em seus últimos textos, Luhmann voltou-se para uma perspectiva epistemológica ‘autopoietica’ (Varela-Maturana), acentuando a sistematicidade do Direito como auto-reprodutor de suas condições de possibilidade de ser, rompendo com o funcionalismo (input/output) Parsoniano. (ROCHA, 2005. p. 30).

Para a teoria dos sistemas sociais, a sociedade é um grande sistema, dentro do qual, sem que haja organização entre eles, se agrupam diversos subsistemas, que se desenvolvem e

funcionam por meio de seus próprios processos comunicativos internos, de modo que o que é válido em um subsistema, como por exemplo, a economia, não necessariamente será válido em outro, como a religião (NEVES, 2005).

A extensão da autopoiese biológica à autopoiese social representou um traço marcante da evolução científica interdisciplinar das últimas décadas, sobretudo a partir dos anos 80, abrangendo as mais diversas áreas do conhecimento, como a lingüística, lógica, biologia, física, matemática, cibernética, psicologia, sociologia, ciência política, ética e a ciência jurídica. (CRUZ, 2007, p. 30).

A teoria de sistema de Luhmann foi por ele concebida como sendo universal, tendo validade para todas as áreas, permitindo uma reflexão sobre as possibilidades de se chegar a um conhecimento do mundo em geral (KORFMANN, 2002).

Luhmann procurou reposicionar a sociologia como uma teoria da sociedade com pretensões de universalidade. Seu objetivo consistia na propositura de um modelo teórico alternativo passível de ser aplicado inclusive de modo reflexivo à própria sociologia, que considerasse a complexidade da sociedade moderna, vencendo assim, os impasses do método tradicional científico, de modo a reduzir seu distanciamento de discussões transdisciplinares e do diálogo com os avanços obtidos em outras áreas do conhecimento. (CRUZ, 2007).

Não obstante propósitos tão abrangentes e ambiciosos, o próprio Luhmann se recusa a denominar sua teoria de uma *teoria geral dos sistemas sociais*. Para ele, há muitos obstáculos a serem superados, em diferentes especialidades, para se chegar a tanto. No máximo, a seu ver, se podem apresentar modelos gerais da teoria dos sistemas, repercutidos no campo da sociologia (LUHMANN, 2010).

A modéstia na avaliação de Niklas Luhmann de sua própria teoria não se repercute entre os que nela se baseiam para seus estudos dos sistemas sociais. Para Lima (2009), Luhmann rompeu com a sociologia tradicional. Contando com um vocabulário próprio e fazendo uso das conexões entre disciplinas variadas, como seu substrato teórico, a teoria sistêmica propicia uma visão bem particular dos fenômenos sociais.

2.3 Sínteses dos principais fundamentos da teoria dos sistemas autopoieticos, de Niklas Luhmann

Luhmann (2010) apresenta os principais teóricos cujos estudos lhe serviram de base para a elaboração de sua teoria dos sistemas sociais. Do físico e filósofo vienense Heinz Von Foester, Luhmann apreendeu as noções de auto-organização; já as concepções sobre

observação tiveram como ponto de partida os estudos do filósofo alemão Gotthard Günther. Do biólogo chileno Humberto Maturana veio a idéia de autopoiese e, por fim, das pesquisas do matemático inglês Georges Spencer-Brown, Luhmann formulou seus conceitos sobre a diferença entre sistemas e ambiente.

Graças aos estímulos dessas abordagens, a Teoria dos Sistemas foi se constituindo em um sistema de auto-observação, recursivo circular, autopoietico, dotado de uma dinâmica intelectual própria e fascinante, capaz de equiparar-se às abordagens problemáticas que hoje se enunciam sob a noção de pós-modernismo. (LUHMANN, 2010, p. 79).

Em um resumo ainda muito preliminar sobre a teoria, pode-se dizer que Luhmann concebeu a sociedade como um complexo sistema, cujos subsistemas se diferenciam entre si e do sistema social geral pelas suas operações funcionais. Os sistemas sociais produzem e reproduzem comunicações específicas, de acordo com as suas funções, e nessa operação de reiteração de suas comunicações reside o conceito de *autopoiesis*, a capacidade dos sistemas de reproduzirem a si mesmos.

Na sequência, os principais conceitos da teoria dos sistemas sociais, tais como a diferenciação sistema/ambiente, a complexidade, a comunicação, o fechamento operacional, o acoplamento estrutural, os *inputs* e *outputs*, são examinados, para a compreensão dos fundamentos básicos da teoria dos sistemas sociais.

2.3.1 A diferenciação sistema/ambiente

Luhmann não define sistema considerando suas características unitárias. Foge, assim, mas não por acaso, da tarefa, aparentemente simples, de apresentar um conceito de sistema encerrado em si mesmo. Ao contrário, sua definição de sistema, para o iniciante na sua teoria, pode parecer paradoxal, inadequada até.

O conceito de sistema de Luhmann, segundo o próprio autor, necessita de um desenvolvimento explicativo, pois se apóia no seguinte paradoxo: “o sistema é a *diferença* resultante da *diferença* entre sistema e meio” (itálicos do original). Logo em seguida, ele apresenta o ponto aparentemente crítico: “o conceito de sistema aparece, na definição, duplicado no conceito de diferença.” (LUHMANN, 2010, p. 81).

A diferença sistema/ambiente revela ao estudioso da teoria a limitação da compreensão do pensamento de Luhmann a partir de uma concepção de sistema restrita às

suas características únicas, dissociada do ambiente em que ele se insere. Tentar entender a teoria dos sistemas sob percepção diversa é imergir em outra base teórica.

O ponto de partida de uma Teoria dos Sistemas para a sociologia deve derivar de um preceito baseado na diferença. Assim, todos os avanços recentes da teoria no campo do sistêmico aparecerão como variações sobre o tema sistema e meio. (LUHMANN, 2010, p. 80).

Luhmann admite a dificuldade de se compreender a unidade a partir da diferença. “Portanto, trata-se de um paradoxo: o sistema consegue produzir sua própria unidade, na medida em que realiza uma diferença.” (LUHMANN, 2010, p. 101).

A diferença sistema/ambiente é compreendida a partir da noção de que, ao se conceber um sistema, dele já se diferencia o ambiente. Na relação sistema/ambiente, ambos se diferenciam pela observação do que faz parte de um e o que faz parte do outro. O ambiente é tudo aquilo que não faz parte do sistema. Por isso a delimitação do sistema é feita sob a perspectiva da diferenciação.

A diferença entre um sistema e o ambiente pode variar dependendo do ponto de observação. Se a observação se dá entre o que é lícito ou ilícito, está-se diante do sistema jurídico. Observando-se o que é comprovado ou não comprovado, está-se diante do sistema científico. Por isso, observar, na teoria de Luhmann, significa estabelecer diferença – “algo é isso e não aquilo” (KORFMANN, 2002, p. 59). O exemplo, a seguir, é bastante elucidativo:

Quando se define, por exemplo, um pássaro como *azul*, foi feita uma observação, pois *azul* é resultado de uma diferenciação entre *azul* e *não-azul* e dessa maneira se tornou uma informação. Quando se define o pássaro como *azul*, exclui-se definitivamente que ele seja definido como *vermelho* ou *branco*, mas não se exclui que ele seja observado *voando* ou *dormindo*. Para isso, precisam-se seguir outras diferenciações, conectáveis à primeira, através das quais ganhariam tais informações, como ‘*voar/não-voar*’ ou ‘*dormir/não-dormir*’. (KORFMANN, 2002, p. 58).

Tem-se, então, uma delimitação de uma fronteira entre o sistema e o ambiente, uma diferenciação que cria um espaço no interior do sistema, no qual processos comunicativos darão sentido a uma parcela do sistema social mais amplo (NEVES, 2005, p. 17).

2.3.2 A redução da complexidade e a contingência

Complexidade e contingência são dois conceitos cujos significados na teoria dos sistemas assumem conotação específica.

Na teoria dos sistemas de Luhmann, a complexidade deve ser entendida como sendo “[...] a totalidade das possibilidades de experiência ou ações, cuja ativação permita o estabelecimento de uma relação de sentido.” (LUHMANN, 1983, p. 12). É “um conjunto de todos os tipos de eventos, de fatos possíveis, ou seja, é um campo ilimitado dos ‘mundos possíveis’.” (CALGARO, 2006, p. 61).

Na perspectiva dos sistemas sociais pode-se observar que o mundo apresenta uma infinidade de relações possíveis, de atividades, ações e sentidos (CRUZ, 2007, p. 40). Isso torna a sociedade cada vez mais complexa, no sentido de haver um horizonte com inúmeras possibilidades, que não podem ser apreendidas por um único sistema.

O ambiente é uma complexidade bruta (ROCHA, 2005). Isso significa que “fora do sistema, no meio, acontecem outras coisas, simultaneamente; e elas sucedem em um mundo que só tem significado para o sistema no momento em que ele possa conectar esses acontecimentos à comunicação.” (LUHMANN, 2010, p. 92).

O sistema não tem a capacidade de responder a todos os estímulos provenientes do seu entorno. “Assim, o sistema requer o desenvolvimento de uma disposição especial para a complexidade, no sentido de ignorar, rechaçar, criar indiferenças, enclausurar-se em si mesmo. Por isso, surgiu a expressão redução de complexidade [...]” (LUHMANN, 2010, p. 179).

Sendo complexo o ambiente, diferenciando-se dele pela sua comunicação específica, o sistema reduz em seu interior a complexidade existente em seu entorno. A função dos sistemas é reduzir a complexidade do ambiente, com a delimitação de seus sentidos e estruturas, o que não implica negar a existência do ambiente, sempre maior e mais complexo que o sistema (CRUZ, 2007).

A complexidade da sociedade estimula a diferenciação entre o ambiente e o sistema. Com isso, formam-se novos sistemas, com a delimitação de fronteiras que criam um espaço interno, dentro do qual se realizam operações que conferem sentido àquela parcela do sistema geral (NEVES, 2005). O ambiente, portanto, é composto de múltiplos sistemas e, por isso, é mais complexo do que cada um deles. “O sistema é uma realidade que exclui a si mesmo do ambiente, mediante a sua diferenciação comunicativa.” (LIMA, 2009, p. 50). Através dela o sistema reduz a complexidade do ambiente.

Considere-se, para efeito de exemplificação, a sociedade como um sistema geral. São infinitas as possibilidades de relações nela existentes, sendo-lhe impossível oferecer resposta a todas as necessidades delas decorrentes. Formam-se, assim, sistemas sociais, subsistemas, como será abordado mais adiante, que se diferenciam tanto entre si, como da sociedade geral,

tendo cada um a função de reduzir a complexidade da sociedade, sendo, portanto, sistemas funcionais. Cada subsistema traz para si a complexidade do ambiente que se identifica com seus processos de comunicação, devolvendo ao ambiente respostas de acordo com a função que exerceu. Assim o são os sistemas jurídico, político, religioso, econômico, dentre tantos outros que se identificam à medida que se diferenciam dos demais.

Dizer que a complexidade é reduzida é entendê-la como parte de um sistema, pois este só tem sentido se construído a partir da dinâmica da diferenciação. É o princípio da diferenciação funcional dos sistemas sociais (ROCHA, 2005). Cada sistema formado a partir de sua diferenciação aumenta a complexidade dentro de si e reduz a complexidade do ambiente. As questões jurídicas são tratadas no sistema do direito, e não no sistema religioso, ao qual interessa apenas o que é e o que não é sagrado. A redução da complexidade é o que permite, paradoxalmente, o desenvolvimento da sociedade (SCHWARTZ, 2005), pois esta não poderia atender a todas as complexas possibilidades que se apresentam, função que cada sistema exerce, reduzindo-as em sua diferenciação.

Se de um lado a complexidade aponta para a existência de outras possibilidades além das já efetivadas, a contingência indica que as possibilidades apontadas podem ser diversas das já apontadas. “Luhmann relacionou a complexidade à seleção forçada e a contingência ao perigo de desapontamento.” (LIMA, 2009, p. 22).

2.3.3 A comunicação

A comunicação é o elemento constitutivo dos sistemas sociais, o modo como eles se organizam (NEVES, 2005). “Na perspectiva de Luhmann a sociedade não se compõe de pessoas, mas sim da comunicação entre pessoas.” (CALGARO, 2006, p. 65).

Luhmann (2010) reconhece pertencer a uma corrente minoritária nas ciências, que diverge do conceito de comunicação amplamente aceito, segundo o qual a comunicação é entendida pela metáfora da transmissão de informação, muito difundida nos anos de 1950. A objeção apresentada por Luhmann diz respeito ao fato de que na transmissão há a perda de algo, há uma diminuição. Quem transmite, deixa de ter aquilo que transmitiu, como em uma transação econômica ou em uma venda. Na comunicação, a idéia não é de perda, mas de multiplicação.

Contrariamente, a comunicação é uma sucessão de efeitos multiplicadores: primeiramente um a tem, e depois, dois, e logo pode ser estendida a milhões,

dependendo da rede comunicacional na qual se pense, como, por exemplo, a televisão. (LUHMANN, 2010, p. 294).

A sociedade é o conceito mais amplo de Luhmann, incluindo todos os fatores da teoria dos sistemas. Não há sociedade sem comunicação e, somente pela sociedade, é possível se estabelecer comunicação. O que diferencia a sociedade do seu entorno e dos demais sistemas é a comunicação (SCHWARTZ, 2005).

A base do sistema, portanto, é a comunicação, que deve ser entendida como *seleção*, ou seja, um processo a partir do qual o ambiente é dividido entre o que há dentro e fora do sistema (LIMA, 2009). O que está fora, as seleções potenciais não realizadas, permanece disponível, como horizonte para operações futuras (KORFMANN, 2002).

Cada sistema assume sua especificidade por meio de seleções comunicativas, contribuindo para a solução de um problema específico da sociedade. A seleção comunicativa reduz a complexidade. Ela se opera com base em um código binário, válido/não-válido. O sistema jurídico opera seletivamente pelo código lícito/não-lícito; o político, pelo código governo/oposição. A comunicação não é, contudo, atividade, mas encadeamento de acontecimentos. Não interessam ao sistema as operações que ocorrem fora dos seus limites sistêmicos. Somente quando nele ingressam, pela sua comunicação, é que ele passa a operar com base nelas (LIMA, 2009).

Na estrutura binária há sempre um valor positivo (ou designativo), que traduz a capacidade comunicativa do sistema, e um valor negativo (valor sem designação), que reflete a contingência da inserção do valor positivo no contexto sistêmico. Dessa interação exsurge uma unidade. Assim, por exemplo, sempre que se trata do código Direito/não-Direito, trata-se de uma operação do sistema jurídico. Ou, quando se está diante de uma operação Governo/Oposição, trata-se do funcionamento do sistema político, bem como código Pagamento/não-Pagamento se encontra na funcionalidade do sistema econômico. (SCHWARTZ, 2005, p. 75).

O código preserva a identidade do subsistema, de forma que nenhum outro subsistema trate de sua operatividade, mantendo-o diferenciado do sistema social e dos demais subsistemas. Decorre disso que, para se pensar no subsistema jurídico, não se pode apenas observar a sua função no sistema (a tomada de decisões), mas também o seu equivalente funcional, o não-Direito (SCHWARTZ, 2005). “O código binário relativo à função de um subsistema é de sua exclusividade e opera a partir de seus próprios elementos. O código dá a contrapartida, a equivalência negativa necessária para que se possa minimizar a contingência.” (SCHWARTZ, 2005, p. 75).

Um único tipo de operação produz o sistema: a recursividade. “A operação deve ter a capacidade de concatenar no tempo outras operações do mesmo tipo [...]” (LUHMANN, 2010, p. 89). Isso conduz a uma seleção das operações, na medida em que em outro lugar haverá outra operação distinta. O sistema, portanto, se diferencia do meio, porque suas operações se conectam a operações do mesmo tipo, deixando no ambiente as demais.

A autorreferência permite não só a reprodução e a auto-observação dos elementos internos de um sistema, como também a sua observação externa, bem como o acoplamento com outros sistemas do ambiente (CRUZ, 2007).

Quanto mais consolidado e desenvolvido for o sistema, ou seja, quanto mais operações autorreferenciais produzir, mais chances tem de completar o seu processo comunicativo, pois há um repertório de processos já completados e conhecidos, havendo expectativa de funcionamento do processo (NEVES, 2005).

Os processos comunicativos, na teoria de Luhmann, são compostos de três partes, ou seja, três operações distintas de seleção e em cada uma delas uma decisão é tomada. O primeiro elemento é a informação. Há uma escolha de uma mensagem, o que representa uma distinção entre os códigos válido e não-válido. Após, há uma participação, uma escolha do meio para expressar a informação selecionada. E, por fim, há a compreensão, o conjunto dos processos comunicativos anteriores, que serão combinados com a nova informação, que por sua vez será premissa para processos comunicativos posteriores (NEVES, 2005).

2.3.4 A autopoiese

O conceito de autopoiese foi desenvolvido, inicialmente, pelos neurobiólogos chilenos Humberto Maturana e Francisco Varela, tendo como base, segundo Neves (2005), a homeostase – a capacidade de organismos manterem sua harmonia, independentemente das condições exteriores.

A origem etimológica da expressão, conforme Lima (2009), é grega: *autós* (por si próprio) e *poieses* (criação, produção). “A autopoiese é um conceito elaborado [...] pelos biólogos na tentativa de explicar a organização do vivo. Eles não pensavam em introduzi-la fora da autocriação de seres organizados.” (CLAM, 2005, p. 102).

Maturana e Varela explicam sua autopoiese a partir de uma noção de “máquinas viventes”:

Las máquinas autopoieticas son máquinas homeostáticas. Pero su peculiaridad no reside en esto sino en la variable fundamental que mantienen constante. *Una máquina autopoietica es una máquina organizada como un sistema de procesos de producción de componentes concatenados de tal manera que producen componentes que: i) generan los procesos (relaciones) de producción que los producen a través de sus continuas interacciones y transformaciones, y ii) constituyen a La máquina como una unidad en el espacio físico.* (MATURANA; VARELA, 1998, p. 69, itálicos originais)

Luhmann explica que, na definição dos pesquisadores chilenos, autopoiese significa que “um sistema só pode produzir operações na rede de suas próprias operações, sendo que a rede na qual essas operações se realizam é produzida por essas mesmas operações.” (LUHMANN, 2010, p.119).

De fato, essa noção, segundo Maturana e Varela, é fundamental para se compreender os seres vivos:

Es trivialmente obvio que si son máquinas, los sistemas vivos son máquinas autopoieticas: transforman la materia en ellos mismos, de tal manera que su producto es su propia organización. Consideramos también verdadera la afirmación inversa: si un sistema es autopoietico, es viviente. En otras palabras, sostenemos que la noción de autopoiesis es necesaria y suficiente para caracterizar la organización de los sistemas vivos. (MATURANA; VARELA, 1998, p. 73).

Partindo das idéias de Maturana e Varela, Luhmann organizou sua noção de autopoiese para os sistemas sociais. Os sistemas, por serem autônomos em suas operações fechadas, permitem a auto-organização dos subsistemas. Mediante operações internas, os subsistemas se organizam, suas estruturas se constroem e se transformam. É preciso entender que *autonomia*, *auto-organização* e *autopoiese* não se confundem. Luhmann explica que autonomia “significa que somente a partir da operação do sistema é possível determinar o que lhe é relevante e, principalmente, o que lhe é indiferente.” (LUHMANN, 2010, p. 120). Para ele, auto-organização implica poder o sistema construir suas próprias estruturas. *Autopoiesis*, por sua vez, significa determinar o estado posterior, a partir do limite a que chegou a operação anterior. “Um sistema autopoietico produz as operações necessárias para produzir mais operações, servindo-se da rede de suas próprias operações.” (LUHMANN, 2010, p. 120).

Na concepção de Luhmann, o sistema autopoietico é aquele cuja produção consiste em produzir a si mesmo.

Por exemplo, para se cozinhar um ovo, necessita-se de utensílios, fósforos, que se ferva a água, mas não é preciso modificar a constituição do ar, nem a composição substancial do ovo. Portanto, no conceito de autopoiesis não se trata de uma *creatio*, de uma invenção de todos os elementos, mas somente de produção de um

contexto cujas condições elementares já estão colocadas. (LUHMANN, 2010, p. 122).

“Os subsistemas produzem e reproduzem a sua própria organização circular, por meio de seus próprios componentes.” (LIMA, 2009, p. 28). No sistema econômico se encontra uma diferenciação comunicativa referente ao dinheiro. Remetendo a si mesmo, pela comunicação, o sistema econômico produzirá sua autopoiese: a economia produzirá economia (LIMA, 2009).

Pelo conceito de *raleamento* de *autopoiesis*, um sistema se torna autopoietico paulatinamente, dependendo, inicialmente, mais do meio, para, então, adquirir autonomia. Primeiramente as estruturas seriam determinadas pelo meio, até que desenvolvessem suas próprias operações (LUHMANN, 2010, p. 126).

2.3.5 A clausura operacional: sistemas fechados e abertos ao mesmo tempo

A autopoiese e o fechamento do sistema são os grandes diferenciais da teoria dos sistemas sociais de Luhmann para as que lhe antecederam, como a de Parsons.

Sistemas abertos, conforme Luhmann (2010, p. 62), se baseiam no intercâmbio com o meio. Nos sistemas orgânicos, intercâmbio de energia; nos sistemas de sentido (psíquicos, sociais), intercâmbio de informação. A sua teoria dos sistemas sociais operativamente fechados não nega essa troca de informações, mas a concebe de modo diverso.

O modelo de sistemas abertos entende que os estímulos advindos do meio podem modificar a estrutura do sistema, pondo-as à prova de sua consistência, de sua suficiente solidez para serem estáveis (LUHMANN, 2010).

Clausura operacional, ou fechamento operacional, ou ainda encerramento operativo, significa que, em um sistema, nada provém do seu exterior. A produção é interna, tendo cada sistema a sua própria comunicação (LIMA, 2009).

Esse procedimento tão específico é indicado com o conceito de encerramento operativo, segundo o qual o sistema produz um tipo de operação exclusiva: por exemplo, um ser vivo que reproduz a vida que o mantém vivo, enquanto pode permanecer com vida; ou um sistema social que produz a diferença entre comunicação e meio, no momento em que realiza processos de comunicação [...]. (LUHMANN, 2010, p. 102).

O fechamento, portanto, é de natureza operacional. As operações de um sistema ocorrem no seu interior. “Cada observação [seleção] sobre o meio deve ser realizada no

próprio sistema, como atividade interna, mediante distinções próprias.” (LUHMANN, 2010, p. 103).

Os sistemas são operacionalmente fechados, mas cognitivamente abertos, uma vez que exigem troca de dados entre os diversos ambientes de outros sistemas (LIMA, 2009).

O fechamento operacional não importa em isolamento do ambiente. O sistema, paradoxalmente, apesar de fechado operativamente, se mantém aberto para filtrar as irritações do ambiente, às quais o sistema responde com os elementos existentes em seu interior, não previstos, nem conhecidos, por um observador externo. O ruído externo é selecionado, dentre os estímulos do ambiente, e transfigurado em informação no sistema. O sentido dessa informação no sistema é dado pelo processo comunicativo interno, sendo irrelevante o sentido que originalmente tinha no ambiente (NEVES, 2005).

Assim, tomando-se como exemplo os sistemas religioso e do Direito, pode-se imaginar um determinado segmento religioso propondo uma ação judicial para assegurar o seu direito de realizar um culto em local aberto ao público. No sistema religioso as operações giram em torno de saber se aquela atividade proposta é sagrada ou não-sagrada. Ao submeter sua pretensão ao sistema do Direito, essa informação sobre a realização do culto público não será analisada sob o código sagrado\não-sagrado. Apesar de advindo do meio, o sistema do Direito, fechado em suas operações, analisará o tema sob seu próprio código – o saber se é lícito ou não-lícito realizar aquele culto em local público. É irrelevante, para o Direito, a discussão sobre o que é sagrado ou não-sagrado. Essas operações estão fora dos limites sistêmicos do Direito. Pertencem ao seu entorno. Dentro da clausura do sistema do Direito, só as informações que lhe são pertinentes serão processadas, pois é isso que o faz ser o sistema do Direito, e não outro já existente no ambiente. “Um sistema diferenciado deve ser, simultaneamente, operativamente fechado para manter a sua unidade e cognitivamente aberto para poder observar a sua diferença constitutiva.” (ROCHA, 2005. p. 36).

Outro exemplo esclarecedor é dado por Lima (2009): um contrato, no sistema econômico, efetuará diferenciações baseadas em preço. Se transformado em informação no sistema jurídico, propiciará operações para se saber se ele é válido ou não-válido, uma vez que nesse sistema a comunicação é jurídica e naquele a comunicação é econômica. As operações sistêmicas atendem a essa racionalidade, de que não interessam a um sistema as operações sob o código de outro. É pela comunicação diferenciada que os subsistemas adquirem unidade e fechamento operacional.

É essa racionalidade que garante a identificação dos subsistemas pelo sistema global, a partir de sua comunicação, e proporciona a explicação para uma aparente contradição: a de

que os sistemas são fechados e abertos ao mesmo tempo. Fechado, pois só opera com base em sua comunicação. Aberto, por ter como referência para sua seleção a programação do ambiente. A diferença sistema/ambiente delimita o contorno no sistema e “acaba, também, sendo a fronteira de entrada e saída do sistema.” (LIMA, 2009, p. 50).

À medida que se consolidam, os sistemas passam a diferenciar suas relações internas das relações com o ambiente. É o fechamento operacional, principal característica dos sistemas, e que se opera por meio da autopoiese, o que faz com que os sistemas gerem e reproduzam seus próprios elementos internos, de maneira auto-referencial, a partir de uma orientação interna, de modo que todo elemento novo é gerado a partir dos elementos anteriores e, ao mesmo tempo, é pressuposto para novos elementos operativos (NEVES, 2005).

A abertura do sistema é que permite o acoplamento estrutural, fazendo com que elementos do ambiente, sejam transformados em informação interna, que gere processos comunicativos internos. Esse é o tipo de relação que os sistemas sociais têm com os sistemas psíquicos (individuais). Os sentimentos e motivações pessoais possibilitam que o sistema social continue funcionando e gerando elementos internos. Para o sistema social, a pessoa é parte do ambiente, e seus pensamentos fornecem irritações ao sistema social que não são apropriadas como elementos internos, pois neste os elementos são os processos comunicativos, mas servem para as seleções internas do sistema (NEVES, 2005).

2.3.6 O acoplamento estrutural

O ambiente, sempre mais complexo que o sistema, está em constantes transformações. Não é possível, em razão disso, a subsistência de um sistema autoprodutor inteiramente isolado do seu entorno. Os sistemas precisam se comunicar para se adaptarem ao novo ambiente.

A pergunta fundamental para Luhmann é: “como o sistema entra em relação com o meio, e quais instrumentos conceituais são necessários para apreender essa relação?” (LUHMANN, 2010, p. 129).

O mecanismo que mantém um sistema operacionalmente fechado conectado ao seu ambiente é o acoplamento estrutural. Os acoplamentos estruturais apresentam-se como complexas formas de relacionamento entre os sistemas sociais e destes com os elementos de seu ambiente (CRUZ, 2007).

O acoplamento estrutural pode ser definido como um mecanismo pelo qual um sistema utiliza - para colocar em funcionamento seus próprios elementos – as estruturas de um outro sistema, sem com isso, no entanto, confundir os limites entre eles. (NOLL, 2008, p. 68).

O acoplamento estrutural impede que informações existentes no meio possam definir o que acontece no sistema, de acordo com as suas próprias estruturas (LUHMANN, 2010).

[...] o conceito de acoplamento estrutural aponta, com elevada capacidade de delimitação, que se trata de um pequeno espectro de seleção de efeitos possíveis sobre o sistema; levando, por um lado, a que no sistema se realize um ganho muito alto de complexidade e, por outro, que as possibilidades de influenciar o sistema, a partir do meio, sejam drasticamente reduzidas, a não ser que se trate de efeitos de destruição: a destruição é sempre possível. (LUHMANN, 2010).

Através do acoplamento estrutural, um sistema pode ter contato com as estruturas de outro sistema, mesmo sem compreender a complexidade que as envolve. Desse modo, um sistema pode se utilizar de estruturas mais avançadas que as suas próprias, mesmo sem compreender a lógica de seu funcionamento. Embora as leis sejam estruturas do sistema jurídico, a elaboração das leis é um processo político. E os parlamentares não precisam ser bacharéis em direito para filtrarem a vontade popular e a refletir nos textos legais. Os partidos políticos não precisam entender de toda a teoria, legislação e jurisprudência eleitoral para fazerem campanha (NEVES, 2005).

O acoplamento estrutural não permite a entrada de um volume indiscriminado de *inputs*, e muito menos estaria ajustado à totalidade do meio, muito mais complexo que o sistema. O grau de seletividade do acoplamento estrutural deve criar um campo de indiferença, e por outro lado, canalizar dados que serão aproveitados pelo sistema, separando, assim, o que o estimula e o que não o estimula. Apenas desse modo, um sistema pode transformar suas irritações em causalidades. (LUHMANN, 2010, p. 132).

A evolução do ambiente faz surgir perturbações, irritações, absorvidas por um sistema por meio do acoplamento estrutural. No caso de dois sistemas acoplados, os ruídos são percebidos dos dois lados. Irritações mútuas geram um fluxo estrutural que ocasiona uma evolução recíproca (NEVES, 2005). Essa dupla utilização não inutiliza a diferenciação entre os sistemas, pois os processos comunicativos internos são distintos, mas permite que instrumentos internos sejam relevantes em diferentes sistemas, como, por exemplo, a definição de imposto interessa aos sistemas político, jurídico e econômico (NEVES, 2005).

Não há, contudo, transferência das irritações do ambiente para o interior do sistema. Na sua própria rede recursiva o sistema encontra um processo comunicativo para descartar a informação, ou selecioná-la de acordo com o seu código binário (NEVES, 2005).

Os acoplamentos estruturais não determinam o estado no interior do sistema. Sua capacidade é de ressonância das irritações do meio, no interior do sistema (LUHMANN, 2010). “Irritação (perturbação, estimulação) significa, portanto, desenvolver o processamento de informação que só pode se realizar dentro do sistema.” (LUHMANN, 2010, p. 139).

Informação designa tanto o que ainda não foi processado pelo sistema (*input*), quanto o que já foi objeto de processamento em suas estruturas e é devolvido ao meio (*output*). A informação atualiza o sistema, causando efeito em suas estruturas. O sistema reage a elas e se modifica. Os sistemas autopoieticos recebem a informação exterior como determinação para a autodeterminação, sem ultrapassar os limites de sua constituição (LUHMANN, 2010).

2.3.7 Os subsistemas funcionais como efeito da evolução social

A sociedade é concebida por Luhmann como um sistema social. Para ele, há em cada sistema elementos básicos que tornam possíveis formas variadas e infinitas possibilidades de interação social, gerando uma complexidade que exige mais subsistemas, como a política, o direito, a religião, que, por sua vez, criam seus próprios subsistemas (ROCHA, 2005).

A sociedade, como sistema social geral, e os subsistemas sociais seriam decorrência dos processos de comunicação, das suas interações com o ambiente e da diferenciação que com ele estabelecem. Deste modo, não podem ser identificados com outros tipos de sistema, a exemplo dos seres vivos e os sistemas psíquicos, nos quais se inserem os seres humanos. Esses sistemas não-sociais são o entorno, o ambiente da sociedade (CRUZ, 2007).

No que diz respeito à formação dos sistemas, há o sistema original e o subsistema que se formará à medida que sua comunicação se especificar e gerar nova comunicação (LIMA, 2009). Através dos subsistemas, a sociedade enfrenta a complexidade e a contingência. (NOLL, 2008). “[...] o sistema social parcial surgirá quando a comunicação diferenciada gerar mais comunicação, e assim por diante. É um processo comunicativo de um mesmo código, cuja operação indica os limites do sistema.” (LIMA, 2009, p. 49).

O sistema social se constitui a partir da diferenciação sistema/ambiente. Já os subsistemas aplicam essa diferenciação dentro do sistema social, uma vez que o entorno de um subsistema são os outros subsistemas e o ambiente do sistema social (NOLL, 2008).

Cada subsistema social, por meio de sua codificação binária, reduz a complexidade do seu entorno, selecionando o que do ambiente adentra ou não no sistema, ou seja, o que interessa à sua função específica ou não, possibilitando, assim a sua diferenciação e seu funcionamento (NOLL, 2008).

Como consequência da diferenciação funcional, surgem as estruturas de cada subsistema. No caso da política, o Estado – estrutura de organização das questões políticas da sociedade. O subsistema jurídico se encarrega das questões do que é ou não é direito. Sua função é generalizar expectativas comportamentais normativas, ou seja, proteger o comportamento que se espera conforme a norma. E a norma tem sua razão normativa de ser exatamente na expectativa de que o comportamento possa ser diverso daquele que se espera. Logo, o direito exerce uma função de coercibilidade da programação condicional. Os lucros ou prejuízos interessam ao sistema econômico, mas não ao sistema jurídico; as decisões judiciais, por sua vez, não interessam diretamente ao sistema econômico. Desse modo, cada subsistema interessa ao todo, ao sistema social e a cada subsistema somente interessa o que for reconhecido por seu código binário (NOLL, 2008).

Apesar do alto nível de abstração da teoria dos sistemas, Lima (2009, p. 48) defende que tanto o sistema social como os subsistemas são empiricamente existentes, afirmando que “não se trata de invenção, e, sim, de vislumbrar fenômenos que ocorrem na Sociedade”.

2.3.8 Funcionamento dos sistemas sociais – o esquema “input”-“output”-“feedback”

Com fundamento nessas premissas básicas da teoria dos sistemas autopoiéticos de Luhmann, em uma visão panorâmica, que será suficiente para o desenvolver do restante desta pesquisa, podemos compreender o sistema social da forma como se resume nas linhas a seguir.

A sociedade é o sistema social geral. O ser humano não é seu elemento, mas, na condição de um sistema psíquico, não social, faz parte do seu entorno, assim, como os elementos da natureza.

A complexidade da sociedade não lhe permite ter respostas a todos os problemas que decorrem das infinitas relações que lhe constituem. Para diminuir essa complexidade, formam-se subsistemas, cada um com uma função própria e, portanto, diferenciados funcionalmente. Cada subsistema social diferencia-se dos demais e da sociedade em geral, pela sua função. Em outros termos, cada subsistema social tem a função de resolver – leia-se reduzir – uma parcela da complexidade da sociedade. Ao estabelecer os limites dessa

diferenciação, o subsistema social assume uma forma que o diferencia dos outros subsistemas e do sistema social geral, de modo que o que não está dentro do sistema é o seu entorno, o seu ambiente. Assim, não só o sistema social geral é o ambiente de um subsistema. Os outros subsistemas sociais também o são.

Tanto o sistema social geral quanto os subsistemas sociais produzem irritações que ecoam no seu ambiente. Essas irritações não devem ser entendidas como transferidas ou simplesmente apreendidas por cada subsistema. A ideia é a de ressonância. Em cada subsistema ressoam as irritações do seu entorno. Essas irritações não transformam o sistema, em razão do seu fechamento operacional. As operações de um sistema ocorrem dentro dele, por meio de estruturas e processo de comunicação que lhe são próprios. Mas isso não significa isolamento em relação ao ambiente. Por meio do acoplamento estrutural, as irritações do ambiente, logo, de outros sistemas, são recebidas como informação a ser selecionada ou não, com base no código binário de cada sistema.

Os sistemas se diferenciam por suas funções, e essa diferenciação funcional se dá por meio da comunicação. Cada sistema possui um código binário, válido/não válido, em razão do qual se desenvolverão os processos comunicativos. Por processos comunicativos, na teoria dos sistemas, entenda-se seleção. O processo de seleção da informação vinda do ambiente, transformação e reenvio ao ambiente, é dado pelo esquema *input/output*. Os *inputs* organizam a comunicação dos efeitos das mudanças do ambiente no interior do sistema e os *outputs* invertem esse processo, ou seja, comunicam ao ambiente o resultado dos processos internos do sistema (EASTON, 1968). Lembrando, que para um sistema, os demais são seu ambiente, diz o autor:

[...] designarei os efeitos transmitidos através do limite de um sistema a outro sistema com os *outputs* do primeiro sistema, e logo como os *inputs* do segundo sistema o que é por eles influenciado. A transação entre sistemas será assim encarada como uma ligação entre eles sob a forma de uma relação de *input-output*. (EASTON, 1968, p. 151).

Como se dá essa operação de troca de informações entre o sistema e o ambiente? A informação recebida, por meio do acoplamento estrutural, constitui o *input*. Submetida ao código binário, será descartada ou transformada pelas estruturas do sistema em prestações, *outputs*, que ecoarão no ambiente como irritações para outros subsistemas. O efeito desses *outputs* no entorno poderá ocasionar mais *inputs* do ambiente para aquele sistema originário, gerando para este um *feedback*, fazendo com que as operações de um sistema sejam recursivas, autorreferenciais. Os *inputs* do ambiente são, portanto, os *outputs* do sistema. Ou

seja, os *inputs* são trabalhados e convertidos em *outputs*, que são enviados aos demais sistemas do ambiente. Os *outputs* modificam o ambiente e retornam ao sistema de onde emanaram, completando do circuito contínuo de *feedback* (EASTON, 1968).

Para que um sistema persista no tempo, deve receber um *feedback* sobre o seu funcionamento, que lhe permita avaliar suas ações passadas e programar as futuras (EASTON, 1968).

Portanto, quanto mais comunicação produzir um sistema, sob seu código binário, mais comunicação haverá nesse mesmo sentido, mantendo e consolidando o sistema a partir de sua diferenciação em relação ao seu ambiente. Por manter-se gerando comunicação a partir de seus próprios processos de comunicação, é que se diz que o sistema é autopoietico, pois a comunicação seguinte, no processo sistêmico, se dará a partir da comunicação anterior.

Tome-se, como exemplo, o sistema jurídico, que recebe *inputs* do seu entorno, selecionando as informações sob o parâmetro lícito/ilícito. Assim, os *inputs* do sistema econômico, por exemplo, não interessam ao Direito na forma como são recebidos no seu sistema original – pagar/não pagar. Por meio de suas estruturas – leis, juízes, sentenças – o Direito transforma essas informações em prestações, em *outputs*, que ecoarão não apenas no sistema que gerou os *inputs*, mas em outros subsistemas do ambiente, que enviarão mais *inputs* para o sistema jurídico, fornecendo-lhe um *feedback* das suas operações de seu código lícito/ilícito, consolidando seus processos diferenciadores.

2.4 Sistemas consolidados e sistemas não consolidados: o Brasil como sistema transicional

Tema não inteiramente desenvolvido por Luhmann na sua teoria dos sistemas, mas de particular interesse para este trabalho, é o dos sistemas não consolidados em sua diferenciação com o ambiente. Ou seja, os sistemas que sofrem influência do ambiente nos seus processos internos. A literatura, conforme Neves (2005) é escassa a esse respeito, sendo sua dissertação de mestrado um dos poucos trabalhos existentes no Brasil sobre essa peculiaridade da teoria dos sistemas. Por essa razão, com base especialmente nesse seu estudo é que se apresentam, a seguir, algumas considerações que fundamentarão, mais adiante, a compreensão, sob uma visão sistêmica, da vulnerabilidade dos subsistemas político, jurídico-penal e econômico no Brasil.

Um sistema se diferencia do seu ambiente em razão de suas operações funcionais. É essa diferença que lhe confere identidade. Portanto, para se diferenciar do ambiente, é preciso

que o sistema tenha limites fechados (encerramento operativo), dentro do qual sejam reproduzidas operações exclusivas, não reproduzidas em nenhum outro sistema do ambiente.

Essas operações consistem em um sistema reagir às irritações do ambiente (o espectro infinito de *outputs* enviados pelos demais subsistemas do ambiente), selecionando, por meio do acoplamento estrutural, aquelas que serão recebidas como informação no seu interior, como *inputs*, processados por suas estruturas, sob o seu exclusivo código binário, e devolvidas ao ambiente na forma de prestações (*outputs*), que, por sua vez, irritarão outros subsistemas. Esses, repetindo a operação acima, em suas especialidades funcionais, remeterão ao sistema mais informações a serem selecionadas a partir dos *outputs* que haviam recebido, permitindo que o sistema considerado inicialmente receba o *feedback* necessário para reproduzir mais operações do mesmo tipo, adaptadas às novas mudanças refletidas no ambiente.

Para a teoria dos sistemas sociais autopoieticos, quanto mais operações desse tipo fizer um sistema - operações comunicativas, recursivas, autorreferenciais – mais consolidado ele será. O sistema, assim, produz e reproduz a si mesmo. Cria, consolida e reproduz suas estruturas, desenvolvendo-as para lidar com a crescente complexidade em seu interior. Com isso, seus limites diferenciadores do ambiente tornam-se mais fortes. Um sistema assim está mais imune às interferências externas. Diz-se que é um sistema consolidado.

Em outras palavras, quanto mais processos seletivos de observação realizarem, com mais desenvoltura conseguirão lidar os sistemas com o ambiente, porque não correm o risco de sofrer ingerências externas em seus processos comunicativos internos. Por isso esses sistemas estão mais abertos ao contato com o ambiente, filtrando as irritações dele provenientes, transformando-as em informação auto-selecionada (NEVES, 2005).

Há sistemas que não completaram seu fechamento operacional. Mesmo que apresentem um código próprio e operações comunicativas baseadas em um repertório comum, frequentemente recorrem ao ambiente para reproduzir seus elementos funcionais. São sistemas *alopoiéticos*, pois buscam no ambiente seus elementos operativos internos. Recorrendo ao ambiente e não aos seus processos comunicativos internos, descaracteriza-se sua fronteira diferenciadora, prejudicando seu desenvolvimento interno. Enquanto não passarem a impedir a influência externa e a operar com seus próprios elementos, definindo uma fronteira diferenciadora do ambiente, esses sistemas não podem ser considerados autônomos. (NEVES, 2005).

Por não terem consolidados os seus limites diferenciadores, são chamados de sistemas não consolidados, em desenvolvimento, em transição, ou transicionais. São sistemas cuja

autopoiese não é completa, pois esta depende diretamente do fechamento operacional que diferencia o sistema do ambiente.

Não se diz, com isso, não haver qualquer interferência externa em sistemas consolidados. Em sua complexidade o ambiente produz infinitas irritações. Um espectro muito pequeno delas será recebido como informação relevante no sistema. O restante é descartado e se constitui em elemento de risco para o sistema. Mesmo em sistemas consolidados, por vezes, há a penetração de irritações alheias à comunicação própria do sistema. Embora as influências externas “ocorram em pontos cegos no campo da auto-observação dos sistemas e na intersecção de funcionamento do acoplamento estrutural ocorridas no âmbito do sistema”, segundo Neves (2005, p. 74), em sistemas autopoieticos, diferentemente dos alopoieticos, a interferência externa pode ser suspensa a qualquer momento, assim que o sistema colocar em funcionamento suas operações internas que o diferenciam do ambiente.

Para Easton (1968), não há sistema que não sofra mudanças. Mesmo os sistemas estáveis sofrem algum tipo de alteração. Estabilidade, portanto, não é imutabilidade, mas um padrão especial de mudança. Um sistema estável é aquele em que as mudanças ocorrem em velocidade tão lenta que não se criam problemas para suas estruturas. Sistemas que mudam imperceptivelmente são denominados estáveis. Sistemas que mudam rapidamente, que sofrem mudanças drásticas, são considerados instáveis ou em transição (EASTON, 1968)

Dá-se o nome de processos sobrecomunicativos a toda essa influência externa. Tais processos podem ocorrer de duas formas. Na primeira, um sistema observa constantemente outro sistema e suas formas de tomada de decisões, a partir dos processos comunicativos recursivos, passando, então, a emitir, repetidamente, ruídos, com características favoráveis, estimulando a seleção dessas informações como válidas (NEVES, 2005).

A outra forma é quando os processos comunicativos do sistema se completam, com desvios de sentido, ocasionados por erros no processo de diferenciação no momento da interpenetração, ou seja, “na intersecção de processos comunicativos de sistemas acoplados.” (NEVES, 2005, p. 76).

Em casos extremos, os desvios podem incorporar-se de tal modo às operações dos sistemas que passam a fazer parte das premissas e controlar sua autopoiese, mantendo a sua diferenciação em relação ao ambiente, não mais com o funcionamento das operações antigas, nem de operações do sistema originário da influência, mas sob terceira forma. (NEVES, 2005, p. 91).

Com base nessas caracterizações sobre sistemas consolidados e sistemas não consolidados, pode-se compreender a classificação do Brasil como um país em desenvolvimento, ou nos termos que interessam a este estudo, como um sistema em desenvolvimento, um sistema transicional, especialmente no que diz respeito à política, ao direito e à economia.

Ao menos se comparado aos mais tradicionais países europeus, o Brasil tem uma história de independência política ainda recente. Mas não é seu breve tempo de independência que lhe confere a característica de estar em desenvolvimento político e, sim, suas muitas transformações políticas ocorridas especialmente nos séculos XIX e XX.

Desde que se tornou independente de Portugal, o Brasil tem experimentado mudanças que revelam a sua dificuldade de consolidar seus sistemas econômico, político e jurídico. Esses três subsistemas brasileiros frequentemente sofrem influências externas tais, que suas estruturas são fortemente modificadas, não por seus processos internos, como consequência de sua autopoiese, mas por influência de ruídos do ambiente, que não fazem parte de seus processos comunicativos próprios.

Sendo o Brasil um país que se propõe a ser um Estado Democrático de Direito, a Constituição Federal é o acoplamento estrutural que permite a interligação entre esses sistemas político, jurídico e econômico.

No capítulo seguinte, esse acoplamento é estudado, inclusive sob a perspectiva histórica, que revela como as freqüentes transformações no cenário constitucional evidenciam a vulnerabilidade das estruturas dos subsistemas político, jurídico e econômico brasileiros aos processos sobrecomunicativos.

A partir dessa análise, será desenvolvido, nos capítulos posteriores, o raciocínio para a compreensão das influências externas na elaboração de leis penais econômicas e nas dificuldades de se efetuar uma transformação racional no sistema penal econômico.

2.5 Considerações metodológicas necessárias

A teoria dos sistemas de Niklas Luhmann é a base teórica desta pesquisa. Sua utilização, nesse contexto, é restrita à análise do sistema jurídico e sua relação com os sistemas político e econômico, bem como do subsistema que decorre dessa relação, o Direito Penal Econômico, observando-os em sua atuação nos sistemas em desenvolvimento, os sistemas transicionais, tomando o Brasil como referência, para restringir o objeto da pesquisa.

Não tem por fim, este trabalho, o justificar a aplicação da teoria de Luhmann no Direito Penal. Há críticas das mais diversas a essa teoria. Muitas, provavelmente, decorrentes de uma compreensão parcial do seu alcance.

No campo penal, em razão do alemão Günter Jakobs ter fundamentado seu funcionalismo radical na teoria de Luhmann, as críticas aos exageros desse funcionalismo podem erroneamente ser redirecionadas à teoria dos sistemas.

Fialdini (2011) diz que a base da construção do funcionalismo radical de Jakobs foi o funcionalismo sociológico de Niklas Luhmann, de modo que, para Jakobs, a funcionalidade do direito decorre de sua contribuição para a conservação do sistema social, inserindo-se o Direito Penal, nesse contexto, como estabilizador das expectativas normativas da sociedade, de modo que não haveria espaço para medidas limitadoras da exacerbação punitiva, como os limites impostos constitucionalmente. Para Fialdini (2011, p. 16), o funcionalismo de Jakobs “padece de premissas absurdas e fantasiosas. Concebe um sistema jurídico altamente totalitário e onipotente. Supõe que a repressão penal é essencial para coagir a sociedade a se manter integrada”. E finaliza o autor dizendo que Jakobs “reduz o ser humano à condição de um simples instrumento de comunicação social, como um microfone ou uma máquina de escrever.” (FIALDINI, 2011, p. 16).

Não se pode exigir da teoria conclusões diversas do objeto a que ela se propõe. Na teoria dos sistemas sociais não se analisam os indivíduos, mas seus papéis na sociedade, como ressalta Belo:

Não se distingue, por exemplo, as pessoas que participam do sistema econômico daquelas que participam do sistema político: as pessoas atingidas são sempre as mesmas. Fundamentalmente, o que se distingue são seus papéis ou modos de comportamento (econômico, político etc.). A abordagem preocupa-se mais com a análise de modos de comportamento, precisamente, e menos com os indivíduos, inclusive porque estes desempenham vários papéis e frequentemente passam de um para outro com grande rapidez. (BELO, 2005b, p. 47).

Não há espaço, dentro dos limites deste trabalho, traçados pelos seus objetivos, para se fazer uma justificação da teoria de Luhmann ou uma análise aprofundada do funcionalismo de Jakobs. Qualquer desses dois estudos demandaria uma pesquisa com fins e objetivos próprios, descaracterizando-se esta que aqui se desenvolve.

Contudo, para que não se imagine haver uma incompatibilidade metodológica, em se usar a teoria de Luhmann em uma visão diversa do funcionalismo apresentado por Jakobs, e para a compreensão do conteúdo do próximo capítulo, que apresenta a Constituição Federal como acoplamento estrutural entre os sistemas jurídico, político e econômico, que será a base

para a construção do raciocínio dos dois capítulos seguintes, ainda que em uma análise sem a pretensão de ser um estudo sobre Jakobs, importa dizer haver uma diferença substancial entre o funcionalismo radical e a linha de interpretação da teoria dos sistemas adotada nessa pesquisa. Há um elemento da teoria dos sistemas, não desenvolvido no funcionalismo de Jakobs, ao menos com os contornos que aqui se propõe a dar. Jakobs analisou apenas a funcionalidade do sistema. O Direito Penal exerce sua função de reduzir as expectativas, através de suas comunicações próprias. Porém, não se vê em Jakobs a preocupação do estudo da Constituição como acoplamento estrutural. O sistema de Luhmann, no funcionalismo de Jakobs, toma feições mais próximas do sistema aberto de Parsons, no qual, para certos *inputs*, haverá necessariamente certos *outputs*. Essa troca de informações entre sistema e ambiente não teria espaço para valorações e o homem seria um mero instrumento, nesse sistema. Luhmann construiu sua teoria fugindo exatamente dessa noção, para conceber seu sistema como fechado operativamente, mas aberto em sua comunicação, por meio do acoplamento estrutural, de forma que os *inputs* do ambiente são selecionados a partir do acoplamento estrutural e operados dentro do sistema sob sua forma única de comunicação.

É fundamental se ter em mente que os sistemas de Luhmann são um modelo teórico, de aplicação geral. As variantes dos sistemas não inutilizam a teoria. Em um contexto jurídico em que a Constituição seja meramente simbólica ou a visão puramente normativista não permita valorações por parte do legislador ou do aplicador da lei, a Constituição continua como acoplamento estrutural, mas seu papel seletivo será reduzido. Onde se concebe a Constituição como um conjunto de regras e princípios, dando-se margem para, a partir destes, se ter a interpretação de um ordenamento jurídico, a seletividade das informações do sistema, a partir da Constituição, se dará em outro nível, mais abrangente. Mas, em ambos, permanecem válidas as estruturas básicas da teoria de Luhmann.

Entende-se, pois, neste trabalho, que a teoria de Luhmann não pode ser reduzida aos estritos limites do funcionalismo de Jakobs. A depender do sistema sobre o qual se queira aplicar a teoria dos sistemas sociais, a visão de Luhmann da funcionalidade sistêmica, a partir da seleção feita por meio do acoplamento estrutural, permite tanto a concepção de um funcionalismo radical do sistema penal, sem espaço para juízos de valor, quanto a compreensão de um sistema penal fundamentado na supremacia da Constituição e na aplicação de seus valores, expostos em seus princípios como parâmetros no processo de seleção das comunicações do sistema.

É essa última aplicação da teoria de Luhmann que se utiliza no presente trabalho, ao se analisar o sistema penal econômico.

3 A CONSTITUIÇÃO COMO ACOPLAMENTO ESTRUTURAL ENTRE OS SISTEMAS POLÍTICO, JURÍDICO E ECONÔMICO: O FUNDAMENTO DE VALIDADE DA TUTELA PENAL ECONÔMICA

Neste capítulo será analisada a relação entre os sistemas político, jurídico e econômico, do ponto de vista da teoria dos sistemas, por meio da qual se justifica ser a Constituição, como mecanismo de conexão entre esses sistemas e de filtragem das comunicações do sistema jurídico, o fundamento da proteção penal da ordem econômica.

3.1 A relação entre os sistemas político, jurídico e econômico

Viu-se, no capítulo anterior, ser a sociedade, para a teoria de Luhmann, um sistema social geral, do qual se originam subsistemas, diferenciados funcionalmente, para lhe reduzir a complexidade. Segundo Easton (1968, p. 66), o conceito de sociedade incorpora todos os outros sistemas sociais, sendo, assim, “um supra-sistema inclusivo e globalizante.”

Destacam-se, nesta pesquisa, três subsistemas sociais: o político, o jurídico e o econômico. Não por acaso, esses três mantêm comunicações com praticamente todos os subsistemas sociais. Dada a importância exercida por cada um em sua função sistêmica, em sua redução de uma parcela da complexidade da sociedade, é difícil conceber um subsistema social por completo indiferente a qualquer um deles.

Pode-se imaginar, por exemplo, o sistema do Direito funcionando alheio ao sistema religioso. As operações realizadas no interior do sistema jurídico em nada necessitam se submeter ao código sagrado/não-sagrado, próprio do sistema religioso. A recíproca, porém, não é verdadeira. Para funcionar, realizando observações sob seu código, o sistema religioso precisa operar por meio de suas estruturas (doutrinas religiosas, ministros de confissão religiosa, templos etc) e a construção destas envolve submissão a determinações originadas dos sistemas jurídico e político.

Nos limites do presente trabalho, entretanto, interessam não essas relações comunicativas que os sistemas político, jurídico e econômico estabelecem com os demais subsistemas sociais, mas, precisamente, as que eles mantêm entre si.

O conceito de sistema político necessita ser delimitado, haja vista a amplitude que pode assumir. Dahl (1988, p. 13) define um sistema político como sendo “qualquer estrutura persistente de relações humanas que envolva controle, influência, poder ou autoridade, em medida significativa”. O alcance dessa definição encobre praticamente toda forma de

ajuntamento humano com o mínimo de organização: família, escola, tribos, associações civis e tantas outras possíveis, inúmeras, inclusive, pois em todas, se faz política, ainda que primitivamente. Não é, evidentemente, esse conceito tão amplo de sistema político que mostra alguma relevância para o desenvolvimento das idéias a serem vistas mais adiante. Concebe-se aqui, apropriando-se da definição de Dahl, acima apresentada, o sistema político como sendo a estrutura de controle, influência, poder ou autoridade, decorrente do Estado e conferida pela lei.

O sistema político tem como peculiaridade, que o difere dos demais sistemas sociais, o seu poder e, conseqüentemente, sua maior responsabilidade de regular, decidir e movimentar as estruturas do sistema, direcionando-as para objetivos mais amplos, em nome da sociedade, que o autoriza para tanto (EASTON, 1968).

Disso decorre sua elevada abrangência, sendo oportunas as palavras de Dahl (1988, p. 21), para quem, “de algum modo, em pelo menos algum momento de sua vida, toda pessoa se envolverá ou sofrerá efeitos do sistema político.” Em termos sistêmicos, pode-se entender que todos os subsistemas sociais se relacionam, de alguma forma, com o sistema político.

As demandas são recebidas no sistema político como *inputs*, transformadas em informação a ser trabalhada pelas estruturas do sistema, para produzir *outputs*, que serão enviados ao ambiente, circulando pelos sistemas sociais a que eles interessam. São exemplos de *outputs* do sistema político as leis, as decisões administrativas, os decretos, as políticas públicas anunciadas pelos agentes políticos (EASTON, 1968).

Os *outputs* retornam para o sistema político, como novas demandas, produtos dos efeitos dos *outputs* anteriores, sendo, portanto, o *feedback* que consolidará o sistema. Esse processo de saída e retorno dos *outputs* é denominado, conforme Easton (1968), de circuito de *feedback*, essencial para a manutenção do sistema político, especialmente em um regime democrático, de eleições periódicas, que promovem mudanças das estruturas do sistema (políticos, partidos políticos, órgãos públicos). O sistema político necessita do *feedback*, tanto para realizar sua autopoiese, através da recursividade de suas comunicações reiteradas, quanto para a manutenção de suas estruturas, após o processo eleitoral.

O sistema do Direito, sistema jurídico, opera sob o código lícito/não lícito. Em um Estado de Direito, a manutenção da vida em sociedade se realiza pela submissão de todos ao império da lei. Ao Direito é dada a prerrogativa da análise do que é devido, por ser conforme a lei, ou do que é indevido, por contrariá-la.

Dessa forma, criam-se expectativas no corpo social, sobre o comportamento de cada um de seus membros. O comportamento socialmente aceito é aquele previsto na lei, ou, pelo

menos, o não ofensivo a ela. A expectativa é a de que esse comportamento seja aceito, considerado válido, mantendo-se a harmonia social. A desarmonia decorre de um comportamento tido como não-válido, por atentar contra as expectativas de comportamento permitido, por ofender o conteúdo da lei. Cabe ao Direito assegurar a invalidade daquele comportamento, mantendo a harmonia social.

Na visão de Luhmann, cabe ao direito a seleção de expectativas comportamentais que possam ser generalizadas, de modo que o Direito não é um ordenamento coativo, mas um alívio para as expectativas (ROCHA, 2005).

O direito frequentemente imagina/limita o comportamento social; quando, em verdade, na mesma medida em que os limita, os cria. É só imaginar o que surge por meio do contrato ou por meio da propriedade. Essa função do direito de estabilizar as expectativas normativas torna-o um regulador e um criador de conflitos. (LIMA, 2009, p. 66).

Sendo um redutor das expectativas do ambiente, ressoam no sistema jurídico irritações provenientes dos mais variados sistemas do seu entorno. As desarmonias do corpo social, em qualquer de seus subsistemas, são levadas ao subsistema do Direito, que, dentre as suas estruturas, tem o Poder Judiciário, dotado do poder-função de resolver os conflitos de interesses.

Diante de um comportamento de validade duvidosa, caberá ao sistema do Direito analisá-lo sob seu código lícito/não-lícito, permitindo-o, se lícito, declarando-o inválido, se não-lícito. Em determinadas situações, havendo dano ou perigo de dano, decorrentes do comportamento não permitido, a expectativa será de aplicação de uma sanção, competindo ao sistema jurídico a imposição desta.

O sistema econômico cuida da atividade econômica e esta “se encarrega da administração da escassez, ou seja, da escolha dos recursos destinados à satisfação das necessidades humanas” (PINTO, 2007, p. 8). Ao sistema econômico incumbe, portanto, o gerenciamento dos bens econômicos, compreendidos como aqueles dotados de “utilidade e cujo suprimento seja escasso, classificado materialmente em bens propriamente ditos e serviços.” (PINTO, 2007, p. 8). O sistema econômico desenvolve sua atividade, seus processos comunicativos internos, sob o código pagar/não-pagar. Sob esse código, o sistema administra os bens e serviços essenciais.

São estreitas as relações entre os sistemas político, jurídico e econômico, tornando-os quase indissociáveis. A lei é uma das estruturas com as quais opera o Direito as suas comunicações. Mas a criação da lei não é um processo jurídico, e, sim, político. Portanto,

interesses políticos podem ser determinantes na elaboração da lei sobre a qual trabalhará o sistema jurídico. Ao mesmo tempo, do sistema do Direito emanam princípios, postulados teóricos e decisões judiciais que servem de orientação na elaboração das leis. O sistema jurídico, por meio do Poder Judiciário, pode invalidar atos do sistema político. Este, por sua vez, através da edição da lei, pode ampliar ou limitar a atuação do sistema jurídico. Isso gera, não raro, pressões de um sistema sobre o outro.

O sistema econômico é regulamentado por normas jurídicas, editadas pelo sistema político. O sistema político planeja e cria o cenário para a atividade econômica se desenvolver, enquanto o sistema jurídico analisa a validade ou a invalidade das atividades econômicas. Por outro lado, quase tudo o que se opera nos sistemas jurídico e político tem origem ou alguma forma de relação com o sistema econômico. Não há como negar que interesses econômicos influenciam decisões políticas e decisões judiciais.

Embora sejam esses três subsistemas sociais independentes e autopoieticos, as atividades de um, bem como as transformações por ele sofridas, influenciam diretamente nos demais. Mudanças políticas podem afetar diretamente a Economia e o Direito. Novas concepções jurídicas podem ser restritivas ou permissivas de novas atividades econômicas, condicionando processos políticos nesse sentido. Alterações no cenário econômico podem acentuar ou arrefecer a atividade regulatória do sistema jurídico e podem ter efeitos tão díspares no sistema político, quanto o retirar estruturas ou as elevar ao poder.

Sendo esses sistemas independentes paradoxalmente tão dependentes entre si, deve haver um mecanismo, ao menos um preponderante, se vários forem, que os una, permitindo essa tão estreita ligação entre eles. Na linguagem sistêmica esse mecanismo é o acoplamento estrutural.

3.2 O acoplamento estrutural entre os sistemas político, jurídico e econômico: a Constituição como fundamento de validade das atividades sistêmicas

Do ponto de vista sistêmico, a Constituição Federal é o acoplamento estrutural por meio do qual se comunicam os sistemas político, jurídico e econômico. Isso significa ser ela o instrumento de seleção das informações enviadas por um sistema a outro. É ela o parâmetro na identificação de *inputs*, dentre as várias irritações recebidas por cada sistema.

A Constituição Federal, o acoplamento estrutural (*strukturelle kopplung*) entre os sistemas político e jurídico, age como mecanismo de interpenetração permanente e concentrada entre os mencionados sistemas sociais. Possibilita, pois, a constante

troca de influências recíprocas entre os subsistemas, filtrando-as. Ao mesmo tempo em que incluiu, exclui. Por assim dizer, promove uma solução jurídica à autorreferência do sistema político, ao mesmo tempo em que se fornece resposta política à autorreferência do sistema jurídico. (LIMA, 2009, p. 31).

Como acoplamento estrutural, unindo o sistema jurídico ao político, a Constituição também funciona como fator de exclusão e inclusão. “Acaba por incluir novos valores e excluir outros, anteriormente impostos ao Direito; por outro lado, é tida como mecanismos de irritação do sistema, por trazer nova comunicação.” (LIMA, 2009, p. 30).

Por assegurar a propriedade como bem juridicamente protegido e por traçar as normas gerais para o exercício da atividade econômica, a Constituição é o acoplamento estrutural que liga o Direito à Economia. A propriedade é a base sobre a qual o sistema econômico se diferencia, o que se manifesta no seu código binário ter/não-ter (ou pagar/não-pagar). Mas a propriedade não faz parte do sistema jurídico, pois não se resolvem problemas jurídicos com a Economia. No sistema jurídico a propriedade é somente um objeto, como tantos outros, enfrentado por suas decisões, tal como os contratos, que, quando processados pelo Direito, não o são pelo código pagamento/não-pagamento, mas sob a operação do sistema jurídico, identificada pelo código válido/não-válido (LIMA, 2009).

Em linguagem jurídica, considerando esses três subsistemas sociais estudados, a Constituição é o fundamento maior de validade das atividades políticas, jurídicas e econômicas.

Sendo, assim, ainda que haja outros, a Constituição Federal é o principal acoplamento estrutural do Direito com os sistemas político e econômico. É ela o primeiro e primordial canal de seleção de informações do ambiente no interior do sistema jurídico, de tal sorte que todos os subsistemas nele gerados operam conforme essas seleções primeiras pela Constituição realizadas.

O Direito é um sistema social que se diferencia do seu entorno, selecionando, por meio da Constituição, informações ressonantes advinda do ambiente. Tudo aquilo que é submetido ao código válido/não-válido do Direito, a partir do seu acoplamento estrutural, passa a ser observado sob o código *compatível com a Constituição/ não-compatível com a Constituição*. A nomenclatura jurídica para este código, que analisa a compatibilidade com a Constituição de todos os atos a ela posteriores, é *constitucional/inconstitucional*. O que é inconstitucional é informação descartada. O que é constitucional é transformado em *outputs* a serem devolvidos para o ambiente. O retorno de novas informações do ambiente, geradas a partir dos *outputs* anteriores (prestações), produzidos pela observação do que é selecionado como

constitucional, gera o *feedback* necessário para mais informações selecionáveis sob o código constitucional/inconstitucional. A recursividade dessas operações irá gerar, portanto, mais operações dessa natureza. É a autopoiese do Direito.

A produção contínua dessas operações recursivas leva ao aumento da complexidade no interior do próprio sistema do Direito. Para reduzir essa complexidade, o sistema evolui, gerando subsistemas. Cada subsistema do Direito tem no próprio sistema do Direito e nos demais subsistemas jurídicos o seu ambiente, diferenciando-se deles pelas suas comunicações específicas, realizadas por seu próprio código interno. Assim o é, por exemplo, o Direito Penal, que se diferencia do sistema geral do Direito e dos outros subsistemas do Direito, por receber informações e observá-las sob o seu código delito/não-delito.

Uma vez que a Constituição é o principal acoplamento estrutural do Direito, ou seja, o seu primeiro mecanismo de seleção de *inputs*, toda a informação que ressoa para os subsistemas jurídicos também se submete à observação do que é *constitucional/inconstitucional*, pois o que é inconstitucional não pode ser transformado em prestações, quer pelo Direito, considerado como sistema geral, quer por cada um de seus subsistemas. A concepção do que é delito/não-delito, no caso do subsistema do Direito Penal, não pode contrariar o que é constitucional/não-constitucional.

Tomando-se como exemplo o direito de greve, assegurando pela Constituição, não pode o sistema político editar uma lei penal considerando delito o exercício desse direito. E se o fizer, o sistema jurídico a rejeita, pois contraria a Constituição. Se o sistema do Direito identifica como inconstitucional uma lei que criminalize o direito de greve, não pode o subsistema do Direito Penal julgar criminoso o exercício desse direito, pois toda a estrutura do subsistema Direito Penal foi construída a partir de informações selecionadas primeiramente sob o código constitucional/inconstitucional.

É importante ressaltar não ser cronológica essa análise sistêmica, mas, sim, funcional. Não se está dizendo que o Direito Constitucional precedeu, no tempo, o Direito Penal, ou o Direito Civil, ou qualquer outro. Nas operações do sistema Direito, todos os subsistemas funcionam a partir do código constitucional/inconstitucional. Só assim se compreende os fenômenos da inconstitucionalidade e da não-recepção. A partir de uma nova Constituição, todas as leis editadas após a vigência da nova Lei Maior e que a ela forem contrárias, serão inconstitucionais. As leis a ela preexistentes – estruturas de subsistemas já formados – ainda que compatíveis com a Constituição da época em que foram editadas - serão submetidas ao código *compatível com a [nova] Constituição/não-compatível com a [nova] Constituição*, que na linguagem jurídica assume a denominação *recepção/não-recepção* pela

Constituição, e se forem com ela incompatíveis, serão descartadas por não terem sido recepcionadas pela Nova Carta Política, que orienta todo o sistema jurídico. Assim, toda a estrutura do sistema Direito é refeita a partir de uma nova Constituição, pois esta é o acoplamento estrutural, por meio do qual o Direito se comunica com o seu ambiente, especialmente com o sistema político, de onde provêm as leis, alocadas no interior do sistema jurídico como estruturas para a observação (seleção) e transformação das informações que recebe.

Produzindo novas comunicações sob o código *constitucional/inconstitucional*, o Direito gera novos subsistemas, que aumentam sua própria complexidade e reduzem a complexidade do sistema geral do Direito, podendo cada um deles, a depender da complexidade em seu interior, gerar novos subsistemas, sem nunca construir novas estruturas que fujam da análise do código *constitucional/inconstitucional*. A autopoiese do Direito moderno tem como condição operativa a supremacia da Constituição.

Cada subsistema do Direito, ainda que possua estruturas próprias, não pode operar gerando prestações inconstitucionais, pois isto contrariaria as operações em razão das quais ele foi gerado. Atuar em contradição com a Constituição, do ponto de vista sistêmico, é contrariar a recursividade do sistema e, portanto, pôr em risco a sua autopoiese e até mesmo sua diferenciação funcional, expondo o sistema ao risco da destruição.

3.3 A ordem econômica constitucional como bem jurídico penalmente protegido

Para que o sistema do Direito puna de forma legítima os autores de crimes econômicos, é preciso que o objeto da proteção da norma penal encontre respaldo na Constituição Federal. Isso significa que não basta estar previsto na Constituição Federal. É preciso que desta se possa concluir ser o bem jurídico revestido de dignidade penal, ou seja, ser merecedor da proteção que o Direito Penal pode oferecer.

3.3.1 A tutela penal dos bens jurídicos nos crimes econômicos

Neste capítulo não se discorrerá sobre o Direito Penal Econômico. Seu conceito, seu enquadramento na teoria dos sistemas, sua autonomia, legitimidade e problemas teóricos e práticos decorrentes de sua expansão serão objeto do capítulo seguinte.

Por agora, importa compreender o que são os crimes econômicos, seu fundamento material, para se analisar a correspondência que deles se exige com a Constituição Federal. A

legislação penal brasileira, pouco no Código Penal e muito em leis esparsas, contempla aquilo que a doutrina e a jurisprudência convencionaram chamar de crime econômico. E tais leis são o conteúdo normativo do Direito Penal Econômico, como posteriormente se verá.

Respondendo ao que seja crime econômico, Jail (2009, p. 32), em um conceito que serve a este estudo como ponto de partida, assim o define: crime econômico “[...] é toda infração penal que viola o preceito proibitivo contido na norma criminal que dispõe sobre toda e qualquer área de interesse econômico, devidamente tutelado como bem jurídico-penal.”

Desse conceito, merecem maior atenção as expressões “qualquer área de interesse econômico” e “bem jurídico-penal”.

Quanto à primeira, sem a necessidade de demoradas considerações, embora se tenha no Brasil uma lei que trate de crimes contra a ordem econômica - a Lei 8.137/1990 - já está sedimentada na dogmática penal a compreensão de que o conceito de crime econômico é mais abrangente, envolvendo diversas condutas além das que diretamente atingem a ordem econômica. Assim, são crimes econômicos os que atentam contra a livre-iniciativa, a livre concorrência, as relações de consumo e de trabalho, o sistema financeiro, o sistema tributário e todos os demais desdobramentos das relações econômicas (CAMPANA, 2011).

De particular interesse para esta pesquisa é a noção de crime econômico como ofensa a um bem jurídico-penal.

O Direito Penal é comumente conceituado entre seus teóricos, como o ramo do Direito, que tutela os bens jurídicos mais relevantes para o corpo social, punindo com as sanções mais severas do ordenamento jurídico as condutas que os ofendam ou os exponham a perigo.

Para Magalhães (2010, p. 38), bem jurídico é:

[...] um valor ideal proveniente da ordem social, juridicamente estabelecido e protegido, em relação ao qual a sociedade tem interesse na segurança e manutenção, tendo como titular, na acepção mais tradicional, o indivíduo e, na versão mais moderna, a própria coletividade.

Uma vez que o Direito Penal tutela os bens jurídicos mais importantes, e estes são aqueles aos quais interessa à sociedade a sua segurança e manutenção, é evidente a relação do Direito Penal com a Constituição, Carta política de uma sociedade, que expõe os seus valores mais relevantes.

A la vista de todo esto, podemos definir el Derecho penal como la parte Del Ordenamiento jurídico, reguladora del poder punitivo del estado, que, para proteger

valores e intereses con relevancia constitucional, define como delitos determinadas conductas a cuya verificación asocia como consecuencias jurídicas penas y/o medidas de seguridad. (MATEU, 1999, p. 29)

A noção de crime como ofensa a um bem jurídico, em que pese ser aparentemente trivial, traz em si discussão mais aprofundada sobre o papel da Constituição nos limites do Direito Penal.

Magalhães (2010) apresenta a evolução dos fundamentos teóricos sobre a proteção dos bens jurídicos, afirmando que, ao contrário de Feuerbach, para quem o conteúdo do crime deveria ser buscado na violação dos direitos subjetivos, Birnbaum, na década de 30 do século XIX, reconhecia na ofensa ao bem jurídico protegido pela norma o fundamento para a construção do conteúdo do crime. Na década de 30, do século seguinte, a idéia de bem jurídico perdeu força, ante os teóricos inspirados pela ideologia nacional-socialista. Após a Segunda Guerra Mundial, o conceito readquiriu força, sendo usado para fundamentar discriminações, especialmente quanto à liberdade sexual. Entre os anos 50 e 60 ganharam força os movimentos descriminalizadores. Nos anos 70, o conceito de bem jurídico passou a ser usado como o fundamento para a criminalização de condutas que afetassem novos bens jurídicos que passaram a merecer a tutela penal, como o meio ambiente e a economia. Desse modo, no final do século passado, o bem jurídico passou a ser concebido como tendo dupla função: a limitação da intervenção punitiva do Estado e a missão de impor a atuação do Direito Penal na proteção de direitos difusos.

Essa limitação da intervenção estatal a partir da imposição do crime como ofensa a um bem jurídico se contrapõe ao modelo de crime próprio de regimes autoritários, como analisa D'Avila (2009, p. 51):

Ela corresponde, em um primeiro momento, a uma compreensão político-ideológica estabelecida nos ideais de um Estado laico, liberal, tolerante, pluralista e multicultural, comprometido com a dignidade e com o reconhecimento de direitos fundamentais, em clara oposição assumida a modelos de Estados autoritários, erigidos na persecução de objetivos éticos, na punição de inclinação de objetivos anti-sociais e na mera infração ao dever. Afinal, como a própria história demonstra, não só a compreensão do ilícito sempre disse muito sobre o modelo de Estado em que é implementada, como o Modelo de Estado sobre a aceção de ilicitude que recepciona.

A concepção de bem jurídico se impõe, desse modo, como um limite ao legislador, mas não como apenas um limite decorrente de exigências doutrinárias, e, sim, como um limite oriundo da Constituição (SCHIMIDT e FELDENS, 2006).

Transportando essas concepções para a seara sistêmica, o sistema do Direito recebe informações do seu ambiente, o sistema social. Os vários subsistemas sociais exigem proteção jurídica de seus valores mais relevantes. Aqueles considerados os de maior importância para a sociedade são repassados como informação para o subsistema penal, que enviará *outputs*, na forma de severa punição das condutas que lhes forem ofensivas, atuando de forma repressiva e preventiva. Essa seleção do que é mais importante é um fator de limitação, pois o Direito não considera como tal qualquer informação recebida do ambiente. Pelo seu mecanismo de acoplamento estrutural, a Constituição, o Direito realiza sua seleção do que é mais importante para a sociedade, pois na Constituição estão expressos os valores máximos do sistema social. Para que haja leis punindo delitos econômicos, é preciso que interesses econômicos tenham sido submetidos ao sistema político que, sob diretrizes enviadas pelo Direito, editou tais leis, só recebidas pelo sistema jurídico porque selecionadas a partir da observação dos limites estabelecidos pela Constituição, o mecanismo de acoplamento estrutural do sistema jurídico.

Em termos jurídicos, crimes econômicos devem ter como objeto de proteção um bem jurídico cuja proteção encontre respaldo Constitucional.

Sendo assim, qual o bem jurídico, com sede constitucional, tutelado nos crimes econômicos? Para Magalhães (2010), o Direito Penal Econômico tutela uma nova categoria de bens jurídicos, compreendidos na ordem constitucional econômica.

3.3.2 A ordem econômica na Constituição

Para uma pesquisa que se propõe a avançar no campo da verificação dos critérios constitucionais para criação de tipos penais econômicos, é fundamental situar a ordem econômica como valor constitucionalmente protegido, compreendendo-se desde sua evolução nas constituições anteriores, até a importância que hoje lhe dá a Constituição vigente.

3.3.2.1 A Constituição Econômica

A presença de temas econômicos, quer previstos em artigos isolados por todo o texto das Constituições, quer localizados em um de seus *títulos* ou *capítulos*, vem sendo denominada pela doutrina de *Constituição Econômica*. “Significa, portanto, que o assunto econômico assume sentido jurídico, ou se ‘juridiciza’, em grau constitucional.” (SOUZA, 1999, p. 18).

Sob outro ângulo, revela-se a relevância dada pelo legislador constituinte à matéria econômica.

A incorporação constitucional dessas normas bem dá conta da importância que o jogo econômico passou a assumir sobre as relações sociais, devendo-se observar que a progressiva liberdade econômica jamais esteve desacompanhada de uma regulação em seu entorno (SCHIMIDT e FELDENS, 2006. p. 4).

Não se deve entender a Constituição Econômica como autônoma em relação à Constituição total, mas entender a Constituição como uma unidade nas várias áreas específicas, inclusive a econômica. A Constituição Econômica é, então, a aplicação da Constituição política às relações econômicas. É a “presença do econômico no texto constitucional, integrado na ideologia constitucional” (BERCOVICI, 2005, p. 13).

A Constituição Econômica serve de fonte valorativa para a seleção dos bens jurídicos a serem tutelados pelo Direito Penal, através das normas incriminadoras do Direito Penal Econômico (CAMPANA, 2011). É em razão dela, portanto, que se tutela a ordem econômica.

3.3.2.2 A evolução histórica das Constituições no Brasil e seu tratamento quanto à ordem econômica

Na história das Constituições brasileiras, a proteção à ordem econômica sempre variou conforme a ideologia político-econômica predominante. Situações de crise política ou econômica também foram determinantes para essas variações e para que a Constituição Econômica tivesse a face que hoje lhe dá a Constituição vigente.

A primeira Constituição brasileira, de 1824, não trazia uma regulamentação específica da ordem econômica, o que era próprio do liberalismo econômico, predominante à época.

A leitura dos dispositivos constitucionais não nos dá a impressão de uma preocupação específica com a regulação e organização da atividade econômica, os resvalos que nela encontramos são em virtude da economia estar no âmago de qualquer organização social, além do que o sistema na época era o liberal. (DEL MASSO, 2007, p.39).

O poder econômico era refletido no poder político, especialmente por meio da exclusão do direito de votar dos que não tivessem renda suficiente para tanto, nos termos da Constituição (SOUZA, 1999).³

Em relação à Constituição Imperial, a Constituição de 1891 representou, por um lado uma mudança política, com forte inspiração no modelo dos Estados Unidos da América, e, por outro, o continuísmo ideológico, do ponto de vista econômico, com a manutenção da ideologia liberal (FONSECA, 2007). Eram assegurados os direitos à liberdade, à segurança individual, ao exercício profissional e à propriedade, incluída a intelectual, ressalvada, porém, a possibilidade de desapropriação por necessidade ou utilidade pública (DEL MASSO, 2007).

Não havia “a idéia do intervencionismo, pois o Estado era meramente contemplativo, influenciado pelos ares do liberalismo procedentes da Europa, especialmente da França” (NAZAR, 2004, p. 55).

Segundo Baleeiro (1999), após a abolição da escravatura, em 1888, não foram previstas medidas que permitissem uma adaptação gradual dos outrora escravos ao campo de trabalho. Após a euforia inicial com a liberdade alcançada, muitos viviam de biscates nas cidades, saturando o mercado de trabalho. Por outro lado, ao contrário dos velhos políticos, barões e banqueiros exportadores, os mais jovens se fascinavam com os ideais republicanos, o positivismo e as instituições norte-americanas, às quais se creditava o sucesso econômico dos Estados Unidos. “Nas classes médias, muitas crianças nascidas por esse tempo ganhavam como prenome ‘Washington’, ‘Hamilton’, ‘Jefferson’...” (BALEIRO, 1999, p. 14).

A inspiração no modelo dos Estados Unidos da América não significou, contudo, um desenvolvimento da democracia nos mesmos moldes do modelo estrangeiro:

O erro de nossa primeira Constituição republicana foi o de tentar transplantar o texto americano para uma realidade diferente. O poder se encastelou nas oligarquias estaduais, que, aliadas ao governo federal, dominaram o cenário político durante toda a Primeira República. O regime democrático não saiu do papel, o poder estava diluído entre o governo federal e as oligarquias estaduais. (AGRA, 2009, p. 59).

Para Gilberto Bercovic (2005), as Constituições elaboradas após a Primeira Guerra Mundial têm em comum, especialmente, a declaração dos chamados “direitos sociais”, que dependem de prestações diretas ou indiretas do Estado para serem usufruídos, de modo que

³ Ainda segundo Souza (1999, p. 221), nas eleições primárias, de acordo com o art. 91, V, da Constituição Imperial, a renda mínima líquida anual exigida era de cem mil réis por bens de raiz, indústria, comércio ou emprego, e duzentos mil réis nas eleições de deputados, senadores e membros do Conselho de Província.

essas Constituições fazem parte do “constitucionalismo social que se estabeleceu em boa parte dos Estados europeus e em alguns americanos.”

O debate em torno de questões sociais, referentes à função social da propriedade e a direitos dos trabalhadores, foi inserido no contexto constitucional desde a Constituição Mexicana, de 1917, que, apesar da importância, teve projeção internacional mais restrita à América Latina. De maior influência foi a Constituição Alemã, de 1919 (BERCOVIC, 2005).

Desde então, princípios e regras socioeconômicas foram sendo progressivamente constitucionalizados. E as Constituições brasileiras, de 1934, 1937, 1946 e 1967, na esteira da alemã, lançaram as bases daquilo que se passava a conceber como a Ordem Econômica e Social.

A Constituição de 1934, segundo Tavares (2006), foi a primeira das Constituições brasileiras a instituir a ordem econômica de modo expresso e apartado dos demais dispositivos, nos seus artigos 115 a 143.

A Constituição de 1937, outorgada, foi a primeira a tratar, com mais ênfase, dos crimes contra a economia popular, equiparando-os aos crimes contra o Estado, no seu art. 141, dispositivo regulamentado pelo Decreto-Lei 869, de 1938, que possuía características criminalizantes, com a tipificação dos crimes contra a economia popular (BERCOVICI, 2005).

Mendes, Coelho e Branco (2009) informam que a Assembleia Constituinte, eleita em 02 de dezembro de 1945 e instalada em 02 de fevereiro de 1946, formou uma “Grande Comissão”, que tomou por base o texto de 1934, o que permitiu a rápida conclusão dos trabalhos e a apresentação de um texto que, aprovado em 18 de setembro do mesmo ano, tornou-se a Constituição.

Todavia, embora seja considerada a mais democrática das Cartas Magnas até então elaboradas, conforme Agra (2009), exatamente por ter como base as Constituições de 1891 e 1934, a Carta de 1946 “nasceu de costas para o futuro, fitando os regimes anteriores que provaram mal” (SILVA, 2003, p. 85).

Nos textos das Constituições de 1967 e 1969, a exploração econômica era atribuição, preferencialmente, do setor privado (TAVARES, 2006). Um dos poucos avanços foi a possibilidade de desapropriação de terras improdutivas, para fins de reforma agrária, com a utilização de títulos da dívida pública para fins de indenização (AGRA, 2009).

3.3.2.3 A ordem econômica na Constituição de 1988

Sabendo-se, então, que a ordem econômica é um bem jurídico e que tem sido objeto de proteção em todas as constituições do século XX, cumpre buscar a melhor compreensão do que significa a expressão *ordem econômica* no contexto da atual Constituição.

Primeiramente é preciso não perder de vista que a Constituição atual nasceu em contexto diferente das suas antecessoras, em um momento de retorno à democracia e inaugurou uma fase de infindáveis debates, por meio dos quais se busca engendrar o Brasil nos rumos da economia mundial.

Seu posicionamento ideológico político-econômico é pela economia capitalista (reconhecimento da legitimidade de apropriação privada dos meios de produção, declaração do postulado da liberdade e da livre iniciativa), o que não é incompatível com poder de eventual interferência do Estado na economia, nem mesmo com a exploração direta de atividade econômica (TAVARES, 2006).

A Constituição de 1988 emergiu meses antes da queda do muro de Berlim, fato que desencadeou mudanças nas concepções sobre o Estado-Empresário, deixando desatualizados diversos dispositivos constitucionais recentes, pois na atualidade, concebe-se o papel do Estado na economia como “não intervencionista, dando cada vez mais espaço para a atuação da iniciativa privada em setores que, até bem pouco tempo, eram tidos como de segurança nacional.” (MOTTA FILHO; SANTOS, 2000, p. 537).

Indubitavelmente foi a melhor Constituição até agora elaborada, que somente não obteve a concretização da totalidade de suas disposições porque as forças populares, que foram o seu maior sustentáculo, desmobilizaram-se diante da ofensiva das elites econômicas sob a égide do neoliberalismo. (AGRA, 2009, p. 64).

A compreensão dessa ideologia que orienta a disciplina constitucional da ordem econômica é fundamental para se entender esta última, que nas palavras de Campana (2011), traduz a concepção ideológica do Estado voltada para a solução dos conflitos decorrentes do jogo econômico.

A ordem econômica não deve ser confundida com as regras da economia, não jurídicas e decorrentes de sua própria experiência, a exemplo da lei da oferta e da procura. A economia se desenvolve independentemente de regulamentação. A ordem econômica, porém, é a intervenção jurídica, na busca da imposição desse regramento, com vista à proteção de interesses, não somente individuais, mas, sobretudo, coletivos (OLIVEIRA, 2009).

O conceito de ordem econômica não deve ser analisado tão somente sob o aspecto negativo, segundo Grau:

A leitura do art. 170, que introduz aquele Título VII, o deixará entretanto – se tiver ele o cuidado de refletir a propósito do que lê –, no mínimo perplexo. E isso porque neste art. 170 a expressão é usada não para conotar o sentido que supunha nele divisar (isto é, sentido normativo), mas sim para indicar o modo de ser da economia brasileira, a articulação do econômico, como fato, entre nós (isto é, ‘ordem econômica’ como conjunto das relações econômicas) (GRAU, 2001, p. 51).

Segundo GRAU (2001, p. 51), ao se analisar o art. 170 da Constituição, cujo enunciado é normativo, assim deverá ser lido:

as relações econômicas – ou a atividade econômica - deverão ser (estar) fundadas na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tendo por fim (fim delas, relações econômicas ou atividade econômica) assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios

Sem discordar desse posicionamento, mas o complementando, Silva Neto (2001) sustenta haver dois significados distintos, pelos quais se pode conceber a “ordem econômica”: primeiramente, seria “o modo como se desenvolvem as situações no plano da realidade”. De outro modo, também pode significar a ordem econômica normatizada, positivada. Ao fim dessas considerações, conceitua ordem econômica como sendo “o plexo normativo, de natureza constitucional, no qual são fixadas a opção por um modelo econômico e a forma como deve se operar a intervenção do Estado no domínio econômico.” (Silva Neto, 2001, p. 134).

Nascimento (1989) entende que, no que interessa ao Estado, as normas constitucionais vão incidir sobre as atividades econômicas consistentes em relações de fato entre o Estado e as forças econômicas, que se desenvolvem pelas regras da economia, fazendo surgir entre eles, relações sócio-jurídicas. Em um sentido mais objetivo, sob o título “ordem econômica”, dispõe-se um regramento do “conjunto de normas de intervenção protetora ou restritiva às atividades econômicas, em consequência de certas finalidades e através de certos meios” (NASCIMENTO, 1989, p. 10).

Os dois conceitos de ordem econômica seguintes são particularmente importantes para o desenvolvimento deste capítulo, pois evidenciam eventual necessidade de proteção penal da ordem econômica:

Esta expressão implica as condições, os elementos, as circunstâncias, os fatores sociais e econômicos de um país, assim como o intervencionismo estatal destas

condições, através de sua regulação jurídica. A ordem econômica é uma das principais referências do conjunto de valores constitucionais, “livre iniciativa, propriedade, amparo ao consumidor, entre muitos”, mencionada como necessária de amparo, razão pela que se faz imprescindível, em algumas circunstâncias últimas, a intervenção de normas penais. (BRAGA, 2010, p. 85).

Em raciocínio semelhante, Pinto (2007, p. 9) assim se posiciona:

[a ordem econômica] representa o conjunto de normas da Constituição dirigente, compondo uma referência a valores essenciais que podem vir a sofrer violações em determinadas situações graves, merecedoras, portanto, de proteção do Direito, notadamente o Penal.

Ao se afirmar que a ordem econômica é merecedora da proteção penal, especialmente no contexto de uma Constituição Econômica que consagra a livre iniciativa de mercado, aparentemente se está diante de um contrassenso, pois a proteção penal é uma limitação à atividade humana e, portanto, seria uma limitação à livre atuação econômica. Forçoso é concluir não ser a simples previsão no texto constitucional justificativa bastante para tornar a ordem econômica objeto da tutela penal. Assim, oportuna é a indagação sobre quais sejam os critérios considerados para se ter um bem jurídico como merecedor da tutela penal e, ainda, se a ordem econômica atende a esses critérios.

3.4 A ponderação axiológica constitucional como critério de seleção na tutela penal econômica

A Constituição Federal incorporou, formalmente, o princípio da legalidade, em seu artigo 5º, XXXIX. Dessa forma, outorgou ao legislador ordinário o decidir sobre o que deve ou não ser considerado delito e a medida da sanção cabível (SCHIMIDT e FELDENS, 2006).

Essa liberdade de atuação suscita a controvérsia sobre os limites da atuação do legislador ordinário, sendo certo que ela não pode ser irrestrita, dado o caráter constitucional de mecanismo limitador da atividade estatal, especialmente no campo penal, com a imposição do respeito aos direitos e garantias fundamentais, observando-se que, em certa medida, as liberdades individuais serão sempre atingidas pelo Direito Penal:

[...] la intervención del Derecho penal afecta siempre a derechos fundamentales de la persona, priva de libertad de hacer o incluso de la física, y supone una muy grave ingerencia del estado en la vida e el desarrollo de la personalidad de los ciudadanos. (MATEU, 1999, p. 36)

Na ciência penal atual, destacam-se, conforme Jail (2009), duas correntes doutrinárias sobre a discussão dos critérios materiais para a determinação dos bens jurídicos: a *sociológica* e a *constitucionalista*.

Divide-se em duas correntes a teoria sociológica: a *monista individualista* e o *funcionalismo radical*. A teoria monista individualista, defendida pela Escola de Frankfurt, tendo Winfried Hassemer como principal expoente, sustenta ser a essência do bem jurídico a proteção ao interesse individual indispensável. Nega, em decorrência disso, fundamento aos crimes de perigo abstrato, baseados na idéia de sociedade de risco. O funcionalismo de Jackobs se baseia na ideia de disfuncionalidade do comportamento em relação ao sistema social. Inspirado em Luhmann, preocupa-se com a funcionalidade do sistema, “reduzindo o ser humano a um plano inferior, uma simples ‘peça a mais’ na engrenagem, [...] entendendo, [...] que o bem jurídico tem como objetivo limitar o *jus puniendi* estatal. (JAIL, 2009, p. 43).

A corrente constitucionalista, por sua vez, também apresenta duas vertentes. A primeira é a *teoria constitucionalista estrita*, segundo a qual a Constituição é a única e exclusiva fonte a ser observada na atividade de criminalizar condutas. Tal pensar teórico tem contra si a inconveniente constatação de que, dada a dinâmica das relações humanas, haverá sempre novos interesses que reclamarão tutela penal, sem que sua proteção esteja diretamente prevista na norma constitucional. A segunda é a *teoria constitucionalista ampla*, para a qual a Constituição é o limite negativo imposto ao legislador e ao aplicador da lei, devendo estes observar, sobretudo, os princípios basilares do sistema punitivo, tais com os da intervenção mínima, da dignidade humana, da legalidade, da individualização da pena, da humanidade, da insignificância e o da *ultima ratio* (JAIL, 2009).

A corrente constitucionalista é que tem maior aceitação entre os teóricos modernos, destacando-se a teoria constitucionalista *ampla* sobre a *estrita*. Isso se deve a dois fatores: a) a ausência de mandados expressos de criminalização em matéria econômica e b) a impossibilidade de o texto constitucional acompanhar a evolução das relações econômicas, das quais decorre a necessidade de criação de novos tipos penais.

Asseverando ser necessário indagar se há um mandado constitucional explícito ou implícito de criminalização, no que diz respeito à ordem econômica, Campana (2011) observa não haver um mandado expresso de criminalização no texto constitucional, no qual não se encontram expressões relacionadas à ordem econômica, considerada em seu sentido estrito, tais como “crime”, “punição”, ou “penalmente”, sendo certo que uma ordem de criminalização dever ser compreendida restritivamente, não bastando o uso de expressões constitucionais como “defesa” ou a sujeição “às penas da lei”.

Contudo, uma vez que o art. 173, § 4º, da Constituição Federal, prevê que a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação de mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento abusivo dos lucros, e que o § 5º do mesmo artigo estabelece punições compatíveis com a natureza dos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular, pode-se entender que, se por um lado não se constituem tais dispositivos em mandado expresso de criminalização, há uma permissão legal a que se punam penalmente condutas ofensivas à ordem econômica, desde que seja aferida positivamente a carência da tutela penal, podendo o agente infrator, então, tanto ser punido administrativamente, quanto penalmente, facultando-se ao legislador infraconstitucional a opção da medida mais adequada, sob a perspectiva axiológica constitucional (CAMPANA, 2011).

Há, entretanto, mandados expressos de criminalização de condutas ofensivas a determinados bens jurídicos, que podem ser inseridos na ordem econômica no sentido amplo, no qual se encontram o meio ambiente e as relações sociais, protegidas no art. 7º da Constituição Federal (CAMPANA, 2011).

Resta verificar se há mandados implícitos de criminalização de condutas atentatória à ordem econômica no seu sentido estrito. A resposta afirmativa depende de o bem jurídico ter primazia na ordem axiológica constitucional e da gravidade de ofensa a ele ser tamanha, que só a punição penal se mostre adequada para a sua repressão (CAMPANA, 2011).

O segundo argumento em desfavor da teoria constitucionalista estrita é a impossibilidade de a Constituição acompanhar a crescente criminalidade econômica. De fato, é insustentável conceber a Constituição como fonte única do processo de criminalização. Por mais analítica que seja uma Constituição, suas regras serão sempre gerais, sendo-lhe impossível prever todas as possíveis condutas delituosas, especialmente em uma área tão sujeita a transformações, como a econômica.

Logicamente, não se requer que o Código Penal seja um espelho, um retrato fiel da Constituição, [...]. A relação entre bens jurídicos constitucionais e penais não haverá de ser necessariamente de coincidência, senão de coerência. (SCHIMIDT e FELDENS, 2006, p. 33).

É nessa noção de coerência que se sustenta a teoria constitucionalista ampla. As concepções do que deva ser criminalizado variam de acordo com as feições do Estado em que se insere o Direito Penal, observando-se, segundo Magalhães (2010), em Estados totalitários, a prática de tornar criminosas meras ideologias, práticas sexuais ou condutas imorais. De um

Estado Democrático de Direito, se espera, no mínimo, que a atividade legiferante penal seja guiada pelo respeito aos direitos fundamentais estabelecidos como valores supremos na Constituição.

A Constituição não pode, porém, ser concebida, em sua relação com o Direito Penal, unicamente como seu parâmetro limitador. Afigura-se, também, na mesma medida, como fonte valorativa e como fundamento normativo do Direito Penal incriminador. “Seja na penalização de condutas, seja na sua despenalização – o legislador encontrará, em determinada medida, vinculações normativas que lhe são extremamente conformadoras.” (SCHIMIDT e FELDENS, 2006, p. 17).

Para que funcione como critério de orientação do legislador em sua atividade de criminalização de condutas, o bem jurídico penal deve ter conteúdo valorativo, baseado em princípios político-criminais da dignidade penal e da necessidade penal, devendo ser verificada a coerência dessa criminalização com a ordem axiológica constitucional. O bem jurídico penal deve passar por um processo de filtragem constitucional, para refletir, explícita ou implicitamente, os valores constitucionais relacionados não apenas à ordem econômica, política e social, como também aos direitos e deveres fundamentais (CAMPANA, 2011).

A consequência do movimento de constitucionalização do Direito é o mecanismo da filtragem constitucional, consistente na releitura e reavaliação de todo o ordenamento jurídico, sob os limites da filtragem constitucional, calcada nos valores que repousam no texto constitucional. A Constituição, do ponto de vista axiológico, fornece ao legislador penal as balizas para sua atividade incriminadora, em dois aspectos fundamentais: a proibição de excesso criminalizador e a determinação de proteção penal de bens ou interesses de relevância no texto constitucional (Magalhães, 2010). A ordem axiológica da Constituição funciona aqui como parâmetro ao legislador para decidir sobre a criminalização/descriminalização de condutas (CAMPANA, 2011).

De que forma será feita essa ponderação de valores constitucionais, se a proteção penal a bens jurídicos relevantes já importa em diminuição dos direitos e garantias individuais, indiscutivelmente de elevada importância para a Constituição?

A ponderação axiológica haverá de ser feita nos moldes do princípio da proporcionalidade. Embora não previsto expressamente no texto constitucional, o princípio da proporcionalidade encontra-se “entre as normas superiores do ordenamento jurídico, de nível constitucional, razão pela qual norteia toda a atividade penal, seja no âmbito legislativo, seja na aplicação da lei nos casos concretos.” (GOMES, 2003).

A não observância do princípio da proporcionalidade gera distorções na legislação infraconstitucional.

Ao longo dos anos, várias modificações legislativas, inseridas no Código Penal, implicaram na perda de harmonia entre crimes e penas, abrindo oportunidade para o desprestígio do princípio da proporcionalidade. Não bastasse, a legislação especial também consagrou alterações destoantes do contexto uniforme do Direito Penal, ora tipificando condutas inócuas, ora aplicando severas sanções para condutas de menor alcance. (NUCCI, 2010, p. 211).

O princípio da proporcionalidade oferece os critérios pelos quais se pode fazer a seleção dos bens penalmente tuteláveis, em conformidade com uma ponderação de valores constitucionais.

De acordo com Gomes (2003), a proporcionalidade de uma norma penal deve ser analisada em dois níveis: o primeiro é o preenchimento dos requisitos constitucionais para a conduta ser considerada criminosa. Neste particular, deve-se analisar a *necessidade* da incriminação e se não há outro meio, menos danoso à liberdade individual, que demonstra não ser imprescindível o uso da via penal. Ainda como requisito para a incriminação, deve ser avaliada a possibilidade de a incriminação, no caso específico, ter *idoneidade* para cumprir sua finalidade preventiva. É uma análise de meio e fins, para verificar se uma norma penal incriminadora de uma determinada conduta é apta a prevenir a reiteração daquela prática. O segundo nível da análise da proporcionalidade diz respeito à qualidade e à quantidade da pena cominada ao delito. É avaliar em que medida se dará a proteção penal do bem jurídico. É a verificação da *proporcionalidade em sentido estrito*. Estes subprincípios do princípio da proporcionalidade hão de ser observados tanto pelo legislador penal, quanto pelo intérprete constitucional.

A Constituição consagra a proteção jurídica a direitos de primeira, de segunda e de terceira dimensão, exigindo uma atuação positiva do Estado para que se efetivem os bens jurídicos fundamentais, incluindo-se dentre eles os difusos e coletivos. Na ponderação axiológica constitucional, tais bens se sobrepõem por dizerem respeito à dimensão comunitária da dignidade da pessoa humana, ou seja “à atuação da personalidade de cada pessoa e de todas como fenômeno social, em razão de todos serem iguais em dignidade e por conviverem em determinada comunidade.” (CAMPANA, 2011, p. 186). Por isso se pode compreender a ordem econômica como bem jurídico fundamental.

Os valores que envolvem a tutela constitucional da ordem econômico-social têm natureza supraindividual, coletiva ou difusa, envolvem, portanto interesses de uma quantidade

indeterminada de indivíduos, de toda a comunidade, que não pertencem individualmente a ninguém (Magalhães, 2010).

As condutas que ofendam ou ponham em risco a ordem econômica apresentam um elevado grau de danosidade social, pois a tornam vulnerável e rompem o equilíbrio dos fatores que integram a estrutura econômica do país. Não obstante, tais atos geram pouca reprovabilidade social, ao menos em comparação com a criminalidade tradicional, por não atingirem vítimas individualmente consideradas, sendo estas abstratas, indeterminadas, alimentando-se, assim, as cifras negras, a delinquência invisível, ou seja, a diferença que resulta entre a criminalidade aparente e a real, em geral bem maior do que os números apresentados pelas instâncias formais de controle (CAMPANA, 2011).

A criminalidade econômica é causadora de maior dano social que a criminalidade tradicional, não apenas pelos danos financeiros que ocasionam, mas, também, pelos danos materiais que geram lucros para as empresas, embora não afetem diretamente a economia, ofendendo, por outro lado, a vida, a saúde, a integridade física das pessoas. São os casos de crimes de fraude em alimentos ou medicamentos, por exemplo. Há por fim, os danos econômicos imateriais, aqueles que acarretam a perda da confiança nas relações do mercado, o seu desequilíbrio (CAMPANA, 2011).

Por ser dotada de alta carga axiológica, por sobrelevar valores sociais e coletivos que reclamam pela intervenção do estado na economia com a finalidade de realizar justiça social, “a ordem econômica é, sem dúvida, um bem jurídico revestido de dignidade penal, em face de sua inequívoca relevância constitucional” (CAMPANA, 2011, p. 184).

Desde a segunda metade do último século expandiu-se o fenômeno jurídico da constitucionalização do Direito, cuja mensagem basilar é a de que aos valores constitucionais se vinculam todos os ramos do Direito, em face da supremacia da Constituição. Conquanto isso se tenha verificado, ao longo desses anos, em diversos campos do Direito, é no Direito Penal que menos se observa a sujeição aos valores e princípios constitucionais. Há “um desprezo pela visão sistêmica do ordenamento, como se o Direito Penal pudesse, de fato, manter-se como uma ilha distanciada do continente composto pelos demais ramos que compõem a ciência jurídica.” (Magalhães, 2010, p. 45).

Essa discrepância entre a legislação penal econômica e a base principiológica constitucional é analisada no capítulo seguinte.

4 DISFUNÇÕES DO SISTEMA PENAL ECONÔMICO NO BRASIL

A teoria dos sistemas sociais permite a verificação das funções de cada subsistema social. Conhecendo-se a função de um subsistema, podem-se identificar desvios em seu funcionamento, disfunções em razão das quais o sistema produz uma comunicação diversa da que lhe é própria, gerando efeitos não condizentes com a seletividade diferenciadora pela qual foi constituído. A busca pela identificação de disfunções em determinado sistema social requer, antes, a compreensão deste como tal.

4.1 O Direito Penal Econômico como subsistema funcional

Um sistema, na teoria de Luhmann, é compreendido pela sua diferenciação com o ambiente. Sua funcionalidade específica o torna fechado em suas próprias operações, desenvolvidas conforme as estruturas que foram elaboradas para produzir aquele tipo de comunicação que somente o sistema poderá fornecer. Dessa forma se diferencia um sistema, ou um subsistema, do seu ambiente.

Um sistema social, como o Direito, por exemplo, é diferenciado dos demais sistemas sociais porque reduz uma parte da complexidade do sistema social geral, ao operar suas comunicações de natureza jurídica. Um subsistema do Direito só será como tal caracterizado se reduzir em suas operações uma parcela ainda mais específica dessa complexidade do sistema do Direito. E se este subsistema tornar-se complexo demais para a sua funcionalidade, outro ou outros subsistemas serão gerados a partir dele, fazendo-se uma seleção dessa complexidade já reduzida.

Desse modo, percorrendo o caminho indicado pelo método indutivo, de se partir do geral para o específico, importa compreender o funcionamento do sistema penal, para, em seguida, se examinar ser ou não o Direito Penal Econômico um subsistema penal e, só então, buscar a identificação de suas possíveis disfunções.

4.1.1 O sistema penal

O sistema ou subsistema do Direito recebe específica atenção na teoria de Luhmann, especialmente considerando seus efeitos sobre os demais sistemas e seu propósito de reduzir as expectativas sociais. O Direito tem a Constituição como principal mecanismo de acoplamento aos demais sistemas do seu entorno. Por ela são selecionadas as informações

sobre o que é válido ou não-válido para o sistema jurídico. A partir dessa seleção baseada na Constituição, operam todas as estruturas do Direito.

O Direito é um subsistema de elevada complexidade, pois recebe *inputs* de praticamente todos os subsistemas da sociedade, e a todos eles interessam, de alguma forma, os *outputs* enviados pelo sistema jurídico. Tamanho volume de informações pode tornar inviável o funcionamento do sistema, se ele não se diferenciar em subsistemas, para reduzir a complexidade em seu interior. Por isso, o complexo sistema jurídico é composto de subsistemas diversos, cada qual trabalhando o código binário do Direito de uma maneira particular. Cada subsistema desenvolve estruturas peculiares (princípios, teorias, instituições, órgãos específicos), que, ao seu modo, trabalharão as informações selecionadas do ambiente.

O sistema penal é o subsistema do Direito que opera sob o código delito/não delito. É importante observar que o Direito opera, de modo geral, sob o código lícito/não lícito, ou válido/não-válido. No universo de informações que recebe, inúmeras serão consideradas inválidas, ilícitas, mas nem todas serão consideradas um delito. Somente a informação que for selecionada pelo código delito/não-delito será processada pelas estruturas desenvolvidas no interior do sistema penal. E essa informação específica não pode ser objeto de nenhum outro subsistema jurídico. Só o subsistema penal desenvolveu estruturas próprias para o processamento desse tipo de comunicação. A Constituição, o acoplamento estrutural, se encarrega de determinar essa seleção, através das normas de competência, distribuídas pela legislação processual penal, estruturas legislativas do sistema.

Batista (2004) afirma que o Estado intervém na vida social, impondo sanções severas aos que violarem as regras do Direito Penal. Essa intervenção se materializa na atuação sucessiva de três instituições: a policial, a judiciária e a penitenciária. Segundo o autor, a esse grupo de instituições que, segundo regras jurídicas pertinentes, se incumbem de realizar o Direito Penal, dá-se o nome de sistema penal. Na mesma linha de raciocínio, Lopes (1999) denomina sistema penal ao grupo de instituições, policial, judiciária, do Ministério Público e penitenciária, a que se submete o indivíduo contra o qual se pretende a aplicação de uma norma penal.

Zaffaroni e Pierangeli (2001) apresentam um conceito estrito e outro amplo para sistema penal. Em um sentido mais restrito, o sistema penal englobaria a atividade legislativa, a judiciária, a policial, bem como a ação do Ministério Público, dos funcionários da Justiça e da execução penal, sendo, portanto, o controle social punitivo institucionalizado, cuja atuação, a partir de normas criminalizantes, se verifica desde quando se detecta ou se supõe detectar a suspeita da ocorrência de um delito, até a imposição de uma pena e a sua execução. Em um

sentido mais amplo, abrangeria toda forma de controle e repressão, mesmo as aparentemente distantes do Direito Penal, tais como a exclusão de marginalizados, a atuação arbitrária da polícia, a execução sem processo etc.

Nesse momento é oportuna uma observação sobre as estruturas de um sistema, que podem fazer parte de outro. Belo, a esse respeito, diz:

Pode ocorrer que o sistema seja um elemento, um subsistema dentro de outro. A Terra é um subsistema do sistema solar, que por sua vez é subsistema de uma galáxia maior, que também é um subsistema do Universo. A estrutura partidária é um subsistema do sistema político, que é um subsistema social interno, que é, ao mesmo tempo, um subsistema do sistema global. (BELO, 2005b, p. 44).

E pode uma estrutura, ou um subsistema, exercer papéis em diferentes sistemas:

Uma função qualquer pode ser realizada por mais de um tipo de estrutura, da mesma forma que cada estrutura pode realizar mais de uma função; ou seja, toda estrutura é polivalente, significando isso que toda unidade social em funcionamento tem certos fins que devem ser realizados em conjunto através de estruturas apropriadas. (BELO, 2005b, p. 44).

É o caso da Polícia, que integra o sistema penal, mas pertence, também, ao sistema político (Poder Executivo). E ainda é, em si mesma, um subsistema, considerando-se suas estruturas e funcionamentos próprios.

Por estes conceitos, acima apresentados, pode-se perceber que o sistema penal integra um conjunto de comunicações em torno do Direito Penal. As ressonâncias do ambiente que não digam respeito à matéria própria do Direito Penal não serão recebidas pelo sistema penal, podendo ser selecionadas por outros subsistemas do Direito (Civil, Eleitoral, Tributário, Trabalhista etc.). Mas, o que é selecionável como próprio do Direito Penal? De que se ocupa o Direito Penal?

Dos conceitos de sistema penal visto acima, percebe-se que este subsistema tem uma função punitiva. Logo, indagar de que trata o Direito Penal é questionar o que pode ser objeto de punição. A relevância dessa indagação é exposta por Roxin (2008), para quem de nada adianta se desenvolver cuidadosamente uma teoria do delito, se uma pessoa pode vir a ser punida por um comportamento que não deveria ser objeto de punição. Assim, mais do que na definição de crimes, a delimitação do campo de atuação do Direito Penal deve consistir na imposição à atuação punitiva do Estado de limites que se sobreponham desde à liberdade de criação do legislador no campo penal, até a atuação das instituições que compõem o sistema penal. Tais limites são desenhados a partir da compreensão do bem jurídico-penal. Prado

(2005) fornece um conceito de Direito Penal suficiente para essa análise, pois reúne seus principais elementos - o delito e a sanção contra ele prevista, bem como a sua finalidade de proteção dos bens jurídicos mais relevantes para a sociedade:

O Direito Penal é o setor ou parcela do ordenamento jurídico público interno que estabelece as ações ou omissões delitivas, cominando-lhes determinadas consequências jurídicas – penas ou medidas de segurança (conceito formal). A função primordial desse ramo da ordem jurídica radica na proteção de bens jurídico-penais – bens do Direito – essenciais ao indivíduo e à comunidade. (PRADO, 2005, p. 53).

Considerando que o Direito Penal, por impor as sanções mais severas do ordenamento jurídico, é a forma mais danosa de atuação do Estado, não se concebe que, em um Estado Democrático de Direito, a seleção dos bens jurídico-penais não tenha origem na Constituição. Se o Direito Penal protege os bens jurídicos mais relevantes para o corpo social, é na Constituição, onde estão abrigados os valores que formam a sociedade, que se encontrará o fundamento para permitir tão severa atuação do Estado.

Por tanto, un concepto de bien jurídico vinculante políticocriminalmente sólo se puede derivar de los cometidos, plasmados en la Ley Fundamental, de nuestro Estado de Derecho basado en la liberdade del individuo, a través de los cuales se le marcan sus límites a la potestad punitiva del Estado. (ROXIN, 1997. p. 55).

Delimitado o bem jurídico merecedor de guarida penal, a partir dos parâmetros constitucionais, só na ofensa a ele se permite a intervenção punitiva do Estado, excluindo-se esta dos demais casos.

Do ponto de vista sistêmico, viu-se no capítulo anterior, a Constituição é o principal acoplamento estrutural entre o Direito e os demais subsistemas sociais. É a partir dela que são selecionadas as informações no sistema jurídico. Entretanto, a Constituição traz em conteúdo regras e princípios gerais, de modo que um grande número de informações é, ainda, selecionado, tornando alta a complexidade no sistema do Direito. Este amplo espectro de informações será reduzido em cada subsistema jurídico. Porém, nesse processo, não pode um subsistema selecionar uma informação que contrarie a seletividade feita pelo filtro constitucional, pois, assim, estaria este subsistema atentando contra os próprios limites diferenciadores do sistema jurídico e contra as comunicações que o formaram, pois estas são, antes de tudo, constitucionais.

Portanto, toda a compreensão sobre os limites de atuação do sistema penal e de seus subsistemas só pode ser desenvolvida a partir de fundamentos constitucionais, sob pena de se

descaracterizar o sistema penal, tal como concebido em um sistema jurídico fundado na supremacia da Constituição.

Quando as estruturas do sistema penal e de seus subsistemas processam comunicações em desacordo com os fundamentos constitucionais que as instituíram, ocorrem falhas, que desvirtuam a funcionalidade do sistema e podem comprometer sua diferenciação funcional.

O Direito Penal é, mais do que um instrumento repressor, um limitador da atuação do Estado. Quando se define o que pode o Estado punir, impõe-se que tudo o mais não seja punido. Quando o sistema penal e seus subsistemas se afastam das balizas constitucionais, perde o sistema penal seus limites diferenciadores e se torna um mecanismo para usos arbitrários pelo sistema político.

4.1.2 Existe um subsistema penal econômico?

A análise sistêmica requer do seu estudioso certo grau de abstração e a compreensão de que a teoria dos sistemas é apenas um modelo que pode ter aplicações diversas, mas não precisa guardar correspondência exata com as classificações teóricas apresentadas nos mais variados campos do conhecimento humano. No Direito, não há correspondência ou consenso sequer entre as várias classificações doutrinárias. Assim, a visão sistêmica do Direito, aqui apresentada, tem em vista sua funcionalidade, e não uma explicação lógico-sistêmica das divisões dos diversos ramos do Direito. Nem todo ramo do Direito, ainda que plenamente justificada sua classificação como tal, sob os pilares da dogmática jurídica, precisará ser concebido como um subsistema funcional do Direito.

Por outro lado, não se pode atribuir indiscriminadamente a qualidade de sistema a qualquer fenômeno, sob pena de se retirar o mínimo de credibilidade da teoria dos sistemas. Em outras palavras, deve haver critérios básicos de observação, para que se diferencie um novo subsistema. No caso do sistema do Direito, em extremo complexo, a identificação de um subsistema deve atender a requisitos que, demonstrados, evidenciem a sua diferenciação funcional em relação aos demais subsistemas e ao sistema jurídico geral.

Como visto no segundo capítulo, um sistema é a diferença entre si e seu entorno. Ou seja, um sistema é identificado como tal quando atinge um grau de diferenciação do ambiente possível de ser observado. Para tanto, é preciso realizar, internamente, operações de comunicação, processando informações recebidas do ambiente, sob seu código exclusivo. A recursividade dessas operações não apenas consolida o sistema em sua diferenciação com o

ambiente, como também desenvolve as estruturas internas do sistema, fazendo surgir um novo subsistema, se necessário, para lhe reduzir a complexidade.

O sistema penal pode ser considerado um subsistema do Direito. Não é mera estrutura com a qual trabalha o Direito. O sistema penal trabalha com uma comunicação específica, o código delito/não delito. O crime é uma forma bem específica e complexa de um ilícito. Segundo doutrina majoritária, é um fato típico, antijurídico e culpável. Esses elementos o tornam mais complexo do que o ilícito civil, de tal forma que o reconhecimento pela Justiça Penal de um ilícito penal torna desnecessária a discussão no juízo cível sobre autoria e materialidade do fato. Já o reconhecimento da ilicitude civil não torna prescindível a análise das questões ligadas à materialidade e autoria de um crime. A comunicação que o sistema penal realiza é, portanto, a do Direito Penal, para cuja aplicação e execução são exigidas estruturas exclusivas, tais como a polícia, os presídios, câmaras criminais, varas de competência criminal, ou atribuições exclusivas para estruturas presentes em outros subsistemas, como o Ministério Público, por exemplo.

A multiplicidade das relações humanas ilícitas dá lugar a uma diversidade de crimes tal, que o sistema penal, para reduzir a complexidade em seu interior, desenvolve estruturas específicas, que geram novas diferenciações funcionais mais específicas, ou seja, subsistemas penais.

Não apresenta dificuldade alguma o entender o direito penal militar, por exemplo, como subsistema do Direito Penal geral. Aquele integra o sistema punitivo, mas com a função de reduzir-lhe a complexidade, selecionando para si as infrações definidas como militares. Para tanto, o sistema penal desenvolveu estruturas teóricas (legislação, princípios e regras) e institucionais (Tribunais, juízes militares, Ministério Público Militar etc.) próprias, as quais, trabalhando um código específico, crime militar/não-crime militar, produzirão o fechamento operacional, dentro do qual serão operadas as comunicações que diferenciam este subsistema do seu ambiente.

Se dessa forma se dá a diferenciação entre um subsistema jurídico e seu entorno, pode-se dizer haver um subsistema penal econômico? A resposta afirmativa a essa pergunta permitirá o avanço desta pesquisa, sob as bases da teoria dos sistemas, na identificação dos problemas relacionados ao Direito Econômico no Brasil. Todavia, deverão se mostrar presentes critérios mínimos para se diferenciar o Direito Penal Econômico do Direito Penal, de uma forma tal que se possa conceber um subsistema próprio, que trabalhe comunicações próprias de Direito Penal Econômico.

A verificação dessa diferenciação exige reflexões sobre problemas teóricos que cercam o Direito Penal Econômico. Apesar de existir farta literatura, apresentada em obras que levam a rubrica de “Direito Penal Econômico”, não há sequer consenso sobre a sua autonomia disciplinar. Tanto entre teóricos do Direito Econômico, quanto entre os penalistas, há quem sustente ser o Direito Penal Econômico uma parcela do que se convencionou chamar de Direito Penal secundário, diverso do Direito Penal comum ou tradicional, e quem defenda a inexistência do Direito Penal Econômico, avistando a existência apenas de um Direito Econômico e de um Direito Penal, com normas deste estando à disposição daquele.

Assim, apresentamos os seguintes questionamentos, em resposta aos quais se pretende construir o raciocínio para justificar a análise de um subsistema penal econômico: a) O bem jurídico protegido pelo Direito Penal Econômico tem característica própria, que torne inapropriados os mecanismos de proteção do Direito Penal tradicional? b) O Direito Penal Econômico tem autonomia disciplinar em relação ao Direito Penal comum? A resposta ao primeiro questionamento exige a compreensão do contexto político-econômico em que se formou o Direito Penal Econômico. A resposta ao segundo requer uma análise das divergentes correntes doutrinárias sobre a pretendida autonomia.

4.1.2.1 A origem do Direito Penal Econômico: fundamentos históricos, políticos e econômicos para a proteção de um bem jurídico diferenciado

O Direito Penal Econômico é fruto das mudanças político-econômicas do início do século XX. Magalhães (2010) afirma se ter dado o seu surgimento somente na década de 30, quando houve uma proliferação da atividade legislativa e reguladora da intervenção do Estado no campo econômico.

Até então, o ideal liberal desenhava os contornos do Direito Penal, não havendo cenário favorável a que surgisse o Direito Penal Econômico. Para entender o porquê disso, é preciso compreender que o liberalismo, como ideal político e econômico, surgiu em reação ao Estado absolutista.

O feudalismo foi o sistema econômico que predominou do século IV até pouco depois do século X. Nesse período, o poder político estava diluído nas mãos dos senhores feudais. Poder concentrado, somente o eclesiástico (GUARAGNI, 2009). A superação do feudalismo representou um notável avanço econômico, uma vez que o sistema de servidão feudal tem sido associado na história a técnicas de produção de baixo nível, com instrumentos simples e baratos, com divisão do trabalho e coordenação dos indivíduos em nível bem primitivo de

desenvolvimento (DOBB, 1987). O aperfeiçoamento das técnicas de cultivo aumentou a produção, impulsionando o comércio para além dos feudos. A nova economia do período pré-clássico pode ser dividida em duas partes:

A primeira, [...] representa o reflexo ideológico do nascimento do capitalismo comercial e é geralmente conhecida pelo nome de ‘mercantilismo’. Na segunda, que acompanha a expansão do capital industrial de fins do século XVII e princípios do século XVIII, estão os verdadeiros fundadores da ciência da economia política. (ROLL, 1977, p. 38)

O mercantilismo, consequência das descobertas marítimas do século XVI, aliado à idéia de um Estado monárquico poderoso, defendia o fortalecimento deste por meio da expansão comercial, da posse de materiais preciosos, que garantissem um Estado que se impusesse entre as demais nações (FEITOSA, 2009). Era o Estado Totalitário, absolutista.

O Estado Totalitário caracteriza-se por absorver no seu seio todas as manifestações da vida social e, até mesmo, individual. Nada lhe é estranho. Em tudo se imiscui. Desde o poder político até o econômico e o social, passando pelo exercício das profissões, pela adoção da religião, pelo desenvolvimento cultural e artístico, pela vida familiar, pela organização do lazer do indivíduo e dos seus gostos e preferências em matéria de moda, nada refoge à sua competência. (BASTOS, 1995, p. 66).

Dallari (2007, p. 278) afirma ter o Estado Moderno nascido absolutista e, por muito tempo, “os defeitos e virtudes do monarca absoluto foram confundidos com as qualidades do Estado.”

Este modelo de Estado, absoluto e teocêntrico, começou a ser questionado com o Renascimento, cujo paradigma era o homem, e não Deus. O homem passa a ser o centro da racionalidade, empenhando-se em se livrar do misticismo e compreender as leis da natureza, bem como submetê-las à vontade humana. Esse quadro proporciona o advento do iluminismo, em que o valor do homem é sobrelevado por ser um ser pensante e, dominando e explicando as leis da natureza, fugindo das explicações da metafísica, invoca a condição de não ser mais objeto, mas sujeito do poder do Estado (GUARAGNI, 2009).

O poder estatal absoluto dá, então, lugar a um novo tipo de Estado, o liberal, que priorizava a liberdade, especialmente a de acumular riquezas (GUARAGNI, 2009). O modelo liberal de Estado é essencialmente oposto ao Estado Totalitário, pois é eminentemente assegurado da liberdade econômica, da iniciativa privada (BASTOS, 1995).

No modelo liberal, pouco se espera do Estado. Basicamente, incumbe ao Estado a defesa contra ameaças externas, a boa convivência interna, assegurada pela polícia e o

Judiciário. O restante, educação, saúde, seguridade social, a própria atividade civil, conforme as leis do mercado, seria naturalmente obtido. O Estado é um mal necessário (BASTOS, 1995).

O Estado existia, nesse contexto, para proteger os interesses individuais. O Direito Penal, nesse cenário, não teria como oferecer proteção diversa, voltando-se, então para a proteção de bens individuais, cuja violação consistia em rompimento do contrato social. Além da vida, da honra, e de outros bens individuais protegidos, o direito penal tutelava com especial atenção o patrimônio, bem jurídico caro à burguesia dominante (GUARAGNI, 2009).

A crítica ao modelo liberal foi contundente, em razão das profundas desigualdades sociais que ele proporcionara, especialmente pelo marxismo, que pregava a eliminação da “mais-valia”, decorrente da exploração da força de trabalho. No início do século XX, o discurso era o da necessidade de um Estado forte e interventor (GUARAGNI, 2009).

O modelo liberal de liberdade, individualista, impediu o Estado de dar proteção aos desfavorecidos economicamente, o que causou crescente injustiça social. A burguesia não admitia que o Estado interferisse para corrigir as injustiças, pois isso implicaria modificações das situações que lhes conferiam crescimento financeiro (DALLARI, 2007).

Até então, não se podia identificar um direito penal econômico, ao menos com os contornos atuais, antes do fim do século XIX, ápice da ideologia liberal-burguesa, que se sustentava no individualismo. O modelo jurídico que lhe dava amparo não poderia ter outra feição, senão a de proteção de direitos individuais. Não havia cenário político, social, ideológico e jurídico para a proteção de direitos meta-individuais. O momento histórico do individualismo se refletia sobre o direito penal e o direito civil (GUARAGNI, 2009).

Como reação às injustiças causadas pela sua ausência, no início do século XX o Estado passou a compreender sua obrigação de agir positivamente no campo dos direitos sociais, através de políticas públicas, da distribuição da renda e da estruturação de uma política de investimentos (FEITOSA, 2009).

O que levou o Estado a assumir responsabilidades que, antes, pareciam tão bem administradas pelos particulares? Para Bastos (1995) a principal causa, mas não a única, foi a ocorrência das crises econômicas do início do século XX, que provocaram recessão, aumentaram consideravelmente o desemprego, deixando exposta a ineficiência da auto-regulação do mercado em promover o desenvolvimento da riqueza nacional.

Nesse contexto, os direitos privados de liberdade (propriedade privada, liberdade de iniciativa e liberdade de contratar) somente seriam garantidos com justiça social.

Em suma, pela primeira vez, foi criado um dever-ser constitucional da ordem econômica. (FEITOSA, 2009, p. 88).

Em um primeiro momento, o Estado assumiu um papel apenas regulador, por meio de normas disciplinares das condutas dos agentes econômicos. Em um segundo momento, passou a intervir mais diretamente no domínio econômico, protagonizando a própria atividade econômica, criando empresas ou participando, em sociedade, dos capitais de empresas privadas. “A presença estatal tornou-se uma constante na organização das sociedades modernas, a ponto de não mais se poder imaginar uma reversão absoluta do processo.” (BASTOS, 1995, p. 70).

Surge, então, o direito penal econômico, destinado a tutelar a “ordem econômica”, ou seja, a própria intervenção na economia. Esse propósito do direito penal econômico foi alterado profundamente ao longo do século XX, com o desenvolvimento do fenômeno da sociedade de risco, de modo que seu objeto de tutela não é mais a intervenção estatal na economia, mas interesses meta e supra individuais (GUARAGNI, 2009).

A noção de crime econômico construiu-se a partir de uma mudança do objeto criminológico, que deixou de ser o homem infrator e passou a ser a criminalidade em sua dimensão sociológica, deixando o crime de ser visto como anormalidade, passando a ser entendido como uma ruptura entre fins sociais e meios para alcançá-los (BETTI, 2009).

Após a Primeira Grande Guerra Mundial, a intervenção do Estado na Economia passou a ser uma realidade do Estado Moderno, de modo que se deu início ao surgimento de normas penais que criassem um sistema de proteção a tais atividades interventoras (CIPRIANI, 2010).

Em suma, no ápice do liberalismo, a liberdade econômica, proporcionada pela liberdade política, ou seja, pela ausência quase completa da intervenção do Estado, direcionava a sociedade para os interesses individuais, já que a acumulação das riquezas individuais era o fim maior. Nesse contexto, considerando a estreita relação entre direito, economia e política, vista no capítulo anterior, o Direito Penal era um instrumento de tutela desses interesses individuais. Somente com a repulsa ao modelo liberal, que criara grandes distorções sociais, é que se passou a dar atenção a interesses postos acima dos individuais, os interesses supra-individuais, coletivos ou difusos.

Portanto, é possível afirmar ter o bem jurídico, objeto do Direito Penal Econômico, característica própria, diferenciada daquele objeto do Direito Penal comum. Enquanto este tutela interesses individuais, o Direito Penal Econômico se ocupa da proteção a interesses difusos e coletivos, supraindividuais, portanto.

Resulta dessa distinção o entendimento de que os institutos do Direito Penal comum, voltados para a proteção de bens jurídicos individuais, já não são suficientes para definir e permitir a compreensão das peculiaridades da criminalidade econômica, cujos delitos não causam danos a uma vítima em particular, mas a uma coletividade, mostrando-se insuficientes para explicar esse fenômeno conceitos tradicionais como consumação, resultado, o sujeito passivo, lesão a bem jurídico etc. Verificando os riscos e os danos que podem ser causados por esse tipo de infração, Sánchez (2011, p. 38) assim analisa a insuficiência dos conceitos de causa e efeito, aplicado à relação conduta e resultado nos crimes tradicionais:

Tais resultados se produzem em muitos casos a longo prazo e, de todo modo, em um contexto geral de incerteza sobre a relação causa-efeito, os delitos de resultado/lesão se mostram crescentemente insatisfatórios como técnica de abordagem do problema.

Mesmo podendo ser retardada a consumação de alguns crimes tradicionais, como o homicídio, a certeza sobre a possibilidade de seu resultado, permite, por meio de uma relação de causa-efeito, a punição, ao menos a título de tentativa. Mas, Sánchez atenta para a incerteza, por exemplo, do potencial lesivo de uma conduta que atente contra o meio ambiente. É muito elevado o grau de incerteza sobre o resultado lesivo dessa conduta. A simples relação causa-efeito pode não ser suficiente para a imputação de responsabilidade penal.

Assim, a especificidade do bem jurídico objeto de sua proteção, impõe ao Direito Penal Econômico uma revisão dos conceitos fundamentais do Direito Penal geral, concebido sob a ótica da proteção de bens individuais.

Isso não é bastante, todavia, para, por si só, justificar o Direito Penal Econômico como fundamento para um subsistema penal. Resta verificar se esta distinção quanto à natureza do objeto acarreta a necessidade de estruturas teóricas próprias, a saber, conceitos, princípios, regras e postulados específicos, que o definam de modo tão diferenciado que se possa falar em autonomia disciplinar.

4.1.2.2 A autonomia do Direito Penal Econômico

Conquanto seja relevante a distinção entre a objetividade jurídica dos crimes de que se ocupa o Direito Penal comum e aquela objeto do Direito Penal Econômico, não há consenso doutrinário sobre a autonomia deste último em relação ao primeiro.

Del Masso, (2007) entende não existir um Direito Penal Econômico, mas um Direito Penal e um Direito Econômico, sendo que este se apropria das penas daquele para a proteção de bens jurídicos que lhe são próprios. Argumenta que, sendo a proteção da propriedade privada um dos princípios da ordem econômica, é o caso de se levantar a hipótese de ser norma de Direito Penal Econômico o primeiro capítulo dos crimes contra o patrimônio.

Mantendo o entendimento de, em lugar de um Direito Penal Econômico, haver apenas Direito Penal e Direito Econômico, mas divergindo no argumento, baseado na existência do conteúdo econômico tanto em um quanto em outro ramo do Direito, encontra-se o pensamento de Souza (1999, p. 73), assim formulado:

Não aceitamos o Direito Penal Econômico, mas apenas Direito Econômico e Direito penal, em suas relações possíveis. Situe-se o “conteúdo econômico” dentro das normas de cada um deles e teremos conteúdo econômico da norma de Direito econômico e conteúdo econômico da norma de Direito Penal.

Apesar desses posicionamentos, a doutrina, de forma majoritária, entende que o Direito Penal Econômico existe, sim, de forma autônoma, sendo parte do que se convencionou chamar de Direito Penal secundário, ou complementar, diverso do Direito Penal comum ou fundamental, ou clássico, ou, ainda, tradicional.

Para Marques (1997), de acordo com as fontes formais da norma penal, pode ser estabelecida a distinção entre o Direito Penal fundamental, assentado na legislação codificada, e o Direito Penal Complementar, regulado em leis extravagantes.

Dias (2006) diferencia o Direito Penal tradicional, do Direito Penal *extravagante*, *acessório* ou *secundário*.

Nessa linha divisória entre Direito Penal comum e secundário, Schmidt (2011, p. 36) afirma que “o Direito Penal Econômico pode ser definido como um recorte específico do direito penal secundário, que desempenha, através da tipificação de delitos, a tutela penal sobre a ordem econômica instituída e dirigida pelo Estado.”

Conforme Deodato (2003), a negação de um Direito Penal Econômico implica não lhe reconhecer características próprias, o que se mostra difícil de sustentar, ante as constantes transformações da vida moderna, que reclamam por uma revisão de conceitos, já se mostrando ser insuficiente a utilização de medidas caracterizadas como administrativas para a punição de condutas que lesem políticas desenvolvidas pelo Estado e bens que hoje se reconhecem fundamentais, como o ambiente.

Alguns conceitos e princípios jurídicos, sobre os quais se farão comentários mais adiante, não mostram a mesma relevância no estudo da criminalidade tradicional, como demonstram no estudo dos crimes econômicos. São os casos do estudo da sociedade de riscos, do princípio da adequação, do risco e do perigo como justificativa para a intervenção penal.

4.1.2.3 Justificativas para concepção do sistema penal econômico

Em resumo do que se expôs acima, pode-se dizer que há um subsistema penal econômico, gerado para reduzir uma parcela específica da complexidade do sistema penal.

O sistema penal foi estruturado para apresentar soluções à criminalidade que ofendia bens jurídicos individuais. As transformações político-econômicas do início do século XX exigiram a proteção de direitos supraindividuais não contemplados, até então, no rol dos bens jurídicos merecedores de tutela penal. Novas condutas reprováveis foram reconhecidas e tipos penais criados para defini-los como passíveis de punição.

Entretanto, diante as especificidades dos bens jurídicos de natureza coletiva ou difusa, as estruturas teóricas do sistema penal tradicional já não podiam explicar os novos fenômenos criminosos, nem apresentar respostas a eles. A complexidade no interior do sistema exigia, assim, um subsistema mais específico.

O conjunto de conceitos, princípios, postulados teóricos e regras voltados ao estudo específico do Direito Penal Econômico constituem-se estruturas que lhe são próprias, necessárias para analisar um tipo de comunicação específica, que é selecionada por meio do código delito econômico/não-delito econômico, já que as estruturas do sistema penal geral são insuficientes para a compreensão dessa comunicação. A complexidade é de tal forma aumentada pelos crimes econômicos que se verificam estruturas legislativas e institucionais específicas. Os tipos penais tradicionais de proteção ao patrimônio são inadequados para abranger quase todas as condutas passíveis de serem classificadas como ofensivas à ordem econômica em seu sentido amplo. A especificidade e a especialidade da criminalidade econômica têm gerado estruturas institucionais próprias, como delegacias e varas especializadas na apuração e processamento desses crimes, com táticas, técnicas e emprego de tecnologia voltadas à realidade desses novos crimes (não necessariamente eficiente nesse propósito), e incomum ou, até certo ponto, desnecessária à persecução dos autores de crimes tradicionais.

Tais fatores sustentam razões para se conceber como um subsistema penal o subsistema que trata do Direito Penal Econômico, cujas comunicações se operam por meio de

um código específico, o código delito-econômico/não-delito econômico, processado através de estruturas legislativas e teóricas próprias e, dependendo da demanda, até estruturas institucionais específicas, como Varas e Delegacias especializadas em crimes econômicos. Compreendido o sistema penal econômico e identificadas suas estruturas e sua comunicação funcional, pode-se analisar possíveis disfunções sistêmicas e seus efeitos.

4.2 Disfunções do sistema Penal Econômico

Do ponto de vista sistêmico, as estruturas que compõem o sistema penal econômico deveriam estar preparadas para oferecer respostas às irritações do ambiente que são selecionadas e processadas em seu interior.

Essas irritações pedem solução para os crimes econômicos, ou seja, a devolução ao ambiente de punições dos que praticam esses ilícitos, de uma forma tal que diminua a incidência dessas condutas que atentam contra a ordem econômica.

Como um sistema autopoietico, que produz a si mesmo, quanto mais operações desse tipo realizar o sistema penal econômico, mais consolidada estará sua diferenciação funcional e mais aptas estarão suas estruturas internas a oferecer esse tipo de resposta solicitada pelos sistemas aos quais interessa a proteção à ordem econômica.

O que se observa, porém, é que o sistema penal econômico não tem exercido sua função como se espera. O desenvolvimento e a expansão desse subsistema penal específico não resultaram em diminuição da criminalidade econômica, que continua a se expandir, em rápida progressão, inversamente proporcional aos resultados punitivos e preventivos que o sistema poderia apresentar para minimizá-la.

É bem verdade que a ineficiência do Direito Penal diante da criminalidade é um fenômeno lamentável em praticamente todo o mundo, com as variações de causas e efeitos que se pode esperar em razão das diferenças políticas, culturais, econômicas e jurídicas de cada país.

Interessam, porém, a esta pesquisa, pela necessidade de se restringir o seu objeto de análise, tão somente os problemas funcionais do sistema penal econômico no Brasil.

O crescimento da criminalidade econômica no Brasil é um indicativo de falha ou de pelo menos insuficiência do seu sistema penal econômico. Porém, não se pode atribuir essa ineficiência à falta de estruturas do sistema. O sistema penal econômico, como um subsistema penal, foi gerado a partir de comunicações jurídicas decorrentes da Constituição, o acoplamento estrutural do sistema, que mesmo não contendo mandados expressos de

criminalização na área econômica, confere liberdade ao legislador para fazê-lo. O sistema não carece de estruturas legislativas. Pelo contrário, como se verá adiante, há leis penais em excesso no campo econômico. Tampouco se pode dizer que faltam estruturas teóricas. Embora seja um campo jurídico relativamente novo, ao menos em comparação com o Direito Penal tradicional, o Direito Penal Econômico tem despertado o interesse da doutrina na produção teórica, suficiente, ao menos em quantidade, para se ter construções doutrinárias bastantes para servir de base tanto para uma adequada produção legislativa, quanto para a eficiente aplicação das leis penais econômicas. O sistema já conta com estruturas institucionais especializadas, aos menos nas capitais e nos grandes centros urbanos, nos quais se pode contar com delegacias e varas especializadas na criminalidade econômica. Apesar disso, pouco expressivos têm sido os resultados do sistema penal econômico, sendo notório o aumento da criminalidade nas mais diversas áreas incluídas no conceito amplo de ordem econômica.

Isso é um indicativo de falhas na funcionalidade do sistema. Não há carência de estruturas sistêmicas, como visto. Há, sim, sinais de disfunções sistêmicas, ou seja, de mau funcionamento das estruturas do sistema, que não produzem a comunicação esperada.

4.2.1 Causas possíveis das disfunções do sistema penal econômico: os processos sobrecomunicativos

A identificação das causas do sucesso da criminalidade econômica sobre os meios legais e institucionais de sua repressão é tema tão vasto e controverso que não seria razoável se ter a pretensão de abordá-lo de forma cientificamente satisfatória nos estritos limites deste trabalho. Tal tarefa demandaria análises políticas, sociológicas, culturais, antropológicas, econômicas e jurídicas por demais específicas.

Sob pretensões bem mais modestas e adequadas ao fim desta pesquisa, busca-se tão somente identificar, sob a luzes da teoria dos sistemas, possíveis causas de disfunções do sistema penal econômico, sabendo-se que, se em parte elas ajudam a compreender a expansão da criminalidade econômica, de outra feita não oferecem toda a dimensão do problema. Ainda assim, a identificação das falhas do sistema repressor já é, em grande medida, um conhecimento de grande utilidade para o desenvolvimento de mecanismos corretores.

Luhmann concebeu os sistemas sociais como fechados operativamente e abertos à comunicação, por meio do acoplamento estrutural. Em tese, as operações internas dos sistemas não sofrem influência do ambiente, pois operam dentro dos seus limites funcionais

fechados. Seu contato com o ambiente é feito por um mecanismo de filtragem das muitas informações que ressoam no sistema. Isso, em condições ideais, permitiria ao sistema funcionar sem interferências externas.

Contudo, conforme se verificou no segundo capítulo deste trabalho, em 2.4, não há sistema que não sofra interferências do ambiente. A capacidade do sistema de realizar a sua autopoiese será determinante para que as interferências externas não provoquem qualquer efeito negativo no sistema.

Quanto mais informações forem processadas, recorrendo o sistema ao seu repertório de comunicações realizadas anteriormente, produzindo sua própria comunicação, sua diferenciação do ambiente ou, em última análise, produzindo a si mesmo, mais consolidado será.

A autopoiese não significa incapacidade de mudança, como se o sistema rejeitasse qualquer modificação a partir das transformações havidas no ambiente. De forma alguma. Transformações do ambiente podem ser percebidas pelo sistema e influenciarem, positivamente, sua modificação. Na capacidade de se referir a si mesmo, aos seus processos anteriores, o sistema “aprende” a lidar com a nova informação, dando-lhe resposta semelhante à anterior, se a informação também for semelhante, ou alterando suas estruturas, se a informação indicar a necessidade dessa modificação. Quanto mais autopoiese realizar, mais condições terá o sistema de mudar a si mesmo, de se adaptar às modificações do ambiente, sem perder sua diferenciação funcional.

Além disso, quanto mais consolidado for o sistema, mais condições terá de reagir às interferências negativas do ambiente, ainda que estas gerem certa alteração sistêmica. Easton (1968), como já visto em 2.4, faz a diferenciação entre estabilidade e inalterabilidade. O sistema é estável quando as alterações causadas pelo ambiente ocorrem em velocidade tão lenta que não geram problemas às estruturas do sistema.

Nos sistemas consolidados, as influências do ambiente são menos sentidas, causam menos efeito nas estruturas do sistema. Nos sistemas transicionais, por não estar consolidada sua diferenciação, por não ser completa sua autopoiese, o sistema sofre mais rapidamente as influências do ambiente, gerando instabilidade em suas estruturas.

Conforme já visto, Neves (2005) denomina de processos sobrecomunicativos todas as influências externas sobre o sistema, que podem ocorrer sob duas formas: a) *processos sobrecomunicativos resultados de observação continuada*, que ocorrem quando um sistema, observando os processos comunicativos de outro, emite ruídos com características favoráveis ao recebimento daquela informação; b) *processos sobrecomunicativos resultados de desvios*

de acoplamento, ou seja erros no processo de diferenciação das informações, havendo falha, portanto, na intersecção dos processos de comunicação entre os sistemas conectados pelo acoplamento estrutural.

Esses processos sobrecomunicativos podem ser observados no sistema penal econômico brasileiro, por cujas características pode ser considerado um sistema transicional.

Nesse quadro podem ser identificados ambos os processos comunicativos, classificados por Neves (2005), que causam disfunções no sistema penal econômico.

Primeiramente, o sistema penal econômico é alvo de interesses políticos e econômicos diversos. A elaboração de uma norma penal econômica pode afetar positiva ou negativamente fortes grupos produtores, em geral representados por lobistas eficientes infiltrados no sistema político. Tais sistemas, político e econômico, emitem sinais, ruídos, informações para o sistema jurídico, com aparência de informações selecionáveis. São, por exemplo, leis inconstitucionais, ou que não representam um avanço efetivo na persecução penal da criminalidade econômica. As estruturas judiciárias trabalham de acordo com as estruturas legislativas pertinentes, mas estas atendem, em sua origem, a interesses econômicos, já influenciadores dos processos de elaboração de leis. Há também os casos de demandas judiciais, nas quais se usam artifícios jurídicos e de argumentos falaciosos para a proteção de empresários que graves prejuízo causaram ao meio ambiente, ou ao sistema financeiro, por exemplo. São falsos *inputs* advindos do ambiente que influenciam o sistema penal econômico a produzir *outputs* favoráveis aos interesses dos sistemas de onde se originaram, especialmente o político e o econômico. A pressão dos órgãos de imprensa, embora sentida com mais evidência nos crimes tradicionais, também se faz presente na criminalidade econômica, mais especificamente fazendo uso do enganoso argumento de que o Direito Penal Econômico faz justiça social, ao punir os agentes criminosos de “colarinho branco”, ou, ou seja, grandes empresários, pessoas de poder aquisitivo alto. As leis e decisões jurídicas, nesse caso, não são prestações que atendem ao fim do Direito Penal Econômico, de reduzir as expectativas sociais, na perspectiva constitucional; são, na verdade, prestações para dar satisfação à sociedade, cuja opinião é facilmente manipulada por órgãos de mídia.

Outra forma de desvio de função consiste, segundo Neves (2005), em desvios de sentido, em falhas no processo de diferenciação, revelando má-formação nas estruturas do sistema. Em sistemas transicionais, essa é uma falha com grande probabilidade de ocorrer, pois, estando ainda em desenvolvimento as estruturas do sistema, sua autopoiese não é completa, não sendo consolidada a sua diferenciação funcional em relação ao ambiente. Em muitas ocasiões, conforme Neves (2005), o sistema busca no ambiente informações para os

seus processos comunicativos, desviando-se do sentido dado pela seletividade do acoplamento estrutural.

Na seqüência, serão analisados os efeitos que podem ser atribuídos a essas disfunções, no sistema penal econômico brasileiro.

4.2.2 Os efeitos das disfunções sistêmicas

As disfunções causadas pelos processos sobrecomunicativos, originados do ambiente, produzem efeitos tanto nas estruturas teóricas, quanto nas legislativas e institucionais do sistema penal econômico. A seguir, nessa ordem, são observados esses efeitos em cada uma dessas estruturas.

4.2.2.1 As divergências entre as estruturas teóricas surgidas a partir dos novos conceitos exigidos para a compreensão da criminalidade econômica

A mudança de concepção do bem jurídico merecedor de tutela penal, de interesses individuais, para interesses supraindividuais, por si só já expôs serem insuficientes os conceitos do Direito Penal tradicional, de origem liberal.

Caraterísticas peculiares distanciam a criminalidade econômica moderna da criminalidade tradicional. Os crimes econômicos não têm vítimas determinadas, pois são o Estado ou a coletividade; há pouca visibilidade dos danos por eles causados e seu *modus operandi* reveste-se de especialidade, pois demandam inteligência e planejamento específico (MAGALHÃES, 2010).

A criminalidade moderna não trata mais do indivíduo, ou de per si considerado. Trata de estratégias, é difusa. É uma criminalidade que transcende os direitos universais (v.g., a vida, a liberdade), e atinge o desenvolvimento do Estado, suas políticas econômicas, a saúde pública, o meio ambiente. (DEODATO, 2003, p. 28)

Essas especificidades exigem uma revisão de conceitos fundamentais do Direito Penal tradicional, que se mostram insuficientes para compreender os novos fenômenos criminosos e, especialmente a velocidade com que se desenvolvem. Disso resultam grandes controvérsias doutrinárias em Direito Penal Econômico.

Controvérsias, em Direito, não são necessariamente disfunções. Em muitos casos, são elas que impulsionam o desenvolvimento das estruturas do sistema. Entretanto, as

divergências encontradas na doutrina penal econômica situam-se em pontos fundamentais para o funcionamento do sistema; dizem respeito ao seu modo de funcionamento e se refletem na legislação com a qual o sistema trabalhará sua comunicação.

No capítulo anterior verificou-se que a ordem econômica, tal como concebida na Constituição é o bem jurídico tutelado pelo Direito Penal Econômico. Quanto a isso, não há desentendimentos teóricos. No entanto, a primeira divergência relevante diz respeito à abrangência do conceito de crime econômico, ou seja, a definição dos limites do que pode ser considerado ofensivo à ordem econômica.

A incerteza quanto ao que se considera crime econômico reflete-se no trabalho de elaboração das leis, bem como na atividade judiciária de sua aplicação.

Segundo Schmidt (2011) a doutrina penal tem dificuldade de delimitar o bem jurídico protegido pelo Direito Penal Econômico por não ter facilidade em definir a abrangência dos crimes econômicos, de modo que não se pode esperar uma adequada aplicação desse direito pela Justiça, se nem mesmo a doutrina se mostrou capaz de sistematizar a matéria a partir da delimitação do seu objeto de estudo.

A problemática dos bens jurídicos do Direito Penal Econômico assume especial relevância no cenário atual das limitações do sistema penal clássico em confronto com os riscos que se acentuam diante do avanço da tecnologia e a ampliação das relações econômicas. É um problema que não satisfaz aos defensores do sistema clássico penal, nem atende aos anseios dos que defendem sua reformulação (SILVA, 2010).

Uma corrente doutrinária, segundo SCHMIDT (2011), entende os crimes econômicos como sendo, em um sentido amplo, todas as ofensas à regulação da produção, industrialização e divisão de bens e serviços e, em um sentido estrito, os que atentam contra interesses supraindividuais próprios da economia dirigida pelo Estado. Em comum, essas duas vertentes de uma mesma corrente apóiam-se na natureza do sujeito passivo. Entretanto, nem todo crime contra o Estado, será um delito econômico, ainda que o prejuízo dele decorrente possa atingir uma determinada parcela da sociedade ou toda ela. Como exemplo, Schmidt cita o peculato. Por mais que o prejuízo leve à necessidade de revisão dos programas de governo ou paralisações de obras públicas, tendo, portanto, um reflexo supraindividual, o crime não perdeu sua conotação de lesivo a interesse individual do Estado. Nos crimes econômicos, o objeto da tutela penal será sempre algum aspecto concreto do ordenamento jurídico econômico, pois tais crimes ofendem bens-interesses supraindividuais, “que se expressam no funcionamento regular do processo econômico de produção, circulação e consumo de riqueza.” (BETTI, 2009, p. 69).

Segundo Magalhães (2010), em um sentido estrito, a abrangência do Direito Penal Econômico seria restrita à proteção da ordem socioeconômica, ou seja, protegeria a regulação da intervenção estatal na economia, sendo considerados crimes econômicos apenas aqueles que atentassem contra essa atividade interventora. Já no sentido amplo, a tutela do Direito Penal Econômico se estenderia a todos os bens jurídicos supraindividuais, de conteúdo econômico.

O Direito Penal Econômico não tutela o fato econômico, mas protege a integridade da ordem que se faz necessária para que o fenômeno econômico bem se desenvolva e atinja seus fins sociais constitucionalmente previstos (MAGALHÃES, 2010).

O objeto do DPE, nesse sentido, é a ordem econômica enquanto planificação estatal de ordenação econômica da vida social. Escapam de seu alcance – pelo menos enquanto proteção jurídica direta – todos os direitos públicos subjetivos, “econômicos” ou “sociais”, porque já tutelados através de outras áreas específicas da parte especial do direito penal.

[...]a dimensão exata do bem jurídico protegido pelo DPE é dada, num primeiro momento, pelo exame da juridicidade que recai sobre a relação entre Estado e economia, mas num segundo momento, pela análise das estratégias políticas que estão à disposição do Estado nesse relacionamento.” (SCHMIDT, 2011, p. 42).

As dificuldades doutrinárias em torno da definição da abrangência dos crimes econômicos ainda são de menor relevo se comparadas ao ponto mais divergente na doutrina penal econômica: a orientação política e dogmática a ser tomada diante da denominada *sociedade de riscos*. Segundo Sánchez (2011, p. 35), “é lugar comum⁴ caracterizar o modo social pós-industrial em que vivemos como ‘sociedade do risco’ ou ‘sociedade de riscos’.”

A sociedade de risco, ainda que de forma embrionária, tem sua origem com a Revolução Industrial. Claro que sempre houve riscos na sociedade, mas até então, estes se caracterizavam pela pessoalidade, pela regionalidade, pela facilidade de mediação. Não havia complexidade nas tecnologias, e a produção, as fontes de energia, o consumo, não interferiam acentuadamente nas expectativas da vida em comum. O novo modelo econômico transformou o risco, antes acessório, no elemento central na organização social. A industrialização permitiu a produção e distribuição em larga escala. A concorrência aumentou e a inovação passou a ser buscada com obstinação. O risco passa a ser fundamental para o desenvolvimento econômico. Bottini (2010, p. 36) adverte que a expressão “sociedade de risco” já traz em si a concepção de que nem toda atividade inovadora causará necessariamente dano, pois do contrário “estaríamos diante de uma sociedade de perigo e não de risco”.

⁴ Segundo Sánchez (2011, p. 35), o termo se tornou popular após a difusão da obra de Ulrich Beck, cujos livros “são textos de cabeceira da moderna teoria social”.

Após a Segunda Guerra Mundial, aumentou a necessidade de intervenção do Estado, para assegurar os serviços fundamentais e atender às novas necessidades de reconstrução das cidades, readaptação das pessoas à vida em sociedade etc (DALLARI, 2007). Além disso, a denominada globalização proporcionou um aumento de demanda na indústria e no comércio, forçando uma busca incessante por novas tecnologias. A disputa pelos mercados consumidores exige dos agentes econômicos a capacidade de produzir mais, com maior qualidade, em menor tempo e ao menor custo. A obstinação pelo inédito e a velocidade com que ele se apresenta ao mercado não é mero fetiche de uma sociedade consumista, mas uma decorrência da necessidade de não se tornar obsoleto e excluído do mercado pela falta de competitividade, em um ambiente de constantes inovações. Nesse cenário produzem-se intensas transformações econômicas e sociais que influenciam o desenvolvimento da política criminal e o aprimoramento das leis e dos institutos dogmáticos penais (BOTTINI, 2011).

As pesquisas científicas empreendidas para atender à demanda por inovações resultam na produção de novas tecnologias em tal velocidade que se torna difícil o desenvolvimento de mecanismos de compreensão, prevenção e controle do impacto dessas novidades. Esse descompasso entre a velocidade das inovações e a lentidão do desenvolvimento de instrumentos eficazes para medir e evitar os danos que delas decorram é o que, segundo Bottini (2011), se passou a chamar *paradoxo do risco*.

Com a evolução das tecnologias, a natureza deixou de ser a única ameaça a bens jurídicos fundamentais. A atividade humana, com o aprimoramento de suas técnicas de produção, distribuição e consumo, também passou a ameaçar os bens valorados como mais preciosos à vida social.

Isso pelo fato de que boa parte das ameaças a que os cidadãos estão expostos provém precisamente de decisões que outros concidadãos adotam no manejo dos avanços técnicos: riscos mais ou menos diretos para os cidadãos (como consumidores, usuários, beneficiários de serviços públicos etc) que derivam das aplicações técnicas dos avanços na indústria, na biologia, na genética, na energia nuclear, na informática, nas comunicações etc. (SÁNCHEZ, 2011, p. 36).

Se esta periculosidade decorre da ação humana, ela pode ser controlada por mecanismos de restrição, de gestão de riscos. Esta percepção gerou a idéia de que quanto maior for o risco, mais severas serão as medidas para o seu controle. O risco se tornou, então, um referencial político, abrindo as portas para o uso do meio mais drástico de controle social, o Direito Penal (BOTTINI, 2010).

Para Magalhães (2010), no século passado, a partir da década de 80, a sociedade de risco passou a ter como característica principal o rápido desenvolvimento tecnológico, que acelera as relações humanas, especialmente no campo econômico. Nesse contexto desenvolve-se a criminalidade econômica, em razão da qual há uma forte demanda por um Direito Penal próprio da sociedade de risco, o chamado Direito Penal de Segurança, ou Direito Penal de Perigo.

A perplexidade do legislador diante das novas situações de risco e a pressão do discurso pela limitação das atividades perigosas é refletida na atividade legislativa. A dificuldade de se separar o que é realmente arriscado e o que é inócuo é bastante para surgirem tipos penais que proíbam tudo o que não é seguro, bem como é a justificativa usada para a adoção de técnicas como os crimes de perigo abstrato, textos de lei com expressões genéricas, normais penais em branco, entre tantas outras que expõem os problemas da legislação atual. “E a necessidade de aumentar a sensação de segurança acaba por gerar normas que aumentam o número de responsáveis por sua manutenção [...]” (BOTTINI, 2011, p. 115).

A norma penal, diante dos novos riscos, passa a reprimir as condutas potencialmente danosas, substituindo o desvalor do resultado, pelo desvalor da ação. Os tipos penais deixam de prever o dano, para abrigarem em sua redação elementos direcionados ao perigo de causar um dano, em uma forma de *antecipação da tutela penal* (BOTTINI, 2010).

Nos últimos anos foi crescente na legislação a previsão de crimes econômicos de *perigo abstrato*. Tais crimes econômicos tão somente descrevem condutas proibidas, sem fazer referência a qualquer resultado lesivo. Pune-se, tão somente, a mera conduta, em razão da presunção do perigo que ela pode causar ao bem jurídico protegido pela norma de direito penal econômico. Para uma melhor compreensão do tema, impõe-se fazer, ainda que de forma breve, uma exposição de alguns conceitos penais essenciais;

Dentre as diversas classificações de crimes, destaca-se, nesse momento, a divisão entre crimes de dano e crimes de perigo. O crime de dano “é aquele para cuja consumação é necessária a superveniência da lesão efetiva do bem jurídico.” (BITENCOURT, 2010, p. 254). Crime de perigo é aquele que atinge a consumação “pela simples exposição do bem jurídico protegido a um perigo gerado pela conduta prevista no tipo penal.” (MAGALHÃES, 2010, p. 113).

Antes de tratar dos crimes de perigo, é importante fazer a distinção entre *perigo* e *risco*. O perigo é a probabilidade fática de ocorrência de um dano que se quer evitar. É uma situação de fato, real e externa ao ser humano. O risco diz respeito à medição, ao

planejamento. Para Bottini (2010, p. 34), “é uma qualidade do agir humano diante das diversas opções colocadas.”

Os crimes de perigo se dividem em crimes de perigo concreto e crimes de perigo abstrato. O de perigo concreto “é aquele que precisa ser comprovado, isto é deve ser demonstrada a situação de risco corrida pelo bem jurídico protegido.” (BITENCOURT, 2010, p. 254).

[...] os crimes de perigo concreto são por excelência crimes de natureza material, pois para que ocorra sua consumação é preciso que a conduta materialize, produza o resultado previsto no tipo, qual seja a produção de um perigo concreto para o bem jurídico tutelado, sendo que a não ocorrência de um resultado de dano será fruto do mero acaso, algo que pode ou não ocorrer, mas que caso se produza configurará mero exaurimento do fato. (RODRIGUES, 2009, p. 111).

Os crimes de perigo abstrato “são definidos como sendo aqueles em que o legislador presume, com base em dados da experiência humana, que a conduta proibida pela norma penal traz em si um risco considerável para o bem jurídico (MAGALHÃES, 2010, p. 113).

Há controvérsias tanto quanto à admissibilidade dos crimes de perigo abstrato, essa de menor tom, quanto à sua expansão, tema de que se ocupam grandes discussões no Direito Penal atual e que “tem sido fonte de preocupação particular no campo do Direito Penal Econômico.” (MAGALHÃES, 2010, p. 114).

Os crimes de perigo abstrato diminuem as exigências na relação de causalidade entre a conduta e o resultado, punindo atos preparatórios, em verdadeira antecipação da tutela penal (HABER, 2007).

Bottini (2010, p. 128) entende que “o perigo abstrato representa o sintoma mais nítido da expansão penal, na ânsia por fazer frente aos temores que acompanham o desenvolvimento científico e econômico da atualidade.”

A imputação penal não tem mais como fator determinante a sua relação com o resultado, mas a caracterização da conduta como criadora de um risco para a produção de resultados danosos. O que importa é a demonstração do potencial para afetar bens jurídicos apresentado por determinado comportamento. A determinação da fronteira do risco é que delimita o que interessa à norma penal (BOTTINI, 2011).

Dessa forma, os institutos do Direito Penal clássico passam a ser empecilhos para a repressão à nova criminalidade, especialmente ao crime organizado, espécie que traz dificuldades para se identificar o verdadeiro responsável pelo resultado do delito, não havendo resposta pela clássica diferenciação da autoria e da participação no crime (HABER, 2007).

Defendendo, igualmente, a insuficiência dos institutos tradicionais do Direito Penal, Magalhães diz:

assim como não se pode querer combater as moléstias do mundo atual, tais com aids ou a gripe suína, com as aspirinas da década de 20, não se poderia pretender enfrentar as novas facetas da delinquência hodierna com respostas penais que remontam ao sistema punitivo vislumbrado há séculos. (MAGALHÃES, 2010, p. 114).

Em uma sociedade de risco, a política criminal relativa a crimes contra a ordem econômica deve ser orientada, conforme Magalhães (2010), para privilegiar suas atividades preventivas, e não apenas sua força repressiva.

A escolha de tipos penais abstratos é uma forma de a sociedade, preocupada com a prevenção de riscos, evitar que o bem jurídico seja exposto a perigo. Os crimes de perigo abstrato asseguram uma expansão da resposta penal e um aumento da quantidade de condutas puníveis (HABER, 2007).

Para Magalhães (2010), o Direito deve se antecipar à mudança dos fatos, quando esta apresente sinais de que pode se transformar em dano concreto.

A interpretação mais razoável [...] leva ao reconhecimento da inocuidade da tentativa de rechaçar, com simplismo, a aplicabilidade dos crimes de perigo abstrato, quando o correto seria buscar critérios razoáveis que venham a pautar o emprego útil desta técnica legislativa. (MAGALHÃES, 2010, p. 118).

Silva reconhece que o Direito Penal Econômico, pelas suas características, necessita de uma revisão de conceitos, o que passa pela previsão de crimes de perigo abstrato:

A questão é que o direito penal econômico, como direito penal moderno, do ponto de vista técnico-jurídico é caracterizado pelas espécies delituosas de perigo, especificamente de perigo abstrato, que em outras palavras quer significar uma política de abandono programático do resultado e do nexo causal, por uma tipologia moderna de imputação antecipada, por aspectos de antijuridicidade normativos, que numa análise de mérito não quer significar unicamente normativo em face da existência da tipicidade penal-econômica. (SILVA, 2010, p. 95).

Como tratam os crimes de perigo abstrato de uma probabilidade de um dano para o bem jurídico, Reale Júnior, se posiciona contrariamente à sua aplicação, nos seguintes termos:

proibições genéricas e fluidas, ainda que prescritas na forma típica, violam o princípio da legalidade, em seu desdobramento da taxatividade. [...] O princípio da legalidade traz como corolário o princípio da taxatividade, segundo o qual o tipo penal há de ser completo na enunciação da conduta proibida ou devida e claro quanto aos extremos de ilicitude do agir humano. (REALE JÚNIOR, 1997, p. 61).

Igualmente contra os crimes de perigo abstrato mostra-se Oliveira (2011), para quem haveria ofensa ao princípio da proporcionalidade, que pode ser analisado sob duas distintas e recentes fundamentações: a proibição de excesso e a máxima efetividade dos direitos fundamentais, e assim,

No âmbito de uma democracia, na qual os direitos fundamentais ocupam posição central na definição do papel do Estado (Democrático de Direito), não se podem aceitar incriminações sem finalidade de efetiva tutela daqueles direitos (fundamentais) e nem dirigidas contra condutas que não produzam lesões relevantes a eles. (OLIVEIRA, 2011, P. 91)

Para Magalhães (2010), todavia, os crimes de perigo abstrato não atingem o princípio da ofensividade, pois é o conceito de bem jurídico que precisa ser modificado, entendendo-se que não só o dano materialmente configurado deve ser reprimido, mas, também, a ameaça real ou potencial aos objetos da tutela.

Rodrigues (2009) reconhece, inicialmente, haver argumentos razoáveis em favor da inconstitucionalidade dos crimes de perigo abstrato, por ausência de lesividade da conduta:

Cabe ressaltar a que a concretização da lesão ao bem alheio pode ou não ocorrer, sendo irrelevante para a satisfação do princípio da lesividade, razão pela qual este princípio não impede a punibilidade da tentativa e nem dos chamados crimes de perigo (concreto), já que há razoáveis argumentos em favor da inconstitucionalidade dos chamados crimes de perigo abstrato, devido à ausência de lesividade nesta categoria de infração penal. (RODRIGUES, 2009, p. 35).

Todavia, o mesmo autor não é contra a utilização dos crimes de perigo abstrato, mas à sua expansão:

Aceitar passivamente a proliferação desta modalidade de crime parece algo extremamente perigoso para a segurança jurídica e para um sistema jurídico democrático garantista, pois, através desta modalidade de crime, o Direito Penal poderia vir a ser utilizado como instrumento odioso para satisfazer interesses particulares e escusos do Estado, já que este poderia deliberadamente incriminar qualquer espécie de conduta que considerasse potencialmente perigosa. (RODRIGUES, 2009, p. 112).

Na mesma linha de raciocínio, de que é o excesso que se quer evitar, em comentário ao art. 74, da Lei 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor), um exemplo de crime econômico de perigo abstrato, Prado (2011, p. 135) se posiciona sobre o tema afirmando que

É de se repelir a política adotada pelo legislador brasileiro, que vem inserindo no ordenamento jurídico medidas de natureza penal na tentativa de solucionar problemas sociais, atentando contra os princípios fundamentais do Direito Penal, em especial o da intervenção mínima.

Netto também entende que o excesso de crimes de perigo abstrato é o cerne do problema:

o problema aqui está na desenfreada antecipação da tutela penal, na utilização de tipificações de perigo abstrato e nos crimes de mera conduta, os quais estão regidos por uma noção de periculosidade muito pouco apta a justificar a proteção penal do bem jurídico. (NETTO, 2008, p. 6).

Esse raciocínio mostra-se o caminho mais equilibrado entre a negação e a aceitação total dos crimes de perigo abstrato. Eles são uma realidade jurídica da qual não se pode fugir e para a qual os mecanismos teóricos do Direito Penal comum não apresentam respostas satisfatórias. Todavia, não podem ser usados como substitutivos das atividades administrativas fiscalizadoras, ou para impedir comportamentos sociais indesejáveis, mas sem dignidade penal.

O que se mostra recorrente no ordenamento jurídico é uma insistente busca de soluções para os problemas sociais, quase sempre pautadas apenas na criminalização de condutas, sem se fazer qualquer ponderação quanto à efetiva necessidade de punir-se pela via do Direito Penal. (LIMA, 2012, p. 33).

Assim, os princípios, conceitos jurídicos e regras de Direito Penal Econômico, mesmo tendo em vista as especificidades da criminalidade econômica e a necessidade de aceitação de novos parâmetros penais, devem respeitar princípios basilares de sede constitucional, sob pena, como já visto, de se atentar contra o fundamento de origem do sistema. Isso significa que a política criminal tem que ser orientada pelos princípios constitucionais.

Batista (2004, p. 34) denomina de política criminal ao “conjunto de princípios e recomendações para a reforma e transformação da legislação criminal e dos órgãos encarregados de sua aplicação.”

A Política Criminal não pode ser concebida para satisfação da vontade punitiva da sociedade, nem como refúgio para uma má administração pública, que não assegure direitos constitucionais básicos e veja no Direito Penal o refúgio para esconder sua irresponsabilidade. Não é simples, entretanto, fugir do risco desse desvio na elaboração de políticas criminais concretas. A interferência das relações sociais nos discursos jurídicos demanda do jurista mais do que uma simples análise de conceitos jurídicos. Exige uma compreensão da sua origem,

dos processos que os originaram, dos interesses determinantes para sua formação, da funcionalidade que apresentam no complexo sistema do direito (BOTTINI, 2010).

Mesmo diante da sociedade de riscos, não se pode abandonar a visão de *ultima ratio* do Direito Penal.

O princípio da intervenção mínima não está expressamente inscrito no texto constitucional (de onde permitiria o controle judicial e das iniciativas legislativas penais) nem no Código Penal, integrando a política criminal; não obstante, impõe-se ele ao legislador e ao intérprete da lei, [...] por sua compatibilidade e conexões lógicas com outros princípios jurídico-penais, dotados de positividade, e com pressupostos políticos do estado de direito democrático. (Batista, 2004, p. 34).

O equilíbrio somente poderá ser encontrado no princípio da proporcionalidade, para se verificar se um bem jurídico é merecedor de tutela penal, qual a medida da intervenção que se terá quanto às condutas que o ofendam, e quais os mecanismos usados para sua repressão. O excesso de previsão de crimes de perigo abstrato atenta contra a paz social, tanto quanto os próprios riscos a que se submete a sociedade. Como lembra Oliveira (2011), a prudência nas incriminações, a compreensão da falibilidade do conhecimento humano e o respeito aos direitos fundamentais são imposições do garantismo penal.

4.2.2.2 A inflação legislativa

Outro sinal a evidenciar falhas na funcionalidade do sistema penal econômico é o crescimento exacerbado da produção legislativa em sua área. Nesse particular, conforme Netto (2008), conquanto haja discrepantes posições doutrinárias sobre uma maior ou menor intervenção penal, pode-se falar em consenso quanto à percepção de um número excessivo de leis penais, notadamente no campo econômico.

Se esta compreensão é pacífica entre os penalistas, não é observada na sociedade em geral, que clama por mais leis penais, diante da sensação de insegurança, tema que, adiante, será mais detalhadamente abordado. A ideia de que a criminalidade encontra espaço para crescer na ausência de leis que a punam, ou na suposta brandura da legislação existente, é um equívoco, fruto do desconhecimento da quantidade de leis penais editadas nas últimas décadas.

Os dados mencionados a seguir demonstram a excessiva produção legislativa penal, voltada especialmente para a criação de novos tipos penais ou o endurecimento das medidas criminais, o que contrasta com o aumento da criminalidade no mesmo período. As

informações foram extraídas da tese de doutorado apresentada por Gazoto (2010) ao Departamento de Sociologia da Universidade de Brasília.

Segundo essa pesquisa, 122 leis alteraram o sistema penal, quanto aos crimes comuns, no período compreendido entre 1940 e o primeiro semestre de 2009. Desse total 80,3% foram mais gravosas. Só na 53ª legislatura da Câmara dos Deputados (de 1º de janeiro de 2007 a 30 de junho de 2009), foram apresentados 308 projetos em matéria penal, dos quais cerca de 95% eram direcionados a aumentar a incidência penal, especialmente agravando penas. Nas 52ª e 53ª legislaturas do Senado Federal (de 1º de janeiro de 2003 a 30 de junho de 2009), foram apresentados 172 projetos em matéria penal, dos quais 97% propunham aumento de penas.

Ao final de tais dados, Gazoto (2010, p. 281) conclui que,

contrariando a expectativa de que, após a Constituição de 1988, com a redemocratização do Estado, houvesse uma reavaliação geral do direito penal imposto pela ditadura militar, retomando-se o processo de abrandamento e humanização das penas, estas estão, cada vez mais e mais rigorosas.

Os princípios da intervenção mínima, fragmentariedade e subsidiariedade, desdobramentos do princípio da proporcionalidade, embora não estejam explícitos, são princípios implícitos da Constituição Federal, com o mesmo valor dos princípios explícitos, pois, sem eles não se há de conceber um Estado Constitucional de Direito.

Essa inflação legislativa em matéria penal atenta contra esses princípios constitucionais, pois o caráter complementar do Direito Penal, ou seja, sua utilização como *ultima ratio*, é explicada porque, sendo ele a forma mais intensa de manifestação do Estado, seu uso deve ser tratado como exceção, ainda que essa reação excepcional do sistema seja justificada pela ação excepcional do delito (ROSA, 2001).

Podem ser apontadas diversas razões políticas, jurídicas, culturais, para se ter esse cenário repleto de leis penais. Mas, sob a visão sistêmica, é possível resumi-las em uma só disfunção: a falha das estruturas dos sistemas político e jurídico no processar as informações selecionadas pelo acoplamento estrutural. A Constituição é o mecanismo que permite a conexão dos sistemas político e jurídico com o ambiente e, especialmente, deles entre si. O sistema político sente as irritações (ressonâncias do ambiente), e deve filtrá-las, a partir da Constituição, para transformar essas informações em *inputs* a serem processados pelo Poder Legislativo, produzindo-se leis que serão aproveitadas pelo sistema jurídico como estrutura para seus processos comunicativos. Um excesso de leis penais significa um excedente de

estruturas, que fará o sistema trabalhar com uma seletividade maior do que a decorrente da filtragem constitucional.

É oportuno lembrar serem os sistemas sociais, conforme a teoria de Luhmann, abertos à comunicação, mas fechados operativamente, de forma que um sistema não determina os processos ocorridos no interior de outro encontrado em seu ambiente. Embora o Direito opere por meio de estruturas produzidas pelo sistema político, as leis, isso não significa que o sistema político deva possuir ingerência ou capacidade de condicionar o sistema jurídico, fazendo-o funcionar em contradição com a Constituição. Pelo contrário, o sistema do Direito, embora opere em sujeição a princípios como o da legalidade, possui mecanismos de controle de suas estruturas, inclusive das leis. O controle da constitucionalidade, os princípios da hermenêutica jurídica, a interpretação conforme a Constituição são instrumentos de que se vale o sistema jurídico para manter suas estruturas alinhadas às bases de filtragem do seu acoplamento estrutural. Por isso se pode apontar que a falha é comum aos sistemas político e jurídico. Por ser autopoietico, produzindo-se a si mesmo, a partir de processos de comunicação, originados das informações que recebe do ambiente, selecionadas primordialmente pelos mecanismos constitucionais de observação, o sistema penal econômico deveria orientar suas estruturas a se manterem nos moldes estabelecidos pelos princípios constitucionais.

Um fenômeno merecedor de reflexão é o aumento do processo de criminalização verificado após a promulgação da Constituição de 1988. Sobre o tema Cavalcanti (2005) observa não ter havido tantas alterações na Parte Especial do Código Penal brasileiro, quanto às ocorridas após o fim da década de 80. Na última década do século passado, após a Constituição em vigor, conquanto se tenham visto algumas leis acrescentando tipos penais no Código Penal, esse sopro de retorno ao Código Penal não amenizou a inflação de leis criminalizantes por meios de leis esparsas.

Segundo Cavalcanti (2005), a Constituição tem influência nesse fenômeno, pois explícita ou implicitamente, trouxe diversos indicativos de criminalização, citando o autor, como exemplos, os casos de racismo, bem como o terrorismo e ainda a proteção ao meio ambiente, assim como à ordem econômica. “É fácil perceber, então, que a própria Constituição Federal contribuiu em certa medida para encorajar o aumento de leis incriminadoras.” (CAVALCANTI, 2005, p. 200). Há um estímulo promocional de intervenção punitiva, de forma que “surgem os processos de neocriminalização em determinados setores sociais, como, por exemplo, nos domínios econômicos e fiscais, nas

searas do meio ambiente e do consumo e nas relações familiares e laborais.” (CAVALCANTI, 2005, p. 201).

Há de se analisar com reservas essa afirmação, para não se imputar à Constituição a condição de causadora do inchaço da legislação penal, pois isso contrariaria os princípios que decorrem da própria Lei Maior. Após a sua promulgação, aumentaram os índices de criminalidade, multiplicaram-se os escândalos de corrupção, que, não obstante, resultaram em poucas condenações. Não se pode dizer, com isso, que a Constituição, garantidora de direitos individuais aplicados ao processo penal, é a causa do aumento da criminalidade ou da impunidade, em geral, seja nos crimes tradicionais, seja nos crimes econômicos ou nos praticados na Administração Pública.

A percepção de que, após a Constituição de 1988, houve uma inflação legislativa não é problemática inteiramente nova. Em obra de autores diversos, com o propósito único de analisar a Justiça Penal após os 10 primeiros anos da promulgação da Constituição, Barros (1999) diz que, nesse período, foram editadas mais de 50 leis penais esparsas. Conquanto esse fato indique uma constante transformação da sociedade brasileira, essa mutação não se traduz necessariamente como evolução, não se podendo dizer que todas essas várias leis estiverem em conformidade com a Constituição. “Ao contrário, a fabricação desmesurada só poderia dar lugar - como está dando - ao surgimento de textos e punições que negam coerência e causam o desequilíbrio do ordenamento jurídico” (BARROS, 1999, p. 273).

É nessa idéia de conformidade com a Constituição que se encontra a falha sistêmica. Tantos nos casos de mandados explícitos de criminalização e, principalmente nas situações de permissões legais para o legislador infraconstitucional criar novos tipos penais, não se poderá anular a preponderância dos princípios essenciais ao Estado de Direito, de forma que as novas incriminações devem ser concebidas como fruto de uma política criminal que contemple a Constituição como marco inicial de sua elaboração.

É nesta desconformidade com a Constituição, observada na política criminal ou até mesmo na ausência de uma política criminal adotada para a proteção da ordem econômica que se tem a origem dessa elaboração desmedida e desconexa de leis penais no campo econômico. Para Silva (2010, p. 36), o “emaranhado de leis penais especiais criminalizadoras, em matéria econômica, sequer pode ser chamado de política criminal.” Para o autor, “a criatura cresceu e agora engole o criador”.

De fato, o efeito da produção exacerbada de leis penais econômicas pode ser reverso. Sendo o Direito Penal medida de *ultima ratio*, ou seja, uma exceção, torná-lo regra é mitigar seu efeito intimidador. O crime econômico, por sua especialidade, elevado grau de

planejamento e emprego de técnicas sofisticadas para sua execução, não exige um Direito Penal que tente, inutilmente, controlar o máximo de atividades das quais possa resultar o ilícito. Exige, ao contrário, uma persecução penal mínima, mas dotada de alta eficiência. O excesso de leis de Direito Penal Econômico, na medida em que enfraquece o sistema punitivo, pode até mesmo favorecer a criminalidade:

[...] o CP brasileiro não dedica nenhuma seção ou capítulo à criminalidade econômica, limitando-se a dar efeito geral à legalidade específica, proliferando, como consequência, a legislação especial, o que implica uma ampla existência de normas, questão que leva à imperfeições técnicas, engano e vulnerabilidades que, ao fim e ao cabo, podem favorecer a criminalidade, quando o adequado seria uma repressão. (BRAGA, 2010, p. 87)

Essa observação de Braga põem em relevo outra face da disfunção sistêmica refletida na expansão das leis penais econômicas: a “pulverização” da legislação, em textos legais esparsos. A Constituição encarrega o legislador infraconstitucional da tarefa de proteção penal específica da ordem econômica, dando-lhe a oportunidade de selecionar as condutas indesejadas, que pelo seu grau de ofensividade devam ser reprimidas penalmente. O legislador optou por uma legislação penal econômica não codificada. Costa (2006) registra alguns poucos exemplos de dispositivos de natureza econômica previstos no Código Penal, como os artigos 172 (duplicata simulada), 175 (fraude no comércio), 178 (emissão irregular de conhecimento de depósito) e 334 (contrabando e descaminho). É na legislação especial, contudo, que se concentram os textos legais em matéria penal econômica. Como exemplos mais importantes de leis penais econômicas Costa (2006) e Cipriani (2006) citam as seguintes⁵: Lei 7.492/86 (crimes contra o sistema financeiro), Lei 8.137/90 (crimes contra a ordem tributária, econômica e relações de consumo), Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), Lei 9.613/98 (lavagem de dinheiro), Lei 8.212/1991 (Seguridade Social), a LC 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal) e a Lei 8.429/92 (improbidade administrativa) e Lei 9.605/98 (crimes ambientais).

A existência de diversas leis compondo o que se denomina de legislação penal econômica não é, por si só, uma falha sistêmica, pois a Constituição não determinou que a proteção à ordem econômica fosse codificada. A falha, como se apontou mais acima, está na

⁵ Jail (2009, p. 111) cita, além desses, os seguintes textos legais de Direito Penal Econômico: Decreto Lei nº 6.659/44; Lei nº 1.521/51; Lei Delegada nº 4/62; Lei nº 4.511/64; Lei nº 4.591/64; Lei nº 4.595/64; Lei nº 4.728/65; Lei nº 4.729/65; Decreto-Lei nº 16/66; Decreto-Lei nº 70/66; Lei nº 4.947/66; Decreto-Lei nº 73/66; Decreto-Lei 167/67; Lei nº 5.741/71; Lei nº 6.435/77; Lei nº 6.766/79; Lei nº 6.938/81; Lei nº 7.802/89; Decreto nº 98.816: 90; Lei nº 8.666/93; Decreto-Lei nº 73/1996; Lei 7.134/83; Lei 8.176/1991; Lei nº 8.245/91; Lei nº 8.884/94; Lei nº 9.279/96; Lei nº 9.615/98, Decreto 3.179/99.

falta de uma política criminal de prevenção e repressão, que tome como ponto de partida a correspondência que deve haver entre os princípios da ordem econômica e os princípios que fundamentam o Estado de Direito. Uma política criminal assim concebida implicará uma legislação, codificada ou não, uniforme em seus objetivos e métodos. O que se observa no cenário legislativo penal econômico, é que cada lei foi concebida a partir dos contextos políticos, econômicos e jurídicos isolados, próprios do momento em que foram concebidas, sem a preocupação de uma atuação sistêmica em torno dessas leis, de modo que elas refletem posicionamentos políticos e jurídicos diversos.

A multiplicidade de discursos políticos, decorrente do pluralismo constitucionalmente estabelecido, impede uma unidade de estratégia de política criminal. O produto do processo de criação de leis que reflitam a política criminal adotada pode resultar substancialmente diverso da concepção judicial ou dos ideais teórico-acadêmicos de política criminal. Isso porque, no processo político legislativo, o legislador busca, ao menos teoricamente, harmonizar os interesses diversos representados no parlamento, com as diretrizes emanadas dos órgãos do Poder Executivo, oriunda de outras esferas de debates e representativas, por vezes, de outros distintos interesses (BOTTINI, 2011).

Em termos sistêmicos, o subsistema político legislativo recebe *inputs* dos mais diversos subsistemas sociais, e ainda o *feedback* do Poder Judiciário, a partir do controle de constitucionalidade das leis, tendo como missão transformá-los em leis (*outputs*) que permitam a realização das estratégias de política criminal adotadas, e ao mesmo tempo pacifique as expectativas do sistema social geral.

4.2.2.3 A ineficiência do Direito Penal Econômico

Outra disfunção do sistema penal econômico diz respeito à pouca eficácia de todo o seu conjunto de estruturas teóricas, legais e institucionais para punir os agentes causadores de crimes econômicos.

Isso transforma o sistema penal em um instrumento de injustiça social, de desarrazoada diferenciação de classes.

Um dos grandes paradoxos do direito penal reside no fato de que a criminalidade individual é muito mais severamente reprimida que a criminalidade de índole econômica. A pena privativa de liberdade mostra-se inadequada como medida repressiva da criminalidade econômica, especialmente quando se verifica a responsabilidade penal da pessoa jurídica (SILVA, 2010).

A criminalidade econômica é menos perceptível que a criminalidade tradicional. A polícia frequenta lugares de acesso livre, tais como ruas, praças, favelas, onde se praticam, em geral, os crimes do Direito Penal tradicional, como homicídio, furtos etc. Embora tais crimes também ocorram em classes mais favorecidas, certo é que a criminalidade econômica não se faz em praça pública, mas no interior de empresas e repartições públicas, escritórios, clubes etc (COSTA, 2006).

Os mais pobres ficam à mercê do espetáculo que as estruturas do sistema penal muitas vezes produzem de forma abusiva, com invasões de casas, sem mandado judicial, ou durante o repouso noturno, uso desnecessário de algemas, sem qualquer resistência ou risco de fuga de quem é preso, provas plantadas e tantas outras atitudes inadmissíveis, praticadas contra quem não dispõe de recursos para ter uma defesa de qualidade, simplesmente por ter a “cara de prontuário”, por se encontrar no estereótipo daquele que vive à margem do sistema, conforme COSTA (2006, p. 345).

Situação diferente dá-se quando o crime é econômico. Os indiciados, em geral, são pessoas de alta classe. A prisão, sem alarde, é feita respeitando o repouso noturno, sem a invasão de sua casa, muitas vezes até se esperando a chegada do advogado, que, em pouco tempo, já terá protocolizado o *habeas corpus* ou os pedido de liberdade provisória ou revogação da prisão preventiva.

Ainda segundo Costa (2006), os autores de crimes econômicos são pessoas em favor das quais militam as circunstâncias judiciais da primeira fase do cálculo da pena, por serem pessoas de boa reputação, primárias, com bons antecedentes, boa conduta social, o que impede, em muitos casos, o cálculo de uma pena mais alta, dando-lhes o direito à suspensão condicional da execução da pena privativa de liberdade ou à sua substituição por uma restritiva de direitos.

O índice de detecção desses crimes é muito baixo, se comparado ao dos crimes tradicionais, aumentando as chamadas cifras negras. Os fins da pena, prevenção e repressão, muitas vezes resultam frustrados e, devido à impunidade, o crime econômico passa a ser compensador. Autores de crimes econômicos são mais ousados do que os da criminalidade tradicional, havendo casos em que se prefere a punição, se o negócio for lucrativo (COSTA, 2006).

Não se pugna aqui pela utilização plena da pena privativa de liberdade para os crimes econômicos. O que se defende é que o mesmo tratamento respeitoso e garantista que se dá aos que cometem crimes econômicos deve ser dado aos que cometem crimes tradicionais, especialmente aqueles menos favorecidos economicamente. Por outro lado, o empenho nas

investigações de crimes econômicos e os investimentos nessa área devem ser reforçados, dada a especialidade dos agentes que os cometem, o que traz dificuldades para a instrução do processo, resultando muitas vezes em absolvições por falta de provas.

O abuso do poder econômico não é uma infração fácil de ser identificada, pois exige, para tanto, elevado conhecimento técnico, especialização e prática profissional (FIGUEIREDO, 2006).

Nos crimes econômicos a responsabilidade muitas vezes recai sobre diretores ou gerentes que não têm autonomia para tomar as decisões mais relevantes da empresa, institucionalizando-se, assim, a impunidade nesse tipo de criminalidade (ROSA, 2001).

No que diz respeito às penas, deve-se atentar, como faz Deodato (2003, p. 38) para o fato de que a criminalidade moderna requer meios de proteção já não alcançados pelo Direito Penal tradicional, o que se sobrepõe no caso da pessoa jurídica, que se acha inserida em uma realidade tal, “que hoje é inverídico se dizer que a empresa, como ente comunicacional, não é passível de emitir opiniões, desenvolver diálogos tal como qualquer ente físico.”

Novos mecanismos de punição devem ser idealizados, sendo merecedora de registro a observação de Guaragni (2009, p. 142):

Reflita-se ainda sobre o problema concreto da possível ineficácia da pena de multa, por ser passível de integração nos custos empresariais e, por conseguinte, assumida em última análise pelo consumidor, quando adquire o produto. Trata-se de uma curiosa inversão, na qual a vítima do crime acaba arcando com a reação penal, por via indireta. Fica-se a imaginar balanços contábeis com uma nova rubrica: provisão para custeio de condenações criminais.

De fato, não se pode imaginar que grandes empresas, que incorram em crimes ambientais ou econômicos, suportem os custos das condenações, sem repassá-los ao consumidor, tornando sem efeito a punição idealizada como a mais eficiente.

4.3 Propostas de racionalização da legislação penal econômica

Os problemas encontrados no Direito Penal Econômico e em sua aplicação, neste trabalho observados sob o modelo sistêmico e, portanto, como disfunções, têm sido alvo de preocupações na comunidade científica do Direito. Mesmo entre os que defendem uma maior incidência do Direito Penal Econômico, há praticamente um consenso quanto à desordem do conjunto legislativo e a ineficiência geral do sistema. Sintetizam-se, na sequência, as principais propostas de racionalização do sistema penal econômico.

4.3.1 O sentido da racionalização

A racionalização pretendida, como parâmetro para mudança que traga ordem ao sistema penal econômico, é inspirada na concepção de Max Weber. Segundo Habermas (1997), Weber confere três sentidos ao termo racionalização, examinados a seguir.

Primeiramente, a ideia de uma racionalização instrumental, ou seja, o uso de técnicas, de padrões de comportamento confiáveis, previsíveis, para uma racionalidade do agir. Em segundo lugar, a racionalidade de fins, que importa seleção de finalidades, com base em dados previamente estabelecidos, de forma que, conforme Habermas (1997, p. 197), “uma ação pode ser racional na medida em que não for comandada por afetos cegos ou tradições nativas.”

De fato, o uso de técnicas e padrões previsíveis afasta o perigo da política guiada por fatores emocionais, à qual se referiu Weber:

O perigo político da democracia de massas reside, em primeiro lugar, na possibilidade de uma forte preponderância de elementos emocionais na política. As massas, com tais (quaisquer que sejam as camadas sociais das quais se compõem no caso concreto), somente pensam até depois de amanhã. Sempre estão expostas, conforme ensina toda a experiência, à influência atual puramente emocional e irracional. (WEBER, 1999, p. 579).

Por fim, Habermas (1997, p. 198) compreende que Weber concebia a racionalização como expressão do pensamento científico-metódico, que torna “o saber ensinável mais complexo e específico.”

De fato, para Weber, uma justiça racional deve sistematizar o direito material, como se observa abaixo:

Quanto mais o aparato de dominação dos príncipes e hierarcas era de caráter racional, administrado por funcionários, tanto mais tendia sua influência [...] a dar à justiça um caráter racional quanto ao conteúdo e à forma (ainda que racional em sentidos diversos), a eliminar meios processuais irracionais e a sistematizar o direito material e isto significava sempre também: a racionalizá-lo de alguma forma. (WEBER, 1999, p. 100).

A ideia de uma justiça racional, em Weber, implica, então, nos aspectos que interessam a essa pesquisa, uma *sistematização do direito material* e a condução da política por parâmetros técnicos e padrões previsíveis, em lugar de fatores emocionais.

A partir dessa concepção de racionalidade de Weber, pode-se aplicar a racionalidade concebida por Zaffaroni, para a reestruturação do sistema penal. O uso do termo

“racionalidade”, conforme Zaffaroni (1991, p. 16), requer precisão, dada a existência de ampla margem para equívocos. Seu conceito de racionalidade se baseia em dois postulados: “a) a coerência interna do discurso jurídico penal; b) o seu valor de verdade quanto à nova operatividade social.” E conclui afirmando que “o discurso jurídico-penal seria racional se fosse coerente e verdadeiro”.

Fica clara a negação de coerência interna do discurso jurídico-penal quando se esgrime argumentos tais como: “assim diz a lei”, “a faz porque o legislador o quer”, etc. Estas expressões são frequentemente usadas em nossa região e implicam confissão aberta do fracasso de qualquer tentativa de construção racional e, por conseguinte, legitimadora do exercício de poder do sistema penal. (ZAFFARONI, 1991, p. 17).

Um discurso socialmente verdadeiro, para Zaffaroni (1991, p. 19) seria aquele que demonstra “adequação dos meios aos fins propostos” e “adequação operativa mínima conforme planificação.” Não é socialmente adequado o discurso jurídico-penal “porque se desvirtua como planificação (deve ser) de um ser que ainda não é, para converter-se em um ser que nunca será, ou seja, que engana, ilude ou alucina.”

4.3.2 A formulação de uma teoria geral do Direito Penal Econômico e de uma política criminal uniforme

Em sintonia com a concepção de Weber de sistematização do direito material como forma de racionalização, apresenta-se, como primeira proposta para correção das anomalias funcionais do sistema penal econômico, a construção de uma teoria geral do Direito Penal Econômico.

Se por um lado concorda a doutrina que os institutos clássicos do Direito Penal, pelo qual se concebe o crime e seus elementos, bem como as penas aplicáveis a eles, não se mostram inteiramente adequados à criminalidade econômica, é grande a divergência quanto à política criminal a ser adotada diante de tantos fatores de insegurança teórica. A incerteza quanto à aplicação ou não aplicação de princípios limitadores da intervenção penal a essa modalidade de crimes, a dificuldade na concepção do resultado, a própria discussão quanto ao que seja crime econômico, não esgotam seus efeitos no campo teórico ou acadêmico, refletindo-se nos posicionamentos judiciais, que ora penalizam em excesso, ora absolvem por falta de base jurídica para a condenação.

A sistematização dos postulados comuns ao Direito Penal Econômico, seus princípios básicos e diretrizes para a elaboração de regras normativas, em muito poderiam contribuir para a elaboração de uma legislação menos confusa e para julgamentos mais eficazes.

Silva (2010) defende que, mais do que a reestruturação dos tipos penais incriminadores, a transformação do direito penal econômico deve começar por se estabelecerem princípios para uma nova Teoria Geral do Direito Penal Econômico, desvinculada do Direito Penal Clássico estruturada sobre os seguintes fundamentos:

- a) a racionalidade da Teoria Geral do Direito Penal Econômico, identificando um campo teórico diverso do que aquele em que se insere o Direito Penal Clássico;
- b) a existência de uma legalidade própria nos delitos econômicos, com a aceitação de tipos penais em branco, ruptura parcial do princípio da taxatividade e admissão de tipos penais abertos;
- c) um novo conceito, mais dinâmico e de acordo com a especialidade do Direito Penal Econômico, para as estruturas basilares do Direito Penal Clássico, como a legalidade, a ilicitude, a culpabilidade, a relação de causalidade, o concurso de pessoas etc;
- d) a modificação do sistema de penas, em razão da ineficácia da pena privativa de liberdade como medida que proporcione a prevenção, a repressão e a reparação esperadas.

4.3.3 A descriminalização

A descriminalização pode ser concebida em dois sentidos, conforme Roxin (2008): primeiramente, com abolição de tipos penais que já não se justifiquem como necessários para se manter a paz social. O outro sentido decorre da aplicação do princípio da subsidiariedade, pelo qual somente se deve fazer uso das vias penais, se por outros meios jurídicos, menos danosos, não se puder obter a eliminação do distúrbio social.

O discurso de descriminalização que se busca, segundo Cipriani (2006) não é de abolição de condutas. É apenas o de sua remessa a outros ramos do Direito, persistindo a conduta, antes criminosa, como ilícito, só não penal, mas, administrativo.

Por outro lado, o concluir-se pelo não merecimento de pena de determinada conduta não implica afirmar sua aprovação social (BIANCHINI, 2002).

4.3.4 O direito administrativo sancionador

As sanções previstas pelo Direito Penal tradicional mostram-se inadequadas para repressão da criminalidade econômica. Punir o gestor de uma empresa, ou funcionário, muitas vezes é deixar impunes os verdadeiros culpados, que podem esconder-se na condição de acionistas ou de um conselho deliberativo, por exemplo. Punir a empresa pode significar impor um prejuízo aos acionistas por um erro, quiçá, de um funcionário, que não representava a “vontade da empresa”. Problemas dessa natureza são apenas o ponto de partida para uma discussão ainda não resolvida na doutrina penal econômica.

De qualquer modo, não há dúvida quanto à ineficácia, para a maioria dos casos, da pena privativa de liberdade. Se isso já é verdade para uma grande parcela da criminalidade tradicional, é indiscutível para os crimes econômicos.

Quem pratica um crime econômico faz um juízo de custo/benefício, verificando quanto se pode ganhar com aquela conduta, mesmo em caso de condenação. Quanto se lucra durante o prazo das investigações e do processo judicial? Em caso de condenação à pena privativa de liberdade, quanto se terá de retorno se o produto do crime for aplicado em investimentos de longo prazo? É muito evidente que para muitos o lucro, e não a liberdade, é o bem mais caro depois da vida.

Unindo esse raciocínio da ineficácia da pena privativa de liberdade ao da subsidiariedade, pelo qual o Direito Penal somente deve ser usado quando outros meios não oferecerem resposta suficiente para a conduta que se queira reprimir, tem-se as propostas de utilização de sanções administrativas, em lugar das vias penais.

Cipriani (2006) acredita que a economia é um bem jurídico a ser protegido, mas não pelo Direito Penal, pois os atos contra a ordem econômica não têm dignidade penal, havendo outros ramos do Direito aptos a darem uma resposta mais rápida e eficaz, sem ofender direitos e garantias fundamentais.

No âmbito preventivo-administrativo, Cipriani (2006, p. 461) cita medidas que poderiam se mostrar eficazes:

reestruturação empresarial, a inserção de agentes fiscalizadores dentro das empresas, uso mais alargado de auditorias, política de sanidade empresarial, com a demissão imediata de funcionários desonestos, prática de termos de ajustamento com o Ministério Público e também por ele, ajuizamento de ações civis públicas ou de reparação de danos, comissões de trabalhadores, consumidores etc.

COSTA (2009) defende que o caminho para a punição de determinadas infrações pelo Direito Administrativo pode ser uma forma mais eficiente de combate a certos crimes do que o próprio Direito Penal. Mas alerta que o uso não limitado do Direito Administrativo

sancionador pode ser até mais prejudicial ao Estado de Direito do que o uso abusivo do Direito Penal, pois há na seara judicial ainda uma exigência maior de respeito a garantias processuais constitucionais e a direitos individuais. Determinadas diligências que atentam contra direitos individuais devem continuar sempre sob a autorização do Poder Judiciário.

O aumento da eficácia da repressão penal não pode ser obtido com violações a direitos constitucionais (CIPRIANI, 2006). “O perigo de violação ilegal de direitos fundamentais, que surge quando abrimos mão do recurso ao Poder Judiciário em tais questões, geralmente por razões de ‘eficiência’, é enorme.” (COSTA, 2009, p. 69).

Os que buscam uma “solução intermediária” pugnam por uma maior utilização da pena de multa. Mas a sua eficácia, por vezes, é diminuída, quando aplicada em valor que se faça concluir que o crime econômico compensa. Atividades irregulares ou poluidoras, por exemplo, podem gerar, durante o processo, lucro suficiente para cobrir os custos com a pena de multa. E isso quando esse custo já não é calculado previamente e repassado ao consumidor. Diante disso, Rosa (2001) lembra a possibilidade da multa acionária, ou seja, a imposição à empresa sentenciada da obrigação de emitir um número de ações em favor de um fundo de compensação da vítima no mercado, em valor suficiente para desestimular a reiteração da atividade ilegal. Outra solução, ainda segundo o mesmo autor, seria a obrigação de investir em fundos destinados a pesquisas de cunho social.

5 OBSTÁCULOS POLÍTICOS À CORREÇÃO DAS DISFUNÇÕES SISTÊMICAS

A relação entre a Política, a Economia e o Direito é complexa demais para a pretensão de se esgotar em um trabalho acadêmico único todas as causas e efeitos possíveis que dela possam se originar.

Nesta pesquisa, utilizou-se da teoria dos sistemas para demonstrar que alguns dos maiores problemas do Direito Penal Econômico podem ser explicados de forma sistêmica, ou seja, como disfunções, funcionamento anormal do sistema, seja por falhas das estruturas internas na interpretação e seleção de fenômenos externos, seja por influência direta do entorno.

O resultado dessas disfunções, como visto, é a ausência de um conteúdo dogmático uniforme, que sirva de orientação para uma política criminal eficiente. Em razão dessa ausência, verifica-se uma exacerbada e irracional inflação legislativa, que culmina por contribuir para que o sistema seja ineficiente, gerando a sensação de impunidade.

A experiência universal conduz à conclusão óbvia segundo a qual o encontrar de uma solução começa com a identificação e conhecimento do problema.

Dessa forma, sabendo-se que, em grande medida, o mau funcionamento do sistema penal econômico se deve às disfunções causadas por fenômenos externos, denominados processos sobrecomunicativos, o sistema deveria fazer uso de seus meios corretivos (controle de constitucionalidade de leis, ações penais por crimes de corrupção, de tráfico de influência etc), para afastar as comunicações anômalas e manter sua seleção de informações nos limites do que é observado pelo acoplamento estrutural – a Constituição Federal.

Entretanto, fatores notadamente políticos influenciam a manutenção das disfunções do sistema penal econômico do Brasil, que por não ser um sistema consolidado, está sujeito, com maior intensidade e efeito, às influências externas nos seus subsistemas jurídicos.

5.1 O Brasil como sistema transicional: a vulnerabilidade dos sistemas político, jurídico e econômico

Na teoria dos sistemas, diz-se serem consolidados os sistemas que funcionam realizando sua autopoiese, mantendo-se fechados operacionalmente, ou seja, “produzem seus próprios elementos de operação a partir de operações recursivas ao repertório de operações já existentes dentro do sistema e não admitem, dentro dos seus limites e fronteiras, interferências de operações externas.” (NEVES, 2005, p. 68).

Isso não significa que não possa haver distúrbios oriundos do exterior em um sistema consolidado. A consolidação de um sistema não o isola do seu ambiente. Na teoria de Luhmann, por mais fechado que seja um sistema, sua abertura para comunicações com o ambiente permanecerá. “A existência – ou equilíbrio - do sistema, nesse sentido, se deve a mecanismos que se especializam em absorver e corrigir as potenciais fontes de distúrbios.” (BELO, 2005b, p. 43).

Há sistemas, porém, que, pela sua efemeridade, não consolidaram sua diferenciação com o ambiente. Outros estão em fase de consolidação, oferecendo resistência a alguns tipos de influência externa, mas não aos demais, “o que denuncia a precariedade de seus limites em relação ao ambiente” (NEVES, 2005, p. 69). Estes são chamados de sistemas em desenvolvimento, ou em transição, ou, simplesmente, transicionais. Nesses sistemas ocorrem com maior frequência os processos sobrecomunicativos e seus efeitos sobre o sistema são sentidos com maior intensidade, já que os meios de correção são deficientes.

Da análise dos sistemas econômico, político e jurídico do Brasil, não se pode extrair outra conclusão, senão a de que são sistemas transicionais.

Seu cenário político, especialmente no século XX, foi marcado por profundas mudanças, que impediram a consolidação de um Estado desenvolvido. Tais transformações políticas e sociais afetaram diretamente o sistema jurídico, pois implicaram em seguidas Constituições, seis somente no século passado, cada uma, à exceção da Carta de 1969, consistindo uma ruptura de um regime político anterior, com fortes implicações jurídicas e econômicas. Isso dificulta a consolidação das estruturas políticas, sociais, jurídicas e econômicas de um país.

Mesmo a atual Constituição, vigente há mais de duas décadas, tem sido objeto de diversas Emendas Constitucionais, que para muitos constitucionalistas, desfiguram sua feição inicial. Sendo a Constituição a regra mestre do ordenamento jurídico, suas constantes mudanças influenciam diretamente não só o ordenamento jurídico nela fundamentado, mas todas as estruturas do sistema jurídico, especialmente os tribunais e a dogmática, com constantes alterações nos posicionamentos doutrinários.

O sistema econômico carece igualmente de consolidação. Não há tradição, na política brasileira, de continuidade, por um político, do planejamento iniciado pelo seu antecessor. Isso fez com que, mesmo nos períodos de curta estabilidade política, tivéssemos diversos planos econômicos que apontavam para diferentes direções. Nos últimos anos, com os dois mandatos do governo Lula e o mandato de sua sucessora, por ele indicada, tem-se experimentado uma rara estabilidade de um plano econômico. Ainda assim, a economia

brasileira não alcançou níveis de estabilidade semelhantes ao de sistemas reconhecidamente consolidados, mostrando-se uma ambiente ainda sujeito à alterações súbitas, ainda que raras, como na elevação da alíquota de IPI para veículos importados, havida no final do ano de 2011, sob a alegação do Governo da necessidade de proteger a indústria e o emprego nacionais.

O sistema político, por sua vez, é retratado por Belo (2005a), que apresenta um quadro geral das características dos sistemas políticos transicionais que, em tudo, encontra adequação com o sistema político brasileiro:

O sistema político, nas áreas em transição, distingue-se, em geral, por uma alta incidência de lideranças carismáticas, associadas a numerosas condições críticas. Ao mesmo tempo, as instituições formais de tomada de decisões gozam de muito baixa reputação, em razão dos níveis elevados de corrupção, e, evidentemente, de reduzido grau de credibilidade e legitimidade. É comum os interesses serem mal articulados e a organização dos grupos de pressão e dos partidos ser complicadas por clãs, oligarquias, elites ou grupos étnicos. Existe também uma taxa muito alta de recrutamento para cargos administrativos, por motivos de clientelismo e apoio político. Muitas vezes o povo está votando, aderindo aos partidos políticos, envolvendo-se com a política, pela primeira vez. Em regra, há também um largo fosso entre a elite, relativamente sofisticada e educada, e a massa popular, com altos índices de exclusão social, analfabetismo e alienação política. (BELO, 2005a, p. 40)

O sistema penal econômico brasileiro é produto da relação entre esses três sistemas não consolidados, o jurídico, o político e o econômico. Isso significa dizer que interesses econômicos afetam diretamente o processo de elaboração das leis penais econômicas. Além disso, interesses políticos e econômicos se refletem nas estruturas do sistema jurídico, afetando a interpretação e aplicação da legislação.

Portanto, uma análise crítica do sistema penal econômico não pode deixar de levar em consideração ser ele fruto das vulnerabilidades dos três principais sistemas envolvidos na idéia de proteção da ordem econômica.

A compreensão disso permite perceber o quanto se mostram distantes da realidade as discussões que mantêm o foco unicamente na alteração da legislação. Da mesma forma que o simples alterar das leis não resolve o problema da criminalidade, não está, também, na só alteração da lei a solução para as disfunções do sistema penal econômico.

Há interesses, manifestos nessas características do sistema político transicional, que concorrem para a manutenção desse quadro de desordem da legislação e de ineficiência do sistema penal econômico. A seguir, busca-se identificá-los

5.2 Fatores políticos que contribuem para a manutenção das disfunções do sistema penal econômico

Identificam-se, nesta pesquisa, sem excluir a possibilidade de serem encontrados diversos outros, três fenômenos políticos, que concorrem para a manutenção do funcionamento anormal do sistema penal econômico: a) a influência dos grupos de pressão na legislação penal econômica; b) a pressão da mídia na orientação da legislação penal e c) os fins político-eleitorais do populismo penal. Como se verá, conquanto esses fatores tenham existência autônoma, de diversas formas estão relacionados entre si.

5.2.1 A influência dos grupos de pressão na legislação penal econômica

Um dos temas de que tem se ocupado mais a Ciência Política nos últimos anos é a atuação dos denominados grupos de pressão. Azambuja (2008, p. 352) define grupo de pressão como sendo “qualquer grupo social, permanente ou transitório, que, para satisfazer seus interesses próprios, procure obter determinadas medidas dos poderes do Estado e influenciar a opinião pública.” Em sentido semelhante, Bonavides (2006, p. 461) entende que “o grupo de pressão se define em verdade pelo exercício de influência sobre o poder político para a obtenção eventual de uma determinada medida de governo que lhe favoreça os interesses.”

Conquanto haja grupos de pressão que se utilizam de meios condenáveis eticamente, como a corrupção e até a intimidação, “não se pode dizer que os grupos de pressão se identificam pelo emprego de tais métodos.” (BASTOS, 1995, p. 123).

É preciso fazer a ressalva de que reivindicar medidas governamentais que lhes sejam favoráveis, não é, em si, uma atividade ilegal, e é exatamente o que espera de grupos que representem determinadas categorias sociais.

Não é todo grupo de pressão, portanto, que age de forma ilegal. Conforme Bastos (1995), há grupos de pressão criados legitimamente, com a finalidade de exercer pressão sobre os poderes público, a fim de obterem o reconhecimento de direitos assegurados pela lei às classes que eles representam. É o caso dos sindicatos, das associações representativas de classes, que são originadas exatamente da falta de poder de pressão que um indivíduo tem, isoladamente, para pleitear direitos que se podem exigir do Estado. Por isso, conforme, Bastos (1995), alguns autores preferem a expressão *grupos de interesse*, em lugar de *grupos de pressão*.

É compreensivo, obviamente, que busquem seus interesses particulares, mas é preciso que eles sejam lícitos, bem como lícitos sejam também os meios empregados. E ainda é necessário que haja compatibilidade entre o bem público e os interesses pleiteados (AZAMBUJA, 2008).

Por isso, podem ser identificados efeitos benéficos dos grupos de pressão, tais como o fornecer importante *feedback* para parlamentares, que não têm condições de apreender as demandas de todos os setores sociais; o pleitear interesses que, demandados isoladamente, passariam inadvertidos; a facilitação do diálogo sobre aspectos controvertidos ou excessivamente técnicos; o reforço de outras entidades, quanto aos pontos comuns etc.

De negativo há o fato de se voltarem para interesses específicos, setoriais, muitas vezes em detrimento de outros interesses igualmente legítimos e sem a mesma força de pressão, e os meios ilícitos que, não raro, empregam, como suborno, ameaças, tráfico de influência, chantagens etc (BASTOS, 1995).

A preocupação maior entre os cientistas políticos é com os grupos que agem de maneira sub-reptícia, aos quais é adequada a denominação de grupos de pressão. Esses grupos são suspeitos não só pelo tipo de interesses que defendem, como também pelos meios com que se utilizam para os obter.

A conjugação desses fatores, a saber, os interesses, especialmente os econômicos, e a deslealdade impune dos meios usados pelos grupos de pressão, revela o quanto andam os grupos de pressão ao lado do poder, quando não o exercem, ainda que não percebidos pela sociedade, em geral.

Segundo Belo (2005a, p. 41), “todas essas características traduzem a persistência, às vezes subterrânea, mas nem por isso menos real, do poder oligárquico, geralmente associado aos grandes grupos financeiros nacionais e internacionais.”

É nesse poder dos grandes grupos econômicos que se concentra a sua relação com o sistema penal econômico. Belo (2003) constrói um raciocínio, demonstrando que poder é a capacidade de influenciar.

Conforme o autor, as decisões do poder político decorrem de duas funções: uma de concepção das decisões a serem tomadas, e outra de influência, pela qual se buscará, a um só tempo, ampliar apoios e reduzir as resistências (BELO, 2003).

A influência pode ser não-autoritária, exercida pela persuasão, ou autoritária, por meio de ordens a serem cumpridas sob a ameaça de sanções. Desta forma, a autoridade política é uma forma de se exercer influência. Não sem razão, Belo (2003) afirma que o poder é afetação da conduta, influência e que pode ser definido como a capacidade de um agente,

influyente, por sua conduta, afetar o comportamento de outro, influenciado-o, de tal modo que este se comporte de uma maneira diversa.

Não se imagine inexistir atuação de grupos de pressão em sistemas consolidados. Entretanto, as estruturas destes contam com mecanismos de controle da pressão, reduzindo a influência desses grupos nas decisões. Há países que até regulamentam a atividade do lobby, como ocorre nos Estados Unidos da América (BASTOS, 1995). Para Easton (1968), é da natureza do sistema político não poder evitar os distúrbios. Mas os efeitos que eles produzirão dependerão da capacidade de reação à pressão que o sistema apresentar.

Nos sistemas em desenvolvimento, é bem mais intensa a pressão que tais grupos exercem sobre o governo. Segundo Belo (2005a), os mecanismos constitucionais, nos sistemas transicionais, em geral, são débeis e manipulados pela força dos grupos de pressão. Quando se sentem ameaçados, quando algum ato do governo contraria frontalmente seus interesses, os grupos de pressão se voltam para questioná-lo ou mesmo derrubá-lo (BELO, 2005a).

Em sistemas emergentes, transicionais, as lideranças políticas, em face da busca por um rápido desenvolvimento econômico e social, necessitam fazer acordos e coalizações com grupos econômicos dominantes na sociedade (EASTON, 1968)

Além disso, a falta de coesão política em torno do governo faz com que a sua estabilidade dependa da sua capacidade de honrar compromisso políticos, tendo que se submeter a pressões de grupos de interesse, para angariar sua simpatia e o processo para tanto, “em geral e quase sem exceção, consiste em alguma forma de privilégio ou benefício econômico que repercute negativamente sobre as possibilidades de desenvolvimento, sacrificando os estratos menos favorecidos da população.” (BELO, 2005a, 43).

A legislação penal econômica, ao contrário do senso comum, também é alvo, ou até mesmo produto, de interesses econômicos.

É comum se ver apregoada, especialmente pelos agentes políticos responsáveis pela edição de leis penais econômicas, a idéia de que os crimes econômicos tornaram democrática a punição penal, antes recaída sobre os desfavorecidos economicamente. Com a punição dos criminosos do “colarinho branco”, os detentores do poder econômico passaram a ser punidos.

Essa visão reflete apenas parcialmente os interesses que motivam a criminalização de condutas econômicas. É indiscutível que os criminosos de “colarinho branco” por muito tempo enriqueceram ilicitamente, às custas de uma sociedade desprovida de mecanismos legais de repressão às condutas economicamente danosas. Mas é um equívoco não perceber

que exatamente aos detentores do poder econômico interessa a punição dos crimes econômicos.

Bottini (2011) considera ser apenas parcialmente verdadeiro o discurso emanado pelos membros do Poder Legislativo, de que a expansão do Direito Penal, especialmente com os crimes econômicos, fiscais, ambientais, torna democrática a punição, eis que alcança as classes mais abastadas. Ao mesmo tempo em que se produzem esses novos tipos penais, criam-se mecanismos que dificultam ou até afastam a punição, como causas de suspensão ou até de extinção da punibilidade para os casos de parcelamento da dívida tributária não paga. A repressão à criminalidade tradicional continua mais severa, ao passo que mais amenos são os mecanismos de processamento das infrações que atingem interesses coletivos, geralmente praticadas por grandes organizações ou por indivíduos de alto poder econômico ou político.

Quando os riscos da sociedade eram previsíveis e não atingiam as camadas sociais proprietárias dos meios de produção, a proteção penal voltava-se à proteção de bens jurídicos individuais, especialmente o patrimônio. Os novos riscos, ao contrário, afetam toda a sociedade, inclusive a própria classe detentora do poder econômico de produção, que passa a ter interesse na discussão sobre quais riscos devem ser tolerados e quais riscos devem ser evitados. Bottini (2010) sugere alguns exemplos: à uma empresa do ramo de turismo, em uma área pouco explorada, interessa a proibição ou a limitação de atividades arriscadas, como mineração ou extração de petróleo, pelo risco de um vazamento, que poderia prejudicar diretamente o interesse turístico; um produtor agrícola pode ter interesse na proibição de uso de organismos geneticamente modificados, na regiões vizinhas à de sua produção, por não poder suportar os custos com os efeitos sobre o meio ambiente. Por outro lado, há setores da atividade econômica que lucram com os riscos e com as limitações impostas à sua produção, tais como indústrias produtoras de filtros de contenção de poluição.

Os riscos, assim, se refletem também nas camadas econômicas responsáveis por sua produção. Não fosse essa reflexividade, a expansão do Direito Penal teria sido mais lenta, devido à resistência das categorias sociais produtoras dos riscos, para que sua atividade não fosse desestimulada. (BOTTINI, 2010).

Portanto, é ingênuo pensar que o processo de elaboração das leis penais econômicas é motivado tão somente pela legítima vontade política de ver punidos aqueles que causam danos sociais. Antes, é motivado, também, pela atuação de grupos de pressão, que representam poderosas categorias econômicas, interessadas na punição, para não terem prejuízos com a criminalidade econômica, ou para lucrarem diretamente com ela.

Quanto menos eficazes forem os mecanismos de contenção de influências externas no sistema político, mais leis serão produzidas para atender aos interesses de setores econômicos, mesmo que em detrimento do interesse público maior. A tais grupos não importa o quanto a irracionalidade da legislação penal econômica possa ser danosa socialmente, desde que seus interesses econômicos estejam devidamente resguardados.

Em termos sistêmicos, esses grupos atuam por meio de processos sobrecomunicativos de observação continuada, ou seja, motivados pelos seus interesses econômicos, observam a funcionalidade dos sistemas político e jurídico, enviando-lhes ruídos, sinais semelhantes à sua comunicação válida, para que seus *inputs* sejam atendidos. As leis elaboradas sob seus interesses são recebidas pelo sistema penal econômico e alocadas como estruturas legislativas para suas operações, pois gozam de aparente interesse público. Como não são frutos de uma verdadeira política pública coordenada, planejada para a efetiva repressão da criminalidade econômica, alimentam as divergências teóricas e jurisprudenciais, que, ao fundo, dão margem para um número elevado de absolvições.

Há de ressaltar que em sistemas transicionais os grupos de pressão encontram um ambiente propício para sua atuação por meios ilegais, acobertados pelo alto grau de corrupção, característicos das instituições públicas nesses sistemas. Nos sistemas transicionais, “as instituições formais de tomada de decisões gozam de baixa reputação, em razão dos níveis elevados de corrupção, e, evidentemente, de reduzido grau de credibilidade e legitimidade.” (BELO, 2005b, p. 40)

Conforme Oliveira (2005) a fonte da corrupção é o Estado, pois não haverá aquela onde não haja o poder. Onde há poder, há interesses em jogo. Quando são manipulados esses interesses, violando-se as regras estabelecidas, tem-se a corrupção.

Oliveira (2005) classifica a corrupção em micro e macro-corrupção. A primeira é a que incide em setores e escalões mais baixos da administração pública, de fácil identificação e que, para ser combatida, basta isenção e fiscalização eficiente. Quanto à macro-corrupção, diz:

A segunda, a macro-corrupção, aquela proveniente do poder e do seu exercício com abuso, tem como sujeito o próprio exercente do poder, aquele a quem cabe estabelecer as regras, e fiscalizar o seu cumprimento, aqueles de quem se espera o exemplo, aquele a quem deveríamos procurar para levar a queixa e reclamar providência, aquele que diz o que pensa, mas não faz o que diz, aquele que bate e sopra, aquele que dá com uma mão e toma com a outra, aquele que propaga o que pensa em fazer como se já tivesse feito, aquele que mente de tal forma que exala cheiro de verdade [...]. A erradicação dessa forma de corrupção somente ocorrerá com uma mudança de valores, conceitos e paradigmas que dependem

necessariamente da educação e da politização da nossa sociedade. (Oliveira, 2005, p. 159).

A relação dos grupos de pressão com a corrupção é a tal ponto estreita, que se observa favorecer a corrupção a atuação dos grupos de pressão, ao mesmo tempo em que estes alimentam a corrupção. Na verdade, a corrupção no Brasil é um problema cultural, de raízes históricas.

Habib (2004) faz uma análise histórica da corrupção no Brasil, afirmando que ela ocorreu em suas três fases de evolução - a política, a colonial, a imperial e a republicana.

Mesmo em sua fase colonial, já nos primeiros anos após o descobrimento, era comum a corrupção entre a Colônia e a Metrópole, “sendo constantes os desvios na remessa de mercadoria, bem assim na arrecadação de impostos e tributos.” (HABIB, 1994, p. 73). Agentes públicos eram subornados para conceder vantagens ou deixar de aplicar penalidades. A população brasileira não recebia investimentos de Portugal, principalmente em relação à educação superior, pois à Metrópole interessava a manutenção do seu *status*.

A análise do autor sobre a corrupção no período colonial desenha um quadro não muito diferente do atual:

[...] em um objetivo cultural a ser alcançado ou um projeto político a ser perseguido, os habitantes das terras brasileiras, oprimidos e entregues à própria sorte, viam na corrupção uma forma de enriquecimento fácil, sem maiores implicações éticas dada a relação de subordinação e exploração existente entre a Colônia e a Metrópole. (HABIB, 1994, p. 73)

Com o fim da Colônia e o estabelecimento do Império, as práticas de corrupção só aumentaram. A Monarquia brasileira era apenas a continuação do jugo de Portugal, conforme Habib (1994), mantendo-se a política como um ambiente propício à corrupção, com seguidos escândalos de figuras destacadas no governo.

Com a República, cresceria, em muito, a máquina estatal, na medida em que a nomeação de pessoas para a administração pública seria uma forma de recompensar o apoio recebido pelos candidatos aos cargos públicos, uma vez eleitos. Numa época de desemprego e recessão, como a que ocorreu na década de 1930, uma função pública era sempre bem vinda e tinha certamente por trás a indicação de um “padrinho”.

Nessa perspectiva, soa utópico se falar em erradicação da corrupção, especialmente em se considerando que as próprias estruturas de controle do sistema podem estar corrompidas.

Nem por isso se pode concordar com Klitgaard (1994), para quem a corrupção pode desempenhar papel importante nos países em desenvolvimento. Segundo o autor, três benefícios, econômico, político e administrativo, podem ser atribuídos à corrupção. O benefício econômico estaria na possibilidade de a corrupção alocar bens e serviços nas mãos de quem os valorize e tenha a disposição e a capacidade de pagar, usando-os de modo mais eficaz. Em termos políticos, nomeações ou pagamentos motivados por corrupção podem trazer benefícios, na medida em que favorecerem a integração de tribos, elites, partidos. E, por fim, como benéfica para o gerenciamento de organizações, a corrupção pode se opor à burocracia, que constrange uma organização e impede seu regular funcionamento, de modo que a organização pode se beneficiar do desdobramento corrupto dos seus funcionários.

A corrupção desvirtua funcionalmente as estruturas do sistema, que não são elaboradas para beneficiar quem esteja “disposto a pagar mais”, inclusive porque, a falta de “disposição”, para a grande maioria da população em um país em desenvolvimento, não é falta de vontade, mas de condições financeiras. E não se imagine que os corruptos ajam com o intuito de distribuir riquezas, integrar classes, ou beneficiar a administração pública ou uma organização privada. Quem corrompe o sistema o faz para benefício próprio. Não há argumento em favor de benefícios da corrupção que se ajuste à noção de justiça e igualdade, que, embora utópicas, devem ser, ao menos, o parâmetro que guie as políticas públicas, e não o seu exato oposto, o favorecimento de quem corrompe as regras comuns, para levar vantagem não admitida pelos demais.

Preferimos concordar com Pagotto (2010), para quem é utopia acabar com a corrupção, devendo-se desconfiar daqueles que prometem seu fim. Ao seu ver, é preciso entender que é possível reduzir a corrupção para níveis aceitáveis, o que não quer dizer que se entenda essa corrupção reduzida como benéfica. Antes, reduzi-la a um patamar aceitável significa que os custos de sua redução devem proporcionar significativos ganhos no bem estar da população, e de uma forma tal que se diminuam as oportunidades para praticá-la, bem como se aumentem as despesas com sua execução, elevando-se o nível de risco.

5.2.2 A pressão da mídia na orientação da legislação penal: o discurso baseado no binômio insegurança/impunidade

Usa-se, nesse momento da pesquisa, o termo “mídia” tal qual emprega Miguel (2007) referindo-se ao “conjunto de meios que veiculam informações”, entendendo o autor que pertence aos meios de comunicação de massas “todo processo que permite que um único

emissor veicule simultaneamente a mesma mensagem para uma grande quantidade de receptores, distantes no tempo ou no espaço.” (MIGUEL, 2007, p. 405).

A importância dos meios de comunicação de massa, sua capacidade de influenciar a opinião pública, de destacar certas posições e silenciar outras, até mesmo de promover certos resultados eleitorais, gera um problema político de primeira grandeza. (MIGUEL, 2007, p. 411)

Não se pode negar a influência da mídia no sistema político. Em uma democracia, as estruturas do sistema são constituídas pelo povo, para que, ao menos teoricamente, transformem as reivindicações populares em prestações para o bem-estar social. Na visão sistêmica, os *inputs* são trabalhados pelo sistema político e transformados em prestações, *outputs*, devolvidas aos mais diversos subsistemas sociais, que, modificados pela atuação política, emitem novos ruídos para o sistema político. Este, recebendo esses *inputs*, tem o *feedback* sobre suas operações anteriores, sobre o qual projetará as prestações futuras. Nesse processo, quanto mais *feedback* receber o sistema, mais eficiente poderá ser o processo de transformação dos *inputs* em *outputs*. Note-se que não se analisa aqui se esses *outputs* atenderão às reais necessidades dos subsistemas de origem dos *inputs*. Diz-se, apenas, que a maior quantidade de *feedback* aumenta a comunicação no sistema político. Porém, como já se verificou, essa comunicação pode ser produto de disfunções, de processos sobrecomunicativos.

Os meios de comunicação de massa, a um só tempo, canalizam os reclames da população e os lançam para o sistema político, pressionando-o, como também absorvem os interesses deste, fazendo uso de sua capacidade de moldar a opinião pública.

Para Gazoto (2010), a mídia tem um forte poder de “criação” da realidade e, com isso, de direcionar a opinião pública. Esta, por sua vez, influencia diretamente a atividade legislativa.

À primeira vista, sob a visão sistêmica, é possível se incorrer no erro de não entender a simbiose entre interesses econômicos, políticos e a mídia.

Afinal, sob um olhar menos crítico, os meios de comunicação de massa seriam apenas estruturas do sistema Comunicação, que incumbem a si mesmo a tarefa de levar ao sistema político, por meio da publicação dos fatos, as necessidades dos subsistemas sociais.

No entanto, a mídia não é apenas um canal de comunicação do sistema social para o sistema político. Ela faz o caminho de volta, também. Ou seja, é o mecanismo de divulgação

dos *outputs* do sistema político. Portanto, faz parte do jogo político, que em última análise, como já visto, segue as regras do sistema econômico.

Os grupos de pressão e a mídia não fazem parte originalmente do sistema político. Somente quando exercem suas reivindicações, passam a integrar o sistema político, tornando-se estruturas de articulação de interesses (grupos de pressão), comunicação (mídia em geral) ao lado das estruturas de agregação (partidos políticos), conforme Belo (2005b).

Assim, sob um olhar mais crítico, como se por meio de um microscópio, é possível, pela percepção dos papéis sistêmicos das estruturas políticas, econômica e de mídia, identificar que *outputs* enviados pelo sistema social ao sistema político são, na verdade, os *inputs* que o sistema político quer receber.

O sistema político, fazendo uso do poder de conformação da opinião pública de que detém a mídia, transmite para a sociedade *outputs* que vão direcionar as reivindicações sociais não para as soluções que melhor atendam às suas necessidades, mas precisamente para as reclamações que interessam ao sistema político receber, para fazer delas instrumento de manobra das massas.

Em resumo, o sistema econômico, por suas estruturas de pressão, influencia o sistema político, direcionando seus processos comunicativos, cujo produto será um conjunto de *outputs*, a serem trabalhados pela mídia, gerando uma controlada insatisfação social, produtora dos *inputs* que o sistema político espera receber, para continuar manipulando a opinião pública, atendendo aos interesses de grupos econômicos, em detrimento das reais necessidades sociais.

Isso diz respeito exatamente à lei penal econômica e a percepção da solução para o risco na sociedade.

No capítulo anterior discorreu-se sobre os novos riscos que a vida moderna assumiu e os danos sociais para os quais eles apontam. Ao lado do já conhecido discurso de insegurança gerado pela criminalidade tradicional, soma-se o do risco pela criminalidade que afeta bens sociais.

A sensação de insegurança causada pelos novos riscos é reforçada pelos meios de comunicação de massas, que aproximam, ainda que artificialmente, os riscos do cidadão comum, mesmo que ele não pertença ao contexto social afetado pela produção do risco. (BOTTINI, 2010).

Ainda que os riscos decorrentes das novidades não sejam concretos, a carência de instrumentos para a compreensão e prevenção dos efeitos das inovações cria a sensação de insegurança, desestruturando as expectativas de preservação dos bens jurídicos. O sentimento

de insegurança é acentuado na sociedade atual, com a rápida transmissão de informação, ainda mais quando a informação ou a desinformação garantem audiência e prestígio, havendo muita distorção sobre os riscos a que se expõe a sociedade. (BOTTINI, 2011).

A insegurança social gera demanda por contenção de riscos. Esse discurso repressivo é canalizado por movimentos sociais diversos, como os ambientalistas, ou os de defesa do consumidor, assim como aqueles setores produtivos aos quais não interessa a manutenção de atividades de risco ou aqueles que lucram com os riscos. (BOTTINI, 2010).

De modo geral, o fator decisivo para a política de segurança pública não é a ameaça real da criminalidade e da violência, mas a percepção dela pela sociedade. Isso porque mais do que da violação de condutas, a sensação de insegurança e o clamor público por medidas que a minimizem é reflexo da exagerada e sensacionalista exposição de cenas violentas que se faz nos meios de comunicação, especialmente na televisão. (CIPRIANI, 2006).

Os problemas trazidos pela complexidade da sociedade moderna - drogas, tributação, economia, crimes cibernéticos, meio ambiente, geram o discurso da necessidade de endurecimento das medidas penais (CIPRIANI, 2006). No caso da criminalidade econômica, a sensação geral, além dos riscos, é a da impunidade, sendo comum o pensamento popular de que rico não é condenado pela Justiça. Essa reclamação diante da impunidade gera *inputs* para o sistema político, que a eles reage com a edição de leis que regulam e punem as atividades potencialmente danosas.

A opinião pública, neste aspecto, muito influenciada pela mídia, compartilha da ideia de que a impunidade é resultado da falta de leis penais ou da brandura das leis existentes. O discurso social da legislação falha, porém, é exatamente o discurso que ao sistema político interessa divulgar, pois esconde que a ineficiência do Poder Público em suas atividades básicas é causa maior da criminalidade do que as deficiências da lei. Assim como o crime tradicional, a exemplo do homicídio, do roubo ou dos estupros, se propaga diante da ausência de políticas públicas que se transformem em ações com vistas a proporcionar segurança, educação, saúde, lazer, cultura etc., a criminalidade econômica cresce ante a inércia da atividade fiscalizadora do Estado e impulsionada pela corrupção, presente em praticamente todas as instituições públicas. Nesse cenário, é conveniente apresentar a lei penal como solução para a criminalidade, dando uma falsa sensação de segurança social.

Com essa desídia imputa-se ao direito penal a missão de resolver os problemas administrativos que não eram de sua alçada, isto é, o resultado de um problema que a própria administração não consegue ou não quer resolver, passa ao direito penal, o qual seria a solução, acredita-se com equívoco já demonstrado, mais eficaz. (CIPRIANI, 2006, p. 457).

A edição de uma maior número de leis penais transmite ao povo a mensagem de que se está trabalhando contra a criminalidade, não importando se esse excesso de leis em nada a mudará.

No sistema político, por vezes, a simples comunicação de *outputs* já é suficiente para que os membros dos outros sistemas sociais compreendam ou imaginem que alguma coisa está sendo feita a seu favor. Isso se obtém modificando o meio ambiente, de uma forma que cessem as circunstâncias que originaram os *inputs*, ou pelo menos se criando essa impressão, ainda que nada tenha mudado. (EASTON, 1968, p. 172)

Dessa forma, a disfunção do sistema, manifesta no excesso de leis penais econômicas perdura, sem perspectiva de mudança, pois, “o venerável princípio da subsidiariedade ou da *ultima ratio* do direito penal é simplesmente cancelado, para dar lugar a um direito penal visto como *sola ratio* ou *prima ratio* na solução social dos conflitos.” (CIPRIANI, 2006, p. 459). A medida mais usada quando há crescimento da criminalidade, “é o aumentar de penas, (pseudo) solução muito recorrida em tempos atuais, nomeadamente pela mídia e pelos políticos.” (CIPRIANI, 2006, p. 461).

A produção legislativa como reflexo da pressão da mídia foi objeto do estudo de Gazoto (2010), segundo o qual as exposições de motivos dos projetos de lei que visam o agravamento das medidas penais quase sempre trazem como principal argumento a necessidade de maior repressão, justificada pela superveniência de um fato grave. Além disso, a pena é geralmente concebida com o principal meio de prevenção e dissuasão. Muitos projetos de lei têm forte apelo emocional, com uso de retórica exagerada, de valor ético-moral da proteção do Estado.

Na maioria das vezes, portanto, o Poder Legislativo brasileiro fundamenta sua opção por maior rigor repressivo na opinião pública, extraída de conteúdos da mídia (GAZOTO, 2010).

5.2.3 O populismo penal

O discurso repressor, como visto antes, interessa tanto à classe economicamente dominante, quanto à classe política, que manipulando a população por meio da mídia, propaga a idéia de que a criminalidade cresce porque as leis penais são brandas ou não aplicadas pelas Justiça, transferindo sua responsabilidade pelas mazelas sociais e por sua ineficiência administrativa, para o sistema penal.

Em sistemas transicionais essa idéia se dissemina sem maiores reflexões quanto às suas causas e seus efeitos, especialmente pelo baixo nível de educação formal de uma parcela considerável da população.

Muitos são analfabetos e não compreendem os padrões eleitorais; a natureza do sistema de eleições soa, para outros, demasiadamente abstrata e confusa, sendo que a maioria continua ainda submetida a forças tradicionais de dominação ('caciquismo', caudilhismo, paternalismo etc). (BELO, 2005a, p. 42).

Os baixos índices de educação se refletem na incapacidade do grande público de exercer um juízo crítico sobre os fatos políticos e sociais que os cerca. Sem reflexão política, a sociedade se entrega mais facilmente aos encantos do populismo.

Em sua pesquisa sobre o populismo, Carneiro (2009, p. 8) o define como sendo “uma forma de fazer política, associada ao emprego de um discurso característico, que recorre à determinadas estratégias de mobilização e organização, com vistas a atingir clientes e eleitores.” O populismo está relacionado ao grau de satisfação da população com a atuação do líder em determinadas áreas sociais, como saúde, desemprego, controle da inflação, educação, erradicação da pobreza e combate à criminalidade (CARNEIRO, 2009).

A população, por desinformação, é punitivista. A mídia, com intuito de lucro, aproveita-se dessa característica e apresenta os fatos com um sensacionalismo que aumenta a sensação de insegurança quanto aos crimes tradicionais e impunidade dos agentes de crimes econômicos. E, em claro oportunismo, próprio de governos populistas, a classe política se aproveita desse cenário, trocando o endurecimento da repressão penal por votos. É o que Gazoto (2010) chama de *populismo penal*.

Trata-se quase sempre de uma ação política oportunista de aproveitamento de um momento de exacerbação das representações sociais punitivas, mormente em situações de *stress* social motivado por algum critério notório, amplamente coberto pela mídia. (GAZOTO, 2010, p. 291).

Os únicos que obtém vantagens com o populismo penal são os políticos, por cujas promessas de rigor penal transmitem ao seu público a falsa sensação de que a classe política está cumprindo o seu dever (GAZOTO, 2010).

O populismo penal tem como característica marcante a exclusão da ciência do processo de elaboração e desenvolvimento das políticas criminais, sempre motivadas por critérios emocionais, irracionais, aprendidos por oportunismo (GAZOTTO, 2010).

O populismo penal fecha o ciclo dos fatores apontados nesta pesquisa como mantenedores das disfunções do sistema. Além de representar interesses dos próprios grupos que se deseja punir, além do servir de matéria-prima para o sensacionalismo da mídia, que interessa ao sistema político, por desviar o foco da crítica da ineficiência administrativa para os problemas criminais, como se fossem problemas só de Direito Penal, o discurso repressor é excelente instrumento para se angariar votos.

Uma racionalização do sistema penal econômico, nos moldes das propostas de descriminalização e imposição de medidas administrativas, apresentadas no capítulo anterior, embora seja pregada por parte da doutrina, não encontra ressonância no sistema político, pois soaria para a população como institucionalização da impunidade, diante do desconhecimento geral da população sobre temas jurídicos como direitos e garantias fundamentais ou supremacia da Constituição. O punitivismo social se reflete até mesmo no meio jurídico.

Embora o clamor da mídia seja menos intenso na criminalidade econômica, ele se manifesta notadamente pela idéia de que não há punição de poderosos, o que é em parte é verdadeiro, e a de que, contra essa impunidade a solução é o agravamento das medidas penais, o que é falso e prejudicial para a sociedade.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com base nos fundamentos teóricos acima apresentados, extraíram-se desta pesquisa as seguintes conclusões:

1. A teoria dos sistemas sociais, idealizada por Niklas Luhmann, serve de modelo teórico para compreender o funcionamento da sociedade e seus diversos subsistemas. Não é um modelo teórico para se analisar as relações pessoais, mas um modelo que analisa o comportamento das pessoas e instituições, sob o foco de suas funções na sociedade. Compreendida dessa forma, não há razão nas acusações de que ela seja uma teoria que conceba os homens como máquinas, desprovidas de valores e sentimentos.

2. O modelo sistêmico permitiu uma visão mais adequada da relação que aproxima a Política, o Direito e a Economia, por demonstrar o quanto as funções de um afetam o funcionamento dos demais. Esses três sistemas produzem comunicações que, de alguma forma, interessam praticamente a todos os demais subsistema sociais.

3. A concepção de Luhmann de um sistema operativamente fechado representou um avanço em relação aos sistemas abertos, comuns nos primeiros estudos de sistemas sociais, pois lhe permitiu importar da biologia o conceito de autopoiese, essencial para a compreensão de como os sistemas se mantêm em constante funcionamento. O fechamento operacional não afasta a comunicação com o exterior. O sistema mantém-se aberto à comunicação externa, por meio de um mecanismo de filtragem das informações do entorno, o acoplamento estrutural, que permite sua conexão com outros sistemas. Essa noção de acoplamento estrutural é fundamental para a compreensão do sistema do Direito.

4. A Constituição é o acoplamento estrutural que mantém o sistema do Direito em conexão com os demais subsistemas sociais. Toda a informação selecionada pelo Direito deve seguir os parâmetros do filtro constitucional. Como decorrência disso, as informações trabalhadas pelos subsistemas do Direito deverão estar, antes de tudo, em consonância com a Constituição. Não pode um subsistema do Direito produzir comunicações inconstitucionais, se toda a comunicação do sistema geral do Direito deve ser selecionada como constitucional. Se isto ocorrer, há uma disfunção no subsistema, que o faz produzir comunicações anormais.

5. O sistema penal econômico pode ser justificado como um subsistema penal, pois reduz a complexidade deste quanto aos crimes econômicos. O objeto de suas comunicações, a objetividade jurídica, na linguagem do Direito, é a proteção à ordem econômica, cuja vertente penal decorre da Constituição Econômica. As condutas que ofendem a ordem econômica são

definidas como crimes econômicos e, assim, o sistema penal econômico seleciona dos ruídos que percebe apenas os *inputs* sobre o que é delito econômico/não-delito econômico.

6. Com base na visão sistêmica do papel da Constituição como acoplamento estrutural é possível entender como inadequadas as tentativas teóricas de afastar por completo a aplicação ao Direito Penal Econômico dos princípios constitucionais limitadores do Direito Penal. Como o sistema penal econômico reduz a complexidade no interior do sistema penal, não pode trabalhar comunicação não selecionada pela Constituição, pois isso representaria uma disfunção sistêmica. O parâmetro para a escolha dos bens jurídicos merecedores de proteção pelo Direito Penal Econômico deve continuar sendo a Constituição, por meio do princípio da proporcionalidade e seus desdobramentos.

7. Com base na teoria dos sistemas foi possível identificar as principais disfunções do sistema penal econômico. Elas decorrem de influência externa sobre as operações do sistema.

8. Da análise da primeira disfunção observada, conclui-se que as divergências doutrinárias em torno de temas fundamentais de Direito Penal Econômico representam uma anomalia sistêmica, não pela ausência do consenso, o que, dependendo do contexto, é até salutar, mas, significativamente, por apontarem para situações tão opostas que deixam dúvidas sobre os fundamentos da legitimidade penal para a repressão de diversos crimes econômicos.

9. A observação da segunda disfunção demonstrou serem justificadas as críticas feitas à legislação penal econômica. Na falta de uma política criminal concebida racionalmente para enfrentar a criminalidade econômica, as várias leis penais econômicas são criadas pelo impulso do contexto histórico, que pode se inclinar para uma maior ou menor repressão, a depender dos fatores políticos e econômicos que preponderem naquele momento.

10. Com base na terceira disfunção sistêmica foi possível concluir que o sistema penal econômico tem sido um instrumento de injustiça social, pois o tratamento que se dá a quem cai em sua malha, em geral empresários de alto poder financeiro, é diferenciado, mais tolerante do que aquele dispensado aos que, em geral, praticam crimes comuns.

11. A análise do Direito da Política e da Economia brasileiras sob a perspectiva sistêmicas permitiu identificar o Brasil como um sistema transicional, em desenvolvimento, ao menos nesses aspectos observados. Sistemas transicionais são assim considerados por não terem completado inteiramente o seu fechamento operacional, sofrendo mais influências do ambiente que os sistemas consolidados.

12. As interferências sobre o sistema jurídico, especialmente as do sistema político, influenciadas por interesses econômicos, concorrem para manter as anomalias do sistema penal econômico.

13. A produção legislativa excessiva, em matéria penal econômica, não é indicativo de uma distribuição social da força repressora do Estado. O sistema econômico, por meio de grupos de pressão, influencia o sistema político para editar leis que, mesmo punitivas, ajudam a manter o controle de certos grupos em determinadas atividades econômicas. Há também grupos econômicos que lucram com a criminalidade econômica, pois produzem instrumentos de prevenção.

14. A mídia funciona como um duplo canal de influência: tanto leva *inputs* do sistema social para o sistema político, quanto divulga os *outputs* do sistema político. Dessa forma, observou-se que a mídia também integra o jogo político, funcionando como uma de suas estruturas.

15. Ao sistema político interessa o discurso repressor penal, pois ele confere alento às expectativas sociais de punição, mantendo a sociedade sob a ilusão de que a simples edição de leis penais mais graves trará paz social. Com isso, afasta a cobrança social por políticas públicas e pela efetiva atividade fiscalizadora, que poderiam minar o crescimento da criminalidade.

16. Como último fator político que mantém as disfunções sistêmicas, verificou-se que o populismo penal encontra ambiente favorável à sua propagação nos sistemas transicionais, pois une o convencimento de lideranças carismáticas ao desejo de punição da sociedade, resultando em elevados ganhos eleitorais. Com isso, sacrifica-se a técnica e os parâmetros constitucionais de incriminação, em troca de votos.

17. As disfunções do sistema penal econômico são causadas por fatores exteriores a ele, que, embora possam ocorrer em sistemas consolidados, são potencializados nos sistemas transicionais, cujas estruturas de correção de desvios, por serem débeis, se mostram incapazes de ajustar os processos sobrecomunicativos, que se sobrepõem, como a nomenclatura indica, à comunicação própria do sistema, decorrente da Constituição.

18. Todas as disfunções do sistema penal econômico apresentadas nessa pesquisa importam, em última análise, alguma forma de ofensa à Constituição, seja nos critérios de seleção dos bens jurídicos, seja na interpretação dos limites constitucionais para a interferência penal. Se tais desvios funcionais tem origem nas pressões políticas e econômicas sobre o sistema do Direito, há uma preocupante descaracterização do Estado como sendo constitucional, e o poder que deveria decorrer da Constituição, é expresso em grupos de

interesse, com alto poder de influência, que ditam os rumos das políticas a serem adotadas no país.

Esta dissertação teve por objetivo identificar as principais disfunções do sistema penal econômico e os fatores políticos que contribuem para sua perpetuação. Não foi seu propósito encontrar saídas para os problemas do sistema penal econômico. No entanto, tem-se a certeza de que a compreensão das disfunções sistêmicas e, principalmente, dos fatores políticos que ajudam a mantê-las em contínua pressão sobre a funcionalidade esperada, já é, por si só, o passo inicial para um estudo sobre as possíveis soluções.

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

ALMEIDA, Débora de Souza de. **Opinião Pública e punição**: da construção de políticas criminais no Estado democrático de direito contemporâneo. 2011. 181 f. Dissertação (mestrado)-Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2011.

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

_____. **NBR 6024**: numeração progressiva de seções de um documento escrito: apresentação. Rio de Janeiro: 2003.

_____. **NBR 6027**: informação e documentação: sumário: apresentação. Rio de Janeiro: 2003.

_____. **NBR 6028**: informação e documentação: resumo: apresentação. Rio de Janeiro: 2003.

_____. **NBR 6034**: informação e documentação: índice: apresentação. Rio de Janeiro: 2004.

_____. **NBR 10520**: informação e documentação: citações em documentos: apresentação. Rio de Janeiro: 2002.

_____. **NBR 14724**: informação e documentação: trabalhos acadêmicos: apresentação. Rio de Janeiro: 2011.

_____. **NBR 15287**: projeto de pesquisa: apresentação. Rio de Janeiro: 2011.

AZAMBUJA, Darcy. **Introdução à Ciência Política**. 2. ed. São Paulo: Globo, 2008.

BACHUR, João Paulo. **Distanciamento e crítica**: limites e possibilidades da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann. 2009. 376f. Tese. (Doutorado em Ciências Políticas)-Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

BALEEIRO, Aliomar. **Constituições brasileiras: 1891**. Brasília: Senado Federal, Centro de Estudos Estratégicos do Ministério da Ciência e Tecnologia, 1999.

BARROS, Marco Antônio de. Sofismas do direito criminal. In PENTEADO, Jaques de Camargo (Coord.). **Justiça penal: críticas e sugestões. 10 anos da Constituição e a justiça penal, meio ambiente, drogas, globalização, o caso Pataxó**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Teoria do Estado e Ciência Política**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica do direito penal brasileiro**. 9. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

BELO, Manoel Alexandre. Estruturas sociais e políticas: problemas de mudança, comunicação e participação nos sistemas transicionais. **Verba Júris: Anuário da Pós-Graduação em Direito**. João Pessoa, v4, n.4, p. 39-53, 2005.

_____. Sistema Político. In. **Juris Rationis**, Natal, ano 1, nº 1, pp. 39-58, jan-dez/2005.

_____. Sistemas Transicionais e estratégias de desenvolvimento. In. LEAL, Mônica Clarissa Hennig; CECATO, Maria Áurea Baroni; RÜDIGER, Dorothée Susanne (coord). **Trabalho Constituição e Cidadania: reflexões acerca do papel do constitucionalismo na ordem democrática**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009.

_____. Grupos de pressão e influência política. Separata de: **Verba Júris: Anuário da Pós-Graduação em Direito**, João Pessoa, ano 2, n. 2, p. 155-173, jan./dez.2003.

BERCOVICI, Gilberto. **Constituição Econômica e Desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2005.

BERTALANFFY, Ludwing Von. **Teoria Geral dos Sistemas: fundamentos desenvolvimentos e aplicações**. Tradução de Francisco M. Guimarães. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2009.

BETTI, Francisco de Assis. **Aspectos dos crimes contra o sistema financeiro no Brasil: Leis nºs 7.492/86 e 9.913/98**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

BIANCHINI, Alice. **Pressupostos materiais mínimos da tutela penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 27.

BITENCOURT, Cezar, Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. O paradoxo do risco e a política criminal contemporânea. In MENDES, Gilmar Ferreira; ____; OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Direito Penal Contemporâneo**: questões controvertidas. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRAGA, Romulo Rhemo Palitot. **O fenômeno da lavagem de dinheiro e o bem jurídico protegido**. Curitiba: Juruá, 2010.

CALGARO, Cleide. **Desenvolvimento sustentável e a teoria dos sistemas autopoieticos**. 2006. 178f. Dissertação (Mestrado em Direito Ambiental e Biodireito)-Universidade de Caxias do Sul, Caxias do Sul, 2006.

CAMPANA, Eduardo Luiz Michelin. **A fundamentação constitucional da tutela penal da ordem econômica**. 2011. 237 f. Dissertação (Mestrado em Direito Penal)-Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2011.

CAPRA, Fritjof. **A teia da vida**: uma nova compreensão científica dos sistemas vivos. Tradução de Newton Roberval Eíchemberg. São Paulo: Cultrix, 1996.

CARNEIRO, Gabriela de Oliveira Piquet. **A nova maioria**: determinantes do apoio político ao neopopulismo na América Latina. 2009. 157 fls. Tese (Doutorado em Ciência Política)-Faculdade de Filosofia Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

CAVALCANTI, Eduardo Medeiros. **Crime e sociedade complexa**: uma abordagem interdisciplinar sobre o processo de criminalização. Campinas: LZN, 2005.

CIPRIANI, Mário Luís Lírio. Direito penal econômico e legitimação da intervenção estatal: algumas linhas para a limitação ou não-intervenção penal do domínio econômico, à luz da

função da pena e da política criminal. In. D'ÀVILA, Fábio Roberto; SOUZA, Paulo Vinícios Sporleder de. (coord.). **Direito Penal Secundário: estudos sobre crimes econômicos, ambientais, informáticos e outras questões**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

CLAM, Jean. Conclusão: Niklas Luhmann (1927-1998). In: ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; _____. **Introdução à teoria do sistema autopoiético do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005

COSTA, Elder Lisboa Ferreira da. **Os delitos econômicos na atualidade**. O crime do colarinho-branco e a lavagem de dinheiro. In. D'ÀVILA, Fábio Roberto; SOUZA, Paulo Vinícios Sporleder de. (coord.). **Direito Penal Secundário: estudos sobre crimes econômicos, ambientais, informáticos e outras questões**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

COSTA, Helena Regina Lobo da. Os rumos da política criminal cinco anos depois do 11 de setembro. Política criminal e dogmática penal: entre a judicialização e a administrativização. In TOLEDO, Otávio Augusto de Almeida; LANFREDI, Luis Geraldo Sant'Ana; SOUZA, Luciano Anderson de; SILVA Luciano Nascimento (coord.). **Repressão penal e crime organizado: os novos rumos da política criminal após o 11 de setembro**. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

CRUZ, Renato Negretti. **A teoria dos sistemas e a força normativa constitucional do sistema jurídico sanitário**. 2007. 307 f. Dissertação (Mestrado)-Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007.

D'AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade em direito penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

DAHL, Robert Alan. **Análise política moderna**. Trad. De Sérgio Bath. 2. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1988.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DEL MASSO, Fabiano. **Direito Econômico**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

DEODATO, Felipe Augusto Forte de Negreiros. **Direito Penal Econômico: a pessoa jurídica como agente de crimes e sujeito de penas**. Curitiba: Juruá, 2003.

DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. Problemática geral das infrações contra a economia nacional. In. PODVAL, Roberto (org.). **Temas de direito penal econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____; Para uma dogmática do direito penal secundário. Um contributo para a reforma do direito penal económico e social português. In. D'ÁVILA, Fábio Roberto; SOUZA, Paulo Vinícios Sporleder de. (coord.). **Direito Penal Secundário**: estudos sobre crimes económicos, ambientais, informáticos e outras questões. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

DOBB, Maurice. **A Evolução do Capitalismo**. Tradução de Manuel do Rêgo Braga. 9. ed. Rio de Janeiro: LTC, 1987.

EASTON, David. **Uma Teoria de Análise Política**. Tradução de Gilberto Velho. Rio de Janeiro. Zahar Editores, 1968.

FEITOSA, Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer. O acompanhamento jurídico do mercado e o carácter disciplinar do direito económico. In. LEAL, Mônica Clarissa Hennig; CECATO, Maria Áurea Baroni; RÜDIGER, Dorothee Susanne (coord). **Trabalho Constituição e Cidadania**: reflexões acerca do papel do constitucionalismo na ordem democrática. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009.

FIALDINI, Filipe. Inclusão punitiva: reflexões sobre a tentativa de promover justiça social por meio do Direito Penal Económico. In FRANCO, Alberto Silva; LIRA, Rafael. **Direito Penal Económico**: questões atuais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Lições de direito económico**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Direito Económico**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

GAZOTO, Luís Wanderley. **Justificativas do Congresso Nacional Brasileiro ao rigor penal legislativo**: o estabelecimento do populismo no Brasil contemporâneo. 2010. 303f. Tese (Doutorado)-Universidade de Brasília, Brasília.

GOMES, Luiz Flávio. **Penas e medias alternativas à prisão**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem económica na Constituição de 1988**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

GUARAGNI, Fábio André. **A origem do Direito Penal Econômico**: razões históricas, in CÂMARA, Luiz Antônio (Coord). Crimes contra a ordem econômica e tutela de direitos fundamentais. Curitiba: Juruá, 2009.

HABER, Carolina Dzimidas. **A eficácia da lei penal**: análise da partir da legislação penal de emergência (o exemplo do regime disciplinar diferenciado). 2007. 164f. Dissertação (Mestrado em Filosofia e Teoria Geral do Direito)-Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre a facticidade e validade. Vl. 2. Tradução: Flávio Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HABIB, Sérgio. Brasil. **Quinhentos anos de corrupção**: Enforque sócio-histórico-jurídico-penal. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1994.

JAIL, Mauricio Schaun. **Criminalidade econômica e as novas perspectivas de repressão penal**. São Paulo: Quarter Latin, 2009.

KLITGAARD, Robert. **A corrupção sob controle**. Tradução: Otávio Alves Velho. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1994.

KORFMANN, Michael. **A diferenciação da literatura moderna alemã no processo constitutivo da sociedade funcional**: uma abordagem sistêmica baseada em Niklas Luhmann. 2002. 273 f. Tese (Doutorado)-Programa de Pós-Graduação em Letras da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2002.

LIMA, Fernando Rister de Sousa. **Sociologia do Direito**: o direito e o processo à luz da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann. Curitiba: Juruá, 2009.

LIMA, José Wilson Ferreira. **Limites constitucionais à produção legislativa do Direito Penal**. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2012.

LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Princípios políticos do direito penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

_____. **Introdução à teoria dos sistemas**. Tradução de Ana Cristina Arantes Nasser. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2010

MAGALHÃES, Vlamir Costa. **A delinquência econômica na era do Direito Penal Constitucional**: por uma reinterpretação do binômio tipicidade-pena à luz da Constituição de 1988. 2010. 167 f. Dissertação (Mestrado)-Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010.

MARQUES, José Frederico. **Tratado de Direito Penal**. Vl. I. Campinas: Bookseller, 1997.

MATEU, Juan Carlos Carbonell. **Derecho penal**: concepto y principios constitucionales. 3. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

MATURANA, Humberto; VARELA, Francisco J. **De máquinas y seres vivos**: autopoiesis. La organización de lo vivo. Quinta Edición. Santiago: Universitaria, 1998.

MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO; Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MIGUEL, Luis Felipe. Mídia e opinião pública. In: AVELAR, Lúcia; CINTRA, Antônio Octávio (Org.). **Sistema Político Brasileiro**: uma introdução. 2. ed. São Paulo: UNESP, 2007.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida. **A Terceira Velocidade do Direito Penal**: o 'Direito Penal do Inimigo'. 2006. 327 f. Vl. 1. Dissertação. (Mestrado em Direito Penal)-Pontifícia Universidade Católica de São Paulo-São Paulo.

MOTTA FILHO, Sylvio Clemente da; SANTOS, William Douglas Resinente dos. **Direito Constitucional**: teoria e 900 questões. 7. ed. Niterói: Impetus, 2000.

NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro do. **A ordem econômica e financeira e a nova Constituição**. Rio de Janeiro: Aide, 1989.

NAZAR, Nelson. **Direito Econômico**. Bauru: Edipro, 2004.

NETTO, Alamiro Velludo Salvador. **Finalidades da Pena, conceito material de delito e sistema penal integral**. 2008. 297 f. Tese. (doutorado). Tese apresentada ao Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2008.

NEVES, Rômulo Figueira. **Acoplamento estrutural, fechamento operacional e processos sobrecomunicativos na teoria dos sistemas sociais de Niklas Luhmann**. 2005. 149 f. Dissertação (Mestrado). Departamento de Sociologia da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005.

NOLL, Patrícia. **Direito, tributo e meio ambiente**: a autopoiese da sociedade diante do risco ecológico. 2008. 138 f. Dissertação (Mestrado). Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade de Caxias do Sul, Caxias do Sul, 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios constitucionais penais e processuais penais**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2010.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Funcionalismo e dogmática penal: ensaio para um sistema de interpretação. In MENDES, Gilmar Ferreira; BOTTINI, Pierpaolo Cruz; _____. **Direito Penal Contemporâneo**: questões controvertidas. São Paulo: Saraiva, 2011.

OLIVEIRA, José Ribeiro. **A corrupção entrava o Brasil**. Imperatriz-MA: Ética, 2005.

OLIVEIRA, Thais Bandeira. **Lavagem de Capitais**: (dis)funções político-criminais no seu combate. 2009. 228f. Dissertação (Mestrado) apresentada ao Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu da Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2009.

PERISSINOTO, Renato. **As elites políticas**: questões de teoria e método. Curitiba: Ibpx, 2009.

PINTO, Edson. **Lavagem de capitais e paraísos fiscais**. São Paulo: Atlas, 2007.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. Vl. 1. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

REALE JÚNIOR, Miguel. **Problemas penais concretos**: crimes contra a ordem financeira, crime contra a ordem econômica, crimes contra a ordem tributária, crimes culposos, crime contra os costumes. São Paulo: Malheiros, 1997.

ROCHA, Leonel Severo. Da epistemologia jurídica normativista ao construtivismo sistêmico. In: ____; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. **Introdução à teoria do sistema autopoietico do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

RODRIGUES, Cristiano. **Temas controvertidos de direito penal**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2009, p. 111.

ROLL, Eric. **História das doutrinas econômicas**. SILVEIRA, Cid; PAUL NETO, Richard; IANNI, Constantino (trad.). 4.ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1977.

ROSA, Fábio Bittencourt da. **Legitimação do ato de criminalizar**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

ROXIN, Claus. **Derecho penal**: parte general. Tomo I. Fundamentos La estructura de la teoría del delito. Traducción de la 2ª. edición alemana por Diego-Manuel Luzón Peña. Madrid (España); Civitas, 1997.

ROXIN, Claus. **Estudos de Direito Penal**. Tradução de Luís Greco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. **A expansão do Direito Penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Tradução da 2ª edição espanhola por Luiz Otávio de Oliveira Rocha. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SCHIMIDT, Andrei Zenkner e FELDENS Luciano. **O crime de Evasão de Divisas**: A tutela pela do Sistema Financeiro Nacional na perspectiva da política cambial brasileira. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2006.

SCHIMIDT, Andrei Zenkner. A delimitação do Direito Penal Econômico a partir do objeto do ilícito, in VILARDI, Celso Sanchez; PEREIRA, Flávia Rahal Bresser e DIAS NETO, Theodomiro (coord). **Direito Penal Econômico**: crimes financeiros e correlatos. São Paulo: Saraiva, 2011.

SCHWARTZ, Germano. A fase pré-autopoiética do sistemismo luhmanniano. In: ROCHA, Leonel Severo; _____; CLAM, Jean. **Introdução à teoria do sistema autopoiético do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SILVA NETO, Manoel Jorge. **Direito Constitucional Econômico**. São Paulo: TLR, 2001.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

SILVA, Luciano Nascimento. **Teoria do Direito Penal Econômico e fundamentos constitucionais da ciência criminal secundária**. Curitiba: Juruá, 2010.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Primeiras linhas de direito econômico**. 4. ed. São Paulo: LTR, 1999.

TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional Econômico**. 2. ed. São Paulo: Método, 2006.

WEBER, Max. **Economia e sociedade**: fundamentos de uma sociologia compreensiva. Vl. 2. Tradução: Regis e Karen Barbosa. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 1999.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. Parte geral. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. **Em busca das penas perdidas**: a perda da legitimidade do sistema penal. Tradução de Vânia Romano Pedrosa, Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991.