



Universidade Federal do Ceará
Faculdade de Direito

Filipe Gomes Crisóstomo Miranda

**Crimes do Colarinho Branco: Uma análise em Direito &
Economia da Lei 7.492/1986**

Fortaleza

2014

Filipe Gomes Crisóstomo Miranda

Crimes do Colarinho Branco: Uma análise em Direito & Economia da Lei 7.492/1986

Monografia submetida à Coordenação do Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Área de concentração: Direito & Economia.

Orientadora: Prof.^a Dra. Unie Caminha

FORTALEZA

2014

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Universidade Federal do Ceará
Biblioteca Setorial da Faculdade de Direito

M672c Miranda, Filipe Gomes Crisóstomo.
Crimes do colarinho branco: uma análise em direito e economia da lei 7.492/1986 / Filipe
Gomes Crisóstomo Miranda. – 2014.
45 f. : enc. ; 30 cm.

Monografia (graduação) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Curso de
Direito, Fortaleza, 2014.
Área de Concentração: Direito e Economia.
Orientação: Profa. Dra. Uinie Caminha.

1. Crime do colarinho branco – Brasil. 2. Crime fiscal. 3. Direito penal econômico - Brasil. I.
Caminha, Uinie (orient.). II. Universidade Federal do Ceará – Graduação em Direito. III. Título.

CDD 343.33

Filipe Gomes Crisóstomo Miranda

Crimes do Colarinho Branco: Uma análise em Direito & Economia da Lei 7.492/1986

Monografia submetida à Coordenação do Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Área de concentração: Direito do Trabalho.

Aprovada em __/__/__

BANCA EXAMINADORA

Professora Dra. Unie Caminha (Orientadora)
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Professor Me. Raul Carneiro Nepomuceno
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Mestrando Víctor Augusto Lima de Paula
Universidade Federal do Ceará (UFC)

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo analisar o tratamento legal dispensado aos crimes do colarinho branco pelo ordenamento jurídico pátrio sob uma perspectiva de Direito e Economia, a fim de averiguar a eficiência dos institutos repressivos postos em vigor. As teorias criminológicas clássicas buscavam na condição socioeconômica dos delinquentes as justificativas para a opção pela criminalidade. Todavia, a partir dos estudos do sociólogo Edwin Sutherland sobre os criminosos do colarinho branco, tais teorias passaram a não ser mais satisfatórias, justificando-se a pertinência de uma abordagem diferenciada sobre o tema. Assim, far-se-á, inicialmente, uma explanação acerca do conceito de crimes do colarinho branco, da organização do Sistema Financeiro Nacional e dos aspectos gerais da Lei nº 7.492/1986. Em seguida, serão feitas considerações a respeito da Análise Econômica do Direito, apresentando um panorama de seu desenvolvimento histórico e suas premissas básicas. Por fim, será feito um estudo da Lei nº 7.492/1986 à luz dos postulados da Análise Econômica do Direito.

Palavras-chave: Crimes do colarinho branco. Direito Penal. Análise Econômica do Direito.

ABSTRACT

The present paper aims to examine the legal treatment of white-collar crimes by national legal system from the perspective of law and economics in order to ascertain the efficiency of the repressive institutions put into effect. The classical criminological theories sought in socioeconomic status of offenders justifications for the choice of the crime. However, from studies by sociologist Edwin Sutherland on white-collar criminals, such theories became no more satisfactory, justifying the relevance of a differentiated approach on the subject. Thus will be made, initially, an explanation of the concept of white-collar crime, the organization of the National Financial System and the general aspects of Law n. 7.492/1986. Then, considerations will be made regarding the Economic Analysis of Law, presenting an overview of its historical development and its basic assumptions. Finally, a study of Law No. 7.492/1986 the light of the postulates of Economic Analysis of Law will be done.

Key-Words: White collar crimes. Criminal Law. Economic analysis of law.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	6
2 OS CRIMES DO COLARINHO BRANCO NO BRASIL: UMA ANÁLISE DA LEI 7.492/1986.....	8
2.1 Introdução ao Sistema Financeiro Nacional	10
2.2 Aspectos gerais da Lei 7.492/1986.....	13
3. INTRODUÇÃO À ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO.....	18
3.1 Histórico e evolução da Análise Econômica do Direito.....	21
3.2 Premissas básicas da Análise Econômica do Direito.....	24
4. A CRIMINALIDADE ECONÔMICA À LUZ DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO.....	32
4.1 Crimes do colarinho branco, custos de transação e a Lei 7.492/1986.....	32
4.2 Eficiência na punição dos crimes econômicos e custos sociais.....	37
5 CONCLUSÃO.....	41
REFERÊNCIAS.....	43

1. INTRODUÇÃO

O objetivo do presente trabalho é realizar um estudo da Lei nº 7.492/1986 sob a perspectiva da Análise Econômica do Direito, a fim de aferir a eficiência dos mecanismos previstos pelo referido diploma legal em estabelecer incentivos negativos suficientes para coibir a prática dos crimes do colarinho branco.

As explicações oferecidas pelas teorias criminológicas clássicas para a escolha por uma prática criminosa se limitavam à condição socioeconômica dos delinquentes. Hoje, com o aumento da criminalidade entre as classes econômicas mais abastadas, tais teorias não são mais satisfatórias.

Considerando as características intrínsecas aos agentes deste tipo de delito, tais como seu elevado poder econômico e prestígio perante a sociedade, tem-se que estes criminosos não agem pelos mesmos motivos que os infratores comuns, tampouco reagem da mesma maneira em relação aos institutos repressivos postos em vigor.

Além disso, os efeitos nocivos de sua atuação no seio do Sistema Financeiro Nacional impõem graves danos à coletividade e ao desenvolvimento equilibrado do País, desafiando a atuação estatal e evidenciando a necessidade de se repensar a coerção à criminalidade econômica, a fim de atingir uma solução eficiente na dissuasão dos referidos delitos.

Busca-se, portanto, na Análise Econômica do Direito as ferramentas para um estudo da Lei nº 7.492/1986 sob um novo prisma, a fim de efetuar uma crítica sobre a norma em vigor.

A metodologia utilizada para tanto foi a pesquisa bibliográfica, desenvolvendo o tema a partir da leitura de doutrina especializada sobre crimes do colarinho branco, Direito Penal Econômico e Análise Econômica do Direito, bem como das leis aplicáveis à espécie, notadamente a Lei nº 7.492/1986.

O trabalho encontra-se dividido em três capítulos. No primeiro, será apresentada a conceituação dos crimes do colarinho branco, a partir dos estudos pioneiros de Edwin Sutherland, datados de 1940, além de apresentar a organização do Sistema Financeiro Nacional e o atual tratamento legal dispensado pelo ordenamento jurídico pátrio aos crimes econômicos.

No segundo capítulo, serão apresentados os postulados básicos da Análise Econômica do Direito, bem como um panorama de sua evolução histórica, apresentando o instrumental teórico que será utilizado na realização do estudo que ora se pretende.

Por fim, no terceiro capítulo, serão aplicados os conceitos da Análise Econômica do Direito à Lei nº 7.492/1986, a fim de investigar se a referida lei apresenta mecanismos eficientes para o combate à criminalidade econômica.

2. OS CRIMES DO COLARINHO BRANCO NO BRASIL: UMA ANÁLISE DA LEI 7.492/86

Cesare Lombroso, cuja obra *O Homem Delinquente* foi publicada em 1896, ainda hoje é considerado por muitos estudiosos como o pai da criminologia moderna. Em breves linhas, pode-se afirmar que o seu trabalho buscava explicar a criminalidade a partir de fatores orgânicos, tais como características físicas dos infratores.

Na lição de Shecaira (2008, p. 104), “[para] Lombroso, o mundo circuncidante era motivo desencadeador de uma predisposição inata, própria do sujeito em referência”.

Embora tal tese possa soar absurda nos dias atuais, os modernos teóricos da criminologia reconhecem a importância da obra de Lombroso, por ter sido o primeiro a conferir um caráter científico aos estudos criminológicos, bem como por ter exercido inegável influência sobre o pensamento da época.

De fato, durante muito tempo as teorias acerca do crime e suas causas pautavam-se em fatores biológicos ou, quando muito, socioeconômicos dos delinquentes.

Contudo, a criminologia ganha um novo paradigma a partir dos estudos de Edwin Sutherland, sociólogo norte-americano, sobre os “crimes do colarinho branco”, ou *white-collar crimes* – termo cunhado pelo próprio Sutherland, em seu discurso intitulado “*The White-Collar Criminal*”, proferido em 1939 para a *American Sociological Association*.

Sutherland (1940, p. 1-2) observou que as teorias sobre as causas da criminalidade até então apontavam para a pobreza e para as características sociais e pessoais como as únicas causas da criminalidade. Todavia, tal explanação apresentava apenas uma tendência, mas não abrangia uma grande gama de crimes cometidos por homens de negócios do alto escalão da sociedade.

Shecaira (2008, p. 200), discorrendo sobre o trabalho de Sutherland, explica que “o crime do colarinho-branco é aquele que é cometido no âmbito da sua profissão por uma pessoa de respeitabilidade e elevado estatuto social”. A partir deste conceito, observa-se o rompimento com os postulados criminológicos clássicos, que buscavam em fatores socioeconômicos a explicação para as condutas delituosas.

O próprio Sutherland (1940, p. 2, tradução nossa) é bem claro ao tratar desta ruptura:

The thesis of this paper is that the conception and explanations of crime which have just been described are misleading and incorrect, that crime is in fact not closely correlated with poverty or with the psychopathic and sociopathic conditions associated with poverty, and that an adequate explanation of criminal behavior must proceed along quite different lines. The conventional explanations are invalid principally because they are derived from biased samples. The samples are biased in that they have not included vast areas of criminal behavior of persons not in the lower class.¹

Outro aspecto importante dos crimes do colarinho branco anotado por Sutherland (1940, p. 9, tradução nossa) é a vulnerabilidade das vítimas. Segundo o autor, “in contrast with the Power of the White-collar criminals is the weakness of their victims. Consumers, investors, and stockholders are unorganized, lack technical knowledge, and cannot protect themselves”².

No Brasil, a repressão a tal modalidade criminosa só começou a ser desenvolvida a partir da década de 1960. Prado (2013, p. 146) explica que esta defasagem decorreu sobretudo da lenta evolução do mercado de capitais ocorrida no país, observando que “como no período de vigência das Ordenações de Reino e do Código Criminal do Império (1830) predominava o trabalho escravo e não existiam instituições financeiras(...), não havia a necessidade da previsão dessa espécie de delito”.

Some-se a isto a morosidade do legislador pátrio, que, não obstante a reforma do Sistema Financeiro Nacional tenha ocorrido ainda em 1964, apenas decorridos quase vinte anos veio a apresentar um projeto de lei destinado à sua tutela penal específica – o Projeto de Lei nº 273-D, de 1983, que veio a ser convertido na Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986.

O próprio legislador reconhece, na exposição de motivos do referido projeto de lei, o descompasso entre a realidade nacional da época e a atuação legislativa:

O presente projeto representa velha aspiração das autoridades e do povo no sentido de reprimir com energia as constantes fraudes observadas no sistema

¹ “A tese deste trabalho é a de que as concepções e explicações do crime que foram apresentadas são equivocadas e incorretas, pois o crime não está, em verdade, correlacionado à pobreza ou às condições psicopatas e sociopatas associadas à pobreza, e que uma explicação adequada sobre o comportamento criminoso deve seguir por uma linha bastante diferente. As explicações convencionais são inválidas principalmente porque são derivadas de amostras tendenciosas. As amostras são tendenciosas uma vez que não incluem vastas áreas de comportamentos criminosos de pessoas que não estão nas classes mais baixas”.

² “Em contraste com o poder dos criminosos de colarinho branco está a vulnerabilidade de suas vítimas. Consumidores, investidores, e acionistas são desorganizados, não possuem conhecimento técnico, e não podem proteger a si mesmos”.

financeiro nacional, especialmente no mercado de títulos e valores mobiliários.

Os cofres públicos, em função da preocupação governamental de preservar a confiança no sistema, vem sendo largamente onerados com verdadeiros escândalos financeiros sem que os respectivos culpados recebam punição adequada, se é que chegam a recebê-la.

A grande dificuldade do enquadramento desses elementos inescrupulosos, que lidam fraudulenta ou temerariamente, com valores do público, reside na inexistência de legislação penal específica para as irregularidades que surgiram com o advento de novas e múltiplas atividades no sistema financeiro, especialmente, após 1964.

A tipificação da criminalidade econômica no Direito brasileiro, portanto, só veio a ser efetivada a partir da publicação da Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986, que define os crimes contra o Sistema Financeiro Nacional, também conhecida como *Lei dos Crimes do Colarinho Branco*.

Ressalte-se que o conceito original de Sutherland, de viés eminentemente sociológico, abrangeria, em tese, uma gama de delitos tratados no ordenamento pátrio pelo Código Penal comum, tais como os crimes contra a ordem tributária, ou em outras leis especiais, no caso dos delitos de lavagem de capitais.

Não obstante, o legislador optou por usar o termo “crimes do colarinho branco” se referindo apenas aos crimes contra o Sistema Financeiro Nacional.

Assim, para os fins do presente trabalho, entenda-se o termo “crimes do colarinho branco” ou “crimes econômicos” exclusivamente como os delitos previstos na Lei nº 7.492/1986.

Feita esta ressalva, faz-se necessário tecer alguns comentários sobre o bem jurídico *a priori* tutelado pela Lei 7.492/1986, qual seja, o próprio Sistema Financeiro Nacional, a fim de prosseguir na análise do referido diploma legal.

2.1 Introdução ao Sistema Financeiro Nacional

O atual Sistema Financeiro Nacional encontra previsão na própria Constituição Federal, que dispõe em seu art. 192 que “o sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, será regulado em lei complementar”.

Interessante anotar, conforme Maia (1999, p. 17), que “até o advento da Constituição vigente o SFN não havia sido objeto de específico disciplinamento constitucional”, tendo, portanto, sido a Carta Magna de 1988 pioneira neste sentido.

Da leitura do texto constitucional, pode-se, sem maior esforço hermenêutico, inferir os dois principais objetivos do sistema financeiro, a saber: a promoção do desenvolvimento equilibrado do País e a consecução dos interesses da coletividade.

Segundo frisa Squizzato (2013, p. 252),

É importante salientar, na hipótese, que o texto constitucional consagra de forma expressa o condicionamento do setor financeiro nacional aos interesses da coletividade, visando ao desenvolvimento equilibrado do país. A atuação de seus órgãos, portanto, deve guardar compatibilidade com os princípios reguladores da atividade econômica e aos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (arts. 3º e 170 da CF).

Percebe-se, portanto, a importância da proteção jurídica ao bom funcionamento do sistema financeiro, não só como garantia de proteção patrimonial dos indivíduos que nele operam, mas do próprio desenvolvimento econômico nacional.

A regulamentação infraconstitucional do sistema financeiro, por sua vez, está contida nas chamadas Leis da Reforma Bancária e Lei do Mercado de Capitais – Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964, e Lei nº 4.728, de 14 de julho de 1965, respectivamente, ambas recepcionadas pela ordem constitucional vigente.

Assim, o art. 1º da Lei 4.595/94 estabelece a estrutura básica do Sistema Financeiro Nacional.

Art. 1º O Sistema Financeiro Nacional, estruturado e regulado pela presente Lei, será constituído:
I – do Conselho Monetário Nacional;
II – do Banco Central do Brasil;
III – do Banco do Brasil S.A.;
IV – do Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico;
V – das demais instituições financeiras públicas e privadas.

Sobre a estruturação do Sistema Financeiro Nacional, Squizzato (2013, p. 251) aduz que:

Quando falamos em Sistema Financeiro Nacional, estamos a tratar de uma estrutura formada por um conjunto de instituições financeiras, cujo papel é normatizar e/ou gerenciar as transferências de recursos entre os agentes econômicos (sejam eles particulares, pessoas jurídicas, seja a própria Administração Pública).

Na mesma esteira é a lição de Assaf Neto (2009, p. 47), segundo o qual

O Sistema Financeiro Nacional é formado por um conjunto de instituições públicas e privadas, que atuam por meio de diversos instrumentos

financeiros, na captação de recursos, distribuição e transferência de valores entre agentes econômicos.

A doutrina costuma, ainda, dividir o sistema financeiro em dois tipos, de acordo com as funções desempenhadas pelas instituições que os compõem. Segundo Caminha (2007, p. 11-12),

Dentre as instituições que se podem considerar inseridas no sistema financeiro, encontram-se órgãos reguladores e os mais variados tipos de instituições que, de alguma forma, lidam com captação e investimento de recursos ou com a intermediação de operações financeiras.

Assim, para Mellagi Filho e Ishikawa (2008, p. 116), o Sistema Financeiro se subdivide em uma divisão normativa, composta por duas autoridades monetárias – o Conselho Monetário Nacional e o Banco Central do Brasil – e uma autoridade de apoio – a Comissão de Valores Mobiliários, e uma divisão operacional, composta por instituições bancárias e não bancárias, além do Sistema Distribuidor de Títulos e Valores Mobiliários e agentes especiais.

Dentre as instituições inseridas na divisão normativa, o Conselho Monetário Nacional assume posição de maior destaque. Segundo Furlani (2013, p. 8), o CMN tem por finalidade principal a formulação da política de moeda e do crédito, a fim de atender aos interesses econômicos e sociais do País.

Trata-se, portanto, do mais importante órgão normativo do sistema financeiro, sendo atualmente integrado pelo Ministro da Fazenda, Ministro-Chefe do Planejamento e Presidente do Banco Central.

Quanto ao Banco Central do Brasil, Mellagi Filho e Ishikawa (2008, p. 118) apontam algumas peculiaridades.

No Brasil, em face de um mercado relativamente pequeno, o papel do Banco Central esteve muito atrelado a uma administração pública tipicamente centralizadora. Entretanto, não se pode dizer que o Banco Central do Brasil alcançou seu formato definitivo. A questão crítica, no momento, é determinar seu grau de independência em relação às políticas de crescimento econômico do país e aos problemas de financiamento do governo em suas diversas esferas.

Não obstante, os autores (2008, p. 118) apontam cinco papéis básicos desempenhados pelo Banco Central do Brasil, quais sejam: atuação como “*banco dos bancos*”, gestão do Sistema Financeiro Nacional, execução da Política Monetária, emissão e saneamento do meio circulante e intermediação financeira do Tesouro Nacional.

Por fim, na seara da divisão normativa, a Comissão de Valores Mobiliários, como o próprio nome sugere, tem como atribuições a normatização, controle e fiscalização do mercado de valores mobiliários, assim entendidos, nos termos da Medida Provisória nº 1.637, de 8 de janeiro de 1998, os títulos ou contratos de investimento coletivo, que gerem direito de participação, de parceria ou de remuneração, inclusive resultante de prestação de serviços, cujos rendimentos advêm do esforço do empreendedor ou de terceiros.

A divisão ou subsistema operacional, por sua vez, é composta por quatro segmentos, quais sejam: instituições bancárias, instituições não bancárias, sistema distribuidor de títulos e valores mobiliários e os agentes especiais.

Para os fins do presente trabalho, não será necessária uma análise mais aprofundada de cada um destes segmentos. Não obstante, cumpre assinalar a lição de Mellagi Filho e Ishikawa (2008, p. 123), discorrendo, em breves linhas sobre a divisão operacional.

Podemos dividir a Divisão Operativa em quatro segmentos, a saber:

1. Instituições bancárias: são as que intermediam recursos e tem como fonte depósitos à vista e a prazo e tem capacidade de criar moeda no conceito M1 (papel-moeda em poder do público mais depósitos a vista em bancos comerciais), destacando-se: Comerciais, Caixas Econômicas e Cooperativas de Crédito/Bancos Cooperativos;
2. Instituições não bancárias: são as que intermediam recursos, mas não tem capacidade de criar moeda no conceito M1, destacando-se Bancos de Desenvolvimento e Bancos de Investimento;
3. Sistema distribuidor de títulos e valores mobiliários: são as que apenas transacionam títulos e valores mobiliários, além de moeda estrangeira;
4. Agentes especiais: são instituições financeiras que atuam como banco de fomento e tem, em alguns casos, capacidade de criar moeda no conceito M1.

Feitas estas considerações acerca da estrutura básica e funcionamento do Sistema Financeiro Nacional, passa-se à análise geral da Lei nº 7.492/1986, que finalmente veio tipificar os chamados crimes do colarinho branco no Direito brasileiro.

2.2 Aspectos gerais da Lei 7.492/1986

Conforme anteriormente mencionado, a tutela penal específica do Sistema Financeiro Nacional só foi levada a efeito a partir da publicação da Lei nº 7.492/1986.

O bem jurídico *a priori* tutelado pelo referido diploma legal é o próprio Sistema Financeiro Nacional, embora não seja o único. De acordo com o exposto no

item 1.1 *supra*, o Sistema Financeiro Nacional tem por objetivo último a promoção do desenvolvimento equilibrado do País e a consecução dos interesses da coletividade; além disso, o próprio texto legal faz menção expressa à preservação dos interesses e valores da ordem econômico-financeira, conforme disposto em seu art. 23:

Art. 23 Omitir, retardar ou praticar, o funcionário público, contra disposição expressa de lei, ato de ofício necessário ao regular funcionamento do sistema financeiro nacional, bem como a preservação dos interesses e valores da ordem econômico-financeira:

Pena – Reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

Logo, ao tutelar o Sistema Financeiro Nacional, a lei está a proteger também o próprio desenvolvimento sustentável do País, bem jurídico de natureza transindividual. Neste sentido é a lição de Prado (2013, p. 148-149):

Em termos gerais, o bem jurídico tutelado nesse diploma é, fundamentalmente, o sistema financeiro nacional, consistente no conjunto de instituições (monetárias, bancárias e sociedades por ações) e do mercado financeiro (de capitais e valores mobiliários). Tem por objetivo gerar e intermediar crédito (e empregos), estimular investimentos, aperfeiçoar mecanismos de financiamento empresarial, garantir a poupança popular e o patrimônio dos investidores, compatibilizar crescimento com estabilidade econômica e reduzir desigualdades, assegurando uma boa gestão da política econômico-financeira do Estado, com vistas ao desenvolvimento equilibrado do país. Trata-se de bem jurídico de natureza macrossocial ou transindividual, de cunho institucional ou coletivo, salvo exceções.

A tutela penal de bens transindividuais, conforme anota Passos (2011, p. 23), configura uma atual tendência do Direito Penal - “não mais se protege apenas a vida, a honra, o patrimônio, tutela-se, neste instante, a ordem econômica, o sistema financeiro, a ordem tributária, previdenciária, as relações de consumo”. E prossegue a autora (2011, p. 23), discorrendo sobre algumas consequências desta nova tendência.

Cria-se a vitimização de natureza difusa. Deixa-se de ter a consciência exata da dimensão da lesão causada com este tipo de crimes, pois cada um perde a percepção de sua qualidade de sujeito passivo. Pode-se afirmar, de certo, que tal ausência de conhecimento chega a mitigar a importância que estes novos delitos tem no seio social, sobretudo quando se trata de crime de natureza econômica, visto que a lesão causada é, quase sempre, absorvida pelas próprias leis de mercado e da economia.

Nesta esteira, Mazloum (1999, p. 40) aduz que, além do Sistema Financeiro Nacional, são protegidos pela Lei nº 7.492/1986, embora de forma secundária e incidental, os bens individuais de pessoas físicas ou jurídicas que operam o sistema.

Além destes, o autor (1999, p. 43) sustenta que a tutela da referida norma recai também sobre alguns aspectos por vezes ignorados pela doutrina, tais como a *confiança dos investidores* e a *segurança dos negócios*.

Um poupador ou um investidor confia em uma instituição financeira não só por sua liquidez, mas porque sabe que o mercado em que está inserida é organizado, estruturado, recaindo sobre ele uma eficiente fiscalização estatal com vistas a manter sua normalidade.

[...]

Outro aspecto de vital importância para o regular funcionamento do Sistema Financeiro Nacional, conforme vimos, diz respeito à segurança dos negócios. O mercado financeiro e de capitais é essencialmente um mercado de risco. Os negócios nele realizados pelo público em geral devem ser transparentes e devidamente fiscalizados, havendo um mínimo de garantias de que serão honrados. As regras concernentes aos diversos tipos de negócios devem estar bem definidas para que os riscos assumidos sejam previamente conhecidos e proporcionais ao empreendimento. A ausência de seriedade nos negócios aumenta desnecessariamente os riscos inerentes, criando insegurança nos usuários dos produtos e serviços oferecidos no mercado. Tal situação, sem dúvida, percute de forma ruínosa ao regular funcionamento do Sistema Financeiro Nacional almejado.

Com efeito, sendo o risco um atributo intrínseco a qualquer operação financeira, mostra-se imprescindível uma tutela penal eficiente, não apenas para reprimir, mas também para prevenir condutas danosas, de forma a minimizar os riscos para o sistema decorrentes de atos ilícitos, propiciando um ambiente saudável para o desenvolvimento da atividade econômica.

Dentre as novidades inseridas no ordenamento jurídico pelo diploma legal em comento, a exposição de motivos do Projeto de Lei 273-D, de 1983, que deu origem à Lei 7.492/1986, faz menção expressa a algumas destas.

Daí submetermos à apreciação deste Congresso Nacional o presente projeto, onde, além de definir novos crimes resultantes das imposições circunstanciais, damos novo tratamento ao procedimento penal, tornando possível, na apuração dos crimes, a participação mais efetiva dos órgãos responsáveis pela gestão do sistema financeiro nacional, além de não permitir que nos crimes mais graves – pena de reclusão ou de detenção superior a dois anos – prevaleça o instituto da fiança e a apelação em liberdade exatamente para criminosos que mais possuem meios financeiros de se livrarem da prisão.

Nota-se, aí, a preocupação do legislador com algumas características inerentes aos agentes deste tipo de delito, notadamente quanto ao seu elevado poder econômico, que muitas vezes configura verdadeiro obstáculo à atuação da Justiça – seja por meios lícitos, como o instituto da fiança, mencionada pelo próprio legislador, seja por meios ilícitos.

Vaz e Medina (2012, p. 33), por seu turno, apontam outras dificuldades no combate aos delitos econômicos, dentre as quais “a estruturação voltada à prática delitiva, o emprego da Internet, a transnacionalidade, a utilização do sistema financeiro, a cooptação de agentes públicos e a dissimulação nos aparatos empresariais”.

Com efeito, o avanço tecnológico experimentado nas últimas décadas, não obstante tenha trazido inúmeras vantagens para a realização de operações financeiras, tais como a maior celeridade nas transações, proporcionou também novos meios para a perpetração dos crimes econômicos, desafiando a atuação estatal.

Isto posto, convém tecer algumas considerações sobre o conceito de instituição financeira, tendo em vista ser esta parte indispensável do *iter criminis* da modalidade delituosa em comento.

As instituições financeiras foram legalmente definidas pela Lei 4.595/1964, que estabeleceu a reforma do Sistema Financeiro Nacional, em seu art. 17, *caput* e parágrafo único.

Art. 17. Consideram-se instituições financeiras, para os efeitos da legislação em vigor, as pessoas jurídicas públicas ou privadas, que tenham como atividade principal ou acessória a coleta, intermediação ou aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, e a custódia de valor de propriedade de terceiros.

Parágrafo único. Para os efeitos desta lei e da legislação em vigor, equiparam-se às instituições financeiras as pessoas físicas que exerçam qualquer das atividades referidas neste artigo, de forma permanente ou eventual.

O art. 1º da Lei 7.492/1986, por sua vez, ampliou tal definição, garantindo maior abrangência à lei penal, e, logo, alargando sua esfera de incidência.

Art. 1º. Considera-se instituição financeira, para efeito desta lei, a pessoa jurídica de direito público ou privado, que tenha como atividade principal ou acessória, cumulativamente ou não, a captação, intermediação ou aplicação de recursos financeiros de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, ou a custódia, emissão, distribuição, negociação, intermediação ou administração de valores mobiliários.

Parágrafo único. Equipara-se à instituição financeira:

I – a pessoa jurídica que capte ou administre seguros, câmbio, consórcio, capitalização ou qualquer tipo de poupança, ou recursos de terceiros;

II – a pessoa natural que exerça quaisquer das atividades referidas neste artigo, ainda que de forma eventual.

Segundo Caminha (2007, p. 9), “o art. 1º da Lei n. 7.492/86, que estipula os crimes contra o sistema financeiro, traz definição ainda mais abrangente de instituição financeira, mas sempre levando em conta o critério das atividades exercidas”.

Comparando a redação dos dois dispositivos, tem-se que a Lei 7.492/86 exclui de sua tutela as instituições financeiras que operam com recursos próprios, uma vez que o Direito Penal não pune a autolesão, em obediência ao princípio da lesividade.

Ressalte-se, por oportuno, que a redação original do dispositivo em comento trazia a locução “de recursos financeiros, próprios ou de terceiros”, tendo sido objeto de veto pelo Presidente da República a expressão *próprios*, por meio da Mensagem de Veto nº 252, nos seguintes termos:

Incide o veto sobre as seguintes partes:

- No art. 1º, a expressão “, próprios ou”, porque é demasiado abrangente, atingindo o mero investidor individual, o que obviamente não é o propósito do legislador. Na aplicação de recursos próprios, se prejuízo houver, não será para a coletividade, nem para o sistema financeiro; no caso de usura, a legislação vigente é apenas de forma adequada quem a praticar. Por outro lado, o art. 16 do Projeto alcança as demais hipóteses possíveis, ao punir quem operar instituição financeira sem a devida autorização.

Tem-se, ainda, que a Lei 7.492/1986 ampliou o rol de atividades sob sua tutela, a fim de garantir maior abrangência à repressão aos crimes contra o Sistema Financeiro, além de incluir, ainda, as pessoas físicas que exerçam quaisquer das atividades elencadas no art. 1º.

Quanto às sanções cominadas, todos os tipos penais previstos na lei, sem exceção, trazem cumulativamente sanções de reclusão, que variam de um a quatro anos até de três a doze anos, e multa, numa tentativa do legislador de minimizar as dificuldades impostas pelo alto poder aquisitivo dos delinquentes econômicos à atuação do Judiciário, nos termos aduzido alhures.

A cominação da pena de multa, por seu turno, revela-se importante incentivo negativo para a prática dos delitos em comento, tendo em vista a natureza econômica dos ilícitos, conforme será oportunamente demonstrado.

No presente momento, são estes os conceitos introdutórios necessários à compreensão da análise que se pretende fazer.

3. INTRODUÇÃO À ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

Para aqueles alheios aos estudos das interações entre Direito e Economia, o termo Análise Econômica do Direito pode levar a questionar o que o estudo do Direito tem a ver com preços, taxas de juros, mercados, inflação, dentre outras questões tipicamente enfrentadas por economistas.

Quando muito, pode-se imaginar que a aplicação da Economia ao Direito caberia única e simplesmente em áreas bastante específicas das ciências jurídicas, tais como a legislação bancária, antitruste e afins. Nenhuma destas suposições é correta.

Conforme bem aponta Friedman (2000, p. 8, tradução nossa), “Economics, whose subject, at the most fundamental level, is not the money or economy but the implications of rational choice, is an essential tool for figuring out the effects of legal rules”.³

Partindo do pressuposto básico da Economia de que todo ser humano é um ser racional, e, enquanto tal, busca sempre a consecução de seus interesses – ou a *maximização de sua utilidade*, como preferem os economistas – pode-se compreender melhor as relações de causa e efeito entre as normas legais e o comportamento esperado dos indivíduos diante de tais normas.

O próprio Friedman (2000, p.8, tradução nossa) explica esta premissa:

The fundamental assumption of the economic approach, to law and everything else, is that people are rational. A mugger is a mugger for the same reason I am an economist: Given his tastes, opportunities and abilities, is the most attractive profession open to him.⁴

Sobre a ideia preconcebida de muitos juristas sobre o objeto de estudo da Economia, bem como sobre a racionalidade como seu pressuposto fundamental, Posner (2007, p. 3-4, tradução nossa) anota que:

Many lawyers still think that economics is the forbiddingly mathematized study of inflation, unemployment, business cycles, and other macroeconomic phenomena remote from the day-to-day concerns of the legal system. Actually the domain of economics is much broader. As conceived in this book, economics is the science of rational choice in a world – our world – in which resources are limited in relation to human wants. The task of

³ “A Ciência Econômica, cujo objeto, em seu nível mais fundamental, não é o dinheiro ou a economia, mas as implicações da escolha racional, é uma ferramenta essencial para entender os efeitos das normas legais”.

⁴ “O pressuposto fundamental da abordagem econômica, para o Direito ou qualquer outra coisa, é o de que as pessoas são racionais. Um ladrão é um ladrão pela mesma razão pela qual eu sou um economista: dadas suas preferências, oportunidades e habilidades, é a profissão mais atraente disponível para ele”.

economics, so defined, is to explore the implications of assuming that man is rational maximize of his ends in life, his satisfaction – what we shall call his 'self interest'.⁵

A ideia de racionalidade, por sinal, não é estranha ao Direito. Não raro, muitas decisões judiciais são fundamentadas no conceito do *homem médio*, utilizado como parâmetro de razoabilidade a ser comparado com o discutido no caso concreto⁶.

Zylbersztajn e Sztajn (2005, p. 80) também apontam a relação entre os conceitos de racionalidade para a Economia e para o Direito.

A noção de escolha racional está ínsita na ideia de capacidade e de imputação. Até os padrões do homem médio, do bom pai de família, do homem ativo probro tomam a racionalidade como suporte, porque essas pessoas se baseiam, ao determinar suas ações, nos padrões sociais ou institucionais existentes, aprovados, desejados, estimulados.

Ademais, sintetizando a relevância de uma perspectiva econômica para o Direito, aduzem os autores (2005, p. 3) que

O Direito, por sua vez, ao estabelecer regras de conduta que modelam as relações entre pessoas, deverá levar em conta os impactos econômicos que delas derivarão, os efeitos sobre a distribuição ou alocação dos recursos e os incentivos que influenciam o comportamento dos agentes econômicos privados.

Ressalte-se, por oportuno, que a relação entre Direito e Economia não é uma via de mão única: enquanto o estudo da Economia proporciona uma nova abordagem para o Direito, a compreensão de alguns institutos jurídicos pelos economistas revela-se de considerável importância, uma vez que tais institutos influenciarão diretamente o comportamento dos *agentes econômicos*.

Os teóricos da Economia Neoclássica do final do século XIX, por exemplo, partiam do pressuposto de que os agentes atuavam em um mundo hipotético no qual não havia *custos de transação*, assim definidos os custos incorridos quando os agentes recorriam ao mercado para obter algum bem ou serviço – aí incluídos, por exemplo, a

⁵ “Muitos juristas ainda pensam que Economia é o estudo estritamente matematizado da inflação, desemprego, ciclos de negócios, e outros fenômenos macroeconômicos distantes das preocupações do dia a dia do sistema legal. Na verdade, o domínio da Economia é muito mais amplo. Como entendido neste livro, Economia é a ciência da escolha racional em um mundo – nosso mundo – no qual os recursos são limitados em relação aos interesses humanos. O objeto da Economia, assim definida, é explorar as implicações da presunção de que o homem é um maximizador racional dos seus meios de vida, de sua satisfação – o que devemos chamar seu ‘interesse próprio’”.

⁶ Vide, no Direito brasileiro, Resp 1334097/RJ, Resp 1106827/SP, Resp 1119886/RJ, Resp 1037453/PR, Resp 29228/MG, dentre outros.

busca por informações, os impostos, a formalização e manutenção dos contratos, dentre outros.

Na lição de Caliendo (2008, p. 18),

A teoria dos custos de transação tem como pressupostos teóricos a ideia de racionalidade limitada, complexidade e incerteza, oportunismo e especificidade de ativos. A teoria parte do pressuposto de que os agentes econômicos são racionais, porém não detém todos os elementos para uma decisão racional. Não há como um agente prever todas as contingências futuras decorrentes de um contrato. Outro pressuposto é que não há como o mercado evitar a presença de comportamentos antiéticos em uma negociação, o que foi denominado de oportunismo.

Pinheiro e Saddi (2005, p. 61), em uma analogia bastante didática, aduzem que os custos de transação estão para a Economia assim como o atrito está para a Física: em que pese a ausência de atrito em situações hipotéticas ajude na compreensão de alguns conceitos básicos, não se pode simplesmente ignorá-lo em situações práticas.

Com efeito, as instituições jurídicas exercem influência direta sobre o comportamento dos indivíduos inseridos em determinada sociedade – que são os próprios agentes econômicos – pelo que não podem ser ignoradas pelos economistas na elaboração de suas teorias.

Conforme bem assinalam Zylbersztajn e Sztajn (2005, p. 3),

Em contraste com a lógica do paradigma neoclássico, mecanismos de coordenação econômica, dados por instituições políticas e legais, restringem as necessidades, as preferências e as escolhas dos atores econômicos: a ação individual não é soberana tal como querem os neoclássicos, mas é influenciada pelas instituições formais e informais.

Assim, o instrumental teórico da AED pode facilmente ser aplicado a todo e qualquer ramo do Direito, fornecendo uma perspectiva objetiva sobre a influência do arcabouço jurídico de uma dada sociedade sobre seus membros, seja na seara contratual, tributária, ou mesmo criminal.

Na lição de Stephen (1993, p. 2, tradução Neusa Vitale),

O que a economia está fornecendo aqui é uma estrutura teórica para a análise da lei: um método de dedução de prognósticos a respeito de um comportamento segundo “a lei” ou um método de dedução de um conjunto de normas para produzir o comportamento desejado. Este é um enfoque muito diferente daquele do estudo tradicional da lei.

Os diferentes métodos mencionados pelo autor supracitado configuram, em verdade, uma subdivisão da Análise Econômica do Direito amplamente tratada pela doutrina: a Análise Econômica Positiva e a Análise Econômica Normativa.

Não há em tal subdivisão qualquer diferença substancial quanto ao conteúdo da análise, mas sim quanto ao momento de sua aplicação: enquanto a Análise Positiva busca investigar os efeitos econômicos decorrentes de uma ordem jurídica já posta em vigor, isto é, de que forma o ordenamento vigente influencia o comportamento dos indivíduos, a Análise Normativa indaga sobre os possíveis efeitos de uma norma ainda não vigente, buscando inquirir se tal dispositivo realmente se presta a atingir os fins almejados pelo legislador.

Friedman (2000, p. 74, tradução nossa) traz um interessante exemplo para demonstrar a análise *ex ante* e *ex post*:

Someone offers you a bet on the flip of a coin: Heads he pays you two dollars, tails you pay him one. You agree. He flips the coin. It comes up tails, and you pay him a dollar.

Whether you should have made the bet depends on whether you judge it *ex ante* or *ex post*. *Ex ante*, judged by the information available to you at the time, it was a good bet, since on average you could expect to come out fifty cents ahead. *Ex post*, judged by the information available to you after the coin was flipped and you had lost, it was a bad bet, since it cost you a dollar.⁷

Para efeitos do presente trabalho, será realizada uma Análise Positiva, considerando que aqui se pretende realizar uma análise dos efeitos decorrentes de uma lei já posta em vigor.

3.1 Histórico e evolução da Análise Econômica do Direito.

Segundo Zylbersztajn e Sztajn (2005, p. 74), em que pese algumas relações entre Direito e Economia sejam mencionadas em datas mais antigas, até a década de 1960 ainda não havia estudos consolidados sobre uma Análise Econômica do Direito propriamente dita.

No mesmo sentido, Posner (2007, p. 23, tradução nossa) anota que, embora houvessem alguns estudos econômicos anteriores sobre determinadas áreas do Direito,

⁷ “Alguém propõe a você uma aposta no lançamento de uma moeda: cara ele paga a você dois dólares, coroa você paga a ele um. Você concorda. Ele lança a moeda. O resultado é coroa, e você paga a ele um dólar.

Se você deveria ou não ter feito a aposta depende de se você vai julgá-la *ex ante* ou *ex post*. *Ex ante*, julgando pela informação disponível naquele momento, era uma boa aposta, considerando que em média você poderia esperar um resultado de cinquenta centavos de lucro. *Ex post*, julgando pela informação disponível depois de a moeda ter sido lançada e você ter perdido, foi uma má aposta, considerando que você perdeu um dólar”.

tais como o Direito Tributário e Comercial, “until the 1960's, economic analysis of law was virtually synonymous with antitrust economics”⁸.

A doutrina sobre o *Law & Economics* identifica os trabalhos de Ronald Coase e Guido Calabresi como marcos iniciais da moderna Análise Econômica do Direito, muito embora não deixem de reconhecer a contribuição de alguns autores mais antigos para sua consolidação.

Zylbersztajn e Sztajn (2005, p. 74) afirmam que:

No século XVIII, Adam Smith e Jeremy Bentham, o primeiro ao estudar os efeitos econômicos decorrentes da formulação das normas jurídicas, o outro ao associar legislação e utilitarismo, demonstravam a importância de análise interdisciplinar ou multidisciplinar de fatos sociais.

Posner (2007, p. 24) reconhece que os trabalhos de Arthur Pigou influenciaram os escritos de Calabresi e Coase, mas afirma que os trabalhos daquele tiveram pouco impacto no pensamento jurídico da época.

Lopez (1987, p. 16-17, tradução nossa) vai além, apontando como pioneira na seara do Direito & Economia a obra *Dos Delitos e Das Penas*, escrita por Cesare Bonasera, Marquês de Beccaria, ainda em 1764. Segundo ele,

Las vinculaciones analíticas entre Derecho y Economía tienen sus raíces notablemente alejadas em el tiempo. Así, se considera pionera la preciosa obra de Cesare Bonasera, Marquesse di Beccaria (1764), (...). En dicha obra, que lo consagro como penalista (...), Bonasera realizo un análisis de los delitos y de las penas, lejos de la costumbre de su época, desde la perspectiva del daño y beneficio que proporcionan a la sociedad. Y en la revista *Il Caffé* (1764), que el mismo contribuyó a fundar en Milan, publicó un ensayo sobre el primer análisis económico concreto sobre problemas jurídicos: dada la proporción media de bienes de contrabando que será decomisados por la autoridad, ¿cuál es la cantidad total de bienes que han de introducir los contrabandistas para quedar sin perdida ni ganancia?⁹

Aponta, ainda (1987, p. 17) a corrente institucionalista de Wagner e Commons, pela qual as leis não seriam senão o resultado do próprio progresso da economia, como os fundamentos da chamada “Velha Análise Econômica do Direito”.

⁸ “Até os anos 1960, a análise econômica do Direito era virtualmente sinônimo da economia antitruste”.

⁹ “As análises dos vínculos entre Direito e Economia tem suas raízes notadamente distantes no tempo. Assim, se considera pioneira a preciosa obra de Cesare Bonasera, Marquês de Beccaria (1764), [...]. Na referida obra, que o consagrou como penalista, [...] Bonasera realizou uma análise dos delitos e das penas não segundo os costumes da época, mas a partir da perspectiva do dano e benefícios que proporcionariam à sociedade. E na revista *Il Caffé* (1764), que o mesmo ajudou a fundar em Milão, publicou um ensaio sobre a primeira análise econômica concreta de um problema jurídico: dada a proporção média de bens contrabandeados que são apreendidos pelas autoridades, qual é a quantidade mínima de bens que deve introduzir o contrabandista para que não haja perdas nem ganhos?”

Foi Posner (2007, p. 24-25) quem propôs a distinção entre a “Velha” e “Nova” Análise Econômica do Direito. Enquanto a primeira buscava a compatibilização entre as consequências econômicas e jurídicas de um determinado fato, a segunda pressupunha um resultado único, indivisível, cujos efeitos repercutem tanto para a Economia, quanto para o Direito.

O fato é que, durante muito tempo, grandes teóricos do Direito adotavam uma postura de separação entre as Ciências Jurídicas e os demais ramos do conhecimento humano, cujo expoente maior foi a Teoria Pura do Direito de Kelsen. Segundo Lopez (1987, p. 13, tradução nossa),

La imponente tradición del pensamiento jurídico formal amparado en el formalismo normativo de la Teoría Pura de Kelsen, en la jurisprudencia de conceptos o la teoría de la argumentación jurídica, há llevado a la Ciencia del Derecho más bien por la senda del autoconfinamiento y lejos del encuentro de otras ciencias sociales.¹⁰

Prossegue o autor (1987, p.14-15, tradução nossa), aduzindo que somente a partir do desenvolvimento da sociologia jurídica e da chamada *jurisprudência de interesses*, os fatos sociais e econômicos passaram a integrar a alçada de interesse dos juristas, a fim de reduzir a defasagem entre a realidade legal e a realidade social. Somando-se a isto a crescente interferência do Estado na vida econômica e social dos indivíduos, tem-se a premente necessidade de incorporação da Ciência Econômica ao discurso jurídico, como forma de atender aos objetivos político-econômicos do Estado.

Por fim, arremata Lopez (1987, p. 15, tradução nossa):

La irrupción de los hechos económicos como auténticos protagonistas de la vida social requería que la Ciencia del Derecho, como hemos comentado, no solo los aceptara como tales sino que internalizara de hecho que las leyes, em última instancia, no eran sino la forma de gobernar las relaciones económicas explícitas que se dan en la sociedad. De ahí surgió el que auténticamente puede ser denominado Análisis Económico del Derecho.¹¹

Hoje, com o conceito de interdisciplinaridade sendo amplamente aceito e encorajado no ambiente acadêmico, Albuquerque (2006, p. 2) anota que “a utilização da

¹⁰ “A imponente tradição do pensamento jurídico formal amparada pelo formalismo normativo da Teoria Pura de Kelsen, na jurisprudência dos conceitos ou teoria da argumentação jurídica, levou a Ciência do Direito pelo caminho do autoconfinamento e longe do encontro de outras ciências sociais”.

¹¹ “A irrupção dos fatos econômicos como autênticos protagonistas da vida social requería que a Ciência do Direito, como temos comentado, não apenas os aceitasse como tais, mas que também internalizasse o fato de que as leis em última instância, não eram senão a forma de gobernar as relações econômicas explícitas que se dão na sociedade. A partir daí surgiu o que autenticamente se pode denominar Análise Econômica do Direito”.

Análise Econômica do Direito, enquanto forma complementar de compreensão do fenômeno jurídico, tem crescido substancialmente na Academia brasileira”.

Feito este breve panorama do surgimento e evolução da AED, passa-se à exposição de seus fundamentos basilares, que servirão de referencial teórico para a análise que se pretende realizar no presente trabalho.

3.2 Premissas Básicas da Análise Econômica do Direito.

Conforme brevemente mencionado anteriormente, o objeto de estudo da Economia não é apenas o mercado, inflação, juros e afins, mas sim as implicações da escolha racional em um mundo em que os recursos são escassos. A racionalidade, portanto, configura um dos pilares da abordagem econômica, merecendo maior atenção.

Inicialmente, cumpre esclarecer que racionalidade não implica em consciência da escolha. Os indivíduos, ao expressarem suas preferências, não necessariamente desenvolvem um cálculo exato e preciso de todos os custos e benefícios decorrentes de uma determinada conduta – o que não significa dizer que façam suas escolhas de maneira irracional.

Conforme Posner (2007, p. 15, tradução nossa),

Rationality means little more to an economist than a disposition to choose, consciously or unconsciously, an apt means to whatever ends the chooser happens to have selected, consciously or unconsciously. In other words, rationality is the ability and inclination to use instrumental reasoning to get on in life¹².

Partindo deste pressuposto – de que os indivíduos tendem a buscar sempre a consecução de seus interesses, ou a *maximização de sua utilidade* – pode-se afirmar que os indivíduos tendem a *reagir a incentivos*.

Nesta esteira, o sistema jurídico não é senão um desses incentivos, posto em vigor de acordo com a necessidade do legislador em alterar o comportamento dos indivíduos em uma dada sociedade, seja por meio da criminalização de determinadas condutas, seja pela instituição de tributos, dentre outros.

Sobre o tema, Posner (2007, p. 4, tradução nossa) aduz que:

¹² “Racionalidade não significa muito mais para um economista do que a disposição de escolher, consciente ou inconscientemente, um meio apto para atingir quaisquer fins que o indivíduo tenha escolhido, consciente ou inconscientemente. Em outras palavras, racionalidade é a habilidade e inclinação para usar o raciocínio para ter sucesso na vida”.

The concept of man as a rational maximizer implies that people responds to incentives – that if a person’s surroundings change in such a way that he could increase his satisfactions by altering his behavior, he will do so.¹³

E prossegue o autor (2007, p. 4), aduzindo que de tal premissa derivam três princípios básicos da economia, dentre os quais se destaca, aqui, a relação inversa entre o preço cobrado por determinado bem e a quantidade demandada – *a Lei da Oferta e da Demanda*.

Cumprе salientar que o *preço*, aqui, não traduz necessariamente um valor pecuniário. Para a teoria econômica, as sanções estabelecidas em lei funcionam seguindo a mesma lógica: quanto mais grave a sanção prevista, menor será a probabilidade de alguém praticar a conduta sancionada.

Sobre o tema, Cooter e Ulen (2010, p. 25, tradução Luis Marcos Sander e Francisco Araújo da Costa) anotam que:

A economia proporcionou uma teoria científica para prever os efeitos das sanções legais sobre o comportamento. Para os economistas, as sanções se assemelham aos preços, e, presumivelmente, as pessoas reagem às sanções, em grande parte, da mesma maneira que reagem aos preços. As pessoas reagem a preços mais altos consumindo menos do produto mais caro; assim, supostamente, elas reagem a sanções legais mais duras praticando menos da atividade sancionada.

Assim, partindo de uma perspectiva econômica, o Direito não configura senão um *sistema de incentivos*, sejam positivos, sejam negativos, para a prática de condutas tidas como desejáveis pelo legislador. Zylbersztajn e Sztajn (2005, p. 75) bem explicam esta noção do Direito enquanto sistema de incentivos:

Tomando a Economia como poderosa ferramenta para analisar normas jurídicas, em face da premissa de que as pessoas agem racionalmente, conclui-se que elas responderão melhor a incentivos externos que induzam a certos comportamentos mediante sistema de prêmios e punições.

Sobre o tema, Lara (2009, p. 11) aduz que:

Isso significa dizer que as pessoas respondem a incentivos do meio externo com o fim de aumentar o nível de satisfação de seus interesses. O sujeito, na Análise Econômica do Direito, só age quando provocado pela perspectiva de um ganho, de aumento de seu conjunto de bens. Espera-se como resultado da conduta individual um benefício maior do que o custo daquela conduta.

¹³ “The concept of man as a rational maximizer implies that people responds to incentives – that if a person’s surroundings change in such a way that he could increase his satisfactions by altering his behavior, he will do so”.

Tal perspectiva, não obstante se estenda a todo e qualquer ramo do Direito, pode ser mais facilmente observada na prática em dois deles: no Direito Tributário e no Direito Penal.

Ao desejar promover o desenvolvimento econômico de determinada região, uma medida comum adotada pelo legislador é a de oferecer *incentivos fiscais*, isto é, editar leis reduzindo a carga tributária sobre determinado setor da economia em uma dada região, a fim de incentivar os empresários a ali se instalarem.

Da mesma forma, ao considerar determinada conduta potencialmente danosa à sociedade – por exemplo, o consumo de drogas –, o legislador tende a criminalizá-la, estabelecendo, assim, um *incentivo negativo* para a prática da mesma, embora isto não signifique que possa evitá-la por completo.

Friedman (2000, p. 8, tradução nossa), em elaborado exemplo, sintetiza e esclarece as premissas ora expostas, nos seguintes termos:

You live in a state where the most severe criminal punishment is life imprisonment. Someone proposes that since armed robbery is a very serious crime, armed robbers should get a life sentence. A constitutional lawyer asks whether that is consistent with the prohibition on cruel and unusual punishment. A legal philosopher asks whether it is just.

An economist points out that if the punishments for armed robbery and for armed robbery plus murder are the same, the additional punishment for the murder is zero – and asks whether you really want to make it in the interest of robbers to murder their victims.

[...]

Rationality does not mean that a burglar compiles an elaborate spread-sheet of costs and benefits before deciding whether to rob your house. An armed robber does not work out a precise analysis of how shooting his victim will affect the odds of being caught, whether it will reduce the chances by 10 percent or by 20. But if it is clear that it will reduce the risk of being caught without increasing the punishment, he is quite likely to pull the trigger.¹⁴

Ocorre que, embora ajam de forma racional, os agentes muitas vezes não dispõem de informações suficientes para a tomada de uma decisão – o que os

¹⁴ “Você vive em um estado onde a punição mais severa é a prisão perpétua. Alguém propõe que, como o roubo à mão armada é um crime muito sério, os assaltantes deveriam receber tal punição. Um advogado constitucionalista questiona se isto é consistente com a proibição de penas cruéis e exageradas. Um jusfilósofo indaga se é justo.

Um economista aponta que se as punições para roubo à mão armada e para roubo seguido de morte são as mesmas, a punição adicional para o homicídio é zero – e questiona se você realmente deseja tornar do interesse dos assaltantes assassinar suas vítimas.

[...]

Racionalidade não significa que um ladrão compila uma elaborada planilha de custos e benefícios antes de decidir roubar sua casa. Um assaltante armado não realiza uma análise precisa de como disparar contra sua vítima irá afetar a possibilidade de ser capturado, se reduzirá as chances em dez ou vinte por cento. Mas é claro que se isto irá reduzir o risco de ser capturado sem aumentar a punição, é bem provável que ele puxe o gatilho”.

economistas denominam *assimetria de informações* –, gerando algumas distorções que devem ser levadas em consideração.

O primeiro efeito da assimetria informacional sobre o comportamento dos agentes consiste na chamada *seleção adversa*, exposta por George Akerlof em seu trabalho “*The Market for Lemons: Quality Uncertainty and The Market Mechanism*”, publicado em 1970.

No referido artigo, Akerlof (1970, p. 488-489) explicava a teoria da seleção adversa a partir do mercado de carros usados nos Estados Unidos. Segundo o autor, existiam dois tipos de carros: carros bons e carros ruins – popularmente conhecidos nos Estados Unidos como “limões” –, e os agentes inseridos no mercado compravam carros novos sem saber se seria um carro bom ou ruim. Todavia, após um determinado tempo conduzindo o veículo, o indivíduo poderia ter uma boa noção da qualidade do automóvel. Caso este mesmo indivíduo opte por vender o carro que adquiriu, ele terá uma ideia mais precisa da qualidade do automóvel, informação esta que os demais consumidores não possuem, estabelecendo, portanto, a assimetria.

E prossegue o autor (1970, p. 491), aduzindo que, caso os compradores estejam dispostos a pagar um preço “x” por um carro usado, e supondo que este preço não seja interessante para o vendedor comercializar carros bons, este último, de posse da informação de quais carros são bons e quais são ruins, comercializará apenas os carros ruins.

Pinheiro e Salama (2013, p. 5) demonstram os efeitos da seleção adversa utilizando o mercado de crédito brasileiro, aduzindo que o grande interesse pelo crédito, aliado à alta taxa de juros, torna o crédito excessivamente caro para os consumidores. Assim, o crédito se torna atrativo apenas os consumidores envolvidos em atividades de alto risco, que esperam obter altos ganhos, capazes de pagar os custos do empréstimo. Desta feita, os consumidores de alto risco acabam por afastar os consumidores de baixo risco do mercado, aumentando o risco para as instituições financeiras e, conseqüentemente, os preços que estas cobram pelo crédito.

Cooter e Ulen (2010, p. 70, tradução Luis Marcos Sander e Francisco Araújo da Costa), por seu turno, exemplificam a seleção adversa a partir das empresas de seguro, que não dispõem das informações acerca da real situação dos segurados:

Vamos supor, como parece razoável, que em muitos casos os indivíduos sabem melhor do que a companhia de seguros quais são seus verdadeiros

riscos. Por exemplo: talvez só o segurado saiba que ele bebe muito e fuma na cama ou que pretende assassinar sua esposa, em cuja apólice de seguros ele acaba de ser nomeado beneficiário principal. Se esse for o caso, essa informação assimétrica poderá induzir só pessoas de alto risco a comprar seguro e pessoas de baixo risco a não o fazer.

A assimetria de informações gera, ainda, outra consequência, denominada *risco moral*. Novamente utilizando o exemplo da companhia de seguros, Cooter e Ulen (2010, p. 69, tradução Luis Marcos Sander e Francisco Araújo da Costa) aduzem que:

O risco moral surge quando o comportamento do segurado muda após a aquisição do seguro de modo que a probabilidade de perda ou sinistro ou o tamanho da perda aumenta. Um exemplo extremo é o incentivo do segurado para pôr fogo em sua casa quando a companhia de seguros permite que ele a segure por um valor maior do que seu valor de mercado. Um exemplo mais realista é a perda ou o prejuízo em decorrência de roubo. Suponha que você tenha acabado de adquirir um novo sistema de som para seu carro, mas não tem seguro para cobrir seu prejuízo em caso de roubo. Sob essas circunstâncias, é provável que você tranque o carro sempre que sair dele, estacione-o em lugares bem iluminados à noite, frequente estacionamentos bem vigiados, e assim por diante.

Suponha agora que você compre uma apólice de seguros. Com a apólice em vigor, você pode agora ser menos assíduo em trancar seu carro ou estacioná-lo em lugares bem iluminados. Em suma, o próprio fato de que seu prejuízo está coberto pelo seguro pode fazer com que você aja de modo a aumentar a probabilidade de um prejuízo.

Em outras palavras, o risco moral consiste no fato de que os agentes econômicos, uma vez protegidos contra os possíveis riscos de uma determinada conduta – seja por um contrato de seguro, seja por ações afirmativas governamentais – passam a agir de forma mais imprudente, o que não aconteceria caso não lhes fosse garantida a referida proteção.

Note-se que a assimetria de informações gera distorções tanto *ex ante* quanto *ex post* à realização das transações: enquanto a seleção adversa precede a contratação, o risco moral lhe é posterior.

Há de se considerar, ainda, os *custos de transação* envolvidos nas operações, brevemente mencionados na introdução deste capítulo, cujo conceito foi elaborado por Ronald Coase, em seu artigo “*The Problem of Social Cost*”, publicado em 1960.

Segundo Coase (1960, p. 15, tradução nossa),

In order to carry out a market transaction it is necessary to discover who it is that one wishes to deal with, to inform people that one wishes to deal and on what terms, to conduct negotiations leading up to a bargain, to draw up the contract, to undertake the inspection needed to make sure that the terms of the contract are being observed, and so on. These operations are often

extremely costly, sufficiently costly at any rate to prevent many transactions that would be carried out in a world in which the pricing system worked without cost.¹⁵

Pugliese e Salama (2008, p. 19) esclarecem o conceito, aduzindo que:

Um exemplo clássico de custos de transação diz respeito aos custos relacionados à solução de eventuais conflitos decorrentes de uma relação contratual. Quando analisa a conveniência e a oportunidade da celebração de um contrato, o indivíduo leva em consideração, entre outros fatores, os custos (a) de monitoramento do cumprimento do contrato pela outra parte (e.g., confirmação de pagamento das parcelas ou aferição da qualidade do produto prometido) e (b) a eficácia dos remédios oferecidos pela lei e pelo contrato para o caso de inadimplemento das obrigações assumidas. Quanto maiores os custos, menor o interesse do indivíduo em tomar parte no negócio jurídico.

Assim, os custos de transação podem ser entendidos, em síntese, como os custos que não estão inseridos dentre aqueles intrínsecos à transação em si, mas que são suportados pelos agentes quando recorrem ao mercado para obter algum bem ou serviço.

Por fim, cumpre ressaltar que o mercado não é um sistema hermético, de forma que as transações geram efeitos também sobre agentes alheios àquela operação específica, fazendo com que o preço negociado na transação desconsidere os custos ou benefícios que recairão sobre terceiros – é o que os economistas denominam *externalidade*.

Na lição de Albuquerque (2006, p. 21),

As externalidades são efeitos colaterais que ocorrem quando empresas ou pessoas que fornecem bens ou serviços no mercado impõem custos (ou benefícios) a terceiros que não se relacionam com estas operações comerciais. Ou seja, pessoas que se situam fora deste mercado acabam sendo indiretamente oneradas por efeitos externos gerados por operações de compra e venda. Este efeito negativo gera um ônus, e este ônus significa um custo. Esses custos para a sociedade não são computados no preço dos bens e serviços, pois são custos que não são arcados pelo fornecedor, que por isto não vai repassá-los ao consumidor. São, portanto, externos aos preços, mas deveriam ser computados (internalizados) no valor dos bens ou serviços, pois assim deixariam de gerar custos à sociedade.

O exemplo clássico de externalidades na doutrina do *Law & Economics* é o da fábrica que, ao produzir seus bens, lança fumaça na atmosfera, impondo um custo

¹⁵ Para realizar uma transação de mercado é necessário com quem se deseja negociar, informar às pessoas sobre seu desejo de negociar e em quais termos, conduzir as negociações até a barganha, redigir o contrato, empreender as inspeções necessárias para garantir que os termos do contrato serão observados, e daí por diante. Estas operações são geralmente extremamente dispendiosas, o suficiente para impedir muitas transações que ocorreriam em um mundo no qual o sistema de preços funcionassem sem custos.

para toda a coletividade. Em contrapartida, é estabelecido um tributo ao dono da fábrica como forma de compensação pelo prejuízo causado pela poluição, de forma a *internalizar* a externalidade, incluindo os custos da poluição dentre os custos de produção da fábrica.

Nesta perspectiva, o objetivo do Direito é justamente o de reduzir as externalidades e os custos de transação, a partir de um sistema de incentivos positivos e negativos, nos termos explicados anteriormente. A eficiência do ordenamento jurídico, portanto, pode ser observada na medida em que as normas postas são ou não aptas a reduzi-las.

Neste sentido é a lição de Friedman (2000, p. 11, tradução nossa), segundo o qual “legal rules are to be judged by the structure of incentives they establish and the consequences of people altering their behavior in response to those incentives”.¹⁶

Ademais, a percepção da busca pela máxima utilidade ajuda a esclarecer porque determinados indivíduos optam por viver à margem da lei. Pode ocorrer que, em uma dada situação fática, uma ação ilegal acarrete mais benefícios ao agente do que o comportamento permitido por lei – e aqui, mais uma vez, a compreensão de alguns conceitos econômicos pode ajudar na análise de tal fenômeno.

Na ótica econômica, cada escolha racional implica, invariavelmente, na renúncia a todas as outras possibilidades. O exemplo clássico na doutrina de Direito e Economia é o caso do jovem estudante – ao optar por frequentar a escola, o sujeito deixa de auferir os lucros que poderia ganhar caso optasse por ingressar logo no mercado de trabalho.

Neste exemplo, a renda que o jovem deixa de obter é denominada pelos economistas de *custos de oportunidade*, assim chamadas todas as vantagens que um determinado agente deixa de ganhar ao optar por um determinado comportamento.

Pinheiro e Saddi (2006, p. 74) trazem este exato exemplo:

Por exemplo, o custo de oportunidade de alguém que frequenta a escola é a renda que poderia ganhar se estivesse empregado. Do ponto de vista econômico, só faz sentido ir à escola se o aumento de rendimentos obtido como resultado da instrução recebida superar esse custo de oportunidade.

¹⁶ “As normas legais devem ser julgadas pela estrutura de incentivos que estabelecem e pelas conseqüências das alterações no comportamento das pessoas decorrentes destes incentivos”.

Malloy (1990, p. 17, tradução nossa), por sua vez, exemplifica os custos de oportunidade a partir dos salários pagos a professores de nível superior em diferentes universidades:

On one level, when I decide to go into Law teaching I must weigh the opportunity cost of giving up private practice to teach. I am willing to take less pay teaching in exchange for more control over the projects I work on and for flexibility in determining the hours and days in which I do my work. On a second level, the reason many argue that law school and medical school professors make twice the salary of history professors is that history Ph.D.s have less in the way of alternative job opportunities outside of the university setting.¹⁷

Desta feita, estabelecidas as premissas básicas da Análise Econômica do Direito, nas quais o presente trabalho busca o suporte necessário para uma abordagem da Lei 7.492/1986, passa-se, enfim, à análise do diploma legal.

¹⁷ “Primeiramente, quando eu decido ensinar direito, devo sopesar o custo de oportunidade de desistir de praticar a advocacia para ensinar. Eu desejo receber menos para ensinar em troca de um maior controle sobre os projetos em que trabalho e por flexibilidade nos dias e horários nos quais eu faço meu trabalho. Em segundo lugar, a razão pela qual muitos argumentam que os professores de direito ou medicina ganham o dobro do salário de professores de história é que os Ph.Ds em história tem menos oportunidades de emprego fora do âmbito da universidade”.

4. A CRIMINALIDADE ECONÔMICA À LUZ DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

Apresentados o objeto de estudo do presente trabalho, qual seja, a Lei 7.492/1986, bem como os postulados básicos da abordagem que ora se pretende aplicar, passa-se, finalmente, à análise dos crimes do colarinho branco em uma perspectiva de Direito e Economia.

4.1 Crimes do colarinho branco, custos de transação e a Lei 7.492/1986.

Partindo-se de uma perspectiva econômica, o Direito não configura senão um sistema de incentivos, por meio do qual os agentes econômicos são estimulados a praticar ou não determinada conduta, a fim de reduzir os custos de transação e externalidades existentes no mercado.

Tem-se, ainda, que os crimes do colarinho branco – ou *crimes econômicos*, como prefere a doutrina mais moderna – são, por definição, cometidos por indivíduos de maior poder aquisitivo, desafiando as teorias criminológicas tradicionais sobre as causas da delinquência.

Conforme demonstrado no primeiro capítulo do presente trabalho, o próprio Sutherland (1940, p. 9) consignou que as vítimas deste tipo de delito são mais vulneráveis, uma vez que consumidores e acionistas não possuem o mesmo conhecimento técnico e não podem se proteger.

Pode-se, a partir daí, extrair duas implicações: primeiro, o dinheiro tem uma *utilidade marginal* reduzida para os delinquentes econômicos em relação aos demais indivíduos; e segundo, o que Sutherland estabeleceu em seu trabalho é que a assimetria de informações é uma condição inerente aos crimes do colarinho branco.

Utilidade marginal, na lição de Malloy (1990, p. 25, tradução nossa), “is the additional utility a person receives from consuming one additional unit of a good”.¹⁸ Para ilustrá-la, o autor (1990, p. 25, tradução nossa) traz o seguinte exemplo:

It is a hot sunny Day and you are very thirsty. You arrive at a soda stand. Your first glass of Coke is very good and of great value to you. In fact you may be so thirsty that you would be willing to pay \$1.00 instead of the asking price of .50 cents. Your second, third and fourth glass of Coke are less and

¹⁸ “Utilidade marginal é a utilidade adicional que uma pessoa recebe ao consumir uma unidade adicional de um bem”.

less valuable as you are now cooled down and no longer as thirsty. You may not want another glass even if offered for .25 cents or ½ price.¹⁹

A utilidade adicional de mil reais para um milionário, por exemplo, é menor do que para alguém que só possua cem reais. Enquanto para o primeiro a quantia de mil reais representa um acréscimo de apenas 0,1% ao seu patrimônio, para o segundo o crescimento seria da ordem de 1000%.

Os delinquentes econômicos, por gozarem de uma situação econômica mais favorável, tem reduzida utilidade marginal para o dinheiro obtido a partir da conduta ilícita, pelo que, em tese, teriam menos incentivos para a prática de crimes. Por outro lado, os acionistas, ao buscarem investir no sistema financeiro, não tem como saber quais companhias operam honestamente, e quais operam de forma fraudulenta.

Assim, a ausência de uma tutela penal apta a dissuadir os crimes econômicos afasta os investidores do mercado, uma vez que, na impossibilidade de saberem quais companhias são honestas, eles podem preferir opções mais seguras de investimento, tais como uma conta-poupança, ou simplesmente não investir e guardarem consigo o dinheiro. Ressalte-se que não se trata, aqui, dos riscos característicos das operações financeiras em si, mas de um risco adicional decorrente da possibilidade de a companhia atuar ilicitamente.

Tem-se, ainda, que a presença destes infratores no seio do sistema financeiro impõe elevados custos de transação ao investidor honesto.

Conforme sedimentado no segundo capítulo, custos de transação são os custos incorridos pelos agentes econômicos quando da realização de transações no mercado, como, por exemplo, os custos para a formulação e manutenção de contratos.

Se tais custos já existem em uma transação em condições normais, na qual cada parte conhece bem os direitos e obrigações da outra, e, mesmo com mecanismos próprios para coibir seu descumprimento, ainda assim algumas transações são inibidas, os custos gerados por uma atuação ilícita, que, por óbvio, é feita de forma dissimulada, causariam um efeito ainda mais grave.

¹⁹ “É um dia quente e ensolarado e você está com muita sede. Você chega a uma barraca de refrigerantes. Seu primeiro copo de Coca-Cola é muito bom e tem grande valor para você. De fato, você está com tanta sede que está disposto a pagar um dólar em vez do preço cobrado de cinquenta centavos. Seu segundo, terceiro e quarto copos de Coca-Cola seu menos e menos e valiosos, agora que você já se refrescou e não está mais com sede. Você pode não querer outro copo mesmo que este seja oferecido a você por vinte e cinco centavos ou metade do preço”.

E mais: ainda que seja constatada a transação fraudulenta, com a instauração do correspondente procedimento penal e no caso de eventual condenação do infrator, tal fato não garante o ressarcimento dos prejuízos da vítima, uma vez que a pena de multa aplicada na seara criminal não é revertida em seu favor, devendo perseguir na esfera cível, por seus próprios esforços, a devida reparação.

Ademais, a perpetração dos crimes econômicos gera externalidades negativas para os demais agentes econômicos, seja pelo fato de os infratores obterem vantagens indevidas em relação às demais instituições financeiras, seja pelo fato de os investidores terem que arcar com os riscos adicionais decorrentes da atuação ilícita.

Por fim, há de se considerar que a opção pela criminalidade impõe custos de oportunidade aos delinquentes. Cooter e Ulen (2010, p. 489, tradução Luis Marcos Sander e Francisco Araújo da Costa) anotam que:

As atividades criminosas desviam o trabalho dos criminosos das atividades legais para as ilegais, impondo custos de oportunidade. O contador que desvia o dinheiro de seus clientes, por exemplo, tem menos tempo para serviços legítimos de contabilidade. Além disso, na cadeia, o mesmo contador não pode controlar as informações fiscais de clientes.

Em se tratando de crimes do colarinho branco, a análise dos custos de oportunidade assume outros contornos. Primeiro, porque o lucro proveniente da atividade lícita praticada por estes agentes, por si só, é economicamente interessante, de forma que os proventos do crime tem sua utilidade marginal reduzida, nos termos explicados no início deste capítulo.

Segundo, porque é impossível mensurar o valor da liberdade, que seria o custo incorrido no caso de insucesso da ação criminosa. Por que, então, arriscar, se a opção pela conduta lícita traria um retorno suficiente ao agente, sem o risco da sanção penal? Faz-se, portanto, necessária uma investigação mais aprofundada sobre os incentivos à prática do ilícito.

A doutrina especializada é unânime em apontar o principal incentivo à criminalidade econômica: a impunidade dos infratores. Conforme a lição de Vaz e Medina (2012, p. 49),

A impressão que fica é de que o delinquente econômico acredita muito mais na sua impunidade do que o delinquente comum. Esse raciocínio consequencialista, que está por trás de todo o delito, parece ser mais evidente nos crimes econômicos, cujos proveitos (lucros) muitas vezes justificam os riscos de uma reprimenda penal, pois que atenuados estes pela escassa efetividade do Direito Penal Econômico.

Shecaira (2008, p. 201-202), por sua vez, ilustra alguns fatores que contribuem para a impunidade:

Em primeiro lugar, o juízo que se faz dos grandes empresários, dos banqueiros poderosos ou dos megaindustriais inclui um misto de medo e admiração. Aqueles que são responsáveis pelo sistema de justiça penal podem sofrer as consequências de um enfrentamento com os homens que detém o poder econômico. Além disso, os legisladores admiram e respeitam os homens de negócios, não sendo concebível tratá-los como delinquentes.

Na mesma esteira é a lição de Baratta (2013, p. 102, tradução Juarez Cirino dos Santos), discorrendo sobre os motivos para a escassa perseguição aos delinquentes econômicos:

Trata-se, como se sabe, de fatores que são ou de natureza social (o prestígio dos autores das infrações, o escasso efeito estigmatizante das sanções aplicadas, a ausência de um estereótipo que oriente as agências oficiais na perseguição das infrações, como existe, ao contrário, para a infrações típicas dos estratos mais desfavorecidos), ou de natureza jurídico-formal (a competência de comissões especiais, ao lado da competência de órgãos ordinários, para certas formas de infrações, em certas sociedades), ou, ainda, de natureza econômica (a possibilidade de recorrer a advogados de renomado prestígio, ou de exercer pressões sobre os denunciadores etc).

Com efeito, a gravidade da sanção cominada em abstrato ao delito, por si só, não configura incentivo negativo suficiente para barrar o cometimento do crime. Outros fatores devem entrar na equação, notadamente a efetividade das sanções impostas, a fim de atestar a eficiência do ordenamento jurídico na prevenção dos crimes econômicos.

Magalhães e Reginaldo (2010, p. 579) apontam diversos institutos no Direito Penal pátrio que atuam como verdadeiros incentivos positivos à prática de delitos em geral, destacando a progressão de regime, o limite de cumprimento da pena privativa de liberdade em trinta anos e a suspensão condicional da pena – o qual será analisado mais detidamente neste trabalho.

A suspensão condicional da pena, ou *sursis*, encontra previsão no art. 77 do Código Penal brasileiro, sendo aplicável nos casos de condenação a pena privativa de liberdade não superior a dois anos, observados, ainda, três requisitos: o condenado não seja reincidente em crime doloso; a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias autorizem a concessão do benefício; por fim, não seja indicada ou cabível a substituição prevista no art. 44 do CP, que trata das penas restritivas de direitos.

Isto posto, considere-se que: a) os delitos econômicos, pelos motivos já explicados neste trabalho, possuem uma maior taxa de impunidade se comparados com os crimes comuns; b) à exceção do delito de gestão fraudulenta, previsto no art. 4º, *caput*, da Lei 7.492/86, os demais crimes tipificados no referido diploma legal prevêm pena mínima de um ou dois anos; c) os delinquentes econômicos, por definição, gozam de bom *status* social, atendendo ao requisito do art. 77, II, do Código Penal e elevando a probabilidade de que, em caso de uma eventual condenação, a pena seja fixada próxima ao mínimo.

Tem-se, portanto, estabelecido verdadeiro incentivo para que, ao menos uma vez, em observância ao critério da reincidência, seja praticado um crime econômico, exceto o delito de gestão fraudulenta, tendo em vista que, caso seja condenado, é muito provável que o infrator seja beneficiado com o *sursis*.

Outro instituto apontado pela doutrina especializada como incentivo para a prática dos delitos econômicos é a prescrição. Vaz e Medina (2012, p.51) afirmam que a prescrição penal, não obstante sua robusta fundamentação teórica, “constitui um inimigo mortal do Direito Penal qualquer que seja a sua vertente, mas tende a ocorrer muito mais freqüência nos delitos econômicos”.

Levando-se em conta que os delinquentes econômicos possuem recursos para arcar com as despesas de sua defesa no curso de um eventual processo penal, contratando bons advogados, que, somados à quantidade excessiva de recursos previstos na legislação processual pátria, conforme observado por Gomes (2008, p. 513), podem arrastar o procedimento até que seja alcançada a prescrição.

Com efeito, Vaz e Medina (2012, p.52) anotam que, não obstante a complexidade das investigações referentes a tal modalidade delituosa, bem como os entraves burocráticos atribuídos ao próprio Judiciário, “a maior parte das práticas protelatórias que levam à prescrição são creditáveis às defesas, invariavelmente patrocinadas por grandes escritórios de advocacia”.

E arrematam os autores (2012, p. 52):

É comum o abuso do direito defensivo: escusas injustificadas ao recebimento de citações, alterações de endereço sem comunicar ao juízo, pedidos de diligências despidas de relevância probatória, arrolamento de testemunhas inexistentes, com endereço errado ou meramente abonatórias e residentes no exterior, interposição de recursos temerários e flagrantemente infundados, com o escopo exclusivo de protelar o desfecho da ação penal. Essas práticas, dentre outras, fazem com que o processo se estenda muito além de seu ideal prazo de duração.

Assim, alguns institutos, ainda que assentados em propósitos nobres, acabam por configurar verdadeiros incentivos à prática delituosa.

4.2 Eficiência na punição dos crimes econômicos e custos sociais.

No Direito Civil, quando um indivíduo, por um ato ilícito, causa um prejuízo a outrem, a lide é resolvida com base na responsabilidade civil. Nestes casos, a solução adotada é a de estabelecer uma indenização pelos danos causados, de forma a compensá-los.

Na lição de Cooter e Ulen (2010, p. 473, tradução Luis Marcos Sander e Francisco Araújo da Costa), a indenização, na esfera cível, será perfeita quando o autor internalizar o prejuízo causado, e a vítima tornar-se indiferente a este em razão da indenização paga.

Todavia, ressaltam os autores (2010, p. 473, tradução Luis Marcos Sander e Francisco Araújo da Costa) que, na seara criminal, o conceito de indenização perfeita não se aplica, pois o objetivo, aqui, não é compensar os prejuízos causados pelo crime, e sim dissuadi-los:

[...] o objetivo da punição do crime é dissuadir prejuízos intencionais, não compensá-los. Imagine um experimento mental sobre o crime. Quanto dinheiro seria necessário para que você concordasse em ser espancado com um martelo? A pergunta não faz muito sentido. O conceito de indiferença é de difícil aplicação para crimes como a agressão. Por consequência, a legislação relevante não pode ter como objetivo a indenização perfeita das vítimas e a internalização dos custos por parte dos autos da lesão. Em vez de precificar o crime, o objetivo da pena é dissuadi-lo. O Estado proíbe que os indivíduos intencionalmente prejudiquem outros indivíduos e utiliza as penas como um modo de fazer cumprir a proibição. Assim, quando a indenização perfeita é impossível, o direito penal é um suplemento necessário ao direito da responsabilidade civil.

No Direito Penal brasileiro, são três os tipos de sanções aplicáveis aos infratores em geral, conforme previsto no art. 32 do Código Penal, quais sejam, penas privativas de liberdade, restritivas de direito ou de multa.

Conforme mencionado no primeiro capítulo, os tipos penais previstos na Lei 7.492/1986, sem exceção, trazem cumulativamente sanções de reclusão, que variam de um a quatro anos até de três a doze anos, e multa.

A pena de multa configura, por óbvio, o principal incentivo negativo para a prática dos crimes econômicos. Por se tratar de delito de caráter eminentemente

patrimonial, uma vez que o infrator não busca senão seu enriquecimento, a previsão de multas em valores elevados pode impor uma relação de custo-benefício desvantajosa para o agente, desestimulando a prática do crime.

Em relação às penas privativas de liberdade, tem-se que, mesmo que superados todos os entraves à persecução dos crimes do colarinho branco, nos termos expostos anteriormente, ainda assim a prisão dos delinquentes econômicos não seria uma medida economicamente eficiente.

A prática de um delito, qualquer que seja sua natureza, impõe custos à sociedade como um todo – são os chamados *custos sociais*, que, conforme Cooter e Ulen (2010, p. 488-489, tradução Luis Marcos Sander e Francisco Araújo da Costa), consistem nos prejuízos suportados pelas vítimas, somados aos gastos despendidos pelo Estado e pelos particulares na prevenção dos delitos.

Sobre o tema, Friedman (2000, p. 225, tradução nossa) anota que:

Making sense of criminal enforcement requires us to think seriously about its costs. To deter crime we must catch offenders and punish them. Both activities are costly, so we should take those costs into account in deciding what punishment to impose.²⁰

Não obstante seus custos, as penas privativas de liberdade trazem também alguns benefícios, que, por sinal, são bem conhecidos pelos teóricos do Direito Penal. Na lição de Cooter e Ulen (2010, p. 510, tradução Luis Marcos Sander e Francisco Araújo da Costa), são eles: a dissuasão, a retribuição, a reabilitação e a incapacitação dos infratores.

A dissuasão e a retribuição dispensam maiores comentários: enquanto a primeira consiste no fato de a pena cominada desestimular a prática de crimes, nos moldes amplamente discutidos neste trabalho, a segunda pode ser resumida pelo brocardo latino *quia peccatum est* – “pune-se porque pecou” – ou seja, tendo o criminoso causado um mal, é justo que receba o devido castigo.

A incapacitação, para os termos do presente trabalho, também não requer maior atenção – consiste, em síntese, segundo Cooter e Ulen (2010, p. 511, tradução Luis Marcos Sander e Francisco Araújo da Costa), no fato de que “enquanto confinados, os criminosos não podem cometer delitos contra pessoas fora das prisões”.

²⁰ “Para que a execução penal faça sentido, devemos pensar seriamente sobre seus custos. Para dissuadir o crime, devemos capturar os criminosos e puni-los. Ambas as atividades são dispendiosas, então devemos levar estes custos em consideração quando decidirmos qual punição impor”.

A reabilitação, por sua vez, merece uma análise mais detida. Isto porque, na lição de Gomes (2008, p. 513),

[...] como aplicar tal teoria [da ressocialização dos criminosos] a uma pessoa que já está mais do que inserida na sociedade, na maioria das vezes em altos estratos sociais? O aspecto ressocializador da pena visa buscar o melhor ofício para aquele que delinuiu, de forma a inseri-lo na sociedade. Não obstante, é por causa dessa notável inserção social que o criminoso do colarinho branco possui (juntamente com o seu respeitoso trabalho enriquecedor) que ele comete crimes! É exatamente o seu prestígio social que permite a prática de delitos.

De fato, o caráter ressocializador da pena não tem aplicação prática aos crimes do colarinho branco, uma vez que os agentes deste tipo de delito não necessitam de reabilitação. Além disso, conforme exposto anteriormente, a cominação de pena privativa de liberdade para os crimes contra o Sistema Financeiro Nacional não configura incentivo negativo suficiente para a abstenção da prática destes delitos, perdendo também o seu caráter dissuasivo.

A pena privativa de liberdade, portanto, em relação aos delitos econômicos, assume um caráter meramente retributivo, o que, além de não coadunar com a ordem jurídica vigente²¹, impõe ao Estado os custos da manutenção do apenado sob sua custódia, sem garantir a prevenção de novos crimes, comprometendo sua eficiência.

Por conseguinte, a pena de multa se revela uma alternativa cada vez mais atraente na dissuasão desta modalidade delituosa. Posner (2007, p. 223, tradução nossa) é bastante enfático sobre a matéria:

The social costs of imprisonment exceed those of collecting fines from solvent defendants. There is the expense of constructing, maintaining, and operating prisons (only partly offset by the savings in the living expenses on the outside that the criminal would incur if he were not in prison), the loss of the incarcerated individual's lawful production (if any) during the period while he is in prison, the disutility of imprisonment to him (which generates no corresponding benefit to the state, as fine does), and the impairment of his productivity in legitimate activities after release.²²

²¹ Nos termos do art. 59 do Código Penal, “o juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, [...] estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime” as penas cabíveis, bem como sua dosimetria – percebe-se, aí, a impossibilidade de fixação de pena em caráter exclusivamente retributivo.

²² “Os custos sociais do aprisionamento excedem aqueles do recolhimento de multas de réus solventes. Existe o alto custo de construir, manter e operar prisões (apenas parcialmente compensados pela economia no custo de vida que o criminoso incorreria se não estivesse na prisão), a perda da produção legítima do encarcerado (se houver) pelo período em que estiver na prisão, a desutilidade do aprisionamento para ele (que não gera um benefício correspondente para o Estado, como a multa faz), e a diminuição da sua produtividade em atividades legítimas após ser solto”.

Ademais, vale lembrar que existe, no Direito brasileiro, a possibilidade de aplicação das penas restritivas de direitos, nos termos do art. 43 do Código Penal, que prevê, em seu inciso V, a interdição temporária de direitos.

Os delinquentes econômicos, *per se*, não apresentam risco à sociedade, ao contrário do perigo que oferece, por exemplo, um homicida ou estuproador. Apenas quando operam no sistema financeiro é que os criminosos do colarinho branco podem causar algum mal.

Logo, a imposição de uma penalidade no sentido de afastar estes infratores do sistema financeiro, não por meio do aprisionamento, mas por mera interdição temporária de direitos, configuraria uma solução ótima, reduzindo os custos para o Estado, que agora só se incumbiria de fiscalizar o cumprimento da sanção, em vez de ter a custódia integral do apenado.

Além disso, restaria configurado o incentivo negativo para a prática desta modalidade delituosa, uma vez que afastaria os criminosos da fonte de seu enriquecimento ilícito, sem possibilidade de recurso ao *sursis*, que só é aplicável às penas privativas de liberdade.

Neste sentido, Posner (2007, p. 223, tradução nossa) aduz que:

Much can be done to improve alternative punishments to imprisonment. Fines can be made payable in installments. They can be made proportionate to and payable out of earnings, rather than being a fixed dollar amount. Exclusion from particular occupations can be used as a sanction²³.

Desta feita, faz-se necessário repensar os dogmas do Direito Penal pátrio, notadamente quanto à punição dos infratores econômicos e a eficiência das penas de encarceramento, não apenas para garantir uma efetiva punição aos delinquentes, mas também para estabelecer mecanismos aptos a coibir a prática criminosa.

²³ “Muito pode ser feito para aperfeiçoar punições alternativas ao aprisionamento. Multas podem ser aplicadas com pagamento parcelado. Podem ser estabelecidas proporcionalmente e descontadas diretamente de proventos, em vez de uma quantia fixa de dólares. A exclusão de alguma profissão específica pode ser utilizada como sanção”.

5. CONCLUSÃO

O presente trabalho realizou uma análise da Lei nº 7.492/1986 a partir do enfoque positivo da Análise Econômica do Direito, a fim de atestar se o referido diploma legal configura um incentivo negativo apto a coibir a prática dos crimes do colarinho branco no âmbito do Sistema Financeiro Nacional.

Foi visto que o bem jurídico tutelado pela Lei nº 7.492/1986 é, *a priori*, o próprio Sistema Financeiro Nacional, e, de maneira incidental, o próprio desenvolvimento equilibrado do País, dentre outros interesses de natureza transindividual, tais como a confiança dos investidores e segurança dos negócios, de forma que a prática dos delitos econômicos impõe graves danos a toda a coletividade, desafiando a atuação estatal não apenas para reprimir, mas principalmente para coibir a perpetração desta modalidade criminosa.

Foi demonstrado, ainda, que a Análise Econômica do Direito pode fornecer um instrumental teórico capaz de verificar se os incentivos postos pelo diploma legal em estudo são ou não capazes de desestimular o cometimento dos crimes econômicos, a fim de reduzir os custos de transação e externalidades gerados pela atividade ilícita.

Ademais, foi evidenciado que as condições socioeconômicas intrínsecas aos criminosos do colarinho branco, aliadas à morosidade do Judiciário e a alguns institutos excessivamente garantistas presentes no Direito Penal pátrio, constituem verdadeiros incentivos à prática dos crimes econômicos, comprometendo a eficiência da Lei nº 7.492/1986.

Isto posto, as conclusões do presente trabalho são:

1. O diploma legal ora em análise falha em estabelecer incentivos negativos aptos a prevenir o cometimento dos crimes do colarinho branco, notadamente em relação à opção pela cominação de penas de prisão, que se revelam de pouca aplicação prática, além de guardarem caráter meramente retributivo, esvaziando sua finalidade.

2. A cominação de pena de multa configura uma opção óbvia, tendo em vista que, por se tratar de crimes de caráter eminentemente patrimonial, a imposição de sanção pecuniária pode instituir uma relação de custo-benefício desfavorável ao autor do delito, desestimulando a prática dos delitos.

3. As penas restritivas de direitos, que já encontram previsão no ordenamento jurídico brasileiro, surgem como uma opção viável e economicamente

eficiente, pois evitam a incidência de institutos como a suspensão condicional da pena, aplicável apenas às penas restritivas de liberdade, além de importar em menos custos para o Estado quando de sua execução, tendo em vista que, no caso de eventual condenação, este não terá que arcar com os custos da custódia integral do apenado.

Desta feita, assevera-se a necessidade de se repensar os institutos repressivos postos em vigor, pois, enquanto as penas privativas de liberdade ainda permanecem como a primeira escolha do legislador no combate ao crime, tem-se que, em relação aos delitos econômicos, esta escolha se mostra ineficiente, enquanto a opção pelas penas restritivas de direitos, previstas no art. 43 do Código Penal, surge como uma alternativa viável, mais eficiente e menos onerosa ao Estado.

REFERÊNCIAS

AKERLOF, George. **The Market for “Lemons”**: Quality Uncertainty and the Market Mechanism. *The Quarterly Journal of Economics*, v. 84, n. 3, p. 488-500, 1970.

ALBUQUERQUE, Jose Luiz Singi . **Introdução ao Estudo da Análise Econômica do Direito**. *Virtuajus. Revista Eletrônica da Faculdade Mineira de Direito*, v. Ano 5, p. 1-49, 2006.

ASSAF NETO, Alexandre. **Finanças corporativas e valor**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal*. 6. ed. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2013. 1ª reimpressão.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, Senado, 1988.

_____. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **DOU**: Brasília, 31 dez. 1940. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 30 abril 2014.

_____. Lei n.º 4.595, de 31 de dezembro de 1964. Dispõe sobre a Política e as Instituições Monetárias, Bancárias e Creditícias, Cria o Conselho Monetário Nacional e dá outras providências. **DOU**: Brasília, 31 dez. 1964. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 05 março 2014.

_____. Lei n.º 4.728, de 14 de julho de 1965. Disciplina o mercado de capitais e estabelece medidas para o seu desenvolvimento. **DOU**: Brasília, 14 jul. 1965. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 05 março 2014.

_____. Lei n.º 7.492, de 16 de junho de 1986. Define os crimes contra o sistema financeiro nacional, e dá outras providências. **DOU**: Brasília, 16 jun. 1986. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 05 março 2014.

_____. Mensagem de Veto nº 252, de 16 de junho de 1986. **DOU**: Brasília, 16 jun. 1986. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 24 abril 2014.

_____. Projeto de Lei nº 273-D, de 1 de março de 1983. Define os crimes contra o sistema financeiro nacional e dá outras providências; tendo pareceres: da Comissão de Constituição e Justiça, pela constitucionalidade, juridicidade, técnica legislativa e, no mérito, pela aprovação; da Comissão de Economia, Indústria e Comércio, pela aprovação; e do Relator designado pela Mesa, em substituição à Comissão de Fiscalização Financeira e Tomada de Contas, pela aprovação, com substitutivo. Pareceres às emendas de Plenário: dos Relatores designados pela Mesa, em substituição às Comissões: de Constituição e Justiça, pela constitucionalidade, juridicidade, técnica legislativa e, no mérito, pela rejeição; de Economia, Indústria e Comércio, pela

aprovação da de nº 5, com subemenda e rejeição das de nº 1, 2, 3 e 4; e de Fiscalização Financeira e Tomada de Contas, pela rejeição. **Projeto de Lei Nº 273-D, de 1983.**

CALIENDO, Paulo. **Direito Tributário e Análise Econômica do Direito: Uma visão crítica.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

CAMINHA, Uinie. **Securitização.** 2. ed. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2007.

COASE, Ronald H. **The Problem of Social Cost.** The Journal of Law & Economics, v. 3. 1960.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & economia.** Tradução de Luis Marcos Sander e Francisco Araújo da Costa. 5. Ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

FRIEDMAN, David D. **Law's Order: What Economics Has To Do With Law And Why It Matters.** Princeton: Princeton University Press, 2000.

FURLANI, José Reynaldo de Almeida. **Como funciona o Sistema Financeiro Nacional.** 2013. Disponível em: <http://www.bcb.gov.br/pre/bcuniversidade/Palestras/Palestra_SFN_04062013_Furlani.pdf>. Acesso em: 06 mar. 2014.

GOMES, Christiano Leonardo Gonzaga. **Os Crimes de Colarinho Branco e as Teorias da Pena.** De Jure – Revista Jurídica do Ministério Público de Minas Gerais, v. 10, p. 505-521, 2008.

LARA, Fabiano Teodoro de Rezende. **A Análise Econômica do Direito como método e disciplina.** Revista da Associação Mineira de Direito e Economia, v. 1, p. 004, 2009.

LOPEZ, Juan Torres. **Analisis económico Del derecho: panorama doctrinal.** Madrid: Tecnos, 1987.

MAIA, Rodolfo Tigre. **Dos crimes contra o sistema financeiro nacional: Anotações à Lei Federal n. 7.492/86.** São Paulo: Malheiros, 1999. 2ª Tiragem.

MAGALHÃES, Giovani; REGINALDO, Sidney Guerra. **A economia do crime: uma abordagem de direito e economia sobre a ineficiência do sistema penal brasileiro e como as suas normas incentivo a atividade delituosa.** Anais do XX Encontro Nacional do CONPEDI. Florianópolis: Fundação Boiteux, p. 571-584, 2010.

MALLOY, Robin Paul. **Law and Economics: A Comparative Approach to Theory and Practice.** Eagan: West Academic, 1990.

MAZLOUM, Ali. **Crimes do colarinho branco: Objeto jurídico, provas ilícitas.** Porto Alegre: Síntese, 1999.

PASSOS, Thaís Bandeira Oliveira. **Lavagem de capitais: (Dis)funções políticos-criminais no seu combate.** Salvador: Juspodivm, 2011.

PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, Economia e Mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. 2ª reimpressão.

PINHEIRO, Thiago Jabor; SALAMA, Bruno Meyerhof. **Citizens VS. Banks: Institutional Drivers of Financial Market Litigiousness in Brazil**. 2013. Disponível em: http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/11192/RPS_72_final.pdf?squence=1>. Acesso em: 30 abr. 2014.

POSNER, Richard A. **Economic analysis of law**. 7. ed. New York: Aspen Publishers, 2007.

PRADO, Luiz Regis. **Direito Penal Econômico**. 5. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2013.

PUGLIESE, Antonio Celso Fonseca; SALAMA, Bruno Meyerhof. **A Economia da Arbitragem: Escolha Racional e Geração de Valor**. Revista Direito GV, v. 7, p. 15-28, 2008.

SHECAIRA, Sergio Salomão. **Criminologia**. 4. ed. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2008.

SQUIZZATO, Ana Carolina. **Direito financeiro e econômico**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013.

STEPHEN, Frank H.. **Teoria Econômica do Direito**. Tradução de Neusa Vitale. São Paulo: Makron Books, 1993.

SUTHERLAND, Edwin H. **White-Collar Criminality**. American Sociological Review, Vol. 5, n. 1, 1940.

VAZ, Paulo Afonso Brum; MEDINA, Ranier Souza. **Direito Penal Econômico e Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional**. São Paulo: Conceito Editorial, 2012.

ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel (Org.). **Direito & Economia: Análise Econômica do Direito e das Organizações**. Rio de Janeiro: Campus, 2005. 2ª reimpressão.