

**XI ENCONTRO INTERNACIONAL DO  
CONPEDI CHILE - SANTIAGO**

**DIREITO EMPRESARIAL**

**JOÃO MARCELO DE LIMA ASSAFIM**

**ANDRE LIPP PINTO BASTO LUPI**

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

#### **Diretoria - CONPEDI**

**Presidente** - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

**Diretora Executiva** - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

**Vice-presidente Norte** - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

**Vice-presidente Centro-Oeste** - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

**Vice-presidente Sul** - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

**Vice-presidente Sudeste** - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

**Vice-presidente Nordeste** - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

**Representante Discente:** Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

#### **Conselho Fiscal:**

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

#### **Secretarias**

#### **Relações Institucionais:**

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

#### **Comunicação:**

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

#### **Relações Internacionais para o Continente Americano:**

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

#### **Relações Internacionais para os demais Continentes:**

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

#### **Eventos:**

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

**Membro Nato** - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

D597

Direito empresarial [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Andre Lipp Pinto Basto Lupi; João Marcelo de Lima Assafim – Florianópolis: CONPEDI, 2022.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-572-0

Modo de acesso: [www.conpedi.org.br](http://www.conpedi.org.br) em publicações

Tema: Saúde: Direitos Sociais, Constituição e Democracia na América Latina

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Internacionais. 2. Direito. 3. Empresarial. XI Encontro Internacional do CONPEDI Chile - Santiago (2: 2022: Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



# XI ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI CHILE - SANTIAGO

## DIREITO EMPRESARIAL

---

### **Apresentação**

O Grupo de Trabalho de Direito Empresarial I tratou de temas atuais e relevantes da matéria. Os textos tratam das correlações do direito empresarial com as regras de compliance e governança, das intersecções entre direito e economia, entre direito empresarial e direito da concorrência, e aspectos de direito registral atinentes à atividade empresarial. São trabalhos que contam com perspectivas e fundamentos teóricos relevantes, alguns com pesquisas empíricas e levantamentos para ilustrar ou revelar aspectos da realidade interessantes ao cotejo com matrizes teóricas avançadas.

No âmbito da intersecção entre o direito de empresa, o compliance e o direito penal ligado a crimes econômicos, Marcelo Gonçalves da Unijui traz texto indicando que a punição dos poderosos é difícil. Propõe mudar o conceito de dolo e culpa para esses casos. Valeu-se da análise econômica do direito - AED para algumas validações, referindo ainda a ética negocial por meio de Saed Diniz. Ressalta a necessidade de paradigmas éticos para a economia. Eloah Quintanilha, da Universidade Vieira de Almeida - UVA também traz considerações sobre Compliance, a partir da observação de um tema peculiar, qual seja, o das dificuldades financeiras de gestão das universidades particulares. Referiu o grande número de ações de consumidores, com base em levantamento de 2010 a 2020. Segundo ela, atividade resta prejudicada por processos judiciais decorrentes de erros operacionais dos colaboradores da instituição. Uma forma de reduzir seria melhorar o nível de atenção ao compliance. A mesma autora tratou em outro artigo da abertura à iniciativa privada no Brasil e retração do Estado. Abordou a expansão por instituições novas, especialmente de 2010 a 2015, a guerra de preços do ensino superior e o efeito disso na qualidade de ensino, pois forçou a diminuição dos gastos (professores), com prevalência do objetivo financeiro. Alexandre Eli Alves e Ricardo Barboza, de Araraquara, do Mestrado Profissional, apresentaram o tema de compliance em ME e EPP. Ressaltaram a importância das PMEs, responsáveis por 52% empregos formais. Em contrapartida, têm elevada taxa de mortalidade: 1 a cada 4 fecha a cada dois anos. É o vale da morte empresarial. Dentre as causas: Falta de planejamento; Dificuldade de financiamento; Falta de controle; Confusão de funções; Má gestão. Observaram o compliance das grandes corporações. Propõem um modelo de consultoria inovadora., com 10 itens e atenção ao custo. Os mesmos autores ressaltaram em outro artigo a questão do fechamento das PMEs relacionando-o ao aumento de demandas judiciais.

Em outra linha, mais voltada aos contratos, Amanda Madureira, do CEUMA, com análise econômica do direito sobre casos do STJ, trouxe aportes aos conceitos de força maior, caso fortuito, reforçando o papel do judiciário para essas definições. A mesma autora tratou da função social do contrato e a reforma da LLE. Analisou Informativos do STJ para concluir sobre Interpretação do princípio da função social do contrato. Sugere redimensionar o conceito para conferir mais segurança aos contratos. Helena de Moura Belli, da PUC GO, também tratou da LLE. Reflete sobre a mudança gerada, a partir de amostra no Estado de Goiás, nos anos de 2020 e 2021. Segundo as autoras, o percentual de inscrições como empresa e empresário subiu. Com a revogação do 980-A. Dez de 2022 terá ocorrido a migração completa das EIRELIs. Em Goiás 88,2% são limitadas. No Brasil são 90%. Houve queda expressiva do registro do empresário individual. Atribuíram a mudança à alteração da LLE. O Professor André Lupi também trouxe dois artigos, um em parceria com mestrando Vinícius sobre Onerosidade excessiva nos negócios empresariais, e outro, sobre os contratos de concessão e distribuição na jurisprudência brasileira, enfatizando, em ambos os casos, a linearidade da jurisprudência brasileira em matéria de contratos, em geral deferente ao princípio constitucional da livre iniciativa e seu corolário na teoria geral dos contratos, o princípio da autonomia da vontade.

Ainda houve temas ligados a direito societário, trazidos por Castelo Branco, da Cândido Mendes e Gama Filho. Trata de empresas familiares, adquiridas por investidores. Relata os problemas de descontinuidade muitas vezes visto. Por sua vez, o Professor João Assafin trata da intersecção entre propriedade industrial e direito da concorrência, mostrando os efeitos econômicos dos monopólios assegurados pelo Estado aos inventores e demais titulares de direitos exclusivos de propriedade industrial. Em tema próximo, Erickson Marques, da Uninove, abordou os direitos autorais do coreógrafo, em especial tratando de direitos dos sucessores. Anota haver falta proteção legal e mesmo proposição doutrinária. Dec 78: coreógrafo como executante e não como autor. Na Lei n. 9610, a proteção independente de formalidades. Exteriorização é registro. Paradoxo. Interpretação. Matéria de prova. Criação da obra é suficiente. O registro é apenas meio de prova.

Finalmente, Rejane Guimarães da Universidade de Rio Verde, GO, apresenta texto sobre a ata notarial. Nota dificuldades de prova no ambiente do agronegócio e sugere a ata notarial como prova preliminar, melhor do que medidas cautelares. Sua utilidade estaria para registrar a interferência dos fenômenos naturais e documentar situações.

## **A CRIMINALIDADE DOS PODEROSOS À LUZ DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO: A ÉTICA COMO UMA POSSÍVEL SOLUÇÃO**

### **THE CRIMINALITY OF THE POWERFUL OVER THE LIGHT OF THE ECONOMIC ANALYSIS OF LAW: ETHICS AS A POSSIBLE SOLUTION**

**Marcelo Gonçalves <sup>1</sup>**

#### **Resumo**

O direito penal clássico não consegue atender a certas demandas da contemporaneidade. A cifra dos criminosos poderosos não é alcançada pelo Estado punitivista. Assim, através do método hipotético-dedutivo, partindo-se da premissa que a análise econômica do direito pode oferecer outra saída à ciência penal, que não seja necessariamente a ameaça da sanção pessoal, analisar-se-á se a ética pode oferecer um caminho para o controle da criminalidade dos poderosos. A primeira seção será dedicada ao estudo da criminalidade dos poderosos. A segunda seção observará as propostas da análise econômica do direito ao direito penal. A terceira seção estudará a influência de Sen, na análise econômica do direito, a fim de verificar se a ética pode ser uma saída para a AED. A ética tem dificuldades de se impor à sociedade, pela ausência de força cogente, mas como um direito penal anterior ao crime é absolutamente inconcebível, pode ser uma saída eficiente.

**Palavras-chave:** Análise econômica do direito, Criminalidade dos poderosos, Empresa, Penal, Ética

#### **Abstract/Resumen/Résumé**

Classical criminal Law fails to meet certain contemporary demands. The figure of powerful criminals is not reached by the punitive state. Thus, through the hypothetical-deductive method, assuming that the economic analysis of law can offer another way to criminal science, other than necessarily the threat of personal sanction, it will be examined whether ethics can offer a way to control the criminality of the powerful. The first section will be devoted to the study of the powerful's criminality. The second section will look at the proposals of the economic analysis of law to criminal law. The third section will study Sen's influence on the economic analysis of law to see if ethics can be a way out of the EDA. Ethics has difficulty imposing itself on society because of the lack of cogent force, but since a pre-crime criminal law is absolutely inconceivable, it can be an efficient way out.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Corporation, Criminal law, Criminality of the powerful, Economic analysis of law, Ethic

---

<sup>1</sup> Mestre em direito. Doutorando em Direitos Humanos pela UNIJUÍ - Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul

## INTRODUÇÃO

O direito penal não consegue enfrentar certas realidades trazidas pela contemporaneidade. Os conceitos tradicionais de crime e dolo, por exemplo, não são suficientes para apresentar respostas a novos delitos que vieram junto com fenômenos atuais, como a globalização e as transações financeiras virtuais, que deram margem para a prática de ilícitos penais.

A solução inicial foi realizar uma extensão de conceitos clássicos do crime, a fim de alcançar novas condutas, que agora passaram a ser tipificadas como ilícitos penais. Todavia, esticar ideias tradicionais, a fim de ser feito o acoplamento conceitual automático a novos cenários, pode não ser suficiente.

Existe uma cifra da criminalidade, que o Estado não consegue alcançar, que são os criminosos poderosos. Esse grupo possui como uma de suas marcas, o potencial de manipular as instituições públicas e políticas em seu favor. Essa situação, somada a fragilização do Estado nação soberano causada pela globalização, dificulta a punição desses criminosos poderosos.

Posner, em apertada síntese, defende que a análise econômica do direito, possibilita observar a economia como o indivíduo realizando escolhas racionais, tendo como Norte a maximização de riquezas. Diante disso, como o fim último da empresa é o lucro, e o agravamento da ameaça da sanção penal não vem se mostrando eficaz no combate à criminalidade dos poderosos, é plausível presumir que a análise econômica do direito possa trazer alguma alternativa à ciência penal.

Dessa forma, através do método hipotético-dedutivo, partindo-se da premissa que a análise econômica do direito, pode oferecer outra saída à ciência penal, que não seja necessariamente a ameaça da sanção pessoal, será analisado se a ética pode oferecer um segundo caminho para o controle da criminalidade dos poderosos. O método de abordagem será o bibliográfico, pela análise de doutrinas, jurisprudência e periódicos vinculados à matéria.

A primeira seção será dedicada ao estudo da criminalidade dos poderosos, na esteira de Sutherland e Ruggiero. A segunda seção observará as propostas da análise econômica do direito, através, principalmente, da análise de Salama sobre as contribuições de Posner, para a disciplina, e da doutrina de Alexandre Moraes da Rosa. Por fim, na terceira seção, a influência de Amartya Sen, na análise econômica do direito será estudada, a fim de verificar se a ética pode ser uma saída para a AED, e o combate à criminalidade dos poderosos.

Conforme proposto por Eduardo Saad-Diniz, a formação de um princípio ético-negocial, pode ser uma solução para combater os crimes de mercado. A extensão de conceitos do direito penal clássico não está se mostrando como uma via satisfatória, para a solução dos problemas causados pela criminalidade dos poderosos.

### **1. Breve contextualização sobre a “criminalidade dos poderosos”**

O direito penal está diante de uma nova realidade criminal, que está com dificuldades de conter. Novos crimes surgiram, novas condutas passaram a ser tipificadas. O direito penal clássico foi estendido, para alcançar essas realidades, mas talvez isso não seja suficiente.

Sutherland (1999) promoveu a despatologização do criminoso, ao identificar que o estrato social e elementos tradicionais, como miséria e desigualdade social, não são determinantes para a definição do criminoso, rompendo, em definitivo, com o paradigma lombrosiano de sujeito criminógeno. Essa constatação abriu um novo campo de atuação do direito penal, que lhe era desconhecido, além dos tradicionais crimes da pobreza e crimes passionais.

Segundo o autor (SUTHERLAND, 1999) existe os chamados “criminosos de colarinho de branco”, que são pessoas que não precisam do ilícito para a sobrevivência, mas igualmente o praticam. O delinquente de colarinho branco é uma pessoa com conhecimentos técnicos avançados, com destaque dentro da estrutura empresarial. Sua posição social lhe garantiria uma aura de inocente, com uma bússola moral bem definida.

Para Sutherland (1999), a criminalidade de colarinho branco possui pontos de distinção e convergência com a criminalidade tradicional. O ponto da reincidência é uma convergência entre ambas as criminalidades; segundo, a conduta criminosa é muito mais abrangente do que a acusação é capaz de apontar. Conforme a pesquisa desenvolvida por Sutherland, quase todas as corporações investigadas, esconderam mais crimes do que os descobertos, quase que em uma conduta de acobertamento de condutas ilícitas.

Um terceiro ponto, agora de distinção, é que os executivos que cometem crimes dificilmente perdem seu *status* junto com os demais associados. Por fim, o crime de colarinho branco é um crime organizado, que se aproveita da estrutura empresarial, para cometer ilícitos, assumindo uma dimensão coletiva, o que separa do paradigma tradicional de criminalidade individual (SUTHERLAND, 1999).

O delinquente de colarinho branco não se identifica como um criminoso, porque, para o senso comum ele não é, visto que não lhe é aplicada a lei da mesma forma, e suas relações

sociais não se aproximam da delinquência tradicional, baseada na pobreza e violência (SUTHERLAND, 1999, p. 266). Para, Sutherland (1999) os criminosos de colarinho branco possuem uma grande proximidade com governos, e o potencial de mudar posições e decisões de cunho político em seu favor, o que também, é uma característica dos criminosos de colarinho branco.

Diante disso, existe uma cifra da criminalidade que é denominada *too big to fail*, “grande demais para falhar”; ou seja, há uma categoria de criminosos que é composta por pessoas que são consideradas grandes demais para serem falhas. Nessa cifra estão os denominados “criminosos poderosos”, aos quais Shicor (2015) outorga o rótulo *too big to jail*, grandes demais para a prisão, porquanto, por alguma razão, esses criminosos são detentores de um sobrepoder, que lhes dá a capacidade de controle sobre as instituições, para exonerar-se da responsabilidade criminal.

A criminalidade dos poderosos, portanto, é marcada pela capacidade que esses possuem de controlar as leis e a aplicação delas (RUGGIERO, 2015, p. 59). Sutherland (1999) já identificava essa posição na época de sua pesquisa, década 30, destacando que os criminosos de colarinho branco, por ocupar uma posição de elite, poderiam influenciar tanto o processo de formação de leis, quanto o processo decisório dos tribunais. Assim, o crime praticado por um poderoso, não teria um efeito estigmatizante, mas de violação de um processo ético de produção e aplicação da Lei, levando o problema a um fenômeno que transcende as mazelas sociais, geralmente vinculadas à criminalidade tradicional.

A expressão *too big to jail* tenta resumir a ideia de que os criminosos de colarinho branco, detêm um *status* de poder, que o colocariam acima das esferas de atuação estatal. Ruggiero (2015) tenta traçar algumas características (justificações) da criminalidade dos poderosos (não dos criminosos em si, até porque inviável do ponto de vista científico).

Segundo Ruggiero (2015, P. 92-103), os crimes dos poderosos são justificados por várias razões. A primeira delas é que os poderosos possuem uma inclinação liberal no sentido de que suas práticas ilícitas e predatórias possuem respaldo cultural, ou seja, se eles não concordam com algum tipo de ordem, teriam o direito subjetivo a deturpá-la para a superação, pois seria o correto.

A segunda justificação está baseada na necessidade que as elites representam para a sociedade como um todo. Os crimes dos poderosos seriam justificados pelo fato de que eles, ao mesmo tempo em que praticam condutas ilícitas, devolvem à sociedade com empregos e riqueza (RUGGIERO, 2015).



Ruggiero (2015), ainda, aponta duas outras justificações baseadas no pensamento liberal: liberdade relativa e liberdade absoluta. A primeira é baseada no pensamento de Adam Smith, no sentido de que o indivíduo seria autorizado a fazer o que fosse necessário para acumular riquezas e proteger sua propriedade (RUGGIERO, 105, p. 97). A liberdade absoluta, por sua vez, apropria-se da concepção liberal de Mill, no sentido do reforço à autonomia individual, e a capacidade de assentimento do indivíduo (RUGGIERO, 105, p. 99).

Assim, muitas são as justificações para os crimes cometidos pelos poderosos, que seriam transmutados em teses de defesa processuais, como forma de contornar o sistema. Logo, uma das maiores marcas dos crimes dos poderosos é a capacidade que possuem descriminalizar condutas:

The crimes of the powerful, in brief, inhabit a grey area in which conducts await the outcome of the criminalization – decriminalization conflict, in the sense that they may be subject to regulation or may become accepted routine. Some of these crimes, in fact, possess a decriminalization impetus, while others implicitly invoke legal pragmatism, in that they challenge legal reasoning and request departure from precedents. These foundational crimes are inspired by an experimental logic and driven by a consequentialist philosophy. Powerful actors so driven adopt illicit practices with the awareness that they are, indeed, illicit, but justify them through their founding force, namely their capacity to transform the previous jurisprudence and establish new laws and new types of legitimacy. The crimes of the powerful, in sum, restructure the legal and political spheres while playing a legislative role. (RUGGIERO, 2017, p. 99).

Dentro das perspectivas ora expostas, está assentado um breve conceito, e características dos crimes dos poderosos. Divan (2019) identifica a insuficiência do direito penal clássico para coibir condutas praticadas pelos denominados poderosos. É importante que sejam revisitados alguns conceitos do direito penal clássico, para atender a novas demandas da criminalidade dos poderosos. Isso porque, os criminosos de colarinho branco são dotados de uma capacidade superior de poder, os quais as instâncias ordinárias não são capazes de trabalhar. Sob nenhuma hipótese está se falando de expansionismo penal, mas de o direito penal compreender que não pode tratar novos tipos penais, como se fossem simples crimes decorrentes da criminalidade tradicional, estendendo conceitos clássicos para novos casos. As constatações do Divan revelam, na realidade, uma nova racionalidade de insuficiência conceitual do direito penal, haja vista que o simples acoplamento conceitual de ideias clássicas, em novos modelos, obviamente não é suficiente:

A insistência com o discurso de que a defesa de garantias é universal (no sentido de um universalismo moderno) pode ser repleta de intenções verdadeiramente democráticas, mas é impossível seguir discorrendo em tese sobre um reflexo

concreto dessa linha argumentativa: se procura – não raro – pugnar pelo respeito às garantias liberal-burguesas em matéria jurídico-penal para, ideologicamente, minimizar os efeitos da sanha punitiva frente aos menos protegidos (verdadeiros hipossuficiente). No entanto, a distância refletida nos estamentos e classes (em luta) faz com que um triste binômio em relação a esses seja verificado: em duas pontas da tabela, o aparato punitivo os atinge sem que seja tão longo ou tão intenso para respingar na camada dourada – do mesmo modo que o discurso das garantias visa proteger a camada hipossuficiente, mas raramente tem força para não se exaurir ao atravessar o território hipossuficiente. Em tom mais direto: a defesa de garantias político-jurídicas tipicamente liberais e/ou raio de direitos constitucionais fundamentais está, assim como a pior face do poder punitivo, disponível com o sinal amplificado apenas para alguns. Seria, inclusive, possível dizer que, se a hipocrisia que enaltece magistrados e figuras da persecução penal como títãs moralistas é patente e abjeta. Também cabe a crítica a quem queira fazer valer a tese que o respingo altamente ocasional do sistema penal em algumas categorias privilegiadas de pessoas é uma espécie de vitimização ou martírio (DIVAN, 2019, p. 81-82).

Acontece que, conforme referem Colognese e Budó (2018, p. 73), as corporações estão com sua propriedade cada vez mais concentrada, e o investimento em fusões internacionais, fazem com o que o faturamento de algumas megacorporações seja maior que muitos países. Esse cenário gera um quadro em que as corporações multinacionais possuem muito poder político, com a influência em decisões dos governos. Além disso, por ter tentáculos em todos os lados, dificilmente a empresa estará no lado perdedor de alguma guerra, de qualquer tipo.

Assim, o modo promíscuo que a política e a economia se relacionam no Estado capitalista, com um regime de troca de favores, e forte influência privada no público, que promove uma dissimulação de violações graves, que geram resultados danosos avassaladores, justificam sejam revisitados alguns conceitos de direito penal, na luta contra a criminalidade dos poderosos. A política econômica, também, é um pano de fundo a ser considerado na análise da criminologia dos poderosos, pois o empresário capitalista é favorecido pela desregulamentação governamental, que cria um cenário de trânsito livre de recursos financeiros, mesmo sem origem ou licitude comprovada (BOEIRA; COLOGNESE, 2017, p. 166-167).

## **2. Algumas contribuições da Análise Econômica do Direito ao estudo da “criminalidade dos poderosos”**

A criminalidade dos poderosos possui um vínculo muito forte com a economia, visto que, conforme já referido nesse trabalho, o fim último do “criminoso do colarinho branco” é a busca pela maximização dos lucros. Diante disso, considerando a proximidade dos

denominados “criminosos poderosos” com instituições governamentais e de controle, é importante trazer o foco para a ideia de geração e acumulação de riquezas.

Schumpeter (1997), em seu estudo do desenvolvimento econômico e lucros, traz duas máximas que podem servir de ponto de partida para essa análise: 1) a atividade econômica pode ter qualquer motivação, mas sempre terá um significado, a satisfação de necessidades (SCHUMPTER, 1997, p. 29); 2) o lucro é um excedente sobre os custos, do ponto de vista do empresário (SCHUMPTER, 1997, p. 29).

Segundo Salama (2017, p. 26), o princípio da análise econômica se dá pela constatação da escassez, isso porque, se todos os bens e serviços fossem abundantes, não seria necessário restringir e delimitar o acesso, pode ele ser pleno. Os lucros, em sentido *sui generis*, é algo escasso.

A revelação de maximização dos lucros traz consigo um processo racionalização desse objetivo. Assim, o indivíduo em suas escolhas tenderá a realizar um cálculo racional de custo e benefício, sempre buscando a máxima lucratividade (SALAMA, 2017, p. 26).

Richard Posner é um dos maiores expoentes da proposta da análise econômica do direito. Começou com sua teoria voltada apenas para o eficientismo, o que lhe custou duras críticas, diante da máximas pela acumulação de riquezas. Todavia, amadureceu sua teoria, que foi assim sintetizada por Salama:

O que Posner propôs, portanto, e que as instituições jurídico-políticas, inclusive as regras jurídicas individualmente tomadas, devam ser avaliadas em função do paradigma de maximização da riqueza. Em síntese, a teoria é a seguinte: regras jurídicas e interpretações do direito que promovam a maximização da riqueza (i.e. eficiência) são justas; regras interpretações que não a promovam são injustas. Isto leva a noção de que a maximização de riqueza (ou a “eficiência”, já que Posner utiliza as duas expressões indistintamente) seja fundacional ao direito, no sentido de que proveja um critério ético decisivo. (2017, p. 72).

Posner, portanto, fala em um critério ético decisivo, para verificar se a decisão gera, ou não, mais riqueza para a sociedade. Assim, recai-se um foco sobre o eficientismo e o utilitarismo das decisões, sendo que existe a crítica a essa análise, no sentido de que a conduta econômica racional, depende do estabelecimento de uma ideologia que permita justificar a explicar as desvantagens e privilégios criados a partir de uma escolha dita racional (ANDRIGHETTO, 2013, p. 78).

Basicamente, a dificuldade desse aspecto da teoria de Posner, seria definir qual balizador ético deve ser estabelecido para definir se uma decisão maximiza, ou não, a riqueza social. Nesse aspecto, a análise econômica do direito é uma tentativa de evoluir o pensamento

jurídico, de uma maneira que possa explicar o comportamento dos indivíduos, diante de regras e os respectivos efeitos, na busca de resultados eficientes. Dessa maneira, o direito influi no comportamento humano de duas formas: fixa os preços de determinada conduta, gerando uma obrigação para cada direito; na medida em que estabelece as consequências das condutas, cria as estruturas do direito, e permite que a sociedade defina a alocação de recursos. Ou seja, o direito acaba por estabelecer o que é melhor, ou pior, para a sociedade investir, pela predeterminação de valores éticos (ALVARÉZ, 2006, p. 56).

Isso vai influenciar na maneira como o indivíduo toma decisões, que vai envolver o grau de participação do agente, na formulação da regra. Nesse cenário, a proteção do direito, imporá um preço às decisões dos agentes. Assim, conclui Alvarez:

A decisão de não cumprir uma obrigação resulta de uma ponderação estabelecida entre o custo relativo do descumprimento em relação ao custo relativo do cumprimento, enquanto que a decisão sobre o nível ou intensidade da atividade do agente resulta da magnitude do custo em que incorre como resultado de cumprir ou não cumprir com a norma. Sob a ótica econômica, o agente é guiado por um padrão de conduta configurado pelos seguintes pressupostos: Primeiro, a maximização e racionalidade no comportamento. Os indivíduos têm a capacidade de ordenar suas preferências e escolher as que mais lhe satisfazem a partir do suposto paradigma do cálculo racional, o que não implica que de fato os indivíduos se comportem dessa forma. Segundo, as preferências são estáveis, no sentido de que, via de regra, não variam e nem são afetadas pela ação de terceiros. Terceiro, os titulares são os melhores conhecedores do valor de suas coisas. E quarto, o princípio do equilíbrio, no sentido de que a tendência é somente alterar-se as situações na possibilidade de melhora<sup>26</sup>. Conclui-se, portanto, que, fixada a prioridade da teoria da ação racional econômica e fixado o fim da referida ação na eficiência econômica, o direito na perspectiva da AED converte-se num conjunto de incentivos e guias que encaminham a conduta dos indivíduos para a consecução do fim específico que deve perseguir o direito, qual seja, a consecução da eficiência econômica (2006, p. 57).

Diante disso, surge uma nova compreensão da conduta delitiva, através da sua análise econômica. Segundo Talia Fisher (2015), a análise econômica da criminalidade leva ao estudo das razões econômicas das leis penais e das instituições. As razões econômicas são fundamentadas na racionalização da busca máxima por lucros, ou seja “[...] the economic approach to criminal law assumes that offenders are rational agents who seek to maximize their utilities the criminal context. [...]” (FISHER, 2015, p. 40).

A análise econômica do direito penal é vinculada à relação custo benefício do crime, como conclui Fisher:

The economic model of criminal law focuses not only on the choice of individuals, in their capacities as potential offenders, but also another facet of this analysis which relates to the institutions of criminal justice – to the social planner and to the crime-control policies it employs: deterrence and crime prevention do not come cost-free. They are contingent upon the state investing resources in apprehending

wrongdoers (the costs of policing and prosecuting) and in imposing punishment upon these offenders (the costs of imprisonment). Just as potential offenders seek to maximize their utilities, subject to the constraints imposed upon them, so the state seeks to maximize its utility. And in light of the costs as directed at minimizing the overall expected costs of crime and crime prevention (at achieving optimal – rather than maximal – deterrence). Put differently, apparatus is not eliminate crime altogether – it is not to completely deter individual from engaging in criminal activity – but, rather, to reach an optimal level of crime and deterrence. Lastly, the economic approach to criminal law focuses on the regulate activities. (2015, p. 41)

É visível, portanto, que a análise econômica do direito penal vislumbra uma relação entre o custo do crime, e o benefício dos resultados. Essa abordagem, inclusive, é transferida para o papel do Estado no controle desses delitos, no sentido que o processo de apuração de crimes de colarinho branco deve ser o mais barato e eficiente possível, também em uma análise custo/benefício.

Todavia, essa conclusão parece muito simplista, para problemas tão complexos quanto a criminalidade empresarial e a criminalidade dos poderosos. Isso porque, duas conclusões podem ser assumidas: 1) se o custo do crime é a liberdade, que é um valor fundamental, ninguém cometeria nenhum delito, se lhe custasse o maior direito de todos, após a vida; 2) porém, quando o direito à liberdade assume um valor inferior, justificando assunção do risco de ser preso, resta a dúvida de como avaliar o processo de maximização de riqueza social. As possibilidades de agravar a pena ou aumentar as multas não podem ser observadas como um aumento do “custo” do crime, porque é uma solução ingênua, frente a um problema tão grave.

Obviamente, a liberdade não é um custo determinante na análise econômica do crime, porquanto se fosse, simplesmente não existiria mais crime, pois o simples risco de ser preso inibiria a conduta delitativa. Contudo, como visto na primeira seção, os criminosos poderosos, buscam, de alguma maneira, manipular as instituições<sup>1</sup> públicas e políticas, de maneira a assegurar a impunidade; ou seja: a liberdade é um valor importante, mas facilmente ponderável na balança custo-benefício do crime, pela capacidade de os poderosos manipularem as instituições políticas em seu benefício. Nesse sentido, Cooter (1981, p. 1.264) identifica que alguns crimes econômicos são cometidos após a análise racional do risco e do

---

<sup>1</sup> Bradshaw traz o exemplo da “Deepwater Horizon” que é adequado para esse trabalho, porquanto envolve crime ambiental, cuja punição da pessoa jurídica é possível, por expressa previsão constitucional. O episódio envolve um derramamento de petróleo, no Golfo do México, de uma plataforma de propriedade de *British Petroil* que explodiu. Bradshaw revela um intrincado esquema de manipulação de representantes do poder, controle de informação e abusos, a fim de assegurar a impunidade. Para mais informações ver: BRADSHAW, Elizabeth O. Blacking out the Gulf: state-corporate environmental crime and the response to the 2010 BP oil spill. In. BARAK, Gregg. *The Routledge International Handbook of the Crimes of the Powerful*. Oxon e New York: Routledge, 2015.

ganho potencial. Essa averiguação do risco é realizada a partir das probabilidades, e do tamanho da punição, em uma lógica custo-benefício.

Richard Posner (1985) defende que o principal papel do *criminal Law*, em uma sociedade capitalista, é prevenir que pessoas, ao transpor o sistema legal, sejam beneficiadas de alguma forma pelo mercado, garantindo a confiabilidade das grandes corporações. Assim sendo, o direito penal econômico assume uma função simbólica, de impedir a prática de crimes que prejudiquem a saúde do mercado.

Todavia, o próprio Posner identifica uma dificuldade ética pelo enfoque da eficiência no direito:

Es probable que el principal problema ético planteado por el enfoque de la eficiencia al derecho común sea la discrepancia existente entre la maximización de la eficiencia e las nociones de la distribución justa de la riqueza. En una economía de mercado donde el papel del derecho, y del gobierno en general, es justamente el control de las externalidades y la reducción de los costos de transacción – que es básicamente todo lo que requiere la eficiencia económica del derecho y el gobierno – [...]. (2017, p. 419).

Isso porque, se analisada a criminalidade empresarial, será percebida uma grande dificuldade de punição, pelo uso de pessoas jurídicas para acobertar os delitos. Muitos desafios cercam a punição criminal da pessoa jurídica, em especial, a questão da identificação do dolo, as formas de punição, e as consequências que eventualmente recaiam sobre os sócios (SCHECAIRA, 2011).

A responsabilidade penal da pessoa jurídica é algo tormentoso na doutrina. Como já explicitado nesse estudo, a pessoa jurídica está atrelada à atividade econômica, em sendo assim, trata-se de uma abstração jurídica. Todavia, a pessoa jurídica não é uma ficção, porque ela existe, e pratica atos de vontade.

A empresa, contudo, é diferente da pessoa dos sócios, sendo a essência do direito empresarial. Inexistiria sentido na criação de uma pessoa jurídica, se essa pudesse ser confundida a qualquer momento com a figura dos sócios. Assim, a empresa é uma barreira entre as consequências da atividade econômica e a responsabilidade dos sócios. Segundo Medina Osório:

A pessoa jurídica, dotada de personalidade criada pelo direito, não possui, naturalmente, vontade ou consciência, circunstância que lhe afasta do alcance da culpabilidade, pessoalidade da pena, exigências de dolo ou culpa, e mesmo individualização da sanção. Tais princípios resultam ligados a uma específica capacidade humana de obrar, tendo por pressupostos atributos exclusivamente humanos. Somente o homem pode evitar comportamentos proibidos através da

consciência e da vontade. As pessoas jurídicas, por seu caráter fictício, atuam sob o domínio dos homens, em geral de uma pluralidade de vontades, sendo que, em si mesmas, não estão dotadas desses atributos humanos. [...]. (2000, p. 343).

O dolo, concebido como a vontade de praticar o crime, é algo essencialmente anímico, isto é, humano. A vontade dos sócios, embora em muitas oportunidades convirjam, não representam o mesmo que a vontade da empresa. Ainda, o direito penal não aceita responsabilidade objetiva, logo, os conceitos de direito civil, sobre responsabilidade das pessoas jurídicas, não podem ser transferidos para a esfera penal.

O Brasil admite a responsabilização penal da pessoa jurídica, em casos de crimes ambientais<sup>2</sup>. O Supremo Tribunal Federal já pacificou o entendimento de que é possível, em crimes ambientais, a responsabilização autônoma da pessoa jurídica, todavia, não respondeu a principal pergunta: como aferir o dolo? Esse ainda é o desafio da matéria<sup>3</sup>. Existem muitas propostas em torno da responsabilização pelo descumprimento de um dever de “garante”, ou pela falha estrutural, mas nenhuma concepção apresenta uma solução satisfatória.

A análise econômica do direito, sob uma perspectiva, pode propor uma solução muito simplista, para a criminalidade econômica: forçar o Estado a aumentar o “custo” do crime, a fim de deixar de ser atrativo. Porém, a AED é mais do que isso, conforme Posner, a busca tem de ser pela maximização da riqueza social. Uma sociedade rica é muito mais que acumulação de receitas e a ética pode auxiliar nessa leitura.

### **3. O uso da ética contra a “criminalidade dos poderosos”**

A criminalidade dos poderosos floresce em todas as economias, porém são nas mais frágeis em que há o abuso. Quanto maior a desigualdade e a falta de garantia de necessidades humanas básicas, mais amplo será o terreno para o cometimento de fraudes (COLOGNESE, 2018, p. 62).

O liberalismo trouxe o Estado para dentro da economia, e submeteu o poder político a sua lógica, baseada em lucro. Dessa forma, as funções sociais do Estado foram submetidas ao cálculo econômico. Assim, o Estado de crise é mantido por dois elementos: a incapacidade dele de tomar decisões concretas na economia e, por consequência, a precariedade da

---

<sup>2</sup> A possibilidade de responsabilização penal da pessoa jurídica, no Brasil, é prevista somente em matéria ambiental, por expressa previsão constitucional (artigo 225, §3º, da Constituição da República Federativa), cuja disposição é reproduzida na legislação infraconstitucional (Lei de Crimes Ambientais – artigo 3º, da Lei nº 9.605/1988).

<sup>3</sup> Supremo Tribunal Federal. RE 548181, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 06/08/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-213 DIVULG 29-10-2014 PUBLIC 30-10-2014.

prestação dos serviços sociais (BAUMAN, 2016, p. 28). Bauman conclui que: “[...] Nessa etapa, o Estado em crise, em vez de ser um provedor e garantidor do bem-estar público, tornou-se “um parasita” da população, preocupado apenas com a própria sobrevivência, exigindo cada vez mais e dando cada vez menos em troca.” (BAUMAN, 2016, p. 28).

O Estado social perde a sua capacidade de proteger os seus cidadãos dos infortúnios do futuro, é essa a marca do Estado de crise, que não consegue conter a os medos contemporâneos (BAUMAN, 2016, p. 16). O Estado não é mais um garantidor, porque está muito volátil às influências do mercado e capital. Atualmente, existe um cenário de colapso total de expectativas, visto que todos vivem mês a mês, porque não se sabe se que o se tem hoje, permanecerá amanhã (FERRER; CRUZ, 2010, p. 99).

O mercado faz uso desse medo, e promove uma submissão do Estado, às suas vontades, em troca da certeza. A confiança das instituições é apenas assegurada pelo direito, mas mantida pelo privado.

Alexandre Morais da Rosa (2011, p. 46-47) afirma que, no modelo neoliberal, os sujeitos não podem depender do Estado, para a compensação das desigualdades; isso porque, a liberdade, como garantia democrática fundamental, retira legitimidade das ações estatais, salvo na repressão penal. Logo, o autor constata um paradoxo, no sentido de que o Estado deve ser mínimo, na busca da Justiça Social, mas implacável na esfera penal. Assim, o direito penal contracena com o paradoxo criado pela desregulação e diminuição do Estado.

Nesse aspecto, o direito assume um papel estratégico, de garantidor de uma estabilidade, mediante o uso legitimado da coerção (ROSA, 2011, p. 46-47). Isso porque, o discurso do “medo” passa a ser um dos elementos fundacionais da ideologia do mercado livre, sendo base legitimadora para políticas repressivas, como a necessidade de uma guerra para a defesa dos direitos humanos, que se revela uma contradição (2011, p. 51).

Após essa breve construção, Alexandra Morais da Rosa constata a criação de uma espécie de novo princípio jurídico:

Cria-se, assim, um no princípio jurídico: “o do melhor interesse do mercado”. O Direito é um meio para atendimento do fim superior do “crescimento econômico”. É necessário simbolicamente para sustentar a pretensa legitimidade da implantação dos ajustes estruturais mediante reformar constitucionais, legislativas e normativas executivas. Na perspectiva de unificar o novo “mercado mundial” as normas de comércio devem se adequar ao novo modelo diminuindo os custos e os riscos das transações. Significa a construção de uma estrutura mundial em que os Estados são incapazes de sozinhos provocar modificações significativas, embora tenham um papel fundamental na garantia da “ordem pública”, principalmente na “esfera do controle social”. [...]. (2011, p. 54-55).



Esse princípio jurídico proposto por Alexandre Morais da Rosa não pode vingar (vale ressaltar, por oportuno, que Rosa não é um defensor do liberalismo desigual e das mazelas da contemporaneidade, sendo esse princípio uma leitura proposta pelo autor, e não uma sugestão de princípio normativo interpretativo). O direito não pode assumir um papel acessório na regulação da vida civil, todavia é isso vem ocorrendo, como constatou o autor.

Segundo Pontel e Mass (2014, p. 58), a racionalidade moderna promoveu uma ruptura da tradição medieval, e chegou ao extremo da instrumentalização, modificando o ‘ethos’, e transformando o humano, numa existência pragmaticamente imaginada, a partir da ciência e da divinização da técnica, que lhe permitiu o domínio sobre o outro e o controle da natureza. A ética contemporânea é baseada em uma ideia de manipulação e segurança.

Amartya Sen (2010, p. 198-199) expandiu o campo da análise econômica do direito, propondo que a economia não pode ser considerada, apenas sob o aspecto da maximização do Produto Interno Bruto. O conceito tem ser ampliado para abranger os direitos e liberdades civis, bem-estar da população, o crescimento social que o crescimento econômico pode promover. O mesmo autor refere que, houve distanciamento entre a ética e a economia, sobretudo porque, segundo Sen (1999, p. 68), a economia sempre se considerou invulnerável à ética, alegando que o comportamento humano é satisfatoriamente previsível, visto que é guiado pela maximização do autointeresse.

Contudo, a ética contemporânea trabalha com uma ideia de tentativa de manipulação e controle sobre o outro, abusando da divinização da ciência e da técnica. A economia não deixa de ser uma ciência, capaz de trazer certezas, e que deveria servir à ética. Contudo, a maximização do autointeresse pode vir a gerar uma conduta demasiada egoísta, que despreza conceitos técnicos e científicos, em nome da maximização de receita, e por essa razão que a ética contemporânea não vem alcançando a economia, e dando margem para a criminalidade dos poderosos. É muito simples, para um criminoso de colarinho branco, que geralmente possui formação acadêmica, visualizar que sua conduta delitativa não é ética, mas ainda assim comete ilícitos. Vale ressaltar, por oportuno, que Posner defende a maximização da riqueza social, que não pode ser vista como apenas a ampliação de lucros e receita.

Amartya Sen reconhece, por exemplo, que nas crises que assolaram a Europa e a União Soviética faltou a observância de um código ético, que eram essenciais para um capitalismo bem-sucedido. Segundo o economista:

A necessidade de desenvolvimento institucionais tem algumas relações claras com o papel dos códigos de comportamento, pois as instituições baseadas em ajustes interpessoais e compreensões compartilhadas por todos operam com base em

padrões de comportamento comuns, confiança mútua e segurança com relação à ética da outra parte. O alicerce em regras de comportamento pode comumente estar implícito em vez de explícito – de fato, tão implícito que sua importância pode facilmente passar despercebida em situações nas quais tal confiança não é problemática. Porém, sempre que ela é problemática, desconsiderar a necessidade de sua existência pode levar ao desastre. [...]. (2010, p. 337).

Sen (2010, p. 337) afirma que a economia moderna restou empobrecida pelo afastamento da ética, o que pode ser considerado um erro. Isso porque, segundo Creder e Araújo (2013, p. 114), todas as sociedades que, em alguma medida, adotaram a democracia, estão confrontando a necessidade de tomar decisões coletivas, em matérias extremamente sensíveis, como a distribuição de riquezas.

Todavia, um princípio observado da perspectiva da satisfação do auto interesse, pode não ser suficiente. Nesse sentido Zambam e Kamphorst:

A maximização do autointeresse é verificada como a correspondência externa entre as escolhas que uma pessoa fez e seu interesse pessoal. Agir conforme o autointeresse em sociedade pode não trazer o máximo da satisfação se comparado a uma ação coletiva de cooperação que pode trazer insatisfação no começo, mas no fim a satisfação será máxima. Rejeita esse tipo de comportamento de modo mais evidente quando o condiciona ao “aspecto da condição de agente” de uma pessoa. (2014, p. 98-99).

Zambam e Kamphorst (2014, p. 100-101) concluem pela necessidade da questão ética permear a economia. É certo que o ser humano é movido por razões egoístas, mas junto a essas motivações, permeiam muitas outras que podem ser consideradas no processo de decisão racional. Contudo, isso exige um ambiente de ampla liberdade e igualdade social, que notoriamente ainda não existe.

Sen (1999, p. 56-57) refere que no aspecto do autointeresse, o êxito da pessoa não pode ser observado, exclusivamente nos termos de seu bem-estar. Uma pessoa deve valorizar a coletivização desse bem-estar, em como sua decisão/conduita reflete positivamente na vida de outras pessoas.

Andrigheto (2013, p. 83-85), comentando as críticas de Küng, ao modelo proposto por Posner, menciona a necessidade da existência de uma ética global, que questione o modelo imperialista econômico, motivo pelo qual a economia demanda um acompanhamento político em que priorize subordinar os resultados econômicos a objetivos humanos e sociais. Segundo Andrigheto, o autor refere ser necessário um novo paradigma de ética na economia, com as seguintes constantes e variáveis:

[...] a) distinção entre política e economia; b) entre ideais e realidades, uma vez que as normas éticas da economia não são soluções fixas e transcendentais nem podem deduzir-se da natureza essencial do homem, mas surgiram historicamente com base em determinadas exigências, prioridades e necessidades vitais; e c) resulta da simplificação ingênua reduzir toda a problemática da economia e moral à alternativa do ganho ou sentimento. (ANDRIGHETTO, 2013, p. 85).

Por isso que, a proposta de Becker, no sentido de que o crime seria a escolha racional entre o custo e o benefício do delito, soa demasiado simplista. Segundo Silva (2010, p. 470), diante de tal raciocínio, “[...] o controle penal estaria restrito a estabelecer um conjunto de preços ou custos do delito. [...]”. Essa conceituação é ineficiente, porque a criminalidade é um fenômeno mais complexo que a racionalidade na escolha de maximização da riqueza social não consegue alcançar. Isso está provado pelo fato de que é um consenso que o crime abala o tecido social, e não tem como ser considerado um gerador de riqueza. Todavia, ele existe, está presente, mesmo com essa ideia regendo.

Por outro lado, Eduardo Saad-Diniz (2019), propõe a ideia de uma “ética negocial”. Essa ética seria baseada na imposição abstrata de padrões comportamentos, que leva a presunção de racionalidade das decisões, que se pressupõe que os decisores conheçam e aceitem as consequências da violação da norma, em que se vejam em posição de igualdade com os atores do mercado (SAAD-DINIZ, 2019, p. 41).

A adoção de uma ética negocial repercutiria na educação executiva, que deixaria de ser baseada em estruturas de controle, passando para cooperação, abandonando a ideia punitivista e partindo para o estímulo do comportamento pró-social (SAAD-DINIZ, 2019, p. 67). O agravamento da ameaça da sanção penal não se mostrou uma solução, até então eficaz, que talvez a ética possa trazer.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A criminalidade dos poderosos causam severos danos sociais, como crises econômicas e ambientais (vale de exemplo: “Operação Lava-Jato”, “Caso *Enron*”, “*Deepwater Horizon*”, “Desastre de Mariana”), sendo que o paradigma clássico do direito penal reativo, que trabalha com a sanção penal posterior, não é suficiente. Os danos que a economia brasileira sofreu, pelo saque promovido na Petrobrás são irreversíveis, e gerou consequências horríveis a toda população brasileira.

Todavia, é inconcebível uma punição antes do crime ser cometido, sendo isso uma aberração. Ao mesmo tempo, o direito penal não consegue reparar os danos causados pelos

crimes. Essa crítica vem de longa data, pela posição da vítima no processo penal, cujo depoimento, em alguns casos, nem de prova serve.

Por essa razão, a análise econômica do direito pode ser uma alternativa. Porém, tem de ser abandonada a ideia simplesmente de custo/benefício do crime, no sentido de que o agravamento da pena, aumentaria o custo do crime, inibindo a conduta criminosa. Além disso, pela dificuldade de responsabilização penal da pessoa jurídica, o endurecimento das sanções limita-se ao reajuste de multas, restringindo a sanção, de natureza penal, a pena financeira. Sutherland, já na década de 30, revelou que uma das características dos crimes de colarinho branco é que nunca todo o esquema criminoso é revelado; dessa maneira, nem todo o dinheiro fruto das fraudes vem à tona, sendo plausível que ainda sobre dinheiro para cumprir as penas, e o criminoso ainda se beneficiar de seus delitos.

Dessa maneira, um paradigma ético que consiga influenciar os indivíduos a não cometer crimes, pode ser uma solução. A ética, desde Kant, tem dificuldades de se impor à sociedade, pela ausência de força cogente, mas como um direito penal anterior ao crime é absolutamente inconcebível, pode ser uma saída eficiente, até porque Amartya Sen fala do grave problema pelo distanciamento da ética da economia.

## **REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS**

ALVARÉZ, Alejandro Bugallo. Análise econômica do direito: contribuições e desmistificações. *In. Revista Direito, Estado e Sociedade*, v. 9, n. 29 – p. 46 a 68. Jul/dez, 2006

ANDRIGHETTO, Aline. Análise econômica do direito e algumas contribuições. *In. Revista de Direito Econômico e Socioambiental, Curitiba*, v. 4, n. 1, p. 76-91, jan.jun. 2013.

ARAÚJO, Luiz Bernardo Leite. CREDER, Fábio. Ética, economia e justiça: a escolha social no pensamento de Sen e Smith. *In. Revista doisPontos:, UFPR*, V. 10, n. 1, 2013.

BAUMAN, Zygmunt. **Estado de crise**. Traduzido por Renato Aguiar. 1 ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2016. P. 28.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, publicado em 05 de outubro de 1988**. Congresso Nacional: Brasília. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 29 de abril de 2019.

BRASIL. **Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998**. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Congresso Nacional: Brasília. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9605.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9605.htm). Acesso em: 13 de outubro de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Primeira Turma). Recurso Extraordinário nº 548181. EMENTA RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO PENAL. CRIME AMBIENTAL. RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA. CONDICIONAMENTO DA AÇÃO PENAL À IDENTIFICAÇÃO E À PERSECUÇÃO CONCOMITANTE DA PESSOA FÍSICA QUE NÃO ENCONTRA AMPARO NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. 1. O art. 225, § 3º, da Constituição Federal não condiciona a responsabilização penal da pessoa jurídica por crimes ambientais à simultânea persecução penal da pessoa física em tese responsável no âmbito da empresa. A norma constitucional não impõe a necessária dupla imputação. 2. As organizações corporativas complexas da atualidade se caracterizam pela descentralização e distribuição de atribuições e responsabilidades, sendo inerentes, a esta realidade, as dificuldades para imputar o fato ilícito a uma pessoa concreta. 3. Condicionar a aplicação do art. 225, §3º, da Carta Política a uma concreta imputação também a pessoa física implica indevida restrição da norma constitucional, expressa a intenção do constituinte originário não apenas de ampliar o alcance das sanções penais, mas também de evitar a impunidade pelos crimes ambientais frente às imensas dificuldades de individualização dos responsáveis internamente às corporações, além de reforçar a tutela do bem jurídico ambiental. 4. A identificação dos setores e agentes internos da empresa determinantes da produção do fato ilícito tem relevância e deve ser buscada no caso concreto como forma de esclarecer se esses indivíduos ou órgãos atuaram ou deliberaram no exercício regular de suas atribuições internas à sociedade, e ainda para verificar se a atuação se deu no interesse ou em benefício da entidade coletiva. Tal esclarecimento, relevante para fins de imputar determinado delito à pessoa jurídica, não se confunde, todavia, com subordinar a responsabilização da pessoa jurídica à responsabilização conjunta e cumulativa das pessoas físicas envolvidas. Em não raras oportunidades, as responsabilidades internas pelo fato estarão diluídas ou parcializadas de tal modo que não permitirão a imputação de responsabilidade penal individual. 5. Recurso Extraordinário parcialmente conhecido e, na parte conhecida, provido. Relator(a): Min. Rosa Weber, julgado em 06/08/2013. Brasília. **ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-213 DIVULG 29-10-2014 PUBLIC 30-10-2014.**

BOEIRA, Luís Francisco Simões. COLOGNESE, Mariângela Matarazzo Fanfa. O papel da criminologia diante da devastação ambiental causada pela criminalidade dos poderosos. *In. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v. 12, n. 1, 1º quadrimestre de 2017.* Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica). Acesso em: 24/dezembro/2019.

COLOGNESE. Mariângela Matarazzo Fanfa. BUDÓ, Marília de Nardin. Limites e possibilidades da criminologia crítica nos estudos dos crimes dos estados e dos mercados. *In. Revista Direito e Garantias Fundamentais, Vitória, v. 19, n. 1, p. 55-90, jan./abr. 2018.*

COOTER, Robert D. Law and the Imperialism of Economic: An Introduction to the Economic Analysis of Law and a Review of the Major Books. *In. Berkeley Law Scholarship Repository.* Califórnia, US: UCLA, Rev. 1260, 1981.

FERRER, Gabriel Real. CRUZ, Paulo Márcio. Os novos cenários transnacionais e a democracia assimétrica. *In. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD) 2(2): 96-111.* Porto Alegre: Unisinos, 2010.

KAMPHORST, Marlon André. ZAMBAN, Neuro José. Ética e Economia: Reflexões a partir de Amartya Sen. *In. Revista de Filosofia da Região Amazônica. V. 1, n. 2, Ago-dez, 2014*

OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

PONTEL, Evandro. MASS, Olmaro Paulo. Esclarecimento e Modernidade: a educação enquanto possibilidade de superação da barbárie em Theodor W. Adorno. *In. Fundamentos de uma ética para o século XXI*. Org. Angelita Woltmann, Ieda Márcia Donati Linck, Vanessa Steigleder Neubauer. 1 ed. Curitiba, CRV, 2014.

POSNER, Richard A. An economic theory of the criminal law. *In. Columbia Law Review*. Vol. 85, nº 6, p. 1193-1231. 1985.

POSNER, Richard A.. **El análisis económico del derecho**. Traduzido por Eduardo L. Suárez. 2 Ed. México: FCE, 2007.

ROSA, Alexandre de Moraes. PRIMEIRA PARTE: Crítica ao Discurso da *Law and Economics*: a Exceção Econômica no Direito. *In. ROSA, Alexandre de Moraes; LINHARES, José Manuel Aroso. Diálogos com a law & economics*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

RUGGIERO, Vincenzo. **Dirty Money On Financial Crimes**. Oxford/UK: Oxford University Press, 2015.

RUGGIERO, Vincenzo. Justifying the crimes of the powerful. *In. BARAK, Gregg. The Routledge International Handbook of the Crimes of the Powerful*. Oxon e New York: Routledge, 2015a.

SAAD-DINIZ, Eduardo. **Ética negocial e compliance: entre a educação executiva e interpretação judicial**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

SALAMA, Bruno Meyerhof. **Estudo em direito e economia [livro eletrônico] : micro, macro e desenvolvimento**. 1 ed. Curitiba: Editora Virtual Gratuita – EVG, 2017.

SHICOR, David. Financial misrepresentation and fraudulent manipulation. SEC settlements with Wall Street firms in the wake of the economica meltdown. *In. BARAK, Gregg. The Routledge International Handbook of the Crimes of the Powerful*. Oxon e New York: Routledge, 2015.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

SCHUMPETER, Joseph Alois. **Teoria do Desenvolvimento Econômico. Uma investigação sobre lucros, capital, crédito, juro e o ciclo econômico**. Traduzido por Maria Silvia Possas. São Paulo: Editora Nova Cultura Ltda., 1997.

SEN, Amartya. **Sobre ética e economia**. Traduzido por Laura Teixeira Motta, Revisão técnica por Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Traduzido por Laura Teixeira Motta, Revisão técnica por Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SILVA, Fernando Quadros de. A magnitude da lesão nos crimes contra o Sistema Financeiro Nacional: uma abordagem à luz da análise econômica do direito. In. BALTAZAR JR., José Paulo. HIROSE, Tadaaqui. **Curso Modular de Direito Penal, v. 2**. Florianópolis: Conceito, 2010. P. 470.

SUTHERLAND, Edwin H. **El delito de cuello blanco**. Traduzido por Rosa Del Olmo. Madrid: La Piqueta, 1999.