

A TEORIA DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO NO CRIME MACROECONÔMICO

THE THEORY OF LAW AND ECONOMICS IN RELATION TO THE MACROECONOMIC CRIME

Paulo Bigois Júnior*
Prof. Ms. Muriele de Conto Boscatto**

Resumo: O presente resumo expandido tem como objeto principal a doutrina jurídica da análise econômica do direito, tendo como autor principal Richard Posner. Com o anseio de abordar os crimes macroeconômicos, a análise econômica no direito pervade o campo da teoria da decisão, se utilizando como ferramenta econômica para solucionar problemas jurídicos. Neste liame, uma abordagem do panorama macroeconômico, para uma compreensão perfectiva entre cadeias produtivas e os valores agregados, se faz presente na abordagem do tipo analógica, como fonte de racionalidade na decisão jurídica e, igualmente, na aplicação penal, a partir dos danos provocados contra as estruturas macroeconômicas. A proporcionalidade, como fator determinante na decisão jurídica, através de uma elementar específica ao dano macroscópico, possui características em abstrato na pena, ou, na decisão fundamentada do julgador.

Palavras-chave: Análise Econômica do Direito. Macrocrime. Aplicação Penal.

Abstract: This paper has as main object the legal doctrine of the economic analysis of the law, to having as main author Richard Posner. With the desire to approach macroeconomic crimes, economic analysis in law pervades the field of decision theory, being used as an economic tool to solve legal problems. In this context, an approach to the macroeconomic scenario for a better understanding of productive chains and aggregated values is present in the analogical approach, as a source of rationality in the legal decision and also in the criminal application, based on the damages caused against macroeconomic structures. Proportionality, as a determinant factor in the legal decision, through an elemental specific to macroscopic damage, has abstract features in the sentence, or, in the decision of the judge.

Keywords: Law and Economics. Macrocrime. Sentence Guideline.

* Acadêmico de Direito, na Faculdade Meridional – IMED. Disponível em: <<https://orcid.org/0000-0002-6358-3587>>. Acesso em: 30 mar. 2019. E-mail: <bigoispi@outlook.com>.

** Professora orientadora Muriele de Conto Boscatto. Graduação em Direito, Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (2004). Advogada, militante na área do Direito Empresarial. Docente da IMED/Passo Fundo. Pós-Graduação em Direito Penal Econômico Europeu, pela Universidade de Coimbra/Pt — Faculdade de Direito/Instituto de Direito Penal Econômico Europeu (2007). Especialista em Direito Empresarial, pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos — UNISINOS (2010). Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em nível de Mestrado da IMED — Passo Fundo (2015). Disponível em: <<https://www.imed.edu.br/Ensino/direito-passo-fundo/graduacao/Corpo-Docente/muriele-de-conto-boscatto>>. Acesso em: 30 mar. 2019. Faculdade Meridional – IMED. E-mail: <muriele.deconto@imed.edu.br>.

1. INTRODUÇÃO

O processo da globalização, após a segunda guerra mundial, possibilitou a humanidade experienciar uma ruptura, mesmo que momentânea, nas relações econômicas locais¹, abrindo-se as fronteiras para o intercâmbio global². Foi nesta direção que a comunidade global, em parte, testemunhou grandes avanços científicos e tecnológicos, oriundos de uma maior liberdade econômica e do pensamento. A matriz influenciadora é estadunidense, seja por via econômica na sua forma globalizada ou cultural, trazendo a sociedade e aos Estados nacionais um novo eixo orientador na sua política na condução da sua proteção econômica³. Diante desta possibilidade, se fixou novas relações comerciais e entendimentos jurídicos que versem pela integridade de acordos comerciais entre pessoas físicas e jurídicas. Por via do intercâmbio cultural globalizado, doutrinas jurídicas surgem como novidades perante os que recepcionam em um ambiente jurídico diferente a sua forma originária.

A doutrina da análise econômica do direito, de Richard Posner (1992), se apresenta como algo “excêntrico” ao observador externo a realidade jurídica norte-americana. Sendo de pouca valia nas cátedras de direito do Brasil, encontra-se o pensamento de Richard Posner, incompreensível para muitos *scholars* brasileiros. Se transportar a teoria analítica econômica para o direito, especificadamente para o penalismo pátrio, a dosimetria penal seria a parte de interesse da análise, uma vez que, através do instrumental econômico e analítico, a macrocriminalidade econômica que assola o Brasil, teria a oportunidade de presenciar sua potencialidade lesiva constrangida pela teoria de Posner, mesmo que em tese.⁴

1 BAUMAN, Zygmunt. Vidas para o Consumo: a transformação das pessoas em mercadoria. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

2 BAUMAN, Zygmunt. Globalização: as consequências humanas. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.

3 LOPES RODRIGUES, Carlos Henrique. A Questão do Protecionismo no Debate entre Roberto Simonsen e Eugênio Gudin. Campinas: Universidade Estadual de Campinas - Unicamp, 2005. Disponível em: http://repositorio.unicamp.br/bitstream/REPOSIP/285865/1/Rodrigues_CarlosHenriqueLopes_M.pdf. Acesso em: 18 abr. 2019, p. 21: “Roberto Simonsen mostra que os países industrializados conquistaram seu desenvolvimento à custa do protecionismo e, com isso, não era concebível que o Brasil abrisse mão desse contingente, isto é, não se baseasse na história dos países desenvolvidos para adotar políticas restritivas semelhantes a desses países. Para elucidar o protecionismo adotado pelos países desenvolvidos temos os casos da França, da Inglaterra e dos Estados Unidos”.

Os vértices das circunstâncias judiciais, usados para aplicação penal, codificados na lei penal brasileira, é muito tênue, não agraciando as premissas e consequências de atos em escala macroscópicas, destacando os macrocrimes, na aplicação penal, como fonte de racionalidade decisiva do juiz. Se o conceito de liberalismo econômico que tantum se faz presente em Posner, é ignorada por grande parcela acadêmica, que passa por uma mutação derivada através desta globalização, transformando-se o entendimento liberal para neoliberal, ou seja, um novo liberalismo, com amplitude e pretensões globais, das corporações e de livre fluxo de capitais ante as flutuações do mercado, sem levar em conta que sua teoria pode contribuir para atenuar negatividades criadas por ela mesma.

Destarte, a criminalidade econômica tem as ferramentas próprias para difundir-se como um catalisador da sua própria fundamentação: de não se submeter as regras e flutuações de mercado, do crescimento rápido e quase espontâneo do seu lucro, ignorando direitos de mercado aos adversários, se privilegiando dos fatores, como as influências dos agentes políticos na economia, que desejam o controle verticalizado do processo econômico, sob a pretensão de corrigir eventuais distorções.⁵ Richard Posner (1973), na sua análise econômica do direito, tem o fundamento para uma compreensão econômica em atos jurídicos que, em muitos casos, são ignorados na fixação de uma pena de macroadelinquência que irradiam seus efeitos negativos dos crimes a direitos transindividuais.⁶

4 POSNER, Richard. *El Análisis Económico Del Derecho*. 2º ed. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 1998. p. 271-276.

5 REIS VENTURELLI, Carlos Magno. Operação Lava Jato, Um Precedente Histórico: repercussão concorrencial e penal. Monografia (Especialista em Direito Penal e Processo Penal) – Pós-Graduação Lato Sensu “Direito Penal e Processo Penal”, Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP. Brasília, 2016. Disponível em: <http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/2025/Monografia_Carlos%20Magno%20dos%20Reis%20Venturelli.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 20 abr. 2019, p. 26-31.

6 ALBINO ZAVASCKI, Teori. Reforma do Processo Coletivo: indispensabilidade de disciplina diferenciada para direitos individuais homogêneos e para direitos transindividuais. Ministro do Superior Tribunal de Justiça e Professor de Direito da Universidade de Brasília – UNB. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/79062876.pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2019, p. 1-4: “Compõem o universo de atuação do processo coletivo dois grandes domínios: o dos direitos coletivos lato sensu e o dos direitos individuais homogêneos. Direitos coletivos são direitos subjetivamente transindividuais (sem titular determinado, razão pela qual são tutelados em juízo invariavelmente pelo regime de substituição processual) e materialmente indivisíveis (= são lesados ou satisfeitos necessariamente em sua globalidade, o que determina tutela jurisdicional também de forma conjunta e universalizada)”.

2 O CARÁTER DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

Pode-se, entender, que análise econômica do direito possui uma característica de ordem metajurídica.⁷ Este entendimento consolida-se em um dos momentos mais marcantes da doutrina, quando Richard Posner, lança ao público uma obra muito peculiar no direito americano. A obra “*economic analysis of law*”, provoca controvérsias nas academias de direito no Brasil. Quando os pensadores críticos se debruçam para esmigalhar sua doutrina — que é modelar para análise econômica do direito —, este pensador estadunidense já desempenhou, junto ao tribunal de apelação do 7º circuito, nos Estado Unidos, sua função de magistrado federal. Formou-se pela Universidade de *Harvard*, ocupando, posteriormente, a cátedra de direito na Universidade de *Stanford* e na Universidade de Chicago.⁸

Com o prestígio que galgou, o título de Doutor Honoris Causa pela Universidade de *Yale*. Tratou o campo jurídico dentro de “métricas” econômicas e suas relações jurídicas no mundo dos fatos. Não se limitando, sua teoria examina o conjunto de aplicações do direito numa perspectiva econômica. Os impactos causados por determinadas regras, normas e institutos legais que compõem o arcabouço jurídico tem sua importância nos estudos de Richard Posner.

A aplicação pragmática nas decisões⁹ em julgados e com efeitos que variam do campo microeconômico a macroeconômico. É um tratado jurídico interdisciplinar; sendo a economia o ponto de mutação para o direito. Os impactos da lei, da jurisprudência e da decisão de magistrados podem encontrar seu desvelamento pela análise econômica do direito. A escola de pensamento interdisciplinar do direito,

7 ZENKNER SCHMIDT, Andrei. O Direito Penal Econômico Sob Uma Perspectiva Onto-Antropológica. Tese (Doutorado em Ciências Criminais) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS. Porto Alegre, 2014. Disponível em: <<http://tede2.pucrs.br/tede2/bitstream/tede/4966/1/461572.pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2019, p.13.

8 Judge Richard A. Posner Brief Biographical Sketch. Chicago: University of Chicago. Disponível em: <<http://home.uchicago.edu/~rposner/biography>>. Acesso em: 24 abr. 2019.

9 SEVERO ROCHA, Leonel. Interpretação Jurídica e Racionalidade. Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos. Publicação do Programa de Pós-Graduação em Direito. Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC, 1997. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/viewFile/15642/14169>>. Acesso em: 21 abr. 2019, p. 2-3: “A tradicional divisão de Carnap das partes da Semiótica em sintaxe, semântica e pragmática, ajudou bastante para a delimitação das diferentes instâncias analíticas do direito. Isto foi muito importante pois antes o juristas confundiam questões de lógica-normativa com questões hermenêuticas e/ou pragmáticas”.

parte de duas premissas: a primeira é que os recursos econômicos são limitados; e a segunda é que o comportamento humano é racional quando seu objetivo alcança a rejeição do desperdício (POSNER, 1992).

Aplica-se tal entendimento ao mundo do direito. O desperdício, para análise econômica do direito, é aquilo que não gera eficiência e/ou é demasiado custoso no alcance de algum objetivo que não justifique tal demanda. A ciência econômica poderá ser utilizada como uma ferramenta auxiliar para o estudo de questões legais. Para os juristas, lincar princípios econômicos e problemas legais na análise econômica tem seu principal aliado o formalismo matemático, que demonstra os reais impactos destas questões supracitadas. Tais regulações dessas atividades, por exemplo, não possuem ligação direta com o mercado, mas com a lei de mercado. Nas palavras de Richard Posner, a importância do estudo tem sua coerência:

To me the most interesting aspect of the law and economics movement has been its aspiration to place the study of law on a scientific basis, with coherent theory, precise hypotheses deduced from the theory, and empirical tests of the hypotheses. Law is a social institution of enormous antiquity and importance, and I can see no reason why it should not be amenable to scientific study. Economics is the most advanced of the social sciences, and the legal system contains many parallels to and overlaps with the systems that economists have studied successfully.¹⁰

O enfoque econômico do direito vislumbra aspectos comportamentais que refletem economicamente em escala macroscópica, e também, da lei e jurisprudência. Para Ivo Gico Jr (2010), análise econômica do direito tem instrumentalidade do tipo analítica e empírica sob uma ótica da racionalidade econômica:

A Análise Econômica do Direito nada mais é que a aplicação do instrumental analítico e empírico da economia, em especial da microeconomia e da economia do bem-estar social, para se tentar compreender, explicar e prever as implicações fáticas do ordenamento jurídico, bem como da lógica (racionalidade) do próprio ordenamento jurídico. Em outras palavras, a AED é a utilização da abordagem econômica para tentar compreender o direito no mundo e o mundo no direito. Note-se que a utilização do método econômico para analisar o direito não quer dizer que são os economistas que praticam a AED. Pelo contrário, na maioria dos casos, os pesquisadores que a praticam são juristas ou possuem dupla formação. De qualquer forma, são juseconomistas.¹¹

10 Richard A. Posner, in Michael Faure & Roger Van Den Bergh, Eds., *Essays In Law And Economics* (1989).

11 GICO, Ivo Jr. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. In: *Economic Analysis of Law Review*. Brasília: Universidade Católica de Brasília - UCB, 2010. Disponível em: <<https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/download/2794/2034>>. Acesso em: 23 abr. 2019, p.1

Neste liame de juseconomistas — em vez de juristas —, encontra o fundamento pela razão da própria matéria. Não bastasse para o intérprete conhecer a lei, o direito; é necessário avançar através deste campo, usando a ciência econômica como uma aliada, com metodologias aplicáveis da economia e de seus teóricos para elucidação de problemas que complementam a decisão jurídica. Com decorrer das teorias econômicas e da atenção dos economistas na tratativa jurídica, a análise econômica do direito possui várias doutrinas e interpretações sobre a instrumentalidade do processo da *Law and Economics*. É através destas várias correntes e abordagens econômicas distintas no mundo jurídico, foi o que possibilitou o desenvolvimento necessário de uma práxis típica para o campo jurídico.¹²

Os delitos, as tensões familiares, acidentes de juízos de valores são exemplos de menor potencial para análise na maioria dos casos de aplicação do AED no Brasil, igualmente a drogadição, furtos ou roubos de obras de arte, comportamentos sexuais, maternidade sub-rogada, acidentes marítimos, desrespeito aos símbolos nacionais, temas de direito internacional público, perdões judiciais, teorias democráticas e observâncias religiosas são abordados como um macrossistema social que terá a devida vênua dos estudos da análise econômica.¹³

O sistema jurídico pode ser estudado além do ponto de vista filosófico, o método econômico visa aperfeiçoar legalmente a sua aplicação dentro de casos in subjudice. Não apenas se mantendo em questões de alocação de recursos financeiro para um melhor desempenho na efetividade das garantias e aplicações legais incumbidas ao Estado. Como ferramenta de entendimento e reforma de praticas sociais, muitas vezes como um formalismo matemático complexo. Entre força e sutileza, os princípios aplicados por este estudo não exaure a questão econômico legal. A obra de Posner cobre mais que o campo microeconômico.¹⁴

12 KIRAT, Thierry. De L'analyse Économique du Droit à de Nouvelles Alliances?. Revue économique, Paris, v. 49, n. 4, p. 57-1087. 1998

13 POSNER, Richard. POSNER, Richard. El Análisis Económico Del Derecho. 2º ed. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 1998. p. X.

14 GONÇALVES NEVES, Everton; STELZER, Joana. O Direito e a Ciência Econômica: a possibilidade interdisciplinar na contemporânea Teoria Geral do Direito. Latin American and Caribbean Law and Economics Association (ALACDE) Annual Papers. University of California, Berkeley – UC Berkeley, 2007. Disponível em: <<https://cloudfront.escholarship.org/dist/prd/content/qt39q6m55k/qt39q6m55k.pdf?t=kro5lc>>. Acesso em: 23 abr. 2019, p. X.

O campo econômico é muito amplo pra se limitar ao fenômeno da inflação monetária e desemprego, distanciando-lhe de questões jurídicas. É um campo de escolha racional num mundo com recursos limitados e desejos impetuosos. É uma viagem explorativa das implicações das decisões do indivíduo de forma racional que procura em sua forma aumentar ao limite de seus propósitos. O liame de cálculo consciente e máxima racional são fenômenos distintos.

Economia não é uma teoria da consciência; é alocação de recursos de forma racional.¹⁵ Entende-se como racional o uso inteligente dos recursos naturais em uma demanda cada vez maior. A definição e os parâmetros de racionalidade na escolha, é de âmbito da econômica comportamental, no qual, seus primeiros sinais de existência remetem ao teórico da economia moderna, Adam Smith (1776), afirmava que, não é da benevolência do ofertante que vem o meu produto, e sim, da busca incessante de lucro denominado de interesse.

3 UMA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO NO CRIME MACROECONÔMICO

A prática de corrupção estrangeira, julgado pela corte do distrito oriental de Nova Iorque, enquadrado a multinacional Braskem S/A pela Foreign Corrupt Practices Act. Seu núcleo tipificado trata da proibição de companhias e seus representantes de influenciar autoridades estrangeiras através de promessas de pagamentos e recompensas. Se aplica a qualquer pessoa que possua relações em qualquer grau de conexão com os Estados Unidos que estejam engajadas em atos de corrupção no exterior, bem como para empresas nos EUA, empresas que negociam valores mobiliários. Cidadãos americanos, e de outras nacionalidades que residam no país, em prol da prática corrupta estrangeira, não precisa estar fisicamente nos países. Esse princípio gravita no pressuposto do alcance da sua jurisdição sobre a conduta de seus cidadãos em qualquer parte do mundo.

15 MONGIN, Philippe. *Modèle rationnel ou modèle économique de la rationalité?*. *Revue économique: Rationalité et comportement économique*, Paris, v. 35, n. 1, p.9-63, 1984: "Suivant une représentation courante, la théorie économique serait aussi la théorie du choix rationnel pris en général. Elle se caractérise non par les hypothèses spécifiques qui lui servent à décrire la rationalité, mais par la systématique et la précision formelle qu'elle met dans cette description".

Pode-se, acrescentar, o princípio da personalidade passiva¹⁶, segundo a doutrina jurídica estadunidense que sua aplicabilidade alcança atos cometidos contra seus cidadãos em qualquer lugar do mundo. Em meados de 1960, o campo da análise econômica do direito era sinônimo de para os juristas de um composto instrumental de direito antimonopolista. Se para AED tem como o pressuposto da escolha racional e efetiva na maximização do objetivo com menor incidência de erro e esforço, o agente em um cenário tensionador terá que usar dos atributos que lhe compete e possui, para afastar o agente contrário que o impede de realizá-lo com maestria. É o que se chama de cenário de jogo.¹⁷ Todo o agente tem um comportamento e realiza interação no cenário.¹⁸ É através dessas características é que se pode escolher o percurso que alcance o objetivo final.¹⁹

Sob o julgo da análise econômica, dos estudos críticos do direito e das teorias do direito liberal, é importante destacar a forte influência que estas últimas correntes de pensamento tiveram em relação a análise econômica do direito, sobretudo as “chamadas” mudanças nos paradoxos sociais. A intenta é a estabilização no entendimento acerca do conteúdo do direito: da definição como uma corporação política ou científica. Para entender essa linha de pensamento jurídico é necessário remeter-se às obras de seus edificadores. São estes, Charles Sanders Peirce,

16 WATSON, Geoffrey R. The Passive Personality Principle. Washington: The Catholic University of America, Columbus – CUA, School of Law, 1993. Disponível em: <<https://scholarship.law.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1410&context=scholar>> Acesso em: 23 abr. 2019, p. 11.

17 ZUGMAN, Fábio. Teoria dos Jogos: uma introdução à disciplina que vê a vida como uma sequência de jogos. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI13139,51045-Teoria+dos+Jogos+Uma+introducao+a+disciplina+que+ve+a+vida>>. Acesso em: 24 abr. 2019, p. 1: “Por que existem guerras de preços? O que leva um país a possuir armas nucleares? Quando vale a pena abrir mão do poder? Como tornar uma ameaça digna de crédito? Analisando diferentes situações como jogos de estratégia, a Teoria dos Jogos trouxe uma nova visão às ciências sociais. Seus conceitos e metodologia são facilmente aplicáveis à administração. Esse artigo fornece uma visão inicial deste novo e fascinante campo de estudo”.

18 MISES, Ludwig Von. Ação Humana: um tratado de economia. 31 ed. São Paulo: Instituto Ludwig Von Mises Brasil, 2010. Disponível em: <<https://www.mises.org.br/EbookDownload.aspx?file=44.pdf>>. Acesso em: 23 abr. 2019, p. 28: “Ação humana é comportamento propositado. Também podemos dizer: ação é a vontade posta em funcionamento, transformada em força motriz; é procurar alcançar fins e objetivos; é a significativa resposta do ego aos estímulos e às condições do seu meio ambiente; é o ajustamento consciente ao estado do universo que lhe determina a vida. Estas paráfrases podem esclarecer a definição dada e prevenir possíveis equívocos. Mas a própria definição é adequada e não necessita de complemento ou comentário”.

19 Idem: Teoria dos Jogos: uma introdução à disciplina que vê a vida como uma sequência de jogos. “Jogo é toda a situação em que existem duas ou mais entidades em uma posição em que as ações de um interferem nos resultados de outro. A Teoria dos Jogos também é conhecida como a ciência do conflito, e não há muita vantagem em estudar situações em que alguém jogue contra si mesmo”.

William James e Oliver Wendell Holmes Jr, que formaram e fortaleceram a filosofia pragmática,²⁰ que se iniciou no final do século XIX, como parte do pensamento político e jusfilosófico estadunidense. Em Wendell, seu famoso ditame de “que a vida do direito não pode ser pela lógica: deve sim, experienciada” representa ápice do pragmatismo jurídico. A lógica de que se trata é o formalismo jurídico, engessada de todas as formas na resolução de problemas que não trazem um *know-how* concreto no desenvolver do tecido jurídico, que em sua substituição a experiência empírica o elabora.

3.1 ESTADOS UNIDOS v. BRASKEM S/A

Nos Estados Unidos, duas companhias brasileiras foram condenadas por esquema de subornos a funcionários do governo dos Estados Unidos, Brasil e Suíça. As empresas Odebrecht S.A. (Odebrecht), e Braskem S.A. (Braskem), se declararam culpados sob acusação movida pelo Departamento de Justiça. A Procuradora-Geral adjunta, Sung-Hee Suh, do Departamento de Divisão Criminal; o Procurador-Geral Robert Capers, do Distrito Oriental de Nova Iorque; o Diretor adjunto Stephen Richardson, da Divisão Investigativa Criminal do FBI e o Diretor Adjunto do responsável William Sweeney do Escritório de Campo do FBI em Nova Iorque, divulgaram a informação.²¹

Uma ‘unidade de negócios oculto’, no qual, sistematicamente pagou centenas de milhões de dólares a funcionários de governo em três continentes. Tais irregularidades necessitam de uma resposta forte da lei, juntamente a cooperação jurídica com o Brasil e a Suíça, possibilitaram as ações necessárias para corrigir os

20 MORAES GODOY, Arnaldo Sampaio de. O Realismo Jurídico em Oliver Wendell Holmes Jr. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/92825/Godoy%20Arnaldo.pdf>>. Acesso em: 23 abr. 2019, p. 1-2.

21 UNITED STATES. The United States Department of Justice. Odebrecht and Braskem Plead Guilty and Agree to Pay at Least \$3.5 Billion in Global Penalties to Resolve Largest Foreign Bribery Case in History. New York: JUSTICE, 2016. Disponível em: <<https://www.justice.gov/opa/pr/odebrecht-and-braskem-plead-guilty-and-agree-pay-least-35-billion-global-penalties-resolve>>. Acesso em: 25 abr. 2019: “Odebrecht and Braskem used a hidden but fully functioning Odebrecht business unit—a ‘Department of Bribery,’ so to speak—that systematically paid hundreds of millions of dollars to corrupt government officials in countries on three continents,” said Deputy Assistant Attorney General Suh. “Such brazen wrongdoing calls for a strong response from law enforcement, and through a strong effort with our colleagues in Brazil and Switzerland, we have seen just that. I hope that today’s action will serve as a model for future efforts”.

desvios, servindo como modelo de esforço conjunto no futuro. As medidas elaboradas como resoluções de caso são o resultado de esforço conjunto muito importante a nível global ao combate de lavagem de dinheiro transcontinental. O crime in caso perdurou por muito tempo a nível global; chega-se a bilhões de dólares em suborno a funcionários de vários níveis hierárquicos dos governos supracitados.

Nessa ótica, a Braskem, juntamente a Odebrecht, mantiveram uma divisão de estrutura operacionais com intuito no pagamento de subornos a políticos e partidos em relação a manutenção da *joint venture* entre as Companhias e materiais compradas pela Braskem, vendidas pela Petrobras; entre as vantagens, também configurava, a isenção de ‘certos’ tributos devidos a União.

Já a Odebrecht criou, fundou elaborou uma estrutura financeira secreta para pagamentos a funcionários de alto escalão no estrangeiro.²² Estas estruturas mantidas isoladamente das estruturas reais e legais das empresas, visto que, sua responsabilidade na divisão de pagamentos ilegais a “peças-chave” no mecanismo político estatal nacional e estrangeiro. Nada mais auspicioso para não gerar uma aparência real factível que levasse às autoridades na conclusão da sua materialidade. Esta vértice do tipo decisória repousa na necessidade do juiz, no Brasil, pronunciar o réu, de forma fundamentada, na completitude da justa causa criminal, conforme artigo 413 do Código de Processo Penal. É uma *conditio sine qua non*.

Destarte, não se afasta da própria questão do livre convencimento elencado no, do 155 CPP. Se numa dosimetria penal acerca deste crime macroeconômico que é a cunhagem temporal aplicado ao agente transgressor da lei, dos costumes e do bem-estar social que, comprometa o tecido social²³ na sua ordem. Destacam-se as circunstâncias judiciais, agravantes e atenuantes e as majorantes e minorantes.²⁴

São os vértices orientadoras para o cálculo. Estas vértices ter-se-ia um molde próprio na pena final do cálculo. Mas o grande obstáculo dosimétrico no Brasil foi

22 UNITED STATES. The United States Department of Justice. United States of America against Braskem SA. New York: JUSTICE, 2016. Disponível em: <<https://www.justice.gov/opa/press-release/file/919901/download>>. Acesso em: 25 abr. 2019.

23 ROUSSEAU, Jean-Jacques. The Social Contract. Disponível em: <<https://www.earlymoderntexts.com/assets/pdfs/rousseau1762.pdf>>. Acesso em: 24 abr. 2019.

24 OLIVEIRA HARTMANN, Érica de. Os Sistemas de Avaliação da Prova e o Processo Penal Brasileiro. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/direito/article/viewFile/1749/1446>>. Acesso em: 25 abr. 2019, p. 10-14.

desproporção ou a proporção devidamente correta ao caso. Mesmos que o procedimento da aplicação penal tenha sido uma vitória juspositivista. Nas palavras de Nelson Hungria, as teorias aplicativas de uma pena se sobrepõe a escolas juspenalistas que não consideram o calculo valorativo como algo de relevância:

A adaptação da pena ao delinquente representa uma das mais importantes vitórias da escola positiva contra os clássicos, mais ou menos fiéis a correspondência apriorística entre a quantidade da pena e a do crime, nome do requisito da certeza. Este conserva, através das teorias absolutas, o espírito materialista do talião ou do contrapasso dantesco.²⁵

Diante de tais contradições da pena aplicada ao delito prático, Hungria entende que Giovanni Carmignani (1976), já alertava sobre os aspectos desproporcionais da pena em relação ao indivíduo penalizado. Ou seja, “o próprio Carmignani reconheceu a dificuldade de estabelecer proporção entre quantidades heterogêneas” (Hungria, 1958, p. 176). Mas, ainda, a unidade implícita do dano criminal em direito difusos alcança o suprasumo nas condições macroeconômicas provocadas pela sua violação. Em sede econômica, os agentes provocadores do macrocrime encontram na conduta macrodelinquente o repouso do seu status econômico que falquejaram como uma fundamentação de controle ante as flutuações econômicas em que se operam.

Para Callegari (2014, p. x), as garantias da imputação no delito de lavagem de dinheiro, possui uma faceta do tipo penal subjetivo muito peculiar: o comportamento não doloso ou culposos, ou seja, o tipo subjetivo neutro. Isto porque os agentes operadores dos mercados financeiros não possuem obrigação na averiguação da origem do dinheiro, visto que são meramente operadores sem tipo de responsabilidade do tipo penal objetivo, se interpretado com a Lei 9.613/1. Este lado subjetivo gravita entorno da exegese integral da Lei sobre lavagem de dinheiro. Em outras palavras, Callegari (2014, p. x), faz uma interpretação que limita a relação de funcionários do mercado financeiro, por não existir tipificação a obrigação do conhecimento da origem ilícita do dinheiro:

Numa primeira interpretação já ficariam excluídas as condutas dos agentes financeiros se ficasse demonstrado que estes não participam do grupo, da associação ou do escritório destinado à lavagem, porém, sabem de onde provêm as quantias inseridas no mercado financeiro. É que a interpretação literal do tipo não permite que se vá mais além do que isso,

25 HUNGRIA, Nelson. Comentários ao Código Penal. Volume II. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

é dizer, somente estariam abrangidas as condutas daqueles que se emoldurassem numa das modalidades previstas, isto é, participação específica e dolosa (a lei exige o conhecimento) no grupo, na associação ou no escritório. Fora desses casos, ainda que exista a ciência de onde provêm os valores, não se poderia abarcar a conduta do agente financeiro como conduta típica descrita na lei.²⁶

É neste cenário tensionador, que os crimes em macroescala ocorrem a todo instante. Medidas preventivas nas instituições financeiras, como o *compliance criminal*, na sua forma de autorregulação regulada, que é possível mensurar a amplitude das ações de lavagem de dinheiro. Não se abstendo, o Estado como legitimador da coerção jurídica, para o equilíbrio do tecido social e da ordem pública que se zela.

4 CONCLUSÃO

O Brasil incorporou a sua legislação, dispositivos sugeridos internacionalmente, para o combate a lavagem de dinheiro que são a porta de entrada nos crimes macroeconômicos. Conforme demonstrado algumas das características da *law and economics*, entende-se que a base econômica é considerada como o ponto de partida na tomada de decisão, assim como, os impactos econômicos provocados pela legislação infraconstitucional. Os aspectos internacionais devem ser levados em consideração, um a vez que, o processo globalizante da economia e das relações transnacionais encontraram guarida no século XXI. É com base nestas características que o Brasil precisa rever sua política jurisdicional e legislativa, frente aos movimentos da macroadeliquência contemporâneo, observando os tratados internacionais que versem sobre o tema da lavagem de dinheiro, que é uma das facetas que podem desembocar em impactos negativos no âmbito da macroeconomia.

26 CALLEGARI, André Luís. BARAZZETTI WEBER, Ariel. Lavagem de Dinheiro. São Paulo: Atlas, 2014, p. X.

BIBLIOGRAFIA

ALBINO ZAVASCKI, Teori. **Reforma do Processo Coletivo**: indispensabilidade de disciplina diferenciada para direitos individuais homogêneos e para direitos transindividuais. Ministro do Superior Tribunal de Justiça e Professor de Direito da Universidade de Brasília – UNB. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/79062876.pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2019.

BAUMAN, Zygmunt. **Globalização**: as consequências humanas. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.

BAUMAN, Zygmunt. **Vidas para o Consumo**: a transformação das pessoas em mercadoria. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BENEVIDES PINHO, Diva. **A Racionalidade Econômica**: abordagem histórica. São Paulo: Universidade de São Paulo - USP, 1976. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/revhistoria/article/view/78556/82611>>. Acesso em: 20 abr. 2019.

BOETTKE, Peter. COYNE, Cristopher. **The Debt–Inflation Cycle and the Global Financial Crisis**. Fairfax: George Mason University - GMU, 2011. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1753345>. Acesso em: 21 abr. 2019.

BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, 13 de out. 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 22 abr. 2019.

BRASIL. Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998. **Dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências**. *Diário Oficial da União*, Brasília, 4 de mar. 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9613compilado.htm>. Acesso em: 22 abr. 2019.

CALLEGARI, André Luís. BARAZZETTI WEBER, Ariel. **Lavagem de Dinheiro**. São Paulo: Atlas, 2014.

CASTRO, Marcus Faro de. **Formas Jurídicas e Mudança Social**: interações entre o direito, a filosofia, a política e a economia. São Paulo: Saraiva, 2012.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Law and Economics**. 6 ed. Boston: Addison-Wesley, 2011. Disponível em: <http://www.econ.jku.at/t3/staff/winterebmer/teaching/law_economics/ss19/6th_edition.pdf>. Acesso em: 21 abr. 2019.

GICO, Ivo Jr. **Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito**. Economic Analysis of Law Review, V. 1, nº 1, p. 7-32. Brasília: Universidade Católica de Brasília - UCB, 2010. Disponível em: <<https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/download/2794/2034>>. Acesso em: 23 abr. 2019.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. Volume II. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

LOPES RODRIGUES, Carlos Henrique. **A Questão do Protecionismo no Debate entre Roberto Simonsen e Eugênio Gudin**. Campinas: Universidade Estadual de Campinas - Unicamp, 2005. Disponível em: <http://repositorio.unicamp.br/bitstream/REPOSIP/285865/1/Rodrigues_CarlosHenriqueLopes_M.pdf>. Acesso em: 22 abr. 2019.

MACKAAY, Ejan. ROUSSEAU, Stéphane. **Análise Econômica do Direito**. 2º ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MILLER, Eugene. **Hayek's The Constitution of Liberty**: an account of its argument. London: Institute of Economic Affairs, 2010. Disponível em: <<https://iea.org.uk/sites/default/files/publications/files/Hayek%27s%20Constitution%20of%20Liberty.pdf>>. Acesso em: 23 abr. 2019.

MISES, Ludwig Von. **Ação Humana**: um tratado de economia. 31 ed. São Paulo: Instituto Ludwig Von Mises Brasil, 2010. Disponível em: <<https://www.mises.org.br/EbookDownload.aspx?file=44.pdf>>. Acesso em: 23 abr. 2019.

MONGIN, Philippe. **Modèle rationnel ou modèle économique de la rationalité?**. Revue économique: Rationalité et comportement économique, Paris, v. 35, n. 1, 1984.

MORAES GODOY, Arnaldo Sampaio de. **O Realismo Jurídico em Oliver Wendell Holmes Jr**. Brasília: Senado Federal. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/92825/Godoy%20Arnaldo.pdf>>. Acesso em: 23 abr. 2019.

OLIVEIRA HARTMANN, Érica de. **Os Sistemas de Avaliação da Prova e o Processo Penal Brasileiro**. Curitiba: Universidade Federal do Paraná – UFPR. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/direito/article/viewFile/1749/1446>>. Acesso em: 25 abr. 2019

PIKETTY, Thomas. **O Capital no Século XXI**. Gávea: Intrínseca, 2014.

PINHEIRO NASCIMENTO, Elimar. **Trajetória da sustentabilidade**: do ambiental ao social, do social ao econômico. Dossiê Sustentabilidade. São Paulo: Universidade de São Paulo - USP, 2012.

POSNER, Richard. **El Análisis Económico Del Derecho**. 2º ed. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 1998.

POSNER, Richard. **Essays In Law And Economics**. 1989.

POSNER, Richard. **Judge Richard A. Posner Brief Biographical Sketch**. Chicago: University of Chicago - UChicago. Disponível em:
<<http://home.uchicago.edu/~rposner/biography>>. Acesso em: 24 abr. 2019.

REIS VENTURELLI, Carlos Magno. **Operação Lava Jato, Um Precedente Histórico: repercussão concorrencial e penal**. Monografia (Especialista em Direito Penal e Processo Penal) – Pós-Graduação Lato Sensu “Direito Penal e Processo Penal”, Instituto Brasiliense de Direito Público. Brasília - IDP, 2016. Disponível em:
<http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/2025/Monografia_Carlos%20Magno%20dos%20Reis%20Venturelli.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 20 abr. 2019.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **The Social Contract**. Disponível em:
<<https://www.earlymoderntexts.com/assets/pdfs/rousseau1762.pdf>>. Acesso em: 24 abr. 2019.

SAMUELSON, Paul Anthony. **Fundamentos da Análise Econômica**. São Paulo: Nova Cultural, 1997.

SEVERO ROCHA, Leonel. **Interpretação Jurídica e Racionalidade**. Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos. Publicação do Programa de Pós-Graduação em Direito. Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC, 1997. Disponível em:
<<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/viewFile/15642/14169>>. Acesso em: 21 abr. 2019.

TAUFICK, Roberto Domingos. **Introdução ao Direito da Concorrência**. Disponível em:
<http://www.fazenda.gov.br/centrais-de-conteudos/publicacoes/apostilas/advocacia-da-concorrenca/4-seae_introducao_direito_concorrenca.pdf>. Acesso em: 24 abr. 2019.

UNITED STATES. The United States Department of Justice. **Odebrecht and Braskem Plead Guilty and Agree to Pay at Least \$3.5 Billion in Global Penalties to Resolve Largest Foreign Bribery Case in History**. New York: JUSTICE, 2016. Disponível em:
<<https://www.justice.gov/opa/pr/odebrecht-and-braskem-plead-guilty-and-agree-pay-least-35-billion-global-penalties-resolve>>. Acesso em: 25 abr. 2019.

UNITED STATES. The United States Department of Justice. **United States of America against Braskem SA**. New York: JUSTICE, 2016. Disponível em:
<<https://www.justice.gov/opa/press-release/file/919901/download>>. Acesso em: 25 abr. 2019.

UNITED STATES. United States Government Information. **Public Law 95-213**. Washington: GOVINFO, 1974. Disponível em: <<https://www.govinfo.gov/content/pkg/STATUTE-91/pdf/STATUTE-91-Pg1494.pdf>>. Acesso em: 25 abr. 2019.

UNITED STATES. United States Securities and Exchange Commission. **What We Do**. Washington: SEC, 2013. Disponível em: <<https://www.sec.gov/Article/whatwedo.html>>. Acesso em: 25 abr. 2019.

WATSON, Geoffrey R. **The Passive Personality Principle**. Washington: The Catholic University of America – CUA, School of Law, 1993. Disponível em: <<https://scholarship.law.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1410&context=scholar>> Acesso em: 23 abr. 2019.

ZENKNER SCHMIDT. Andrei. **O Direito Penal Econômico Sob Uma Perspectiva Onto-Antropológica**. Tese (Doutorado em Ciências Criminais) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS. Porto Alegre, 2014. Disponível em: <<http://tede2.pucrs.br/tede2/bitstream/tede/4966/1/461572.pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2019.

ZUGMAN, Fábio. **Teoria dos Jogos**: uma introdução à disciplina que vê a vida como uma sequência de jogos. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI13139,51045-Teoria+dos+Jogos+Uma+introducao+a+disciplina+que+ve+a+vida>>. Acesso em: 25 abr. 2019.