

CONTROLE E REAÇÃO SOCIAL EM RELAÇÃO À EMPRESA NO NOVO PROJETO DE NOVA PARTE ESPECIAL DO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO¹

JOÃO MARCELLO DE ARAÚJO JUNIOR²

As empresas, tal como os indivíduos, estão submetidos ao controle social. Este desenvolve-se, dentre muitas outras, através das diversas regras relativas à constituição, desenvolvimento e morte da empresa; relativas à intervenção do Estado no domínio econômico; relativas ao controle de produção, distribuição e consumo de produtos; relativas ao controle de preços e, principalmente pelas normas constantes do Direito Penal Econômico.

O Projeto de Nova Parte Especial do Código Penal Brasileiro, que será encaminhado ao Congresso Nacional ainda

este ano de 1994, de cuja elaboração tivemos a honra de participar, pretende unificar em um Título toda a matéria relativa aos "Crimes Contra a Ordem Econômica". Por isso, define as seguintes categorias de ilícitos, que entende violam a "Ordem Econômica": crimes contra a dignidade, liberdade, segurança e higiene do trabalho; crimes de abuso do poder econômico, contra a livre concorrência, a economia popular e as relações de consumo; crimes falimentares; crimes contra o ordenamento urbano; crimes contra os sistemas de processamento e comunicação de dados; crimes contra o sistema financeiro; crimes fiscais, e crimes cambiais.

Nesse Projeto, a reação social ao crime cometido contra, por meio ou no interesse da empresa foi por nos estruturada segundo os fundamentos que se seguem.

A função de melhora ou de ressocialização, que outrora foi a importante novidade da ciência penal, exigindo longos anos de privação de liberdade para que, nos estabelecimentos sociais terapêuticos, se pudesse operar a transformação do criminoso, hoje, num movimento iniciado nos Estados Unidos e na Escandinávia, nas palavras de Palazzo,³ "viu desaparecer as suas

1. Estudo elaborado para o Congresso Internacional CIRGIS: "Imprese Societarie, Controlli Pubblici e Privati e Pubblicità Legale: Analisi e Prosposte per L'Integrazione Europea", Milão, 7/8/9/10, jul. 1994.

2. João Marcello de Araujo Junior é Professor Titular de Direito Penal da Universidade do Estado do Rio de Janeiro e de Criminologia da F.B.C.J. Dr. Honores Causes da Universidade Inca Garcilaso de la Vega, Lima (Peru). Professor Convidado, Universidade de Pau (França). Membro do Conselho de Administração do Istituto Superiore Internazionale di Scienze Criminali, Siracusa (Itália). Secretária-Geral Adjunto da Associação Internacional de Direito Penal AIDP, Paris (França). Membro del Conselho Internacional do CIRGIS, Milão (Itália). Presidente do Instituto Superior Ibero-Americano de Estudos Criminais, Valença (Brasil). Membro do Conselho Científico do ILANUD (Costa Rica). Presidente do Conselho Consultivo do International Center of Economic Penal Studies, Miami (USA).

3. Francesco Palazzo, *Valores Constitucionais e Direito Penal*, Sergio Fabris, Porto Alegre, 1989, p. 61.

certezas e esfumar-se o seu entusiasmo, tanto no terreno dos princípios quanto no da aplicação prática". Era o fim da ideologia do tratamento com seu mito médico.

Hoje a preocupação científica não está mais centrada na ressocialização forçada do homem criminoso, mas sim em evitar a sua "dessocialização". São tantos os efeitos perversos das penas privativas de liberdade e dos sistemas penitenciários, que a política criminal moderna recomenda um amplo programa de descriminalização e de despenalização, para minimizá-los.⁴

A função de garantia, que se caracteriza pelo efeito de contenção do impulso criminoso exercido pela pena sobre os autores socialmente integrados, por sua vez deixou de exigir para sua eficácia, o emprego de penas longas. A condição de indivíduos socialmente integrados dos autores de certas classes de delitos recomenda a utilização de penas de menor duração conexas, como ensinava Zipf⁵ a "um breve processo penal escassamente traumatizante". Isso deverá ocorrer, especialmente em matéria de Direito Penal Econômico, do Trânsito e do Meio Ambiente. No mesmo sentido da lição do ex-professor de Salzburg⁶ são os ensinamentos de

Jescheck,⁷ para quem, nessas áreas da criminalidade, as penas de curta duração serão eficazes, em razão do seu forte efeito intimidativo sobre pessoas socialmente integradas.

O custo social do afastamento longo do indivíduo do convívio comunitário é tão grande, que fez com que a função de segurança da pena também perdesse muito de seu antigo vigor. Tanto isso é verdade, que até nos Estados Unidos, berço da pena indeterminada, essa forma de punir vem perdendo espaço para as condenações por tempo certo.

As tendências do pensamento criminal do nosso tempo, no terreno de que estamos nos ocupando, podem ser assim resumidas: em primeiro lugar é generalizada a descrença na capacidade do sistema de justiça penal eliminar a criminalidade⁸ pois, acredita-se que o sistema penal possua eficácia muito pequena, como instância formal de controle social. Em segundo lugar, embora a pena continue a ser aquele processo de diálogo a que se refere Ariel Dotti,⁹ não mais se confia no seu efeito ressocializador forçado. Em terceiro lugar, as investigações atuais demonstraram a inutilidade dos movimentos de lei e ordem, que preconizam a intimidação exercida através da ameaça penal violenta, na qual aparecem como carro-chefe as penas privativas de liberdade de longa duração. Por último, entende-se que o Direito Penal não é único, nem muito menos o melhor instrumento de combate à criminalidade.

4. João Marcello de Araujo Junior, "Los Grandes Movimientos Actuales de Política Criminal" in *Revista de Derecho Penal*, Montevideo, n. 8, 1988, pp. 11 e ss.

5. Heinz Zipf, "Alteraciones dogmáticas en los fines de la pena — de la prevención especial y de la prevención general" in *Estudios sobre la reforma penal*, Universidad de Córdoba, Córdoba, 1987, pp. 85 e ss.

6. Heinz Zipf nasceu em 1939 e faleceu no dia 4.11.92. Realizou seus estudos jurídicos na Universidade de Munique. De 1971 a 1974 foi professor na Universidade de Mannheim. A partir de 1974 passou a lecionar Direito Penal, Direito Processual Penal e Criminologia na Universidade de Salzburg. Foi o continuador do pensamento de Maurach.

7. Hans-Heinrich Jescheck, *Tratado de Derecho Penal*, vol. II, Parte General, Barcelona, Bosch, 1981, p. 1066.

8. Inkeri Anttila, "La ideología del control del delito en Escandinavia, tendencias actuales" in *Cuadernos de Política Criminal*, Madrid, n. 28, 1986, p. 145.

9. René Ariel Dotti, *Bases e Alternativas para o Sistema de Penas*, Saraiva, S. Paulo, 1980, pp. 76/77.

de, devendo, face ao custo social da sua execução, ser a *ultima ratio* do sistema de defesa social.¹⁰

A decisiva tendência do momento atual é no sentido de tornar o sistema penal menos cruel, uma vez que estamos convencidos de que, num Estado Democrático de Direito o efeito esperado com a imposição de penas deve ser alcançado com o menor sacrifício possível para os indivíduos. O custo do sofrimento do homem, com a perda de sua liberdade, é extremamente alto, devendo, por isso, tanto quanto possível, ser evitado ou minorado.

Essas concepções acerca das funções da pena podem ser aplicadas aos crimes econômicos previstos no Título que elaboramos.

O nosso Direito Penal, desde as suas bases constitucionais, adota a idéia da proteção a bens e interesses jurídicos. É verdade que de forma fragmentária, mas isso não invalida a função de segurança da pena. É necessário dizer também, que nunca consagramos a extremada ideologia do tratamento, tanto assim que não chegamos a conhecer os estabelecimentos sociais terapêuticos. Ao contrário, hoje nossa lei de execução penal obriga apenas, a que sejam colocados à disposição do condenado os meios necessários a proporcionar-lhe as condições de harmônica integração social.¹¹ A integração social há de ser espontânea, o que importa dizer, que ao condenado é garantido o direito de ser diferente. A função de segurança da pena está presente. Somente no que se refere à função

de garantia é que o nosso Direito Penal Econômico não se encontra bem ajustado às novas tendências.

A legislação econômica vigente, por exemplo a lei que prevê crimes contra o sistema financeiro nacional, ignorou toda a elaboração doutrinária até aqui exposta. A lei assumiu uma posição puramente retributiva, voltada para a prevenção geral por intermédio das penas privativas de liberdade de longa duração. Tanto é assim, que as penas cominadas são severíssimas.¹²

Para visualizarmos o que acabamos de dizer, cumpre lembrar que a menor pena cominada na Lei 7.492/86 varia de um a quatro anos e a mais grave, prevista para o crime de gestão fraudulenta, é de reclusão de 3 a 12 anos.

O critério da lei atual é inteiramente inaceitável, por colidir frontalmente com o moderno conceito de função de garantia da pena.

A falta de ajustamento da lei ao pensamento do seu tempo conduz inexoravelmente à sua não-aplicação e, conseqüentemente à impunidade.¹³ Para que as leis penais sejam eficazes é indispensável que, além de expressarem o pen-

12. René Ariel Dotti, *Reforma Penal Brasileira*, Forense, Rio, 1988, p. 404, leciona no sentido de que à pena, "sem perder a natureza retributiva que modela a sua essência", "busca prevenir também o delito sob a base do aprimoramento ético da personalidade humana em todos os campos de criação e participação".

13. Manoel Pedro Pimentel, "Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional", conferência pronunciada no Seminário sobre Mercado de Capitais para a Magistratura e Ministério Público, organizado pela Comissão Nacional de Bolsas de Valores, s/d, p. 5, (mimeo.), assim se expressava: "Nossa impressão pessoal, que não discrepa da opinião da maioria dos especialistas, é no sentido de que esta lei, pelos seus defeitos e imperfeições, não aprimorou a disciplina repressiva dos crimes contra a ordem econômica, e que continuará a prevalecer a impunidade..."

10. Marino Barbero Santos, "La Défense Sociale trente ans après" in *Cahiers de Défense Sociale*, 1986, p. 27. Também: "La Defensa Social, treinta años después" in *Ciência Jurídica*, ed. Especial, III, Bahia, p. 406. No mesmo sentido Jescheck, "Rasgos fundamentales del movimiento internacional de reforma del Derecho Penal", na mesma Revista, p. 358.

11. Art. 1.º da Lei de Execução Penal.

samento da época, correspondam a uma real necessidade punitiva em relação aos seus violadores.¹⁴ A pena cominada deve atender à proteção do bem jurídico, à justa retribuição pela conduta depravada do autor e à sua necessidade de ressocialização. Examinaremos rapidamente este último aspecto.

Já em 1940, Sutherland¹⁵ indigitava a existência de crimes que eram cometidos por "pessoas de consideração e elevado status social na esfera de sua profissão". A esse tipo de autor denominou "criminoso do colarinho branco".

Senão todos, pelo menos a grande maioria dos crimes econômicos são praticados por indivíduos que, em razão de seus negócios possuem uma especial habilidade no trato da sempre crescente complexidade da vida econômica. Os autores de delitos econômicos são homens que, em geral, pertencem às classes sociais mais poderosas, que desfrutam de boa estima pública, que exercem atividades reputadas importantes e, como lembra Fernandez Albor,¹⁶ quase sempre

não consideram suas condutas como criminosas, mas, sim, como "simples negócios". São pessoas socialmente ajustadas, que possuem aquela "... especial destreza para os negócios..." a que se referiu Lampe¹⁷ e, por isso, aproveitam-se das disfunções do sistema econômico para obter lucros extraordinários, pondo em risco a confiança e a segurança da ordem econômica,¹⁸ em suma, a "ordem pública econômica".^{18a}

As condutas criminosas praticadas no contexto das atividades da vida dos negócios revelam em seus autores, um profundo desprezo pela ordem jurídica.

O delinquente econômico não é um marginalizado social, um desvalido da sorte, que precisa buscar no crime a satisfação de necessidades primárias. Por isso sua conduta revela, como dissemos, um extraordinário desdém pela ordem jurídica. A essa atitude interior do agente contrapõe-se intensa reprovação social, que exige e justifica severidade na resposta penal. Esta, a despeito da gravidade e reprovabilidade da ofensa, não deve ser emocional. É exatamente em crimes como os econômicos, que o legislador precisa ter idéias claras quanto ao equilíbrio entre a pena e o crime, fazendo com isso que a lei penal tenha mais eficácia.

A severidade da resposta social ao delito econômico, entretanto, não deve

14. A inexistência de proporcionalidade entre o fato criminoso e a pena revela, na expressão de Piermaria Corso, um verdadeiro "estado de esquizofrenia legislativa", in "Repressione penale della criminalità economico-finanziaria: garanzie irrinunciabili" in *Nuove Forme di Criminalità Economica e Finanziaria: Sanzioni e Garanzie, Il Fisco*, Roma/Milano, 1989, p. 43.

15. Edwin H. Sutherland, "The White-Collar Criminal", in *American Sociological Review*, 1940, idem: "White-Collar Crime", Nova Iorque, 1949. A versão original do livro de Sutherland, que em primeira edição foi censurada pelo editor e pela Universidade de Indiana, foi publicada em 1983, por Gilbert Gies e Collin Goff. Sobre o pouco conhecido episódio da censura, veja-se Marino Barbero Santos na apresentação da obra coletiva *La Reforma Penal: delitos socio-económicos*, Universidad de Madrid, Madrid, 1985, p. 15.

16. A. Fernandez Albor, *Estudios sobre criminalidad económica*, Bosch, Barcelona, 1978, p. 21.

17. Ernest-Joachin Lampe, "La protección jurídico-penal de la competencia económica en el anteproyecto de Código Penal español de 1983", in Barbero Santos (ed.) *La Reforma Penal: Delitos socio-económicos*, Universidad de Madrid, Madrid, 1985, p. 365.

18. Günter Kaiser, "La criminalidad económica y la forma de combatirla" in Barbero Santos (ed.), *La Reforma Penal: Delitos socio-económicos*, Universidad de Madrid, Madrid, 1985, p. 175.

18a. J. Vervaele, "Fraudes Communautaires et sauvegarde du Droit Communautaire: vers un Droit Pénal européen des affaires?" in *Déviance et Société*, v. 18, n. 2, 1994, p. 201.

se expressar através de penas privativas de liberdade de longa duração, pois a experiência da lei atual revelou que elas não funcionam.

Para homens socialmente ajustados, que desprezam arrogantemente a ordem jurídica, o rigor da pena não deve se caracterizar pela quantidade de anos de privação de liberdade, mas sim, pela forma de sua execução. O criminoso econômico por ser um indivíduo ajustado à sociedade em que vive, tanto assim que se aproveita das disfunções de seu sistema para delinquir, não necessita de especial tratamento ressocializador, por isso as penas longas não lhe são adequadas. Para ele a pena privativa de liberdade deverá ser de curta duração, porém inexorável.

A reação social em relação a essas pessoas, portanto, há de ter caráter marcadamente retributivo e não de "tratamento".

Não existe nenhuma contradição entre o que acabamos de afirmar e todo o restante do nosso pensamento contrário à posição neoclássica retributiva-punitiva, pois não estamos no campo da criminalidade tradicional. No Direito Penal Econômico deparamo-nos com um tipo especial de autor e, além disso, para ele estamos recomendando penas de curta duração, cuja fundamentação não pode ser outra.

Por isso, estamos sugerindo a adoção de um sistema punitivo especial. Aliás, um dos objetivos principais da Comissão de Reforma da Parte Especial do Código Penal é, exatamente, a procura de um novo sistema de sanções.

Como ensina Tiedemann,¹⁹ de um ponto de vista metodológico, as sanções

para os delitos econômicos, segundo os diversos sistemas jurídicos existentes, podem ser sintetizados em dois grupos. O primeiro é composto pelos Países que estabelecem para tais crimes um pequeno número de sanções. O outro é formado pelos que estabelecem diversos tipos de penas.

No primeiro grupo, ao qual pertence a Alemanha, as penas aplicáveis aos delitos econômicos são quase exclusivamente privativas de liberdade, além da multa. A prisão, executada em regime fechado é reservada para os delitos mais graves. No segundo grupo, no qual se destaca a legislação dos Estados Unidos, existe um conjunto de medidas repressivas, sobressaindo a pena privativa de liberdade de curta duração, executada em regime fechado, sem direito a *sursis*, para os casos mais graves. Trata-se do sistema dos "3 S", ou seja, o do *Short, Sharp, Shock*.

Sugerimos a adoção deste último sistema que, além de nos Estados Unidos, vigora no Japão, em diversos países da Europa e é recomendado pelo Conselho da Europa.²⁰

Aos crimes econômicos deverão ser impostas penas privativas de liberdade de curta duração, porém inexoráveis. Em relação a elas não será admitida a substituição pela multa ou pelas penas restritivas de direitos, bem como não será tolerado o benefício da suspensão condicional. Nos casos graves a execução será em regime fechado, sem direito a remição e o livramento condicional somente poderá ser concedido depois de cumpridas duas terças partes da pena. Paralelamente a isso, deverão ser cominadas pesadas penas pecuniárias,²¹

19. Klaus Tiedemann, "Tendences mondiales d'introduction de sanctions nouvelles pour les crimes en col blanc" in João Marcello de Araujo Junior (org.), *Sistema Penal para o Terceiro Milênio*, Revan, Rio, 2.^a ed., 1992, p. 136.

20. Recomendação n. R (81) 12, III, 3.

21. Marcos Juruena Vilela Souto, "Crimes de Abuso de Poder Econômico" in *Fascículos de Ciências Penais*, ano 6, v. 6, n. 1, jan-mar./1993, p. 76, afirma que os crimes do colarinho branco são capazes de produzir tão elevados

além, de um rigoroso sistema de interdição de direitos e outras medidas de natureza limitativa, dentre as quais: perdimento de bens; caução; proibição de participação em concursos; suspensão de atividades; interdição do uso de cheque, do direito de participar de licitações ou de receber subsídios e subvenções, e outras do mesmo gênero. Tudo acompanhado por uma fórmula de responsabilidade por fato de outrem e pela responsabilidade penal da pessoa jurídica, aliás como determinado pela Constituição, sem a qual o resultado esperado pelo sistema proposto não será inteiramente alcançado.

Essa é a orientação da doutrina mais moderna. Marc Ancel, poucos anos antes de sua morte,²² recomendava as penas

ganhos econômicos que a simples prisão não é suficiente para inibir a sua realização, já que, cumprida a pena, o criminoso poderá usufruir de todas as vantagens da prática delituosa. Florent Grégoire, "Criminologie de l'acte et économie du crime: une réflexion à propos de quelques concepts clés" in *Revue Internationale de Sciences Criminelles*, ns. 1 e 2, 1993, p. 47, C.I.S.C.P., entende que a decisão de delinquir decorre da crença na otimização da esperança matemática da relação existente entre a vantagem decorrente do crime e as probabilidades de condenação ou impunidade.

22. Marc Ancel nasceu no sudoeste da França em 14.7.02, tendo estudado em Paris. Tentado entre a literatura e o Direito, decidiu-se por este, ingressando na carreira da Magistratura, após brilhante concurso. Chegou às culminâncias do Poder Judiciário, aposentando-se como Presidente da Primeira Câmara Civil da Corte de Cassação. Destacou-se também, no campo do Direito Comparado. Foi membro do Instituto de França (Academia de Ciências Morais e Políticas), da Academia de Moscou e Presidente da Sociedade Internacional de Defesa Social. Faleceu no dia 4.9.90. A notícia de sua morte abalou profundamente a quantos a receberam em Cuba, enquanto participavam do 8.º Congresso das Nações Unidas para a Prevenção do Delito e o Tratamento do Delinqüente. O Brasil foi o pri-

privativas de liberdade inexoráveis de curta duração.²³ Também Jescheck, um dos nomes mais conceituados no cenário penal internacional, assim se expressa: "o sistema penal não pode prescindir da pena privativa de liberdade de curta duração. Esse tipo de pena pode ser eficaz na criminalidade do trânsito e na contra a economia, por sua grande força intimidativa contra pessoas socialmente integradas".²⁴ Tiedemann está também entusiasmado com essas idéias.²⁵

Devemos destacar ainda, que em relação aos autores de delitos econômicos não há que se temer o efeito desagregador da prisão. Tratando-se como se trata, de indivíduos socialmente integrados e oriundos de classe social hegemônica, o perigo da "contaminação carcerária" é muito remoto. Pelo mesmo motivo, não se justifica, em relação a tais indivíduos, a imposição de longas penas, isso porque eles não necessitam de especial tratamento ressocializador. Além disso, existe uma outra razão de ordem pragmática: os tribunais não condenam os criminosos econômicos a penas longas e isso não ocorre somente no Brasil.²⁶

meiro país do mundo a render homenagem à memória de Marc Ancel, dando o seu nome ao Colóquio Internacional realizado de 29 de setembro a 2 de outubro de 1990, na Ilha de Itacuruçá, Rio de Janeiro, do qual resultou o livro *Sistema Penal para o Terceiro Milênio*.

23. Marc Ancel, *La Défense Sociale*, PUF, Paris, 1985, p. 107.

24. Hans-Heirich Jescheck, *Tratado de Derecho Penal*, v. II, Parte General, Bosch, Barcelona, 1981, p. 1.066.

25. Klaus Tiedemann, "Tendences mondiales d'introduction de sanctions nouvelles pour les crimes en col blanc" in João Marcello de Araujo Junior (org.), *Sistema Penal para o Terceiro Milênio*, Revan, Rio, 2.ª ed., 1992, p. 139.

26. Klaus Tiedemann, "Tendences mondiales d'introduction de sanctions nouvelles pour les crimes en col blanc" in João Marcello de

Barbero Santos assim discorre sobre o tema: “entre as investigações levadas a efeito nesse sentido pela Criminologia Crítica, permito-me mencionar o conhecido estudo de Sgubbi ‘Tutela Penal de Interesses Coletivos’ no qual denuncia as situações de impunidade, isto é, de isenção de pena por parte dos grupos econômico-político-dominantes que realizam ações socialmente daninhas, que têm como objeto a atividade econômica e que afetam a interesses difusos ou

coletivos, ou seja, correspondentes a necessidades reais de amplos estratos da população geralmente privados de proteção por sua natureza antagônica ao poder econômico dominante.”²⁷

Estas são as principais características do Projeto de Nova Parte Especial do Código Penal Brasileiro, em matéria de controle e reação social relativamente às empresas.

Araujo Junior (org.), *Sistema Penal para o Terceiro Milênio*, Revan, Rio, 1992, p. 137, afirma que tradicionalmente os Tribunais penais são indulgentes com os criminosos econômicos.

27. Marino Barbero Santos, “Los delitos contra el orden socioeconómico: presupuestos” in *La Reforma penal, cuatro cuestiones fundamentales*, Instituto Alemán, Madrid, 1982, p. 154. O artigo de Sgubbi citado no texto está publicado em *La Questione Criminale*, 1975, (3), p. 441.