

PRINCÍPIOS GARANTISTAS E A DELINQUÊNCIA DO COLARINHO BRANCO

CEZAR ROBERTO BITENCOURT

Doutor em Direito Penal
Coordenador e Professor do Pós Graduação
em Ciências Penais na PUC-RS
Procurador de Justiça

1. Introdução — 2. Alguns princípios fundamentais do Direito Penal: 2.1 Princípio da legalidade ou da reserva legal; 2.2 Princípio da intervenção mínima; 2.3 Princípio de culpabilidade; 2.4 Princípio de humanidade — 3. Violência, criminalidade moderna e exacerbação punitiva: 3.1 Criminalidade organizada e criminalidade de massa; 3.2 Criminalidade moderna e delinquência econômica.

1. Introdução

Criminalidade e violência ocupam o centro das preocupações de todos os segmentos da sociedade brasileira. Tradicionalmente as autoridades governamentais adotam uma política de exacerbação e ampliação dos meios de combate à criminalidade, como solução de todos os problemas sociais, políticos e econômicos que afligem a sociedade. Utilizam o Direito Penal como panacéia de todos os males. Defendem graves transgressões de direitos fundamentais e ameaças a bens jurídicos constitucionalmente protegidos, infundem medo, revoltam e ao mesmo tempo fascinam a uma desavisada massa carente e desinformada.

A “crise do direito” corre o risco de traduzir-se numa crise da democracia, por que, em última instância, os múltiplos aspectos que abordaremos, equivalem a uma crise do princípio da legalidade, isto é, da sujeição dos poderes públicos à lei, na qual se fundam tanto a soberania popular quanto o

paradigma do Estado de Direito.¹ E a solução para as dificuldades presentes são buscadas através da reprodução de formas neo-absolutistas do poder público, carentes de limites e de controles e governadas por fortes e ocultos interesses, dentro de nossos ordenamentos.

As idéias de igualdade e de liberdade, apanágios do Iluminismo, deram ao Direito Penal um caráter formal menos cruel do que aquele que predominou durante o Estado Absolutista, impondo limites à intervenção estatal nas liberdades individuais. Muitos desses “princípios limitadores” passaram a integrar os Códigos Penais dos países democráticos e, afinal, receberam assento constitucional, como garantia máxima de respeito aos direitos fundamentais do cidadão.²

1. Luigi Ferrajoli, “El Derecho como sistema de garantías”, in *Jueces para la democracia, información y debate*, 16-17/62, Madrid, 1992.

2. Cezar Roberto Bitencourt, *Lições de Direito Penal, Parte geral*, 3.ª ed., Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1995, p. 30.

Todos esses princípios, hoje, insertos, explícita ou implicitamente, em nossa Constituição (art. 5.º), têm a função de orientar ao legislador ordinário para a adoção de um sistema de controle penal voltado para os direitos humanos, embasado em um Direito Penal da culpabilidade, um Direito Penal mínimo e garantista.

Assim, antes de abordarmos a criminalidade propriamente, faremos uma análise sucinta, de alguns desses princípios basilares do Direito Penal.

2. Alguns princípios fundamentais do Direito Penal

2.1 Princípio da legalidade ou da reserva legal

A gravidade dos meios que o Estado emprega na repressão do delito, a drástica intervenção nos direitos mais elementares e, por isso mesmo, fundamentais da pessoa, o caráter de *ultima ratio* que esta intervenção deve ter, impõem necessariamente a busca de um princípio que controle o poder punitivo estatal e que confine sua aplicação em limites que excluam toda arbitrariedade e excesso do poder punitivo.³

O princípio de legalidade ou da reserva legal constitui uma efetiva limitação ao poder punitivo estatal. Embora constitua hoje um princípio fundamental do Direito Penal, seu reconhecimento constitui um longo processo, com avanços e recuos, não passando, muitas vezes, de simples “fachada formal” de determinados Estados.⁴ Feuerbach, no início do séc. XIX, consagrou o princípio da reserva legal através da fórmula latina *nullum crimen, nulla poena*

sine lege. O princípio da reserva legal é um imperativo que não admite desvios nem exceções e representa uma conquista da consciência jurídica que obedece a exigências de justiça, que somente os regimes totalitários o têm negado.⁵

Em termos bem esquemáticos, pode-se dizer que pelo princípio da legalidade a elaboração das normas incriminadoras é função exclusiva da lei, isto é, nenhum fato pode ser considerado crime e nenhuma pena criminal pode ser aplicada sem que antes da sua ocorrência exista uma lei definindo-o como crime e cominando-lhe a sanção correspondente. A lei deve definir com precisão e de forma cristalina a conduta proibida.

Assim, seguindo a orientação moderna, a Constituição Brasileira de 1988, ao proteger os direitos e garantias fundamentais, em seu art. 5.º, XXXIX, determina que: “Não haverá crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

2.2 Princípio da intervenção mínima

O princípio da legalidade impõe limites ao arbítrio judicial, mas não impede que o Estado — observado a reserva legal — crie tipos penais iníquos e comine sanções cruéis e degradantes. Por isso, impõe-se a necessidade de limitar ou, se possível, eliminar o arbítrio do legislador.

O princípio da intervenção mínima,⁶ também conhecido como *ultima ratio*, orienta e limita o poder incriminador do Estado, preconizando que a criminalização de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para a pro-

3. Francisco Muñoz Conde e Mercedes García Arán, *Lecciones de Derecho Penal*, Sevilla, 1991, p. 74.

4. Muñoz Conde & García Arán, ob. cit., p. 75.

5. Milton Cairoli Martinez, *Curso de Derecho Penal Uruguayo*, t. I, 2.ª ed., 2.ª reimp., Montevideo, Ed. Fundación de Cultura Universitaria, 1990, p. 99.

6. Luiz Regis Prado & Cezar Roberto Bitencourt, *Elementos de Direito Penal, Parte Geral*, S. Paulo, Ed. RT, 1995, p. 46.

teção de determinado bem jurídico. Se outras formas de sanção ou outros meios de controle social revelarem-se suficientes para a tutela desse bem, a sua criminalização é inadequada e não recomendável. Se para o restabelecimento da ordem jurídica violada forem suficientes medidas civis ou administrativas, são estas que devem ser empregadas e não as penais. Por isso, o Direito Penal deve ser a *ultima ratio*, isto é, deve atuar somente quando os demais ramos do direito revelam-se incapazes de dar a tutela devida a bens relevantes na vida do indivíduo e da própria sociedade. Como preconizava Maurach:⁷ “Na seleção dos recursos próprios do Estado, o Direito Penal deve representar a *ultima ratio legis*, encontrar-se em último lugar e entrar somente quando resulta indispensável para a manutenção da ordem jurídica”. Assim, o Direito Penal assume uma feição subsidiária e a sua intervenção se justifica quando — no dizer de Muñoz Conde⁸ — “fracassam as demais formas protetoras do bem jurídico previstas em outros ramos do direito”. A razão deste princípio — afirma Roxin⁹ — “radica em que o castigo penal coloca em perigo a existência social do afetado, se o situa à margem da sociedade e, com isso, produz também um dano social”.

Resumindo, antes de se recorrer ao Direito Penal deve-se esgotar todos os meios extrapenais de controle social.

Apesar de o princípio da intervenção mínima ter sido consagrado pelo Ilumi-

nismo, a partir da Revolução Francesa, “a verdade é que a partir da segunda década do séc. XIX, as normas penais incriminadoras cresceram desmedidamente, ao ponto de alarmar os penalistas dos mais diferentes parâmetros culturais”.¹⁰

Os legisladores contemporâneos — tanto de primeiro como de terceiro mundo — têm abusado da criminalização e da penalização, em franca contradição com o princípio em exame, levando ao descrédito não apenas o Direito Penal, mas a sanção criminal que acaba perdendo sua força intimidativa diante da “inflação legislativa” reinante nos ordenamentos positivos.

2.3 Princípio de culpabilidade

Segundo o princípio de culpabilidade, em sua configuração mais elementar, “não há crime sem culpabilidade”. No entanto, o Direito Penal primitivo caracterizou-se pela responsabilidade objetiva, isto é, pela simples produção do resultado. Porém, essa forma de responsabilidade objetiva está praticamente erradicada do Direito Penal contemporâneo, vigendo o princípio *nullum crimen sine culpa*.

A culpabilidade, como afirma Muñoz Conde,¹¹ não é um fenômeno isolado, individual, afetando somente o autor do delito, mas é um fenômeno social; “não é uma qualidade da ação, mas uma característica que se lhe atribui, para poder ser imputada a alguém como seu autor e fazê-lo responder por ela. Assim, em última instância, será a correlação de forças sociais existentes em um determinado momento que irá determi-

7. Reinhart Maurach, *Tratado de Derecho Penal*, t. I, trad. Juan Córdoba Roda, Barcelona, Ed. Ariel, 1962, p. 31.

8. Muñoz Conde, *Introducción al Derecho Penal*, Barcelona, ed. Bosch, 1975, p. 60. V: especialmente sobre o princípio da subsidiariedade.

9. Claus Roxin et al., *Introducción al Derecho Penal y al Derecho Procesal Penal*, Barcelona, Ed. Ariel Derecho, 1989, p. 23.

10. Luiz Luisi, *Os Princípios Constitucionais Penais*, Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris Ed., 1991, p. 27.

11. Muñoz Conde, *Derecho Penal y Control Social*, Jerez, Fundación Universitaria de Jerez, 1985, p. 63.

nar os limites do culpável e do não-culpável, da liberdade e da não liberdade". Dessa forma, não há uma culpabilidade em si, individualmente concebida, mas uma culpabilidade em relação aos demais membros da sociedade, propugnando-se, atualmente, por um fundamento social, ao invés de psicológico, para o conceito de culpabilidade. Ainda, segundo Muñoz Conde,¹² a culpabilidade "não é uma categoria abstrata ou histórica, à margem, ou contrária às finalidades preventivas do Direito Penal, mas a culminação de todo um processo de elaboração conceitual, destinado a explicar por que, e para que, em um determinado momento histórico, recorre-se a um meio defensivo da sociedade tão grave como a pena, e em que medida se deve fazer uso desse meio".

Atribui-se, em Direito Penal, um triplo sentido ao conceito de culpabilidade, que precisa ser liminarmente esclarecido.

Em primeiro lugar, a culpabilidade — como fundamento da pena — refere-se ao fato de ser possível ou não a aplicação de uma pena ao autor de um fato típico e antijurídico, isto é, proibido pela lei penal. Para isso, exige-se a presença de uma série de requisitos — capacidade de culpabilidade, consciência da ilicitude e exigibilidade da conduta — que constituem os elementos positivos específicos do conceito dogmático de culpabilidade. A ausência de qualquer destes elementos é suficiente para impedir a aplicação de uma sanção penal.

Em segundo lugar, a culpabilidade — como elemento da determinação ou medição da pena. Nesta acepção, a culpabilidade funciona não como fundamento da pena, mas como limite desta, impedindo que a pena seja imposta alguém ou além da medida pre-

vista pela própria idéia de culpabilidade, aliada, é claro, a outros critérios como, importância do bem jurídico, fins preventivos etc.

E, finalmente, em terceiro lugar, a culpabilidade — como conceito contrário a responsabilidade objetiva. Nesta acepção o princípio de culpabilidade impede a atribuição da responsabilidade objetiva. Ninguém responderá por um resultado absolutamente imprevisível, se não houver obrado com dolo ou culpa.

Resumindo, pelo princípio em exame, não há pena sem culpabilidade, decorrendo daí três conseqüências materiais: a) não há responsabilidade objetiva pelo simples resultado; b) a responsabilidade penal é pelo fato e não pelo autor; c) a culpabilidade é a medida da pena.

2.4 Princípio de humanidade

O princípio de humanidade do Direito Penal é o maior entrave para a adoção da pena capital e da prisão perpétua. Este princípio sustenta que o poder punitivo estatal não pode aplicar sanções que atinjam a dignidade da pessoa humana ou que lesionem a constituição físico-psíquica dos condenados.¹³

A proscrição de penas cruéis e infamantes, a proibição de tortura e maus tratos nos interrogatórios policiais e a obrigação imposta ao Estado de dotar sua infra-estrutura carcerária de meios e recursos que impeçam a degradação e a dessocialização dos condenados são corolários do princípio de humanidade. Segundo Zaffaroni,¹⁴ este

13. Victor Roberto Prado Saldarriaga, *Comentarios al Código Penal de 1991*, Lima, Ed. Alternativas, 1993, p. 33; José Miguel Zulgaldía Espinar, *Fundamentos de Derecho Penal*, Granada, Universidad de Granada, 1990, p. 196.

14. Eugenio Raul Zaffaroni, *Manual de Derecho Penal, Parte general*, B. Aires, Ediar, 1991, p. 139.

12. Muñoz Conde, *Teoria Geral do Delito...*, p. 129.

princípio determina “a inconstitucionalidade de qualquer pena ou consequência do delito que crie uma deficiência física (morte, amputação, castração ou esterilização, intervenção neurológica etc.), como também qualquer consequência jurídica inapagável do delito”.

O princípio de humanidade — afirma Bustos Ramirez¹⁵ — recomenda que seja reinterpretado o que se pretende com “reeducação e reinserção social, posto que se forem determinados coativamente implicarão em atentado contra a pessoa como ser social.

Contudo, não se pode olvidar que o Direito Penal não é necessariamente assistencial e visa primeiramente à Justiça distributiva, responsabilizando o delinqüente pela violação da ordem jurídica. E isso, na lição de Jescheck,¹⁶ “não pode ser conseguido sem dano e sem dor, especialmente nas penas privativas de liberdade, a não ser que se pretenda subverter a hierarquia dos valores morais e utilizar a prática delituosa como oportunidade para premiar, o que conduziria ao reino da utopia. Dentro destas fronteiras, impostas pela natureza de sua missão, todas as relações humanas reguladas pelo Direito Penal devem ser presididas pelo princípio de humanidade”.

Concluindo, nesse sentido, nenhuma pena privativa de liberdade pode ter uma finalidade que atente contra a incolumidade da pessoa como ser social.

3. Violência, criminalidade moderna e exacerbação punitiva

3.1 Criminalidade organizada e criminalidade de massa

15. Juan Bustos Ramirez, *Manual de Derecho Penal*, 3.^a ed. Barcelona, Ed. Ariel, 1989, p. 386.

16. Jescheck, *Tratado de Derecho Penal*, I/36, Barcelona Ed. Bosch, 1981.

A violência indiscriminada está nas ruas, nos lares, nas praças, nas praias e no campo. Urge que busque meios efetivos de controlá-la, a qualquer preço. E para ganhar espaço fala-se emblematicamente em criminalidade organizada, delinqüência econômica, crimes ambientais, crimes contra a ordem tributária, crimes de informática, comércio exterior, contrabando de armas e tráfico internacional de drogas, criminalidade dos bancos internacionais, enfim, crimes de colarinho branco.¹⁷ Essa é, em última análise, a criminalidade moderna, que exige um novo arsenal instrumental para combatê-la, justificando-se, sustentam alguns, inclusive o abandono de direitos fundamentais, que representam históricas conquistas do Direito Penal ao longo dos séculos.

Atualmente se vivência como “sede de punir”, constatando-se uma febril criminalização: novos tipos penais e exasperação das sanções criminais completam este panorama tétrico. As políticas de descriminalização, despenalização e desjurisdicionalização não fazem mais parte da ordem do dia. Orquestra-se uma política de reforma legislativa nas áreas, de direito material, que apontam no rumo da criminalização maciça, no agravamento das sanções penais, e, na área processual, na “abreviação”, redução, simplificação e remoção de obstáculos formais a uma imediata e funcional resposta penal.

Nessa linha de construção, começa-se a sustentar, abertamente, a necessidade de uma responsabilidade objetiva, com o abandono efetivo da responsabilidade subjetiva e individual. Esta nova

17. Sutherland foi quem, pela primeira vez, em 1943, em sua conhecida obra *O crime de Colarinho Branco*, abordou com seriedade esta forma de delinqüência. Edwin Sutherland, *El delito de cuello blanco*, Caracas, 1969.

orientação justificar-se-ia pela necessidade de um Direito Penal Funcional¹⁸ reclamado pelas transformações sociais: abandono de garantias dogmáticas e aumento da capacidade funcional do Direito Penal para tratar de complexidades modernas.

Por isso, a política criminal do Direito Penal Funcional sustenta, como modernização funcional no combate à “criminalidade moderna”, uma mudança semântico-dogmática: “perigo” em vez de dano; “risco” em vez de ofensa efetiva a um bem jurídico; “abstrato” em vez de concreto; “tipo aberto” em vez de fechado; “bem jurídico coletivo” em vez de individual etc.

O grande argumento para o abandono progressivo do Direito Penal da culpabilidade, é de que a “criminalidade moderna”, reflexo natural da complexidade social atual, é grande demais para um modesto Direito Penal, limitado a seus dogmas tradicionais. Como refere criticamente Hassemer, “ou se renova o equipamento, ou se desiste da esperança de incorporar o Direito Penal na orquestra das soluções dos problemas sociais”.¹⁹

Mas, antes de tudo, precisamos definir algumas questões fundamentais para a análise adequada de toda a problemática que se nos apresenta na ordem do dia: afinal, de que criminalidade estamos falando? O que é criminalidade moderna? O que é criminalidade organizada? Será uma nova forma de delinquir ou representará somente um melhor planejamento, com maior astúcia e dissimulação, apresentando, conseqüentemente, maior periculosidade?

18. Funcional significa política de controle de condutas criminosas mediante instrumentos eficazes do Direito Penal.

19. Winfried Hassemer, *Três Temas de Direito Penal*, Porto Alegre, Publicações Fundação Escola Superior do Ministério Público, 1993, p. 56.

A criminalidade organizada é o centro das preocupações de todos os segmentos da sociedade. Na verdade, a criminalidade organizada é o tema predileto da mídia, dos meios políticos, jurídicos, religiosos, das entidades não governamentais, e, por conseqüente, é objeto de debate da política interna. No entanto, no cotidiano, na realidade diária do cidadão, não é a criminalidade organizada o fator mais preocupante, mas sim a criminalidade massificada. É esta criminalidade de massa que perturba, assusta e ameaça a população. Por isso, pela necessidade de redirecionar corretamente a política criminal interna há a necessidade de se distinguir com precisão criminalidade organizada e criminalidade de massa.

Criminalidade de massa compreende assaltos, invasões de apartamentos, furtos, estelionatos, roubos e outros tipos de violência contra os mais fracos e oprimidos. Esta criminalidade afeta diretamente a toda a coletividade, quer como vítimas reais quer como vítimas potenciais. Os efeitos desta forma de criminalidade são violentos e imediatos: não são apenas econômicos ou físicos, mas atingem o equilíbrio emocional da população e geram uma sensação de insegurança.²⁰

Este medo coletivo difuso decorrente da criminalidade de massa, permite a manipulação e o uso de uma política criminal populista com o objetivo de obter meios e instrumentos de combate à criminalidade, restringindo, quando não ignorando, as garantias de liberdades individuais e os princípios constitucionais fundamentais, sem apresentar resultado positivo algum.

São em circunstâncias como essas que surgem leis como a dos Crimes Hediondos, do Mutirão contra a Violência etc.

20. Hassemer, *Três temas...*, p. 65.

Criminalidade organizada, por sua vez, genericamente falando, deve apresentar um potencial de ameaça e de perigo gigantesco e de consequências imprevisíveis e incontroláveis. No entanto, os especialistas ainda não chegaram a um consenso para definir o que representa efetivamente a criminalidade organizada: o que ela é, como se desenvolve, quais suas estruturas, quais suas perspectivas futuras, como combatê-la, são questões ainda sem respostas. Aliás, falando-se em "criminalidade organizada" é lícito pensar também na existência de uma criminalidade desorganizada que exigirá, igualmente, um combate eficaz.

A definição conhecida de criminalidade organizada é extremamente abrangente e vaga, e ao invés de definir um objeto, aponta uma direção. Como sustenta Hassemer:²¹ "A criminalidade organizada não é apenas uma organização bem feita, não é somente uma organização internacional, mas é, em última análise, a corrupção da legislatura, da magistratura, do Ministério Público, da polícia, ou seja, a paralisação estatal no combate à criminalidade. Nós conseguimos vencer a máfia russa, a máfia italiana, a máfia chinesa, mas não conseguimos vencer uma Justiça que esteja paralisada pela criminalidade organizada".

Por isso, deve-se concluir que, é absolutamente equivocado incluir no conceito de criminalidade organizada realizações criminosas habituais, profissionais ou de bando, por apresentarem maior periculosidade ou encerrarem melhor planejamento, astúcia ou dissimulação. Esse tipo de criminalidade sempre existiu nas comunidades sociais,

estão presentes praticamente em todas as formas de criminalidade, não apresentando nada de novo, além da sua multiplicidade e, talvez, um certo aprimoramento ou modernização qualitativa e quantitativa nas suas formas de realizações. Essa é uma autêntica criminalidade de massa e corporifica-se nos assaltos, nos arrastões, em alguns estelionatos, enfim, de regra, nos crimes contra o patrimônio e, excepcionalmente, nos crimes contra a vida, contra a informatização etc. Ou se ousaria afirmar que os arrastões das praias cariocas, eventuais invasões de famintos a supermercados ou mesmo o tráfico de drogas nas favelas do Rio de Janeiro constituem crime organizado?

Enfim, todo esse estardalhaço na mídia e nos meios políticos servem apenas como discurso legitimador do abandono progressivo das garantias fundamentais do Direito Penal da Culpabilidade, com a desproteção de bens jurídicos individuais determinados, a renúncia dos princípios da proporcionalidade, da presunção da inocência do devido processo legal etc., e a adoção da responsabilidade objetiva, de crimes de perigo abstrato, esquecendo, como afirma Luigi Ferrajoli,²² que: "A pena não serve unicamente para prevenir os injustos crimes, mas também pra prevenir os injustos castigos".

Na verdade, sustentando-se a validade de um Direito Penal Funcional, adota-se um moderno utilitarismo penal, isto é, um utilitarismo dividido, parcial, que visa somente a "máxima utilidade da maioria", expondo-se, conseqüentemente, as tentações de autolegitimação e a retrocessos autoritários bem a gosto de um Direito Penal máximo, cujos fins não justificam os meios, e a sanção penal,

21. Hassemer, *Três temas...*, p. 85. No mesmo sentido Raul Cervini, "Análise criminológica do fenômeno do delito organizado", in *Ciência e Política Criminal em Honra de Heleno Fragoso*, S. Paulo, Forense, 1992, p. 513.

22. Luigi Ferrajoli, "El Derecho Penal Mínimo", in *Revista Poder y Control*, N.º 0, Barcelona, 1986, p. 37.

como afirma Ferrajoli,²³ deixa de ser “pena” e passa a ser “taxa”.

Para se afastar estas deficiências apontadas e fundamentar adequadamente os limites do Direito Penal, é necessário recorrer-se a uma segunda finalidade utilitária, da qual, neste estágio da civilização, não se pode abrir mão: além do “máximo de bem-estar” para os “não desviados”, deve-se alcançar também o “mínimo de mal-estar” necessário dos “desviados”, seguindo a orientação de um Direito Penal mínimo.

3.2 Criminalidade moderna e delinquência econômica

Nessa histeria toda em busca de um Direito Penal do Terror fala-se abundantemente em “criminalidade moderna”, que abrangeria a criminalidade ambiental internacional, criminalidade industrial, tráfico internacional de drogas, comércio internacional de detritos, onde se incluiria a delinquência econômica ou criminalidade de colarinho branco. Esta dita criminalidade moderna tem uma dinâmica estrutural e uma capacidade de produção de efeitos incommensuráveis, que o Direito Penal clássico não consegue atingi-los, diante da dificuldade de definir bens jurídicos, de individualizar culpabilidade e pena, de apurar a responsabilidade individual ou mesmo de admitir a presunção de inocência e o *in dubio pro reo*.

Como sentencia Hassemer:²⁴ “Nestas áreas, espera-se a intervenção imediata do Direito Penal, não apenas depois que

se tenha verificado a inadequação de outros meios de controle não penais. O venerável princípio da subsidiariedade ou a *ultima ratio* do Direito Penal é simplesmente cancelado, para dar lugar a um Direito Penal visto como *sola ratio* ou *prima ratio* na solução social de conflitos: a resposta penal surge para as pessoas responsáveis por estas áreas cada vez mais freqüentemente como a primeira, senão a única saída para controlar os problemas”.

Para combater a “criminalidade moderna” o Direito Penal da Culpabilidade seria absolutamente inoperante, e alguns dos seus princípios fundamentais estariam completamente superados.

Nesta criminalidade moderna, é necessário orientar-se pelo perigo ao invés do dano, pois quando o dano surgir será tarde demais para qualquer medida estatal. A sociedade precisa dispor de meios eficientes e rápidos que possam reagir ao simples perigo, ao risco, deve ser sensível a qualquer mudança que poderá desenvolver-se e transformar-se em problemas transcendentais. Neste campo, o direito tem que se organizar preventivamente. É fundamental que se aja no nascedouro, preventivamente, e não repressivamente. Nesse aspecto, os bens coletivos são mais importantes do que os bens individuais; é fundamental a prevenção por que a repressão vem tarde demais.

Sem endossar a nova doutrina do Direito Penal funcional, mas reconhecendo a necessidade de um combate mais eficaz em relação a criminalidade moderna, Hassemer²⁵ sugere a criação

23. Luigi Ferrajoli, *El Derecho Penal Mínimo...*, p. 37. Segundo Jeremias Bentham, as doutrinas utilitárias defendem como fim da pena, somente a prevenção da prática de “crimes similares”. *Oeuvres, Traité de législation civile et pénale*, t. I, Ouvres, Bruxelles, 1840, p. 133: “Le but principal des peines c'est de prévenir des délits semblables”.

24. Hassemer, *Três temas...*, p. 48.

25. Hassemer, *Três temas...*, pp. 59 e 95: “Há muitas razões para se supor que os problemas “modernos” de nossa sociedade causarão o surgimento e desenvolvimento de um Direito Interventivo correspondentemente “moderno” na zona fronteira entre o Direito Administrativo, o Direito Penal e a responsabilidade civil por atos ilícitos. Certamente terá em conta as leis do mercado e as possibilidades de um sutil controle estatal,

de um novo direito, ao qual denomina de Direito de Intervenção, que seria um meio termo entre Direito Penal e Direito Administrativo, que não aplique as pesadas sanções de Direito Penal, especialmente a pena privativa de liberdade, mas que seja eficaz e possa ter, ao mesmo tempo, garantias menores que as do Direito Penal tradicional.

E, nesta criminalidade moderna, inclui-se particularmente a delinquência econômica, com destaque especial aos crimes praticados através das pessoas jurídicas. Nesta criminalidade, os grupos, as instituições, as organizações empresariais não agem individualmente, mas em grupo, realizando — a exemplar divisão de trabalho — de que fala Jescheck.²⁶ Normalmente, as decisões são tomadas por diretoria, de regra, por maioria. Assim, a decisão criminosa não é individual, como ocorre na criminalidade de massa, mas coletiva, embora, por razões estatutárias, haja adesão da minoria vencida. E mais: punido um ou outro membro da organização, esta continuará sua atividade lícita ou ilícita através dos demais.

Não se questiona a necessidade de o Direito Penal manter-se ligado à mudanças sociais, respondendo adequadamente as interrogações de hoje, sem retroceder ao dogmatismo hermético de ontem. Quando a sua intervenção se justificar deve responder eficazmente. A questão decisiva porém será de quanto de sua tradição e de suas garantias o Direito Penal deverá abrir mão a fim de manter essa atualidade. Nessa linha de raciocínio, e respondendo a nossa interrogação, Muñoz Conde, referindo-

se ao Projeto de Código Penal Espanhol de 1994, a respeito da necessidade de eventual criminalização, recomenda: “se no entanto for necessário criar algum novo tipo penal, faça-se, porém, nunca se perca de vista a identificação de um bem jurídico determinado e a tipificação do comportamento que possa afetá-lo, com uma técnica legislativa que permita a incriminação penal somente de comportamento doloso ou, excepcionalmente, de modalidade culposa que lesione efetivamente ou, pelo menos, coloque em perigo concreto o bem jurídico previamente identificado”.²⁷

Para a proteção da chamada “ordem econômica estrita” — assim entendida aquele dirigida ou fiscalizada diretamente pelo Estado — foram criados os crimes fiscais, crimes monetários, crimes de contrabando, crimes de concorrência desleal, os chamados crimes falimentares. Mais recentemente, surgiram novas figuras delitivas como, por exemplo, grandes estelionatos, falsidades ideológicas, crimes contra as relações de consumo, monopólios irregulares, os escândalos financeiros e mesmo as grandes falências, com prejuízos incalculáveis. É inegável que para a prevenção e repressão de infrações dessa natureza se justifica a utilização de graves sanções, inclusive privativas de liberdade.

No entanto é preciso cautela para não se fazer *tabula rasa*, violando, inclusive, os princípios da intervenção mínima, da culpabilidade, do bem jurídico definido e do devido processo legal, entre outros. Não se pode igualmente esquecer que a pena privativa de li-

sem problemas de imputação, sem pressupostos da culpabilidade, sem um processo metódico, mas, então, também, sem a imposição de penas criminais”.

26. Jescheck, *Tratado de Derecho Penal...*, p. 937; Hans Welzel, *Derecho Penal Alemán*, Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1987, p. 155.

27. Muñoz Conde, “Principios políticsocriminales que inspiran el tratamiento de los delitos contra el orden socioeconómico en el Proyecto de Código Penal Español de 1994”, in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, número especial, 1995.

berdade também deve obedecer a *ultima ratio*, recorrendo-se a ela somente quando não houver outra forma de sancionar eficazmente.

Mas isto não quer dizer que o ordenamento jurídico no seu conjunto deva permanecer impassível diante dos abusos que se cometam, mesmo através de pessoa jurídica. Assim, além de sanção efetiva aos autores físicos das condutas tipificadas (que podem facilmente ser substituídos), deve-se punir severamente também e, particularmente, as pessoas jurídicas, com sanções próprias a esse gênero de entes morais. A experiência dolorosa nos tem demonstrado a necessidade dessa punição. Klaus Tiedemann relaciona 5 modelos diferentes de punir as pessoas jurídicas, quais sejam, “responsabilidade civil”, “medidas de segurança”, sanções administrativas, verdadeira responsabilidade criminal e, finalmente, medidas mistas. Estas medidas mistas, não necessariamente penais, Tiedemann²⁸ exemplifica, com: a) dissolução da pessoa jurídica (uma espécie de pena de morte); b) *corporation's probation* (imposição de condições e intervenção no funcionamento da empresa); c) a imposição de um administrador etc. E, em relação às medidas de segurança, relaciona o “confisco” e o “fechamento do estabelecimento”.

No mesmo sentido, conclui Muñoz Conde:²⁹ “concordo que o atual Direito Penal disponha de um arsenal de meios específicos de reação e controle jurídico-penal das pessoas jurídicas. Claro que estes meios devem ser adequados

à própria natureza destas entidades. Não se pode falar de penas privativas de liberdade, mas de sanções pecuniárias; não se pode falar de inhabilitações, mas sim de suspensão de atividades ou de dissolução de atividades, ou de intervenção pelo Estado. Não há, pois, por que se alarmar tanto, nem rasgar as próprias vestes quando se fale de responsabilidade das pessoas jurídicas; basta simplesmente ter consciência de que unicamente se deve escolher a via adequada para evitar os abusos que possam ser realizados”.

Concluindo, o Direito Penal não pode — a nenhum título e sob nenhum pretexto — abrir mão das conquistas históricas consubstanciadas nas garantias fundamentais referidas ao longo deste trabalho. Por outro lado, não estamos convencidos de que o Direito Penal, que se fundamenta na culpabilidade, seja instrumento eficiente para combater a moderna criminalidade, inclusive a delinquência econômica. A insistência de governantes em utilizar o Direito Penal como panacéia de todos os males não resolverá a insegurança de que é tomada a população, e o máximo que se conseguirá será destruir o Direito Penal se forem eliminados seus princípios fundamentais. Por isso, a sugestão de Hassemer, de criação de um Direito de Intervenção, para o combate da criminalidade moderna, merece, no mínimo, uma profunda reflexão.

Finalmente, um sistema penal — pode-se afirmar — somente estará justificado quando a soma das violências — crimes, vinganças, e punições arbitrárias — que ele pode prevenir, for superior ao das violências constituídas pelas penas que cominar. É, enfim, indispensável que os direitos fundamentais do cidadão sejam considerados indisponíveis, afastados da livre disposição do Estado que, além de respeitá-los, deve garanti-los.

28. Klaus Tiedemann, “Responsabilidad penal de personas jurídicas y empresas en derecho comparado”, in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, número especial, 1995.

29. Muñoz Conde, ob. cit., p. 16.