

ALGUMAS QUESTÕES EM TORNO DO NOVO DIREITO PENAL ECONÔMICO*

WILLIAM TERRA DE OLIVEIRA

Promotor de Justiça. Membro do Ministério Público
de São Paulo. Doutorando em Direito Penal
pela Universidade Complutense de Madrid

A evolução das ciências em geral está relacionada aos mecanismos sociais propulsores e muitas vezes definidores do conteúdo e medida de seu desenvolvimento. A sociedade atual, caracterizada por princípios de incremento tecnológico e organização sistemática, constata com perplexidade o rápido surgimento de alguns fenômenos decorrentes de tais mudanças, dentre eles as novas formas de delinquência. Exemplos são a criminalidade econômica, informática e genética.¹

* Comunicação feita, a convite da direção do Seminário Internacional de Direito Penal Econômico.

1. Como assinala o eminente Prof. Klaus Tiedemann, in *Poder Econômico y Delito (Introducción al Derecho Penal Económico y de la Empresa)*, Ed. Ariel S.A., Barcelona, 1985, p. 121, o avanço tecnológico comporta uma criminalidade específica, inclusive de âmbito socioeconômico, cujas consequências jurídicas abarcam entre outros o delito informático, a transferência delitiva da tecnologia, e outras figuras. O uso generalizado de máquinas na indústria, o comércio, a administração pública, o setor bancário e de seguros propiciam, além do inegável progresso, o aparecimento de novos comportamentos criminais. Bons exemplos são as fraudes por meio de empresas, os crimes contra o meio ambiente perpetrados por atividades industriais, os delitos fiscais envolvendo pessoas jurídicas, a corrupção política de fundo econômico, a adulteração de bens de consumo

Por outro lado, as ciências tradicionais nem sempre contam com um aparato analítico e dogmático que ofereça uma resposta à altura dos problemas decorrentes desses novos fatores. No caso da ciência jurídica, ao lado da eventual deficiência dogmática, existe a possível inadequação e insuficiência legal.² Os níveis de resposta dos ordena-

etc. (Nesse sentido também a "Recomendação R-81-12" do Conselho Europeu).

2. De singular importância são os profundos estudos desenvolvidos nos últimos anos pelo preclaro Prof. García-Pablos de Molina, Catedrático da Universidade Complutense de Madrid, sobre atuais problemas atinentes à doutrina jurídico-penal e à criminologia, centrando suas elevadas considerações em dois aspectos fundamentais: o denominado "cambio social" e a evolução das "concepciones jurídicas". Nesse contexto mencionamos suas pertinentes palavras: "El primero — el cambio social — porque la sociedad postindustrial de hoy genera nuevas necesidades y expectativas, que han de satisfacerse a la luz de los conocimientos y de acuerdo con la sensibilidad cultural de la época en que vivimos. En cuanto a las segundas, porque condicionan, logicamente, la instrumentación de las oportunas decisiones y delimitan el "modus operandi" de los poderes públicos" (in *Estudios Penales*, Bosch, S.A., 27.2.84). Sobre os fundamentos teóricos da criminologia, sua obra: *Criminología — Una Introducción a sus fundamentos teóricos para juristas*, de nov./91, trad. em português pelo Prof. Luiz Flavio Gomez, Forense.

mentos jurídicos à tal problemática variam muito, mas de uma forma ou de outra, essencialmente, o problema é de caráter comum. Padecem de tal mal tanto os países altamente industrializados como aqueles que ainda estão em desenvolvimento,³ capitalistas ou socialistas, democráticos ou não.⁴

O Direito Penal Econômico tem adquirido grande importância neste cenário.⁵

Nota-se também que na atualidade o papel do Estado é cada vez maior, revelando um intervencionismo nas bases do sistema econômico, ao mesmo tempo em que as relações de mercado se especializam, tornando-se cada vez mais complexas e massificadas. Hoje, as mínimas relações econômicas tendem a ser anônimas e impessoais, automáticas, o que, somado ao gigantesco progresso social do último século, cria um ambiente de cultura favorável ao surgimento de novas formas de criminalidade, especialmente a econômica.⁶

3. Nesse sentido J. A. Sainz Cantero, "Delincuencia económica financiera", em *Cuadernos para el Diálogo*, XXVIII, número extraordinário ("Delito y sociedad"), dic. 71, p. 14: "en el mundo occidental, el crecimiento de los delitos económico-financieros se ha verificado sobre todo en los países superindustrializados, pero no deja de advertirse, también con índices de importancia, en los que se encuentran en vías de desarrollo". Assim: J. Pinatel, "La criminalité dans les différents cercles sociaux", in *RSCDPC*, 1970, p. 684.

4. M. Bajo Fernández, in *Derecho Penal Económico aplicado a la actividad empresarial*, Madrid, 1978, pp. 62 e ss.

5. Salientamos, por pertinente, o grande avanço dogmático que tem experimentado o Direito Penal Econômico em Portugal, principalmente pelas mãos e obra do ilustre Prof. Jorge de Figueiredo Dias, Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

6. Sobre o tema, em específico, os brilhantes estudos do Prof. Klaus Tiedemann, in *Wirtschaftsstrafrecht und Wirtschaftskrimina-*

Todavia, o Direito Penal Clássico tende a resistir à quebra de seus postulados, apresentando e dando sustentáculo (ainda nos dias de hoje) a um arsenal punitivo incompatível, em termo de eficácia repressora e preventiva, com muitas das querências coletivas. Por consequência, de plano torna-se evidente que o aparato penal tradicional, construído sobre fundamentos dogmáticos afetos à condutas vicejantes no século passado, tende a buscar novas soluções contra a aparição e proliferação desses neófitos comportamentos delitivos, os quais, nem sempre, encontram estrita adequação aos tipos penais clássicos.⁷

Assim, é oportunamente colocada em evidência a premente necessidade de ao menos questionar se devemos revisar os tradicionais conceitos dogmáticos de ação, culpabilidade e pena, reescrevendo um panorama teórico mais realista e factível, intimamente relacionado às modernas demandas sociais.⁸

Pois se apenas uma das recentes formas delitivas indicassem a necessidade

lität, 1, Allgemeiner Teil, Hamburg, 1976, pp. 18 e ss., e "Wirtschaftskriminalität als Problem der Gesetzgebung", in *Die Verbrechen in der Wirtschaft* 2/11 e ss., Auflage, Karlsruhe, 1972. Também, sobre o desenvolvimento social e a criminalidade — PICCA, G., "La investigación científica y los servicios responsables del control y tratamiento de la criminalidad", in *REP*, 1970, pp. 1.052 e ss.; A. Fernández Albor, *Estudios sobre criminalidad económica*, Barcelona, 1978, pp. 7 e ss.; B. Corboz, "Recession économique et criminalité", in *RICPT*, 1975, p. 115.

7. O moderno Direito Penal Econômico está deixando de ser um problema meramente científico e acadêmico para ganhar a consciência social.

8. Tal questionamento não implica rigorosamente em ignorar totalmente os serenos preceitos e postulados da Dogmática tradicional (conquistas valiosas e sólidas em seu teor, e de caráter inequivocamente atemporal).

de adoção de mecanismos punitivos mais vulnerantes e incisivamente eficazes, já teríamos identificado um claro sintoma de que o sistema penal em seu conjunto estaria clamando pela aplicação de “meios de calibragem e ajuste” que poderiam perfeitamente ter origem e razão de ser nessa nova ótica de Direito Penal a que fizemos referência.⁹

Ainda mais se constatamos que a potencialidade lesiva das novas formas delitivas é em geral muito superior à tradicional delinquência. Numa rápida análise do contexto atual notamos uma dicotomia entre a criminalidade tradicional, pautada pela violência, imediatez e pessoalidade, frente a novas formas comportamentais caracterizadas pelo racionalismo, astúcia, tecnicismo, anonimato e diluição de seus efeitos.

Neste sentido acreditamos que com muita sensibilidade, além de oportuna e transcendente visão jurídica, alguns autores modernos têm suscitado discussões sobre temas de vanguarda e de importância fundamental.¹⁰ Passaremos a fazer um breve comentário sobre alguns desses questionamentos.

O papel do Direito Penal Econômico no mundo moderno certamente será cada vez maior.¹¹ Seu desenvolvimento desde

o início¹² sempre esteve ligado à qualidade e grau de intervenção do Estado na vida econômica.¹³ Assim, tanto a delimitação de seu campo de atuação, quanto a definição dos bens jurídicos que deve tutelar constituem a ossatura das pesquisas nesta área.¹⁴

Decerto, o intervencionismo estatal é uma questão por demais ampla, impossível de ser tratada no momento, mas que fica como pano de fundo de nossas considerações. O dinamismo, originalidade e instabilidade são marcas próprias do Direito Penal Econômico, e aparte de seu controvertido conceito, existem certos elementos indutores da idéia do que seja um “crime econômico”, desde um ponto de vista criminológico.

Nesse passo, interessantes terminologias, bastante difundidas, são aplicáveis aos delitos econômicos, descrevendo seu contorno e parte de seu conteúdo. São expressões como “criminalidade de colarinho branco” ou “delinquência profissional”.¹⁵

12. De maneira genérica, o papel do Direito Penal Econômico ganha identidade após a primeira grande Guerra Mundial e crises que se seguiram. Assim: H. H. Jescheck, *Das deutsche Wirtschaftsstrafrecht*, 1959, pp. 457 e ss.

13. Não sem motivo, muitos autores reclamam da excessiva utilização do Direito Penal como via preferente (e não supletiva) à regulamentação da vida econômica, em detrimento de medidas saneadoras distintas, tendentes à dar melhor conformação ao sistema econômico. Nesse sentido: R. Schmitt, *Ordnungswidrigkeitenrecht dargestellt für den Bereiche der Wirtschaft*, München, 1970, p. 21.

14. É uma tarefa a cumprir não somente pela doutrina como também pelo legislador.

15. É mister consignar o caráter ilustrativo deste trabalho, onde abordaremos os temas versados de maneira referencial e indutiva, sem pretensas preocupações teórico-dogmáticas, realizando apenas considerações de fundo criminológico-expositivas, e comentando sobretudo a palpitante atualidade do mesmo, bem como a oportunidade de sua discussão nos mais variados foros possíveis.

9. Salientamos que não se trata de uma mera questão de eficácia, senão de harmonização do sistema. A eficácia penal não é a razão do labor de uma penalista, ainda que seja a consequência maior de seu ofício.

10. Como o papel do Direito Penal Econômico na atualidade, a responsabilidade penal de pessoas jurídicas, os delitos de colarinho branco, o crime organizado, a lavagem de dinheiro ilícito etc.

11. Por tal motivo é crescente o número de juristas que estudam o tema neste sentido. no Direito Penal Espanhol, além dos autores já mencionados há que render especial deferência ao conjunto da obra do ilustre Prof. Francisco Muñoz Conde, catedrático da Universidade de Sevilha.

A envergadura da importância de tais conceitos é notória nos dias de hoje, ainda que sua formulação não seja relativamente recente.¹⁶ Foram fundamentais os trabalhos pioneiros de Ed. H. Sutherland em quintessenciar a idéia de que a delinquência não é algo privativo de certa classe ou nível social, estendendo-se a todas camadas da sociedade em função de sua organização.¹⁷ Em preconizante estudo criminológico fez referência a delitos cometidos também por “pessoas respeitáveis e de *status* social elevado”, frisando que tal fenômeno costumeiramente ocorria no “exercício de uma atividade profissional”.

Um dado importante de tal trabalho é o aspecto perene de suas conclusões, e a tônica que pode determinar ao estudo da criminalidade atual. É dentro desse espectro que passaremos a nos mover.

A criminalidade de colarinho branco está sendo estudada em vários países,¹⁸ pois o fenômeno é comum tanto nas sociedades industrializadas, como naquelas de economia agrária, da mesma forma que está presente desde economias de mercado até as de alto grau de estatização.

A análise de determinados comportamentos criminosos perante a economia revela que o denominado crime de colarinho branco possui rasgos caracte-

rísticos próprios,¹⁹ não se esgotando apenas em considerações sociológicas sobre o assunto.²⁰ É bem verdade, porém, que o elevado *status* social do agente integra a idéia conceitual do termo.²¹

19. Muitos autores têm estudado especificamente as características desse tipo de delinquência no ambiente econômico, demonstrando que o tema comporta propício debate. Dehtre eles podemos citar: W. Aubert, “White Collar crime, and social structure”, in *American Journal of Sociology* 58/263-271, 1952; E. Bacigalupo, *Cuestiones penales de la nueva ordenación de las Sociedades y Aspectos legislativos del Derecho Penal Económico*, Ed. Astrea, B. Aires, 1974; H. Baer, “Le crime en col blanc aux Etats-Unis”, *RICPT*, 1970, pp. 258-263; M. Bajo Fernandez, *La delincuencia económica*, pp. 19 e ss.; H. Berckhauser, *Wirtschaftskriminalität in Deutschland. Eine Systemvergleich zwischen der Deutschen Demokratischen Republik und der Bundesrepublik Deutschland*, ZStW, 87, 1975, pp. 788-825; A. Garcia Pablos, ob. cit., G. Kellens, “Le crime en col blanc: sa place dans une criminologie économique”, in *Revue de Science criminelle et de Droit Pénal Comparée*, Paris; M. Levesque, Collete Pacent, e Kedgior, *La criminalité Économique au Quebec*, CICC, Université de Montreal, 1977; B. R. Rimann, *Wirtschaftskriminalität Die Untersuchung bei Wirtschaftsdelikten*, Zurich; K. Tiedemann, in *Erscheinungsformen der Wirtschaftskriminalität un Möglichkeit in ihrer strafrechtlicher Bekämpfung*, ZStW, 1976, pp. 321-261, e *Poder Económico e Delito*, ob. cit., além de *Phenomenology of Economic Crime* (Report to the Twelfth Conference od Directors of Criminological Research Institutes, Strasbourg, 1976), dentre outras do mesmo autor; etc...

20. Quando fazemos considerações sobre a criminalidade relacionada à “pessoas distintas e respeitáveis” incluídas em ambientes socioeconômicos elevados, estamos a revelar um sentido crítico de escalonamento estratificante da sociedade, o que não chega a impedir o estudo de um conceito penal purista.

21. Em razão de uma visão menos estigmatizante, alguns autores (Edelhertz por exemplo) tendem a admitir um conceito de menor poder crítico em termos sociais, sali-

16. Na década de 40, Ed. H. Sutherland apresentou, nos Estados Unidos, as conclusões de suas pesquisas criminológicas sobre a generalidade dos comportamentos delitivos em termos sociais, centrando sua atenção no que denominou “White-collar criminality” (Sutherland, Ed. H., “White-Collar Criminality”, in *American Sociological Review*, 2/1-2, 1940).

17. “Teoria da organização social diferenciada”.

18. Alemanha (*Weisse-Kragen Kriminalität*), Itália (*Criminalità in colletti bianchi*), França (*Criminalité en col blanc*), EUA (*White-collar criminality*), Portugal etc.

Em decorrência há uma multiplicidade de facetas que podem ser mencionadas como próprias desse tipo de criminalidade.

Quanto ao âmbito de sua atuação, é certo que os crimes de colarinho branco não estão relacionados somente aos delitos de natureza econômica,²² espraiando suas manifestações na criminalidade financeira em sentido estrito, no tráfico de entorpecentes e na criminalidade política.²³

Todavia há que render apreço ao fato de que as circunstâncias propiciadas pelo mundo da economia permitem florescer esse tipo de comportamento delitivo com maior profusão.²⁴

O crime de colarinho branco possui elementos característicos muito próprios, vinculados no mais das vezes ao contexto econômico. Gira em torno da idéia de “quebra de fidelidade” por parte de um agente que em geral “está no exercício de uma profissão”.²⁵

entando que um dos maiores fatores identificadores de tais crimes é o “comportamento do agente”, seu *modus operandi* ao longo da linha delitiva, tendo importância secundária a classe sócio-profissional que ocupa.

22. Assim: Middendorf, 1959 e Mergen, 1972.

23. Ainda que a sociedade perceba com maior facilidade seus nefastos efeitos na vida mercantil.

24. São exemplos de crimes onde detectamos tal fenômeno: a manipulação de preços e medidas, a competição desleal, a violação do direito autoral e de marcas, espionagem industrial, a formação de *trusts*, falências fraudulentas, a sonegação de impostos, a criação de “empresas-fantasmas”, manipulação de bolsas de valores, concentração e monopolização da produção, industrialização e distribuição, veiculação ilícita de informações (informatizadas ou não), corrupção fiscal, corrupção em serviços e obras públicas etc.

25. Daí a expressão “delitos profissionais”.

A fidelidade se funda na idéia da confiança²⁶ que sustenta as relações sociais em sentido amplo, e num nível mais específico, as relações econômicas. O agente, valendo-se da confiança presumida ou captada, rompe as barreiras do ético²⁷ (e do legal...) desconsiderando as bases do estabelecido, visando alcançar, via de regra, objetivos materiais e o poder.²⁸ Essa atuação possui fortes matizes de requinte, transparecendo uma egoísta “moral dupla”.²⁹

O desempenho de uma profissão que abarque o comportamento do agente para alguns é um pressuposto lógico desse tipo de delito,³⁰ e tende a ter seu conteúdo ampliado não somente para abranger as condutas dos diretores e empresários, mas também de empregados e funcionários inferiores com capacidade de atuação.

É por isso que a precisão científica de Sutherland atribui perenidade à idéia de que o *White-Collar Crime* é uma

26. A confiança (*Vertrauensmissbrauch*) é tratada pela literatura alemã, em geral, como um conceito que preside a vida econômica.

27. Cabe, aqui, indagar qual a dimensão e o limite de um comportamento profissionalmente tolerado...

28. Para muitos a confiança seria o próprio “bem jurídico” em questão, ou a base genética de um bem maior: a ordem econômica. Sobre o tema: W. Zirpins, und O. Terstegen, *Wirtschaftskriminalität, Erscheinungsformen und ihre Bekämpfung*, 1963, pp. 26 e ss., e as bases criminológicas de Kaiser, Günther em *Kriminologie. Eine Einführung in die Grundlagen*, 1973, Verlag C. F. Müller, e S. Ochs., *Wirtschaftskriminalität als Zeiterscheinung in Krim.*, 1963, pp. 402 e ss.

29. O abuso de confiança e a fraude parecem ser os elementos nucleares da conduta.

30. A doutrina dos países anglo-saxões e os penalistas norte-americanos utilizam a expressão “occupational crimes”, frisando o interrelacionamento entre a conduta e a atividade profissional.

“conduta anti-social, orientada ao enriquecimento, praticada por pessoas de destaque social no exercício de uma profissão, abusando da confiança pública e supondo, simultaneamente, a fidelidade dos demais à lei”.³¹

As dificuldades de identificação e combate de tais crimes são muito grandes. A tecnologia moderna é, v.g., um verdadeiro fator potencializador do fenômeno, aumentando através do progresso a quantidade de indivíduos passíveis de serem inseridos em tal denominação, e ofertando-lhes mecanismos de atuação mais eficientes e vulnerantes.³²

Ao lado disso existem dificuldades decorrentes da própria morfologia do crime. O primeiro fator é a turbação do delito e o anonimato do delinquente, que afeta a chamada visibilidade social da infração. Uma vez que autor e vítima nem sempre se arrostam (como na maioria dos delitos) resulta difícil sentir a ardência do crime e suas manifestações imediatas.³³ Da mesma forma, identificar o agente.³⁴

Assim também com a individualização das vítimas concretas,³⁵ muitas vezes pulverizadas no seio social.

Seria, por fim, de salutar conveniência a busca de alternativas não-penais ao tratamento das condutas desviantes em Direito Econômico, sendo perfei-

tamente pertinentes e válidas muitas das críticas que a excessiva criminalização tem recebido.

Uma linha de discussão aberta e eclética parece ser o mais indicável, pois o crime de colarinho branco é um fenômeno importante no meio econômico, digno de detido estudo e proveitoso debate.

Outro tema fundamental é a responsabilidade penal das pessoas jurídicas no cenário da criminalidade econômica. O planteamento da questão à nível mundial é realmente muito atual e ebulitivo. No Brasil, compartilhamos desta preocupação científica desde alguns anos, principalmente após o advento da Constituição Federal de 1988, a qual apresentou em seu art. 173, § 5.º,³⁶ uma inequívoca e visceral mudança de sentido quanto à adoção pelo Direito Pátrio do aforismo *societas delinquere non potest*.³⁷

A questão adquire uma importância ímpar quando tratamos do Direito Penal Econômico sendo propício para trazer à luz pelo menos algumas questões pertinentes à hipótese.³⁸

36. A Constituição Brasileira de 1988 faz expressa menção sobre a possibilidade de responsabilizar penalmente as pessoas jurídicas em seu art. 173, § 5.º, ao proclamar que “A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade penal desta, sujeitando-a à punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular”.

37. O debate nacional sobre a “Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica” encontra referências, entre outros, nos trabalhos de Afonso Arinos de Mello Franco, in *Responsabilidade criminal das pessoas jurídicas*, Rio, Ypiranga, 1930; e Fabio Konder Comparato, *Ensaio e pareceres de Direito Empresarial: O indispensável Direito Penal Econômico*, Rio, Forense, 1978.

38. Dedicaremos sobre o tema breves indagações de índole ilustrativa.

31. Sutherland, ob. cit.

32. Veja-se, como exemplo, a facilidade e rapidez de veiculação de informações e dinheiro, bem como o *boom* das telecomunicações e da informática.

34. Tal dificuldade se multiplica quando entram em cena interpostas pessoas, naturais ou jurídicas, ou métodos anônimos de atuação.

34. Sobre o tema: A. Barata, “Criminologia liberale e ideologia della difesa sociale”, *Ext. da La questione criminale*, 1/21 e ss.

35. Expressão bastante comum e apropriada é a “volatização do sujeito passivo”.

É certo que a discussão em torno da possibilidade de impor medidas de natureza criminal às pessoas jurídicas é bastante antiga³⁹ e discutida por diversos países em diferentes níveis.⁴⁰

O tema comporta distintas abordagens, desde uma análise de caráter dogmático, passando pelo prisma da política criminal até o relato da experiência daqueles países que, em um dado momento histórico, optaram por adotar uma das duas grandes vertentes possíveis: admitir que pessoas jurídicas não podem cometer delitos (*societas delinquere non potest*) ou aceitar o oposto a esta idéia (*societas delinquere potest*).⁴¹

Em apertada síntese, podemos dizer que os países de Direito Costumeiro

39. A questão varia ao longo das épocas, sempre condicionada a fatores históricos e econômicos bastante complexos.

40. Buscando encontrar um caminho que respondesse de forma satisfatória tal questionamento tivemos vários debates ao longo deste século, onde juristas do mundo todo discutiram o tema. Algumas dessas iniciativas foram os Congressos organizados pela Associação Internacional de Direito Penal desde 1929 e os Congressos Internacionais de Direito Comparado. O mais patente e recente exemplo foram as "conclusões do XV Congresso Internacional de Direito Penal", realizado no Brasil, na cidade do Rio de Janeiro, de 4 a 10.9.94, que apresenta recomendação expressa sobre a conveniência de adoção de medidas de natureza criminal em relação às "entidades jurídicas" (Rec. III), pub. pela *Revista Brasileira de Ciências Criminais*.

41. A nível normativo em sentido amplo, podemos mencionar a regulamentação comunitária europeia, consubstanciada nas Resoluções do Conselho Europeu. E a nível normativo em sentido estrito, constatamos que vários países admitem a possibilidade (em maior ou menor grau) de responsabilizar entes morais. Dentre eles: o novo Código Penal Francês, em vigor desde 1.3.94 e da Holanda; além de Projetos legislativos na Bélgica, Suécia, Canadá, Austrália, Finlândia etc.

admitem a responsabilidade penal das pessoas jurídicas.⁴² Um segundo grupo (a maioria dos países continentais europeus, dentre eles a Espanha⁴³) seguem mantendo a posição de rechaçar tal possibilidade. Finalmente, um terceiro grupo caminha no sentido de admitir a penalização, ou adotar sistemas mistos.⁴⁴

De qualquer forma, a questão suscita uma série de conseqüentes indagações. Quando pensamos em atribuir medidas sancionadoras a pessoas de conforma-

42. Como mera ilustração: nos países de *common law*, a questão da responsabilidade penal das denominadas *corporations* está assim disposta: adotam tal possibilidade: Inglaterra e Irlanda do Norte; Estados Unidos (onde a jurisprudência tem seguido a tendência firmada pelo *Model Penal Code*, formulado pelo *American Law Institute*, art. 2.07); Outras legislações, influenciadas pelo modelo consuetudinário como Japão e Chipre, também brindam esse sistema.

43. Na Espanha, a questão gira em torno da interpretação do art. 15, *bis*, do CP Vigente, que estabelece: "Art. 15. *bis*. El que actuare como directivo u órgano de una persona jurídica o en representación legal o voluntaria de la misma, responderá personalmente, aunque no concurren en él y sí en la entidad en cuyo nombre obrare, las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito requiera para poder ser sujeto activo del mismo".

44. Na América Latina, noticiamos que a maioria dos Códigos Penais somente se refere à pessoas físicas. Uns poucos ordenamentos noticiaram ao longo da história iniciativas penais, como Cuba e Costa Rica. Outrossim, o art. 11 do CP mexicano admite sanções contra entes jurídicos, mas estas possuem em essência um caráter de medidas de segurança. No Brasil, como afirmado, somente a Constituição Federal (art. 173, § 5.º, já mencionado) finca a possibilidade legislativa complementar. Sobre a matéria: Hassemer, in *Los Delitos Económicos en la Legislación de los Países Occidentales*, Madrid, 1980, IDEE., Jescheck, in *Tratado de Derecho Penal*, I/300 y ss., Barcelona; M. Barbero Santos, "Estudios", *Rev. Actualidad Penal*, I/1.081-

ção moral, se abrem duas grandes veredas: a identificação e classificação da natureza jurídica dessas medidas, e o saber se elas (por si mesmas) oferecem uma resposta eficaz ante a curva de delinquência — e acima disso — se sua atuação contribui verdadeiramente para a harmonização do sistema e reforço dos princípios básicos de garantia cunhados pelo Direito Penal Moderno.

Nossa preocupação está pautada pelo seguinte: é inegável que qualquer medida de natureza sancionadora deve comportar um componente preventivo geral. Muitos dizem que tal efeito se esgota na punição dos entes físicos (sócios, mandatários etc.) que se utilizaram da pessoa jurídica para delinquir. Porém, em decorrência das modernas teorias de despersonalização e da fungibilidade imanente das pessoas jurídicas, constatamos que a delegação de trabalho, e fragmentação de condutas no cenário empresarial propicia evidente impunidade, e mais que isso, é um verdadeiro fator criminógeno em si mesmo. Vale dizer: punidos os sócios, permaneceria o arcabouço de gênese e cultura de novos delitos.⁴⁵

Tratar cientificamente do tema implica em traçar estratégias práticas de ação para reprimir os delitos que envolvam pessoas jurídicas. Em um país em desenvolvimento como o Brasil, esta questão é de vital importância,⁴⁶ tanto para a fluidez de seu crescimento econômico como (tangencialmente) para a atuação

de instituições constituídas com o especial desiderato de aplicar a justiça, como o Ministério Público e o Judiciário.⁴⁷

Ilustrativamente: Temos que escolher as armas. Precisamos estudar a conveniência de utilizar penas, medidas de segurança ou sanções administrativas.⁴⁸ E devemos indagar se certa sanção, formalmente denominada “pena”, seria em realidade uma “medida de segurança” ou simples reprimenda “administrativa”. Não se trata de mero jogo de palavras, pois as respostas sobre a natureza jurídica de cada instituto geram consequências muito sérias.

Coloquemos a questão assim: uma estratégia fundada exclusivamente em normas de caráter administrativo seria mais eficaz (em termos preventivos e repressores) do que a escolha de meios de natureza penal?⁴⁹

Aplicar apenas medidas de caráter administrativo não implicaria dar azo ao

47. Importantes estudos com bases na ciência criminalística indicam que, em razão da complexidade e potencialidade lesiva dos delitos econômicos e organizados, a especialização dos órgãos de justiça em sentido amplo deve ser um caminho necessário. Promotores de Justiça, magistrados e policiais com conhecimento especializado sobre a matéria, atuando mediante processos criminalísticos próprios, com resultados mais adequados. Nesse sentido, por exemplo, os estudos de: K. M. Bohme, *et al*, in *Die Aufdeckung, Aufklärung und Verhütung von Finanzdelikten — Ein Beitrag zur WirtschaftsKriminalistik*, Teil I, Berlin.

48. Ou adotando categorias independentes de “infrações” penais como o fazem a Alemanha e Portugal.

49. Note-se que o fundamento da questão não é o princípio da subsidiariedade do Direito Administrativo ante o Direito Penal, onde o Estado deve acudir primeiro a normas administrativas e depois socorrer-se de normas penais (cf. Johannes Wessel, *Direito Penal, Parte Geral*, p. 4, 1976). A dúvida é se a via penal é por si mesma uma solução autônoma viável.

1.098, 1987; Jiménez de Asúa, in *La cuestión de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas en las legislaciones positivas*, La ley, t. 48, 1-57, Buenos Aires.

45. Pois como certa vez afirmou C. G. Jung, “infelizmente não vivemos em um mundo de santos...”

46. Nesse contexto o interessante e ilustrativo trabalho de Francisco Gracioso, *Como enfrentar as multinacionais (ou no mínimo com aprender com elas)*, S. Paulo, 1983.

abandono de princípios penais de garantia lavrados mediante hercúleo esforço pelo Direito Penal Moderno nos últimos dois séculos? Atribuir autonomia ao Direito Penal Administrativo, nesse campo, não oferece risco ao Princípio de Segurança Jurídica?⁵⁰ Sempre estaria incólume o princípio da legalidade? Tal princípio é de menor importância frente a pessoas jurídicas e não naturais?

Outro caminho apontado são as medidas de segurança.⁵¹ Aqui intriga saber se o conceito de “periculosidade” (fundamento de estelar importância neste contexto) pode ser aplicado às ficções jurídicas.⁵²

Quando nos deparamos com a hipótese de aplicação de dispositivos penais em sentido estrito, constatamos que de maneira subjacente surge a necessidade de falar dos conceitos de capacidade de ação, culpabilidade e capacidade de pena.

Pende aclarar se a responsabilidade penal de pessoas jurídicas implica na quebra do princípio de que não existe ato delitivo sem vontade criminosa (*actus non facit reum nisi mens rea*). E, ainda assim, cabe perguntar como ficaria ao

final o princípio da culpabilidade⁵³ (e por decorrência os princípios da personalidade, intranscendência, proporcionalidade e adequação das penas).⁵⁴

Por fim, resta saber quais seriam as implicações quanto à teoria da participação criminal, os limites da responsabilidade penal dos diretores e daqueles que atuam em nome de outrem...

Várias e engenhosas são as alternativas apresentadas pela doutrina, o que alimenta a atual polêmica sobre o tema de romper ou não o referido dogma, e o coloca como “uma questão em aberto” (certamente não aporética, mas de necessário debate).

Fica a esperança de que a sensibilidade que tem inspirado o trabalho de tantos juristas modernos encontre novos caminhos para o Direito Penal, prestigiando seus bons fundamentos, e oferecendo alternativas ao legislador.⁵⁵

Que o combate às novas formas de criminalidade (especialmente a especializada e a econômica) tenha fundamento num sólido aparato dogmático,⁵⁶ de caráter hodierno, que além de encontrar as respostas tão pungentemente reclamadas pela sociedade moderna, não contribua à flexibilização de garantias criminais, verdadeiras bases de qualquer sistema jurídico-penal.

54. É admissível um sistema *sui generis* de penas?

55. Aqui, ousamos advertir que a cautela deve ser um ponto característico em tal mister. O moderno Direito Penal Econômico deverá construir com precisão e segurança seus postulados específicos e o âmbito de sua aplicação. Isso sem qualquer precipitação ou utilização de técnicas que afrontem salutares princípios fundamentais (entre outros, o princípio da mínima intervenção penal) evitando-se o socorro excessivo ao Direito Penal (como ocorre por exemplo nas figuras de perigo abstrato e de desobediência para a proteção de bens jurídicos coletivos) ao invés da adoção de medidas de organização da política econômica e social.

56. Fruto do incremento de pesquisas nesta área.

50. Exemplo prático: as sanções seriam aplicadas pela administração e julgadas por “órgãos judiciais administrativos”, tribunais de natureza executiva não submissos (indubitavelmente) ao tradicional princípio de imparcialidade, próprio do judiciário. (nesse sentido M. Barbero Santos, ob. cit.).

51. Que apesar de guardar semelhanças com a pena (pois se traduzem na afirmação do *jus imperii* estatal mediante medidas de caráter restritivo de direitos), é distinta desta, fundada que está na periculosidade, e reabilitação final.

52. Sobre a periculosidade e a necessidade de seu tratamento harmônico com a culpabilidade, pena e medidas de segurança, o recente pronunciamento do Prof. Marino Barbero Santos, “As medidas de Segurança na Legislação espanhola”, pub. na *Revista Brasileira de Ciências Criminais* 9/33-39, ano 3, jan.-mar./95.

53. Falar-se-ia em “responsabilidade” e não “culpabilidade”?