

2. DOCTRINA NACIONAL

2.4

O DIREITO PENAL ECONÔMICO*..**

JOÃO MARCELLO DE ARAUJO JUNIOR

Dedico a publicação deste estudo à Memória do Prof. Pedro de Oliveira Figueiredo.

SUMÁRIO: 1. Introdução: as breves duas últimas décadas do século vinte e o direito penal econômico – 2. O direito penal econômico no Brasil. Evolução histórica da legislação projetada – 3. A questão da necessidade – 4. O bem ou interesse jurídico protegido – 5. A questão da denominação – 6. Responsabilidade penal da pessoa jurídica – 7. O Direito Penal Econômico na topografia do ordenamento jurídico – 8. A legitimação político-criminal do Direito Penal Econômico.

1. Introdução: as breves duas últimas décadas do século vinte e o Direito Penal Econômico

Na década anterior e nesta em que vivemos, o mundo parece ter girado mais rapidamente do que antes. No Brasil tivemos o fim da ditadura; a Constituição de 1988 estabelecendo regras explícitas sobre a ordem econômica; o impedimento de um governo corrupto; um Presidente da República que se tornou notório por seu ideário progressista, que, a despeito disso, executa um projeto neoclássico e, agora, após demolir quase todas as conquistas sociais de 1988, pretende eternizar-se, imperialmente, no poder.

No mundo, a superação da tensão leste-oeste, com o esfacelamento da União Soviética, foi o fato mais significativo, dando lugar a um processo de globalização no qual o econômico prevalece sobre a própria liberdade, gerando a redução do Estado, a “reabertura dos portos”, a formação de blocos regionais... Mas, paradoxalmente, em vários pontos do

mundo persistem as guerras, os genocídios, a intolerância, a injusta distribuição das riquezas, as ditaduras, as reiteradas violações aos direitos humanos, a destruição da natureza, o etno-regionalismo, fatos que provocam mortes, sofrimentos, migrações forçadas de milhares de pessoas.

Os movimentos étnico-regionalistas assumiram proporções catastróficas, após a derrocada do “império” soviético, principalmente na ex-Iugoslávia. O episódio da Bósnia, incrivelmente, passou-se numa Europa, que pretende ser cada vez mais unida, concreta e unitária...

(*) Palestra proferida no IV Seminário Internacional do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais.

(**) Esta conferência foi pronunciada em São Paulo no dia 12.09.1998 e o Prof. Pedro de Oliveira Figueiredo faleceu no Rio de Janeiro no dia 11.10.1998. Pedro Figueiredo era Professor Adjunto de Direito Penal da UERJ e Diretor da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Esses fenômenos econômicos e políticos refletiram-se em todos os campos do Direito e, em consequência,

a) o Direito Civil está sofrendo um processo de publicização, seja no âmbito da família, seja no da propriedade;

b) o Direito do Trabalho, ao contrário, tende a tornar-se mais desregulamentado e flexível, pois tendo o trabalho, em palavras de Arion Romita, tornado-se "um bem escasso", não há mais espaço para normas protecionistas e paternalistas;

c) o Direito Processual tem se socializado, passando a tratar do acesso à justiça, e democratizado ao preocupar-se com a igualdade de armas, a garantia do contraditório, o devido processo legal e o repensamento da própria natureza do processo;

d) o Direito Comercial publicizou-se há muito tempo, no moderno Direito Marítimo e Aeronáutico, na regulação internacional dos títulos de crédito, no controle das sociedades comerciais, no Direito Econômico e até nos novos modelos contratuais;

e) o Direito Internacional foi inteiramente modificado por força da superação dos regimes políticos anteriores e pela reconstrução econômica e política provocada pelos chamados "Espaços Econômicos Integrados", como a União Européia e o Mercosul, nascidos do consenso e não, como outrora acontecia, por força das armas. O conceito de Estado, hoje, é outro e o de soberania, praticamente já se esvaiu;

f) o Direito Tributário está deixando de ser um mero instrumento garantidor da arrecadação de tributos, pois passou a se preocupar com a sua própria legitimação atribuindo valor fundamental à idéia de capacidade contributiva e à justiça fiscal. Tornou-se um instrumento de realização das políticas econômicas do Estado;

g) o Direito Penal, por maior razão, não ficou imune a essa nova forma de ser

do mundo e está se debatendo numa crise sem precedentes. O movimento descriminalizador que caracterizou a legislação mundial nos anos setenta vem sendo substituído por uma onda neocriminalizadora. Nos anos oitenta e nesta década as propostas funcionalistas põem em risco a idéia de um Direito Penal de proteção a bens jurídicos. O Direito Penal se debate, no Brasil, por exemplo, entre as idéias de lei e ordem subjacentes na Lei dos Crimes Hediondos e as liberais da Lei dos Juízos Especiais Criminais;

h) o Direito Penal Econômico, por ser dos ramos do Direito Penal o mais sensível às modificações econômicas e políticas, além de receber os impactos da crise do Direito Penal, discute a questão da necessidade; da sua posição topográfica no ordenamento jurídico-penal; da denominação; da natureza do bem jurídico; da responsabilidade penal da pessoa jurídica, e no campo da política criminal, pendula entre as idéias de segurança e as de garantias, entre o retribucionismo do sistema do *short, sharp, shock* e o garantismo do sistema de prevenção positiva.

É dessa crise do Direito Penal Econômico, que se tem refletido muito claramente nos projetos de reforma da Parte Especial do nosso Código Penal, de que iremos tratar, especificamente, neste estudo.

2. O Direito Penal Econômico no Brasil. Evolução histórica da legislação projetada

O tema que me foi proposto é extremamente amplo e pode ser abordado de forma multifacetária. Por isso, irei limitar-me a enfocar, apenas, alguns princípios fundamentais, à luz do mais recente pensamento doutrinário, em contemplação da reforma penal atualmente em curso no Brasil.

Como sabemos, a reforma penal brasileira foi iniciada em 1961, quando o

Governo encomendou a Nelson Hungria a elaboração de um Anteprojeto de Código Penal. O Anteprojeto apresentado em 1963, após vários trabalhos de revisão, foi transformado em Código, por ter sido promulgado em 1969, para entrar em vigor no ano seguinte. A *vacatio legis*, entretanto, perdurou até 1978, quando foi definitivamente revogado. Em 1980, o então Ministro Ibrahim Abi Ackel constituiu uma Comissão composta pelos Professores Francisco de Assis Toledo (Presidente), Francisco de Assis Serrano Neves, Ricardo Antunes Andreucci, Miguel Reale Junior, Hélio Fonseca, Rogério Lauria Tucci e René Ariel Dotti, para rever a Parte Geral do Código Penal. Dessa revisão nasceu um Anteprojeto novo, que, após nova revisão, se transformou na Lei 7.209, de 1984, que instituiu a atual Parte Geral do Código Penal.

Na Exposição de Motivos da nova Parte Geral, o Ministro da Justiça esclareceu: "Deliberamos remeter à fase posterior a reforma da Parte Especial do Código, quando serão debatidas questões polêmicas... Por outro lado, o avanço científico e tecnológico impõe a inserção, na esfera punitiva, de condutas lesivas ao interesse social, como *versões novas da atividade econômica e financeira* ou de atividades predatórias da natureza".

Já nesse momento, o legislador brasileiro reconhecia a necessidade de fazer com que normas de Direito Penal Econômico constassem da Parte Especial do Código Penal.

Os trabalhos de revisão prosseguiram e o mesmo Ministro Abi Ackel nomeou Comissão para a elaboração da Parte Especial. Tal Comissão foi inicialmente presidida pelo Prof. Assis Toledo e, depois, pelo Prof. Luiz Vicente Cernicchiaro e era constituída, além dos dois já nomeados, por Miguel Reale Junior, René Ariel Dotti, Manoel Pedro Pimentel,

Everardo da Cunha Luna, Jair Leonardo Lopes, Ricardo Antunes Andreucci, Sérgio Marcos de Moraes Pitombo e José Bonifácio Diniz de Andrada.

O trabalho foi concluído ainda em 1984 e dele constava um Título, o XII, dedicado aos Crimes Contra a Ordem Econômica, Financeira e Tributária. Assim, pela primeira vez no Brasil, a matéria estava sendo tratada de maneira sistemática. O Anteprojeto foi publicado para receber sugestões, foi revisto, mas, depois, caiu no esquecimento. O Anteprojeto revisto somente veio a ser publicado, por provocação do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, em 1987. A partir daí, em razão de mudanças políticas, foi novamente abandonado.

Em 1992, o então Ministro da Justiça, Maurício Corrêa, retomou a obra de reforma. Através da Portaria 581, de 10 de dezembro, constituiu, sob a presidência do Ministro Evandro Lins e Silva, uma outra Comissão, composta pelos Ministros Francisco de Assis Toledo, Luiz Vicente Cernicchiaro; Desembargador Alberto Silva Franco; Professores René Ariel Dotti, João Marcello de Araujo Junior, Juarez Tavares, Jair Leonardo Lopes, Paulo Sérgio Pinheiro; e dos Doutores Helio Bicudo, Luiza Nagib Eluf e Wandenkolk Moreira, para elaborar o Anteprojeto de Lei de Reforma da Parte Especial do Código Penal.

A Comissão, por questão metodológica, foi dividida em três Subcomissões, uma com base em Brasília, outra em São Paulo e outra no Rio de Janeiro. A Subcomissão do Rio de Janeiro, composta por João Marcello de Araujo Junior, Juarez Tavares, René Ariel Dotti e Wandenkolk Moreira tinha por objetivo trabalhar com a legislação extravagante. Nessa Subcomissão coube a João Marcello de Araujo Junior redigir a proposta do Título relativo ao Direito Penal Econômico.

Após dois anos de intensa atividade e sacrifícios, a Comissão concluiu seu trabalho, sob a denominação de Esboço de Anteprojeto de Código Penal – Parte Especial, e o entregou, em final de 1994. O então Ministro da Justiça, Alexandre Dupreyat, não mandou publicar o Esboço e, logo em seguida, deixou o Ministério, em face da sucessão presidencial. Novamente foi interrompida a obra de reforma.

O Esboço padeceu dos males das soluções rápidas e das divergências pessoais de opinião. Essa história nunca ficou bem esclarecida, pois a elegância do Ministro Evandro Lins não permitiu que ela fosse revelada, até mesmo aos membros da Comissão não envolvidos, dentre os quais nos encontramos. A versão oficial, constante do expediente que encaminhou o Esboço ao Ministério da Justiça, foi a seguinte: “Não houve consenso para concluir trabalho de tal vulto nos prazos desejados. Havia muitos pontos polêmicos. Como sabe V. Exa., a elaboração de um Código é tarefa política, por excelência, e deve corresponder ao estágio social do povo. Rui Barbosa já observava: ‘Uma codificação não pode ser expressão absoluta de um sistema, vitória exclusiva de uma escola. Toda obra de legislação, em grande escala, há de ser obra de transação’. Com o tempo, a necessária transigência será encontrada, mormente com os estudos já realizados, de irrecusável valor”.¹

O Ministro Evandro Lins, em seu ofício, esclareceu que “as três subcomissões apresentaram os seus trabalhos e começaram a surgir profundas divergências doutrinárias e invencíveis posições de princípio. Coube-nos, numa primeira etapa, por designação da Comissão, coordenar e procurar dar unidade às pro-

postas das três subcomissões. Daí surgiu um “esboço”, que reproduzia o valioso trabalho das subcomissões, com ligeiras alterações dos textos originais, e, assim, submetido ao exame, à crítica e às sugestões dos eminentes companheiros...

“As divergências teóricas pareciam tornar-se superáveis. Daí adveio a reunião da Comissão com V. Exa., no dia 19 de outubro último (1994), quando nos comprometemos a um esforço extraordinário para apresentar o anteprojeto até o dia 30 do corrente mês de novembro. Durante a reunião houve objeções explícitas do ilustre Prof. René Ariel Dotti, de quem recebi carta, datada de 1.º do corrente mês, opondo-se ao envio de um anteprojeto, mas, sim, de um *documento de trabalho*, ‘para divulgação no Diário Oficial, a fim de proporcionar o mais amplo debate pelos estudiosos e profissionais do sistema criminal, pelos órgãos e instituições de classe e pela sociedade em geral’...

“Diante desse documento, e das ponderáveis razões apresentadas, o presidente da Comissão não encontrou outra alternativa senão convocá-la para definir os rumos definitivos de sua atuação, ouvindo a opinião dos seus componentes. Saiu vencedora a proposta do Prof. René Dotti. Diante disso era necessário abreviar a conclusão do segundo esboço, com as emendas, sugestões e opiniões manifestadas pelos colegas de Comissão.

“O *esboço* que ora encaminho a V. Exa., embora calcado nos trabalhos da subcomissões, é de minha exclusiva responsabilidade. As pequenas supressões, acréscimos ou alterações porventura feitos nos textos originais não vinculam os integrantes de cada uma das subcomissões”.

À semelhança do Anteprojeto de 1984/87, o Esboço de 1994 continha um Título, o XII, destinados aos “Crimes contra Ordem Econômica e Financeira”, que reuniu os bens jurídicos enumerados em nossa Constituição. Esta fundamenta

⁽¹⁾ Item 9 do expediente firmado pelo Ministro Evandro Lins e Silva, com o qual encaminhou ao Sr. Ministro da Justiça o Esboço.

a ordem econômica nos valores do trabalho humano e da iniciativa privada (artigo 170), e estabelece mandamentos explícitos para a legislação ordinária em matéria econômica, a fim de, por exemplo, reprimir o abuso do poder econômico e submeter as pessoas jurídicas “às punições compatíveis com a sua natureza”.² Daí, ter sido o Título subdividido nos seguintes capítulos e seções:

“I – Dos crimes contra a dignidade, a liberdade, a segurança e a higiene do trabalho;

II – Dos crimes de abuso do poder econômico e contra a livre concorrência, a economia popular e as relações de consumo:

I – Do crime de abuso do poder econômico e contra a livre concorrência;

II – Dos crimes contra a economia popular;

III – Dos crimes contra as relações de consumo:

III – Dos crimes falimentares;

IV – Dos crimes contra o ordenamento urbano;

V – Dos crimes contra o sistema de tratamento automático de dados;

VI – Dos crimes contra o sistema financeiro:

I – Dos crimes contra a organização do sistema financeiro;

II – Dos crimes contra a regularidade dos instrumentos financeiros;

III – Dos crimes contra a confiança no sistema financeiro;

IV – Dos crimes contra a segurança dos negócios financeiros.

VII – Dos crimes contra o sistema tributário;

VIII – Dos crimes cambiais e aduaneiros”.

O Esboço, pelos motivos já mencionados, era imperfeito, porém muito orgânico, sistemático, abrangente e técnico. Pela primeira vez na história jurídica do Brasil, o bem jurídico trabalho foi incluído na ordem econômica e não tratado, apenas, do ponto de vista fascista de sua organização. Também, por vez primeira, o legislador cuidou dos crimes informáticos, dos cambiais, dos aduaneiros e do ordenamento urbano. Os crimes falimentares deixaram de ser considerados crimes contra os credores, para serem vistos como crimes contra o crédito. Os crimes contra a ordem financeira receberam tratamento primoroso e neles já se definia a “lavagem de dinheiro”. Havia inovações importantes na regulação da concorrência e do abuso do poder econômico. Os velhos crimes contra a economia popular se transformaram, quase todos, em crimes contra as relações de consumo.

O título dos Crimes contra a Ordem Econômica, no Esboço, estava atualizado em relação à ciência penal do seu tempo e inspirado no que de mais moderno existia em termos de legislação comparada, ajustada, obviamente, à realidade brasileira. Todos os especialistas da Associação Internacional de Direito Penal (AIDP), em 64 países, por nosso intermédio, colaboraram, de alguma maneira, para a sua elaboração. Também enviaram contribuições e sugestões os nossos amigos do Istituto Superiore Internazionale di Science Criminali (Siracusa), do Centro Internazionale Ricerche Giuridiche Iniziative Scientifiche (Milão) e do International Center of Economic Penal

⁽²⁾ Klaus Tiedemann. Estudo apresentado durante o XV Congresso Internacional de Direito Penal, Rio de Janeiro, 4 a 10.09.1994 (mesa redonda: A reforma da Parte Especial dos Códigos Penais).

Studies (Miami). Um Congresso Internacional, ao qual compareceram mais de duas mil pessoas e contou com a participação de seiscentos professores estrangeiros, reuniu-se no Rio de Janeiro em 1994 (XV Congresso Internacional de Direito Penal da AIDP) para tratar de temas ligados à reforma. O mundo jurídico-penal mobilizou-se para colaborar com a elaboração do Direito Penal Econômico brasileiro. De todo esse esforço resultou um Esboço de Projeto que na parte relativa aos crimes econômicos mereceu de Tiedemann, o maior especialista mundial no assunto, o seguinte comentário: "Anteprojeto digno do interesse dos juristas e de discussão mundial"³ e arrematou: "Trata-se de um corpo normativo muito completo e atual, entretanto, no que se refere à técnica legislativa destinada a facilitar a sua futura aplicabilidade prática é recomendável maior reflexão e, talvez, certa melhora".⁴

Uma boa semente havia sido lançada em nosso solo jurídico. Necessitava de cuidados necessários para sua germinação e transformação numa árvore de bons frutos... mas tudo foi por água abaixo.

Os trabalhos da reforma somente reiniciaram em final de 1997, quando o então Ministro da Justiça, Iris Rezende, pela Portaria 1.265, de 16.12.1997, nomeou nova Comissão, sob a presidência do Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro.

Essa nova Comissão de Reforma "trabalhou durante meses sobre o denominado Projeto Lins e Silva".⁵ O Anteprojeto elaborado foi publicado no *DO*, para

receber sugestões, no dia 25.03.1998, tendo sido fixado o dia 31 de setembro como data limite delas. Tal data marcou o início das atividades de uma outra Comissão, a Comissão Revisora, instituída pela Portaria 232, de 24.03.1998 (*DO* de 25.03.1998) composta pelos seguintes membros: Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro; Desembargador Dirceu de Mello; Doutor Luiz Alberto Machado; Doutor Antonio Nabor Areias Bulhões; Desembargador João de Deus Lacerda Menna Barreto; Prof. Ney Moura Teles; Subprocurador Geral da República Ela Wiecko Volkmer de Castilho; Doutor Licínio Leal Barbosa, Presidente do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária; Doutor Damásio Evangelista de Jesus; Procurador de Justiça Doutor Sérgio de Oliveira Médici. Foi designado Consultor da Comissão o Ministro Evandro Lins e Silva.

O Anteprojeto de 1998, por circunstâncias que não vêm ao caso discutir, até porque já surtiram os suficientes efeitos perversos, teve elaboração muito rápida, pois os trabalhos teriam começado no dia 03.02.1998⁶ e terminaram, um mês depois, em março de 1998... O Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, Presidente da Comissão, rebatendo a crítica da fixação de um prazo diminuto para a conclusão do trabalho, esclareceu: "Na primeira (reunião da Comissão) definiu-se a metodologia de trabalho. Tomou-se como referência o Esboço do Anteprojeto de Código Penal – Parte Especial, concluído em 1994... O texto, por sua vez, reexaminara o anteprojeto de 1984... Dessa forma, dar-se-ia, como se deu, sequência a dois trabalhos. Não era inadequado, portanto, em ritmo de tempo integral e dedicação exclusiva, concluir o estudo".⁷

(3) Klaus Tiedemann. Apresentação Crítica, in João Marcello de Araujo Junior: *Dos crimes contra a ordem econômica*, São Paulo, Ed. RT, São Paulo, 1995, p. 18.

(4) Idem, p. 24.

(5) Damásio E. de Jesus. Anteprojeto de Reforma da Parte Especial do Código Penal. *Boletim do IBCCrim*, n. 70, Edição Especial, setembro de 1998, p. 11.

(6) René Ariel Dotti. "Reforma Penal"; *Boletim do IBCCrim*, n. 64, março de 1988, p. 2.

(7) Luiz Vicente Cernicchiaro. "Reforma Penal", carta-resposta publicada no *Boletim*

Segundo Damásio E. de Jesus, um dos membros da Comissão, “o perfil do anteprojeto é moderno”,⁸ porém preferiu remeter “à legislação especial a disciplina de ilícitos correspondentes a institutos ainda em formulação (*como os crimes contra a ordem econômica e financeira, contra o meio ambiente, o patrimônio genético, os delitos relacionados à informática e a lavagem de dinheiro*)”.

A opção da Comissão de deixar os crimes contra a ordem econômica para a legislação especial, por tratar-se de “instituto ainda em formulação”, não parece ter sido a melhor. A realidade brasileira de hoje, quando nos descobrimos reféns da globalização especulativa, está à vista de todos para provar o contrário. Bastou um “espiro” em Moscou, para que a nossa economia contraísse moléstia gravíssima, cujo remédio “heróico” foi a elevação dos juros para 50% ... ou quase isso.

Quais teriam sido as perplexidades sentidas pelo legislador para relegar a segundo plano, à legislação extravagante, a regulação do Direito Penal Econômico? Essa pergunta nos inquieta, até porque, em verdade, alguns aspectos dos Crimes Econômicos foram abordados no Anteprojeto, embora assistematicamente. Vejamos:

Há um Título prevendo crimes contra a organização do trabalho; outro punindo crimes contra o ordenamento urbano e um outro tratando dos crimes contra o sistema tributário, cambial e aduaneiro.

Além disso, Ela Wiecko Volkmer de Castilho, que é membro da Comissão Revisora, em festejado e recente livro,⁹ em diversos pontos deixa entrever o entendi-

mento de que tais crimes deveriam estar previstos no Código Penal. Vejamos:

Na página 49, quando trata do processo de criminalização primária, que imuniza os criminosos econômicos, afirma “o Código Penal brasileiro, por exemplo, reflete sobretudo o universo moral próprio da cultura burguês-individualista, que privilegia a proteção do patrimônio privado e a repressão das condutas desviadas típicas dos grupos socialmente mais débeis e marginalizados”. Mais adiante, à página 55, ao responder a pergunta: “Por que a cifra oculta da criminalidade econômica é tão alta?” acolhe a resposta dada por Lola Aniyar de Castro: “*Perplexidade das leis especiais* que, às vezes procuram regular estes fatos, as quais podem ser manipuladas por hábeis advogados e contabilistas...”. Na página 114, a autora é mais explícita, quando conclui: “Até hoje não ocorreu a necessária revisão sistemática da parte especial, carecendo o Código Penal de uma classificação dos tipos penais adequada aos bens e interesses jurídicos emergentes do contexto social do pós-guerra. A adequação tem sido feita através das leis especiais...”. A oportunidade para que fosse feita essa revisão sistemática surgiu, mas, infelizmente, não foi aproveitada... Esperamos que na revisão, a nova oportunidade não seja perdida.

Esta, em resumo muito ligeiro, a evolução histórica do nosso Direito Penal Econômico projetado, que, como dissemos, reflete as mudanças conceituais que tem sofrido o Direito Penal e o seu rebento, o Direito Penal Econômico, em razão das turbulências políticas e econômicas pelas quais vem passando o mundo e o Brasil.

3. A questão da necessidade

Esta turbulência gera uma crise entre liberdade e segurança, que vai se fazer

do IBCCrIm n. 65, abril de 1998, p. 2.

(8) Damásio E. de Jesus. Ob. cit., p. 11.

(9) Ela Wiecko V. de Castilho. *O controle penal nos crimes contra o sistema financeiro nacional*. Del Rey, Belo Horizonte, 1998.

sentir na primeira questão fundamental do Direito Penal Econômico. Ele é necessário ou não?

Em 1977, o nosso querido amigo e conhecido de todos, Prof. Klaus Tiedemann, em discurso pronunciado no Palácio Federal de Berna, afirmou que: "A criminalidade econômica é um problema político. Esta frase não está pensada para alegria dos progressistas, nem irritação dos conservadores".¹⁰ Esta frase refletia as primeiras notas dessa tensão existente entre segurança e garantias e importava numa reação a uma tendência da época, ainda hoje repetida, segundo a qual o Direito Penal Econômico não existe, porque desnecessário, uma vez que a proteção jurídico-penal aos processos econômicos deve ser reduzida aos meros interesses patrimoniais daqueles que, de maneira individual, tomam parte no tráfico econômico e nestes prevalece a idéia de segurança, expressa pelos tipos constantes dos Códigos Penais tradicionais.

Essa tendência vem sendo por nós combatida desde 1982, quando, pela primeira vez, tratamos do assunto, perante o Colóquio Preparatório do XII Congresso Internacional de Direito Penal. Mais tarde, em 1985, nossa luta foi corporificada no substitutivo que elaboramos, em nome da OAB/RJ, ao Projeto apresentado pela Comissão nomeada pelo Dec. 91.159/85.¹¹ Nossos argumentos tornaram-se mais maduros, quando, dez anos mais tarde, participamos da Comissão que elaborou o Projeto de Parte Especial do Código Penal de 1994, na qual nos

cobrou a elaboração do Título dos Crimes contra a Ordem Econômica.¹²

A nosso juízo, o entendimento segundo o qual o crime econômico não passa de uma infração ao patrimônio individual, e como tal deve ser tratado, é falso, porque nem toda perturbação da vida econômica importa necessariamente em violação do patrimônio individual.¹³

Tiedemann, na apresentação de nosso livro *Dos Crimes contra a Ordem Econômica*, afirma que "a proteção penal da ordem econômica é indispensável uma sociedade moderna. Esta caracteriza-se pela fragilidade de seus subsistemas de produção e distribuição, por suas enormes necessidades de força de trabalho e de capital, e pela multiplicidade de suas interdependências e conflitos de interesses sociais".¹⁴

Diante disso, podemos afirmar que existe um ramo do Direito Penal, que ainda denominamos de Direito Penal Econômico, que, embora esteja, em sua origem, vinculada ao Direito Econômico, é Direito Penal, sujeito aos princípios liberais e garantistas deste, a despeito de possuir, por se tratar de um Direito prático, destinado a garantir e fazer funcionar a política econômica, algumas características próprias, que hoje já influenciam o Direito Penal comum e,

(12) O Projeto de Nova Parte Especial de 1994 nunca foi publicado, porém, o Título a que se refere o texto e a Exposição de Motivos que o acompanhou estão publicados em João Marcello de Araujo Junior. *Dos crimes contra a ordem econômica*, São Paulo, Ed. RT, 1995.

(13) Nesse sentido é também a opinião de Klaus Tiedemann. "Presente y futuro del derecho penal económico". *Hacia un derecho penal económico europeo*, Boletim oficial del Estado, Madrid, 1995, p. 32.

(14) Klaus Tiedemann. Apresentação crítica in João Marcello de Araujo Junior, ob. cit., p. 17.

(10) Klaus Tiedemann. *Wirtschaftskriminalität und Wirtschaftsstrafrecht in dem USA und in der Bundesrepublik Deutschland*. Tubingen, 1978.

(11) O Substitutivo está publicado em João Marcello de Araujo Junior e Marino Barbero Santos. *A reforma penal: ilícitos penais econômicos*, Rio de Janeiro, Forense, 1987.

no futuro, certamente, serão o grande motor de suas transformações.

Numa economia de mercado frágil como a nossa, é indispensável a regulação jurídica dos abusos violadores da ordem econômica, de molde a que fique garantida a proteção social do mercado e de todos os que participem dele, especialmente os mais débeis.

A economia de mercado parte da presunção de igualdade entre os concorrentes, que devem jogar limpo e desfrutar das mesmas oportunidades, para vantagem deles próprios e dos consumidores, graças ao aumento da produção e redução de custos. Daí ser indispensável que o Direito Penal seja chamado a intervir, para fazer funcionar honestamente este mercado.

Nessas condições, entendemos que o Direito Penal Econômico, tal qual o concebemos, independentemente das orientações jurídicas estabelecidas, destina-se tanto a regular o comportamento daqueles que participam do mercado, quanto a proteger a estrutura e o funcionamento do próprio mercado, como também, a política econômica estatal, sob o manto garantista, sem preocupação de segurança.

4. O bem ou interesse jurídico protegido

A questão da existência e necessidade do Direito Penal Econômico nos conduz necessariamente a uma outra indagação. Qual o bem ou interesse jurídico a ser protegido pela lei penal econômica?

O bem jurídico, como afirma Marinucci, lembrando Pedrazzi e Paulitanò, é como uma faca de dois gumes, pois ao mesmo tempo em que exerce uma função de garantia contra os abusos do Estado, atua como instrumento de organização repressiva.¹⁵

(15) Giorgio Marinucci. "Relazione di Sintesi". Alfonso Stille (a cura), *Bene giuridico e*

Embora, ainda hoje nos falte estabelecer definitivamente a teoria do bem jurídico,¹⁶ entendemos com Welzel, que o bem jurídico é um bem vital da comunidade ou do indivíduo, que por sua significação social merece ser protegido juridicamente, isto é, "todo estado social desejável que o direito quer resguardar".¹⁷ Entendemos, também, que o surgimento do Estado Democrático de Direito determinou modificações profundas no ordenamento dos bens jurídicos consagrados na Parte Especial dos Códigos Penais.

Nos Estados Democráticos de Direito os abismos sociais devem ser eliminados e as desigualdades corrigidas. Nesse tipo de Estado proclama-se o dever dos poderes públicos de promover as condições para que a liberdade e a igualdade sejam reais e efetivas. No Estado Democrático de Direito, a imagem abstrata do homem livre e igual é substituída pela do homem condicionado e desigual. A imagem do homem própria do Estado Democrático de Direito é a do homem situado, do homem nas suas condições concretas: do homem em seu posto de trabalho, como trabalhador dependente; do homem como participante da ordem econômica, afeta a fins sociais;¹⁸ do homem como consumidor; do homem em seu ambiente. Este é

riforma della parte speciale, Jovene Editore, Napoli, 1985, p. 329.

(16) Claus Roxin. "L'evoluzione della politica criminal a partire dai progetti alternativi". AA.AA... *metodologia e problemi fondamentali della riforma del Codice Penale*, 1981, p. 34.

(17) Hans Welzel. *Derecho penal alemán*. Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1976, p. 15. No mesmo sentido, Stelle Maris Martínez. *Manipulação genética e direito penal; IBCCrim e Complexo Jurídico Damásio de Jesus*, 1998, p. 70.

(18) Marino Barbero Santos. *Política y derecho penal en España*; Tucur Ediciones, Madrid, 1977, p. 133.

o motor normativo da transformação do catálogo de bens jurídicos, que experimentam os Códigos Penais.

Assim sendo, os bens jurídicos a serem selecionados pela lei penal não se limitam mais aos “naturais” e ao patrimônio individual. A inserção social do homem é muito mais ampla, abrangendo todas as facetas da vida econômica. Daí um novo bem jurídico: a *ordem econômica*, que possui caráter supra-individual e se destina a garantir a política econômica do Estado, além de um justo equilíbrio na produção, circulação e distribuição da riqueza entre os grupos sociais. Esse bem jurídico, entretanto, não é arbitrário,¹⁹ pois decorre do tipo de Estado definido nas Constituições.²⁰ Na lição de Marinucci, a política criminal consubstanciada na lei penal econômica, para se legitimar, deve ter como ponto de apoio a Constituição.²¹

No Brasil, também, a lei penal econômica deverá estar solidamente ancorada na Lei Maior, pois o bem jurídico que estamos analisando está especificamente previsto nela, bastando para que se comprove isso, que se atente para o seu capítulo sobre a Ordem Econômica. Em consequência, as epígrafes dos Capítulos que deverão compor o Título do Código Penal referente aos “Crimes contra a Ordem Econômica” devem expressar as diversas manifestações desse bem tutelado, descrevendo-as com precisão, estabelecendo aquela “analogia substancial entre a ordem axiológica constitucional e a ordem legal dos bens jurídicos” a que se refere Figueiredo Dias.

5. A questão da denominação

Esta era uma questão que, até há pouco tempo, parecia definitivamente superada. Hoje, entretanto, renasce, com excepcional vigor. Vejamos:

Dissemos, linhas atrás, que o Direito Penal Econômico, embora seja Direito Penal, em sua origem inspirou-se no Direito Econômico. Hoje, porém, existe uma quase irresistível tendência, que se sente em todo o mundo, de aproximá-lo do chamado Direito Empresarial.

Isso parece-nos correto, pois uma economia de mercado pressupõe, fundamentalmente, uma atividade empresarial, daí a tendência a que o Direito Penal Econômico no futuro venha a denominar-se de Direito Penal da Empresa.

A realidade da vida econômica mostra hoje, com clareza, que os verdadeiros crimes econômicos são cometidos pelas empresas e não pelos indivíduos. Existem casos na jurisprudência do Tribunal Europeu de Luxemburgo, em matéria admi-

pondo uma ponte entre a lei penal e a Constituição, em cujos preceitos o catálogo de bens jurídicos penalmente protegidos encontram sua legitimação.

(19) Hans Welzel: ob. cit., p. 15. Na América do sul no mesmo sentido Felipe Villavicencio T. *Lecciones de derecho penal, Parte General*, Cultural Cuzco, Lima, 1990, p. 48.

(20) Marino Barbero Santos. “El Sistema punitivo Español”. *Cahiers de Défense Sociale*, 1990/1991, p. 131.

(21) Giorgio Marinucci. “Politica Criminal e Riforma del Diritto Penale”. Giorgio Marinucci e Emilio Dolcini: *Studi di diritto penale*; Giuffrè Editore, Milano, 1991, p. 69. No mesmo sentido são as lições de Claus Roxin. “Sentido e Limites da Pena Estatal”. *Problemas básicos do direito penal*, Vega Universidade, Lisboa, 1986, p. 21; Hans Joachim Rodolphi. “Los diferentes aspectos del concepto del bien jurídico”. *NPP*, ano IV, n. 7, 1975, p. 332; Ignacio Berdugo Gomez de la Torre. “Revisión del Contenido del Bien Jurídico Honor”. *ADPCP*, tomo XXXVI, fasc. 11, p. 308; Cesare Pedrazzi. “El Bien Jurídico de los delitos Económicos”. Barbero Santos, ed.: *La Reforma Penal: Delitos socio-económicos*, Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, Madrid, 1985, p. 281, entende que a noção de bem jurídico estende uma

nistrativa, é verdade, em que se reconheceu expressamente que a responsabilidade é da própria empresa e tal responsabilidade não decorre da imputação individual. Em outras palavras, a responsabilidade da empresa não é consequência da responsabilidade individual de seus agentes, mas sim da sua própria natureza e, mais do que isso, essa responsabilidade da empresa é que gera e fundamenta a responsabilidade individual.

Assim, a passagem dessa moderna concepção, oriunda do Direito Administrativo Penal, para o Direito Penal comum será uma consequência natural e uma questão de tempo.

6. Responsabilidade penal da pessoa jurídica

Assim como a questão da existência nos levou a discutir a questão da denominação, esta, pelas conclusões a que chegamos, nos leva ao tema da responsabilidade penal da pessoa jurídica.

O tema é extremamente polêmico e nós, que durante muito tempo fomos o único no Brasil a defender tal forma de responsabilidade penal nos crimes econômicos, estamos cansados de ser crucificados por nossas idéias despidas de “dogmatiquices”. Por isso, não pretendemos aqui retornar ao debate minucioso do assunto, espacialmente porque os cravos que nos pregaram, depois de nossa participação na Comissão que elaborou a Lei de Crimes contra o Meio Ambiente, na parte relativa à responsabilidade penal da pessoa jurídica, que foi desfigurada pelo Congresso Nacional, ainda estão doendo muito.

Por isso, desejamos trazer ao conhecimento deste plenário e à inteligência de todos um único argumento, aliás um argumento novo. Vejamos:

As posições contrárias à responsabilidade penal da pessoa jurídica se pren-

dem, de regra, à idéia de incapacidade de culpa e à incapacidade de as corporações sentirem o sofrimento da pena.

Entendo que essa é, *data venia*, uma visão que se prende a uma política criminal de caráter retributivo, hoje inteiramente superada. Como veremos mais adiante, hoje não há mais que se falar em expiação ou em compensação da culpa pela pena, em geração de sofrimento, ou em expectativas psicológicas da pena. Estas são coisas do passado. Isso ou é metafísica ou utopia. Anabela Rodrigues, Figueiredo Dias, Silva Sánchez, Zaffaroni, já há muito tempo dizem isso.

Hoje vivemos a era de uma Política Criminal garantista que vê na pena um instrumento de prevenção positiva. Essa necessidade preventiva exige a punição da pessoa jurídica, como já deixamos antever por uma necessidade ontológica. Mas, além disso, também, por uma necessidade formal de garantia, qual seja, a de livrar as pessoas jurídicas das garras do poder administrativo, uma vez que não possuímos um Direito Administrativo Penal, um Direito de Contraordenações.

A empresa hoje, no Brasil, está refém do poder discricionário da administração. Esta, sem qualquer controle, aplica às empresas até a pena de morte, sem qualquer das garantias oferecidas pelo sistema de justiça penal. Hoje as pessoas jurídicas, em matéria de criminalidade econômica, padecem verdadeiras penas de caráter retributivo, impostas pela autoridade administrativa. A administração acaba por impor sanções muito mais graves do que aquelas que seriam impostas pelo juiz e isso sem as garantias próprias da atuação jurisdicional. O Banco Central do Brasil liquida extrajudicialmente entidades financeiras a seu bel prazer. Nós que, durante muito anos, fomos curadores de liquidações extrajudiciais no Rio de Janeiro, sabemos muito bem disso.

7. O Direito Penal Econômico na topografia do ordenamento jurídico

As normas jurídicas, segundo Bobbio, não existem isoladamente, mas sempre estão inseridas em um contexto de normas com relações particulares entre si. Esse contexto de normas costuma ser chamado de "ordenamento".²² Assim, as normas de Direito Penal Econômico devem estar inseridas dentro do ordenamento jurídico penal. A dúvida surge sobre se tais normas devem estar prevista em uma lei especial ou em um Título do Código Penal.

Em 1982, no Colóquio já mencionado, sustentamos que melhor seria que tivéssemos uma lei especial regulando a matéria, isto porque, àquele tempo, nossa experiência legislativa em matéria penal econômica não ia muito além, de alguns crimes previstos no Código Penal, na lei da economia popular, na lei de usura e numa ou noutra lei semidesconhecida.

Hoje, entretanto, a situação é outra, pois já possuímos uma intrincada rede de normas penais econômicas dispersas em uma multidão de leis extravagantes, que em final de 1994 somavam a "bagatela" de 96 leis especiais. É portanto chegada a hora de sistematizar e incluir tudo isso no Código Penal.

Esta, aliás, parecia ser a tendência dos nossos legisladores, pois tanto o Projeto de nova Parte Especial de 1984, republicado em 1987, quanto o Projeto de 1994, previam um Título específico para a matéria. Infelizmente, o Projeto publicado em março de 1998 não seguiu o mesmo padrão, embora tenha feito pequenas e tímidas abordagens como já vimos.

No que se refere à questão topográfica, a última dúvida reside em sabermos

se tais crimes devem ser tratados conjuntamente com os tradicionais crimes contra o patrimônio, como fez o atual Código Espanhol ou separadamente deles, como se vê do Código Penal Peruano e da Proposta de Anteprojeto de Lei Delegada italiana para a elaboração de Princípios e Critérios Diretivos de um Futuro Código Penal.

Já deixamos claro, em outra parte desta nossa conversa, que os crimes econômicos merecem punição não pelos danos que possam causar aos indivíduos, mas à coletividade como um todo, em razão da violação da ordem econômica estabelecida.

Assim, os bens jurídicos protegidos pelo Direito Penal Econômico possuem características diferentes dos protegidos nos crimes patrimoniais.²³ Para acentuá-las, especialmente em face do caráter pedagógico da lei penal, a criminalização deve efetuar-se em Títulos diferentes, dentro do Código Penal.

8. A legitimação político-criminal do Direito Penal Econômico

Nesta última parte de nossa exposição, queremos nos redimir de uma posição adotada anteriormente.

Em nosso livro *Dos crimes contra a ordem econômica*²⁴ sustentamos que a melhor política penal a ser aplicada aos crimes econômicos seria a dos "3 S" — *Sharp, Short, Shock*.

Hoje verificamos que esse sistema está fulcrado inteiramente numa visão

(22) Norberto Bobbio. *Teoria do ordenamento jurídico*, 10. ed., Brasília, UnB, 1997, p. 19.

(23) René Ariel Dotti. "A criminalidade econômica". Texto elaborado para as reuniões em São Luiz do Maranhão e Curitiba do Seminário sobre Mercado de Capitais para a Magistratura e o Ministério Público, promovido pela Comissão Nacional de Bolsa de Valores, 1985.

(24) João Marcello de Araujo Junior. ob. cit.

retribucionista do Direito Penal e, como se sabe, o esquema retributivo foi definitivamente abandonado nos anos setenta. Nós estávamos errados.

O esquema tradicional retributivo, segundo Pagliaro, procurava orientar a conduta humana por meio da intimidação e da emenda.²⁵

O tradicional esquema retributivo pretendia legitimar-se por si mesmo, uma vez que tinha como objetivo *fazer justiça*, compensando a culpa do autor com a pena. Essa idéia de justiça através da compensação entre a culpa e a pena é racionalmente indemonstrável, assumindo, por tal motivo, caráter puramente metafísico. O Direito Penal de um Estado Democrático de Direito laico, como ensina Anabela Rodrigues, desvincula-se de qualquer finalidade teleológica ou metafísica.²⁶

O pensamento retributivo pressupõe um Estado Absoluto. Daí a lúcida observação de Figueiredo Dias, segundo a qual não se pode hoje, em verdade, deixar de reconhecer a incompatibilidade entre a idéia de Estado Social e Democrático de Direito e a imposição de penas em nome de exigências de retribuição e expiação, de caráter metafísico.²⁷

O Direito Penal retribucionista gerou uma dogmática clássica, dedutivo-ontológica, absoluta, a-histórica, alheia às realidades socioculturais do crime. A ciência dogmática via o delito de maneira abstrata e com uma vocação quase "artística", para usarmos a expressão de

Gimbernat.²⁸ Com a ruptura do esquema retribucionista, também a dogmática entrou em crise, dando espaço a novas construções, dentre as quais sobressai a moderna teoria da imputação. Daí, questões como: a) *imputação objetiva*, que deu nascimento a uma nova teoria da conduta típica, cuja preocupação jurídica fundamental consiste em estabelecer os critérios segundo os quais queremos imputar determinados resultados a uma pessoa, ou seja, o ajustamento axiológico dos dados empíricos (relação de causalidade); b) *imputação subjetiva*, na qual o dolo não é mais visto como alguma coisa de natureza psíquica, naturalista. Tanto isso é assim, que será possível a imputação de pena ao autor que, desconhecendo que estava praticando uma conduta antijurídica, pratica um crime por erro, quando esse erro de conhecimento poderia ter sido evitado; c) *legitimação dos crimes de perigo abstrato*, por estarem compreendidos no conjunto dos elementos sociais que determinam a sua identidade, desde que com eles não se pretenda punir meros caos de preparação. Mas este não é o lugar, nem o momento de tratarmos da crise do dogmática. Por isso deveremos retornar à exposição relativa ao que aconteceu em nossa ciência após a ruptura do modelo retribucionista.

Hoje, a concepção teórica do Direito Penal mudou. Às vésperas do terceiro milênio, o Direito Penal não tem mais por finalidade fazer justiça, mas sim *fazer funcionar a sociedade*.

A essa conclusão já havia chegado, desde 1966, o célebre Projeto Alternativo alemão, que, em seu preâmbulo, afirma que o fenômeno punitivo se constitui de "uma amarga necessidade da comunidade de seres imperfeitos que são os homens". A necessidade da manutenção

(25) Antonio Pagliaro. *Principi di diritto penale, parte generale*, 5. ed., Dott. A. Giuffrè, Milano, 1996, p. 3 e mais amplamente p. 675 et seq.

(26) Anabela Miranda Rodrigues. *A determinação da medida da pena privativa de liberdade*. Coimbra, Coimbra, 1995, p. 316.

(27) Jorge de Figueiredo Dias. *Direito penal português. As consequências jurídicas do crime*. Aequitas, Lisboa, 1993, p. 61.

(28) Gimbernat Ordeig. "¿Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal?". *Estudios de derecho penal*, 3. ed. Madrid, 1990, p. 140.

da convivência é que exige a atividade punitiva.

Os anos oitenta e os primeiros dos anos noventa foram marcados por três grandes movimentos de política criminal, dois deles que se substituíam ao retribucionismo e um terceiro que o fazia sobreviver. Eram os movimentos da Novíssima Defesa Social, da Política Criminal Alternativa e os movimentos da Lei e Ordem.

Na aula magna que ministramos na UERJ em 1983, fizemos o primeiro balanço desses movimentos. Mais tarde, em 1986, esse balanço foi corrigido e atualizado no estudo denominado "Os Grandes Movimentos de Política Criminal de Nosso Tempo", publicado em folheto pelas Faculdades Integradas Bennet. A versão definitiva foi publicada em Madrid, no ano seguinte, no Boletim do Ministério da Justiça.

Hoje, aqueles movimentos evoluíram e adquiriram roupagem e substrato novo. Contemporaneamente, o pensamento político criminal divide-se, também, em três vertentes, denominadas "ressocializadora", "abolicionista" e "garantista".

A despeito de possuírem características próprias, cada uma dessas correntes tem por objetivo garantir a convivência, fazendo com que a Sociedade funcione.

Por economia de tempo, não trataremos nem da corrente ressocializadora, nem da abolicionista, limitando-nos ao exame do garantismo.

O sistema garantista parte da aceitação de que o que legitima a atuação do Direito Penal é, basicamente, a prevenção geral do delito, sempre que esta tenha lugar respeitando as garantias oferecidas pelo Estado Democrático de Direito, como afirma Jesús María Silva

Sánchez.²⁹

O garantismo entende que o Direito Penal somente se legitima para atuar sobre o estado de liberdade do indivíduo, se agir sob um rigoroso controle do poder do Estado, atuação essa que deverá respeitar estritamente os princípios de previsibilidade, segurança jurídica, igualdade e proporcionalidade.

A atuação do Direito Penal deve produzir nos destinatários da norma um duplo sentimento de proteção. Os cidadãos devem sentir-se garantidos contra ação criminosa do delinquente e contra ação desproporcionada e ilegítima do Estado. Um Direito Penal assim concebido legitima-se por si mesmo, por ser um instrumento de minimização da violência no seio da sociedade. Além de não permitir a banalização da violência, nem a "normalização da chacina", para usarmos a expressão de Adair Rocha.³⁰

Nos dias atuais o Direito Penal não mais atua através da prevenção geral negativa ou seja, em uma expressão, não dá mais valor à crença na eficácia da intimidação de potenciais criminosos, pela ameaça da pena.

Hoje, o sentido da prevenção inverteu-se. Nos dias que correm, obtém-se melhor efeito preventivo através da "tutela das expectativas da comunidade em relação à manutenção da validade da norma infringida". Essa mudança de sinal da prevenção que passa de negativo para positivo, deixa de ter em vista os potenciais criminosos para dirigir-se a todos os cidadãos.³¹

Com a punição fundada numa idéia de prevenção geral positiva, o que se

⁽²⁹⁾ Jesús María Silva Sánchez. *Aproximación al derecho penal contemporaneo*, J. M. Bosch, Barcelona, 1992, p. 13.

⁽³⁰⁾ Adair Leonardo Rocha. "Exclusão Social e 'Normalização' da Chacina!" *Revista da Faculdade de Direito de Valença*, ano I, n. 1, maio de 1998, p. 99.

⁽³¹⁾ Jorge de Figueiredo Dias. ob cit., na nota n. 27, p. 228.

pretende assegurar é o restabelecimento e a manutenção da paz pública perturbada pelo cometimento do crime, através do fortalecimento da consciência jurídica da comunidade, no respeito aos comandos jurídico-penais, ou, nas palavras de Jakobs, o que se busca é a estabilização das expectativas comunitárias de validade e vigência da norma violada.³²

A prevenção positiva, além de caracterizar-se como uma força moralizadora, importa também na confirmação da *fidelidade ao Direito* e se transforma em um novo modelo para a Política Criminal.

Assim, no futuro, a idéia de fortalecer a consciência jurídica da comunidade poderá nos conduzir a um Direito Penal em que a própria punição venha a ser desnecessária, bastando, para tal fortale-

cimento, a declaração constante da sentença condenatória.

Pelo mesmo fundamento, outras formas de composição do conflito surgirão, como a reparação do dano e outras na mesma natureza, pois o que interessa não é punir, mas sim restabelecer o império da norma.

Assim, o Direito Penal Econômico poderá, no futuro, ou já agora, apropriar-se desses conceitos e atuar com muito mais eficiência do que hoje, pois não é a quantidade de castigo que faz nascer no cidadão a consciência do dever de fazer cumprir a lei, que garante o funcionamento da sociedade, mas sim a convicção de que a lei é necessária, é útil e está vigente.

Sem o amor ao cumprimento da lei não há liberdade e isso não é positivismo.

(32) Günther Jakobs. "Schuld und Prävention", p. 30 e 31, apud Anabela Rodrigues, ob. cit., p. 321.