

^{Dupl.}
REVISTA BRASILEIRA DE
ciências
criminais

ESTE EXEMPLAR PERTENCE À BIBLIOTECA
INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

ano 3 - n. 11 - julho-setembro - 1995

11



INSTITUTO
BRASILEIRO DE
CIÊNCIAS
CRIMINAIS

REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

Publicação Oficial do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais.

INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

Rua Tabatinguera, 140, 2.º andar, salas 206 e 207

CEP 01020-901 - São Paulo, SP — Tels.: (011) 604-1653 e 605-7724

Composição no biênio 95/96 — **Presidente:** Alberto Zacharias Toron; **1.º Vice-Presidente:** Luiz Carlos Betanho; **2.º Vice-Presidente:** Sérgio Salomão Shecaira; **1.º Secretário:** Alberto de Oliveira Andrade Neto; **2.º Secretário:** Tatiana Viggiani Bicudo; **3.º Secretário:** Roberto Podval; **Tesoureiro:** Marcos Roberto Alexander; **Tesoureiro Adjunto:** Hélio Alejandro Nogués Moyano.

Trimestral — ANO 3, número 11, JUL.-SET/95

Diretor: Carlos Vico Mañas.

Conselho diretivo: Adauto Alonso Silvinho Suannes; Alvaro Busana; Antonio Magalhães Gomes Filho; Belisário Santos Júnior; Carlos Vico Mañas; David Teixeira de Azevedo; Dyrceu Aguiar Dias Cintra Jr.; Fauzi Hassan Choukr; Luciana Ferreira Leite Pinto; Márcio Orlando Bártoli; Maurício Zanoide de Moraes; Maurides de Melo Ribeiro; Messias José Lourenço; Ranulfo de Melo Freire; Roberto Delmanto Júnior; Roberto Maurício Genofre; Rui Stoco; Sérgio Mazina Martins; Sérgio Salomão Shecaira; Tatiana Viggiani Bicudo.

Secretário Geral: Messias José Lourenço.

Diretores convocados: Alberto Silva Franco; José Henrique Pierangelli; Luiz Flávio Gomes; Luiz Regis Prado; Maria Tereza de Assis Moura; Miguel Reale Júnior.

Diretoria Adjunta: Antonio Carlos de Castro Machado, Antonio Carlos Franco, Antonio Celso Aguillar Cortez, Angélica de Maria Mello de Almeida, Berenice Maria Gianella, David Teixeira de Azevedo, Edson Torihara, Eliana Passarelli, José Carlos de Oliveira Robaldo, José Silva Junior, Laís Helena Domingues de Castro Pachí, Luíza Nagib Eluf, Luiz Antonio Marrey, Luiz Fernando Vaggioni, Luiz Flavio Borges D'Urso, Leonidas Ribeiro Scholz, Maria Lucia R. C. Pizzotti Mendes, Mario de Oliveira Filho, Oswaldo Henrique Duek Marques, Roberto Barioni, Sergio de Oliveira Medici, Silvia Helena Furtado, Sylvia Helena Steiner Malheiros, Sonia Rao, Tabajara Novazzi Pinto.

Colaboradores permanentes

Nacionais — Ada Pellegrini Grinover, Adriano Marrey, Ana Lúcia Sabatel, Antonio Carlos Barandier, Antonio Carlos Penteado de Moraes, Antonio Luiz Chaves Camargo, Antonio Nabor Areias Bulhões, Antonio Scarance Fernandes, Ariosvaldo de Campos Pires, Celso Limongi, Damásio Evangelista de Jesus, Dante Busana, Dirceu de Mello, Edmeu Carmesini, Edmundo de Oliveira, Ercilio Cruz Sampaio, Ester Kosowsky, Evandro Lins e Silva, Evaristo de Moraes Filho, Fernando da Costa Tourinho Filho, Francisco de Assis Toledo, Geraldo Faria Lemos Pinheiro, Geraldo Batista de Siqueira, Gilberto Passos de Freitas, Hermes Vilchez Guerrero, Herminio Alberto Marques Porto, Ivete Senise Ferreira, Jair Leonardo Lopes, James Tubenchlak, João José Caldeira Bastos, João Marcello de Araujo Junior, João Mestieri, José Adriano Marrey Neto, José Carlos Dias, José Renato Nalini, Juarez Tavares, Julio Fabbrini Mirabete, Leonardo Isaac Yarochelovsky, Licínio Leal Barbosa, Luiz Carlos Fontes de Alencar, Lufs Francisco da Silva Carvalho Filho, Luiz Luisi, Luiz Vicente Cernicchiaro, Maria Lucia Karan, Mauricio Kuehne, Nilo Batista, Nilzardo Carneiro Leão, Norma Kiriakos, Odone Sanguiné, Paulo Costa Manso, Paulo Lucio Nogueira, René Ariel Dotti, Ricardo Antunes Andreucci, Rogério Lauria Tucci, Sebastião da Silva Pinto, Sérgio Marcos de Moraes Pitombo, Sidnei Agostinho Beneti, Vicente Greco Filho, Volney Corrêa Leite de Moraes Jr., Weber Martins Batista.

Estrangeiros — Antonio Garcia Pablos de Molina, Benigno Rojas Via, Bernardo del Rosal Blasco, Carlos Gonzalez Zorrilla, Carlos M.º Romeo Casabona, Edmundo Hendler, Elio Morselli, Esther Gfmenez-Salinas I Colomer, Eugenio Raul Zaffaroni, Fernando Santa Cecília Garcia, Jorge de Figueiredo Dias, Jose Cerezo Mir, Juan Bustos Ramfrez, Luiz Fernando Niño, Manuel de Rivacoba Y Rivacoba, Ma. Paz Arenas Rodrigañez, Milton Cairoli Martinez, Norberto Spolansky, Pilar Gomez Pavon, Raul Cervini, Roberto Bergalli.

Representante na Espanha — William Terra de Oliveira

Entidades Colaboradoras: Instituto Manoel Pedro Pimentel e International Center of Economic Penal Studies — ICEPS

Reserva de todos os direitos de acordo com a lei.

As opiniões expressas nos artigos responsabilizam apenas os autores.

EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS LTDA.

Rua Conde do Pinhal, 80 — Caixa Postal 678 — Tel. (011) 607-2433 — Fax (011) 607-5802
CEP 01501-060 — São Paulo, SP, Brasil

CENTRO DE ATENDIMENTO AO LEITOR: (011) 607-2433

Digitação e Diagramação eletrônica: CHC INFORMÁTICA S/C LTDA., Rua Tabatinguera, 140, Térreo Loja 2 — Tel. (011) 607-2297 — Fax (011) 606-3772 — CEP 01020-901 — São Paulo, SP, Brasil — **Impressão:** EDITORA PARMA LTDA., Av. Antônio Bardella, 280 — Tel. (011) 912-7822 — CEP 070220-20 — Guarulhos, SP, Brasil.

Impressu no Brasil

APRESENTAÇÃO

Atentos à crescente intervenção penal no campo econômico, em suas mais variadas formas (tutela da ordem econômica, das divisas nacionais, do sistema financeiro, da arrecadação tributária, das relações de consumo etc.), estaremos promovendo o *Seminário Internacional de Direito Penal Econômico*, nos dias 25 a 27 de setembro de 1995, na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, com a participação dos professores Klaus Tiedemann, René Ariel Dotti, Cezar Roberto Bitencourt, Edmundo S. Hendler, Francisco Muñoz Conde, Miguel Reale Júnior, Arnaldo Malheiros Filho, Jorge de Figueiredo Dias, Damásio Evangelista de Jesus, Luiz Vicente Cernicchiaro, João Marcelo de Araújo Júnior e Raúl Cervini.

Com essa mesma motivação o 11.º número da *Revista Brasileira de Ciências Criminais* foi concebido. Nele, selecionamos quatro artigos doutrinários estrangeiros, elaborados pelos professores Francisco Muñoz Conde, Klaus Tiedemann, Raul Peña Cabrera e Raúl Cervini, que trazem visão bastante interessante sobre a tutela da ordem socioeconômica em países como a Espanha, a Alemanha e a Argentina.

Entre nós, foram doze os artigos escolhidos, todos versando sobre temas abrangidos pelo denominado *Direito Penal Econômico*. Os autores, em ordem alfabética, são os seguintes: Alberto Zacharias Toron, Antonio Claudio Mariz de Oliveira, Carlos Alberto da Costa Dias, César de Faria Júnior, Cezar Roberto Bitencourt, Damásio Evangelista de Jesus, João Marcelo de Araújo Júnior, Luiz Flávio Gomes, Luiz Vicente Cernicchiaro, René Ariel Dotti, Rui Stoco e William Terra de Oliveira.

Preocupados em manter a *Revista* próxima à realidade daqueles que lidam diuturnamente com o Direito Penal, ao lado de parecer de autoria de José Carlos Dias e de trabalho de Arnaldo Malheiros Filho, foi trazida à colação jurisprudência das mais variadas Cortes brasileiras: três decisões foram comentadas, por Antonio Carlos da Gama Barandier, Luiz Flávio Gomes e Márcio Lauria Filho em co-autoria com Maurício Zanoide de Moraes; Alberto Silva Franco, Luiz Carlos Betanho e José Silva Júnior organizaram inúmeros julgados; quatro acórdãos, tendo em vista a sua importância, foram transcritos na íntegra.

Por fim, decidimos incluir, ainda neste número, os principais diplomas legais pátrios que tratam, de uma maneira ou de outra, de matérias atinentes ao *Direito Penal Econômico*.

Agradecendo a todos que colaboraram para a publicação deste número, esperamos que os subsídios por eles trazidos contribuam para o estudo e o aperfeiçoamento desse importante e atual ramo do direito.

O CONSELHO DIRETIVO

Prezentazione

Attenti al aumento dell'intervenzione penale nel campo economico nei sue varie forme, promuoveriamo lo *Seminario Internazionale di Diritto Penale Economico*, nei 25-27 settembre, 1995, alla Facoltà di Diritto della Università di São Paulo, con la partecipazione dei giuristi brasiliani ed stranieri specializzate nel diritto economico penale.

Questa é propriamente la motivazione del numero 11 della *Rivista*, ne il lettore troverà articoli, commentarie giurisprudenziale e tutta la legislazione riferita.

Vogliamo anché ringraziare tutte le collaborazione ricevute, sempre con la speranza di fornire un materiale di rilievo per questo importante campo del diritto.

Avant-Propos

La prèoccupation avec la croissante intervention pénale dans l'ordre économique en ses plusieurs formes, est la raison d'être du *Seminaire International sur Droit Pénal Économique*, que va se passer dans la Université de Sao Paulo, Faculté de Droit, au 25 jusqu'au 27 septembre 1995, où seront reunis des grands specialistes brésiliens et d'ailleurs.

Car, le numero 11 de la *Revue* a ètè conçu, où sera possible trouver des articles, analyse de jurisprudence et toute législation concernent.

Le conseil éditorial veut aussi remercier la collaboration reçue et croit que cette publication pourra aider au aperfeccionement des recherches juridiques.

Presentación

Atentos a la creciente intervención penal nel campo economico con sus variadas formas, promoveremos nel septiembro, 25-27, el *Seminario Internacional de Derecho Penal Economico*, junto a la Facultad de Derecho de la Universidad de San Pablo, con la participación de grandes juristas brasileños e estranjeros.

Lo numero 11 és concebido con el intento de ofrecer al lector artigos, analisis de jurisprudencia y la completa legislación referente a la materia.

Al final, agradecemos toda la colaboración que possibilitò esa edición que, deseamos sea util a todos los operadores del derecho.

Foreword

The continuous growing criminal intervention on economic area, is the raison of the International Seminary of Criminal Economic Law, at São Paulo Law School, on 25-27 september 1995, where will may be found the greatest brazilians and foreign reserches.

This is also the subject of number 11, wich contains articles, jurisprudencial analysis and the complete legislation linked to the Seminary.

We would like to thank all colaboration sent, and we strongly hope this job can contribue anyway to increase the interest in this matter.

SUMÁRIO

1. DOUTRINA INTERNACIONAL

Princípios politicocriminais que inspiram el tratamiento de los delitos contra el orden socioeconómico en el proyecto de Código Penal Español de 1994 — FRANCISCO MUÑOZ CONDE	7
Responsabilidad penal de personas jurídicas y empresas en derecho comparado — KLAUS TIEDEMANN	21
El bien jurídico en los delitos económicos (con referencia al Código Penal Peruano) — RAUL PEÑA CABRERA	36
Macrocriminalidad económica — Apuntes para una aproximación metodológica — RAÚL CERVINI	50

2. DOUTRINA NACIONAL

Aspectos penais da proteção do consumidor — ALBERTO ZACHARIAS TORON	80
Reflexões sobre os crimes econômicos — ANTONIO CLAUDIO MARIZ DE OLIVEIRA	91
Apropriação indébita em matéria tributária — CARLOS ALBERTO DA COSTA DIAS	101
Crime previdenciário — CÉSAR DE FARIA JÚNIOR	113
Princípios garantistas e a delinquência do colarinho branco — CEZAR ROBERTO BITENCOURT	118
Natureza jurídica dos crimes contra as relações de consumo — DAMÁSIO EVANGELISTA DE JESUS	128
Os crimes contra o sistema financeiro no esboço de nova parte especial do Código Penal de 1994 — JOÃO MARCELLO DE ARAÚJO JÚNIOR	145
Sobre a impunidade da macro-delinquência econômica desde a perspectiva criminológica da teoria da aprendizagem — LUIZ FLÁVIO GOMES	166
Direito Penal Tributário — Observações de aspectos da Teoria Geral do Direito Penal — LUIZ VICENTE CERNICCHIARO	175
A incapacidade criminal da pessoa jurídica (Uma perspectiva do direito brasileiro) — RENÉ ARIEL DOTTI	184
Abuso do poder econômico e sua repressão (mecanismos penais e administrativos) — RUI STOCO	208
Algumas questões em torno do novo Direito Penal Econômico — WILLIAM TERRA DE OLIVEIRA	231

3. PARECERES

Sigilo bancário — Quebra — Requisições da Receita Federal e do Ministério Público — JOSÉ CARLOS DIAS	240
--	-----

4. JURISPRUDÊNCIA

4.1 Jurisprudência Comentada

Acusações genéricas, responsabilidade penal objetiva e culpabilidade nos crimes contra a ordem tributária — LUIZ FLÁVIO GOMES	245
---	-----

Sonegação fiscal — Denúncia ofertada antes do encerramento de procedimento fiscal — Impossibilidade jurídica do pedido — ANTONIO CARLOS DA GAMA BARANDIER	252
A extinção da punibilidade na Lei 8.137/90 — Extra-atividade e oportunidade — MÁRCIO LAÚRIA FILHO e MAURÍCIO ZANOIDE DE MORAES	254

4.2 Jurisprudência Recente

Código do Consumidor — Denúncia — Consórcio — Publicidade enganosa — STJ — HC 2.553-9 — MG — 6.ª T. — J. 29.8.94 — Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro	262
Lei dos crimes contra a Ordem Econômica, Tributária e contra as Relações de Consumo (Lei 8.137/90) — Negativa ou omissão em fornecer nota fiscal de venda de mercadoria ou prestação de serviços (art. 1.º, V, 1.ª parte) — Consumação — TJSP — HC 167.876-3/7 — 5.ª C. — J. 21.7.94 — Rel. Des. Djalma Lofrano	270
Lei dos crimes contra o Sistema Financeiro Nacional (Lei 7.492/86) — Circulação com substancial quantidade de dólares americanos — Atipicidade — Inteligência do art. 22, <i>caput</i> , da referida lei — TRF 3.ª R. — Ap. em MS 90.03.24761-7 — 1.ª T. — J. 14.6.94 — Rel. Juiz Sinval Antunes	274
Sonegação Fiscal — Parcelamento da dívida — Extinção da punibilidade — STJ — HC 3.973-6 — RS — 6.ª T. — J. 12.12.94 — Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro	277

4.3 Jurisprudência Organizada

4.3.1 Código de Defesa do Consumidor — JOSÉ SILVA JÚNIOR	281
4.3.2 Crimes contra a Ordem Tributária, Econômica e contra as Relações de Consumo — ALBERTO SILVA FRANCO e LUIZ CARLOS BETANHO	287
4.3.2.1 Crimes contra a Ordem Tributária e Econômica (Leis 8.137/90 e 8.176/91)	287
4.3.2.2 Omissão de recolhimento de contribuições previdenciárias (Leis 8.212/91, 8.620/93 e 8.866/94)	307
4.3.2.3 Crimes contra as relações de consumo (Leis 8.137/90 e 1.521/51)	315
4.3.3 Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional (Lei 7.492/86) — LUIZ CARLOS BETANHO	341

5. TRABALHOS FORENSES

"Habeas Corpus". Consórcio. Empréstimo vedado. Erro de proibição — ARNALDO MALHEIROS FILHO	346
--	-----

6. LEGISLAÇÃO

— ABUSO DO PODER ECONÔMICO (Lei 8.884, de 11.6.94)	371
— CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR (Lei 8.078, de 11.9.90) Arts. 61 a 80	384
— CRIMES CONTRA A ECONOMIA POPULAR (Lei 1.521, de 26.12.51) Arts. 1.º a 11 e 33 a 34	386
— CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA, ECONÔMICA E RELAÇÕES DE CONSUMO (Lei 8.137, de 27.12.90)	389
Lei 8.176, de 8.2.91	393
— CRIMES CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO (Lei 7.492, de 16.6.86)	393
— INFRAÇÕES ATENTATÓRIAS CONTRA OS DIREITOS DO CONSUMIDOR (Lei 8.002, de 14.3.90)	396
— INTERVENÇÃO NO DOMÍNIO ECONÔMICO (Lei Delegada 4, de 26.9.62)	397
— NORMAS PARA A DEFESA DA CONCORRÊNCIA (Lei 8.158, de 8.1.91)	400

PRINCIPIOS POLITICOCRIMINALES QUE INSPIRAN EL TRATAMIENTO DE LOS DELITOS CONTRA EL ORDEN SOCIOECONÓMICO EN EL PROYECTO DE CODIGO PENAL ESPAÑOL DE 1994*

FRANCISCO MUÑOZ CONDE

Prof. Catedrático de Derecho penal,
Universidad de Sevilla (España)

1. Desde hace algunos años, no más de 10 ó 15, en España, se viene realizando un esfuerzo doctrinal importante por agrupar sistemáticamente y analizar como un "corpus" teórico unitario toda la regulación jurídica del sector económico, solicitándose la creación de un Derecho Económico,¹ en

el que la parte penal, el Derecho Penal

* Originariamente este trabajo fue escrito para el Homenaje que se tributó al Prof. Klaus Tiedemann en Madrid en octubre de 1992 con motivo de la concesión del doctorado "honoris causa" por la Universidad Autónoma de Madrid. Luego ha aparecido en versión alemana en: "Bausteine des europäischen Wirtschaftsstrafrechts, Madrid-Symposium für Klaus Tiedemann", ed. por Bernd Schünemann y Carlos Suarez González, Carl Heymanns Verlag KG, Köln, Berlin, Bonn, München, 1995, pp. 61 y ss., con el título *Begriff und Reform des Wirtschaftsstrafrechts in Spanien*. La versión original tomaba como punto de partida el Proyecto de Código penal español de 1992. Ahora ha sido reelaborada especialmente para este Congreso, tomando como referencia el Proyecto de 1994, que difiere en algunas cuestiones puntuales del de 1992, pero manteniendo las mismas ideas básicas.

1. El Derecho Económico, como rama autónoma del Ordenamiento jurídico, es producto de la preocupación que suscitó entre las dos Guerras Mundiales la proliferación de la actividad legislativa y reglamentaria estatal en el ámbito económico, como consecuencia

de la intervención creciente del Estado en el economía, disciplinando o ejerciendo actividades que anteriormente se habían desarrollado entre los particulares, sin ningún tipo de ingerencia estatal. En España, fuera de los supuestos excepcionales a que dio lugar la Guerra civil, no hubo una regulación de este sector jurídico hasta bien entrados los años 60, pero es sobre todo a partir de la aprobación de la Constitución de 1978 y ante la necesidad de marcar los límites de la intervención estatal en el marco económico en ella establecido, cuando se plantea la necesidad de acotar este sector de la realidad jurídica con criterios claros y precisos; se habla así, por ej., de una "Constitución económica", en relación concretamente con la interpretación de los conceptos y preceptos de carácter económico contenidos en la Constitución; véase, por ej., el artículo de Font Galán, "Notas sobre el modelo económico de la Constitución", en *RDM* 152/205 y ss., 1979; o el de Morisi, "Aspectos esenciales de la relación entre Estado y Economía en una Constitución en crisis", en *La Constitución española de 1978*, estudio sistemático dirigido por los profesores Pradier y García de Enterría, Madrid 1980, pp. 361 e ss. El Derecho económico, como rama autónoma del Ordenamiento jurídico está también asumido en la doctrina alemana, si bien hay algunas voces críticas contra su hipervaloración, véase, por ej., el artículo de Nahamowitz, "Wirtschaftsrecht im Organisierten Kapitalismus", en *Kritische Justiz*, 14/55 y ss.

Económico sería su culminación.²

La preocupación por la delincuencia económica viene, sin embargo, de más lejos, y adquirió carta de naturaleza en la Criminología desde que a finales de los años treinta el sociólogo norteamericano Sutherland acuñó la expresión "white-collar-criminality" para describir la delincuencia característica realizada por los sectores económicos más poderosos al amparo de poder y de las relaciones que ello les supone.³

Desde entonces la delincuencia económica ha ido ocupando un espacio cada vez mayor en los manuales y tratados de Criminología, sin que, sin embargo, se sepa muy bien cuáles son sus contornos y límites o sus principales rasgos definitorios.

2. Este Derecho Penal Económico no es mas que la consecuencia penal de la situación descrita en la nota anterior. Normalmente, la regulación de la intervención del Estado en la economía ha ido acompañada por preceptos de carácter penal, bien en las mismas leyes económicas, bien en leyes penales especiales o en el propio Código Penal. Sin embargo, la preocupación por darle en tratamiento dogmático autónomo a este sector del Derecho Penal es relativamente reciente y se debe fundamentalmente a los trabajos que ha dedicado al tema Klaus Tiedemann, recogidos en buena parte en su *Wirtschaftsstrafrecht und Wirtschaftskriminalität*, dos volúmenes aparecidos en 1976. En España, fue pionero el trabajo de Bajo Fernandez, "El Derecho Penal Económico", en *Anuario de Derecho Penal*, 1973, pp. 91 y ss., que es hasta ahora el autor español que mas se ha esforzado en el estudio de este sector del Derecho Penal. Para mas detalles véase Tiedemann, "El concepto del Derecho Económico, del Derecho Penal Económico y de delito económico", en *Cuadernos de Política Criminal*, 1986, pp. 65 e ss.; también del mismo, *Leciones de Derecho Penal Económico*, Barcelona 1993, pp. 31 y ss.; y *Poder económico y delito*, Barcelona 1985.

3. Cf. Sutherland, "White-Collar-Criminality", en *American Sociological Review*, 5/7 y ss., 1940.

Desde luego, si se utiliza como punto de referencia la personalidad de sus actores, no parece que tales delincuentes tengan especiales connotaciones o características somáticas o psíquicas que los hagan más susceptibles de llegar al delito. Tampoco el poder económico como tal lleva necesariamente aparejado la comisión de delitos, por más que ciertamente las posiciones de predominio en el mercado y una cierta impunidad que siempre proporciona el poder, favorecen de algún modo la comisión de ciertos abusos que pueden revestir los caracteres de delito.

En todo caso, en el Derecho Penal moderno, delincuente es el que comete un delito y no el que procede de un medio social determinado y tiene determinadas connotaciones personales.

El concepto de "delincuencia económica" tiene, pues, que estar vinculado al de "delito económico", que es, en definitiva, el único capaz de dar autonomía a la parte del Derecho y concretamente del Derecho Penal que de él se ocupa.

Sentadas así las premisas conceptuales sobre las que debe descansar el Derecho Penal Económico, veamos ahora cuáles son las dificultades principales que este sector del Derecho Penal presenta en la actualidad.

2. Lo primero que hay que destacar es la ausencia de una regulación jurídica unitaria sistemáticamente de este sector que se ha dado en llamar "delincuencia económica". Ello se debe sobre todo a la imprecisión y vaguedad de su objeto jurídico, que algunos reconducen a un vago interés en el equilibrio del sistema económico: a un genérico orden público económico.

Un sector doctrinal intenta salvar este escollo reservando el Derecho penal económico a la protección del orden económico en sentido estricto, es decir, a aquella parte del orden económico dirigida o intervenida directamente por

el Estado. El orden económico así entendido no sería otra cosa que la intervención directa del Estado en la relación económica, como un sujeto de primer orden imponiendo coactivamente una serie de normas y planificando el comportamiento de los distintos sujetos económicos. Para la protección de este orden económico en sentido estricto surgirían el delito fiscal, los delitos monetarios y de contrabando y los delitos que afectan a la determinación y formación de los precios. En todos ellos, el objeto de protección sería una determinada forma de intervención del Estado en la economía, bien recaudando impuestos, bien disciplinando el mercado de capitales, las transacciones internacionales o la formación de los precios. A poco más se extiende hoy la intervención directa del Estado en la economía, y a poco más se extendería el Derecho penal económico del que tanto se habla.

Desde luego poco hay que decir contra este entendimiento del Derecho Penal económico, que le da una concreción y unos límites conceptuales bien definidos y precisos. Actualmente, nadie discute que el Estado debe intervenir en la economía, no tanto en sustitución de la iniciativa privada, como controlándola y corrigiendo sus excesos, y, en todo caso, redistribuyendo la riqueza a través de una política fiscal que le permita también adquirir su propio patrimonio destinado a la realización de actividades caracterizadas más por su rentabilidad social que económica (transporte, sanidad, educación etc.). Lo que originariamente o por lo menos desde el prisma del liberalismo económico capitalista, se consideraba como una anomalía o una cuestión excepcional, se considera hoy algo absolutamente normal, sin lo que ni siquiera la economía de mercado podría sobrevivir.

En este sentido, basta recordar los arts. 128.2 y 131.1 de la Constitución

que reconocen la iniciativa pública en la actividad económica y la facultad del Estado para planificar la actividad económica, respectivamente, además de otros preceptos constitucionales que obviamente reconocen el poder tributario del Estado, su intervención en determinados sectores económicos etc.

Pero inmediatamente surge como una insatisfacción cuando se reduce el famoso Derecho Penal Económico a sectores tan peculiares y concretos de la vida económica de un país.

¿Qué pasa con los fraudes a los consumidores, con las grandes estafas, con las grandes quiebras y los escándalos financieros? ¿No es esto también Derecho Penal Económico? ¿No es precisamente esto lo que ha hecho surgir la preocupación por este sector del Derecho Penal tanto en la Criminología, como en la opinión pública y los medios de comunicación? ¿No podría acotarse un sector del Derecho Penal que incluyera también y diera un tratamiento autónomo a todas las infracciones delictivas que tuvieran que ver con la actividad económica?

El fruto de estas inquietudes y cuestiones no se ha hecho esperar y pronto surgió en el panorama científico europeo un Derecho penal económico en sentido amplio, un *Wirtschaftsstrafrecht*, un "Droit penal des affaires", un "Diritto penale della impresa", con afán de abarcar toda la criminalidad relacionada con la economía.

Para ello se necesitaba un orden económico en sentido amplio que sirviera como aglutinante factor común o, si se prefiere, como bien jurídico autónomo de esta nueva rama del Derecho Penal. Y así se encontró o se creyó encontrar en la regulación jurídica de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios, una clave que permitiría englobar todas las infracciones delictivas que tuvieran que ver con el mundo de la economía.

El nuevo Derecho Penal económico ganaba así en importancia cuantitativa, todo lo que perdía en precisión conceptual.

¿Serían también a partir de ahora el hurto o el robo un delito económico? La propiedad privada, bien jurídico directamente afectado por estos delitos, es, no cabe duda y ahí está para demostrarlo el art. 33 CE, el fundamento del orden económico capitalista y de la economía de mercado que reconoce el art. 38 CE, pero ¿deben, por ello, incluirse los delitos que la afectan entre los delitos económicos?

¿Deben considerarse también delito económico la estafa de poca cuantía, el timo de la estampita, el alzamiento de bienes de un deudor no comerciante frente a sus pocos acreedores, la apropiación indebida del cajero de una empresa privada, la venta de alimentos adulterados o la falsificación de una letra de cambio para conseguir un crédito bancario?

Con una extensión tan desmesurada del concepto de delito económico y, en consecuencia, del Derecho Penal Económico, se corre el peligro de perder cualquier posibilidad de delimitar esta nueva rama del Derecho Penal y en todo caso de identificar un bien jurídico común a todas y cada una de las diversas infracciones delictivas. Se corre además el peligro de diluir en el Derecho Penal Económico el ya muy bien delimitado Derecho Penal Patrimonial que regula las infracciones delictivas de las relaciones patrimoniales de carácter privado, o de duplicar estas infracciones y convertirlas en delitos económicos cuando además de un bien jurídico patrimonial individualizado lesionan o ponen en peligro, en segundo término la regulación jurídica de la producción, distribución y consumo de bienes o servicios.

Una estafa podría ser, con este criterio, también un delito económico,

cuando, además de todos los elementos conceptuales propios de este delito patrimonial, incidiera en una pluralidad de perjudicados o produjera un grave perjuicio económico. Una insolvencia sería un delito económico cuando, además del perjuicio del derecho de crédito concretamente conculcado, por su magnitud incidiera negativamente en el orden crediticio bancario o tuviera grandes repercusiones en la economía nacional.

Se confundiría así, a mi juicio, lo que puede ser un factor determinante en la agravación de la pena con un elemento conceptual de un pretendido delito económico, sin que por ello se obtuviera a cambio ninguna ventaja técnica o política, salvo la demagógica o snobista que subyace a muchas de estas construcciones dogmáticas.

Como creo haber demostrado en mi crítica al famoso Título VIII del Proyecto de Código Penal de 1980 dedicado a la regulación de los delitos socioeconómicos, la elephantiasis a que la actitud megalómana, sin duda bienintencionada, de sus redactores condujo, hubiera llevado en la práctica a la esterilidad e ineficacia de toda la regulación que se preconizaba, no sólo por sus insuficiencias técnicas, sino, porque pretendiendo abarcarlo todo, se diluía en puro voluntarismo ideológico incapaz de transformar la realidad económica que le subyacía.

Tampoco mejor opinión merece la regulación de la materia que ofrecía la Propuesta de Anteproyecto de nuevo Código Penal de 1983, si bien ésta reducía sensiblemente la regulación a delitos más relacionados con el orden económico en sentido estricto.

No puede negarse, sin embargo, la necesidad de regular específicamente la incidencia de algunos delitos patrimoniales clásicos en bienes jurídicos colectivos de carácter económico, como el crédito, los intereses de los consumidores etc. Pero quizás ello pueda conse-

guirse más fácilmente reformando o retocando algunos de estos delitos patrimoniales como la estafa o la apropiación indebida, configurando algún tipo delictivo como delito de peligro concreto como la estafa de crédito, o dándole una configuración especial a aquéllos que se producen en el seno de las sociedades mercantiles; pero de ahí a querer configurar todo un capítulo o título autónomo dentro de un nuevo Código Penal, con delitos tan distantes entre sí como los laborales, las infracciones de la propiedad industrial, los delitos financieros, los relativos a la ordenación del territorio, las insolvencias punibles, la sustracción o daño de una cosa propia de utilidad social, hay un largo trecho que sólo la demagogia o el voluntarismo jurídico pueden querer salvar.

A mi juicio, se trata, ante todo y sobre todo, de colmar escandalosas "lagunas de punibilidad" que todavía las hay y en sumo grado en este ámbito de la delincuencia, pero no de exasperar las cuestiones de sistemática y autonomía con criterios poco precisos y definidos. Si con la reforma de los delitos patrimoniales ya existentes se consiguen colmar esas lagunas, miel sobre hojuelas; si además fuera preciso crear algún tipo delictivo de nuevo cuño, hágase, pero no se pierda de vista nunca la identificación de un bien jurídico determinado y la tipificación del comportamiento que pueda afectarle con una técnica legislativa que permita la incriminación penal sólo del comportamiento doloso o, en casos excepcionales, imprudente que lesione efectivamente o por lo menos ponga en peligro concreto el bien jurídico previamente identificado.

Lo contrario supondría una funcionalización inadmisibles del Derecho Penal y la pérdida por parte de éste de su carácter de *ultima ratio*, es decir, del principio de intervención mínima que en ésta, como en las demás materias

reguladas por el Derecho Penal, debe ser el principio básico inspirador de una eficaz y correcta política criminal. No le pidamos al Derecho Penal más de lo que en cada momento histórico tiene que cumplir o puede racionalmente ofrecer.

3. Las críticas que se dirigieron contra el tratamiento autónomo de los delitos contra el orden socioeconómico en el Proyecto de 1980 y en la Propuesta de 1983, motivaron una regulación diferente de esta materia tanto en el Proyecto de 1992, como en el de 1994, que actualmente se debate en el Parlamento y que puede convertirse en el nuevo Código penal, si los avatares políticos no impiden una vez mas su definitiva aprobación y entrada en vigor, prevista para mediados de 1996.

Este Proyecto de Código Penal se caracteriza en esta materia, en primer lugar, por haber excluido de su regulación los llamados delitos económicos en sentido estricto, es decir, los delitos contra la Hacienda Pública, llegando en este punto incluso más lejos que el Código Penal vigente, que tras la reforma de 1985 regula el delito fiscal y la estafa de subvenciones. Quizás haya sido la escasa eficacia de la actual regulación, unida a las presiones del Ministerio de Hacienda, las que han movido al Ministerio de Justicia a desterrar estos delitos del texto del Proyecto, dejándolos para una ley especial que deberá aprobarse paralelamente al Código Penal para evitar un vacío legal.

Igualmente, se siguen manteniendo fuera de Proyecto de Código Penal los delitos de contrabando y los monetarios, que sí se incluían en el Proyecto del 80 y en la Propuesta del 83.

Desde luego, la remisión de estas materias a una ley especial es una decisión meramente técnica; pero no deja de ser paradójico que en un Código Penal que tiene una vocación de regu-

lación omnicomprendiva de todo el problema penal y que acoge en su seno delitos antes dispersos en leyes especiales, como los de caza y pesca y uso ilícito de energía nuclear, no incluya los delitos que más caracterizan la intervención del Estado en la economía y más trascendencia social y económica tienen. Las razones de coyunturalidad y mayor movilidad de estos delitos no justifican, a mi juicio, su apartamiento de las previsiones del Código Penal ordinario. Por un lado, porque, se insinúa su carácter artificial, negándoles su verdadera naturaleza penal, lo que, como ha demostrado recientemente Cadoppi, no está muy de acuerdo con los "Kulturformen" y la sensibilidad social del momento presente. Por otro, porque hay el peligro de que se conviertan en infracciones puramente formales, cuya única diferencia con las infracciones administrativas sería la puramente cuantitativa, perdiendo la referencia al bien jurídico protegido o convirtiéndolo en un criterio secundario, sustituyendo así el principio de ofensividad por el de desobediencia, lo que, como advierte Mantovani, convierte el delito en mera violación de un deber.

El resto de los delitos que, sin afectar directamente a la intervención del Estado en la economía, tienen un componente económico y que junto con los delitos económicos en sentido estricto se regulaban en el Proyecto de 1980 y en la Propuesta de 1983 en un Título autónomo bajo la rúbrica "De los delitos contra el orden socioeconómico", han perdido, en parte, esta autonomía, recogiendo la mayoría en el Título XII bajo la rúbrica "Delitos patrimoniales y contra el orden socioeconómico". Con ello se viene a reconocer tácitamente las dificultades existentes a la hora de distinguir unos delitos de otros y, en todo caso, la estrecha relación que los une.

No obstante, la nueva regulación que propone el Título XII del Proyecto de 1994 no deja de ser criticable, tanto por razones sistemáticas, como de contenido material de algunos tipos delictivos.

Es desde luego sorprendente que en la rúbrica del Título XII se mencionen conjuntamente a los delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico, y luego no se especifique cuáles corresponden a una u otra denominación. Con ello se viene a dar la razón a quienes nunca vieron con claridad que hubiera diferencias sustanciales entre ambos, tanto más si se tiene en cuenta que, según la doctrina mayoritaria, el patrimonio tiene un contenido económico que es, además, el elemento que lo diferencia de otros bienes jurídicos personales. Parece, pues, que la expresión "delitos contra el orden socioeconómico" no añade en verdad nada nuevo al contenido sustancial de los delitos patrimoniales tradicionales. También un hurto, unos daños o un robo pueden afectar a objetos de relevante importancia social, lo mismo que la estafa o las insolvencias punibles pueden afectar a múltiples perjudicados y producir un efecto negativo desde el punto de vista macroeconómico.

Sin embargo, en el Título XII se contienen nuevos delitos o delitos que en el Código Penal vigente se regulan de manera insuficiente y que bien podrían justificar esa nueva rúbrica. Este podría ser el caso con los relativos a la propiedad industrial, al mercado y a los consumidores (Capítulo XI).

La concepción tradicional de la propiedad industrial como propiedad especial, junto a la propiedad intelectual (cf. arts. 428 y 429 CC) había llevado a regular los delitos contra la misma como delitos patrimoniales clásicos, si bien de manera imprecisa y utilizando la técnica de las normas penales en blanco que de hecho condicionaban la persecución penal a lo dispuesto en

normas extrapenales. Pero modernamente se incluye este derecho dentro del derecho de la competencia, que abarca no sólo la propiedad industrial, sino también los derechos de los demás empresarios competidores y el de los consumidores y el público en general. Las insuficiencias de la regulación tradicional de la propiedad industrial se mostraban precisamente en la falta de protección de este segundo círculo de personas, cuya importancia socioeconómica es evidente. Los derechos de los consumidores y usuarios no son, desde luego, de naturaleza exclusivamente patrimonial, sino que, como reconoce el art. 51 de la Constitución tienen un componente socioeconómico cuya defensa corresponde a los poderes públicos.

Igualmente tienen un componente económico los delitos relativos a la formación de precios y el abastecimiento del mercado, o las prácticas restrictivas de la competencia, aunque en su regulación se observe un cierto voluntarismo jurídico. El Proyecto parte en esta materia de la idea típicamente liberal de la "libre concurrencia" como la fórmula ideal de formación de precios (art. 28), que hace ya tiempo que ha sido superada por una libre concurrencia funcional o relativa, en la que queda escaso margen para la iniciativa privada ahogada, en unos caos, por la Intervención del Estado y en otros, por los grandes grupos de presión (trust, monopolios, oligopolios etc.).

Aun así, parece loable que se sancionen gravemente, incluso con penas privativas de libertad, los ataques más graves a la economía de mercado, sobre todo en lo que ésta tiene de positiva al fomentar la iniciativa privada, elevando a la categoría de delitos sus lacras más evidentes, la tendencia al monopolio, o a concentrar la economía en unas pocas manos, en perjuicio de otros empresarios y, en definitiva, de los usuarios y público en general.

A este respecto, me gustaría citar las palabras de Adam Smith cuando dice en: *La riqueza de las naciones*, "raras veces se reúnen las gentes que ejercen el mismo negocio, ni siquiera por diversión o entretenimiento, pero cuando lo hacen, la conversación suele terminar en una confabulación contra el público o en algún acuerdo para elevar los precios".

Esperemos que con el nuevo Código Penal ya no sea tan fácil ésto, aunque tampoco podemos esperar que el Derecho Penal sea la panacea de las lacras inherentes al sistema económico de mercado; o que se pervierta su carácter de *ultima ratio* y con ello el principio de intervención mínima, atribuyéndole funciones que corresponden a otras ramas del Ordenamiento jurídico.

Una novedad importante, frente a los Proyectos anteriores, representa la regulación en este capítulo, y no en el de los delitos societarios, del llamado *insider trading* o abuso de información privilegiada en el mercado de valores. El art. 281 castiga con pena de prisión de 1 a 4 años y multa de 6 a 12 meses a "quien de forma directa o por persona interpuesta usare de alguna información relevante para la cotización de cualquier clase de valores o instrumentos negociados en algún mercado organizado, oficial o reconocido, a la que hubiera tenido acceso reservado con ocasión del ejercicio de su actividad profesional o empresarial, o la suministrarle obteniendo para sí o para un tercero un beneficio económico superior a 75 millones de pesetas o causando un perjuicio de idéntica cantidad". El precepto se inscribe en una tendencia similar existente en otros países del Mercado Común Europeo, como es el caso de la Ley italiana de 17.5.91, de sancionar penalmente el uso de información reservada en las operaciones de valores mobiliarios. Sin embargo, no existe unanimidad respecto a si tales

hechos deben ser sancionados penalmente, o sobre si deben ser extendidos a otros supuestos de uso de información privilegiada en otros ámbitos, como por ej. el político. En el Derecho actualmente vigente en España tenemos dos modelos: uno es la sanción puramente administrativa del uso de información privilegiada en el mercado de valores por personas que ejerzan actividades relacionadas con el mismo (art. 81, Ley Mercado de valores 1988);

El Proyecto de 1994 no sólo mantiene el abuso de información privilegiada cometido por funcionario o autoridad pública (art. 395), como delito contra la Administración pública, sino que castiga como delito contra el mercado el abuso de información por persona que la haya conseguido con ocasión del ejercicio de su actividad profesional o empresarial, lo que amplía enormemente las posibilidades de aplicación del nuevo precepto, que prevee además directamente penas privativas de libertad y multas, que conforme a lo dispuesto en el art. 282 pueden elevarse a 4 a 6 años de prisión y multa de 12 a 24 meses, cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias: 1.^a cuando los sujetos se dedicaren de forma habitual a tales prácticas abusivas; 2.^a cuando el beneficio obtenido sea de notoria importancia; 3.^a cuando se causare grave daño a los intereses generales.

Decididamente, el Proyecto adopta una postura claramente criminalizadora de prácticas que todavía aún en muchos países, incluido España, no pasan del ámbito de la infracción administrativa. En ello ha pesado, entre otras razones, el escándalo detectado en 1994 en el que se vió involucrado nada menos que el propio Gobernador del Banco de España, al que se acusa precisamente de haberse prevalecto de su puesto para especular en Bolsa y obtener enormes beneficios. De todas formas, no cabe duda de que el abuso de información

privilegiada atentan contra el principio de igualdad de oportunidades y contra la propia pureza de las leyes del mercado, bastión esencial de la economía capitalista. De ahí que claramente su criminalización obedezca a la necesidad de proteger uno de los principios básicos del orden económico, aunque la propia coyunturalidad del mercado de valores quizás haga aconsejable su regulación en leyes especiales.

Mas difícil veo la inclusión dentro de los delitos contra el orden socioeconómico de los llamados delitos societarios que siguiendo el ejemplo del Código Civil italiano se tipifican en el capítulo XIV del Título XII. Ciertamente, el Derecho de sociedades es un sector muy importante para la vida de un país, en la medida en que la mayoría de las actividades económicas relevantes se llevan a cabo en el seno de las sociedades mercantiles y principalmente de las anónimas o de responsabilidad limitada. Pero esto no quiere decir que automáticamente toda infracción delictiva que se cometa en el seno de las mismas y que esté relacionada con su actividad deba considerarse como un delito económico, cuya persecución penal requiera su tipificación expresa previa. Nada mas lejos de la realidad. La mayoría de los delitos societarios no son mas que falsedades documentales, estafas o apropiaciones indebidas que perfectamente pueden castigarse en base a los correspondientes tipos tradicionales de los delitos patrimoniales clásicos. Así, por ej., el art. 292 del Proyecto de 1994 castiga con la pena de prisión de 1 a 3 años y multa de 6 a 12 meses a los administradores de hecho o de derecho de una sociedad mercantil que falsearen las cuentas anuales u otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad, para causar un perjuicio económico a la misma, a algunos de sus socios, o a un tercero. Pero este mismo hecho puede

ser castigado, tanto en el Código penal vigente (art. 303), como en el mismo Proyecto (art. 369), como falsedad en documento mercantil, con una pena parecida, sin restricciones de ningún tipo, ni exigencia de ánimo de causar perjuicio alguno, que caso de que se de permitiría además la aplicación del correspondiente delito de estafa, en grado de tentativa o consumación. Lo mismo podemos decir respecto al abuso de firma en blanco previsto en el art. 294 del Proyecto.

Quizás la novedad mas importante en esta materia sea la tipificación expresa en el art. 297 del abuso de confianza por parte de los administradores que, en beneficio propio o de tercero, causaren un perjuicio a la sociedad o alguno de sus socios. El precepto viene a cubrir las lagunas que se derivan de la regulación tradicional del delito de apropiación indebida que, según un sector de la doctrina española, sólo castiga las conductas de apropiación, pero no las de gestión desleal o infidelidad en la utilización de los fondos sociales. Según esta tesis, el administrador que compra acciones del Banco con fondos del propio Banco, o que renueva indefinidamente los préstamos concedidos a sociedades o empresarios de escasa solvencia económica, que obtiene préstamos de la sociedad que administra o que hace que ésta le garantice deudas personales etc. no comete un delito de apropiación indebida, porque el art. 535 del Código Penal vigente y el art. 245 del Proyecto de 1994 exigen que el sujeto se apropie o distraiga las cantidades que administra (hay quien dice incluso que no cabe aplicar en ningún caso este delito cuando lo que se entrega es dinero). La fórmula del "abuso de confianza" vendría a resolver esta laguna de punibilidad que, sin duda, puede darse en algún caso; pero ello quizás sea a costa de dejar excesivamente imprecisa los límites de la nueva

conducta típica, que, obviamente en ningún caso, puede superponerse con los de la apropiación indebida.

De todos modos, la persecución penal de estos delitos societarios sale malparada, por cuanto el art. 297 del Proyecto condiciona su persecución a la presentación de querrela de los perjudicados o sus representantes legales, permitiéndose sólo la intervención del Ministerio Fiscal en el caso de incapaces, menores y ausentes o cuando se parece peligro para los intereses generales.

La mención en la rúbrica del Título XII, del orden socioeconómico pierde, finalmente, su escasa justificación cuando se regula en su seno los delitos contra los derechos de los trabajadores (Capítulo XIV). Aparte de que parece discutible entender la libertad y seguridad en el trabajo como un bien jurídico de carácter socioeconómico, carece completamente de sentido que se traigan a este lugar los delitos contra la higiene y seguridad laboral (art. 290), e incluso la discriminación laboral por razón de sexo, origen, estado civil, raza etc., (art. 288), que evidentemente nada tienen que ver con el orden socioeconómico. Sin embargo, la crisis fraudulenta de la empresa se sitúa entre las insolvencias punibles (art. 265, 2.º) y no se mencionan expresamente los fraudes a la Seguridad Social que, al parecer, igual que los delitos contra la Hacienda Pública, se dejan para su regulación en una ley especial.

Tras este rápido análisis de los grupos de delitos que más directamente pueden tener que ver con el término "Delitos contra el Orden socioeconómico" que se menciona en la rúbrica del Título XII del Proyecto de 1994, podemos resumir nuestras conclusiones provisionales diciendo que la mayoría de los delitos que se tipifican en dicho título, sigue respondiendo, en sus líneas esenciales, a la forma tradicional de tutela de los intereses patrimoniales; sólo en algunos

casos hay delitos que inciden directamente en un orden económico más amplio que el puramente patrimonial, debiendo incluirse en un título diferente autónomo o en otros títulos más apropiados.

4. Hay, todavía algunas cuestiones puntuales que por su aparición relativamente frecuente en la delincuencia relacionada con la actividad económica, tanto en sentido amplio, como estricto, merecen ser tratadas con alguna mayor precisión. Me refiero concretamente al problema de la irresponsabilidad de las personas jurídicas y el actuar en nombre de otro y al del error del autor del delito sobre los elementos que configuran el correspondiente tipo penal cuando éstos provienen de una normativa jurídica extrapenal a la que se remite expresamente la propia regulación penal. Estas cuestiones, sin duda generales del Derecho Penal, plantean en este sector algunas particularidades hasta el punto de haberse pedido una regulación específica de las mismas, distinta incluso de la que existe para el resto del Derecho Penal.

A) Respecto al primer problema, la frecuencia y facilidad para cometer delitos económicos en el ámbito de las sociedades mercantiles, especialmente de responsabilidad limitada y anónimas, explica que se haya pedido, por lo menos para este sector, la abolición del clásico principio "societas delinquere non potest".

Ya decía Bricola, en un trabajo sobre este tema publicado en 1970 que "el principio societas delinquere non potest" no tiene un valor ontológico, sino (que) es simplemente expresión de la fuerza de las leyes del poder económico; donde éstas no entran en juego el principio se desdibuja, como lo demuestran las varias tentativas de incriminar asociaciones de tipo político".

Y la verdad es que en el mundo jurídico anglosajón, menos dominado

por prejuicios conceptuales y dogmáticos, la responsabilidad penal de las personas jurídicas es un hecho poco discutido que se plantea con alguna frecuencia en las causas por delitos económicos.

El problema actualmente no se plantea, pues, tanto como una cuestión ontológica, sino como una necesidad políticocriminal que debe ser resuelta expresamente por el Ordenamiento jurídico de cada país en función de las premisas conceptuales dogmáticas de las que parte.

Desde el punto de vista de un Derecho Penal que en la configuración de la infracción delictiva parte de la acción humana, de la culpabilidad y de unos presupuestos psicológicos que sólo pueden predicarse de la persona física individual, se hace difícil admitir la responsabilidad penal de entes ficticios como son las personas jurídicas.

También el sistema de sanciones aplicables, penas o medidas, descansa en unos presupuestos psicológicos individuales, culpabilidad-peligrosidad, en función de las cuales se asigna al sistema de sanciones unas finalidades de prevención general o especial que difícilmente pueden lograrse en el ámbito de las personas jurídicas.

Pero esto no quiere decir que el ordenamiento jurídico en su conjunto deba permanecer impasible ante los abusos que a través de la persona jurídica se cometan y que, cuando esos abusos revistan los caracteres de delito, no pueda imponer consecuencias que específicamente incidan en la persona jurídica que sirvió de vehículo o instrumento para su comisión.

Hay que buscar, pues, la sanción adecuada a estos entes jurídicos, pura creación artificial del Derecho, que tan importante actividad despliegan en el actual mundo económico.

Personalmente, me parece bien que el actual Derecho Penal disponga de un

arsenal de medios específicos de reacción y control jurídico penal de las personas jurídicas. Claro que estos medios deben ser adecuados a la propia naturaleza de estos entes. No puede hablarse de penas privativas de libertad, pero sí de sanciones pecuniarias; no puede hablarse de inhabilitaciones, pero sí de suspensión de actividades o de disolución de actividades, o de intervención por parte del Estado. No hay, pues, por qué alarmarse tanto, ni rasgarse las vestiduras cuando se hable de responsabilidad penal de las personas jurídicas, sino simplemente ser conscientes de que únicamente se trata de elegir la vía adecuada para evitar los abusos que a su alrededor se realicen.

Otra cosa es que para mantener la pureza del lenguaje jurídico y la coherencia con las premisas conceptuales de las que se parte, no se equiparen las sanciones específicamente aplicables a las personas jurídicas con las que se imponen a las personas físicas, o que por lo menos se utilicen otros nombres o nomenclaturas distintas a las tradicionales penas y medidas de seguridad.

En este sentido, el Proyecto sigue el criterio acogido en la Propuesta de Anteproyecto de Código Penal de 1983, situando estas sanciones en el Título VII del Libro I, bajo la rúbrica "De las consecuencias accesorias", indicando así que el delito además de las penas y medidas de seguridad, puede tener otras consecuencias como las que en el art. 129 se prevén (clausura, disolución, prohibición de actividades etc.). Siu embargo, el Proyecto no acoge un precepto importante de la Propuesta, cuyo art. 137 permitía que el Tribunal decretara "la privación de los beneficios obtenidos por las personas jurídicas como consecuencia de los delitos o faltas cometidos en el ejercicio de su actividad por sus órganos o dependientes, en cuanto sea necesaria para cubrir las responsabilidades pecuniarias de

naturaleza civil de aquéllos, si sus bienes fueren insuficientes". Esta especie de confiscación del enriquecimiento injusto, sería una sanción eficacísima del lavado de dinero negro que es precisamente una de las actividades más nefastas de la actividad criminal de algunas personas jurídicas.

La responsabilidad penal, si bien matizada, de las personas jurídicas no excluye, claro está, la de las personas físicas que en calidad de órganos de las mismas actúan en su nombre o representación.

La verdad es que en ello nunca se ha visto un obstáculo legal o dogmático importante. Otra cosa son los problemas de prueba y las dificultades que a veces se dan para individualizar la actuación concreta de alguna persona física, directivo u órgano de la persona jurídica.

En el Derecho Penal moderno se había planteado, sin embargo, la imposibilidad de exigir la responsabilidad penal individual cuando el tipo de delito en cuestión exigiera en el sujeto activo unas cualidades o funciones personales que no se dan en la persona física, sino en la jurídica a la que aquélla representa. Así, por ej., el art. 520 exige que el sujeto activo del delito de quiebra fraudulenta sea el *quebrado*, es decir, el deudor comerciante declarado en quiebra de acuerdo con las previsiones del Código de Comercio, Y es claro que esta cualidad en caso de quiebra de por ej., una sociedad anónima, no puede ser comunicada a la persona física que actuó en nombre o representación de la sociedad. Para evitar la impunidad que ello puede suponer, cabe arbitrar diversos medios, pero siempre con el apoyo de una disposición legal expresa que permita atribuir *ex lege* a estas personas la cualidad exigida por el tipo en cuestión. No se trata, sin embargo, de crear artificialmente este procedimiento, sino, como destaca Gracia Martín, de buscar las bases fácticas que permitan

descubrir quién tiene el verdadero dominio y control de la sociedad. En este sentido debe ser interpretado el art. 15 bis del CP, introducido en la reforma de 1983, como una regulación expresa de la posición de garante, del dominio social y de la equivalencia material del que actúa como órgano o directivo de una persona jurídica o en representación legal o voluntaria de la misma, que ahora reproduce literalmente el art. 31 del Proyecto.

B) Quisiera, para terminar, ocuparme ahora del otro problema que con bastante frecuencia suele plantearse en el ámbito de la delincuencia económica con peculiaridades propias. Me refiero al *error de prohibición*. En un mundo tan tecnificado y complejo como es el mundo de las actividades económicas es muy probable que a veces se actúe con desconocimiento de la intrincada normativa jurídica extrapenal que lo regula. El uso y el abuso de la ley delegada, del decreto-ley, del reglamento y aun de las órdenes y circulares administrativas es una constante de este sector y es deplorable que toda esa normativa, con rango inferior al de la ley orgánica formal, pueda entrar en el Derecho Penal por la puerta falsa de la norma penal en blanco que, em líneas generales, representa una burla del principio de legalidad.

La complejidad técnica y la indeterminación de las normas que regulan la actividad económica y sobre todo la intervención del Estado en la economía es una de sus principales características, pero también su principal defecto. Y por ello es lógico que esta complejidad se intente compensar desde el punto de vista subjetivo dándole mayor relevancia al error del ciudadano sobre la misma.

La experiencia enseña que estamos dispuestos a conceder más relevancia al error que se refiere a normas "artificiales", que al que se refiere a normas

que constituyen el núcleo de nuestra sociedad.

Sin embargo, paralelamente a este crecimiento de la normativa del sector económico, se ha introducido en nuestro Código penal una regulación del error de prohibición que parece no tiene en cuenta esta legítima necesidad de compensación.

El § 3.º del art. 6 bis *a*, que prevee para los casos de creencia errónea vencible de estar actuando lícitamente una atenuación, si bien muy cualificada, de la pena correspondiente al delito cometido, se considera como una claudicación ante el viejo principio *ignorantia iuris non excusat*, ya que, de hecho, la mayoría de los errores en este ámbito son vencibles o evitables y difícilmente puede prosperar su alegación ante los Tribunales.

Esta crítica puede hacerse con mayor fundamento a la "teoría de la culpabilidad" acogida por el § 17StGB, antecedente más próximo de la regulación española, por cuanto la doctrina alemana dominante sólo exige el conocimiento potencial de la antijuricidad y en caso de error vencible prevee una atenuación facultativa y no obligatoria de la pena.

En cambio, con "teoría del dolo", el error vencible de prohibición sólo resultaba punible a título de imprudencia y únicamente en aquellos casos en los que el delito cometido admitiera esta forma de responsabilidad, lo que normalmente no suele suceder en los delitos económicos.

Pero la regulación prevista en el art. 6 bis *a* del CP español, aparte de ser más generosa con el error de prohibición que la regulación alemana, no prescribe obligatoriamente que el tratamiento que hay que dar al error sobre normas extrapenales sea el del error de prohibición, es decir, el del § 3.º. También podría ubicarse dicho error, y hay muchas razones para entenderlo así, en

los §§ 1.º y 2.º del mismo artículo, como un error sobre elemento integrante de la infracción penal, ya que en la mayoría de los delitos económicos, la remisión a las normas extrapenales que se hace en el tipo, convierte a éstas en "elemento esencial integrante de la infracción penal", o en el § 1.º del art. 14 del Proyecto que habla de error. ... "sobre los medios constitutivos de la infracción penal".

¿Cómo si no puede entenderse constituido el tipo del delito de defraudación tributaria si no se considera que el deber tributario es un elemento integrante del mismo? Si alguien cree que tiene derecho a una bonificación fiscal o que un determinado ingreso no está sujeto a tributación, actúa sin el dolo requerido por dicho delito, siendo además indiferente que el error sea vencible o invencible, porque, en todo caso, la comisión imprudente de este delito es impune. Si el desconocimiento del deber tributario descansa en una falsa apreciación de los datos de hecho o de la normativa aplicable, desaparece el propósito de defraudar al Erario público, con lo que se excluye ya el tipo del delito de defraudación tributaria.

El error sobre las normas extrapenales que configuran la tipicidad de los delitos económicos no es, por tanto, como creen Bajo y Torio, y de ahí sus acerbas críticas a la regulación vigente, un error de prohibición a tratar conforme al § 3.º del art. 6 bis *a*, sino un verdadero error de tipo subsumible en los §§ 2.º y 3.º de dicho precepto, con la consecuencia de la impunidad del que en este modo actúa erróneamente.

Con razón, señala Lüdersen que "el aumento del riesgo de responsabilidad de los destinatarios de la norma, ante la cada vez mayor inseguridad cualitativa y cuantitativa de los elementos normativos debe ser compensada en el aspecto subjetivo". Es verdad que, como

dice en Alemania Maiwald, manteniendo la tesis contraria a la que aquí se propone, que "el Estado debe exigir que los ciudadanos se identifiquen con las normas que el mismo Estado promulga en cumplimiento de su función ordenadora... La regulación del error de prohibición — que es como este autor considera que debe tratarse el error sobre normas extrapenales — es, por consiguiente, expresión de la exigencia de una fuerte identificación con el orden estatal". Pero precisamente ésto es lo que falla aquí, la identificación del ciudadano con la normativa estatal. No sólo porque esta compleja y cambiante, sino porque a veces es también coyuntural, arbitraria y de una gran imprecisión.

Naturalmente, ello no quiere decir que baste con que el ciudadano alegue desconocerla para que prospere tal alegación. Es más, muchas veces entre los autores de los delitos económicos, hay verdaderos especialistas en el tema, perfectamente asesorados por conocedores de los entresijos legales. La alegación del error se basa muchas veces en una adecuación social del comportamiento ilícito tolerada o incluso fomentada por el Estado, como sucede con la tolerancia del dinero negro siempre que se suscriban títulos de la Deuda Pública a bajo interés etc. Todo ello produce una gran confusión e inseguridad jurídica en el ciudadano de a pie, a quien no puede asustársele con el Derecho Penal para conseguir una identificación con una determinada política económica del Estado. Tanto más cuanto el poder sancionatorio de la Administración campea en esta materia por sus respetos, imponiendo en caso de infracciones, incluso puramente formales, sanciones de tanta gravedad como las penales propiamente dichas.

No se trata, pues, de conceder impunidad a la despreocupación o negligencia

cia en el cumplimiento de los deberes de carácter económico que el ciudadano tiene con el Estado, sino de situar adecuadamente el problema en la categoría o secuencia de la teoría del delito donde corresponde. Y hoy por hoy es en la configuración del propio tipo de delito donde surgen las obligadas remisiones o referencias a normas penales, sin las que la función de selección, de garantía y de motivación que el tipo cumple no pueden tener efecto.

Con ello llego al final de mi conferencia, he querido exponer ante ustedes las preocupaciones esenciales que en estos momentos la problemática jurídica de la llamada delincuencia económica presenta.

Mi conclusión fundamental es que el Derecho Penal Económico es, sin duda, una parte importante del moderno Derecho Penal y quizás una de las que tenga más futuro, pero mientras no se demuestre lo contrario, son las categorías y principios generales del Derecho Penal en su conjunto las que deben emplearse para resolver sus problemas. Una vez más, el rigor de una buena Dogmática orientada políticocriminalmente a las consecuencias puede ser más fructífera que muchas reformas coyunturales que atrapadas por el signo de la época intentan dar respuestas puntuales a problemas que no son problemas específicos de hoy, sino de ayer, de mañana y de todos los tiempos.

RESPONSABILIDAD PENAL DE PERSONAS JURÍDICAS Y EMPRESAS EN DERECHO COMPARADO

KLAUS TIEDEMANN

1. Introducción — 2. La política criminal de cara a la realidad moderna —
3. Las posibilidades de la dogmática penal — 4. Los autores físicos.

1. Introducción

1. El tema es de particular actualidad. Basta con recordar, a nivel legislativo, la entrada en vigor de una verdadera responsabilidad de las personas morales con el Nuevo Código Penal francés a partir del 1.3.94, así como la propuesta correspondiente del ante-proyecto suizo y las propuestas de ley belga, finlandesa y canadiense en 1993, o citar, la Recomendación 18 del Consejo de Europa de 1988 y el mandato al legislador de la Constitución Federal del Brasil del mismo año (art. 173, § 5). Para la doctrina mencionamos el ejemplo de Alemania donde sólo en los años 1993 y 1994 fueron publicadas 5 monografías sobre la cuestión, por no contar el creciente número de artículos de revistas que han influido y retenido, entre otros, los debates de las Jornadas de penalistas alemanes, suizos y austríacos, organizadas en Basilea en el mes de mayo de 1993. El XIV Congreso internacional de Derecho Comparado también ponía esta figura en el orden del día en 1994. Las ideas siguientes se basan sobre el informe general que habíamos presentado a este Congreso.

2. Cuando se pregunta cuál es la situación en la actualidad alrededor del dogma "societas (universitas) delinquere non potest", las repuestas de los

grandes sistemas, o "familias", del Derecho Penal, a saber, de una parte el sistema de la *Common Law* y, de otra parte, el sistema de codificaciones del tipo de la Europa continental inspirado en la legislación francesa y en el pensamiento dogmático alemán, con particularidades importantes de los países escandinavos y los Países Bajos, se aproximan mutuamente.

El sistema socialista, que anteriormente formaba otra familia del derecho (hostil al reconocimiento de la responsabilidad de las agrupaciones) ha fracasado, entretanto, en la realidad política y busca acercarse más a los ordenamientos jurídicos occidentales. La notable tendencia a una más grande conformidad que se desprende de la evolución de la política criminal y del pensamiento dogmático penal en estos últimos años, se dirige a la admisión, a veces restringida, de una responsabilidad penal de las empresas, no sólo en tanto que persona moral, que se encuentra reforzada en unos espacios de unidad económica, tales como la Comunidad Europea en la que las tentativas y los éxitos de armonización de los ordenamientos jurídicos de sus Estados miembros han comenzado a estudiar el Derecho Penal de los negocios, sobre todo en el ámbito de las sanciones administrativas. La responsabilidad cu-

asi-penal de las empresas a nivel de la Comunidad Europea está siendo considerada como modelo legislativo y jurisprudencial en muchos Estados miembros, idea subrayada por la introducción, a partir de 1990, de sanciones administrativas cuasi-penales contra las empresas en el ámbito de la competencia, del mercado de títulos-valores y del audiovisual por el legislador italiano que ha interpretado de esta forma el art. 27, 1 de la Constitución italiana estableciendo que: "la responsabilidad criminal es personal". Este principio, cuya fórmula fue dada por la Revolución francesa, necesariamente no suponía, sin embargo, un obstáculo para una responsabilidad *cuasi*-penal de las agrupaciones. Y la reciente experiencia francesa (v. supra 1) nos enseña que el principio mencionado posiblemente no prohíbe la introducción de una verdadera responsabilidad criminal de las agrupaciones, responsabilidad por otra parte ampliamente reconocida en Europa antes de la Revolución francesa.

3. Las ideas siguientes se refieren a la situación a nivel de la Union Europea y sus Estados miembros, comparándola con la situación en los países del *Common Law*, pero también con el Japón donde la legislación ha sido fuertemente influida por los Estados Unidos de América del Norte. Analizaremos, en primer lugar, la realidad criminológica de la cual derivaremos las necesidades de la política criminal con varias soluciones posibles. Después vamos a examinar las posibilidades de la dogmática frente a estas dificultades. Terminaremos con los problemas relacionados con los autores físicos que actúan para la persona jurídica.

2. La política criminal de cara a la realidad moderna

4. Los diferentes puntos de vista de la política criminal actual parten de una

situación criminológica, empírica, casi idéntica en muchos países, y esto sobre todo en los países industrializados, pero también en buena parte de países en vías de desarrollo donde, cada vez más, al lado de la división del trabajo, entidades colectivas toman el puesto de empresas individuales.

De una parte, la sociología nos enseña que la agrupación crea un ambiente, un clima que facilita e incita a los autores físicos (o materiales) a cometer delitos en beneficio de la agrupación. De ahí la idea de no sancionar solamente a estos autores materiales (que pueden cambiar y ser reemplazados), sino también, y sobre todo, a la agrupación misma. De otra parte, nuevas formas de criminalidad como los delitos de los negocios, en los que quedan comprendidos aquéllos contra el consumidor, los atentados al medio ambiente y el crimen organizado, se instalan en sistemas y medios tradicionales del Derecho Penal ante dificultades tan grandes que una nueva aproximación parece indispensable. No es por casualidad que el legislador en Europa continental haya admitido, en los años 20 de este siglo, a saber a partir del nacimiento del derecho económico moderno, algunas excepciones al dogma "societas delinquere non potest" (sobre todo, en materia fiscal, aduanera o de competencia). Japón ha seguido esta tendencia a partir de los años 30. En la realidad de nuestros días, la mayor parte de los delitos de los negocios, o socioeconómicos, son cometidos con ayuda de una empresa, y el crimen organizado se sirve de la mayor parte de las instituciones de la vida económica: establecimientos financieros, sociedades de exportación o de importación etc. La inserción de personas morales y de otras empresas no es entonces la excepción, sino la regla. Esto es por lo que nos cuestionaremos si las excepciones al mencionado dogma se convierten igualmente en regla.

5. Los legisladores nacionales han sido, o han llegado a ser, ingeniosos de cara a este reto admitiendo en principio, en atención a los casos y las bases tradicionales del derecho penal nacional respectivo, 5 modelos diferentes:

responsabilidad civil (subsidiaria o cumulativa) de la persona jurídica moral por los delitos cometidos por sus empleados;

medidas de seguridad que forman parte del sistema moderno del Derecho Penal sin negar su procedencia del Derecho Administrativo, incluso de policía;

sanciones administrativas (financieras y otras) impuestas por autoridades administrativas, pero profundamente reformadas recientemente en algunos países bajo aspectos diversos para, en fin, formar un régimen "cuasi-penal";

verdadera *responsabilidad criminal*, (re)introducida en Europa por varios Estados, y también conocida en Australia, en América del Norte y Japón, con la necesidad evidente de no desatender en derecho las diferencias de hecho que existen entre autor físico y persona jurídica;

medidas mixtas, de carácter penal, administrativo o civil, tales como la disolución de la agrupación o su colocación bajo curatela, medida conocida p. ej. ya en derecho francés antes de la reciente reforma mencionada supra, 1, y propuesta últimamente por movimientos de política criminal, p. ej. en Alemania.

6. Las ventajas y desventajas de estas sanciones no son fáciles de establecer en Derecho Comparado, a la vista de la diversa tradición de los diferentes ordenamientos jurídicos y de la falta de investigaciones empíricas. La experiencia práctica de algunas de estas sanciones nos permite algunas conclusiones preliminares que sin embargo no siempre tiene una suficiente base empírica.

El juicio definitivo sobre las consecuencias de la elección de una sanción determinada ha sido también difícil al constatarse casi unánimemente por parte de la criminología moderna que las sanciones serían intercambiables sin que el efecto práctico varíe: sería muy importante que unas sanciones — del carácter que sean — fueran impuestas de hecho. Se dudará hasta el punto de saber si esta constatación es válida para los delitos "de cuello blanco" y sobre todo para los autores no-materiales. Así, pese a una persecución intensiva de los delitos contra la competencia en Alemania durante tres decenios, la reincidencia de las empresas de la industria de construcción se persigue en materia de fijación de precios, y las asociaciones de empresas públicamente señalan cada vez más que sólo se tratan de contravenciones (*Ordnungswidrigkeiten*) y de multas no-criminales. Por eso, conviene entrar en un análisis propio que se libere al menos particularmente de la investigaciones y resultados que han sido realizados con relación a los autores físicos.

7. Nosotros comenzaremos nuestro breve recorrido refiriéndonos a las soluciones de política criminal con la última medida mencionada supra 5, a saber, con las sanciones mixtas, no necesariamente penales, revelando el hecho de que la distinción de su naturaleza se difumina cada vez más. Dentro de estas sanciones, es sobre todo remarcable la aparición de la puesta a prueba de agrupaciones en Estados Unidos (*corporation's probation*) permitiendo la imposición de diferentes condiciones y la intervención en el funcionamiento de la empresa. La disolución de las agrupaciones con motivo de la comisión de infracciones es a veces prevista por la legislación penal, y más frecuentemente por aquella de derecho comercial o de sociedades. En todo caso se trata de una *ultima ratio*.

En razón de las graves consecuencias de esta especie de "pena de muerte" para la persona moral, las competencias legales a desempeñar son en general muy restrictivas y la práctica de los tribunales no conoce más que casos raros de aplicación. Una medida menos grave, pero también con mucho peso, se encuentra favorecida desde hace algún tiempo por la llamada criminología crítica, pero también por parte de penalistas austriacos y alemanes modernos: la imposición a la agrupación de un administrador ("public interest director") o de un séquestre (tutor). La ventaja de estas propuestas, las cuales comprenden la mencionada "organizational probation" de los Estados Unidos y el "community service" en Australia, reside en el hecho de evitar la mayor parte de las dificultades de la dogmática penal y de poner su acento principal en medidas estructurales y curativas en lugar de la simple punición. La desventaja principal, al lado de otras espinosas cuestiones de derecho constitucional de cada país, consiste en la dificultad práctica de encontrar personas aptas para administrar, o vigilar, de oficio (y sin correr el riesgo de elevadas demandas por daños y perjuicios), grandes empresas que, al menos en Estados Unidos, parecen encontrarse a la cabeza de la delincuencia del "corporate crime". Así, la colocación bajo séquestre no ha conocido jamás una importancia práctica en Francia, a falta de personas cualificadas. Y no se ve muy bien el efecto práctico de la "curatela" propuesta recientemente en Alemania por un particular grupo de penalistas (Schünemann y otras) para el caso de peligro de reincidencia, sobre todo cuando el curador está desprovisto de todo poder de decisión en cuestiones concernientes a la estructura y la política de la empresa. Las sanciones "mixtas" no ofrecen pues más que una solución a lo sumo particular al problema. Así que,

el "community service" se limita en principio a los delitos contra el medio ambiente donde por otra parte puede ser también difícil para una persona ajena determinar lo que una empresa puede hacer para restablecer el estado del medio ambiente dañado.

8. Una solución general en el mismo sentido, es propuesta por el modelo que aplica a las personas morales todo un sistema de medidas de seguridad tales como la confiscación y el cierre del establecimiento. Estas medidas que el Derecho Penal conoce desde hace algunos decenios, fueron ya recomendadas para las personas morales en el Congreso de la Asociación Internacional de Derecho Penal celebrado en Bucarest en 1929, y las discusiones de política criminal en Alemania después de la guerra fueron en la misma dirección. Una parte de la doctrina italiana (p. ej. Caraccioli) concibe los delitos cometidos en el cuadro de la actividad de la empresa como la expresión de la peligrosidad de la misma, criterio base de las medidas de seguridad. Por eso, parece superada y dogmáticamente infundada la posición del Código Penal brasileño de 1985 que no prevé, en la Parte General, aún estas medidas.

En cuanto a la confiscación, no debe pensarse solamente en aquélla de los objetos, medios y productos del crimen, sino también en la confiscación especial que arrebata a la agrupación las ganancias ilícitas obtenidas de la actividad delictuosa — instrumento que puede tomar partido de la pena de multa o bien formar una sanción propia, sobre todo cuando el sistema de días-multa no permite más que tomar en cuenta la ganancia ilícita para fijar la multa. Sin embargo, arrebatar el enriquecimiento ilegítimo al autor (físico o jurídico) no constituye una sanción sensible que revista un efecto preventivo considerable. Si el autor sólo arriesga perder su ganancia ilícita o el producto del delito

cometido, no corre prácticamente ningún riesgo y queda entonces impune. Un efecto preventivo sólo podría producirse si el doble, el triplo etc. de la ganancia ilícita, o un cierto porcentaje de la cifra de los negocios, le es sustraído, régimen conocido tradicionalmente en materia fiscal y aduanera y más recientemente en el ámbito de la competencia. Y se sabe que últimamente numerosos Estados han (re)introducido, a pesar de las dudas de Derecho Constitucional, una sanción a la que se había creído poder renunciar desde hacia tiempo fuera de los sistemas socialistas: la confiscación general, la confiscación de todos los bienes de una persona, p. ej. en materia de crimen organizado. Así, los Federal Sentencing Guidelines de los Estados Unidos permiten desde 1991 pronunciar contra las organizaciones, con fin primordialmente criminal, unas multas suficientes como para arrebatar a las organizaciones toda su base financiera. Evidentemente no se podrá aplicar tales multas a las empresas normales sin disolverlas.

Todas estas medidas son consideradas unas veces como verdaderas penas, otras veces como medidas de seguridad. El efecto práctico no parece depender de esta clasificación dogmática, siempre que las medidas sean impuestas por la justicia penal (o cuasi-penal) que, a través de su publicidad y eficaces medios de investigación, despliegan un efecto intimidante que nos es necesariamente idéntico a aquél de la sanción misma. Queda la cuestión de saber si tal modelo puro de medidas de seguridad a falta de aquéllas que se dirigen a la exclusión de la vida de los negocios, es suficientemente disuasorio en el ámbito de la delincuencia de las agrupaciones, o si es necesaria una punición adicional o exclusiva.

9. Esta cuestión no está del todo resuelta acudiendo a una simples responsabilidad civil de las personas morales. Esta forma de responsabilidad que se refiere sobre

todo a las multas pronunciadas contra los dirigentes de la agrupación, puede ser cumulativa o subsidiaria. Esto es clásico en Bélgica, en Suiza y en Italia que rehúsan de lege lata a una responsabilidad penal de las personas morales (Suiza, con la excepción de la sustracción de impuestos federales, permite la imposición de una multa administrativa a las personas morales, Italia no admite más que una responsabilidad cuasi-penal limitada a muy pocas materias, v. supra 2, en Bélgica en fin solamente se conocen desde los años 70 sanciones administrativas en ciertas leyes sociales). Portugal la mantiene al lado de la responsabilidad penal y cuasi-penal de las agrupaciones.

El fundamento teórico de esta responsabilidad civil se encuentra formado por la idea de que la multa constituye, a partir del momento en el que ella adquiere fuerza de cosa juzgada, un crédito Derecho Civil. Esta teoría (discutida sobre todo en Portugal) es rechazada, con razón, por la mayor parte de los ordenamientos jurídicos modernos que señalan el carácter personal y retributivo de la multa. Tal clase de garantía de la ejecución de la multa pronunciada contra los autores físicos no es pues aceptada, entre otros, por Alemania, Inglaterra, Grecia, Irlanda, Países Bajos, Rusia, Japón y Australia. Ahora bien, distinguiremos de esta responsabilidad de la persona moral por las multas impuestas a las personas físicas, la responsabilidad civil (o administrativa) de la persona moral por las deudas fiscales y aduaneras en caso de fraude fiscal o aduanero cometido por los dirigentes o representantes (v. p. ej. Alemania) y su responsabilidad solidaria para restituciones y daños y perjuicios (p. ej. Bélgica, Luxemburgo; España bajo la forma de responsabilidad civil subsidiaria).

En todo caso, estas medidas de Derecho Civil aparecen en este momento demasiado débiles como para combatir verdaderamente la criminalidad, sobre

todo la criminalidad profesional: El Derecho Civil encuentra su lugar legítimo y su función propia en el caso de accidentes y de negligencia donde la simple reparación del daño puede ser suficiente y jugar un papel eficaz de prevención. Hoy prácticamente todo el mundo afuera de España (y de Grecia) está de acuerdo con la necesidad de medidas punitivas, al menos en un sentido amplio del término.

10. En el pasado, numerosos Estados habían admitido la posibilidad de imponer a las agrupaciones (como a los autores materiales) penas administrativas pronunciadas y ejecutadas por las autoridades administrativas. El régimen de estas sanciones era aquél del Derecho Administrativo, punto de vista que continúa existiendo en nuestros días en Grecia. Otros Estados aplican estas sanciones desde hace algún tiempo, en razón de su efecto punitivo, de garantías de derecho constitucional concernientes al derecho penal (principio de legalidad, de culpabilidad etc.). Se habla aquí de sanciones administrativas-penales que toman partido del sistema penal en el sentido de que ellas constituyen sanciones penales *sensu lato*. Estas sanciones "cuasi" — o "medio-penales" se caracterizan por el criterio de que ellas persiguen, de derecho o de hecho, al lado de su fin preventivo, también una finalidad retributiva. Este nuevo sistema que ha nacido bajo la influencia de la jurisprudencia constitucional en Alemania y en Francia, pero que aparece también p. ej. en España y en Canadá, permite por tanto "punir" las agrupaciones con sanciones intimidatorias que, sin embargo, no son idénticas a aquéllas de derecho penal *sensu stricto*. En otros términos, este reciente modelo da a los ordenamientos jurídicos que reservan la pena criminal a los seres humanos, la posibilidad de imponer a las agrupaciones sanciones punitivas que no tienen una coloración ética o moral.

Este concepto de postguerra fue elaborado a manera sistemática por el legislador alemán en la ley sobre contravenciones al orden (*Ordnungswidrigkeiten*) donde el art. 30 prevé la imposición de una multa administrativa (*Geldbusse*) a las agrupaciones, no solamente por contravenciones, sino también por crímenes y delitos cometidos por los dirigentes en el interés de la agrupación. Esta multa que lleva un nombre diferente a la multa criminal (*Geldstrafe*), persigue unos fines a la vez preventivos y retributivos sin suponer, por consiguiente, un reproche ético o moral. Podemos caracterizar de la misma forma las multas impuestas a las empresas según el derecho comunitario (sobre todo en materia de competencia y en el mercado del carbón y del acero) en el cual el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea reconoce igualmente la finalidad retributiva señalando que estas sanciones "no tienen un carácter penal" (así art. 15. 4 del reglamento 17/62 sobre la competencia). Se podrá determinar de la misma manera la naturaleza de las recientes sanciones introducidas en Italia en ciertos sectores, así como las sanciones administrativas de ciertas leyes sociales belgas para las cuales existen sin embargo dudas de legitimidad con relación al principio de separación de poderes en vista del carácter cuasi-penal de estas "sanciones penales de sustitución" (*Legros* y otros). Estas dudas no son compartidas por otros ordenamientos jurídicos que conocen este régimen con tal que el recurso ante un tribunal sea admitido con efecto suspensivo. Pude ser considerado como suficiente este sistema de sanciones administrativas únicamente cuando se reforma el proceso tradicional de imponer tales sanciones, introduciendo p. ej. la publicidad y restringiendo la posibilidad de negociar con la Administración. El legislador francés, a pesar del modelo de

las Autoridades Administrativas Independientes de recién creación (A.A.I.), parecidas a los tribunales, no ha pensado que en los casos graves se pueda renunciar a una verdadera responsabilidad penal.

11. Tal plena responsabilidad penal de las agrupaciones existe, entre otras, en derecho inglés, escocés, irlandés, holandés y noruego, norteamericano, comprendiendo al derecho canadiense, y al australiano, pero también — desde el Nuevo Código Penal (NCP) — en Francia, tras la opinión favorable del Consejo Constitucional, sin embargo solamente por infracciones para las que la ley o el reglamento prevé esta forma de responsabilidad (como p. ej. por las estafas y las falsedades documentales). La misma técnica legislativa había sido introducida por Portugal en su Código Penal de 1982 que está completado en esta cuestión por tres decretos leyes concernientes a las infracciones fiscales, aduaneras y de subvenciones. Otros Estados de la Unión Europea conocen esta plena responsabilidad a título de excepción, p. ej. Luxemburgo en materia fiscal; la cual llega a ser sin embargo casi la regla en Dinamarca con más de 200 leyes particulares reguladoras de la vida de los negocios, la producción agrícola, el medio ambiente y los medios de comunicación. También en Japón muchas de las leyes, fuera del Código Penal, consagran tal responsabilidad. El anteproyecto suizo de revisión del Código Penal de 1993 preveía la inserción en la Parte General del Código Penal una responsabilidad penal de la empresa. Sin embargo finalmente se ha decidido disociar esta cuestión de la revisión en curso y de someterla a un examen más en profundidad en el cuadro de la revisión ordinaria de la Parte General del Código Penal suizo.

Para el mundo anglosajón, es suficiente mencionar a Inglaterra y a los Estados Unidos, en los que desde

mediados del siglo XIX, por razones más bien pragmáticas y de política criminal, han (re)introducido la responsabilidad penal de las personas morales, en primer lugar para los delitos imprudentes y de omisión, luego para los “public welfare offences”, y en fin con la admisión general de esta responsabilidad que sin embargo en la práctica se aplica sobre todo con relación a la delincuencia de los negocios. Según la imagen propuesta por el Lord Justice Denning, el agente superior (órgano etc.) es considerado como “el cerebro” y el “alter ego” de la asociación, de manera que su actuación es aquella de la persona moral misma (“doctrina de la identificación”); un agente subordinado, de rango inferior, no es más que “el brazo” de la entidad jurídica cuya responsabilidad penal no es pues personal sino basada en la idea de la delegación o imputación (“vicarious liability”). Este concepto se ve alentado y reforzado por la admisión de una responsabilidad penal sin culpa, o sin necesidad de probar la culpa (“strict liability”), y ésto no sólo para las agrupaciones sino también para todos los autores. La situación jurídica es semejante en Australia donde sin embargo hay una primacía de la “primary responsibility” de la corporación, mientras que en Estados Unidos la vicarious liability la arrastra consigo. Japón ha adoptado, bajo la influencia de EEUU, una igual justificación para la responsabilidad penal de las agrupaciones (fuera del Código Penal), sin por tanto admitir una responsabilidad sin culpa. Mientras, unas presunciones facilitan la prueba, p. ej., en derecho japonés del medio ambiente. Canadá, por su parte, reserva la “identification doctrine” en principio a los “verdaderos crímenes” (“true crimes”) admitiendo una responsabilidad penal más vasta de las corporaciones para las strict liability (regulatory) offences.

Se comprueba fácilmente que éstos son sobre todo ordenamientos jurídicos inspirados en un pragmatismo penal que establece la plena responsabilidad penal de las agrupaciones sin gran consideración a los obstáculos dogmáticos (excepción: Japón), los cuales dominan en los países con un fuerte pensamiento dogmático penal, tales como Alemania, España, Grecia e Italia, por no citar más que aquellos Estados europeos importantes. Lo mismo es extrapolable a los Estados influenciados por esta corriente de pensamiento europeo como los países de América Latina. Existe pues, para resumir, un contraste entre las necesidades de política criminal y las posibilidades de la dogmática penal tradicional. Criticando este contraste, *Zugaldía Espinar* viene a constatar: "Si la dogmática penal no sirve para cubrir las necesidades de la política criminal, tanto peor para la dogmática".

Existe sin embargo otra vía posible señalada por este mismo autor y por otros autores españoles contemporáneos, así como por autores anglosajones modernos que critican la doctrina "antropomórfica" de Lord Dennig citada más arriba: desarrollar una nueva dogmática penal para comprender, con categorías nuevas o adaptadas del derecho penal, las actividades criminales de las agrupaciones. Estos son los ordenamientos jurídicos que admiten la plena responsabilidad penal de las agrupaciones, que pueden ayudar a encontrar las bases de este nuevo edificio dogmático que, ciertamente, no será el mismo que aquél de la dogmática penal del individuo, pero que será construido de manera paralela al primero. Ciertos países de la Common Law, en razón del enorme impacto del corporate crime, han comenzado a abandonar su prevalente pragmatismo para llegar a unas reflexiones teóricas sobre la responsabilidad penal de las entidades colectivas.

3. Las posibilidades de la dogmática penal

12. Las dificultades dogmáticas tradicionales para acoger penalmente la criminalidad de las agrupaciones reside en el contenido de nociones fundamentales de la doctrina penal: acción, culpabilidad, capacidad penal. A primera vista, la acción en Derecho Penal siempre está ligada al comportamiento humano, y la culpabilidad, o culpa, parece significar un reproche ético o moral que estaría excluido en el caso de las agrupaciones, las cuales, en exceso, no podrían ser las destinatarias, o sujetos pasivos, de penas criminales con su finalidad a la vez preventiva y retributiva. Estas dificultades son evidentemente mucho menos graves cuando no se aplican verdaderas penas respecto a las agrupaciones, sino unas sanciones medio — o cuasi-penales donde las categorías y principios penales pueden ser flexibilizados o alargados.

13. Un primer punto dogmático importante para la discusión sobre la admisión de penas criminales contra las agrupaciones aparece recogido por las doctrinas inglesa, holandesa y norteamericana. Si la persona moral puede concluir un contrato, p. ej., de compraventa, ella es quien es sujeto de obligaciones que se originan de estos contratos y ella es quien puede violar esas obligaciones. Esto quiere decir que la persona moral puede actuar de manera antijurídica. Se añadirá que existen en derecho económico y social normas jurídicas que se dirigen únicamente a las empresas, no a los individuos. Citamos el ejemplo del derecho de la competencia que, a nivel comunitario como al de los Estados miembros de la Unión Europea, afecta a las empresas y las asociaciones de empresas. Las acciones de las personas físicas actuando para la empresa deben pues ser consideradas como las de la empresa.

No es muy importante llegar a este resultado a través de la imputación de las acciones a la empresa o para la imagen citada supra, 11, que la entidad social actúe ella misma a través de sus órganos.

Ahora bien, esta visión del actuar de la empresa no es del todo una invención de los que defienden la responsabilidad penal de las agrupaciones. Al contrario, la reciente jurisprudencia alemana admite en Derecho Penal propiamente dicho, en lo que se refiere a la responsabilidad penal individual, que la acción o la omisión en el mundo de los negocios es a menudo la de la empresa porque es ella quien vende un producto peligroso o quien omite tomar medidas de seguridad suficientes en la explotación de una instalación — y esta acción u omisión será imputada, según el Tribunal Federal de Justicia, a las personas físicas responsables, contrariamente a la idea más tradicional de imputar a la persona moral los actos de los autores materiales. La idea de responsabilidad no se excluye sino que exige unas delimitaciones normativas para determinar las esferas de responsabilidad en las que la respuesta negativa a los deberes jurídicos le hace ser autor.

14. Dos objeciones han sido formuladas contra este punto de vista de la situación: En primer lugar, hay autores que niegan la posibilidad de imputar la acción de un autor físico a una persona moral porque el derecho penal no castigaría más que las acciones propias de cada persona (Bago Fernández, Barbero, Santos, Engisch). Sin embargo, en el ámbito de la coautoría, muchos de los ordenamientos jurídicos admiten la imputación del acto de un autor a otro, siempre que los autores hayan decidido realizar en común el acto en cuestión. Al margen de esta toma de decisión común, una extendida tendencia busca establecer la responsabilidad penal del

jefe de la empresa por el hecho de los delitos de su empleado con la sola condición de que él habría podido impedir su comisión. Bajo este aspecto, la doctrina holandesa habla de la agrupación como autor indirecto o "funcional", una parte de la doctrina portuguesa habla de autor moral. Finalmente, no es casualidad que en el mundo anglosajón se haya comenzado por admitir la responsabilidad penal de las personas morales y de las asociaciones en el campo de los delitos de omisión e imprudentes, porque, aquí, no es, o no totalmente, la acción física la que cuenta, sino que es la violación de las medidas y expectativas normativas la que importa para imputar un resultado nocivo a un autor (persona física o moral). Incluso la escuela finalista alemana que habla mucho de la "naturaleza de las cosas", no niega, o no niega en la actualidad, la posibilidad de imputar actos humanos a la persona moral, y ello independientemente de la famosa disputa histórica alrededor de la naturaleza ficticia o real de la persona moral (*Hirsch*).

En segundo lugar, se ha dicho que las normas jurídicas se dirigen a las personas morales, p. ej. en derecho de la competencia o en derecho fiscal, pero no dicen nada sobre la cuestión de saber quién debe desempeñar las obligaciones correspondientes (Gracia Martín). Así, las normas fiscales se dirigirían también a los recién nacidos sin que se les pudiera hacer responsables del fraude fiscal cometido por sus padres en su interés. La norma penal no sería pues idéntica a la norma extrapenal que obliga o prohíbe. Sin embargo, si la edad del menor no excluye su responsabilidad penal y si un representante puede actuar por el menor, ello no prueba que el legislador no pueda introducir la responsabilidad penal de las agrupaciones por los actos cometidos por sus dirigentes. El argumento esgri-

mido de la teoría de las normas jurídicas no hace más que combatir al máximo la existencia de tal responsabilidad *de lege lata*. Admitir la idea de que una agrupación puede ser el autor de una infracción (de competencia, de derecho fiscal etc.) no significa nada más que recoger en el derecho el juicio que la realidad social porta sobre estas entidades. A su vez, las disposiciones de los códigos penales sobre la responsabilidad de los representantes en caso de delitos especiales (art. 14 del CP alemán, art. 15 bis CP español, arts. 172 y 326 CP suizo etc.) claramente parten del concepto de que la persona moral puede ser la destinataria primaria de normas de derecho fiscal, penal etc.

15. Tradicionalmente, parece muy difícil imputar a una persona, o a una entidad jurídica, la culpa de otra persona. En lo concerniente a los autores físicos es el principio (procedente del Derecho Constitucional) de culpabilidad el que prohíbe, fuera del mundo anglosajón, tal imputación: La culpa debe ser la propia culpa de la persona a condenar. Sin embargo, teniendo en cuenta las agrupaciones el Tribunal constitucional federal alemán no ha vacilado en declarar la posibilidad, desde el punto de vista constitucional, de imputar la culpa de una persona física a la persona moral (caso Bertalsmann). De otro lado, la Corte de Justicia de las Comunidades Europeas tiene tendencia a hablar de una culpa propia de la empresa, culpa determinada más bien según criterios y estándares conocidos en Derecho Civil y en Derecho Administrativo donde la estructura, la importancia etc. de la empresa decide sus obligaciones, p. ej. a informarse sobre las reglas de derecho existentes. Los ordenamientos jurídicos de Estados Unidos, Japón, Países-Bajos, Noruega etc. por su parte, señalan que es esta falta de organización la que hace posible las infracciones en favor de la agrupación y determina la responsabi-

dad penal. La misma idea es propuesta por el inglés *Harding* para llegar a un concepto de culpabilidad colectiva. Nosotros hemos sostenido un punto de vista similar para el derecho de las "Ordnungswidrigkeiten" alemanas que partiría de un principio de falta (y de culpa) de organización como legitimación de la responsabilidad de la agrupación, permitiendo así la imputación de la culpa individual de los dirigentes a la empresa, imputación claramente exigida por el art. 30 de la ley sobre las "Ordnungswidrigkeiten" y necesaria también en derecho japonés (con la consecuencia de deber probar no sólo la acción o la omisión del autor físico, sino también su culpa). Esta explicación ha encontrado el acuerdo de la literatura alemana reciente (Otto) y de una parte de la doctrina (y de la jurisprudencia constitucional) española (Zugaldía). Otra parte más reciente de la doctrina italiana y española introduce la idea de *riesgo* de la actividad de las empresas para legitimar su responsabilidad penal o para justificar la imputación de los delitos de sus representantes a las empresas (Paliero, Suárez González). Un criterio más o menos semejante consiste en la ventaja económica que la empresa obtiene de su actividad delictuosa, criterio utilizado por la Ley Federal suiza sobre el impuesto federal directo de 1990, así como por el art. 30 de la ley alemana precitada y propuesta de manera general en nuestra opinión por las 49 Jornadas jurídicas alemanas en 1972. Stanffacher revela para la legislación suiza que estamos aquí en presencia "de una responsabilidad más originaria que por imputación" (punto de vista a ser restringido en cuanto a la ley alemana sobre las "Ordnungswidrigkeiten" donde el criterio de la ventaja económica no sustituye la imputación, pero forma la base para la misma). En todo caso, hay una tendencia observable en numerosos ordenamientos jurídicos, compren-

didos en la Comunidad Europea, de querer alcanzar una categoría propia de culpa de la empresa, culpabilidad fundada no sólo en la imputación sino en criterios que tradicionalmente son muy conocidos en Derecho Civil. Esta tendencia es constatada también por el estudio de la jurisprudencia portuguesa concerniente a la responsabilidad penal de las personas morales, y la misma tendencia aparece en el Informe final sobre un Model Criminal Code publicado en Australia en el mes de diciembre de 1992. Una imputación podría pues limitarse a cuestiones de intención, de motivo etc., la propia culpabilidad de la empresa refiriéndose sobre todo a los delitos imprudentes (y de omisión). El Informe final australiano mencionado va más lejos estableciendo, como en el derecho de EEUU, la intención delictuosa a través de la "corporate culture" a la que la infracción podría ser atribuida, siendo definida esta noción como "an attitude, policy, rule, course of conduct or practice existing within the body corporate". Esto es, de nuevo, una expresión del concepto de la culpabilidad de organización que deviene así no sólo como un criterio que legitima la punición de la agrupación, sino que reemplaza o constituye la culpabilidad misma.

16. Ciertamente, muchas de las jurisdicciones continúan entendiendo la culpabilidad en derecho penal como un reproche moral, pretendiendo que tal reproche no puede hacerse respecto a las personas morales. La responsabilidad penal en el sentido de "respuesta" negativa a las normas jurídicas no podría ser dada, según esta opinión, más que por individuos que por sí solos podrían abusar de su libertad de pronunciarse a favor o en contra del derecho. Sin embargo, nada impide considerar a las personas morales como destinatarias de normas jurídicas revestidas de un carácter ético (supra, 13) y como ente en situación de violar estas normas. De esta

manera, la organización correcta de la persona jurídica es el deber de ella misma, no únicamente de las personas físicas, como lo pretende *Schünemann*. De ahí el concepto de culpa propia de la persona jurídica. No hablamos, en la realidad de la vida social, de la culpabilidad de la empresa que ha polucionado un río — ejemplo expuesto por *Hirsch* — o que ha obtenido fraudulentamente subvenciones? En la vida y en el lenguaje de la sociedad, una culpabilidad de empresa se encuentra por tanto completamente reconocida, y esta culpabilidad no está completamente exenta de la huella ética o moral, incluso aún cuando la coloración moral toma un contenido particularmente diverso. Tal culpabilidad de la agrupación no es idéntica a la culpabilidad cumulativa constituida por la suma de culpas personales (señalada p. ej. por el derecho de Estados Unidos), y ella no está basada, o no solamente, en la imputación de la culpabilidad de otro. Reconocer en derecho penal tal culpabilidad (social) de la empresa no hace sino exponer las consecuencias de su realidad social de una parte y las obligaciones correspondientes a los derechos de la empresa de otra parte, como muy bien dicen los autores de habla inglesa hasta llegar a una "corporate blameworthiness". Introducir por vía legislativa tal concepto de culpabilidad colectiva o de agrupación, al lado de la culpabilidad individual tradicional, no es imposible según un punto de vista ideológico que reserva la responsabilidad en la sociedad a los individuos. No negaremos que este punto de vista individualista es posible. Pero admitiremos también que para ello es forzado considerar, al menos en derecho penal, a las personas morales y otras agrupaciones como puras ficciones, consideración difícilmente compatible con la enorme poder sobre todo de las empresas multinacionales.

17. La capacidad de ser sujeto pasivo

de penas criminales en consecuencia puede ser negado únicamente por la opinión que rehúsa aplicar los reproches morales a las agrupaciones que, además, no podrían ser las destinatarias de las normas jurídicas. Si por el contrario se admite la posibilidad de una culpabilidad moral o social de la agrupación (supra, 16) la idea de retribución también tendrá un importante papel en este ámbito. Bauloc cita las críticas doctrinales respecto a la irresponsabilidad penal de las personas morales subrayando la idea de que "puesto que ellas tienen un patrimonio, podrían perfectamente sufrir unas sanciones patrimoniales".

En lo que concierne a la finalidad preventiva de la pena, hay a priori menos problemas que sobre el plano de la retribución (de manera que las teorías que basan la pena sólo en las ideas de prevención no son hostiles a la responsabilidad penal de las agrupaciones). Todo ello es cierto sobre todo en cuanto al efecto preventivo dirigido contra los miembros de la sociedad que serán intimidados por la condena criminal o/ y que reforzarán así su mentalidad de obediencia a las normas jurídicas (prevención llamada general). En este sentido, la condena penal de la empresa pone en claro que la norma jurídica violada se dirige a la empresa y que la violación merece una reprobación social. Pero la prevención juega también en su aspecto especial dirigida contra la empresa condenada que sería intimidada para no reincidir en el delito. La experiencia de los países de tradición anglosajona demuestra que el efecto preventivo especial se deja notar cuando las penas son pronunciadas contra las agrupaciones. En prácticamente todos los Estados, las reglas de derecho comercial etc. concernientes a la vigilancia interior de la administración de la agrupación, garantizan más o menos que los dirigentes criminales no conti-

núen, o no repitan, su actividad. De ahí, la explicación y la justificación de la "deterrence as a means of persuading the corporation as an organization to monitor its own internal activities for compliance with the law" en el informe de Harding para el XIV Congreso Internacional de Derecho Comparado en 1994.

18. En resumen, el contenido de las categorías fundamentales de derecho penal no queda igual cuando se quiere comprender penalmente a las agrupaciones delictuosas. Pero el paralelismo de contenido de estas categorías permite incluir la responsabilidad de la agrupación en el sistema penal al lado de la responsabilidad individual teniendo en cuenta así, a nivel de sanciones, la "colectivización" de la vida económica y social. Como se trata de un alargamiento considerable de la "materia penal", es un estándar moderno de los Estados de derecho el que tal decisión corresponda al legislador. La terminología no es decisiva, a la vista de la tendencia de importantes Tribunales constitucionales que no se sienten necesariamente vinculados por las declaraciones de los legisladores cuando se trata de determinar la naturaleza de una sanción. La forma jurídica de la agrupación (persona moral etc.) no debería tampoco ser decisiva, y las empresas públicas deberían estar incluidas como es el caso de la mayor parte de los ordenamientos jurídicos considerados. La cuestión que queda en suspenso para ser discutida luego, es saber si sería útil introducir nuevos nombres para las sanciones contra las agrupaciones. Una respuesta positiva facilitaría quizás su introducción mientras que una respuesta negativa podría señalar el hecho de que se trata de una responsabilidad no idéntica pero paralela a la de los individuos. En todo caso se tendrá en cuenta la experiencia reciente de sanciones administrativas-penales o la introducción de

denominaciones nuevas en Alemania (*Geldbusse*) y en Portugal (*coima*) y denominaciones particulares para las multas impuestas a empresas en Dinamarca (*bodeansvar*) y en Suecia (*företagsbot*), que ha llevado a una muy rápida modificación de la comprensión jurídica y social. Queda finalmente por discutir las reglas de procedimiento que deberían asegurar sobre todo la posibilidad de perseguir las agrupaciones independientemente de la persecución de los autores físicos.

4. Los autores físicos

19. La idea de antaño de reforzar sólo la lucha contra los delincuentes físicos para exceptuar a las agrupaciones de toda sanción penal o cuasi-penal, ha fracasado desde hace tiempo. No la encontramos más que raramente en nuestros días. La solución inversa establece únicamente la responsabilidad de la empresa sin prever la punición de los autores físicos (o materiales), como es el caso de la Comunidad Europea en materia de competencia y en el mercado del carbón y del acero. La moderna criminología reprueba también este modelo unilateral dado que descuida la perseverancia de los autores físicos que en cualquier caso pueden ser sustituidos en la empresa unos por otros, pero que en definitiva son siempre el origen del crimen. Conviene por tanto combinar las dos soluciones imponiendo sanciones tanto al autor físico como a la persona moral (v. supra, 4) — modelo expresamente previsto en el Nuevo Código Penal francés y llamado con razón “punición paralela” en derecho japonés. Constant afirmaba en su informe general al 10.º Congreso Internacional de Derecho Comparado que “las dos responsabilidades se completan y se refuerzan mutuamente”. Ciertamente, la fijación de la sanción contra la agrupación debería depender de la situación y

de las condiciones de la misma, y no de las del autor físico — punto de vista elaborado de manera detallada por Estados Unidos y que recientemente acoge el derecho japonés que con anterioridad ligaba el grado de la pena colectiva a la de la multa impuesta al autor físico.

20. Queda por resolver la cuestión de saber qué autor material puede poner en marcha, en este modelo de responsabilidad cumulativa, la responsabilidad de la agrupación. Si con la excepción de los delitos especiales, cada persona física que realiza la acción o la omisión descrita por la ley penal puede ser castigado como autor, entonces son necesarios criterios adicionales para saber qué es lo que puede comprometer la responsabilidad de la persona moral que llegaría a ser de alguna forma coautora.

21. Tres modelos diferentes son utilizados por los legisladores y las jurisprudencias para resolver esta cuestión:

A menudo, la responsabilidad de la empresa solamente se desencadena por actos u omisiones de parte de los órganos y/o representantes legales, jurídicamente cualificados para actuar en nombre de la empresa. Esta restricción corresponde a la teoría de derecho civil y un clásico punto de vista que quiere que la persona moral actúe a través de sus órganos. El modelo contrario se centra en los actos de toda persona que actúe en nombre de la empresa o en favor de ella. Esta concepción más bien pragmática va lejos pero realiza la idea de facilitar la prueba y de dejar superfluas las distinciones entre diferentes categorías de representantes, incluidos los representantes de hecho. Los modelos mixtos, en fin, se sitúan entre los dos tipos opuestos introduciendo, como en el Model Penal Code de Estados Unidos, un “managerial test” para limitar así la responsabilidad demasiado extensa del segundo modelo dejando de

lado las acciones de personas que no tienen ningún poder de decisión.

22. En la realidad de las legislaciones europeas es el primer modelo, clásico por así decirlo, el que triunfa en Alemania, Francia y Portugal. De la misma forma, el anteproyecto suizo de 1993. La propuesta belga de una ley relativa a la persecución de las personas morales de 1993 apunta hacia "una función dirigente en el seno de la persona moral". Bacigalupo señala la misma tendencia para España donde, sin embargo, ni la jurisprudencia ni la doctrina han estudiado la cuestión. Para conocer el alcance de este concepto a primera vista muy estrecho, se necesitará todavía tener en cuenta el hecho de que el derecho alemán (contrariamente p. ej. al derecho español) llega a una responsabilidad más amplia de la agrupación, dado que la ley sobre las "Ordnungswidrigkeiten" establece la omisión de control, de organización y de vigilancia como infracción distinta, de manera que un órgano puede realizar esta infracción y también ser responsable la agrupación por una infracción cometida por un empleado de rango inferior (puesto que el órgano habría podido impedir la comisión de la infracción). Igual justificación se encuentra en la doctrina japonesa para explicar la responsabilidad penal de las agrupaciones por los hechos criminales realizados por empleados de rango inferior. En el anteproyecto suizo se quería de la misma forma establecer la responsabilidad de la empresa "cuando, como consecuencia de carencias de organización, la violación de un deber jurídico reprimido penalmente no puede ser imputado a una persona determinada". El Model Penal Code de EEUU, contrariamente a la situación jurídica de la Federación y de los Estados federados, reserva la responsabilidad penal de la agrupación a los comportamientos de los "high managerial agents" en caso de crimen

ordinario (estafa etc., v. supra 20) mientras que para los crímenes y delitos más específicos de personas morales y otras empresas (delitos de competencia etc.) donde cada autor puede desencadenar la responsabilidad de la empresa, la defensa de la "due diligence" de los funcionarios revestidos "with supervisory responsibility" excluye esta responsabilidad.

23. A nivel comunitario europeo, y sobre todo en derecho de la competencia, el estudio se centra por el contrario, como Japón y en la práctica de Estados Unidos, en el principio del acto de cada autor material. Del mismo modo es para Dinamarca donde la responsabilidad penal de la empresa es puesta en marcha por actos u omisiones de todas las personas "on all levels, from the president to the workman" (greve). La misma tendencia existe en Italia donde la cuestión no está expresamente regulada por la ley, inclinándose la práctica hacia una interpretación que sigue el modelo comunitario del derecho de la competencia. Sin embargo, un exceso de poder es en todo caso excluido y hace sólo responsable al que ha cometido la infracción.

24. El modelo mixto es ante todo conocido en Inglaterra que restringe a priori el círculo de personas capaces de poner en marcha la responsabilidad penal de la empresa a las que poseen una "sufficient seniority". De la misma forma, el derecho holandés declara como decisiva la autoridad de una persona para tomar decisiones y determinar el curso de los acontecimientos; "some influence" es considerada suficiente en los Países-Bajos (de Doelder). El proyecto de ley finlandés igualmente apunta a las personas "with decision-making power" y a la omisión de control por la agrupación. De la misma manera, en Australia el empleado debe disponer de una cierta autoridad, no siendo uniforme

la situación en todos los Estados y en todas las leyes. La reciente propuesta de convención relativa a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas, presentada por la Comisión al Consejo de Ministros en Bruselas en verano de 1994, exige de igual forma la actividad de una persona que ejerza "un poder de decisión legal, delegado o de hecho" para hacer responsable a la persona moral (art. 8).

25. Para concluir, esta solución intermedia parece ser la ideal entre las teorías clásicas y las necesidades de prueba y de persecución: además de los

órganos y representantes legales, el "middle management" debería estar incluido. Una particular infracción de omisión de organización, de vigilancia y de control debería estar añadida con el fin de comprender los casos donde la culpa de personas de alto o medio rango hace posible la infracción cometida por un empleado de rango inferior. Esta recomendación parte de la idea base, reconocida en muchos de los ordenamientos jurídicos, que la correcta organización de la agrupación constituye un criterio clave para la vida y la responsabilidad de la misma.

EL BIEN JURIDICO EN LOS DELITOS ECONÓMICOS (CON REFERENCIA AL CODIGO PENAL PERUANO)

RAUL PEÑA CABRERA

Catedrático de la Universidad Nacional
Mayor de San Marcos

1. Introducción — 2. Alcances del bien jurídico: 2.1 Definición; 2.2 Panorama histórico; 2.3 Visión actual — 3. El bien jurídico en los delitos económicos: 3.1 Derecho Penal Económico; 3.2 El bien jurídico en los delitos económicos; 3.2.1 Peligro Abstracto; 3.3 El Código Penal peruano y bien jurídico; 3.3.1 Cinco años de delitos económicos en el Perú.

1. Introducción

Los temas del Derecho Penal Económico y la delincuencia económica han dejado de ser fenómenos históricos de novedad. Realmente se han dado en todos los tiempos: criminalidad en la economía, expresados en abusos de poder económico, o, en formas de protección a la intervención estatal en el orden conjunto de la economía o en un sector parcial de ésta. En este contexto se acude al Derecho Penal para la imposición de decisiones político-económicas del Estado, sobre todo, en épocas de crisis.

El Derecho Penal Económico trae consigo una serie de dificultades en las que hay que hurgar profusamente y con sumo cuidado, dada la delicadeza del tema: la dañosidad de los delitos económicos, los tipos penales en blanco, los delitos de peligro (concreto y abstracto), ineficaz represión, la "cifra negra" en esta clase de delitos, el poder económico de los potenciales delinquentes económicos, la cuestión procesal (y el famoso requisito de procesabilidad), e, sobre todo, el bien jurídico que

se tutela. En este último punto materia del presente trabajo.

De ahí, que para la cabalidad de la comprensión de los distintos tipos penales contra el orden económico hay que abordar necesariamente la tarea de precisar el concepto de bien jurídico no solamente como guía en la construcción jurídico-dogmática sino como idea trascendental de política criminal. Cumplida esta etapa viene la misión de relevar las notas más destacadas y singulares de los bienes jurídicos justamente protegidos por el Derecho Penal Económico. El corolario inevitable es la connotación en el eco correspondiente de los tipos penales, naturalmente cristalizados, en la mira de las exigencias de la actual política criminal.

Pocos son los conceptos tan caros a la política criminal como a la dogmática que el bien jurídico. Ocurre que en un Estado Social y Democrático de Derecho, la noción de bien jurídico desempeña un rol preponderante. Decididamente define la función del Derecho Penal y, por consiguiente, clarifica los límites del *ius puniendi*, confiriendo, por lo demás, la legitimación del mismo Derecho Penal.

2. Alcances del bien jurídico

2.1 Definición

El sistema clasificatorio de la parte especial tiene su asiento en el bien jurídico amparado; además, es el fundamento del injusto penal. Así lo reconoce el art. IV del Título Preliminar del Código Penal peruano, según el cual, la pena necesariamente precisa la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley. Al Derecho Penal — escribe Jescheck — le corresponde la misión de proteger los bienes jurídicos. En toda norma jurídico-penal subyacen juicios de valor positivos sobre bienes vitales indispensables para la convivencia humana, que son por ello, merecedores de protección mediante el poder coactivo del Estado representado por la pena. La ilicitud — continúa — no se agota en la relación existente entre la acción y la norma, pues, posee también un significado material (ilícito material). Una acción es materialmente ilícita en función de la infracción que se supone al bien jurídico protegido por la norma correspondiente. El bien jurídico constituye el punto de partida y la idea que preside la formación del tipo.¹

A propósito vale citar a Baumann, para quien el delito es, en primer lugar, la lesión de un bien jurídico y solo complementariamente la violación de un deber jurídico, y no al contrario.² También merece mencionarse el § 2 del Proyecto Alternativo Alemán: "Las penas y medidas de seguridad sirven para la protección de los bienes jurídicos y para la reinserción social del agente en la comunidad jurídica".

Con el acento en la política criminal, Figueiredo Dias, expresa que en un Estado de Derecho material le cabe al Derecho Penal una exclusiva función de protección de los bienes fundamentales de la comunidad, de las condiciones sociales básicas necesarias para la libre realización de la personalidad de cada hombre y cuya violación constituye el delito.³

El bien jurídico es pues, el "ojo de la aguja" por el que tiene que pasar los valores de la acción: ninguna reforma del Derecho Penal puede ser aceptable si no va dirigida a la protección de un bien jurídico por más que esté orientada a valores de la acción.⁴ La intervención del Derecho Penal es cernir determinados valores éticos-sociales del fuero interno y tratarlos dentro de los marcos compatibles que son justamente los principios de legalidad y de protección de bienes jurídicos. El respeto reverente por estos límites torna permisible la natural justificación de las prohibiciones y mandatos que establece el Derecho Penal; he ahí, la relación con la teoría de la prevención general positiva y la explicación de la formalización del control social.

El bien jurídico es una viga maestra del nuevo sistema punitivo peruano. El bien jurídico como lo hemos señalado, constituye un principio garantizador de carácter informativo. La sociedad en general y cada miembro de ella, en particular, debe saber lo que realmente se está amparando, y, sobre las cuales se asienta dicha protección o amparo. En consecuencia, el injusto y todo el delito en sí, giran en torno al bien

1. Hans Heinrich Jescheck, *Tratado de Derecho Penal*, I/316, Barcelona, 1994.

2. Jorgen Baumann, *Derecho Penal: Conceptos fundamentales y sistema*, Ed. Depalma, B. Aires, 1973, p. 53.

3. Jorge Figueiredo Dias, "Direito Penal e Estado de Direito Material", en *Revista de Direito Penal*, 1992, pp. 86 y ss.

4. Winfried Hassemer, — Francisco Muñoz Conde, *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1989, p. 102.

jurídico. El *corpus* legal tiene la virtud de haber construido bienes jurídicos que constituyen los intereses y aspiraciones de las grandes mayorías nacionales que siempre han sido siempre del pueblo. El etiquetamiento del delito y delincuente se ha orientado siempre a los sectores de la comunidad. A partir de ahora la criminalización penal se dirige también hacia los sectores de la capa dominante.⁵

Hasta aquí hay un claro consenso del principio del bien jurídico. Los problemas aparecen en cuanto se pretende hacer del bien jurídico un exacto criterio delimitador de los márgenes penalizables. Pero las dificultades — apunta Costa Andrade — suben de tono cuando — en la línea de un moderno movimiento de apertura del sistema dogmático a las exigencias de los problemas político-criminales se procuran formas de superación, aparentemente invencibles entre un bien jurídico en sentido dogmático e inminente al sistema y un concepto jurídico transcendente y, por ende, vocacionalmente crítico.⁶

2.2 Panorama histórico

La historia del bien jurídico tiene remotos antecedentes, pero recién en 1834 que se identifica fundacionalmente con Birnbaum — notable penalista alemán — al precisar la expresión de bien jurídico dentro de una línea progresiva y coherente.⁷

5. Raúl Peña Cabrera, *Tratado de Derecho Penal, parte general*, Ed. Jurídica Grijley, Lima, 1994, p. 76.

6. Manuel Costa Andrade, "La nueva Ley de los delitos contra la economía a la luz del concepto de bien jurídico", en *Direito Penal Económico*, Coimbra, 1985, pp. 71 y ss.

7. J. M. Birnbaum, "Über das Erfordernis einer Rechtsverletzung zum Begriff des Verbrechens mit besondere Rücksicht auf den Begriff der Ehrenkränkung", *Archiv des Criminalrechts*, Neue Folge, 1834, pp. 149 y ss.

Resumiendo el proceso histórico del bien jurídico lo esquematizamos de la siguiente manera:

a) Es usual comenzar con el referente de delito como lesión de un derecho subjetivo del individuo o de la propia comunidad, consecuencia de la teoría iluminista. Así lo destacan doctrinal y legislativamente autores como Hammel y Feuerbach.

b) No es pacífico entre los autores de entonces los vínculos ha establecer entre la primera teorización de bien jurídico — se alude a Birnbaum — y al anterior concepto material del delito en el Iluminismo. Entre los autores de entonces corresponde a Amelung interpretar a Birnbaum, puntualizando que la fundamentación de los "delitos contra la religión" de éste se gestó como reacción a la noción iluminista.⁸

c) A mediados del siglo XIX la elaboración del bien jurídico es más racional, y tal tarea pertenecen a Liszt y Binding, fijándose en forma estable, ocupando el centro de la teoría del delito, más allá del tinte positivista que alimentó tal percepción. En efecto, Binding creía que el bien jurídico era "todo lo que a los ojos del legislador, tiene valor como condición para una vida saludable de los ciudadanos"; siendo diferente el posicionamiento filosófico de Liszt por el interés, de este jurista, por la ideología del Estado liberal, concretamente por dibujar una noción material del delito. Es por ello que Liszt sostiene que la función del Derecho Penal consiste en la protección de intereses humanos vitales y la salvaguarda de condiciones históricamente necesarias al funcionamiento y sobrevivencia de un orden nacional. Estima — Liszt — a la pena "como forma de

8. S. K. Amelung, *Rechtsguterschutz der Gesellschaft*, Frankfurt, Athendum Verlag, 1972, pp. 40 y ss.

protección del bien jurídico, una creación y una función social-estatal".⁹

d) La filosofía neokantiana auspicia el aspecto teleológico del bien jurídico, el *telos* o la *ratio legis* de las normas penales. La influencia es de Honing: El bien jurídico es el cajón de sastre donde se guarecen todos los elementos del tipo, modalidades de acción y perfiles personales del infractor.

En suma, Honing, piensa que el bien jurídico es el "fin reconocido por el legislador en las prescripciones penales en su formulación más breve; aquella síntesis categorial con la cual el pensamiento jurídico pretende apresar el sentido y el fin de las singulares prescripciones penales". Y concluye: más, precisamente, porque, en síntesis, el objeto de tutela es apenas un producto de reflexión específicamente jurídica. Es decir, los objetos de tutela no existen como tales, solamente la vida en el momento en que consideramos los valores de la comunidad como objeto de las pretensiones penales.¹⁰ Participaron de estas ideas, autores como Hegler, Grunht, Schwinge, Zimmerl, Radbruch etc.

e) La dictadura nacional-socialista, concretamente la escuela de Kiel, prohibió a juristas (Dahm, Schaffstein) que concebían al bien jurídico como un "demonio heredado de la cosmovisión liberal". Precizando aún más, Schwinge y Zimmerl: la moderna teoría del bien jurídico sirve de orientación al derecho en la dirección al concepto de comunidad y a la compenetración del ordenamiento jurídico con el espíritu del nacional-socialismo.¹¹ De ahí la preci-

ón de Angioni en el sentido que el bien jurídico fuese reducido a un mero nombre. El contenido material fue desvanecido y perdió la función de garantía y de crítica.¹²

f) Los cambios sociales acontecidos después de la guerra mundial contribuyó a un mejor derecho penal pletórico de garantías para la persona humana.

En esta línea Jäger y Roxin tratan de edificar un concepto que se perfilase como objeto de tutela de las normas penales y no como su resultado ya que tutelar y crear bienes jurídicos son cosas inconciliables entre sí. Algo más, Jäger busca definir los bienes jurídicos como "estados valiosos susceptibles de ser modificados por la acción humana y susceptibles, por ello, de ser protegidos por aquellas modificaciones mediante las leyes penales. En otras palabras, son estados que pueden ser lesionados y defendidos".¹³

g) La corriente liberal permite el acuífamiento de un bien jurídico que va a funcionar como fundamento y límite de la legitimidad del Derecho Penal, enriqueciéndose con el principio de dañosidad social como idea rectora de lesión de dichos bienes jurídicos y, por consiguiente, la noción de ilicitud material. Las opiniones se distancian en tanto a la importancia que se le otorgue a la dañosidad social. En efecto, Rudolphi sugiere "individualizar el concepto de bien jurídico que externe un presupuesto para la vida próspera en común de los individuos en nuestra sociedad políticamente organizada, delimitándolo cuidadosamente de los puros principios morales, cuya violación no revista efectos sociales"; según este autor, se reclama, "un cuidadoso análisis de sociedades políticamente organizadas, tal como

9. Franz Von Liszt, *Derecho penal*, t. I, p. 63.

10. Richard Honing, *Die Einwilligung des Verletzten*, t. I, Berlín, Benschmeier, 1919, pp. 94 y 106.

11. Cit. por Baratta, *Positivismo Giuridico e Scienza del Diritto Penale*, Milano, 1966, p. 35.

12. F. Angioni.

13. Jäger, *Strafgesetzgebung und Rechtssäterschutz bei sittlichkeitsdelikten*, Stugart, Ferdinan Enke verlag, 1957.

se prevé en el marco de la Constitución, bien como un examen profundo de aquellas condiciones y funciones en que se apoya nuestra vida social al interior de la Carta Política y que importa proteger de daños y perturbaciones". Rudolphi, termina considerando a los bienes jurídicos como "unidades funcionales valiosas para nuestra sociedad regida constitucionalmente y, por tanto, también para la posición y la libertad de ciudadanos individualmente considerados"; adiciona el ejemplo de la "administración de justicia como verdadera unidad funcional necesaria para una sociedad constitucionalmente organizada".¹⁴

Amelung, a su paso expresa: "dañoso para la sociedad es un hecho disfuncional, un fenómeno social que impele o por lo menos dificulta al sistema en su propia sobrevivencia. El delito es apenas especial del fenómeno disfuncional en la medida que contraría una norma institucionalizada que es necesario para resolver el problema de la sobrevivencia social. La función del Derecho Penal es la de actuar en sentido contrario como mecanismo de control social".¹⁵

El balance es claro. El espectro del bien jurídico — dice Costa Andrade — se amplía notablemente y se encara de esta manera la radical variedad de las apoyaturas ontológicas, al par que se destacan los bordes de bienes como vida, la integridad física del hombre o las cosas objeto del delito de daños, y de construcciones jurídico-económicas como la propiedad, el patrimonio; aparecen "cosas" como la ordenación económica y sus múltiples subsistemas, v.g., la concurrencia, la estabilidad de precios, el abastecimiento regular del mercado de ciertos productos, la confianza en la

autenticidad de los productos que pasan por los circuitos comerciales etc. Es un desafío que no parece estar más allá de las fuerzas del Derecho Penal, a pesar de todo, y la realidad cultural de siempre. Capaz, por ello, de preservar la identidad propia y las identidades de sus instrumentos teóricos por sobre la dispersión del mundo ofrecido al hombre, o del mundo construido por el hombre.¹⁶

2.3 Visión actual

Interesa destacar la concepción que del bien jurídico tiene el Código en vigencia. El paradigma no es el de antaño que incidía sobre la actitud moral del sujeto; el acento ahora, está puesto en el objeto de protección de el Derecho Penal y que, precisamente viene rodeado por el discurso político. Los reformadores no tuvieron otra salida que atender los múltiples reclamaciones procedentes de la vida social, de las relaciones universales y masivas, lógicamente concretas, para ello se superó la visión unilateral circunscrito al desvalor de resultado, rectificándose esta apreciación equivocada al considerar que en un Estado de Derecho y Democrático el fundamento del injusto se apoya y se nutre de los bienes jurídicos. El carácter pluralista se da en cuanto a las selecciones democráticas de ciertas relaciones sociales específicas, y estimándose a la vez, como esenciales para la existencia y desarrollo del sistema. Las normas penales parten de la premisa y del apoyo de las relaciones sociales para escoger primero, y pretender después, la tutela de los bienes jurídicos surgidos. Definitivamente, las normas recaen sobre actos humanos, pero la apreciación de éstos se destaca en cuanto forman parte del bien jurídico, seguidamente, señalando

14. H. J. Rudolph, "Die verschiedenen Aspekte des Rechtsgutsbegriffs", en *Festschrift für R. Götingen*, Otto Schwartz, 1970, pp. 161 y ss.

15. K. Amelung (n. 9), p. 361.

16. Cit., pp. 82 y 83.

la responsabilidad por el hecho y de la lesividad al bien jurídico, en referencia. Junto al desvalor del resultado aparece el desvalor del acto que acompaña al injusto, dándose cumplimiento así a los requisitos previos y necesarios para la responsabilidad penal.

En el Derecho Penal de nuestros días se respira una atmósfera de vasta aceptación, en el sentido que tiene una finalidad específica: la protección de bienes jurídicos; pero la atmósfera se enrarece un tanto en cuanto los analistas tratan de abordar la naturaleza del bien jurídico.

La experiencia social y política de los últimos tiempos, enseña que, es en democracia — entendida en su mejor sentido de participación en las decisiones de gobierno y en el indetenible proceso dialéctico — la forma como se soluciona y acomete las diversas maneras de afrontar las deformaciones de las necesidades humanas. En otros términos, la democracia dinámica, dialéctica y participatoria del pueblo es incuestionablemente el único medio para alejar la alienación humana, teñida por el egoísmo, la ambición exagerada por el poder o la atracción ilimitada por la riqueza. Sin democracia o con democracia deformada no hay justicia, no hay paz y, por ende, seguridad jurídica.

3. El bien jurídico en los delitos económicos

3.1 Derecho Penal Económico

Hubo de esperarse la primera conflagración mundial para contemplar un laborioso comienzo de un propio Derecho Penal Económico. Así Barbero señala que la cita de alguna aislada infracción contra la economía prevista por el Derecho Romano, u otros ordenamientos de la Antigüedad o Edad Media, no permite llegar a una conclusión distinta: el Derecho Penal Econó-

mico comienza en la Primera Guerra Mundial. Su consolidación se acentúa con ocasión del VI Congreso de Derecho Penal de la Asociación Internacional de Derecho Penal (Roma, 1953), intitulado: *Le droit pénal social économique*. Comenta que ante la vaguedad e imprecisión, según él, de una expresión desconocida en la terminología jurídica de su país, restringe el análisis al derecho penal de la economía de guerra. Por otro lado, Robert Vouin, señala que el derecho penal social económico encuentra su expresión en dos ordenanzas de 30.6.45, relativa a los precios y a las infracciones contra la legislación económica, y en disposiciones complementarias.¹⁷

Hasta hace poco se cuestionaba la existencia de un Derecho Penal Económico, actualmente la tendencia es contraria. Así Soler llamaba a reflexión acerca de un tema jurídico que desde hace algún tiempo viene postulándose con un rótulo lanzado acaso sin el debido examen — nos dice — e sus ventajas y de sus riesgos. Ese rótulo es el llamado Derecho Penal Económico.¹⁸

Este autor cuestiona la existencia de un Derecho Penal Económico, precisando que no hay razones serias para apoyar su autonomía y que por el contrario, será inconveniente apartarse de los principios que cumplieron la función histórica de unificar el Derecho Penal, pues junto con esa sistematización se consolidó en medida insospechada por las viejas leyes penales, el respeto a la dignidad de la persona humana, la igualdad de todos ante la ley y la

17. Marino Barbero Santos, *Los delitos contra el orden socioeconómicos: Presupuestos en la reforma penal*, Cuatro cuestiones fundamentales, Universidad de Madrid, España, 1982.

18. Sebastián Soler, "El llamado Derecho Penal Económico", en *Revista Mexicana de Derecho Penal*, 17/34, México, 1975.

seguridad jurídica.¹⁹ Hubo momentos en que se advirtió cierta inclinación a convertir el Derecho Penal Económico en una rama autónoma e independiente del Derecho Penal, posición evidentemente excesiva que tiende a desaparecer.²⁰ Rigut niega también la autonomía pero acepta que en Derecho Penal Económico pueden advertirse particularidades que lo conforman como una especialidad.²¹

El destacado jurista alemán Tiedemann aseveraba primigeniamente que los conceptos de Derecho Penal Económico y delito económico no eran claros ni unívocos,²² acotaba que se podía esbozar, en primer término, un concepto limitado del Derecho Económico y del Derecho Penal Económico, abarcando sectores del Derecho (Penal) que tutelaban primordialmente el bien jurídico constituido por el orden económico estatal en su conjunto y, consecuentemente, el flujo de la economía en su organicidad; en una palabra, la economía nacional, concibiendo al Derecho Penal Económico en sentido restrictivo como derecho de la dirección de la economía por el Estado.²³

Posteriormente, señala que el Derecho Penal Económico ha ido ampliando su ámbito de conocimiento. Así se entendía hasta hace pocas décadas como aquella parte del Derecho Penal que reforzaba con la intimidación penal el Derecho Económico Administrativo, es decir, el derecho de dirección y control estatal de la economía. Esto implicaba una reducida materia especial fuera del Código Penal. Hoy, en Alemania, se

entiende el Derecho Penal Económico en un sentido más amplio, como consecuencia del progreso del Derecho Económico hacía una disciplina autónoma ampliamente separada del Derecho Administrativo.²⁴

El Derecho Penal Económico ha experimentado en los últimos años un avance verdaderamente significativo en el estudio y aplicación de las teorías que tratan de explicar los múltiples y complejos connotaciones y la construcción de figuras legales (penales) en procura de resolver los conflictos y problemas que vienen surgiendo.

En suma, el Derecho Penal Económico es un derecho interdisciplinario punitivo que protege el orden económico como última *ratio*, es decir, el último recurso ha utilizar por el Estado y luego de haber echado mano de todos los demás instrumentos de política económica o de control de que dispone, para una eficaz lucha contra las diversas formas de criminalidad económica. Las graves disfunciones y crisis socioeconómicas justifican la intervención del Estado en materia económica y recurrir al Derecho Penal para resolverlos y asegurar el bienestar común.²⁵

3.2 El bien jurídico en los delitos económicos

El primer problema que afronta el Derecho Penal Económico incide sobre la validez, procedencia y utilidad de apelar al concepto de bien jurídico. Acto seguido, el amparo de bienes jurídicos distintos y autónomos,²⁶ o como

19. Soler, cit., p. 42.

20. Eduardo Novoa Monreal, *Reflexiones para la determinación y delimitación del delito económico*, p. 100.

21. Novoa, cit., p. 10.

22. Klauss Tiedemann, *Poder económico y delito*, Ed. Ariel, Barcelona, 1985, p. 9.

23. Cit., pp. 18 y 19.

24. Klauss Tiedemann, *Lecciones de Derecho Penal Económico* (comunitario, español, alemán), Edit. PPU, Barcelona, 1993, p. 31.

25. Raúl Peña Cabrera, *Tratado de Derecho Penal, parte especial*, t. III, Ed. Jurídicas, Lima, 1994, p. 124.

26. Costa Andrade, cit., p. 86.

quiere Hassemer que la tal autonomía se sujete a la “aparición de sociedades modernas”, nuevas posibilidades de lesión de bienes jurídicos preexistentes.²⁷

Tal postura, no es de recibo para la Criminología que se ocupa también del fenómeno criminal económico. Así, Sutherland asimila el delito contra la economía a la noción criminológica de *white-collar crime* o con el concepto más amplio de *occupational crime*.

Actualmente, la opinión dominante es la delimitación del Derecho Penal Económico considerando la autonomía de los bienes jurídicos. En este sentido coinciden Kurt Lindemann, Eberhard Schmidt, Klaus Tiedemann en Alemania y muchos más fuera de ese país.

Schmidt piensa en el delito contra la economía como: “Las infracciones que lesionan los intereses estatales en la existencia y conservación del orden económico establecido por el Estado, vulnerando este ordenamiento en su conjunto o en sus ramas particulares como presupuesto necesario de la capacidad del Estado para realizar superiores tareas económicas”.²⁸

Para Tiedemann, “el Derecho Penal Económico es la rama del derecho que le compete tutelar primordialmente el bien constituido por el ordenamiento jurídico estatal en su conjunto y, en consecuencia el curso normal de la economía en su organicidad, es decir, la economía nacional”.²⁹ Agrega Tiedemann, que lo que verdaderamente lo define es precisamente la autonomía de los bienes jurídicos, caracterizados por

su naturaleza supraindividual; de modo que Tiedemann distingue dos clases de bienes jurídicos: individuales y supraindividuales, y que en caso de conflicto, los primeros tienen supremacía o preferencia, lo cual posee profundo significado, pues la persona humana es la referencia necesaria para todo el ordenamiento jurídico, particularmente el penal.

Sin embargo, conviene no olvidar — dice Tiedemann — que el descubrimiento de estos bienes jurídicos han sido muchas veces “provocado” por las dificultades, v.g., de criminalística o limitaciones de figuras clásicas de delitos para hacer frente a conductas antisociales en áreas como el sistema de crédito, las subvenciones o subsidios etc.; en suma, sin olvidar, asimismo — apunta Costa Andrade — que frecuentemente, conductas en abstracto subsumibles en previsiones típicas de delitos clásicos, por ejemplo, delitos contra el patrimonio, pueden en atención a las dimensiones e impacto estratégico de sus daños, o la agresividad de los medios empleados, convertirse — de acuerdo a la idea del carácter supraindividual del bien jurídico — en delitos contra la economía,³⁰ como son los daños que ocasionan el sabotaje económico, las manipulaciones fraudulentas cometidas por medio de las computadoras.

Veamos más de cerca los bienes jurídicos del Derecho Penal Económico:

a) La naturaleza supraindividual de estos bienes jurídicos amparados por el Derecho Penal Económico se caracterizan por el respaldo económico que otorgan al sistema económico imperante, haciéndolo funcional e, inclusive implementán dolo. Ello permite — enfatiza Tiedemann — establecer una frontera entre dos órdenes de valores o intereses: de un lado, los que destacan la vida comunitaria como sistema eco-

27. W. Hassemer, “*Teorie und soziologie des verbrechens*”, *Ansätze zu einer praxisorientierten Rechtsgutslehre*, Frankfurt, Europäische verlagsanstalt, 1980, p. 75.

28. Schmidt, *Das neue westdeutsche wirtschaftsstrafrecht*, Tübingen, L. C. Mohr, 1950, pp. 20 y ss.

29. Tiedemann, cit., p. 35.

30. Costa Andrade, cit., p. 90.

nómico con sus conflictos reales; de otro, las que se agotan en el interior de la propia administración, como los intereses específicos, destinados a garantizar una cierta transparencia de la vida económica a través de acciones de registro, comunicación, información etc., impuestos a los operadores económicos. Esta distinción debe verse no en términos absolutos, en el sentido de que la violación de los primeros postulan siempre responsabilidad criminal, en tanto, que los segundos, mera contravención. Significa, pues, que cuando la norma incriminadora cubre los valores del primer tipo, ello implica que no debe referirse a conductas que apenas sacrifican intereses del segundo grupo, que por razones más de técnica o formulación legislativa pueden aparentemente subsumirse.

Actualmente el liberalismo económico ha desestabilizado figuras delictivas, por ejemplo la especulación. Bien sabemos que el tipo penal acuñado pretendía la estabilidad de los precios; pues ahora, simplemente no hay precios estabilizados o controlados, o si las hay, la elasticidad prepondera. Ocurre que el legislador se retrae del famoso control mediante la intervención de la autoridad en la conformación de los precios, bastando la recepción de informaciones o el conocimiento del curso de los mismos. La pulsación se orienta a la desincriminalización sin excluir la atenuación a una responsabilidad contravencional administrativa.³¹

b) Indudablemente la génesis histórica y consolidación de los bienes jurídicos supraindividuales es obra del intervencionismo estatal. No era dable contemplar la "espontaneidad" ni solazarse con el "fluir natural de la economía". De ahí que la normatividad se dirigiera a cautelar intereses colectivos. Esto explica, en parte, que el legislador — para el

mejor cumplimiento de las finalidades sociales — recurra a la instrumentalización del delito de peligro abstracto. Ello se debe a que exclusivamente el recibo del daño efectivo, e inclusive el mismo peligro concreto en la práctica es un aliento a la impunización y, sobre todo, la evaporización de los beneficios preventivistas.³²

También es conveniente tomar en cuenta otros factores sumatorios: el carácter heterodoxo de estos bienes jurídicos, su índole conflictual y, lo más importante, la falta de interiorización de la norma por parte de los operadores económicos. Profusamente la Criminología nos muestra que los delincuentes de *cuello blanco* perpetran los delitos contra la economía sin quebranto alguno a los valores dominantes en el sector social privilegiado a que pertenecen. Paradójicamente esta clase de delincuencia parecen interpretar auténticamente tales valores. Las reacciones estatales no logran estructurar sólidamente la conciencia colectiva ante la dañosidad social de estas conductas.

c) Se afirma — con cierta insistencia — la naturaleza "artificial" en la construcción de estos bienes jurídicos. Efectivamente son bienes jurídicos sin pasado histórico, más estrictamente, con ausencia referencial ontológica, diferente, v.g., con la vida, la propiedad, el honor etc.; asimismo no es producto de una de captación o filtro cultural que puede ayudar a una adecuada identificación de objetivos, y lo que, por supuesto, torna difícil el consenso; situación que lleva a Costa Andrade a reflexionar que la rigurosa identificación de estos bienes jurídicos se hace a costa de múltiples elementos hermeneúticos, apelando a designaciones procedentes de la propia descripción de la conducta incriminada. Así, por lo menos desde el punto de vista cognosciti-

31. Cf. K. Tiedemann, cit., p. 39.

32. Cf. Costa Andrade, cit., p. 93.

vo, el bien jurídico en el Derecho Penal Económico puede ser posterior a la identificación del respectivo ámbito de tutela.³³ Tratándose de bienes jurídicos supraindividuales — escribe Tiedemann — no tiene substrato concreto objetivo de acción. Una segura identificación y delimitación de específicos bienes jurídicos depende también de determinadas posibilidades de acción y modos de agresión.³⁴

Los cambios constantes de la concepción en materia económica y de política criminal repercuten en alteraciones y mudanzas en la legislación pertinente haciendo suponer la índole temporal o de emergencia de estas leyes, lo cual necesariamente no es verdad. En puridad, hay casos de discontinuidad del hecho ilícito. Tal panorama crea una atmósfera de potenciales riesgos para el principio de irretroactividad de las leyes penales, peligros que pueden y deben conjurarse apoyándose en la prudencia legislativa y la discrecionalidad judicial.

No es sensato negar las dificultades en torno de la determinación del bien jurídico, pero sopesando las mismas, en conjunto el problema es superable. De ahí que el Derecho Penal Económico le corresponde desempeñar un rol significativo. Recordemos muchos bienes jurídicos intermedios entre los del Estado frente a los agentes económicos individuales. Léase también consumidores. Ejemplos son el mercado de capitales y el tráfico crediticio, valorando jurídicamente las aristas de las sociedades mercantiles, todo lo cual es merecedor de amparo legal.

El problema entonces — recalca Tiedemann — es saber si este bien jurídico merece protección penal de *lege ferenda* (y deviene bien jurídico colectivo penal) y de *lege lata*, si tipos penales como la quiebra fraudulenta, estafa de

créditos, estafa en inversiones, delitos bursátiles etc. sirven suficientemente a la protección de este bien jurídico colectivo.³⁵

Respuesta coherente lo viene a dar la potencialidad o efectividad de lesionar o poner en peligro bienes de otros, distintos al acreedor específico. En otras palabras, unidas la experiencia empírica, la valorativa, no cabe pizca de duda que las quiebras fraudulentas y las estafas crediticias repercuten negativamente en la vida comercial de las empresas.

3.2.1 Peligro Abstracto

El debate en la doctrina alemana es instructivo sobre la procedencia de los delitos de peligro abstracto; se trata de sustituir los delitos de peligro concreto, pues la prueba del peligro efectivo suscitaría, en la práctica, las mismas dificultades que la prueba del daño. Tal solución — anota Tiedemann — sería totalmente vacía de contenido o comprometería irremediablemente la practicabilidad del nuevo derecho. Pues el juez sería llevado a concluir, directa o indirectamente, a partir de la efectiva obtención de la subvención o el crédito por la exigencia del peligro anticipado; además esta prueba posterior sería prácticamente supérfluo y convertiría la exigencia del peligro en elemento fantasma del tipo; o el juez debería averiguar procesalmente la situación de peligro, *ex ante* existente, independientemente del resultado posterior, o que lo colocaría ante insuperable dificultades de prueba.³⁶

Una consideración histórico-genética en la perspectiva de la tutela de los bienes jurídicos clásicos, máxime el patrimonio individual o colectivo, tales infracciones configuran verdaderos deli-

33. Costa Andrade, cit., p. 94.

34. K. Tiedemann, cit., p. 38.

35. Tiedemann, cit., p. 36.

36. Tiedemann, cit., p. 83.

tos de peligro abstracto. Ellos representan auténticas manifestaciones de *Vorfeldschutz* en relación a las figuras tradicionales de fraude, engaño etc. Las cosas pueden ganar otros contornos cuando en las línea de lo ya dicho, se elevan ciertas unidades funcionales, ciertas instituciones parciales o subsistemas de ordenación económica a la categoría de autónomos bienes jurídicos supraindividuales y se inscriben en la constelación de valores a tutelar criminalmente. Pues, como apunta Tiedemann, esos "objetivos o bienes intermedios, situados entre los intereses individuales y los supremos intereses del Estado", pueden ganar significado propio no como reflejo o derivado de los valores o intereses individuales. Tal vez una tal consideración de cosas no sea suficiente para imponer una reorientación en la categorización dogmática de este género de infracciones. Pero obligará a entender, como quiere Tiedemann, que: "mantener en este dominio el concepto de delito de peligro abstracto, entonces será forzoso concluir que el delito de peligro abstracto constituye la forma típica de infracción, ajustada en esencia a los bienes jurídicos supraindividuales a tutelar."³⁷

Los bienes jurídicos supraindividuales (sociales) favorecen la tendencia expansiva del Derecho Penal, por ejemplo a través de la creación de tipos de peligro abstracto, con lo que los bienes jurídicos supraindividuales o sociales serían frecuentemente expresiones vacías sin una existencia real.³⁸

En España, se ha esgrimido objeciones a este posicionamiento. Stampa Braun³⁹ y Muñoz Conde,⁴⁰ entre otros,

seguramente influyeron para que el Proyecto del nuevo Código Penal de 1992, abdicara de incluir tipos penales de peligro abstracto.

3.3 El Código Penal peruano y bien jurídico

El rol que cumple el Derecho Penal contra la delincuencia económica está guiado por el principio de igualdad ante la ley penal. Hasta la dación del Código Penal peruano de 1991 (vigente desde el 26.4.91), el Derecho Penal era un instrumento, extremadamente, de los grupos de poder económico y político. Para revertir este orden se han realizado estudios importantes en la dogmática jurídico-penal concretizándose en legislar punitivamente contra la delincuencia económica y, para ello, convertir, a su vez, al Derecho Penal en un verdadero medio de libertad y progreso social, otorgando oportunidad a todos y construyendo un campo mínimo de convivencia pacífica.

El nuevo Código Penal ha emprendido esta obra tipificando los delitos económicos para incidir sobre la desviación de las clases dominantes, o sea, queda atrás el Derecho Penal concebido como instrumento de opresión de clase para asumir reacciones estables acordes con la naturaleza intolerable de las conductas que atentan contra importantes intereses sociales supraindividuales.

Ahora bien, lo importante es valernos de ciertas claves constitucionales y económicos vigentes en una sociedad moderna, para arribar a una interpretación que precise la naturaleza y extensión del bien jurídico a tutelar. Existe una arraigada tendencia del Estado a intervenir febrilmente en la vida económica. La economía de mercado — polarizadamente — ha dejado de ser un sistema de ordenación civilizada, pues la economía capitalista se caracteriza, ahora, por obviar sus propias reglas, e

37. Tiedemann, cit., p. 85.

38. *Lecciones de Derecho Penal Económico*, Barcelona, 1993, p. 35.

39. Stampa Braun-Bacigalupo, *La reforma del Derecho Penal Económico español*, Madrid, 1980.

40. Muñoz Conde, *Cuadernos de Política Criminal*, 1982, pp. 107 y ss.

inclusive su propia supervivencia se encuentra amenazada.

En este sentido la Constitución peruana de 1993, alberga una serie de reglas de contenido concretamente económica, merced a los cuales se generan los principios que encauzan la actividad económica de los individuos y del Estado, e inspiran y fundamentan los distintos bienes jurídicos supraindividuales de rango penal.

Se infiere, entonces, que lo que se protege es el orden económico, es un orden económico preexistente e institucionalizado por la Constitución, pero — y esto es lo destacable — normado, derogado y controlado por disposiciones legales de la vida económica del país. Un orden económico social y justo es una de las metas a que debe aspirar una regulación jurídica preventiva. El orden económico supone la intervención pública en la medida en que ya nadie cree en la regulación espontánea del mercado por el equilibrio natural de las fuerzas que en él operan, y por ello, una de las claves para mantenerlo es que nuestra Constitución reconoce un sistema de economía mixta.

El Estado de Derecho democrático auspicia y asimismo debe esculpir en los códigos penales (parte especial) — al decir de João Marcello de Araujo Junior — una imagen del hombre, más no de cualquier hombre. Precisamente el hombre al cual nos referimos es aquel propia de una abstracción, que sirve, en la terminología política, para esencializar las realidades y los valores de nuestro mundo histórico y cultural: el hombre de un Estado Democrático de Derecho.⁴¹

El Derecho Penal liberal burgués — y gran parte el derecho positivo vigente — mantiene la idea utópica de la liber-

tad e igualdad general y con atención relevante del patrimonio y la vida. Sin embargo, la parte especial no reflejaba aún la percepción limitada de los goces de tales bienes jurídicos. Realmente ocurría que las categorías penales armonizaban con el estereotipo de hombre libre e igual. Hoy la situación es diferente. La imagen — escribe Araujo Junior — es otra, alejada de un individualismo estéril. Esta reconocido que el hombre no es absolutamente libre, ni por supuesto igual. Hay fuertes y débiles; hay ricos y pobres y, en consecuencia, hay domiación, hay poder y las oportunidades no son idénticas; razones por las cuales no todos pueden desarrollar igual y libremente su personalidad.⁴²

Las reivindicaciones que latén en un Estado de Derecho es por la erradicación de las irritantes desigualdades imperantes. Al Estado le cabe la difícil — pero inescapable — tarea de construir un Estado donde haya condiciones y bases reales para una genuina democracia, o por lo menos, aproximada.

El Estado democrático de Derecho al propugnar las condiciones reales y concretas para aspirar, tras el desarrollo de la personalidad y dignidad, a la libertad bajo el alumbramiento solar de los intereses superiores de la sociedad. En virtud de ello, el factor social prevalece sobre el individual, y que esclarece Hassemer al escindir: a) una prudente descriminalización en el ámbito de Derecho Criminal “clásico”; y b) una evidente criminalización de comportamientos hasta ahora limitados al llamado Derecho Penal accesorio (delitos fiscales, económicos, financieros). Esto tiene como consecuencia — desde el punto de vista jurídico — la sustitución, o al menos, tendencialmente, los bienes ju-

41. João Marcello Araujo Junior, *Dos crimes contra a ordem econômica*, Ed. RT, S. Pablo, 1995, p. 33.

42. De Araujo Junior, *Os Grandes Movimentos de Política Criminal de Nosso Tempo, Sistema Penal para o Terceiro Milênio*, Rev., Rio, 2.^a ed., 1992, p. 78-79.

rídicos individuales por los bienes jurídicos universales (colectivos) en una posición de pre-eminencia como el que ocupaban en el Derecho Penal (clásico).⁴³

La selección del bien jurídico generalmente se hace según criterios nada igualitarios. Las clases sociales más débiles constituyen la cantera y el blanco de la estigmatización de la dureza de la reacción penal. Es precisamente al Estado democrático que le corresponde corregir tal disfuncionalidad. De ahí el nuevo bien jurídico: el orden económico, que posee carácter supraindividual y que tiene por finalidad garantizar un justo equilibrio en la producción, circulación y distribución de la riqueza entre los grupos sociales.⁴⁴

Como se ve, la construcción de este nuevo bien jurídico no es fruto del capricho y menos de arbitrariedad. Welzel lo entendía como "un estado social deseable que el Derecho debe amparar".⁴⁵ Tal bien jurídico devela la clase de Estado definido en la Constitución.⁴⁶

Marinucci y Dolcini aseveran que un Estado moderno y secularizado, en el cual todo poder emana del pueblo, el Derecho Penal solamente puede estar constituido como estructura de tutela de bienes jurídicos, y solamente de bienes que ya están protegidos en la Constitución.⁴⁷

En suma, nuestra legislación y doctrina nacional como extranjera existen

dos clases de bienes jurídicos y fundados en la Constitución: el patrimonio individual y el orden económico (supraindividual).⁴⁸

3.3.1 Cinco años de delitos económicos en el Peru

No obstante de haberse consignado en el Peru una interesante regulación jurídico-penal sobre delitos económicos, como, asimismo, se aprecia la comprobación de la existencia de una preocupante distorsión de esta clase de infracción penal. En parte, esto se debe a la laxitud de la aplicación del sistema de libre mercado, pues, el liberalismo en plena ejecución es a ultranza. Es por ello que las restricciones del ejercicio del poder económico no ha llegado a plasmarse. En esta dirección ocurre lo mismo con los delitos financieros, en que la ley penal en blanco — específicamente, la Ley Financiera de Banca y Seguros — ha convertido a este tipo de infracción en cierto modo simbólico, pues no otra cosa significa la sustitución del delito de peligro abstracto por el concreto. Este mecanismo desvirtuador también se hace sentir en los delitos ecológicos ya que mediante el Código del medio ambiente torna muy difícil la sanción a aquellos que vulneran tan importante bien jurídico.

En relación con los delitos estrictamente económicos,⁴⁹ una institución burocrática — Instituto Nacional de la Competencia y de la Propiedad Intelec-

43. Winfried Hassemer, *Spunti per una discussione sul tema "Bene giuridico e Riforma della Parte Speciale"*, Napoli, 1985, p. 367.

44. Araujo Junior, cit., p. 36.

45. Hans Welzel, *Derecho Penal Alemán, Parte General*, Santiago de Chile, p. 15.

46. Marino Barbero Santos, "El Sistema punitivo español", in *Cahiers de Defense Sociale*, 1990, p. 48.

47. Giorgio Marinucci y Emilio Dolcini, *Studio di Diritto Penale*, Giuffrè, Ed. Milano, 1991, p. 72.

48. De Tiedemann a Bajo Fernández propugnan este concepto amplio de bienes jurídicos supraindividuales. Asimismo Günter Kaiser, *La criminalidad económica y la forma de combatirla*; Barbero Santos, *Delitos socioeconómicos*; Knut Amelung, *Rechtsgüterschutz und Schutz Gesellschaft*, Verlag, 1972, p. 350.

49. Jorge Rosas Yataco, *Balance de los Delitos Económicos en el Peru*, Debate Penal, n. 14.

tual — ha establecido una instancia administrativa, previa a la judicial. Los resultados no son todos halagüeños. Obviamente la economía de mercado instaurada en el país no se encuentra legitimada democráticamente. El *benefit of business* no es compatible con un Estado Democrático de Derecho. No

es suficiente entonces bajar la inflación e instaurar el orden público. El Derecho Penal Económico — positivizado en el país — requiere, es cierto la estabilidad de la economía; pero la demanda más exigente es la justa redistribución de los ingresos, exigencia previa para encarar la pobreza abatiéndola o amenguándola.

MACROCRIMINALIDAD ECONÓMICA

Apuntes para una aproximación metodológica

RAÚL CERVINI

Profesor de Derecho Penal en las Universidad
de la República y Universidad Católica del Uruguay.
Secretario General para América Latina
del International Center of Economic Penal Studies

1. Planteo preliminar — 2. Concepto de macrocriminalidad económica — 3. Metodología de apreciación de la macrodelincuencia económica — 4. Consideraciones finales sobre la trascendencia del criterio metodológico.

1. Planteo preliminar

El tema que nos convoca resulta a la vez extremadamente vasto y coplejo. La primera dificultad surge ya al momento de intentar un concepto mínimamente descriptivo y coherente de la macrocriminalidad económica que no se base en una mera apreciación cualitativa de ese fenómeno. Estamos persuadidos que la dimensión del daño material es sólo uno de los ingredientes — probablemente el más notorio — de esa manifestación de extracriminalidad. Ese orden de magnitud impone de por sí un esfuerzo adicional de profundización sobre el conjunto estructural que posibilita su actual expansión.

Nuestra primera intención será la de aproximarnos conceptualmente al fenómeno concibiéndolo como una forma de desviación estructural vinculada al manejo abusivo de ciertos mecanismos superiores de la economía. Este propósito impondrá ciertas aclaraciones técnicas, insoslayables para la comprensión del objeto.

Posteriormente, trataremos la metodología de comprensión de la macrode-

linuencia económica a través de dos modelos de análisis, a nuestro modo de ver, complementarios. En primer lugar, nos ocuparemos de las características y manifestaciones más salientes del fenómeno. Este planteo de acercamiento de tipo clínico, es decir, desde afuera hacia adentro, a partir del estudio de sus síntomas, deberá necesariamente complementarse con un análisis de esas mismas formas de extradelinuencia económica realizado a través de un estudio tomográfico del funcionamiento de los propios mecanismos económicos, procesado desde adentro hacia afuera.

Culminaremos nuestra exposición con unas breves reflexiones atinentes a la trascendencia de la elección del método, extensivas a la vigencia de ciertos paradigmas dogmáticos, a la especialización que requiere todo esfuerzo serio de legislar en la materia y, finalmente, a la imprescindible concreción del bien jurídico.

2. Concepto de macrocriminalidad económica

1. Anticipándose a su tiempo, hace más de treinta años, Roberto Lyra fue

de los primeros en señalar y caracterizar la macrocriminalidad económica como un abanico de formas de delincuencia muy perfeccionadas, de enorme daño social, que se mostraban cada vez más accesibles a la evidencia científica, pese a lo cual raramente aparecían tipificadas en la ley penal. Agregaba finalmente que en el hipotético caso de encontrarse previstas en la norma penal, "las autoridades no quieren o no pueden alcanzarlas".¹ Sus observaciones reflejaban una aproximación criminológica sumamente certera que, pese al tiempo transcurrido, mantiene clara vigencia, incluso confrontada con las más recientes elaboraciones doctrinarias. En el decurso de este trabajo, al analizar las notas definidoras de la macrocriminalidad económica, pondremos especial énfasis en esos filtros del sistema penal que engendran y recrean tan intolerable invulnerabilidad.

2. En el campo más reciente y revulsivo del Derecho Penal Económico, el Profesor norteamericano Severin, quien reúne la doble condición de abogado criminal y economista, reflexiona en el sentido que la macro o extracriminalidad económica contemporánea (como él prefiere llamarla a fin de evitar equívocos), configura la expresión emergente de una nueva forma de desviación estructural, aquélla vinculada al ejercicio abusivo de los mecanismos o resortes superiores de la economía, fundamentalmente a los conocidos como mecanismos económicos abiertos, a saber: los mecanismos del equilibrio de la economía nacional con el mundo exterior (mecanismo de los cambios), los de transformación del capital en renta, y de la renta en capital (mecanismos financieros y bursátiles) y finalmente los del equilibrio entre la producción y el consumo (manejo de los

commodities, abusos al consumidor etc.).²

Los conceptos del mencionado Profesor de Austin requieren, a nuestro modo de ver, ciertas precisiones terminológicas y conceptuales complementarias que hacen fundamentalmente a la Teoría Económica.

2.1 En algunas ocasiones ciertos publicistas interesados en el campo de la delincuencia económica han conectado inadecuadamente la llamada macrodelincuencia económica con la macroeconomía, al tiempo que también han intentado asociar las manifestaciones de microdelincuencia con la microeconomía.³ Ese paralelo analítico es científicamente inapropiado y supone un grueso error conceptual que imposibilita una comprensión global del tema que nos ocupa.

La macroeconomía, y consiguientemente la teoría macroeconómica, se ocupa del comportamiento, equilibrio, evolución y ajuste de variables globales, entendiéndose por variables globales las que se refieren a fenómenos económicos en conjunto, normalmente relativas a un espacio económico delimitado económica o políticamente: una región o un país. Entre las variables de este tipo encontramos: el ingreso nacional, el producto nacional, el nivel general de precios, el nivel de ocupación del total de la población, las exportaciones e importaciones totales, los impuestos recaudados globalmente por el gobierno, el stock monetario etc.

2. Louis W. Severin, *Recent Developments in Relation to Economic Crimes*, Ladelt Ed. Austin, 1991, pp. 42 y ss.

3. Posición sostenida, entre otros, por Fernando Benilar, "La Criminalidad en Cifras", *Fascículos del Círculo Bancario Bolivariano*, 3/20, La Paz, may.-jun./91; George Rubin, *The Conglomerate of Crime*, Hamilton Ed., Siracusa, Nueva York, 1989, p. 62.

1. Roberto Lyra, *Criminología*, Ed. Forense, Rio, 1964, pp. 59 y ss.

Por su parte, la microeconomía y su teoría, también conocida como teoría de los precios, se interesa en la conducta de los agentes económicos individuales (empresarios, consumidores etc.) y de los resultados de esas conductas que se adoptan de acuerdo a determinados objetivos.⁴ No obstante estas diferencias conceptuales tan tajantes, es posible intentar — así lo hace por ejemplo la teoría del equilibrio económico general — una explicación de los valores y evolución de las variables globales a partir de la explicación de la determinación de los valores y evolución de las variables individuales. Esta flexibilización se encuentra en la base de los planteos de Severin, cuyo concepto de extradelincuencia económica se alcanza con corte transversal a través de los mecanismos económicos, lo que le permite integrar variables macro y microeconómicas en su análisis, evitando las limitaciones propias de un enfoque rígido.

2.2 La propuesta conceptual expresada también requiere una explicación adicional sobre el alcance técnico de la expresión “mecanismos económicos”.⁵ A grandes rasgos, podemos decir que la teoría económica adopta dos formas distintas: está hecha tanto de leyes económicas que expresan la relación funcional o causal de interdependencia de dos o más fenómenos económicos, como de mecanismos económicos que expresan la cadencia cronológica de una serie de fenómenos (económicos) cada uno de los cuales obedece al anterior.

4. Ariel E. Davrieux Celio, *Análisis Macroeconómico*, Facultad de Ciencias Económicas y de Administración, Oficina Apuntes del CECEA, Montevideo, 1994, p. 4.

5. Sobre el tema v. Henri Culmann, *Los Mecanismos Económicos*, Colección Beta, A. Redondo Ed., Barcelona 1989, pp. 8 y ss.; Jacques Lecaillon, *Les Mécanismes de L'économie*, 2.^a ed., Colección Initiation, Ed. Cujas, París, 1972.

Esos mecanismos económicos son entonces relaciones entre grupos de hechos de órdenes distintos, proceden de la observación pero se prestan al análisis cartesiano, al razonamiento y hasta al cálculo. Se puede decir que hay mecanismos económicos cuando, habiéndose producido un fenómeno inicial, se producen a su vez fenómenos de naturaleza distinta, sin nuevo impulso, en un orden determinado, que conducen a un resultado que se puede racionalmente conocer y consecuentemente prever. Que un mecanismo sea una serie de fenómenos económicos quiere decir que su conocimiento es esencialmente empírico, no implica ningún juicio de valor. Sin embargo, esta primera aproximación debe completarse. El hecho que la constatación de un mecanismo no contenga lógicamente ningún rastro de apreciación valorativa, no implica que la investigación de las condiciones o circunstancias de su funcionamiento no se deba realizar con toda la precisión deseable, pues sólo a través de ese conocimiento minucioso de los mecanismos puede llegarse a la regulación eficiente de sus posibles desviaciones.

Si los mecanismos económicos son encadenamientos de fenómenos económicos que se producen bajo ciertas condiciones a partir de un impulso inicial tendremos, teóricamente, tantos mecanismos económicos como impulsos diferentes actúen en cada sistema.⁶

6. En un régimen liberal el motor de la actividad económica es a menudo el interés particular del sujeto. En tal sentido, esos mecanismos presentarán un carácter muy acusado de automatismo, pues representan, justamente el comportamiento medio de un gran número de agentes económicos. Son productos de la ley de los grandes números y constituyen la suma de una gran cantidad de actos individuales; son apolíticos en el sentido de que su funcionamiento no está determinado por la decisión de una autoridad superior encargada de definir una política económica.

En todo caso los mecanismos pueden clasificarse en mecanismos cerrados y abiertos. Los mecanismos económicos cerrados son aquellos que desembocan en un resultado de la misma naturaleza, si no de la misma fuerza, que el impulso inicial. Este resultado es, a su vez, el impulso inicial de un nuevo mecanismo parecido al precedente.⁷ Los mecanismos abiertos — tan relevantes a efectos de nuestro trabajo — son, en cambio, aquellos que desembocan en resultados de naturaleza distinta al del fenómeno inicial. Sin duda este resultado puede ser, a su vez, impulso inicial de una cadena de fenómenos económicos, pero siendo un impulso de naturaleza distinta, el mecanismo también será distinto.

En teoría ambos tipos de mecanismos resultan por distintos canales técnicamente susceptibles de desviaciones. En los hechos, la naturaleza de los fenómenos económicos involucrados conduce a pensar que las desviaciones de mayor gravosidad social tienden a concentrarse en el campo de los mecanismos abiertos. El número y proyección de esos abusos estarán supeditados a definiciones técnicas, legislativas y prácticas. Dependerán tanto de la pertinencia científica, especificidad y coherencia preventiva de las normas regulatorias de dichos fenómenos económicos, como del funcionamiento eficaz de los controles que se decidan poner sobre

En cambio, en un régimen dirigido el motor es la voluntad o la necesidad de obedecer las instrucciones recibidas de la autoridad directriz de la economía. En un caso el juego de los mecanismos permite medir la importancia de los intereses particulares y eventualmente también su apartamiento de las normas; en el otro, permitirá medir directamente el grado de sumisión de los ciudadanos a la ley.

7. Es el caso de los llamados mecanismos no cuantificados (los ciclos económicos, proceso acumulativo), de los cuantificados (efecto multiplicador y modelos de secuencia).

ellos. Como veremos más adelante, este último aspecto estará a su vez directamente vinculado al perfeccionamiento profesional de los portadores del control.

2.3 Pensamos también que la referencia a los mecanismos superiores de la economía no acota necesariamente el ámbito socioeconómico en el cual se cumplen estas manifestaciones extradelictivas. Frecuentemente se expresa que a medida que la tecnología progresa y aumentan las facilidades de comunicación y del transporte, en un conjunto armónico e indicativo del desarrollo global, también la criminalidad avanza en términos de técnica y sofisticación. De esta premisa se suele extraer una conclusión mucho más discutible: la macrocriminalidad, como actividad sistemática perfilada como una empresa para la consecución de actos ilícitos, está inexorablemente unida al desarrollo económico.

Es evidente que el desarrollo económico propicia las condiciones ideales para la eclosión de la macrocriminalidad, principalmente en el área económica, pero no puede sostenerse de modo alguno que las formas más gravosas de la delincuencia económico-financiera sean extrañas a las estructuras sociales subdesarrolladas. En materia de criminalidad económica y en términos de evaluación terminal de costos sociales, no puede científicamente afirmarse que en los países de menor desarrollo se sufra una criminalidad de carácter preponderantemente individual, empírica y asistemática. La simple observación actualizada de la experiencia latinoamericana alcanza para desterrar este preconcepto. Si ello no alcanzara, la propia Asociación Internacional de Seguridad Bancaria, en su penúltimo Cuaderno Estadístico (febrero 1995), ha reconocido que los fraudes bursátiles y el ejercicio abusivo de las actividades de

intermediación en valores "se ha incrementado sustancialmente debido al auge de las Bolsas en los países en vías de desarrollo".⁸

El ya citado Severin confirma nuestra posición precisando que las formas de desviación estructural macroeconómicas no son, en absoluto, exclusivas de las economías desarrolladas. Muy por el contrario, es a su criterio en los países subdesarrollados donde cohabitan más frecuentemente las formas de desviación estructural propias de la marginalidad (cuantitativamente preponderantes) y estas otras propias de quienes detentan el manejo irregular de ciertos resortes del mercado (sin duda cualitativamente más significativas). Los porcentajes cuantitativos pueden variar en los países menos desarrollados, no así su significación social y económica, pues se encuentra en la esencia de la macrocriminalidad el volumen del daño.⁹ Es más, puede sostenerse que — en lo que concierne a la macrocriminalidad económica financiera — muchos de nuestros países están expuestos a un mayor riesgo potencial. El desfase existente entre los niveles profesionales y técnicos de los operadores del control social y funcionarios encargados de la supervisión del sistema financiero, con el que detentan algunos grupos delictivos organizados que operan en el área, seguramente facilita y estimula (elemento agresividad) el emprendimiento de este tipo de acciones. También, y fundamentalmente en el ámbito de los macrodelitos económicos, el desconocimiento engendra la impunidad y ésta estimula las tendencias desviadas.

8. *Cuaderno Estadístico de la Asociación Internacional de Seguridad Bancaria* 33/9, Ginebra, feb./95.

9. Louis W. Severin, *Recent Developments...*, op. cit., ut supra, p. 62.

3. Metodología de apreciación de la macrodelincuencia económica

1. Como vemos, una exacta identificación y comprensión de los fenómenos de macrodelincuencia económica requiere una evaluación estructural global lo suficientemente amplia como para que no se desentienda de la dinámica de los mecanismos económicos involucrados. Pero más aún, la simple postura amplia no alcanzará a la hora de resolver en el plano teórico y aún en la práctica, ciertos problemas connaturales a los fenómenos macrodelictivos si no se comprende el funcionamiento real de los mecanismos superiores de la economía. Allí se encuentra el principal marco de referencia que prudentemente conceptualizado deberá ilustrar en primer término al legislador y luego al intérprete, llegado el momento de deslindar definitivamente en ese campo los límites del jus puniendi, la conducta ilícita de aquella lícita o meramente elusiva. En otras palabras, distinguir claramente el empleo típico, atípico o eventualmente abusivo de los citados mecanismos económicos.

Se ha señalado que un conocimiento profundo de esos mecanismos superiores de la economía puede alcanzarse — tomando prestados términos de la ciencia médica — a través del análisis clínico-sintomatológico de aquellas aristas que definen a las desviaciones macroeconómicas, reflexionando en el sentido que "por sus frutos lo conocerás". Evidentemente, una descripción acabada de las notas que singularizan a las desviaciones de un mecanismo pueden ayudar a comprenderlo, principalmente si se procede con espíritu crítico.

Desde el ámbito de la teoría económica se sugiere una metodología diferente. Se dice que será más complejo pero indudablemente más provechoso revertir el enfoque y profundizar en el

conocimiento de los propios mecanismos económicos. Este enfoque metodológico opera como un análisis tomográfico de dichos mecanismos para detectar, a partir de ellos, los niveles técnicos y prácticos de vulnerabilidad de todo el sistema.

Hemos sostenido en trabajos anteriores que la criminalidad en su conjunto (convencional o no convencional) es simplemente un sub-producto estructural. Por ello pensamos que estas notas características de la macrodelincuencia se vinculan, tanto a las estructuras del quehacer económico, como a las del control social formal. La realidad las exhibe íntimamente compenetradas, al punto que los grados de desviación abusiva de los mecanismos económicos están, en mayor o menor medida, condicionados a los niveles de eficacia del control, y no pueden comprenderse acabadamente las disfunciones de este último sin conocer la mecánica de los primeros.

2. Análisis clínico-sintomatológico de la macrodelincuencia económica — Hecha esta salvedad, pasamos a referirnos en primer término a las características de la macrodelincuencia económica. Estudiaremos en este momento sus síntomas exteriores, pero nuestro interés no estará acotado a una visión meramente descriptiva y periférica del fenómeno. Ya desde este primer nivel de acercamiento se impone una perspectiva de análisis global. En caso contrario, el esfuerzo será siempre estéril.

Posteriormente, abordaremos el mismo fenómeno de extradelinquencia a partir del funcionamiento de los propios mecanismos económicos. Nuestra aspiración es tender ciertas líneas metodológicas que permitan arribar a un concepto mínimamente integrado y funcional de la macrodelincuencia económica, acorde a su proclamada naturaleza estructural.

2.1 Los macrodelitos económicos tra-
ducen inequívocamente un abuso de la

posición dominante, un uso abusivo de los recursos de poder que se disponen, y para nosotros se expresa no sólo en el campo económico y político, sino también y necesariamente en el ámbito de la especialización profesional.

El poder, ha escrito Max Weber, es “la posibilidad de hacer prevalecer la propia voluntad aún contra la resistencia de los demás”.¹⁰ El abuso de poder, expresa Klaus Tiedemann, radica en que una persona natural o jurídica, que por vías absolutamente legales ha alcanzado una situación prominente, jurídica o fáctica, utiliza ésta en una forma abusiva.¹¹ La noción de “abuso de poder” se encuentra a su vez conectada con las variables que lo expresan.

Hemos dicho hace ocho años,¹² y más acabadamente en reciente trabajo sobre la Ley Brasileña 9.034 de Combate a la Delincuencia Organizada, que en los últimos años el interés prioritario de los criminólogos se centra en el estudio de una nueva categoría de análisis, que el Prof. Versele¹³ denominó “cifras doradas” de criminalidad. Dicho publicista puso en evidencia que, aparte de la cifra negra de delinquentes “clásicos” que escapan a toda detección o conocimiento oficial, existe una cifra dorada de

10. Max Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*, t. II, Tubinga, 1976, p. 531.

11. Klaus Tiedemann, *Poder Económico y Delito (Introducción al Derecho Penal Económico y de la Empresa)*, Ed. Ariel S/A, Barcelona, 1985, pp. 57 y ss.

12. Raúl Cervini, “Análisis Criminológico del Fenómeno del Delito Organizado”, en *Revista Doctrina Penal*, 40/698 y ss., Ed. Depalma, B. Aires, Específicamente en portugués: “Análise Criminológica do Fenômeno do Delito Organizado”, en *Ciência e Política Criminal em Honra de Heleno Fragoso*, op. colectiva, org.: Prof. João Marcello de Araújo Jr., Ed. Forense, Rio, 1992, p. 488.

13. Servin Carlos Versele, *Las Cifras Doradas de la Delincuencia*, op. cit., ut supra, p. 21.

criminales que tienen el poder político y lo ejercen impunemente para su propio beneficio o el de una minoría, o que disponen de un poder económico que se desarrolla en detrimento del conjunto de la sociedad y los sitúa fuera del alcance del sistema penal. No puede tener otro sentido las connivencias político-económicas, las colusiones político-financieras, sutiles peculados, colusiones disfrazadas y abusos reales que resultan favorecidos tanto por algunas normativas más o menos deliberadas, como por complacencias más o menos conscientes. En síntesis, existirían una serie de actividades socialmente nocivas y peligrosas que el poder político y la fortaleza económica, muchas veces aliados en combinaciones estructuradas y disfrazadas con enorme habilidad, protegen de toda detección y eventual sanción.

A nuestro juicio, a los poderes político y económico debe sumarse otro factor o filtro sistémico que puede incidir en forma autónoma y determinante en el mundo actual, para que muchas conductas gravemente nocivas a la sociedad no sean alcanzadas por el sistema penal. Esta nueva variable a considerar sería la especialización profesional cuya manifestación más relevante es el dominio funcional operativo de los medios tecnológicos, factor diferenciable del llamado "poder tecnológico", que no es sino una expansión subordinada del poder económico.

Los autores conocidos como pluralistas, decididos adversarios de la teoría de la élite, parecen avalar esta flexibilización de conceptos. Así, para Robert A. Dahl,¹⁴ el poder, lejos de estar exclusivamente concentrado en aquéllos que dominan la estructura política o económica, es una relación horizontal que se

da entre las personas que lo ejercitan y las que lo sufren. En ese esquema relacional, los roles de quienes lo tienen y quienes no, son permanentemente cambiantes, ya que estamos ante el mero ejercicio de una actividad a la que todos tienen, en teoría, igual posibilidad de acceso.¹⁵

Se ha argumentado que la especialización profesional y, preferentemente el dominio operativo de los medios tecnológicos, se encuentran indisolublemente vinculados al poder económico. Esta aseveración indiscutible hace algunos años, merece hoy día muchas salvedades. Como hace notar el laboralista bahiano Martins Catharino,¹⁶ salvo en las pequeñas empresas en que la dirección técnica y supervisión material suele ser ejercida directamente por sus dueños, se ha ido produciendo un proceso inverso que él llama de "dependencia técnica invertida", en virtud del cual, desde el punto de vista técnico-funcional, los empleados especializados pueden llegar a detentar la última palabra

15. Sin perjuicio de lo expuesto, y desde un punto de vista diferente, histórico-estructural, se observa que el delito, como fenómeno social, cambia constantemente de aspecto. Junto a unas determinadas formas de vida socioeconómicas, políticas y culturales, surgidas en cada época, ha aparecido un tipo de delincuencia característica de ese período determinado que, al igual que esas formas de vida, ha ido cediendo al cambio de los tiempos y la cultura. La criminalidad moderna, de un modo general, se caracteriza por la urbanización, el carácter anónimo de las relaciones humanas, la falta de transparencia de las situaciones, el fracaso de los controles sociales e informales y, precisamente, por las grandes concentraciones de poder político y económico, la especialización profesional, el dominio tecnológico y niveles acentuados de estrategia y proyección global.

16. José Martins Catharino, *Compendio Universitário de Direito do Trabalho*, 1/245, San Pablo, 1972.

14. Robert A. Dahl, *Who Governs? Democracy and Power in American City*, New Haven, London, 1961.

en los aspectos operativos en que intervienen.¹⁷

En forma creciente, los autores anglo-americanos¹⁸ emplean el término "hecho penal profesional" (occupational crime) poniendo el acento en la conexión existente entre el papel profesional y las nuevas modalidades de delincuencia no convencional nacional e internacional. En la misma orientación se señala que actualmente la nota característica del delito no convencional estriba en la especial manera de comisión (modus operandi) y en el objeto especialmente sofisticado de ese comportamiento, y que esta fatal combinación de especialización criminal y progreso técnico ha puesto al derecho penal ante problemas totalmente nuevos.¹⁹

Estas categorías de análisis — aparentemente ajenas a nuestra realidad

17. Estas consideraciones aumentan su vigencia si se proyectan sobre las nuevas realidades tecnológicas. Por un lado, como señala Kellers ("Bankruptcy", Bruselas, 1974), el arrollador desarrollo del mercado informático ha dejado al alcance de los grupos delictivos o de individuos aislados con suficiente calificación, sistemas computarizados de última generación que hace pocos años sólo poseían los gobiernos o contadas corporaciones que funcionaban bajo rígidos controles operativos internos y públicos. Concomitantemente con ello hay que tener en cuenta que los actuales ordenadores, caracterizados por una notable concentración de información y funciones en los centros de cómputos, son especialmente vulnerables, ya que facilitan e incrementan por esas mismas especificaciones la posibilidad de realizar complejos actos de sabotaje y fraudes, para concretar los cuales alcanza con unas pocas personas suficientemente resueltas, calificadas y dotadas de un medio tecnológico idóneo.

18. Marshall Clinard y Richard Quinney, *Criminal Behavior Systems. A Typology*, 2.^a ed., Holt, Rinehart y Winston, N. York, 1973, pp. 56 y ss.

19. Jürgen Thorward, *Crime and Science*, N. York, 1966, p. 77.

inmediata — distan por cierto de ser teóricas. Es un hecho reconocido que los sindicatos de delincuentes organizados se benefician de las condiciones económicas que favorecen sus actividades de lucro, en especial, en los mercados financiero y monetario. Es más, está probado en las más recientes investigaciones que estos mismos grupos inducen esas mismas condiciones económicas que les resultan favorables a través de olas de hot money (flujos rápidos) que atraviesan las fronteras.²⁰

En los últimos meses, hemos sido testigos de macromanipulaciones financieras por las que a través de mercados de capitales totalmente computarizados un operador aparentemente aislado y seguramente sin control, desde Singapur, precipitó la caída de un banco inglés conmocionando la estabilidad financiera de otras instituciones; y, más recientemente, de cómo especuladores internacionales movilizaron más de nueve millones de dólares diarios atacando algunas monedas débiles. El capitalismo del siglo XIX de la era industrial ha evolucionado hasta los actuales mercados de la era de la información que giran en torno a una suerte de "ciber-espacio financiero", muy alejado de las realidades cotidianas, de las necesidades humanas y de toda posibilidad actual de control. Esta suerte de globalización informático-financiera no proyectada pone de manifiesto en su versión más patética y descarnada la importancia de la especialización profesional como variable de abuso de poder, en este último caso inexorablemente unida al abuso del poder económico. La "teoría de los juegos" y el "modelo del caos dinámico" demuestran que las reglas de la interacción puntual entre operado-

20. Frank Sibarin, *Mecanismos macro-económicos y Delincuencia Financiera*, ponencia al 2.º Encuentro de Consejos Consultivo y de Dirección del ICEPS, N. York, dic./94.

res especializados son en la sociedad actual tan fundamentales como las viejas reglas de mercado.

A efectos de dimensionar este riesgo, debe tenerse presente, por ejemplo, que el 90% de los flujos financieros que provocan estos quebrantos son meramente especulativos. Los actores del mercado se han convertido en una nueva clase de "legisladores virtuales" sin patria, que controlan la capacidad de los gobiernos de aumentar, disminuir, gastar o prestar sus deudas mediante la inflación. No sólo socavan el manejo nacional de la macroeconomía, sino que también influyen en las opciones de la política educacional, ambiental, de seguridad social y de empleo, afectando tanto los ingresos como los valores y la cultura de los ciudadanos.

La teoría económica trata de los mercados y de las fallas del mercado pero no ha considerado hasta la fecha, con la necesaria profundidad, el tema de los "commons" (bienes de uso común) ni sus reglas de acceso y asignación, salvo si tales "commons" son susceptibles de apropiación. Hoy en día, la mayoría de los temas macro que atañen a las sociedades humanas (por consiguiente, los de mayor dañosidad potencial) involucran el manejo de bienes de uso común globales. La llamada "ruleta global" ha pasado a ser regida de la clásica competencia de mercado (ganar-perder) a una nueva forma de comunidad cibernética inherentemente expuesta a los potenciales desvíos de operadores normalmente fuera de control. La mayoría de los libros de texto todavía no enseñan cómo reconocer si un mercado se transforma en un "commons", ni hay tampoco acuerdo total respecto a cuáles son las formas más idóneas y efectivas de contrarrestar las facultades de sus operadores. Evidentemente ha surgido un nuevo "pie invisible" que presiona el acelerador del ciber-espacio financiero sin mayor con-

trol. Se pone énfasis en que estos especuladores profesionales, "actores reales" de nuestros tiempos, que pueden poner en peligro todo el sistema, actúan normalmente en función de su propio interés, en un campo mayoritariamente no reglado. Resulta sugestivo que ningún especialista manifieste que sea científicamente imposible establecer un control de esas actividades sino que, inexorablemente, se alude a la complejidad de tal tarea.

En diciembre de 1994, durante el desarrollo en Nueva York de la 3.^a Reunión Conjunta de los Consejos Consultivo y de Dirección del International Center of Economic Penal Studies (ICEPS), y en el transcurso de su exposición preliminar a la Sección de Trabajo III (Macrocriminalidad Económica y Riesgos Corporativos), el Prof. Saúl Larren Blovich expresaba: "Las nuevas expresiones de la criminalidad económica organizada se prevalecen de una gama de instrumentos y mecanismos operativos extremadamente complejos. Esa tecnificación de recursos empleada por ciertos actores especulativos de los mercados, dificulta al máximo los procesos de interpretación, captación y prevención de sus actos, los que normalmente por su complejidad y naturaleza expansiva implican un incremento de la vulnerabilidad del sistema precisamente frente a los casos de mayor dañosidad social".²¹ El mismo expositor reconoce que una malla fluida y transparente de información entre todos los operadores puede frenar ciertos excesos. La casi unanimidad de los estudiosos del tema coinciden en que la virtual discrecionalidad de los operadores se debe resolver en términos de oportunidad y

21. Anales de la 3.^a Reunión Conjunta de Consejos de Dirección y Consultivo del *International Center of Economic Penal Studies*, Secc. III, Macrodelincuencia Económica y Riesgos Corporativos, vers. mim. p. 61.

eficiencia del control, dentro de un marco de libertad.

Por consiguiente, resulta imprescindible resaltar la importancia de esta nueva forma horizontal de poder expresada en la especialización profesional y el dominio funcional de los medios tecnológicos. Este factor, en muchos casos, puede operar como filtro del sistema en forma independiente al poder económico y al poder político, así como en otras oportunidades se constata su funcionamiento simultáneo o subordinado con alguna de las otras variables de poder, siempre operando como instrumentos de un mismo proceso de selección. A través del juego muchas veces combinado de estos factores de poder (económico, político y especialización profesional), se filtran del sistema penal hechos gravemente perjudiciales para la comunidad nacional e internacional, que no son inculminados por las normas penales y otros comportamientos teóricamente susceptibles de penalización que no son generalmente perseguidos jurídicamente, o por lo menos no lo son con la eficacia que la comunidad aspira.

2.2 La sobredimensión del daño. Se reconoce generalmente que las manifestaciones de macodelincuencia, por su naturaleza expansiva, además de afectar a las personas como entidades individuales, alcanzan o se proyectan sobre toda la economía nacional pudiendo llegar incluso a quebrar la confianza en el sistema económico. Estos delitos operan sobre la totalidad de la población de un país y pueden alcanzar continentes enteros. En este sentido, puede confirmarse que el carácter de macodelincuencia se da en estos casos precisamente porque el daño que causan esas conductas se muestra como macroscópico frente al daño frecuentemente microscópico de los delitos tradicionales. Como ya hemos expresado, el concepto de macodelincuencia económica se compone, también, de otros elementos. No obstan-

te, la importancia de ese aspecto justificaría de por sí un análisis comparativo de la variable que denominamos "amenaza".²²

Consideramos que en esta área, el análisis de la amenaza implica el estudio y evaluación de lo que la macodelincuencia económica, como manifestación de delincuencia organizada, cuesta a la colectividad, directa o indirectamente. La estimación de esos costos conduce a la identificación de aquellas operativas que encierran mayor grado de dañosidad material y social potencial.

2.2.1 Se ha sostenido que delincuencia organizada *latu sensu* constituye de por sí todo un sistema económico clandestino, con un producto bruto y unas ganancias netas que sobrepasan el producto nacional bruto de muchos países.²³ Las cifras que se conocen sobre los montos de los ilícitos atribuidos al delito organizado son apenas un pálido reflejo de los reales volúmenes involucrados, pero no debe caerse en la simplificación de creer que hay una identificación o una suerte de paralelismo necesario entre el producto de esas actividades ilícitas y el costo social directo que representan. Por otro lado, también se afirma que el manejo de las cifras debe relativizarse en los países del Tercer Mundo, en los cuales muchas de las operativas tienen sólo efectos derivados. Al respecto, podemos recordar que criminólogos como J. W. Robson y Mary Mc Intosh²⁴ consideran que los "costos directos" del crimen organizado en su conjunto solo se sufren en los países industrializados. En

22. Raúl Cervini, *Análise Criminológica do...*, op. cit., ut supra, pp. 501 y ss.

23. Naciones Unidas, Asamblea General, Distr. General, A/Conf. 169/PM, 1, Guía de Debates del Noveno Congreso de las Naciones Unidas..., op. cit., ut supra, p. 9.

24. Mc Intosh, Mary: *La Organización...*, op. cit., ut supra, pp. 60 y ss.

el mismo sentido, Zaffaroni²⁵ expresa que el crimen organizado va unido al desarrollo, pues sólo puede surgir en sociedades complejas.

Contemporáneamente, diversos estudios — e incluso la propia realidad — se han encargado de demostrar lo contrario. A vía de ejemplo, Vasilijevic²⁶ resalta el incremento aritmético del monto de las sumas involucradas en las actividades de la delincuencia económica organizada en los países del Este y en América Latina. Sin ir más lejos en Brasil, encuestas judiciales desarrolladas en Río de Janeiro y San Pablo han puesto en evidencia las impresionantes cifras del juego clandestino, la conexión de sus capitalistas con el narcotráfico e incluso con negocios lícitos inmobiliarios y financieros en países vecinos. Otros aportes doctrinarios mencionados en la primera parte de este trabajo permiten descartar todo tipo de simplificaciones, por lo menos en lo que se refiere a las manifestaciones de macrocriminalidad económica.

Hechas estas salvedades, podemos abocarnos a una lectura crítica de los números que sobre la macodelincuencia económica se manejan en fuentes confiables. La multiplicidad de negocios y operaciones involucrados nos obliga a una consideración selectiva de sus más gravosas expresiones.

2.2.2 Podemos empezar por señalar que el negocio de los estupefacientes en su conjunto representa anualmente sólo

en los Estados Unidos 240.000 millones de dólares, o sea, una suma 35 veces superior a la deuda externa del Uruguay y más del doble de la de Brasil.²⁷ La confrontación de estos números actuales con los que manejamos en nuestra primera aproximación al tema hace ocho años, es realmente impactante. En esa época, decíamos que el monto anual del negocio de la droga en Estados Unidos era similar al de la deuda externa de Brasil. Hoy, según los cálculos más conservadores, la duplica. Igualmente decíamos que los ingresos de Colombia por la exportación ilícita de droga duplicaban en 1987 los procedentes de la exportación de café, situándose en 3.000 millones de dólares anuales. Datos actualizados a la fecha proporcionados por el Ministerio de Gobierno de Colombia estiman que los Carteles de la droga colombianos reciben anualmente más de 7.000 millones de dólares,²⁸ lo que significa decir que en ocho años sus ingresos también se han incrementado a más del doble.

Los inmensos beneficios producidos por el tráfico internacional de las drogas han hecho nacer una economía subterránea fundada en lo que se conoce comúnmente como "narcodólares". Esa masa de dinero es potencialmente idónea como para desestabilizar importantes sectores del mercado internacional y la propia economía de los países afectados. Es un hecho probado que estos grupos delictivos, a través de una inyección constante de efectivo y en forma más sofisticada y reciente por el flujo de transferencias financieras, han generado una apreciación artificial en los

25. "Instituto Interamericano de Derechos Humanos, *Sistemas Penales* y ..., op. cit., ut supra, p. 109.

26. Vladan A. Vasilijevic, "Préalable à de meilleures prévention et répression du crime organisé", en *Revue Internationale de Criminologie et de Police Technique* XLVI/486 y ss., n. 4. Organe Officiel de L'association Internationale des Criminologues de Langue Française (AICLF), Genève, Ed. Marcel Meichtry, oct.-dic./92.

27. *Anales Del FBI*. Informe para le Secretaría de Justicia de los Estados Unidos, 2.º Semestre, 1994, t. 2, Sec. IV, Washington D.C., 1994.

28. Ministerio de Gobierno de Colombia, Difusión 173 del 21.12.94, Bogotá.

valores de ciertos bienes en los países de la región (ej.: inmuebles).²⁹

El tema de la droga tiene notoriamente múltiples aristas e instancias, pensamos que en toda esa cadena, desde la producción al blanqueo del dinero sucio, se dan distintos niveles de efectiva corresponsabilidad, lo que descarta todo intento de aproximación esquemática y unilateral.³⁰

Con relación al lavado de dinero producto de las mencionadas actividades, el problema resulta especialmente complejo. Los que controlan el negocio procuran por los más diversos mecanismos mezclar sus ganancias dentro del circuito de la economía legal. Parece claro que no todo ese dinero puede ser "blanqueado" en forma simultánea; en ello inciden tanto las políticas de control

sobre y del sistema financiero, como razones de tipo práctico. Así, una parte del producido del tráfico de drogas ilegales se revierte en insumos y prestaciones de naturaleza igualmente ilícita, pero inexorablemente, tarde o temprano, terminará ingresando en la economía regular.

Esta estrategia obliga a los Estados a implementar mecanismos de supervisión del sistema financiero y mercados de valores. En esta materia se observa que las agencias de control formal han pasado a ocupar una posición en cierto modo subsidiaria. El mayor costo operativo directo lo sufren las corporaciones financieras que tienen, entre otras, la carga de controlar la procedencia legítima de los fondos que reciben. Estrictamente los costos trascienden el de esas complejas certificaciones y comprobaciones que imponen las políticas de conocimiento del cliente y terminan afectando a muchos sectores de la actividad financiera lícita.³¹ Pensamos en muchos casos las directivas de vigilancia y verificación impuestas a las instituciones no son las más adecuadas, pues operan sobre standards (ejemplo: control de transferencias o depósitos superiores a ciertos montos) pudiendo hacerlo por excepción, si se aplicara

29. Danilo Mancuso, *El Blanqueo de Dinero y sus efectos en Latinoamérica*, Ponencia al 3.º Encuentro sobre Administración de Justicia en Latinoamérica y Narcotráfico, realizado del 4-10.7.94 en la Escuela de Leyes de la Universidad Estadual de Florida (USA), vers. mim., Miami, 1994, pp. 13 y ss.

30. Sobre este tema in extenso: Raúl Cervini, "Tóxicos — Criminalidad Organizada. Su Dimensión Económica", en *Anais da Conferência Internacional de Direito Penal*, oct./88, publicación del Centro de Estudos Jurídicos de la Procuradoria Geral da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, ago./91, pp. 90 y ss. Allí expresamos que en lo que hace a las aristas más tangibles del fenómeno hasta hace poco tiempo, se ponía el acento sólo en la alternativa represiva. En ese entorno, se pretendió solucionar el problema con el exclusivo sacrificio de los campesinos de esos países productores y todo ello con paupérrimos resultados, debido a la clásica impunidad de que gozan los que realmente manejan y financian el negocio. El problema es sumamente complejo y que cualquier solución realista será sin duda costosa y deberá partir de un reconocimiento objetivo de la situación, abandonando todo enfoque unilateral a la hora de determinar las responsabilidades.

31. Como consecuencia de algunas disposiciones de la Convención de Basilea de 1988 y otros acuerdos multilaterales e intercorporativos complementarios, se ha esclerosado el trámite y naturalmente incrementado el costo de las transferencias financieras internacionales. Esto provoca una traba en la circulación financiera que no solamente afecta a los narcolavadores sino fundamentalmente al conjunto de los operadores financieros y comerciales honestos. Las instituciones financieras abandonan crecientemente nichos de negocios y servicios cuyo costo-beneficio hace despreciable la operación (ej.: pago internacional de pensiones y jubilaciones, pequeñas transferencias) y los países pierden comisiones por servicios.

una metodología idónea, como la que sugeriremos al tratar el análisis tomográfico de los mecanismos económicos.

Probablemente uno de los mayores costos sociales provenientes de este tipo de actividades — si no el mayor —, se encuentra en el impresionante aparato de corrupción que promueven en esferas oficiales y privadas a través de las ingentes cantidades de dinero a su disposición que Tiedemann ha denominado “gratificaciones ilícitas”.³² Para poder instalarse y expandirse, el narcotráfico ha logrado construir una red de soborno y corrupción que impregna toda la sociedad y el aparato del Estado, siendo particularmente visible en las agencias de control y represión. La alternativa de “plata o plomo”, como se la conoce habitualmente en Colombia, Bolivia o Brasil, destructiva de por sí, suele amparar una generalizada corruptela pues, primando el miedo como principio entre los funcionarios, ese ambiente de temor suele constituir una excusa para percibir el soborno.

Los barones de la droga han conseguido fragmentar los países productores y consumidores constituyendo verdaderos enclaves político-militares y económicos, en algunos casos, estableciendo “territorios libres”, como ciertas zonas de la selva colombiana o la periferia carioca. De esta manera, tanto en Colombia como en Bolivia o en un par de ciudades de Brasil, el Estado está siendo — en cierto modo — cuestionado incluso en su propia esencia: la territorialidad. La división político-administrativa creada por el Derecho Público es sustituida por zonas de influencia, divididas de acuerdo al interés de los Carteles, donde ni las leyes ni la moneda del Estado tienen vigencia. El Estado no sólo ve cuestionada su autoridad sino que incluso pierde el control de la economía.

32. Klaus Tiedemann, *Poder Económico y Delito...*, op. cit., ut supra, p. 62

2.2.3 Los números que se denuncian vinculados al negocio de la droga y sus connotaciones justifican la trascendencia que se le da a esta rama de actividad de la delincuencia organizada, pero por cierto que éstas no son las únicas operaciones que le producen enormes ganancias ya que, en otros campos de actividad de estos grupos delictivos no convencionales, las cifras no son menos alarmantes.

En tal sentido, podemos citar el campo de la falsificación de moneda y títulos de deuda pública, esta última modalidad delictiva que ha ocasionado, directa o indirectamente, por ejemplo al Estado argentino, un perjuicio superior a los 300 millones de dólares en los últimos 10 años.³³ También, responde a la coordinación de estos grupos organizados la mayor parte de los fraudes contra las tarjetas de créditos, *traveler-checks*, transferencias bancarias. Específicamente, respecto a los fraudes con transferencias bancarias, recientemente fue descubierta en Montevideo — siendo detenidos sus responsables — una organización internacional que concentraba correspondencia bancaria hurtada en los diversos correos de nuestra región. Estas piezas eran procesadas extrayéndose de las mismas informaciones sobre clientes y cuentas que eran posteriormente manipuladas con fines ilícitos, a través de órdenes de transferencias apócrifas. Esta modalidad delictiva ha ocasionado a la red bancaria internacional y, en algunos casos, a los titulares individuales de cuentas, un perjuicio de aproximadamente 10 millones de dólares en los últimos 10 años.³⁴

33. Cuaderno Estadístico de la Asociación Internacional de Seguridad Bancaria 33/7, Ginebra, feb./95.

34. Idem, ibidem, p. 9. En el mismo cuaderno 33 se señalan las tendencias en materia de delitos económicos en los últimos 5 años, resaltándose que en ese período: las transferencias de fondos fraudulentas aumentaron

También, de acuerdo a información extraída de los propios expedientes sustanciados ante las Cortes criminales de países integrantes del Mercosur, se pone en evidencia que todas estas modalidades, en mayor o menor medida, involucran a las mismas personas o a los mismos grupos que — todo hace pensar — actúan coordinadamente, no sólo dentro de la región, sino con conexiones a nivel internacional. Tómese por ejemplo el caso de una tarjeta de crédito que, hurtada en Brasil, en menos de 48 horas es aplicada en otro extremo del mundo, poniendo de manifiesto una coordinación de actividades muy sugestiva.

2.2.4 Cabe adicionalmente hacer a esta altura ciertas precisiones adicionales con respecto a las formas de macrodelincuencia económica realizadas a través de instrumentos de alta tecnología. A los efectos de esta exposición pueden distinguirse:

2.2.4.1 Casos de macrocriminalidad económica practicada por medio de instrumentos de alta tecnología diferentes a los ordenadores convencionales.

principalmente en Oriente y América Latina; respecto a las estafas con medios de pago se percibe un aumento en el robo de cheques, los que posteriormente son adulterados con lavado químico o endosados fraudulentamente y cursados al cobro; aumentaron los fraudes con travelers y eurocheques, los fraudes con tarjetas de crédito (sobre todo en Oriente y Sudamérica en forma sobresaliente), el número de delitos informáticos y otros fraudes vinculados a desfasajes operativos en los bancos (cartas de crédito etc.), así como las estafas a los seguros. Los fraudes bursátiles se incrementaron debido al auge de las Bolsas en los países en vías de desarrollo; así como también se incrementó la actividad de la banca clandestina y el ejercicio abusivo de la actividad financiera. Durante el mismo período se ha estabilizado el número de falsificaciones de títulos públicos (bonos, letras de tesorería etc.) y de moneda.

La moderna tecnología ha permitido el desarrollo de sofisticados aparatos cuya aplicación a fines delictivos es susceptible de provocar una gran dañosidad material y social. Es remarcable el hecho de que la existencia de la mayoría de estos nuevos aprestos técnicos con que cuenta el delito organizado no es conocida por el gran público y, lo que es más importante, también las autoridades de numerosos países del Tercer Mundo ignoran cómo operan y el peligro que representan para sus sociedades y olvidándose de la creciente internacionalización del delito en el mundo contemporáneo proclaman incrédulamente que no son utilizados dentro de sus fronteras. Esta lamentable situación multiplica las posibilidades de aplicación en nuestros países de esos nuevos instrumentos con fines delictivos, estimulando las tendencias expansionistas de los grupos que operan en la zona, sin riesgo alguno de ser detectados por el sistema penal (variable agresividad).

A esta categoría de nuevos pertrechos tecnológicos — cuyo empleo garantiza la impunidad de estos delincuentes económicos no convencionales — pertenecen, entre otros: los interceptores de comunicaciones de línea y externos, captores clandestinos de emisiones de imagen, fotocopiadoras de alta resolución que suelen utilizarse para alterar el contenido de documentos, microimpresas de precisión empleadas en la falsificación de valores, cheques, travelers, tarjetas de créditos, plastificadoras de seguridad, etc.³⁵

Lo cierto es que, aún en los países centrales en los cuales en principio no existe un desnivel tecnológico entre las autoridades encargadas de la preserva-

35. Manuel Tancredo, "Recursos Tecnológicos y Criminalidad" en *Revista Internacional de Policía Criminal* 410/86 y ss., Lyon, 1992.

ción de la ley y el delito organizado, los técnicos al servicio de este último se las ingenian para desarrollar día a día nuevos instrumentos aptos para sus fines. Así, como respuesta a las nuevas tarjetas de crédito internacionales con circuito individualizador incorporado (tarjetas autoidentificables), que se creían el remedio definitivo a todo tipo de fraudes y falsificaciones, dichos especialistas han desarrollado el "microdescifrador negativo", aparato muy sofisticado de pequeño tamaño (el de un mazo de naipes) que, al introducirse una tarjeta auténtica, descifra su circuito computado de individualización y permite la reproducción perfecta del mismo en "plásticos" falsificados.³⁶

2.2.4.2 Casos de macrocriminalidad económico financiera practicada a través de sistemas informáticos.³⁷

Los sistemas computarizados pueden ser usados como instrumentos de diversas modalidades delictivas.³⁸ Natural-

mente que entre las manifestaciones más gravosas de los fraudes informáticos financieros se encuentran, precisamente, los ya referidos manejos de hot money (flujos rápidos) con fines dolosos y ciertas alteraciones monetarias de naturaleza transnacional, a las que nos hemos referido al tratar el fenómeno del ciber-espacio financiero.

El estudio evaluatorio del costo estimado de estos delitos no es fácil ni frecuente, espacialmente en su instancia macrofinanciera. Una de las principales razones de la ausencia de datos confiables y actualizados sobre este tipo de delitos puede encontrarse en la gran reticencia de sus víctimas de hacerlos públicos a fin de salvaguardar ante los terceros el prestigio o la imagen de las instituciones privadas, públicas o mercados afectados. La mayor parte de las encuestas conocidas no tratan en profundidad ese aspecto tan novedoso y trascendente que constituyen las macromanipulaciones telemáticas financieras en los mercados monetarios y de valores. La proyección económica de estas modalidades delictivas del ciber-espacio financiero realizada de modo provisorio en octubre de 1994 en un trabajo conjunto del *International Center of Economic Penal Studies* y la *Asociación Internacional de Seguridad Bancaria* es impresionante, al punto de que, como lo indicó

36. Vitorio Rubino, "Ciencia y Tecnología al Servicio del Delito", en *Reportes Técnicos de la Secretaría General de OIPC Interpol* 22/12, Lyon, jul./94.

37. Sobre el tema, v. Klaus Tiedemann, *Estudos Relativos à Pesquisa Criminológica*, XV/26 y ss., apud *Criminalité Informatique*, Conselho da Europa, Estrasburgo, 1990; J. Vervaele, "Fraudes communautaires et sauvegarde du droit communautaire, vers un droit pénal européen des affaires?", *Déviance et Société* 18/201, n. 2, 1994; João Marcello de Araújo, *Dos Crimes contra a Ordem Econômica*, específicamente, Cap. 11: "Dos Crimes contra os Sistemas de processamento ou Comunicação de dados", Ed. RT, 1995, pp. 118 y ss.

38. Dentro de la nómina de extradelitos económicos cometidos a través de ordenadores los hay a su vez, de dos tipos. Un primer grupo de delitos que han existido antes de la aparición del computador y que ahora, con la utilización de este medio, incrementaron sustancialmente su volumen al poderse cometer con más rapidez e impunidad (por ej.: la sustracción de archivos con información

confidencial, el uso extorsivo de los mismos, fraudes financieros de tipo tradicional, hurto de bienes, pago a proveedores inexistentes etc.). Y un segundo grupo de modalidades delictivas que surgen con los ordenadores y a raíz del posible empleo irregular de los mismos (por ej.: el hurto de sistemas y programas propiedad de terceros, uso y venta no autorizada de servicios y equipos y, principalmente, toda la gama de ilícitos que emplea el suministro de información errónea a centros de control y archivo de datos como medio para facilitar fraudes y otras alteraciones especulativas ilícitas de inmensas proporciones).

la experiencia inmediata posterior, puede llevar a la desaparición de instituciones financieras o al debilitamiento crónico de algunos signos monetarios o valores.³⁹

Durante la mencionada reunión del ICEPS de diciembre del mismo año también se resaltó que los fraudes informáticos en general se han cuadruplicado cuantitativamente y quintuplicado cualitativamente durante los últimos nueve años, ocupando por lejos el primer lugar dentro de los delitos económicos. También se constató una interesante concentración del riesgo en el sistema financiero y mercado de valores con una progresiva responsabilidad del delito organizado por este tipo de hechos.⁴⁰

39. *Asociación Internacional de Seguridad Bancaria e International Center of Economic Penal Studies (ICEPS)*. Reporte sobre Criminalidad Telemática Financiera, Doc. 21/94, N. York, oct./94.

40. *Anales del 3.º Encuentro Conjunto de Consejos del ICEPS*; Sec. de Trabajo III, Macro Delinc. Económica y Riesgos Corporativos, op. cit., ut supra, pp. 96 y ss. A los efectos ilustrativos, reseñaremos los datos estimados por los expertos del ICEPS y de la Asoc. Internacional de Seguridad Bancaria, correspondientes a 1985, 1990 y 1994:

- Año 1985: Los delitos informáticos representaron cuantitativamente el 6% del número total de los grandes delitos económicos, concentrando cualitativamente el 12% del daño patrimonial dentro de la misma categoría de ilícitos, el 30% de ellos afectaron a las instituciones financieras públicas o privadas o mercados de valores y solamente el 23% de los mismos delitos informáticos fue atribuido a los sindicatos del crimen.

- Año 1990: Los delitos informáticos representaron cuantitativamente el 13% del conjunto de los grandes delitos económicos concentrando cualitativamente el 33% del daño patrimonial, el 48% de ellos afectó al sistema financiero y mercado de valores y el 35% se atribuyó al delito organizado.

- Año 1994: Los delitos informáticos representaron cuantitativamente el 25% de los grandes ilícitos económicos, significaron el

En los países del cono sur, obvio es señalar, se agudiza la carencia de cifras estadísticas confiables. No obstante ello, el relevamiento que puede hacerse en los Juzgados Penales de la región puede servir para darnos una idea del creciente costo directo de estos hechos. En materia de costos indirectos, especialmente tratándose de macromanipulaciones financieras o bursátiles, resulta innegable su alcance social, no siendo necesario tener estadísticas a la vista.

2.2.5 Lo cierto es que, en uno u otro caso, pese al voluminoso daño patrimonial que causan todas estas conductas — en algunos países teóricamente susceptibles de penalización — la mayor parte de sus autores, por el juego sucesivo de las variables de poder ya apuntadas, especialmente en función de la especialización profesional y el dominio operativo de los medios tecnológicos, se situán fuera del alcance del sistema penal y pocas veces son vistos ante los Tribunales.

2.3 Los macrodelitos económicos se producen en forma que exteriormente tienen la apariencia de una legalidad absoluta y esta característica se conecta directamente con una variable de abuso de poder — ya descrita en el punto 2.1: la especialización profesional — a la que otorgamos creciente importancia. También se conecta con el funcionamiento de ciertos “standard de fiabilidad ilícita” que otorgan los llamados “networks ilícitos”.

2.3.1 Toda organización criminal desarrollada, principalmente si se dedica a macrodelitos económicos, además de procurar una planificación estratégica y táctica, un modo de actuar racional y cierto nivel de distribución de roles, pretende establecer dependencias recíprocas estrechas entre las actividades

60% del daño patrimonial, 56% afectó a las instituciones financieras y bursátiles y el 43% se atribuye al delito organizado.

ilegales y legales. Más aún, tiene imperiosamente que participar en algún nicho del mercado legal para tener así una "segunda pierna" de apoyo o "cobertura táctica" para poder encubrir y ocultar sus negocios ilícitos y, fundamentalmente, para obtener grandes beneficios operando en la zona gris de la economía. A efectos de "legitimar" parte de sus actividades resulta imprescindible esa telaraña de protectores y patrocinantes en las esferas de la policía, justicia, política y economía, los que forman una fundamental zona intermedia en torno al grupo delictivo sin la cual estas organizaciones perderían su capacidad de adaptación y de integración dentro de ciertos marcos de las actividades legales.

Resultan definitivos, a efectos de constatar la inexorable existencia de esta estrategia global y de esos nexos más o menos invisibles que coadyuvan en el resultado final de las operaciones de estos grupos delictivos, los mecanismos empleados por los grandes emporios de la droga para blanquear el dinero que producen sus actividades. Esto nos lleva a tratar sucintamente un subproducto funcional de la estrategia global: los llamados "networks ilícitos".

Debe tenerse presente que las transacciones ilícitas por su misma naturaleza se desarrollan en circunstancias que excluyen una de las características fundamentales de los modernos mercados capitalistas: la impersonalidad de los intercambios.

Por eso, para el delito organizado transnacional resulta mucho más económico y seguro confiar en determinados canales privilegiados de comunicación e intercambio, capaces de garantizar un cierto "standard de fiabilidad ilícita" para todos los miembros del circuito clandestino.

Estos canales son los mencionados "networks ilícitos", y pueden ser categorizados como una forma de relación

intermedia entre un clan y una burocracia en condiciones de combinar los rasgos típicos, tanto de las organizaciones formales, como de los grupos primarios "cara a cara".⁴¹

El miembro de un grupo mafioso o de un grupo especulativo ilícito, puede confiar hoy en una trama de "puntos" de solidaridad y protección de extensión geográfica multinacional y multicultural, dotada de una cualidad de confiable permanencia y de estandarizaciones típicas de la burocracia, así como de la elasticidad y la fiabilidad características del grupo informal. En el interior de este retículo pueden circular bienes, servicios, prestaciones y contraprestaciones de naturaleza ilícita a costos y riesgos relativamente bajos; la misma participación en la network es garantía de la "seriedad" y "profesionalidad" de los participantes.

El uso de las "networks ilícitas" confieren a la actividad de los operadores ilegales una dosis suplementaria de mimetización, debido a la tendencia de los primeros a sumergirse, a su vez, dentro de sistemas mucho más amplios de relaciones de tipo reticular. Tales sistemas de relación se manifiestan en la "diásporas comerciales" y, más específicamente, en las redes de comunicación creadas por los grandes movimientos migratorios y en los "networks de poder".

El término "diáspora comercial" se ha definido como "una nación compuesta por comunidades socialmente independientes, dispersas en el ámbito espacial y dotadas de un alto grado de reserva y solidaridad autárquica".⁴²

41. Raúl Cervini, *Lavado de Dinero*, ponencia al 3.º Curso Internacional de Ciencias Criminales Integradas, Univ. del Estado de Florida, vers. mimeo. Miami, 1991.

42. Milton Cash, "Diásporas Comerciales y Solidaridad Grupal", *Revista Mexicana de Sociología Científica*, VI/37 y ss., n. 3, México, 1989.

Es, por ejemplo, el caso de los grupos mafiosos sicilianos empeñados a nivel mundial en el comercio internacional de la heroína. El retículo de referencia está formado por las relaciones entre el vasto número de comunidades de emigrantes de Italia del Sur, establecidas en Europa, América y Australia, entre principios de siglo y la década de los años setenta. El hecho de que las *networks* criminales no representen, en este caso, más que una parte numérica despreciable de individuos entre más de 10 millones de expatriados, no hace más que contribuir a acrecentar el nivel del secreto, la diversificación y la escalada de intercambios ilícitos. En un esquema de actuación más reducido también puede mencionarse el caso de la mafia italiana de Nueva York que controla, desde hace varias décadas, entre otros, los negocios de la basura y del pescado dentro de ese Estado, canalizando el producto de sus actividades a través de similares vías.

Por su parte, los "networks de poder" se concretan en las relaciones entre los miembros asociados voluntarios con objetivos declarados de naturaleza muy diversa y aparentemente legal (asistencia profesional, intercambio de conocimientos y contactos, beneficencia, lobbying, promoción de valores culturales y religiosos etc.), pero que acentúan el carácter reservado y semisecreto de sus actividades y la propia identidad de los mismos inscritos. Resulta evidente la relación entre esos *networks* y la variable-filtro especialización profesional antes referida en este trabajo.

2.4 Las desviaciones macroeconómicas se expresan de una forma sumamente dinámica y variada. Esta nota, a la que Benjamin con gran acierto denomina "mutabilidad",⁴³ debe verse como

algo natural en el marco de los fenómenos económicos y representa a la vez una dificultad y un desafío a la hora de emprender esfuerzos de *lege ferenda*. Cuando el legislador corre a regular la realidad económica, ésta ya no se encuentra en el ser en que pretendía regularla. Ocurre que los propios mecanismos económicos sufren permanentemente cambios en su estructura y función. Sólo a través de su conocimiento profundo el legislador puede acompañar la realidad económica y prevenir las posibles mutaciones de sus mecanismos. Naturalmente que si se legisla atendiendo exclusivamente a los síntomas, nunca se llegará a tipificar adecuadamente. Sobre este delicado tema volveremos especialmente al plantear nuestras consideraciones finales.

2.5 Finalmente, también parece preciso recordar que en gran parte de estos macodelitos económicos la víctima tiene carácter múltiple, anónimo e incontrolable, y esto se da precisamente en épocas y sistemas económicos que se singularizan por la existencia de un gran número de administradores fiduciarios y gerenciales de bienes ajenos con amplias posibilidades de hacer mal uso de la confianza que en ellos se deposita.

El señalado carácter múltiple e indeterminado de las víctimas surge con toda evidencia del análisis de la agresividad de estas formas de delincuencia no convencional. La víctima individual puede sufrir un daño relativamente menor pero el mismo se ve multiplicado y potenciado por el enorme número de personas eventualmente alcanzadas, y esto dificulta naturalmente la represión. La multiplicación de las pérdidas unitarias de innumerables inversionistas inmobiliarios estafados o de simples consumidores defraudados con un producto nos permitiría calibrar la inmensa dañosidad social derivada de la referida multiplicidad e indeterminación de víctimas.

43. Antonio Hernan V. Benjamin, *O Direito Penal do Consumidor*, Cap. do., op. cit., ut supra, p. 107.

Pero también es muy importante señalar que las víctimas de los más grandes fraudes financieros o bursátiles suelen ser víctimas anónimas, por lo menos para los autores de la conducta delictiva. Normalmente no existen relaciones interpersonales entre el estafado y el operador victimario, no existe el cara a cara. El que opera en el mercado ilícitamente no ve la persona a la cual le va a producir el daño y ello facilita naturalmente su tarea. No hay una violencia directa, el tránsito del delito es básicamente intelectual, apoyado en un conocimiento especializado y una astuta maquinación. En tal sentido, la violencia se vuelve meramente instrumental, sin control humano, lo que facilita naturalmente el paso al acto, propiciando la conducta desviada. El distanciamiento material con la víctima y la naturaleza mediática de los instrumentos empleados para la consumación del hecho, llevan a que en algunos casos el operador victimario inclusive no se perciba a sí mismo como un delincuente.

En cierto modo, estas víctimas inocentes e ven — por parte de algunos operadores inescrupulosos — como un hecho natural, “una constante operativa” en el mundo de los negocios, nos dice el peruano Ballesteros Jaramillo.⁴⁴

2.6 Los macodelitos económicos de mayor gravedad suelen presentarse como conductas criminales transnacionales.

Gran parte de los macro ilícitos económicos y financieros se caracteriza por una suerte de ubicuidad con que se despliega el proceso ejecutivo del delito que se sitúa en diferentes territorios nacionales. Esta transnacionalización es, sin duda, el aspecto más importante, la nota más saliente de la criminalidad organizada contemporánea, ante la cual

los Estados aislados pueden verse reducidos a una virtual impotencia.

El crimen organizado de carácter transnacional, como bien ilustra Elgio Reta,⁴⁵ rompe el circuito de validez y eficacia de las normas, puesto que se establece fuera de su alcance ya que, usando el lenguaje de la cibernética, “un sistema no puede sobrepasar sus propios límites”. Este tipo de delitos no sólo traspasa las fronteras nacionales, sino que las utiliza precisa y deliberadamente para sus fines, ya que la policía, como el Derecho Penal al cual sirve, está delimitada por el principio de territorialidad. Su límite de acción termina en la frontera del país donde desarrolla su actividad, y toda intromisión policial y judicial foránea está implícitamente rechazada por la propia definición de Estado soberano. Estas dificultades se acrecientan tratándose de la internacionalización del acontecer económico, nos dice Tiedemann. Agrega luego que la magnitud y potencia financiera de los grandes consorcios “les confiere un enorme poder que, como todo poder, sea político, económico o de otra naturaleza, induce al abuso” y el único que puede hacer frente a ese poder es el Derecho Penal, “para prevenirlo dentro de lo posible o, en todo caso, castigarlo posteriormente”. Es a su juicio el medio idóneo llamado a hacerle frente a los excesos de las transnacionales.

Así las cosas, los delitos financieros internacionales, los descabros de bancos, los delitos tributarios, el quebrantamiento de las disposiciones sobre moneda extranjera y hasta el propio blanqueo del “dinero sucio” producto de las actividades de los traficantes, como

44. Américo Ballesteros Jaramillo, “La Delincuencia de los Negocios” en *Revista Bancaria Internacional* 1/32, n. 3, Lima, 1991.

45. Elgio Reta, *Relato sobre Aspectos Sociales*, en Congreso cit., sub. 8, p. 7; Cf. Eduardo Mario Rissi, *La Transnacionalización en la Sociedad Contemporánea*, Ed. Jasil, México, 1991.

delitos a distancia, adquieren mayor grado de eficacia y están más a salvo de la acción del sistema penal.

La acción policial y judicial se enfrenta en estos casos con problemas específicos, tanto en el terreno de los hechos como en el jurídico, cuando hay que tomar la declaración a un testigo en el extranjero o realizar cualquier otro acto de investigación o diligencias sumariales. Las diferencias que a menudo existen entre las legislaciones de los distintos países contribuyen a acentuar el problema.

Precisamente, para abarcar conceptualmente todo este movimiento de medios y recursos destinados a combatir las manifestaciones transnacionales de la delincuencia frecuentemente organizada, a superar las dificultades fácticas de una investigación de esta naturaleza e incluso aquellas derivadas de los desajustes normativos de las leyes de diferentes naciones, Travers acuñó en 1925 la expresión "Entreayuda Penal", l'entraide,⁴⁶ para Roux l'entre'aide,⁴⁷ también conocida posteriormente entre algunos autores americanos como Extradayuda Penal,⁴⁸ como significativa de

los diversos tipos de colaboración que crecientemente se prestan en la actualidad los Estados entre sí, sin mengua alguna de sus respectivas soberanías.

El citado Roux creía advertir 3 formas de auxilio recíproco: el policial, el judicial y el legislativo.⁴⁹ Modernamente se reconocen dos formas de asistencia o cooperación internacional en materia penal:⁵⁰ la administrativa, que es fundamentalmente policial pero que puede tener otras expresiones no necesariamente conectadas con la policía, y las variadas formas de Cooperación Judicial Penal Internacional⁵¹ que pueden esquematizarse funcionalmente siguiendo las enseñanzas de Polimeni como un conjunto de actividades procesales (cuya proyección no se agota en las simples formas), regulares (normales), concretas y de diverso nivel, cumplidas por órganos jurisdiccionales (competentes) en materia penal, pertenecientes a distintos Estados soberanos, que confluyen (funcional y necesariamente) a nivel internacional, en la realización de un mismo fin, que no

46. Maurice Travers, "Les Effets Internationaux des Jugements Répressifs", en *Recueil des Cours de L'Académie de Droit International*, t. 4, Librairie Hachette, París, 1925, p. 430.

47. Jean-André Roux, *L'entr'aide des Etats dans la lutte...*, op. cit., ut supra, pp. 80 y ss. Para este autor la entreayuda requiere una doble condición: primero, un sentimiento de cortesía existente entre las naciones civilizadas, y segundo, el sentimiento de que los criminales no constituyen solamente un riesgo nacional, sino que constituyen un peligro internacional.

48. William Clifford, "The Standard Minimum Rules for Treatment of Prisoners", en *Proceedings of the 66th Annual Meeting of the American Society of International Law, American Journal of International Law* 66/134, n. 4, set./72, Lancaster Pa, 1973.

49. Jean André Roux, *L'entre'aide des Etats...*, op. cit., ut supra, p. 87.

50. Cf. Paul-Emile Trousse, "Quelques Aspects de la Collaboration des Etats dans L'Administration de la Justice Répressive" en *Revue Belge de Droit International*, 1968-1, Bruxelles, p. 11; Frank Stordahl, *Modalidades de Extradayuda Penal Internacional*, Doc. Bc45-3, vers. mim. de conferencia pronunciada durante el 2do. Curso de Cooperación Internacional en Temas Penales, Universidad del Estado de Florida, mayo 1991, p. 26; Guillermo J. Fierro, *La Ley Penal...*, op. cit., ut supra, p. 208.

51. Sobre Cooperación Penal Internacional: João Marcello de Araújo Junior, Louis W. Severin, Raúl Cervini, Juarez Tavares y otros: *Curso de Cooperación Penal Internacional*, publicación conjunta de la Universidad Católica del Uruguay, ISIEC (Valença, Río de Janeiro) e International Center of Economic Penal Studies (Secretaría Latinoamericana), Ed. Carlos Alvarez, Montevideo, 1994.

es sino el desarrollo (preparación y consecución) de un proceso (principal) de la misma naturaleza (penal), dentro de un estricto marco de garantías (acorde al diverso grado y proyección del auxilio requerido).⁵²

En esta materia muchas veces, principalmente tratándose de investigaciones de macrodelitos económicos con connotaciones externas, los exhortos carecen de toda precisión en su contenido. Se saca la impresión de que el juez exhortante no sabe lo que quiere o, lo que es peor, no le interesa que su rogatoria pueda diligenciarse eficientemente. Sólo un conocimiento técnico acabado de lo que se pretende proteger, de lo que se desea investigar y de cuáles son las formas más idóneas para hacerlo, permitirá precisar al detalle las pruebas o diligencias solicitadas en instancias de Cooperación Penal Internacional. Sólo mediando esa concreción es factible una asistencia judicial internacional efectiva.

2.7 Finalmente, otra de las características definitorias de estas formas de extracriminalidad se encuentra en la natural impunidad de sus autores. Este tipo de conductas, si habiéndose superado el primer nivel de selección abstracta normativa se han logrado tipificar, aparecerán condenadas normalmente a quedar como simple letra muerta debido a defectos técnicos en la formulación de los tipos. En todo caso, siempre estarán prontos a operar los filtros funcionales (disfunciones) de los diferentes segmentos operativos del sistema penal. Pero es de remarcar que la "eficacia" de estos filtros se incrementa sustancialmente si el legislador arranca desconociendo la trama real del fenómeno que pretende regular.

3. Análisis tomográfico de los mecanismos económicos — Hemos señalado que la otra metodología posible para el análisis de la macrodelincuencia econó-

mica, a nuestro juicio complementaria, se proyecta desde la intimidad funcional de los mecanismos económicos hacia los niveles abusivos del poder. Agudamente se ha preguntado Tiedemann ¿cuándo puede considerarse que el alza de los precios excede los límites de lo éticamente lícito?⁵³ Nosotros agregaríamos ¿cuándo puede decirse que excede los límites de lo éticamente lícito y económicamente abusivo? La interrogante central está en ¿cuándo comienza el abuso?

Este segundo método procura responder ese cuestionamiento básico desde las entrañas de los mecanismos involucrados. Presupone una penetración gradual en el fenómeno económico, desde sus instancias maro a manifestaciones micro, a través del análisis científico de sus mecanismos. El método concreto de análisis de los mecanismos puede variar sustancialmente de acuerdo a la particular dinámica y características del sector de actividad estudiado, pero no así el esquema básico de trabajo. Este se basa, en todos los casos, en un análisis comparativo de la trama de relaciones de los mecanismos económicos involucrados. Funciona como un tomógrafo médico que por medio de sucesivas fotos va siguiendo el proceso hasta detectar la desviación por comparación. No estamos sosteniendo que todos los fenómenos de macrodelincuencia económica sean aprehensibles por este procedimiento pero sin duda lo son su mayoría. Con esta salvedad podemos decir que, en términos generales y esquemáticos, podría sintetizarse el método de trabajo básico de la siguiente manera:

- El primer paso sería visualizar el conjunto de variables macroeconómicas que componen los diferentes nichos o sectores de la actividad económica del país.

52. Idem, ibidem, p. 19.

53. Klaus Tiedemann, *Poder Económico y Delito...*, op. cit., ut supra, p. 58.

- Cumplida esa etapa, procede definir, en una segunda instancia, los diferentes nichos, canchas o "layers" a analizar (ejemplo: industria de la vestimenta, mercado de cambios, etc.).

- Seguidamente (tercera etapa) se define cada "jugador" (empresa) que integra la rama o nicho de la economía.

- La cuarta y fundamental instancia consiste en analizar las relaciones de esos mismos "jugadores" entre sí, principalmente las relaciones entre insumos y productos, es decir, de dónde vienen los insumos y a dónde van los productos (Gráficos I y II).

Por ejemplo, si se constata que toda — o la mayor parte — de una industria contrata los insumos a un solo proveedor, se puede científicamente asegurar que toda la industria está controlada por un solo "jugador". Este procedimiento de análisis permitirá definir el nivel de uso normal, atípico o abusivo del poder e implementar los correctivos técnicos y legales del caso.

Otro caso, si se analiza con el mismo procedimiento el manejo de los commodities de frutas y verduras, sector de actividad de impresionantes dimensiones, los resultados podrán resultar igualmente clarificadores. En este nicho del mercado la producción se encuentra normalmente atomizada y se suele abonar en efectivo. Si se constata que esa producción es comprada por un solo intermediario o acopiador, habrá que analizar pormenorizadamente las causas y connotaciones de esta operación. Por ejemplo, ¿qué hace ese acopiador con la producción? Si nos encontramos con que la exporta a una empresa controlada por el mismo grupo, este nuevo dato constituye otro llamador o indicio de la existencia de un abuso de los mecanismos económicos que debe reglarse. Pero también debe observarse que en el otro conjunto económico-país (importador), el mismo método desnuda que los insumos son de un mismo proveedor, por

lo que esa situación será de por sí extraordinaria y digna de cuidado en esta otra economía. Esto se complica mucho más cuando se opera a través de sociedades puente fincadas en terceros países. La utilización de las mencionadas sociedades dificulta el seguimiento de las relaciones entre insumos y productos, pero no la imposibilita totalmente. En este caso, deberemos pasar al estudio de dicho entramado societario a efectos de desterrar su posible uso desviado. El procedimiento incluirá sucesivos análisis, de tipo legal-estutuario, del paquete accionario, de las personas que la manejan, procedencia de los insumos y destinos del producto de las referidas sociedades puente, etc. Este esquema de trabajo puede incluir similares chequeos de otras terceras sociedades sedadas en otros tantos países. Todo muy complejo, pero decididamente no imposible.⁵⁴

En mayo de 1990 se publicó en USA un informe sobre las conexiones entre los sindicatos criminales y la industria de la construcción en el Estado de Nueva York.⁵⁵ Las implicaciones de grandes sectores de esa industria con la criminalidad organizada surgieron, en lo medular, de testimonios ante la Comisión Investigadora y las Cortes. Se puede decir que a través de un

54. En torno al publicitado "caso Collor", hemos tenido oportunidad de aplicar una metodología similar en el estudio de la regularidad jurídica de la mal llamada "Operación Uruguay" en opinión legal realizada a pedido del Min. Evandro Lins e Silva. Dicha consulta apareció publicada bajo el nombre "Operación Uruguay — Análisis de la regularidad jurídica y eficacia de su soporte documental" en *A OAB e o Impeachment*, ed. del Conselho Federal da OAB, Brasília, DF, abr./93.

55. *New York State Organized Crime Task Force, Corruption and Racketeering in the New York City Construction Industry*, New York, London, 1990.

análisis minucioso de los mecanismos económicos involucrados en la industria de la construcción (relaciones entre insumos y productos), se podría haber llegado, incluso con mayor certeza y rigor, a las mismas conclusiones. Este nicho de actividad se caracteriza por la necesaria confluencia de diversas actividades industriales colaterales (fabricantes de hormigón, acero, mamposterías etc.) y laborales (operarios de estructuras, albañiles, finalistas, sanitarios etc.) que deben coordinarse en un rígido calendario de obras. Cada fase de la construcción depende del resultado de la anterior y una alteración en el calendario de esas grandes obras puede anular la rentabilidad del proyecto. El delito organizado controla muchas industrias colaterales de la construcción (suministro de acero) y los propios sindicatos laborales. Esto hace que la industria de la construcción en el Estado de Nueva York sea particularmente susceptible a la extorsión o, simplemente, se encuentre mayoritariamente controlada por el delito organizado que tiene con su "influencia" la posibilidad de evitar atrasos en el calendario de obras.

Esta metodología puede ser empleada con muy buenos resultados — dentro de las limitaciones naturales que impone la particular estructura de cada mecanismo investigado — en otros múltiples casos. Así, pueden delinearse con extremo rigor a partir de la observación técnica de sus mecanismos superiores, fuera de toda duda las hipótesis de blanqueo de dinero y en la mayoría de los delitos contra el sistema financiero y cambiario, delitos fiscales, grandes estafas, delitos contra el trabajo y la seguridad social, delitos contra la libre competencia y contra el consumidor, e incluso para los crímenes informáticos y manejos abusivos del mercado de valores.

4. Consideraciones finales sobre la transcendencia del criterio metodológico

1. Hemos dicho y reiterado que las dos metodologías de apreciación de la macrodelincuencia económica a las que hemos llamado "análisis clínico-sintomatológico de la macrocriminalidad económica y análisis tomográfico de los mecanismos económicos" no son de modo alguno contrapuestas, sino sustancialmente complementarias y confluyentes por representar perspectivas diferentes de una misma realidad estructural, analizada sucesivamente desde sus síntomas sociales-penales y desde la intimidad de los propios mecanismos económicos, cuyo uso abusivo se manifiesta en las precitadas notas o síntomas.

El primer método, necesariamente atemperado por una perspectiva estructural, sirve fundamentalmente para definir la existencia del fenómeno y evaluar críticamente las disfunciones del control formal en todos sus aspectos (legislativo, administrativo y judicial).⁵⁶ El segundo, aparece como extremadamente idóneo para detectar científicamente en forma preventiva el posible ejercicio abusivo de los mecanismos o resortes superiores de la economía. Esta alternativa permite superar la particular mutabilidad, apariencia de legalidad absoluta, falta de transparencia, el carácter múltiple, anónimo e incontrolable de las víctimas y la eventual transnacionalización de las actividades involucradas en los casos de macrodelincuencia económica. Posibilita un acotamiento racional y efectivo de los márgenes de invulnerabilidad que desde la perspectiva tradicional caracterizan a estas formas de extradelincuencia. Adi-

56. Este tema ha sido tratado in extenso en reciente trabajo conjunto con el Prof. Luis Flavio Gomes sobre la Ley 9.034 de Combate a la Delincuencia Organizada, Ed. RT, San Pablo, 1994.

cionalmente, esta metodología, que desnuda las desviaciones económicas desde su gestación, viabiliza a un control por excepción y no por standard, lo que resulta especialmente apropiado tratándose de hechos que frecuentemente tienen proyección penal.

2. Pero además y principalmente la aproximación a la macrodelincuencia económica a través del análisis dinámico de sus mecanismos superiores, permite extraer otras valiosas conclusiones referidas, en este caso, a la técnica de tipificación de estos fenómenos. Si éstos se conocen en su detalle, se pueden aprehender normativamente, de modo que la estructura típica siga la estructura funcional que se pretende reprimir.

2.1 Algunas modalidades abusivas de actuación vinculadas a los mecanismos superiores de la economía, dejan ver fisuras y brechas legales que imponen una revisión y ajuste normativo. Hemos sostenido que el Derecho Penal no puede ser usado como un parche de incipientes desajustes sociales, ya que es el último recurso de la comunidad, pero también pensamos que ha llegado la hora de que, bien entendidas las tendencias de decriminalización y criminalización, se hagan operar simultáneamente como instrumentos de un mismo proceso renovador. El imperativo de la hora es decriminalizar en forma paulatina los delitos de relleno y, al mismo tiempo, criminalizar cuando no hay otro recurso (*ultima ratio*) aquellas conductas de grupos privilegiados por el manejo de las variables del poder, con auténtica nocividad social, en todo caso previa evaluación de los costos individuales y sociales de estas nuevas normas incriminadoras.⁵⁷ El punto de inflexión aparece en torno a la técnica legislativa que debe emplearse.

57. Raúl Cervini, *Los Procesos de Decriminalización*, 2.^a ed., Ed. Universidad, Montevideo 1993, pp. 163 y ss.

Se expresa recurrentemente que la macrocriminalidad económica pone en evidencia lo obsoleto del Derecho Penal tradicional pensado en términos de microcriminalidad. En esa línea se piensa que la criminalización eficaz de las conductas de extracriminalidad debe realizarse a través de un "derecho sustantivo diferenciado" cuya eficacia implica o redunda — inexorablemente — en el sacrificio o necesario acotamiento de algunos de aquellos Principios Dogmáticos que la inspiración y el esfuerzo de muchos fue definiendo a lo largo de la historia como ejes medulares de un Derecho Penal con vocación garantizadora.⁵⁸

Bajo esta perspectiva frecuentemente se dice, por ejemplo, que los tipos penales de los macrodelitos económicos se deben estructurar sorteando el principio de legalidad mediante mecanismos de tipos abiertos que deben ser cerrados por los jueces, creando tipos de peligro abstracto (con los que se entroniza la mera desobediencia como ilícita), mediante fórmulas omisivas, con similares inconvenientes o, lo que es peor, mediante las fórmulas legales de tendencia, como el inabarcable tipo de la "Conspiración" que ostenta la actual legislación norteamericana⁵⁹ y pre-

58. En ese sentido resulta muy ilustrativo el profundo trabajo realizado por Juary C. Silva: *A Macrocriminalidade*, Ed. RT, San Pablo 1980, principalmente en su Capítulo II "A Obsolescência do Mecanismo de Repressão ao Crime", pp. 18 y ss.

59. El delito de "Conspiracy" fue introducido en la Sección 1962 (d) de la Normativa Rico vigente como Título IX del Occa Act desde el 15.10.70. En un solo proceso penal se denuncian y sentencian todas las actividades delictivas directa e indirectamente cometidas por una organización criminal y los actos de apoyo de sus consejeros y asistentes. Los requisitos del tipo son: debe tratarse de una organización criminal y debe además estar comprobada la comisión de dos actos ilícitos por miembros de esta organización. El primero de ellos cometida con posterioridad a 1970 y el segundo diez años más tarde que el primero.

senta sugestivos puntos de contacto con la figura de "Conspirazione política mediante accordo" incorporada en el art. 304 del CP Italiano.

Se suele afirmar también que el combate a este tipo de delitos conlleva necesariamente una progresiva aminoración del principio de culpabilidad, debiéndose punir por la mera realización del acto, en base a una presunción o simplemente por hecho ajeno.

Finalmente, entre otras sugerencias, se expresa que la observación del mismo fenómeno justifica incluso reabrir la discusión sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas, como se ve actualmente en diversos países europeos y en el propio Brasil.

2.2 Nosotros descartamos de plano estos asertos. No es admisible que para contemplar lo adjetivo (dificultades probatorias), se termine por trastocar lo sustantivo (principios del dogma). Entendemos en fin, que el Derecho Penal no debe ni puede hacerse cargo de esas dificultades probatorias, principalmente teniendo en cuenta que éstas pueden ser normalmente superadas mediante una tipificación adecuada a un conocimiento también adecuado de los mecanismos económicos involucrados. En caso de optarse finalmente por el criterio de criminalizar manifestaciones de macrodelincuencia económica, esta tarea deberá y podrá intentarse sin violar esos principios básicos del Derecho Penal. Para ello, es imprescindible que el trabajo se emprenda con suma prudencia y fina técnica legislativa, ya que en un sistema democrático y liberal deben existir férreos límites al *jus puniendi* del Estado a la luz de los principios de legalidad y culpabilidad. Estos principios aparecen como irrenunciables cualquiera sea la forma de delincuencia que se pretenda combatir. Ninguna estrategia legal contra la macrodelincuencia será justificada si pone en entredicho la seguridad jurídica.

La tarea de elaborar leyes realmente útiles en materia de delincuencia organizada, particularmente en el campo de la macrodelincuencia económico-financiera, puede compararse a una operación de microcirugía, donde se impone un mínimo de actividad con el instrumento más preciso. Ocurre que lamentablemente la misión de legislar en estas ramas tan delicadas se emprende siempre en forma apresurada, respondiendo a reclamos populares frente a hechos puntuales. Asimismo, ese cometido se suele dejar en manos de personas sin la suficiente especialización que se atienen exclusivamente a los síntomas del fenómeno sin comprender el funcionamiento de los mecanismos involucrados. Por cierto que siempre hay excepciones y en tal sentido debe destacarse el extraordinario trabajo que cumplió la Sub-Comisión encargada de elaborar el Anteproyecto de la Parte Especial del Código Penal de Brasil (Título: *Dos Crimes contra a Ordem Econômica*) presidida por el eminente Ministro Evandro Lins e Silva e integrada por otros destacados penalistas. Más allá de ciertas discrepancias muy puntuales en términos de técnica legislativa, estamos persuadidos de que se trata de un cuerpo jurídico elaborado por juristas de raza conocedores de la materia, lo que por cierto no es frecuente.⁶⁰

2.3 Los elementos constitutivos de los tipos penales se deben delinear cuidadosamente con "criterio jurídico tras-

60. La citada Sub-Comisión estuvo presidida por el Ministro Evandro Lins e Silva y por los Profs. João Marcello de Araújo Junior, Juarez Tavares, Renée Ariel Dotti y Wandenkolk Moreira. Sobre el referido Anteproyecto del Título dos Crimes contra a Ordem Econômica, resulta muy aconsejable la estupenda obra del Prof. João Marcello de Araújo Junior: *Dos Crimes contra a Ordem Econômica*, op. cit., ut supra.

cendente",⁶¹ o sea tomando en cuenta todas las posibles consecuencias intra-dogmáticas de las nuevas creaciones penales, en especial procurando evitar los verbos nucleares amplios o vagos a fin de no correr el riesgo de caer en tipos abiertos que representan la más hipócrita negación al principio de legalidad, una de cuyas expresiones es: "Nullum Crimen, nulla poena sine lege certa".

Bien resalta Tiedemann⁶² que la utilización de fórmulas amplias, incluido el uso de fórmulas generales dentro del tipo objetivo es, al contrario de lo que representan sus aparentes ventajas, altamente problemática.

El Derecho Penal liberal exige que los tipos sean cerrados, es decir, tipos específicos de una acción que se traduce en la manifestación de un acto externo del hombre y sólo eso podrá ser castigado. Nos hacemos cargo de las múltiples dificultades técnicas y prácticas implícitas en el hecho de criminalizar este tipo de conductas vinculadas a la criminalidad organizada con tipos perfectamente herméticos, sin recurrir a normas de segundo grado, de reenvío o en blanco que otorgan desmesurado poder a los órganos en ejercicio de la función administrativa. Conocemos el costo de mantener un sistema mínimamente liberal, sintiendo a la legalidad y a la culpabilidad como el límite natural de la pretensión punitiva del Estado. Se trata de una tarea muy árdua pero no imposible. Lo más grave es que

la renuncia a ella significaría necesariamente la renuncia a los propios principios que deben motivar esa misma tarea. Se estaría sustituyendo automática y concomitantemente un Derecho Penal de legalidad por un Derecho Penal de conveniencia: la Razón de Estado por sobre la Razón Jurídica.

Lamentablemente, en este campo se encuentra arraigada la injustificada tendencia a confundir las dificultades técnicas con imposibilidad. Pero, insistimos, si se opta finalmente por penalizar, habrá que franquear todos estos obstáculos para legislar bien, ya que las referencias más o menos genéricas son sinónimo de tipos abiertos que engendran el riesgo de la analogía y, entre otras cosas, tampoco es admisible penar por analogía. A nuestro modo de ver, debe y puede operarse concretizando exclusivamente las figuras en tipos muy específicos técnicamente cerrados que impidan la pura discrecionalidad de la administración y de los magistrados.

La regla de oro es que la punibilidad, incluida en ella la tipicidad, esté determinada antes de la comisión del hecho con total precisión y no recién a posteriori por el aplicador. En tal sentido, la diversidad de tipos penales dentro y fuera del Código Penal no es otra cosa que efecto del principio de legalidad, en el sentido de exigencia de determinación.⁶³

2.4 Tampoco parece, a nuestro modo de ver, imprescindible que los nuevos tipos penales se plasmen en figuras formales de mera actividad castigando la puesta en peligro, a través de tipos omisivos, como ocurre en los nuevos arts. 305 bis y 305 ter. del CP suizo relativos al lavado de dinero y la vigilancia de las transacciones financieras.⁶⁴

61. Ennio Fortuna, "Aspetti particolari del pentitismo mafioso. Repressione della mafia e nuovo processo penale" en *La Mafia Oggi — Individuazione del Fenomeno...*, op. cit., ut supra, pp. 271 y ss.

62. Klaus Tiedemann, "Apresentacao Critica — Crimes Contra a Ordem Economica", en João Marcello de Araújo Junior, *Dos Crimes Contra a Ordem...*, op. cit., ut supra, p. 21.

63. Cf. Claus Roxin, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Ed. C.H. Beck, Munich, 1992, p. 70.

64. Raúl Cervini: "Concerning arts. 305 bis and 305 ter of the Swiss Criminal Code (CPS)..." op. cit., ut supra, p. 103.

Específicamente, el art. 305 ter, introducido en marzo de 1990 al CP suizo, sanciona un simple "defecto de vigilancia" en forma abstracta, un mero incumplimiento de la obligación de verificar que se pone a cargo de las instituciones financieras.⁶⁵

65. Raúl Cervini: "Lavado de Dinero. Su Control y Garantías..." op. cit., ut supra. En dicho trabajo hemos señalado: "...resulta elocuente en este sentido el propio texto del art. 305 ter. incorporado al Código Penal Suizo: 'el que profesionalmente haya aceptado, conservado, ayudado a colocar o a transferir valores patrimoniales de un tercero y que haya omitido verificar, conforme a la vigilancia requerida por las circunstancias, la identidad del titular del derecho económico...' ... 'En esta materia la ley suiza se extiende a todas las personas que tienen una actividad en el sector financiero, entendiéndose por él, no solamente los bancos y las entidades financieras no bancarias sino también los asesores en colocaciones, los administradores financieros, los agentes o casas de cambio, los comerciantes en metales preciosos e incluso las abogados que actúen como consejeros en materia de asuntos financieros. El defecto de vigilancia en materia de operaciones financieras ha sido concebido por la legislación Suiza como un delito de omisión intencional. Los elementos constitutivos objetivos son proporcionados por la expresión 'omisión de identificación'. De acuerdo a esta discutible construcción poco importa que los fondos provengan o no de una infracción'. 'El texto de la norma no deja ninguna duda sobre el hecho de que la verificación no debe dirigirse únicamente hacia la identidad del co-contratante directo, sino igualmente, hacia quien sea titular del derecho económico, es decir, la persona del cliente real en la medida en que no se trate de la persona que actúa frente al banco. La norma exige el cumplimiento de las condiciones relativas al deber de identificación del cliente real, penalizando a aquel que, conscientemente, incumpla la obligación de verificación negándose a ver. Poco importa a este respecto que el autor considere a los valores patrimoniales como adquiridos de manera legal. La obligación es absoluta y abstracta'."

Esta norma, y otras de similares características que se están expandiendo dentro del ámbito internacional, colocan indebidamente a las instituciones y a sus representantes en posición de garante del bien jurídico más o menos difuso que se pretende tutelar (la salud económica de los países involucrados en las distintas instancias del tráfico ilícito de estupefacientes). Esta configuración jurídica ingresa en el derecho continental dentro de la categoría de los llamados delitos de "omisión impropia", que se corresponde dentro del derecho anglosajón a las formas de punibilidad de la llamada "ignorancia intencional" que debe leerse como la deliberada omisión de conocer cuando se tiene la obligación legal de ello.

Siguiendo la tesis de la Convención de las Naciones Unidas de Viena de 1988, el "Reglamento Modelo sobre delitos de lavado relacionados con el tráfico ilícito de drogas y delitos conexos" elaborado como marco de referencia dentro del marco de la OEA, consagra tipos meramente omisivos de obligaciones puramente reglamentarias o administrativas,⁶⁶ haciendo de la norma penal — como ha expresado Juarez Tavares — un exclusivo refuerzo a la obediencia, sin ninguna referencia directa a la noción de bien jurídico, ni pretensión de impedir una lesión concreta del mismo.⁶⁷ Naturalmente vemos con preocupa-

66. Reglamento Modelo sobre Delitos de Lavado Relacionados con el Tráfico Ilícito de Drogas y Delitos Conexos, art. 14 "Comete delito penal la institución financiera, sus empleados, funcionarios, directores, propietarios u otros representantes autorizados que actuando como tales deliberadamente no cumplan con las obligaciones establecidas en los arts. 10 a 13 del presente Reglamento o que falseen o adulteren los registros o informes aludidos en los mencionados artículos".

67. Juarez Tavares: "Los Límites Dogmáticos de la Cooperación Penal Internacional" en *Curso de Cooperación Penal Internacional*, op. cit., ut supra, p. 129.

ción esta tendencia a usar el Derecho Penal para impedir violaciones a imposiciones meramente formales.

Ciertamente no estamos cuestionando la estrategia de combatir a la delincuencia organizada cortando sus canales de comunicación con la economía legal, erradicando de raíz la posibilidad de circulación del dinero sucio obtenido con sus actividades, ni aún la pertinencia de confiscar esos fondos, sino exclusivamente la técnica legislativa y algunos procedimientos empleados con esa finalidad.

2.5 También, la creación de esos tipos penales imprescindibles para la persecución de los casos más gravosos de criminalidad organizada deberá promover también una reflexión responsable respecto de la imputación penal en el marco del delito corporativo, principalmente en lo relativo al entrecruzamiento de responsabilidades en los ilícitos transnacionales. Personalmente nos inclinamos a pensar que el tema puede dilucidarse satisfactoriamente empleando los recursos dogmáticos tradicionalmente transitados por la doctrina como son los de la participación criminal o la autoría mediata, procurando evitar aquellos más traumáticos⁶⁸ como pueden ser la omisión impropia,⁶⁹ la teoría del dominio

del hecho⁷⁰ y el actuar en lugar de otro.⁷¹

En lo que respecta a la pretendida necesidad de penalizar la persona jurídica, pensamos que atrás de esta tesitura no hay otra cosa que un Derecho Administrativo disciplinario al que se le agrega con la pena una nota estigmatizante que puede llevar la calma a ciertos círculos. Estrictamente su concreción implicaría un innecesario desdibujamiento del principio de la responsabilidad personal y un retroceso dogmático inocuo ya que, en los hechos, sólo serviría para reforzar la tradicional impunidad de las personas físicas que las controlan. Por razones burocráticas o meras dificultades probatorias, el funcionamiento real del sistema judicial seguramente agotaría la instrucción al nivel de la penalización formal de las personas jurídicas, las mass media inducirían en la opinión pública esa satisfacción básica a sus requerimientos de justicia y las personas físicas auténticamente responsables podrían seguir tan impunes como siempre, actuando a través de otras sociedades.⁷² Por eso se

68. Raúl Cervini, "Protección Penal del Consumidor y el Desafío de la Regionalización", en *Estudos sobre a Proteção do Consumidor no Brasil e no Mercosul*, ed. coord. por Claudia Lima Marques, Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor, Sec. do Rio Grande do Sul, Livraria do Abogado, Porto Alegre, ago./94.

69. V. Enrique Bacigalupo, *Delitos improprios de omisión*, Temis, Bogotá, 1985, pp. 109 y ss.; Enrique Bacigalupo, "Conducta precedente y posición de garante en el Derecho Penal", en *Problemas actuales de las Ciencias Penales y la Filosofía del Derecho*, Libro Homenaje al Prof. Luis Jiménez de Asúa, Panedille, B. Aires, 1970.

70. Claus Roxin, "Sobre la autoría y la Participación en Derecho Penal", en *Problemas actuales de las Ciencias Penales y la Filosofía del Derecho*, op. cit., ut supra; Claus Roxin: "Voluntad de dominio de la acción mediante aparatos de poder organizados", en *Doctrina Penal*, 1985, año VIII, n. 31., p. 399.

71. V. Klaus Tiedemann, "Punibilidad y Responsabilidad Administrativa en las Personas Jurídicas y de sus Organos", en *Revista Jurídica de Buenos Aires*, II/36, 1988.

72. Sobre el tema: "Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas", v. José Henrique Pierangeli: "A Responsabilidade penal das Pessoas Jurídicas e a Constituição" en *Revista do Ministério Público*, Rio Grande do Sul, Nova Fase, 1/49 y ss., 28, Ed. RT, Porto Alegre, 1992; João Marcello de Araújo Junior, "Dos Crimes contras a...", op. cit., ut supra, en especial el Capítulo 6: "Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica. Um Tema Polêmico", pp. 62 y ss.; del mismo autor *Dos Crimes*

ha dicho que en la realidad de los hechos la responsabilidad de "doble vía" se reduce a una responsabilidad penal de "cajas vacías".⁷³ Con una creación semejante, el Derecho Penal daría prueba cabal más de su inoperancia que de su eficacia, si se entiende por esta última el hecho de llegar a la identificación completa del acto, su autor y las motivaciones de éste. En una sola expresión: el cuerpo y alma del delito.

La penalización de la persona jurídica choca frontalmente con la construcción dogmática y jurisprudencial del "disregard of legal entity" que precisamente busca reconciliar la realidad con el Derecho, hacer visible en el Derecho lo que el Juez ya ve en los hechos: una persona física actuando detrás de una persona jurídica. La teoría de la responsabilidad penal de la persona jurídica puede llevar precisamente a lo contrario, a la exclusiva y antinatural penalización de la cobertura formal de actuación de una persona.

Contra a Ordem Econômica, op. cit., ut supra especialmente el Capítulo 11 "Dos Crimes Contra Os Sistemas de Processamento Ou Comunicação de Dados", pp. 118 y ss.; João Marcello de Araújo Junior y Marino Barbero Santos, *A Reforma Penal. Ilícitos Penais Econômicos*, Ed. Forense, Rio, 1987, pp. 139 y ss.; Marino Barbero Santos, "¿Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas?", en *Revista Doctrina Penal*, año 9, Ed. Ediar, B. Aires, 1988, pp. 397 y ss.; del mismo autor, "¿Responsabilidad Penal de la Empresa? en *Estudios de Derecho Penal Económico*, Luis Arroyo Zapatero y Klaus Tiedemann (Editores), Colección Estudios, ed. de la Universidad de Castilla — La Mancha, 1994, pp. 25 y ss.; Francisco Muñoz Conde: "La Delincuencia Económica y la Paremia Societas Delinquere Non Potest", en *Forum Internacional de Direito Penal Comparado*, Edit. Tribunal de Justicia del Estado de Bahia, Salvador, 1989, pp. 103 y ss.

73. Louis W. Severin, "Recent Developments...", op. cit., ut supra, p. 52.

3. Esta metodología permite finalmente conocer lo que se quiere proteger y cómo puede llevarse efectivamente a cabo dicha protección, con el consiguiente esclarecimiento y visibilidad de las conductas que pueden lesionar el bien así precisado. Cuando el objeto no está suficientemente definido, los medios serán necesariamente ambiguos. Por el contrario, la nitidez del objeto lleva a la nitidez de los medios y con ello por lo general a la eficiencia normativa y a la seguridad jurídica.

La ventaja que acarrea esta concepción metodológica no es menor: mantener al Derecho Penal dentro de los principios rectores de lesividad y legalidad, los que resultarían ineludiblemente comprometidos si los contornos del bien jurídico aparecieran lo suficientemente confusos y ambiguos como para concluir que una determinada acción es peligrosa para el mismo y para precisar con el rigor deseado cuáles acciones lo son.

Cuanto más abstracto, ambiguo o nebuloso se conciba el bien jurídico, tanto más será posible que cualquier acción que se involucre con él, por más remota que sea, pueda ser considerada como en sí misma generadora de peligro. Ultimamente existe la tendencia no ya de anticipar la tipificación de una acción relativamente remota al bien jurídico, sino de aproximar éste, mediante una óptica de amplificación conceptual que, al mismo tiempo que lo atrae hacia la acción, le hace perder la necesaria nitidez hasta bordear la delincuencia. En otras palabras, existen dos formas de ampliar el marco de protección de los bienes jurídicos afectados por las formas más gravosas de criminalidad socioeconómica, uno consiste en anticipar la tipificación de acciones que en sí mismas no son dañosas para el bien jurídico (vía tradicional), otra de reciente aparición usa el recurso de desplazar el bien jurídico hacia la ac-

ción. Esto se consigue, a nuestro modo de ver, al costo de borrar la nitidez de sus contornos y de poner por vía indirecta en tela de juicio los principios de lesividad y legalidad que deben presidir un Derecho Penal garantizador. Sin duda se lesionan estos principios cuando no hay forma de saber si la conducta ataca a un bien jurídico que se ha desdibujado a través de la amplificación antes mencionada, al punto de que ha perdido la necesaria definición. En tal circunstancia, no se sabría si la conducta ataca una realidad o una fantasía. De más está decir que esta simple duda debería absolver la conducta.

Hay, a nuestro modo de ver, una única vía de tipificar los delitos de peligro y ésta supone la debida com-

prensión y concreción del objeto de tutela. Es precisamente a raíz de esta comprensión y concreción y solamente por ésta que el bien jurídico puede y debe protegerse. El otro método equivale a la lucha de Don Quijote contra los molinos, pues no se conoce exactamente contra quién se combate, si contra los molinos o contra gigantes y precisamente el disvalor de la acción depende de ese exacto conocimiento. Una ampliación del bien jurídico puede hacerse siempre y cuando se mantenga su reconocibilidad. Este es, o debe ser, el límite y este camino requiere imprescindiblemente una metodología idónea para comprender el fenómeno que se quiere reprimir en su específico funcionamiento y proyección.

ASPECTOS PENAIS DA PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR

ALBERTO ZACHARIAS TORON

Professor de Direito Penal da PUC-SP
Presidente do IBCCRIM e do CONEN-SP
Advogado criminalista em São Paulo

1. Introdução — 2. O significado da intervenção do Direito Penal — 3. Aspectos gerais das normas incriminadoras do Código do Consumidor — 4. Breve análise de alguns tipos penais — 5. Alguns aspectos da Lei 8.137/90.

1. Introdução

Há uma idéia segundo a qual o grau de civilidade de um povo também pode ser aferido em função da utilização maior ou menor do instrumental penal.¹ No caso brasileiro, muito embora amiúde proclame-se a necessidade de se adaptar e conduzir o País à modernidade, o que se verifica é o velho e crescente emprego do Direito Penal como instrumento de controle.

Não bastasse a Lei dos Crimes Hediondos (Lei 8.072, de 25.7.90) — ela mesma por muitos considerada hedionda — a promulgação do “Estatuto da Criança” (Lei 8.069, de 13.7.90) e do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078, de 11.9.90), tivemos na virada do fecundo ano legislativo de 1990 o aparecimento da Lei 8.137. Esta, que já foi objeto de severas críticas porque, entre outras razões, no seu art. 18, determinou a renumeração do Código Penal a partir do art. 163, teve o “mérito” de ser a primeira lei especial de um código que

ainda não havia entrado em vigor. Vale o registro de que a Lei 8.176, de 8.2.91, no seu art. 6.º, revogou o art. 18 da Lei 8.137/90.

Perplexidade à parte, o Código do Consumidor que entrou em vigor no dia 11.3.91 já estava parcialmente derogado pela Lei 8.137/90 que, além dos crimes contra a ordem tributária e econômica, também definiu os delitos contra as relações do consumo.

O cipoal de normas penais, umas se sobrepondo às outras no tempo, não só propicia a confusão entre os operadores do sistema (juízes, promotores, advogados, delegados de polícia, professores etc.) e os seus destinatários, como também deixa claro a ausência de uma política criminal cientificamente pensada. O legislador, ao que parece, caminha a reboque dos acontecimentos, ensejando inúmeras iniquidades nas diferentes disposições penais.²

1. Nesse sentido: Túlio Grimaldi, em “*Trasformazioni sociali e tutela penale*”, *Funzioni e Limiti del Diritto Penale*, Pádua, Cedam, 1984, p. 187.

2. Por todos, vale a leitura do eloqüente artigo do ex-Min. Saulo Ramos: “Mata, mas não beija” (publicado na *Folha de S. Paulo*, ed. de 4.11.90, p. 3) e, também, do trabalho do prof. Damásio de Jesus, “Anotações à Lei 8.072/90 (Crimes Hediondos)”, publicado no *Livro de Estudos Jurídicos*, Rio, Instituto de Estudos Jurídicos, 1990, p. 27.

2. O significado da intervenção do direito penal

O Brasil, que é “reconhecido pelos próprios brasileiros como um País onde 1m. de tecido pode ter apenas 90 cm, o quilo de feijão é vendido com 950 g, o café é torrado junto com palha e vende-se um pedaço de patinho como se fosse filé”,³ clamava mesmo pela adoção de medidas que visassem ao fim dos abusos que ainda ocorrem. Não que houvesse, por inteiro, um vazio em matéria legal. É certo que tanto o Direito Civil quanto o Penal contemplavam situação de molde, no primeiro caso, a permitir a satisfação do prejuízo e, no segundo, a reprimir as formas mais graves e danosas de comportamentos ilícitos. Mas, igualmente correto é o entendimento de que no plano civil, principalmente, vivia-se o angustiante problema da dificuldade de acesso ao Judiciário e, mais que isso, o da própria lentidão na prestação jurisdicional. Do ponto de vista criminal, fundamentalmente, sentia-se a carência de novos tipos incriminadores.

Nessa conformidade, o mais alto ponto de ressonância da aspiração relativa à proteção aos direitos do consumidor está na própria Constituição Federal, onde seu art. 5.º, XXXII, estabelece que o “Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”, e, o n. V do art. 170, proclama esta mesma defesa como princípio a ser observado pela ordem econômica.

Assim, dando consequência e eficácia ao comando constitucional, o CDC, dotado de normas da mais variada natureza (civil, comercial, administrativa, penal e processual), procura tutelar os direitos do consumidor. Segundo o então Dep. Geraldo Alckmin (PSDB-SP), membro da Comissão Mista do Congresso que elaborou o Código, “esse

é o mais completo instrumento de que o consumidor brasileiro já dispôs para protegê-lo”.⁴

Do ponto de vista penal, no entanto, a tutela dos interesses do consumidor, com as modificações e complementos dados agora pela Lei 8.137/90, reflete, em grande medida, aquela visão ingênua e mágica, de que fala o Prof. Norberto Spolansky, da Universidade de Buenos Aires, segundo a qual “com o direito Penal se pode resolver todo tipo de problema, desde a proteção da vida até a solução da inflação”.⁵

Ademais, algumas das condutas incriminadas provocam o ofuscamento do princípio que preconiza a adoção de “mecanismos alternativos de resolução de conflitos de consumo”, tal como inscrito no art. 4.º, V, do CDC. Mais grave, ainda, é a percepção de que muitas condutas criminalizadas ou bem poderiam ser alvo de controle administrativo ou bem resolvíveis no âmbito da transação civil.

A elevada quantidade de leis penais denunciada por tantos e em reiteradas oportunidades,⁶ demonstra cabalmente que o princípio da intervenção mínima, segundo o qual deve-se reservar as sanções penais para os casos mais graves⁷ é, no mínimo, ignorado. Aliás,

4. Idem, *ibidem*.

5. Norberto Spolansky, “O delito de posse de entorpecentes e as ações privadas dos homens”, trad. Miguel Reale Jr., *Cadernos de Advocacia Criminal*, 1/102, Porto Alegre, ed. Sérgio Antonio Fabris, 1988.

6. Por todos: v. de René Ariel Dotti “O outro lado do colarinho branco”, em *Direito Penal dos Negócios*, S. Paulo, AASP, s/d, pp. 24 e 25; ou, do mesmo autor, *Bases e Alternativas para o Sistema de Penas*, S. Paulo, Saraiva, 1980, pp. 23, 28 e 185.

7. Como exaustivamente se tem registrado na doutrina; “La gravedad del control penal, es decir el modo tan directo y personal de ejercicio de la violencia estatal que él significa, impone que sólo se lo considere como

3. Revista *Veja*, de 4.7.90, p. 24.

como já salientei em trabalho anterior, “parece intuitivo que um sistema sobre-carregado, ao menos para não perder sua funcionalidade, deva restringir seu alcance aos delitos de maior gravidade”. Mesmo porque, parafraseando Hulsman, “há uma enorme diferença entre a capacidade do sistema e as tarefas que lhe são atribuídas”.⁸

Caberia aqui repetir a sábia advertência do Prof. italiano Franco Bricola, hoje na Universidade de Roma, para o fato de que “o caráter subsidiário do Direito Penal é utilizado mais como *slogan* do que como projeto real”.⁹

A propósito, ainda na esteira da lição de Bricola, é bom salientar que: “a tutela extrapenal e administrativa em particular pode oferecer, em determinadas situações, garantia de maior tempe-

última instancia. El carácter fragmentario apunta justamente al hecho de que dada la gravedad del control penal no es posible utilizarlo siempre, sino frente a determinados hechos muy específicos y de cierta significación en la vida social” (Juan Bustos Ramirez, *Introducción al Derecho Penal*, Bogotá, Temis, 1986, p. 26). Hans Welzel assinala que: “Cuando las disposiciones penales constroen casi todas las actividades vitales, cuando hasta los actos de defensa de la existencia pueden ser punibles, entonces el Derecho Penal padece de exceso de punición” (*Derecho Penal Alemán — Parte General*, 12.ª ed., Santiago do Chile, Ed. Jurídica de Chile, 1987, p. 17). No mesmo sentido, entre muitos outros autores: S. Mir Puig, *Derecho Penal — Parte General*, Barcelona, PPU, 1985, p. 74; Jescheck, *Tratado de Derecho Penal — Parte General*, trad. de F. Muñoz Conde e S. Mir Puig, Barcelona, Bosch, 1981, p. 73. Entre nós por todos, Francisco de Assis Toledo, *Princípios Básicos de Direito Penal*, 3.ª ed., S. Paulo, Saraiva, 1987, pp. 5 e 7.

8. A. Z. Toron, “Sobre o juizado especial de pequenas causas em matéria penal”, *RT* 638/396.

9. Franco Bricola, “Tecnique di tutela penale e tecniche alternative di tutela”, *Funzioni e Limiti del Diritto Penale*, cit., p. 22.

tividade e certeza de atuação e, portanto, demonstrar-se mais idônea sob o aspecto da prevenção geral...”.¹⁰ E, com Hungria, a advertência de que o “Estado só deve recorrer à pena quando a conservação da ordem jurídica não se possa obter com outros meios de reação, isto é, com os meios próprios do Direito Civil (ou de outro ramo do Direito que não o penal)”.¹¹ Até porque, “somente quando a sanção civil se apresentar ineficaz para a reintegração da ordem jurídica, é que surge a necessidade de enérgica sanção penal”.¹²

Como procurei demonstrar, a grande maioria das figuras delitivas descritas na Lei 8.078/90, ou são desnecessárias ou, pior que isto, além de violarem garantias constitucionais e princípios da Ciência Penal, podem significar um entrave na solução daquilo que se chamou conflito de consumo. Sob o plano do simbólico, e também do pragmático, a tendência restritiva atuante a nível repressivo não é facilmente harmonizável com a outra parte do discurso, aquela permissiva, inovadora, que procura caminhos alternativos, a qual resultará frustrada ante os fatos sob a influência que a orientação repressiva exercita.¹³

Não é que se queira dar proteção ao que o Prof. René Ariel Dotti chamou de “delinquência dos respeitáveis”,¹⁴ trata-se, isto sim, de alertar para a circuns-

10. Idem, p. 19.

11. Nelson Hungria, *Comentários ao Código Penal*, 4.ª ed., v. VII/173, n. 74, Rio, Forense, 1980.

12. Idem, p. 178. No mesmo sentido é o entendimento do Prof. Frederico Marques no seu *Tratado de Direito Penal*, 2.ª ed., v. II/2, S. Paulo, Saraiva, 1984.

13. Assim, Giuseppe Mosconi, embora referindo-se às penas alternativas no contexto do sistema penal, no ensaio “Bene giuridico e silenzio del sociale. Proposte d'intervento”, *Funzioni e Limiti...* cit., p. 182.

14. René Ariel Dotti, *Direito Penal dos Negócios*, ob. cit., p. 15.

tância de que nem sempre o instrumento mais draconiano (no caso, o Direito Penal) é, por paradoxal que possa parecer, capaz de afastar condutas tidas como indesejáveis.

Não raro, os partidários da visão “ingênua e mágica” do Direito Penal acabam, pelo efeito perverso da infração penalística, experimentando o amargo sabor da ineficácia deste instrumento, seja pela lentidão do aparato policial e do Judiciário, ou por qualquer outro motivo.

O pior, o mais grave, contudo, está no fato de que, por tratar das relações do cotidiano (que vão da compra do pão e leite até a prestação de serviços por profissionais liberais), o Código de Defesa do Consumidor pode criar, a exemplo do que se verificou nos diferentes planos cruzados e no início do governo Collor, um permanente clima policialesco de “denúncias” e mais “denúncias” de crimes praticados por fornecedores, vendedores em geral ou prestadores de serviços.

Num quadro marcado pelo alarma social, sustentado por leis repressivas, a modernidade representada pela utilização do Direito Administrativo como instrumento de controle, com a consequente reafirmação do caráter subsidiário do Direito Penal, no Brasil, ficará afastada pelo erigimento de uma espécie de regime “democrático-policial”.

3. Aspectos gerais das normas incriminadoras do Código do Consumidor

As considerações precedentes não têm o condão de querer, por inteiro, afastar o Direito Penal das relações de consumo, tal como pretendeu José Francisco Palopoli Jr., assessor jurídico da Federação do Comércio do Estado de São

Paulo.¹⁵ Prestam-se unicamente a mostrar a necessária limitação que se deve impor à utilização deste meio de controle.

Com o Prof. Klaus Tiedemann, penso que “o Direito Penal não tem na atualidade, como missão, a de conformar a ordem econômica. Pelo contrário e como princípio, unicamente, ratifica uma ordem extrapenal e colabora assim para sua efetividade”. No âmbito da economia, arremata o Prof. Tiedemann, que é Diretor do Instituto de Criminologia e Direito Penal Econômico da Universidade de Friburgo de Brisgóvia, “o Direito Penal resulta ser secundário e acessório”.¹⁶

Admitindo-se nessa exata medida a legítima utilização do Direito Penal, é evidente que, ainda assim, seu emprego deve observar os princípios e as garantias constitucionais que o regem.

A primeira e, talvez, a mais importante garantia do Direito Penal, é a de que — como corolário do princípio da legalidade¹⁷ — suas normas sejam sempre estritas e plenamente determinadas, devendo, como alerta o Prof. Paulo Bessa (PUC-RJ), “descrever precisamente as condutas proibidas pela ordem

16. Klaus Tiedemann, *Poder Econômico y Delito*, trad. Amélia Mantilha Villegas, Barcelona, Ed. Ariel, 1985, p. 21.

17. O Min. e Prof. Luiz Vicente Cernichiaro, no *Direito Penal na Constituição*, atenta que o princípio da reserva legal “não se pactua com garantia meramente formal. Insuficiente apenas a lei anterior à conduta. Impõe-se descrição específica, individualizadora do comportamento delituoso... Uma lei amplamente genérica, seria suficiente para, respeitando o princípio da legalidade, definir-se como delito qualquer prejuízo ao patrimônio ou a outro bem jurídico. Não estaria, porém, resguardado o princípio da legalidade” (ob. cit., S. Paulo, Ed. RT, 1990, p. 14). No mesmo sentido o Min. e Prof. Francisco de Assis Toledo no consagrado *Princípios Básicos de Direito Penal*, 3.ª ed., n. 24, Saraiva, 1987, p. 28.

15. *Folha de S. Paulo*, 30.5.90, no artigo de Pedro Del Picchia intitulado: “Empresários consideram Código de Defesa do Consumidor muito severo”.

jurídica”¹⁸. “Máxime em matéria econômica, pois o cálculo dos riscos jurídicos adquire especial importância onde o empresário privado deve atuar com base no seu próprio risco financeiro e pessoal”¹⁹.

Santiago Mir Puig, Professor da Universidade de Barcelona, registra que desde a Revolução Francesa se considera necessário delimitar com a máxima clareza possível as condutas que se podem considerar constitutivas de delito.²⁰ Já o saudoso Prof. Heleno Fragoso, com apoio na lição de Soler, reavivava que: “a só existência de lei prévia não basta; esta lei (a penal) deve reunir certos caracteres, deve ser concretamente definitiva de uma ação, deve traçar uma figura cerrada em si mesma, por força da qual se conheça não somente qual é a conduta compreendida, senão também qual é a ação não compreendida”. E conclui: “A incriminação vaga e indeterminada faz com que, em realidade, não haja lei definindo como delituosa certa conduta, pois entrega, em última análise, a identificação do fato punível ao arbítrio do julgador”²¹.

Todavia, não é somente sob o aspecto da garantia que se deve observar o primado da *lex certa*. O Prof. Claus Roxin, da Universidade de Munique, explica, do ponto de vista da sociedade, que as normas penais, se não forem certas e determinadas, não cumprirão seu papel de prevenção geral, porquanto “não poderiam nem cunhar a consciência jurídica dos cidadãos, nem evitar

que estes se apartem do delito ante a cominação penal”²².

Pois bem. Alguns tipos penais descritos pelo Código de Defesa do Consumidor são manifestamente abertos e indeterminados, p. ex., arts. 67 (quando se refere à propaganda abusiva — art. 37, § 2.º) e 68.

Do ponto de vista penal, o Código de Defesa do Consumidor chega mesmo, paradoxalmente, a violar o princípio da legalidade por meio da própria lei.²³ E tudo em manifesto desalinho com as recomendações do XIII Congresso Internacional do Direito Penal sobre: “O conceito e os princípios fundamentais do Direito Penal Econômico e da Empresa”, celebrado no Cairo em 1981. Com efeito, a 7.ª recomendação expressa o seguinte: “No Direito Penal Econômico e da Empresa deveriam evitar-se no que for possível, as cláusulas genéricas. Ali onde resulte necessário o emprego de cláusulas genéricas, estas deverão interpretar-se restritivamente. As condutas proibidas devem ser descritas com precisão”²⁴.

O princípio da absorção, segundo o qual o delito mais grave absorve o

18. Paulo Bessa, *Curso de Direito Ambiental*, Rio, Renovar, 1990, p. 51.

19. Klaus Tiedemann, *Poder Económico y Delito*, cit., p. 23.

20. Santiago Mir Puig, *Derecho Penal*, 2.ª ed., Barcelona, Ed. PPU, 1985, p. 26.

21. Heleno Cláudio Fragoso, “Notas sobre o princípio da reserva legal”, *Revista de Direito Penal* 1/86, Rio, Borsó, jan.-mar./71.

22. Claus Roxin, *Introducción al Derecho Penal y al Derecho Procesal*, trad. Luiz Arroyo Zapatero e J. L. Gomes Colommer, Barcelona, Ariel, p. 36. No mesmo sentido é o escólio do Prof. W. Hassemer para quem a lei certa é lei do efeito seguro, sendo esta a natural esperança de qualquer legislador (cf. *Fundamentos del Derecho Penal*, trad. F. Muñoz Conde e L. A. Zapatero, Barcelona, Bosch, 1984, § 24, p. 314).

23. No sentido do enfraquecimento do “significado essencial” do princípio da reserva legal, v. o trabalho do Prof. Vives Antón, “Problemas constitucionales de la prevención y represión del tráfico de drogas tóxicas y estupefacientes”, inserto na coletânea, *Delitos contra la Salud Pública*, Valência, Ed. Universidade de Valência, 1977, p. 549-552.

24. Apud Klaus Tiedemann, *Poder Económico y Delito*, cit., p. 184.

menos grave, principalmente quando este é meio para aquele, porque guarda uma relação direta de consequencialidade, fica arranhado quando o legislador, no art. 65, parágrafo único, proclama a punição pela conduta nele descrita a título autônomo e, portanto, sem prejuízo da ocorrência do delito mais grave, como a morte. Ainda que assim não se entenda, espezinhou-se a regra do concurso formal (art. 70 do CP) segundo a qual quando o agente, mediante uma só ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes idênticos ou não, aplica-se-lhe a mais grave das penas cabíveis ou, se iguais, somente uma delas, mas aumentada, em qualquer caso, de 1/6 até a metade.

Por outro lado, a rigor, as disposições contidas nos arts. 72 e 74 do diploma em exame não carecem de sanção penal. Veja-se que a conduta incriminada no art. 72, a teor do disposto no art. 43, § 4.º, do mesmo "Código", pode sofrer neutralização com a impetração do *habeas corpus*. Ainda que se queira reprimi-la com sanções, bastava que o juiz, ao conceder a ordem, como efeito secundário da decisão, a exemplo do que, em parte, está previsto no *habeas corpus* (art. 653 do CPP) impusesse, além do dever de indenizar o impetrante pelos eventuais danos e custas processuais, uma multa.²⁵ Mais fácil ainda, seria a imposição autônoma de multa administrativa para coibir o comportamento daquele que impede ou dificulta o acesso do consumidor às informações ou dados constantes de cadastro, banco de dados etc.

De qualquer modo, a intensidade da resposta penal (6 meses de detenção no patamar mínimo) não faz sentido. Principalmente quando se coteja esta con-

duta com a descrita no art. 64, que é, à evidência, muito mais grave. Mesmo porque esta pode atingir e sacrificar um contingente apreciável de pessoas.

O conteúdo da norma inscrita no art. 74, sem quaisquer outras considerações, poderia, facilmente, ser alvo de disposição civil, segundo a qual a inadequação do preenchimento do termo de garantia deve, quanto ao conteúdo, ser presumida em favor do consumidor. Dessa forma, o comportamento do fornecedor "esperto", de saída, ficaria neutralizado e, o que é mais grave, com o risco de poder significar responsabilidade à maior. No mais, é cediço que o termo de garantia, ainda que em branco, ao lado da nota fiscal de venda ao consumidor sempre opera efeitos.

Aqui, novamente, cabe insistir com o fato de que a multa administrativa atuaria com maior tempestividade e eficácia.

Por fim, resta analisar a delicada questão da responsabilidade penal para os casos definidos no "Código". Sim, porque os demais, conquanto ligados ao consumo, deverão reger-se pelos diplomas que os regulam, por expressa determinação do art. 61.

Hoje em dia, há uma tendência para, não raro em detrimento do princípio da responsabilidade pessoal, que rege o Direito Penal,²⁶ alcançar-se o diretor, administrador ou gerente da pessoa jurídica.²⁷

O art. 75 do "Código" repete a regra do art. 29 do CP quanto ao concurso de agentes, isto é, "quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua

25. Sobre os efeitos secundários da decisão concessiva de *habeas corpus*, com este mesmo título, v. o trabalho do Prof. David Teixeira de Azevedo, em *Cadernos de Advocacia Criminal*, cit., pp. 137-142.

26. Entre muitos outros, v. a já citada obra do Prof. Vicente Cernicchiaro, *Direito Penal na Constituição*, pp. 71-78 e do Prof. Francisco de Assis Toledo, *Princípios...*, cit., pp. 205 e ss.

27. Nesse sentido, Prof. Manoel Pedro Pimentel, *Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional*, S. Paulo, Ed. RT, 1987, p. 172.

culpabilidade". Em seguida o legislador utiliza-se da expressão, bem como o diretor, administrador ou gerente da pessoa jurídica que promover, permitir ou por qualquer modo aprovar o fornecimento, oferta, exposição à venda ou manutenção em depósito de produtos ou a oferta e prestação de serviços nas condições por ele proibidas.

Tal composição da regra do concurso se, de um lado, reafirma o clássico postulado da responsabilidade pessoal, de outro, isto é, na segunda parte, abre espaço para a responsabilidade objetiva, caso não se realize uma interpretação restritiva do preceito.

Sobre o tema, porém, o art. 11 da Lei 8.137/90, regulando a matéria do concurso de agentes, revogou a segunda parte do art. 75 do "Código", pois, salvo a inclusão da expressão "por meio da pessoa jurídica", limita-se a repetir o disposto no art. 29 do CP. Eis a norma: "Quem, de qualquer modo, inclusive por meio de pessoa jurídica, concorre para os crimes definidos nesta lei, incide nas penas a estes cominadas, na medida de sua culpabilidade".

A não se entender que esta norma revogou a inscrita no art. 75 do "Código", teremos o absurdo de ver o tema submetido a regimes diferentes em crimes da mesma natureza. Portanto, em matéria de concurso de agentes, a norma a ser observada, que inclusive mais se afina com a sistemática do CP, é a contida no art. 11 da Lei 8.137/90.

4. Breve análise de alguns tipos penais

O art. 65 da Lei 8.078/90 incrimina a seguinte conduta: "Executar serviços de alto grau de periculosidade, contrariando determinação de autoridade competente".

Pelo teor do preceito não se sabe se o referido "alto grau de periculosidade" está ligado à proteção da pessoa que executa o serviço, à do transeunte que

passa pela via, ou à do futuro adquirente do serviço ou produto entregue.

A determinação do que se resguarda é importante, pois se ata ao bem jurídico tutelado, isto é, à preservação da incolumidade do trabalhador ou do cidadão que atravessa a rua ou, por fim, garantir a qualidade de determinado produto ou serviço. A norma é muito vaga, até porque não dá nenhum contorno e, tampouco, faz remissão ao que entende por alto grau de periculosidade. De qualquer modo, por se inserir num Código do Consumidor, é de se convir que tutela bem ou serviço destinado ao consumo.

Mais grave, porém, é que, pela sua redação, cria-se a possibilidade de se desrespeitar a determinação legal. É que se reprova unicamente a contrariedade à determinação da autoridade competente. Paradoxalmente, pode-se o mais (desrespeitar a determinação legal), e não o menos (desrespeitar o comando da autoridade).

Já o art. 66, para que o consumidor não saia lesado no campo das relações de consumo no que concerne ao seu direito à informação, procura protegê-lo das "artimanhas" do vendedor.

Como bem observa o Prof. Paulo José da Costa Júnior, em seus *Comentários ao Código de Proteção ao Consumidor*, acerca da objetividade jurídica deste dispositivo legal, "Busca-se assegurar, antes de mais nada, a veracidade, tutelando-se o consumidor da falsidade e do engano (...) Objetiva finalmente a figura assegurar a lisura nas relações de consumo" (ob. cit., Ed. Saraiva, S. Paulo, 1991, p. 231).

Ocorre que a regra tem ensejado não poucas arbitrariedades quando se vê seu emprego em situações duvidosas, tais como as geradas pelos acréscimos decorrentes do pagamento com cartão de crédito. Nestes casos, mesmo que o consumidor fosse avisado previamente

da diferença a ser paga, houve a tentativa de se enquadrar o vendedor como infrator do art. 66.²⁸

De outra parte não se pode olvidar que a figura típica em foco contempla hipótese omissiva em concurso com a culpa em sentido estrito. Todavia, no delito omissivo próprio não pode haver modalidade culposa.

Sim, porque é indiscutível que o tipo penal em questão descreve uma conduta omissiva pura em que o agente não faz o que a lei determina. Neste caso, omitir informações relevantes sobre produto destinado a consumo.

Seguindo esta linha de raciocínio, também é certo afirmar que se trata de crime de mera conduta, uma vez que é punível independente da verificação de um resultado. Ou seja: somente o fato do fornecedor, vendedor ou prestador de serviço omitir informação relevante é suficiente para que se enquadre a conduta no tipo previsto pelo art. 66, *caput*, da legislação em foco, mesmo que para o consumidor não acarrete nenhum prejuízo.

Sobre o tema, o saudoso Prof. Manoel Pedro Pimentel, cujas luzes ainda nos iluminam, explica: “Segundo entendemos, os crimes omissivos próprios são sempre de mera conduta, enquanto que os crimes omissivos impróprios (comissivos por omissão) são sempre crimes materiais. Nos primeiros o resultado nunca integra o tipo, e, nos segundos, o resultado é sempre essencial para a existência do delito” (*O Crime e a Pena na Atualidade*”, S. Paulo, Ed. RT, 1983, p. 116).

Dessa forma, como ainda bem observa o mesmo Professor em artigo publicado na RT 661/149, intitulado “Aspectos Penais do Código de Defesa do Consumidor”, em sendo crime de mera conduta, impossível admitir-se que seja

praticado por negligência, imprudência ou imperícia: “Tratando-se de crimes omissivos puros, crimes de mera conduta, portanto, parece-me que a previsão feita no § 2.º — ‘Se o crime é culposo’ — não tem cabimento. A melhor doutrina ensina que não existem crimes de mera conduta culposos. Em outra oportunidade escrevemos: ‘Em face dessas considerações, é difícil admitir a possibilidade de serem reconhecidos crimes culposos de mera conduta. Parece-nos que a modalidade culposa exige pelo menos um perigo concreto — que já deve ser entendido como resultado — e, assim, não existirá nos crimes em que a ação ou a omissão constituem o único elemento determinante da incriminação.’” (*Crimes de Mera Conduta*, 3.ª ed., S. Paulo, Ed. RT, 1975, p. 96).”

O art. 67 do Código em exame cuida do importante tema ligado à publicidade enganosa ou abusiva.

Define o próprio Código a publicidade enganosa como sendo “qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer modo, mesmo por omissão (grifei), capaz de gerar dúvidas ou induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedade, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços” (art. 37, § 1.º, da Lei 8.078/90).

A definição oferecida pelo legislador do que seja publicidade enganosa acaba por tornar a figura incriminadora descrita no art. 67 muito vaga e ampla, pois ao congrega, além dos aspectos que explicita (características, qualidade...), “quaisquer outros dados sobre produtos e serviços” como componente do tipo, abre espaço para uma interpretação elástica. Além do mais, pode ocorrer que os “outros dados” referidos não tenham potencialidade para enganar. Então, o tipo perde sua objetividade jurídica.

28. Sobre o tema, consultar RT 701/259, “Pagamento com cartão de crédito não torna ilícita a majoração no preço do produto”.

O mesmo e com maior realce vale para a propaganda abusiva. Sim, porque o art. 37, § 2.º, do CDC define-a da seguinte maneira: “É abusiva, dentre outras (grifei), a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite a violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeite valores ambientais (grifei), ou seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança.”

Toda publicidade é discriminatória no sentido de destacar o produto ou serviço que veicula, por isso, ainda que pareça óbvio, deveria estar expresso no art. 37, § 2.º, do código, que a discriminação proibida é a de sexo, religião, cor, raça ou outra análoga.

A lei fala, ainda, sem a menor explicitação, no desrespeito a valores ambientais. Que valores são esses?

Causa estranheza a dupla incriminação da propaganda que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança, classificada como abusiva (art. 67, c/c o art. 37, § 2.º, parte final) e, novamente, a título autônomo, a mesma descrição típica é encontrada no art. 68, porém, com pena maior.

De outra parte, causa perplexidade o fato de o art. 67 do diploma em tela cominar idêntica resposta penal, tanto no proceder daquele que sabe ser a publicidade enganosa ou abusiva e, portanto, age com dolo, bem como àquele que deveria saber da condição da propaganda e, assim, age com culpa em sentido estrito.

Esta observação foi feita pelo Prof. Miguel Reale Jr., em recente e memorável palestra na AASP e tem como significado o tratamento paritário de ações cuja esfera subjetiva do proceder é manifestamente diferenciada. Para usar

um argumento *ad terrorem*, seria o mesmo que punir indistintamente o homicida que agiu com dolo e o que procedeu com culpa.

O quadro relativo à incriminação da propaganda ampliou-se um pouco com o advento da Lei 8.137/90, pois o art. 7.º, VII, cuidou de tipificar a seguinte conduta: “Induzir o consumidor ou usuário a erro, por via de indicação ou afirmação falsa ou enganosa sobre a natureza, qualidade de bem ou serviço, utilizando-se de qualquer meio, inclusive a veiculação ou divulgação publicitária”.

Pois bem, como a publicidade enganosa é: art. 37, § 1.º do CDC: “...qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços”.

Resta concluir que os casos em que o consumidor é efetivamente induzido a erro mediante publicidade enganosa, que incida sobre a natureza e a qualidade do bem ou serviço, serão regulados pelo art. 7.º, VII, da Lei 8.137/90, cujas penas oscilam dentre o mínimo de 2 e o máximo de 5 anos de detenção ou multa. Se o engano é meramente potencial, incide a disposição do Código de Defesa do Consumidor, que tem penas mais brandas (detenção de 3 meses a 1 ano). Na primeira hipótese (Lei 8.137/90) temos um crime material que admite a tentativa e na segunda (Código do Consumidor) um crime formal que não a admite.

Fica, outrossim, o registro da possibilidade de tratamento punitivo muito diferenciado para condutas assemelhadas.

Nesse delicado tema colhe-se a impressão que a matéria relativa à publicidade enganosa foi tratada com melhor técnica no anteprojeto da Parte Especial do Código Penal. No parágrafo único do art. 184 tipifica-se este crime quando o agente “mediante publicidade, induz ou mantém alguém em erro sobre a natureza, a qualidade e a quantidade de bens ou serviços”.

Observe-se que sabiamente não se cuidou da publicidade abusiva que dada a sua fluidez e subjetividade deveria ser objeto de exclusiva regulação administrativa, ou por meio do CONAR (Conselho Nacional de Auto-Regulamentação) ou, ainda, e, no máximo, no âmbito da jurisdição civil.

5. Alguns aspectos da Lei 8.137/90

A lei em exame, como grande mérito, apresenta um tratamento à questão do concurso de pessoas inteiramente afeiçoado à sistemática do CP. Afasta a regra do art. 75 do CDC e, assim, expunge a possibilidade da responsabilidade objetiva. Além disso, incorpora (repetindo) diversas normas pertencentes à Lei de Economia Popular (cf. art. 2.º, II, III e V) e, colocando-as num mesmo diploma, procura dar unidade ao plexo protetivo do consumidor.

A nova norma propõe um tratamento mais rigoroso aos seus infratores. Sim, porque as condutas antes previstas pela Lei da Economia Popular, no art. 2.º, tinham penas que iam de 6 meses a 2 anos de detenção. Agora, o mínimo é de 2 anos e o máximo é de 5 anos de detenção.

Introduziu-se, porém, a possibilidade de se converter a sanção corporal em pena pecuniária. Com efeito, estabelece o art. 9.º, III, o seguinte:

Art. 9.º A pena de detenção ou reclusão poderá ser convertida em multa de valor equivalente a:

III — 50.000 até 1.000.000 de BTN, nos casos definidos no art. 7.º.

Inobstante a possibilidade do juiz, “considerando o ganho ilícito e a situação do réu”, poder reduzir a onerosidade da sanção patrimonial, é de se lamentar a adoção do BTN como base para cominação da pena, quando o CP adota o sistema de “dias-multa”, que é capaz de se ajustar a qualquer padrão monetário e às condições do sentenciado. Aliás, é bom lembrar que o Bônus do Tesouro Nacional foi extinto pelo recente “Plano Collor 2”.

Por fim, não pode passar sem críticas a figura incriminadora descrita pelo art. 7.º IX, da lei em estudo. Revogando o art. 279 do CP, esta norma está cunhada assim:

Art. 7.º. Constitui crime contra as relações de consumo:

IX — vender, ter em depósito para vender ou expor à venda ou, de qualquer forma, entregar matéria-prima ou mercadoria, em condições impróprias para consumo.

O art. 279 do CP reprimia conduta assemelhada, mas circunscrita à substância alimentícia ou medicinal avariada. Agora, a nova regra amplia de forma exagerada o corpo de incidência incriminado. Cria-se um tipo aberto e incompatível com a garantia da *lex certa*.

A propósito, veja-se que o art. 18, § 6.º, do CDC, define como impróprios ao uso e consumo, entre outros, “os produtos que, por qualquer motivo, se revelem inadequados ao fim a que se destinam” (inc. III).

Imagine o leitor o exemplo da mulher que vai à farmácia e adquire um absorvente, mas, em virtude de um anormal e abundante fluxo menstrual, este (o absorvente) se revele impróprio ao fim a que se destina. A anormalidade insere-se, absurda, mas certamente, no “qualquer motivo” da lei.

Dessa forma, o arbítrio pode se instalar comodamente no interior do tipo

penal e a incerteza entre os produtores e comerciantes campear. Isto, para não falar nos aproveitadores.

O art. 62 do projeto do CDC, que tinha assemelhada configuração típica, fora vetado pelo Presidente, ao que parece por violar a garantia da legalidade. Agora, inexplicavelmente, ressurge.

Com Zaffaroni, para concluir, convém alertar para a circunstância de que

“a proliferação de tipificações com limites difusos, com elementos valorativos eticizantes, com referências de ânimo, com omissões ou ocultamentos de verbo típico etc., são outras formas de debilitar ou cancelar a legalidade penal”.²⁹

29. Zaffaroni, *Em Busca de las Penas Perdidas*, 2.^a ed., Bogotá, Temis, 1990, p. 17.

REFLEXÕES SOBRE OS CRIMES ECONÔMICOS

ANTONIO CLAUDIO MARIZ DE OLIVEIRA

Advogado Criminal

1. Introdução — 2. Reação à impunidade — 3. Excesso de criminalização — 4. Responsabilidade objetiva — 5. Defeitos da lei penal — 6. Responsabilidade das pessoas jurídicas — 7. Prisão preventiva — 8. Modificações na legislação fiscal.

1. Introdução

Uma divagação de natureza política ou mesmo sociológica parece-me dever preceder à análise dos crimes de natureza econômica, para que se possa entender algumas características dos mesmos, bem como da persecução penal a eles relacionadas.

Trata-se das modificações aparentemente operadas no discurso sobre violência e sobre criminalidade tradicionalmente feito pelas elites em nosso país.

O crime sempre foi considerado como uma agressão ao patrimônio ou à vida, tendo como causa a personalidade de cada criminoso, que age segundo sua exclusiva vontade, sem sofrer qualquer influência de fatores exógenos. Como solução para o problema sempre se propôs aquela relacionada aos efeitos do delito: em regra, leis mais rigorosas e uma repressão de maior eficácia.

Este posicionamento que deitou raízes na consciência dos escalões mais privilegiados, parte da divisão, ou leva a ela, da sociedade em duas: uma sã e a outra enferma. Esta parece ser a detentora de tendências delinqüenciais, devendo pois, ser combatida, reprimida e punida. A outra, se é quando comete delitos, é merecedora de compreensão e de complacência.

Como exemplo dessa postura, nós temos os delitos de circulação que têm provocado incontáveis tragédias, denotando uma profunda indiferença pela incolumidade física e pela vida, por parte dos seus agentes. No entanto, são isoladas e quase imperceptíveis as vozes que se levantam, clamando por punições mais severas, mormente se compararmos com a grita voltada para os atentados contra o patrimônio.

A sonegação fiscal, outro delito exclusivo das camadas mais privilegiadas, tornou-se uma conduta corriqueira, normal, diríamos mesmo aculturada por tais camadas; no entanto, é notória a sua lesividade, pois desfalcando o erário, os segmentos carentes ficam privados de recursos incalculáveis, que, se bem aplicados, supririam as suas necessidades.

No entanto, são raras as manifestações da sociedade clamando por mais rigor na repressão desses atentados a valores relevantes. Parece haver um pacto, um conluio, uma tácita aliança, envolvendo os setores privilegiados, exatamente as parcelas que possuem automóvel e renda. Para um transgressor das regras de trânsito, a complacência é quase absoluta. Exige-se pouca ou nenhuma punição, para não se ser punido.

Os crimes da sociedade “sã” merecem perdão. Essa hipócrita postura se

reflete na própria análise da criminalidade em nosso país, tornando-a irreal e farisaica. Não se reconhece que a própria sociedade é geradora de fatores criminógenos, pois nela residem os germes da criminalidade, representados desde os pequenos desvios de conduta até as práticas delitivas previstas pelo Código Penal ou por leis esparsas.

Uma postura individualista, que olvida os valores éticos, morais e culturais informadores do humanismo, de um lado, e o excesso de regulamentação nem sempre condizente com a vontade coletiva, levam à prática de condutas desviantes, que pela sua reiteração, criaram entre nós a cultura da desobediência. Infrações de trânsito; sinais de luz nas estradas indicativos da presença de policiamento; pequenos subornos para pequenas vantagens; aquisições de mercadoria contrabandeada; furtos em supermercados, como que justificados pelas constantes remarcações de preços, dentre outras, constituem o rol de desvios de conduta, que vão tornando cada vez mais tênue e frágil a linha divisória entre o lícito e o ilícito, dentro da consciência social.

Quanto mais elevados os setores sociais, maior a incidência da inobservância dessas regras, pois é maior o poder de passar à margem da lei. E, o crime, acompanhado da impunidade, atinge todos os escalões sociais num processo contagiante, alterando o senso de justiça das camadas mais humildes, provocando a descrença, o sentimento de abandono, a perda dos referenciais éticos e morais. Trata-se do contágio hierárquico da criminalidade, expressão cunhada pelo saudoso Prof. Manoel Pedro Pimentel.

2. Reação à impunidade

Esses traços do crime no Brasil nos levam à inafastável verificação de que ele é um fenômeno presente no âmago

da sociedade e seus fatores são por ela gerados. Não é algo externo, pois nela nasce e nela produz os seus efeitos. Portanto, o pensar sobre o crime implica, necessariamente, o pensar a sociedade como um todo, buscando-se nela as suas causas e as suas soluções. Repita-se, refletindo sobre a sociedade e não em relação a alguns de seus segmentos.

Assistimos, nos dias de hoje, a uma reação que parte dos responsáveis pela *persecutio criminis*, procurando pôr cobro ao estado de impunidade, oriundo daquela postura acima referida. No entanto, esse movimento não pode transformar-se em um "macarthismo" caboclo. Está havendo uma tendência de passarmos da impunidade à fúria acusatória e punitiva. Ambas as situações desrespeitam a lei, criam insegurança e levam, da mesma forma, o desprestígio às instituições.

Em nome do combate à corrupção, não se pode aceitar os excessos acusatórios, a execração pública, o arbítrio. Enfim o desrespeito à lei e à dignidade pessoal e familiar.

Parte significativa da imprensa tem desempenhado um papel fundamental no sentido de fiscalizar e de dar transparência às atividades no setor público e mesmo no privado, possibilitando a apuração de condutas que violam a lei e que lesam interesses coletivos relevantes. No entanto, há para se lamentar a atuação de uma parcela que deturpa a verdade, divulga invencionices, fomenta dúvidas, na constante busca de sensacionalismo, sempre à cata do negativo, do destrutivo, não possuindo qualquer compromisso com a ética jornalística, com o respeito pelo próximo e com a verdade dos fatos. E, verifica-se que informações e comentários jornalísticos são aceitos como verdades absolutas e a partir das mesmas, o mero suspeito é condenado e execrado publicamente.

O Poder Judiciário deve empreender um grande esforço para que seus membros se mantenham imunes a essas influências, como administradores da justiça e não como instrumentos de emocionais e histéricos anseios punitivos, tão a gosto dos que têm aversão pela lei, pelos direitos e liberdades individuais e pela democracia. A mesma postura deve ser adotada pelo Ministério Público, pois a acusação sistemática e obstinada afasta o seu representante das funções de fiscal do cumprimento da lei e de defensor dos interesses sociais. Claro está que a sociedade não deseja a punição do inocente e ao culpado o que se quer é a correta aplicação da lei.

3. Excesso de criminalização

A tendência moderna, reinante na doutrina e no Direito Positivo de vários países, é o de emprestar um caráter subsidiário ao Direito Penal. Em regra, a tutela e a proteção de bens e de interesses devem ficar a cargo de outros ramos do Direito. Ao penal ficam reservados aqueles de maior magnitude ou aqueles em relação aos quais as normas de natureza diversa se mostram insuficientes para a salvaguarda de situações daquilo a que o direito se propõe amparar.

Trata-se do princípio da subsidiariedade ou da intervenção mínima que conduz não só a uma menor utilização das sanções penais, bem como a um número menor de novas figuras delituosas, como também à descriminação daquelas que já não correspondem às necessidades de proteção de certos direitos, pela aceitação social daquilo que já representara uma violação dos mesmos.

Sobre o prisma da prevenção geral e da prevenção especial considera-se hoje duvidoso o valor das sanções penais. As privativas de liberdade não exercem os

efeitos desejados quer por não chegarem a ser aplicadas por uma série de fatores, quer por causarem incomensuráveis prejuízos ao indivíduo, à família e à própria sociedade, em face do caráter deletério das prisões.

As penas de multa pelo irrisório do valor previsto, não desestimulam a prática delitiva.

Restariam as penas restritivas de direitos, que, infelizmente, só substituem aquelas inferiores a um ano de detenção, assim como são aplicadas com muita parcimônia pelo Judiciário.

Assim sendo, certos valores de real importância, como a incolumidade física atingida pelos crimes de trânsito, para apenas citar um exemplo, ficam absolutamente desprotegidos pela inoperância da sanção prevista que não inibe a constante e assustadora violação das regras respectivas.

Medidas administrativas ou mesmo judiciais de natureza civil, com um cunho de cerceamento de direito ou de sanções econômicas, à evidência, dariam um maior e mais eficiente amparo a inúmeros bens e interesses relevantes, produzindo o desejado efeito intimidativo.

Nelson Hungria já dizia que “O Estado só deve recorrer à pena quando a conservação da ordem jurídica não se possa obter com outros meios de reação, isto é, com os meios próprios do direito civil (ou de outro ramo do Direito que não o penal)” (4.^a ed., 1980, VII/173).

O crescente e já excessivo número de condutas puníveis, em nosso país, é justificado por legisladores e até por juristas em nome da necessidade de se combater a criminalidade.

Ledo engano. Ou no dizer de Francisco Assis Toledo, é apenas uma meia verdade entender o Direito Penal como instrumento de combate à criminalidade. Imprescindível é que se ataque as causas do crime para evitá-lo.

As trágicas carências sociais que há décadas se multiplicam; a profunda desorganização de uma sociedade que perdeu seus referenciais éticos e culturais, norteadas por uma escala de valores que prioriza o ter, sem nenhum sentimento coletivo ou de bem comum, constituem alguns dos fatores geradores do crime, desde os violentos até os motivados pela cobiça irrefreada, que vitima o particular e o público, o pobre e o rico, o povo e a Nação.

A fúria legislante, no campo penal, em verdade é uma fuga de responsabilidades e funciona como uma cortina de fumaça lançada sobre os olhos da população, que clama por soluções para seus cruciais problemas e se ilude com a tutela penal e agora, com a pena de morte, desonestamente, apresentada como panacéia para os males da violência. Por falta de capacidade para remover as causas de inúmeras violações de direito, ou por ser conveniente mantê-las, procura-se a via cômoda e enganosa de lei penal, ao invés de se trilhar o penoso caminho da renovação do entulho e do lixo, representado pela má distribuição de rendas, pelos privilégios, pela corrupção, pela insensibilidade criminosa de parte das elites e pelo desprezo da classe política, em geral, pelo bem comum.

4. Responsabilidade objetiva

Em regra os crimes econômicos envolvem pessoas jurídicas e a perquirição da responsabilidade pessoal, corolário fundamental do Direito Penal não tem sido a preocupação primeira da Polícia e do Ministério Público, que tem denunciado pela simples condição objetiva de ser o acusado diretor, gerente, administrador ou mesmo mero sócio da empresa.

A individualização da responsabilidade criminal, por meio do liame objetivo e subjetivo que deve ligar o agente ao fato delituoso não está sendo investiga-

da. Trata-se, na verdade, da adoção da responsabilidade objetiva (sem culpa) no Direito Penal, com desprezo ao direito penal de culpa, que foi uma "ádua conquista do Direito moderno", como afirmou Magalhães Noronha. A responsabilidade penal só cabe dentro do princípio da causabilidade. Assim, a acusação deve atribuir a prática de um crime a quem esteja objetiva e subjetivamente ligado ao fato que o constitui.

Para uma corrente de pensamento, autor de um crime é aquele que de uma maneira ou de outra cria uma condição para a ocorrência do delito. Esta teoria, chamada subjetiva ou subjetiva causal, amplia a autoria ao infinito, alcançando desde os executores até aqueles que não praticaram qualquer ato ligado, mesmo que indiretamente, ao fato típico. Poder-se-á, assim, responsabilizar o vendedor da arma utilizada em um homicídio ou mesmo aquele a quem o crime possa vir a interessar, embora não tenha praticado nenhuma ação atinente à consumação do mesmo.

Já a chamada teoria formal objetiva atinge o extremo oposto à primeira. A autoria tem seu conceito ligado à prática da ação descrita no tipo. Excluídos estão todos aqueles que, embora colaborando com o resultado, por não terem praticado a conduta típica não seriam considerados autores ou partícipes.

Uma terceira teoria, chamada objetiva-subjetiva ou teoria do domínio do fato, atende mais satisfatoriamente a uma correta definição de autoria e de participação. Autor é quem praticou o núcleo do tipo. Portanto, há uma estreita ligação entre autoria e tipo. Para tal teoria, autor é o responsável material ou intelectual pela realização do fato. O elemento volitivo coloca dentro do conceito de autor também aquele que sem ter praticado a ação desejou o resultado e colaborou ao menos intelectualmente para o seu alcance, ou utilizou-se de terceiro inimputável ou al-

guém que agiu com ignorância da ilicitude para a prática do crime. O domínio do fato constitui, pois, o elemento informador da autoria.

Três formas de autoria são assinaladas pela doutrina: autor executor, autor intelectual e autor mediato. O primeiro realiza materialmente a conduta, total ou parcialmente. O autor intelectual determina a realização do fato, sem dele participar materialmente. O mediato é aquele que usa um inimputável para a prática delitiva, ou pessoas que agem sem conhecimento da ação delituosa e sem vontade de praticá-la.

Definido o conceito de autor, podemos afirmar que co-autor é todo aquele que participa de um fato criminoso como autor, em uma conduta conjunta. Essa, no entanto, não se assinala apenas pela ação material. Deve haver um elo subjetivo, um concurso de vontades, para caracterizá-la. Cada co-autor contribui com uma ação determinada, mas responde pela totalidade da conduta.

A segunda modalidade de concurso de pessoas é a participação, hoje claramente distinta da co-autoria. Consiste na prática de um fato atípico, mas que contribui para a realização do fato típico realizado por outrem. Exemplo: guiar o carro no assalto — vigia que deixa a porta aberta do banco. Na prática, na dosimetria da pena, apenas a participação de menor importância reduz a pena.

A participação pode ser moral e se apresenta sob as formas da determinação ou induzimento e da instigação. No induzimento o agente faz nascer no espírito de outrem a intenção de praticar o crime; já na instigação há o incitamento, o reforço a estimular a idéia já existente. Ao lado da participação moral, temos aquela de caráter material, que era tratada pela doutrina mais antiga como cumplicidade.

Vemos, pois, que a atribuição da responsabilidade penal só pode recair sobre quem teve com o fato criminoso

uma relação de execução ou de colaboração, marcadas pela consciência e pela vontade.

Cumprido salientar que, para estupefação daqueles que preservam os postulados que informam o Direito Penal moderno, tem-se verificado que algumas denúncias vem desprezando não só o elemento subjetivo da culpabilidade, como inclusive, o de natureza objetiva, vale dizer a participação material na prática delitiva.

A responsabilidade em Direito Penal não pode ser ficta, presumida, diversa daquela proveniente da própria conduta do agente e de sua postura psicológica em relação ao evento delituoso. Segundo José Frederico Marques: “A conduta objetivamente ilícita de que proveio a lesão a interesse penalmente tutelado só será delituosa e punível, se contiver o coeficiente subjetivo da culpabilidade. É esta que liga o fato típico e antijurídico ao homem, estabelecendo o nexo necessário entre o conteúdo objetivo e a conduta ilícita e o querer interno do agente”.

No próprio direito tributário, onde a responsabilidade se funda em critérios objetivos, já se discute a adoção da tese da subjetividade. Hector Villegas, em seu *Direito Penal Tributário*, mostra que vários autores apontam os sinais dessa evolução.

Assim, Bielsa afirmou que “a noção simplista da chamada responsabilidade objetiva (sem culpa), longe de significar um progresso para o direito, faria com que este retrocedesse aos tempos bárbaros anteriores a lei Aquília”.

Villegas se refere ainda a Spota, para quem, embora prevaleça o fato objetivo, deve-se reconhecer “que constitui um progresso jurídico, aproximar os dois ramos do direito repressivo, no que concerne ao requisito subjetivo”.

Por derradeiro, Villegas cita Jarach, que defende a subjetividade absoluta, com a qual ele, Villegas, não concorda.

Diz Jarach que "a evolução do direito tributário é, e deve ser, no sentido de aceitar, sem exceções, o princípio do Direito Penal, segundo o qual não pode haver pena sem culpabilidade em sentido amplo, por dolo ou simples culpa".

De qualquer forma, verifica-se que no próprio direito tributário, os estudiosos têm avançado seu pensamento em matéria de responsabilidade procurando, ao menos, mitigar o rígido princípio objetivo, com alguma conotação de culpabilidade.

E, no entanto, no direito penal, em nosso país, não no que se refere à dogmática, mas à aplicação prática de seus princípios e postulados, nós assistimos a um lamentável e perigoso retrocesso, que põe em risco a própria estrutura do Direito Penal, assim como direitos e garantias dos cidadãos consagrados pela Constituição, os quais ficam à mercê de critérios flúidos, subjetivos, instáveis, sujeitos à maior ou menor aprovação da mídia, afastados, pois, de princípios baseados no humanismo e no ideal de justiça, bem como distante da lei, mas próximo da inspiração política e da satisfação da vaidade.

Parece-nos que se não houver uma pronta reação do Judiciário, dos advogados, dos juristas, dos professores e dos membros do Ministério Público que estejam comprometidos com a correta distribuição da justiça criminal, logo veremos, em nome também do combate à corrupção e à impunidade outros princípios serem olvidados, como o princípio da legalidade, do devido processo legal, do contraditório, dentre outros.

5. Defeitos da lei penal

O problema, no entanto, não se circunscreve, exclusivamente, à aplicação da lei penal, mas à própria lei. Não são poucos os exemplos de leis penais que,

expressamente, adotaram a responsabilidade objetiva para a imputação e punição dos fatos delituosos. Na realidade, é absolutamente despreciosa a menção em lei e, mais do que isso, inconveniente, a normatização da responsabilidade, pois esta segue, em todos os crimes, as regras da Parte Geral do Código Penal, inspiradas, por sua vez, nas elaborações doutrinárias. Não é necessário que o legislador, mesmo nos chamados crimes societários, dite regras para a responsabilidade penal, pois os conceitos de autoria, co-autoria e de participação não variam de acordo com cada crime, assim como os princípios informadores da culpabilidade, da tipicidade e da conduta são imutáveis.

Para ilustrar o que foi acima afirmado basta citar-se alguns textos legais.

A Lei 3.807 de 26.8.60, antiga Lei Orgânica da Previdência Social em seu art. 86, parágrafo único, rezava que: "Para os fins deste artigo consideram-se pessoalmente responsáveis o titular da firma individual, os sócios solidários, gerente, diretores ou administradores das empresas incluídas no regime desta lei".

Este mesmo texto foi repetido pela Lei 8.212, de 24.7.91, em seu art. 95, n. 3.

A Lei 4.595/64, que criou o Conselho Monetário Nacional, em seu art. 44, § 7.º dispôs que: "Quaisquer pessoas físicas ou jurídicas que atuem como instituição financeira, sem estar devidamente autorizadas pelo Banco Central da República do Brasil, ficam sujeitas à multa referida neste artigo e detenção de 1 a 2 anos, ficando a esta sujeitos, quando pessoa jurídica, seus diretores e administradores".

A Lei 7.492/86, que define os crimes contra o sistema financeiro nacional, da mesma forma das anteriores, em seu art. 25, atribui ao controlador e aos administradores da instituição financeira, assim considerados os diretores e geren-

tes, responsabilidade penal, independentemente da existência de qualquer vínculo com o fato delituoso.

Tais dispositivos encerram uma heresia jurídica, no campo penal, e uma brutalidade para qualquer sociedade evoluída, qual seja a possibilidade de se punir alguém por fatos de terceiros. No dizer do grande penalista portenho, Soler, a responsabilidade penal por fato de outrem é própria das formas primitivas de cultura, quando não se havia operado o processo de "diferenciación individualizadora". Para ele o princípio da subjetividade da ação conduz a duas importantes conseqüências: a subjetivização da culpa, que exclui as formas de responsabilidade objetiva e a individualização da responsabilidade, que impede que alguém sofra por outrem (*Direito Penal* t. I, pp. 249-251).

6. Responsabilidade das pessoas jurídicas

Tem-se procurado em vista do crescimento dos delitos coletivos ou societários ou impropriamente denominados das pessoas jurídicas, encontrar fórmulas de enquadramento das sociedades dentro dos limites do Direito Penal, sem que seja abalada a estrutura do Direito Penal da culpa. Nesse sentido, é oportuna a referência à polêmica travada entre os Profs. Gerson Pereira dos Santos e Manoel Pedro Pimentel, sobre a responsabilidade penal das pessoas jurídicas.

O Prof. da Bahia, após afirmar que "do delito não se pode afastar a idéia central e inexorável da culpabilidade, em razão do qual apenas o ser humano é *doli capax*", disse, também, ser uma solução artificial, em nome do dogma da culpabilidade, concluir que "a responsabilidade pelos crimes praticados em nome da sociedade se resolve na responsabilidade individual dos mandatários, uma vez comprovada sua participação nos fatos", fazendo referência

à assertiva do saudoso Pimentel, em outro seu livro, o *Direito Penal Econômico*.

Esclareceu este que a modificação seria possível *de lege ferenda*, mas após "uma profunda reformulação doutrinária", e concluiu.

"Entretanto, vigentes os postulados da responsabilidade subjetiva, não há como punir a pessoa jurídica, e os crimes praticados em nome da sociedade somente podem ser punidos através da apuração da responsabilidade individual dos mandatários da sociedade, desde que comprovada sua participação nos fatos. Responsabilizar a pessoa jurídica nos apertados limites do princípio da responsabilidade por culpa, é solução que a dogmática penal não aceita" (Manoel Pedro Pimentel, *Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional*, pp. 171-172).

Aliás o próprio Prof. Gerson concorda com a necessidade de uma ampla reforma doutrinária para que ao princípio da responsabilidade por culpa, seja acrescentado da responsabilidade por risco e prega a desadministrativização de "certas sanções, tais como a dissolução da sociedade ou a sua suspensão, a revogação de permissões ou licenças, a intervenção na atividade comercial, a exclusão de subvenções etc., para erigi-las à categoria de medidas de segurança".

Razão assiste ao pranteado Manoel Pedro Pimentel. Dentro da dogmática penal prevalente, onde culpabilidade e conduta possuem papel de relevância, parece óbvio que a pessoa jurídica não pode ser sujeito ativo de delito. Este é fruto de uma conduta humana marcada pela vontade e que merece a censura do corpo social.

Fala-se que a Constituição de 1988 possibilita que lei ordinária preveja a pessoa jurídica como autora de crime. Invoca-se o § 5.º do art. 173: "A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica estabelecerá a responsabilidade desta,

sujeitando-se às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular”.

Menciona-se, também, o § 3.º do art. 225: “As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, às sanções penais e administrativas, independente da obrigação de reparar os danos causados”. O artigo anterior fala em punições “compatíveis com sua natureza” portanto, para as pessoas jurídicas são as de caráter administrativo. E o segundo, ao falar em sanções penais e administrativas, está se referindo às pessoas físicas e às jurídicas respectivamente.

A tese da criminalização da pessoa jurídica advinda do próprio texto constitucional, encontrou contestação insuperável na própria Carta. Basta que se examine alguns incisos do art. 5.º para se verificar que no Capítulo dos Direitos e das Garantias Individuais existem alguns princípios de Direito Penal que serviram de inspiração para tais direitos, e que incompatibilizam a extensão da responsabilidade criminal às pessoas jurídicas. Assim, os incs. XLV, XLIX, L, LVII e LVIII, tratam da individualização e do cumprimento da pena, sempre tendo em vista ser o destinatário da mesma uma pessoa física.

Note-se que em alguns países a lei tem feito previsão para se punir criminalmente a pessoa jurídica. Assim, na Alemanha, as chamadas multas contravencionais, que são penas acessórias (*Geldbüsse*) “contra as sociedades quando um seu agente, revestido de certa representatividade, comete um crime ou uma contravenção e o fato ilícito guarde relação com o giro comercial da pessoa moral”, conforme nos ensina René Ariel Dotti in *Revista de Direito Penal e Criminologia*, p. 148). O Código Penal Português, em seu art. 11, afirma: “salvo disposição em contrário, só as pessoas singulares são

suscetíveis de responsabilidade criminal”.

Claro que o Direito Penal deve acompanhar a dinâmica social, procurando adaptar-se às necessidades de proteção de bens e de interesses valorizados pela sociedade, desde que a tutela por parte de outros ramos do direito tenha se mostrado inócua, isto tendo em vista o seu caráter subsidiário. Por outro lado, sua abrangência não pode ser ilimitada e descriteriosa alcançando quaisquer condutas, pois deve sua atuação ter como parâmetros seus princípios e postulados, instituídos a favor da preservação da liberdade e de outros direitos individuais, que poderão ser violados se a dogmática penal não for obedecida.

7. Prisão preventiva

Um outro reflexo da insensatez do legislador nós encontramos nas duas novas modalidades de prisão preventiva, uma adotada pela Lei 7.429/86, a chamada lei do colarinho branco, que define os crimes contra o sistema financeiro nacional. Em seu art. 30, este diploma faculta ao juiz a decretação da prisão preventiva, tendo em vista “a magnitude da lesão causada”. Parece, efetivamente, que o legislador brasileiro valoriza menos a vida do que o patrimônio, pois, atingida aquela, a prisão preventiva só poderá ser decretada se estiverem presentes os pressupostos gerais da medida, previstos pelo art. 312 do CPP, ao passo que para os prejuízos materiais ocorridos dentro do sistema financeiro, foi adotado um critério específico, para a decretação da prisão dependendo do montante de tal prejuízo.

A Lei 8.884, de 11.6.94, que dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e transforma o CADE em autarquia, em seu art. 86, modificou o art. 312, do CPP, para possibilitar a decretação da

prisão com base na garantia da ordem econômica. Parece-me de inconstitucionalidade gritante tal dispositivo, pois cria um critério de aplicação da custódia excepcional diretamente ligado ao mérito da imputação ainda não julgado, o que fere os princípios da presunção da inocência, do devido processo legal e do próprio contraditório. Ao determinar o encarceramento preventivo, como garantia da ordem econômica, estará o Magistrado antecipando um juízo de mérito, afirmando a própria procedência da acusação, que imputa a prática de um crime cuja objetividade jurídica é a ordem econômica. Note-se que os outros fundamentos da prisão preventiva, constantes do mesmo art. 312, residem em circunstâncias alheias à figura penal, pois dizem respeito a ordem pública, à instrução processual e à eventual aplicação da lei penal. São, pois, fatores relacionados à conduta do acusado, diversa da conduta constante da imputação. Quanto à ordem econômica não, a conduta que poderá ensejar a preventiva poderá confundir-se com aquela descrita pelo tipo penal.

8. Modificações na legislação fiscal

Atualmente, a Lei 8.137, de 27.12.90 define os crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo. Como tal lei regulou integralmente a matéria que constituía objeto da anterior lei de sonegação fiscal, a 4.729, de 14.7.65, esta encontra-se revogada por aquela, tendo em vista o que dispõe o art. 2.º, § 1.º, da LICC (lei nova que regula por completo a matéria e revoga a anterior). No entanto, claro está que em relação aos fatos típicos ocorridos antes da vigência da nova lei aplica-se a lei anterior, salvo se aquela for mais benéfica ao acusado, pois a lei penal apenas retroage para beneficiar, conforme os arts. 1.º e 2.º, com seu parágrafo único do CP.

Deve observar-se que várias figuras penais descritas na Lei 4.729 foram reproduzidas pela 8.137, que no entanto, previu penas bem mais graves.

Importante modificação foi introduzida pela atual lei. Segundo a anterior, constituía crime de sonegação fiscal todas as condutas descritas pelo art. 1.º, que tinham como núcleo os verbos prestar, inserir, alterar, fornecer e exigir, sempre acompanhados de uma especial finalidade de agir ou seja, o elemento subjetivo do injusto. Tratava-se, pois, de um crime formal, pois independia de resultado. A figura se perfazia tendo ou não este sido atingido, bastava a realização da conduta, com uma específica intenção.

Pela lei atual há crime de sonegação fiscal quando o agente suprimir ou reduzir tributos, mediante condutas descritas pela lei e cujos núcleos são aqueles da lei anterior, acrescidos de outros. Vê-se, pois, que agora o crime passou a ser de resultado, pois os núcleos do *caput* do art. 1.º encerram a conduta delituosa, que se concretiza por meio de outras condutas complementares. Portanto, o dolo atualmente consiste na consciência e na vontade de suprimir ou de reduzir tributos, não mais se cingindo à conduta descrita pelo núcleo sem ter presente o alcance de um resultado.

Na verdade, de acordo com a Lei 4.729 a fraude era o núcleo do tipo representado pelos vários verbos definidores das várias condutas. Hoje, a fraude, igualmente representada por várias condutas, passou a ser o instrumento de realização do tipo, que se concretiza com a supressão ou com a redução dos tributos, vale dizer, com a ocorrência do resultado, que faz parte do tipo.

Um dado importante revelado pela modificação da natureza do crime tributário, que de crime formal passou a ser um crime material ou de dano, diz respeito à influência da decisão admi-

nistrativa na esfera penal. Como a conduta material tem por escopo a supressão ou a redução de tributos, se no âmbito administrativo for declarada a inexistência do mesmo, não se poderá falar em crime, pois, qualquer ação do agente objetivando atingir os tributos será inócua, pois estes inexistem.

Em casos nos quais se contesta na esfera administrativa a exigibilidade do tributo, tendo em vista uma situação fática determinada, poderá ser invocado o art. 93 do CPP. Embora este se refira

à questão prejudicial que esteja sendo apreciada pelo Juízo Cível, nos parece de toda pertinência a aplicação analógica do dispositivo, tendo em vista o grau de prejudicialidade que vincula a questão penal à tributária, pois na esfera administrativa se estará discutindo a existência do tributo que constitui condição precípua para a existência do delito.

Claro que se tiver sido ajuizada ação declaratória de inexistência da obrigação tributária a aplicação do dispositivo mencionado é indiscutível.

APROPRIAÇÃO INDÉBITA EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA

CARLOS ALBERTO DA COSTA DIAS

Mestre em Direito pela Faculdade de Direito
da USP. Juiz Federal.

1. O papel do Direito Penal — 2. Contribuições sociais — Histórico legislativo — 3. Contribuições sociais e apropriação indébita — 4. Natureza jurídica do recolhimento à contribuição social — 5. Histórico da legislação do Imposto sobre Produtos Industrializados — IPI e a relação com apropriação indébita — 6. Hipóteses de exclusão de punibilidade — 7. Ônus da prova — 8. Discriminação — 9. Conclusão.

1. O papel do direito penal

O sistema jurídico tem a função de proteger os valores individuais e os da sociedade. O Direito Penal vale-se da forma de sanção mais severa do comportamento. Assim, apenas quando todos os outros ramos do Direito não forem suficientes para proteger determinado valor, o Direito Penal cumprirá o seu papel. Este terá função repressiva e preventiva do comportamento que o sistema jurídico repudia.

Quanto à função preventiva, devemos considerar, no entanto, que pela própria razão de o Direito Penal ser aplicado ao fato consumado, a concepção do caráter preventivo da pena tem se mostrado insubsistente. Exemplo disso é a ineficácia dos sistemas que prevêm a pena de morte, cuja aplicação nos países em que é adotada não tem implicado queda de incidência do crime assim punido.

Se, por um lado, a função do Direito Penal como modelo preventivo geral não tem sido eficaz, também a prevenção específica, para que um determinado criminoso não venha a reincidir no crime, não tem alcançado os seus ob-

jetivos, malgrado a tendência social moderna da busca da socialização e ressocialização do criminoso.

No que tange às funções repressiva e preventiva do Direito Penal, por seu turno, o legislador é livre para eleger os comportamentos sancionados, caso estes violem valores protegidos. A única limitação é a Constituição Federal, os Tratados Internacionais e outras normas hierarquicamente superiores à lei penal.

A sanção para esses comportamentos obedece a uma escala de valores aceitos pela sociedade como relevantes. Assim, não pode a pena ser mais severa do que o aceite socialmente, sob o risco de expor-se às consequências de perda de efetividade. Tampouco pode ser a pena branda demais, caso em que a sanção pode significar que o crime é de pouca importância, o que redundaria no fracasso do efeito repressivo que a sanção representa.

Com essas considerações, o Professor Otto Triffterer,¹ da Universidade de Salzburg, conclui que a principal função

1. Otto Triffterer, in *The Need, Role and Challenges of Criminal Law for the Protection of the Environment*, não publicado.

do Direito Penal, a par da proteção de valores pela prevenção e repressão, é a formação da consciência para importância destes valores, pela sanção penal.

O resguardo na regularidade do recolhimento de tributos previsto nas esferas dos Direito Administrativo, Fiscal, Tributário, Previdenciário tem se mostrado impotente para assegurar o valor jurídico relevante, do qual depende em grande parte o custeio das ações do Estado. É na área penal, portanto, que a legislação tem assentado a formação da consciência da importância do recolhimento dos tributos e outras contribuições sociais.

A evolução legislativa da matéria traça os contornos mais precisos para a sanção contra a violação do direito patrimonial público. O Direito Penal é o último guardião, portanto, de um ordenamento jurídico concatenado. É sob essa ótica que passaremos a discurrir nesta abordagem, para concluir quanto ao papel repressivo e preventivo do Direito Penal em relação ao bem jurídico resguardado sob sanção penal, e principalmente quanto à formação de consciência para importância desse valor.

2. Contribuições sociais — Histórico legislativo

A matéria vinha regulada pelo Decreto-lei 65/37, art. 5.º, o qual já equiparava ao crime de apropriação indébita a falta de recolhimento, no prazo devido, das contribuições previdenciárias.

A Lei 3.807, de 26.8.60, publicada no *DOU* de 5.9.1960, dispôs, no art. 86, que: "Será punida com as penas do crime de apropriação indébita a falta de recolhimento, na época própria, das contribuições e de quaisquer outras importâncias devidas às instituições previdenciárias e arrecadadas dos segurados ou do público.

Parágrafo único. Para os fins deste artigo, consideram-se pessoalmente res-

ponsáveis o titular da firma individual, os sócios solidários, gerentes, diretores ou administradores das empresas incluídas no regime desta lei".

Foi regulamentada pelo Dec. 72.771, de 6.9.73, publicado no *DOU* de 10.9.73, cujo art. 430 dispõe:

"Constitui crime, nos termos dos arts. 86 e 155 da Lei 3.807, de 26.8.60:

II - de apropriação indébita nos termos da legislação penal:

a) deixar de recolher, na época própria, as contribuições e outras quaisquer importâncias arrecadadas dos segurados ou do público e devidos à Previdência Social".

Posteriormente, a matéria foi regulada em termos semelhantes pelo artigo 146 da CLPS, aprovada pelo Dec. 89.312/84, que assim dispunha: "A falta de recolhimento, na época própria, de contribuição ou outra importância devida à Previdência Social e arrecadada dos segurados ou do público é punida com a pena do crime de apropriação indébita, considerando-se pessoalmente responsáveis o titular da firma individual e os sócios solidários gerentes, diretores ou administradores de empresa abrangida pela previdência social urbana.

A Lei 8.137, de 27.12.90, art. 2.º, II, dispunha que:

"Constitui crime da mesma natureza:

II - deixar de recolher, no prazo legal, valor de tributo ou de contribuição social, descontado ou cobrado, na qualidade de sujeito passivo de obrigação e que deveria recolher aos cofres públicos".

Com a publicação da Lei 8.212, de 24.7.91, a matéria veio a ser regulada no artigo 95, *d*, nos seguintes termos:

"Constitui crime:

d) deixar de recolher, na época própria, contribuição ou outra importância devida à seguridade social e arrecadada dos segurados ou do público".

3. Contribuições sociais e apropriação indébita

O comportamento previsto como crime na legislação que trata das contribuições previdenciárias é o deixar de recolher ou a falta de recolhimento do tributo. Este fato típico não se confunde com aquele da apropriação indébita.

É que a apropriação indébita tem como antecedente lógico a posse ou detenção. Para que se pratique o tipo penal o sujeito ativo se imite na posse ou detenção justamente, isto é, sem clandestinidade, sem violência ou erro, ou seja, com o consentimento não-viciado.²

A apropriação sucede a posse ou a detenção. Cessa de possuir *alieno nomine* e faz entrar a coisa no seu patrimônio, ou dispõe dela como o dono, isto é, com o propósito de não restituí-la, ou de não lhe dar o destino a que estava obrigado, ou sabendo que não mais poderia fazê-lo.³

Integrante do tipo penal da apropriação indébita, ainda, é o *animus rem sibi habendi*, ou seja, não basta a simples negativa de restituição ou omissão do emprego ao fim a que foi determinado: é necessário, como elemento integrativo do dolo, que não haja motivo razoável para a recusa ou omissão. A apropriação é o elemento de fato do crime, e não um fim ulterior do agente.⁴

Hungria cita como um dos exemplos em rol de apropriação indébita a detenção provisória, pelo empregador, das contribuições de seus empregados para instituto de previdência, como causa de transferência de posse ou detenção sem transferência de domínio.⁵

O STF, posicionando-se de forma antagônica, em acórdão publicado no

DJU de 8.3.74, p. 1.169, no RE 75.278, decidiu que inexistia crime de apropriação indébita na figura prevista pelo art. 86, da Lei 3.807/60, com a seguinte ementa:

“Falta de recolhimento de contribuições descontadas e devidas à previdência social — Inocorrência do crime de apropriação indébita — Inaplicabilidade do artigo 86 da Lei 3.807/60”.

Tratava-se de recurso extraordinário contra acórdão, concessivo de ordem de *habeas corpus*, do TFR, sob o fundamento de que haveria negativa de vigência do art. 86 da Lei 3.807 de 28.6.60. Não se conheceu do recurso porque o fato narrado não se aplicava ao modelo-tipo do art. 168 do CP. Vale dizer, a conclusão do STF é de que o crime de não-recolhimento não se ajusta à hipótese de apropriação indébita. É que não havendo sido narrada a hipótese de apropriação indébita, a sentença condenatória de 1.ª instância não poderia ter reconhecido os fatos de não-recolhimento como aquele crime, em sua fundamentação. Daí inexistir negativa de vigência da lei previdenciária.

A figura delituosa sob análise não se identifica com a apropriação indébita porque consiste em um não-fazer (deixar de recolher, falta de recolhimento). Trata-se de crime omissivo próprio (o sujeito ativo deixa de praticar uma ação prevista pela norma penal), de mera conduta.

Isto significa que, a apropriação indébita depende da consumação “pela inversão da posse demonstrada pelo ato de dispor da coisa ou pela negativa de devolvê-la”, segundo Celso Delmanto. O não-recolhimento, por seu turno, é a descrição meramente do comportamento do agente. Distingue-se, por esse motivo, dos crimes formais, os quais, além do comportamento do agente, descrevem o resultado, não exigindo a produção deste para a sua consumação. Os crimes de mera conduta, como é o

2. In *Comentários ao Código Penal*, Nelson Hungria, v. 7, Forense, Rio, 4.ª ed., 1980, p. 132.

3. Op. cit., p. 135.

4. Op. cit., pp. 135 e 138.

5. Op. cit., p. 133.

caso do não-recolhimento, são crimes sem resultado, não é necessário que descrevam o resultado, segundo a distinção de Grispigni, citado por Damásio de Jesus.

Diz-se, ainda,⁶ que se trataria de conduta mista, na medida em que a conduta do não-recolhimento se iniciaria com a arrecadação dos seguros das contribuições devidas à previdência, ou seja, integraria o primeiro momento uma conduta positiva, ou comissiva. É certo, no entanto, que o desconto do salário, ou arrecadação mencionada é meramente contábil, porquanto há sempre o pagamento líquido de salários. As importâncias pagas à previdência, na verdade, não são descontadas ou arrecadadas, mas sim acrescidas no custo da mão-de-obra, e como tais são encargos. Posiciono-me, portanto, no sentido de que não há um momento comissivo anterior ao não-recolhimento, consistente em descontar, ou arrecadar. Daí, não entender ser o crime omissivo misto.

É certo, no entanto, que o desconto do salário ou a arrecadação mencionada é meramente contábil, porquanto há sempre o pagamento líquido de salários. As importâncias pagas à previdência, na verdade, não são descontadas, mas sim acrescidas no custo da mão-de-obra, e, como tais, são encargos. Posiciono-me, portanto, no sentido de que não há um

momento comissivo, anterior ao não recolhimento, consistente em descontar, ou arrecadar. Daí não entender que seja um crime omissivo misto.

Há distinção, por fim ainda, quanto ao interesse jurídico protegido em ambas figuras típicas. Na apropriação indébita protege-se o patrimônio. O não-recolhimento prevê e reprime o comportamento contrário à regularidade do pagamento de importâncias devidas ao Estado.

No que tange ao dolo da apropriação indébita, diverge a doutrina quanto à integração, ao dolo específico, da intenção do agente de conseguir proveito para si ou para outrem. Há quem entenda que integra o dolo o fim específico de conseguir proveito.⁷

Em sentido contrário, a intenção de lucrar não integraria o dolo do crime, ressalvando que a simples não-restituição abusiva, por outro lado, não implicaria apropriação indébita. O dolo na apropriação indébita é a vontade consciente de praticar apropriação da coisa alheia (*animus rem sibi habendi*). O fim específico de lucrar, segundo penso, não integraria o dolo da apropriação indébita, o qual está fora do tipo penal.

O dolo no crime de não-recolhimento é exclusivamente a vontade e a potenci-

6. Sobre a distinção entre crimes formais e crimes de mera conduta: Damásio de Jesus, in *Direito Penal*, v. 1, citando Grispigni. No sentido de que haveria uma conduta comissiva inicial, Celso Kipper, in "Breves considerações sobre o não-recolhimento de contribuições previdenciárias descontadas dos empregados", RT 694/283, ago/93; Amir José Finocchiaro Sarti, in "A apropriação indébita nos impostos", *Revista da Procuradoria Geral da República*, 3/12. No sentido contrário, de que a arrecadação é meramente ficta: Heleno Cláudio Fragoso, in *Lições de Direito Penal*, Forense, Rio, 1989, 1.ª ed., p. 426.

7. No sentido de que integra o dolo específico a intenção de lucrar: Edgard Magalhães Noronha, in *Código Penal Brasileiro Comentado*, 5.º/33, 2.ª parte, 2.ª ed., Ed. Saraiva, 1958; citando RT 160/65, 179/615, 181/121, 221/179; também nesse sentido, Sebastião da Silva Pinto in "O aspecto subjetivo do delito de apropriação indébita", *apud RJTJSP* 88/28, citando na jurisprudência inserta na RT: 276/138, 250/532, 235/116, 312/677, 357/118, 438/430, 428/361, 549/343, 548/375, 532/416, 531/360, 503/348, RF 217/330, *Minas Forense* 11/131, JM 4/111, JTACRIMSP, Lex, XII/306, XI/190; Hungria, em sentido contrário, op. cit. p. 21 e 134; também em sentido contrário Heleno Cláudio Fragoso, in *Lições de Direito Penal*, Forense, 1989, 1.ª ed., p. 423.

al consciência de não-recolher o valor do tributo. Independe de intenção específica de auferir proveito, ou *animus lucrandi*. É por esse motivo que a intenção de recolher posteriormente não exclui o dolo.

Conclui-se, nesse tópico, portanto, que a apropriação indébita e o não-recolhimento de contribuições previdenciárias constituem crimes distintos, equiparados em determinado momento, exclusivamente, para efeito de pena.

4. Natureza jurídica do recolhimento à contribuição social

Manuel Pedro Pimentel⁸ descarta a natureza jurídica da contribuição como relação jurídica de depósito. Isto porque a obrigação da empresa resulta de lei, e não de contrato bilateral, mediante o qual a parte agiria como intermediária no recolhimento de parcela arrecadada dos salários dos empregados. Conclui tratar-se, em outro sentido, de hipótese de dívida civil.

A posição do jurista foi tomada antes do advento da Lei 8.866, de 11.4.94, a qual estabelece no art. 1.º que é depositário da Fazenda Pública, observado o disposto nos arts. 1.282, I, e 1.283 do CC, a pessoa a que a legislação tributária ou previdenciária imponha a obrigação de reter ou receber de terceiro, e recolher aos cofres públicos, impostos, taxas e contribuições, inclusive à seguridade social.

O depósito de que trata a lei não teria natureza contratual, e segundo penso, em desalinho com o entendimento supracitado, esta natureza não define a relação de depósito, o qual pode ser também decorrente de definição legal.

8. Manuel Pedro Pimentel, in "Apropriação indébita por mera semelhança", RT 451/326. No sentido de que seria meramente um ilícito civil, RF 210/297 e 234/276.

Aliás, anteriormente à lei supracitada, o § 2.º do art. 2.º do Dec.-lei 1.060, de 21.10.1969, com a redação dada pelo Decreto-lei 1.104, de 30.4.70, já estabelecia que: "Considera-se depositário para todos os efeitos, aquele que detenha, por força de lei, valor correspondente a tributos descontados ou recebidos de terceiros, com a obrigação de os recolher aos cofres da Fazenda Nacional".

Isto significa que se trata de depósito legal, regido pela respectiva lei, ao que consta, hígida e em vigor.

O que houve é que a questão de serem, ou não, uma relação de depósito os valores descontados, retidos ou devidos relativos a tributos, com obrigação de recolhimento aos cofres da Fazenda Nacional voltou a ser discutida com o advento da MP 449/94, convertida em Lei 8.866/94.

Contra os votos dos Mins. Ilmar Galvão, Paulo Brossard e Octávio Gallotti, não foram suspensas as expressões reter e retenção, do § 1.º, e descontado do inciso I do art. 2.º da referida lei, para que caracterizasse o depósito mencionado. O Min. Marco Aurélio também foi vencido quando defendia a inconstitucionalidade de toda a Lei, na ADIn 1.055/7, em sede de exame liminar, em 16.6.94, em trâmite perante o Pleno do STF.

Se, de um lado, paira a evidência de que há dúvidas quanto à natureza da relação de depósito na atividade do agente que retém ou desconta importâncias que deveriam ser repassadas, enquanto a ação não for julgada, a lei com a respectiva definição legal de depósito continua gerando os seus efeitos, até que eventualmente seja fulminada com efeito *ex tunc*, próprio da declaração de inconstitucionalidade por meio de controle direto.

Da natureza do recolhimento e do desconto das contribuições previdenciárias, se infere duas conseqüências, uma

para efeitos civis e outra para efeitos penais.

Parece-me que os fatos envolvidos podem ser desmembrados em três momentos distintos. O primeiro, consistente em descontar as importâncias relativas às contribuições previdenciárias. O segundo, em reter essas quantias. O terceiro, em não-recolher essa importância aos cofres públicos. Não hesito em concluir, desde já, que para efeitos penais, basta o não-recolher.

Não existe, salvo melhor juízo, propriamente desconto, no que tange às contribuições previdenciárias incidentes sobre a remuneração paga aos empregados. Este é fictício, ilusório, meramente contábil, o valor traduz dívida da empresa, e não do contribuinte empregado, cuja remuneração é a base de cálculo. Daí ser de sua essência a natureza de encargo no custo da mão-de-obra. Não se pode falar em retenção de algo que não foi descontado, e como consequência, não se pode falar tampouco em relação jurídica de depósito, porque não houve imissão de posse.

O que há de fato é o não-recolhimento por parte do sujeito ativo da relação tributária (art. 30, I, *a* e *b* da Lei 8.112 de 24.7.91). A relação jurídica de depósito, ainda que possa decorrer de lei, não pode prescindir do elemento que a define, ou seja, o conceito próprio de depósito, cujo desconto é um antecedente lógico.

Concluo que, para efeitos civis, o depósito tal como definido por lei, é discutível.

5. Histórico da legislação do Imposto sobre Produtos Industrializados — IPI e a relação com apropriação indébita

A legislação penal a respeito da matéria sofreu a seguinte evolução: o Dec.-lei 326, de 8.5.67, estabelecia no

art. 2.º: “A utilização do produto da cobrança do imposto sobre produtos industrializados em fim diverso do recolhimento do tributo constitui crime de apropriação indébita definido no art. 168 do CP, imputável aos responsáveis legais da firma, salvo se pago o débito espontaneamente, ou quando instaurado o processo fiscal, antes da decisão administrativa de primeira instância.

Apenas posteriormente, a Lei 8.137, de 27.12.90, art. 2.º, dispôs no inc. II, já supracitado, que constituiria crime o deixar de recolher.

Firmo convicção de que a nova lei, nesse caso, ainda que estabeleça sanção mais branda ao infrator, não é a mais benéfica ao réu. Isso porque o tipo penal anterior consistia na utilização do valor cobrado em fim diverso do recolhimento do tributo, enquanto o previsto pela lei posterior consiste em não-recolhimento.

Ora, a utilização traz ínsita a noção de apropriação, enquanto o não-recolhimento é um ato que não depende do fim a que se destina a coisa não recolhida. Ou seja, o simples fato de não se recolher, não significa que houve utilização para outro fim. Por outro lado, em toda utilização para outro fim, necessariamente houve o não-recolhimento. Daí ser a figura penal do não-recolhimento mais abrangente, e, portanto, mais severa, na proteção do bem jurídico penalmente.

Quanto ao IPI, o pagamento do imposto integra o preço da mercadoria, mas é destacado da nota fiscal para efeitos contábeis. Existe nesse sentido uma apropriação do valor do imposto devido por parte do produtor. Existe uma relação de depositário legal do tributo, porque assim definido em lei. O crime, no entanto, é de não-recolhimento de tributo, e não de apropriação indébita.

Diverge a jurisprudência no que tange à identificação de relação de depósito quanto à forma de pagamento do Impos-

to sobre Produtos Industrializados — IPI.

Anteriormente à nova lei, a questão foi abordada com profundidade nos autos do HC 55.191, Pleno do STF, em acórdão, por maioria de votos, relatado pelo Ministro Moreira Alves, publicado na RTJ 86/408, com a seguinte ementa:

“Apropriação indébita pelo não recolhimento do imposto da cobrança do imposto sobre produtos industrializados.

Constitucionalidade do art. 2.º, *caput* do Dec.-lei 326/67, porquanto, na realidade, não criou ele nova modalidade de apropriação indébita, mas apenas estabeleceu — o que se situa dentro do âmbito do direito tributário — a posição jurídica do responsável pelo pagamento do tributo em face da coisa fungível (produto da cobrança do imposto) vedando-lhe a utilização dela para outro fim que não o seu recolhimento aos cofres públicos na época própria, que é requisito objetivo para que, com relação a coisa fungível, possa ocorrer o crime de apropriação indébita aos precisos termos do *caput* do art. 168 do CP, e não em decorrência da modalidade nova desse delito.

Ainda quando se trata de apropriação indébita, a falta de perícia em juízo pode ser suprida por outros elementos de prova que evidenciem a ocorrência do crime.

Improcedência da alegação de falta de validade do fato tido como criminoso.

Habeas Corpus indeferido”.

O fundamento vencido, da lavra do Min. Rodrigues Alckmin, pelo deferimento do *writ*, de que não existe a figura de apropriação, por não existir a relação de depósito é convincente.

Contribuinte — dizem normas de direito nacional, “é a pessoa obrigada ao pagamento do tributo, que tenha relação pessoal e direta com a situação que constitua fato gerador” (...).

A lei brasileira não autoriza que se crie outro contribuinte (o de fato). Aqui se trata de mero fenômeno econômico, estranho à relação tributária, a que se refere o art. 166 do CTN somente para excluir pela ausência de dano, a pretensão à restituição de tributo indevido (...).

Se o fato gerador do IPI é o desembaraço aduaneiro, a arrematação, a saída dos estabelecimentos mencionados no parágrafo único do art. 51 do CTN; se contribuintes são o importador, o arrematante, o industrial, o comerciante; o contribuinte é devedor de imposto. Não é arrecadador de dinheiro alheio para entregá-lo ao fisco, dinheiro de que possa apropriar-se indevidamente. Ora, o art. 28 do Dec.-lei 326/67, ao declarar crime de apropriação indébita o não recolher o “produto” do IPI (como se o contribuinte, pagador, fosse recebedor de imposto) criou, na verdade, sanção penal pelo não-pagamento de débito fiscal.

Conseqüentemente, o artigo 2.º impugnado criou nova figura penal. Não podia fazê-lo, ao que entendo.

Em conclusão, tenho que existiria relação de depósito exclusivamente por definição legal, porquanto assim disposto na lei (§ 2.º do art. 2.º do Dec.-lei 1.060, de 21.10.69, com a redação dada pelo Dec.-lei 1.104, de 30.4.70 e art. 1.º da Lei 8.666, de 11.4.94).

A relação de depósito de um crédito tributário, no entanto, é na realidade um paralogismo, na medida em que o crédito se constitui com a ocorrência do fato gerador: saída dos estabelecimentos, desembaraço aduaneiro etc (art. 46 do CTN), independentemente do depósito, ou pagamento (entrega da importância a ser repassada ao Estado) pelo contribuinte de fato.

O raciocínio falso consiste na idéia inexata de que o crédito se originaria com o depósito a ser repassado, quando, de fato, isto não ocorre.

6. Hipóteses de exclusão de punibilidade

A extinção de punibilidade pelo pagamento do débito fiscal antes do recebimento da denúncia foi revogado expressamente pelo art. 98 da Lei 8.383 de 30.12.91. No âmbito federal, essa faculdade era prevista pelo art. 14 da Lei 8.137/90.

Nesse sentido, é a jurisprudência mais recente do STJ, emendada nos seguintes termos:

“Penal e Processual — Sonegação Fiscal — Pagamento de Tributo antes da propositura da ação — Extinção de Punibilidade.

A extinção de punibilidade pelo pagamento do tributo antes de proposta a ação penal, à invocação do disposto no art. 18 do Dec.-lei 157/67, não tem mais apoio, uma vez que o art. 98 da Lei 8.383/91 revogou todas as disposições legais pertinentes ao tema” (publicado no DJU de 10.4.95, p. 9.279, rel. Min. Jesus Costa Lima, HC 4.363-6, SP, 5.^a T. do STJ, por unanimidade, j. 22.3.95).

Esta revogação parece divisar de forma mais peremptória a noção do ilícito penal. Ainda que haja o pagamento, persiste o direito de punir o comportamento. Isto evidencia que é o não-recolhimento regular o que o Direito Penal previne e reprime e não, de forma muito distinta, a execução de crédito e patrimônio do Estado em mãos do particular, como já frisado.

A lei que prevê o pagamento de débito em atraso, ou autoriza o parcelamento, não extingue a punibilidade.⁹ É, aliás, o que se infere do § 1.^o do art. 38 da Lei 8.212 de 24.7.91, ao dispor que: “Não poderão ser objeto de parcelamento as

contribuições descontadas dos empregados, inclusive dos domésticos, dos trabalhadores, avulsos e as decorrentes da sub-rogação de que trata o inciso IV do art. 30, independentemente do disposto no art. 95.

Não obstante, o STJ, em acórdão da lavra do Min. Assis de Toledo, levando em consideração que se trataria de apropriação indébita de contribuições previdenciárias, entendeu que haveria ausência de *animus rem sibi habendi*, no parcelamento da dívida, em virtude da Lei 9.620/93, a qual, no art. 12, teria permitido, excepcionalmente, o parcelamento das contribuições descontadas dos segurados, empregados.

Ora, inexistindo apropriação indébita, inexistente, por consequência, *animus rem sibi habendi*, conforme já analisado. Por esse fundamento, conclui-se que, apesar do entendimento do STJ, subsiste o crime ainda que haja parcelamento. Somado a isso, o parcelamento não é forma de extinção de crédito tributário, prevista no art. 156 do CTN, mas sim forma de suspensão de sua exigibilidade, nos termos do art. 151, I, por ser forma de moratória.

Tratando-se de crime continuado, a superveniência de lei mais severa não impede a aplicação desta aos fatos consumados também em sua vigência e os anteriores, em relação de unidade. Não há falar-se em ultra-atividade da lei penal mais benéfica.¹⁰

10. Nesse sentido, manifestam-se: Damásio de Jesus, in *Direito Penal*, 1/91, Saraiva, 14.^a ed., 1990; Francisco de Assis Toledo, in *Princípios Básicos de Direito Penal*, 3.^a ed., Saraiva, 1987, pp. 31 e 32; Nelson Hungria, in *Comentários ao Código Penal*, Forense, Rio, 1958, 1/128, tomo I; Aníbal Bruno, in *Direito Penal*, Parte Geral, Forense, Rio, 1967, tomo I, p. 258; Battaglini, in *Direito Penal*, Saraiva, Ed. da USP, 1973, p. 88.

9. Em sentido contrário, mas antes do advento da Lei 8.383 de 30.12.90, encontrase Heleno Cláudio Fragoso, in *Lições de Direito Penal*, Forense, 1989, p. 427.

A jurisprudência do Tribunal Regional da 4.^a R., em acórdão publicado no *DJU* de 2.12.92, da lavra do Juiz Fábio Bittencourt da Rosa, manifestou-se no sentido de que a comprovada crise financeira, com opção para o pagamento de salários ao invés dos recolhimentos de valores para previdência social configuraria estado de necessidade que exclui existência de crime. Do seu voto extrai-se o seguinte excerto: "Seria um absurdo que se obrigasse a empresa a recolher débitos previdenciários antes de pagar os empregados. Sequer no processo falimentar isso ocorre, atendidos os critérios de preferência dos créditos. Evidentemente, não cabe no juízo político do julgador apreciar a qualidade da regra legal. Todavia, está obrigado a delimitar o seu alcance pela interpretação. E, nesse limitado nível, tem que se inserir no meio social, elegendo critério político para as conclusões.

Entendo que a ordem de valores eleitos por critérios políticos para pagamento das obrigações decorre de imperativo legal. O CTN estabelece que os créditos tributários preferem aos créditos trabalhistas, no art. 186. Não pode a lei ordinária, prevendo a sanção penal (naturalmente mais severa) ao não-recolhimento do crédito tributário, subverter a ordem de preferência, ou escala de valores de lei com *status* de complementar.

Aquele que demonstra ter pago salários, por conseguinte, com a importância mediante a qual deveria ter recolhido os tributos, age, segundo penso, de forma que não se possa exigir dele outro comportamento, ou conduta diversa. É que se a situação fosse de falência, extinguindo a atividade produtiva, a ordem de créditos obedeceria também à preferência do que é devido a título de salários aos créditos tributários. Há crime, por ser fato típico e antijurídico, mas não se vislumbra a

culpabilidade que se insere como pressuposto da pena, por inexigibilidade de conduta diversa.

Essa situação não se confunde com a efetiva impossibilidade de pagamento de tributos, com preferência a fornecedores ou outras atividades ainda que essenciais para o funcionamento da sociedade. Ora, se não há possibilidade de pagamento de tributos, não existe possibilidade, pelo mesmo motivo, de continuidade das atividades produtivas inerentes. Isentar de punibilidade o não-pagamento, quando os concorrentes, por um motivo ou outro, se sujeitam aos mesmos ônus significa, em outras palavras, financiar atividade de concorrência desleal com o dinheiro de toda a sociedade.¹¹

7. Ônus da prova

Evidentemente, o ônus da prova, no processo penal depende da parte que, alega o fato constitutivo ou modificativo de seu direito. Ao Ministério Público Federal impõe-se a prova do não-recolhimento. À defesa incumbe a prova da excludente dos requisitos do crime: estado de necessidade; ou excludente de pressuposto para pena: inexigibilidade de conduta diversa.

Como fundamento da condenação não é admissível a presunção fiscal ou

11. Em sentido contrário, reconhecendo como inexigibilidade de conduta diversa, nos seguintes termos: "Se o recolhimento das contribuições previdenciárias for possível, embora à custa do não-pagamento dos fornecedores e de despesas essenciais ao prosseguimento das atividades da empresa (água, luz, telefone, aluguel, etc.) o delito existirá, mas poderá configurar-se uma excludente da culpabilidade, a inexigibilidade de conduta diversa, que isenta o agente de pena". Celso Kipper, in "Breves considerações sobre o não recolhimento de contribuições descontadas dos empregados", *RT* 684/284, ago/93.

contábil, segundo o que se infere da seguinte ementa, ora transcrita:

“Penal — Contribuições Previdenciárias não recolhidas — Responsabilidade penal do sócio que não se pode presumir tal qual a ocorrência do desconto se não há elementos materiais da prova desse fato — A presunção fiscal ou contábil é penalmente inaceitável — Apelação provida” (ac. un. da 3.^a T. do TRF da 4.^a R., Ap. C. 93.04.04274-7-RS, *DJU*, II, 8.6.94).

Não se exige, por outro lado, para o início da ação penal, que haja a descrição das deliberações tomadas pelos diretores das pessoas jurídicas.¹²

Consistiria cerceamento de defesa a impossibilidade de produção da prova no que diz respeito ao estado de necessidade ou inexigibilidade de conduta diversa, que se reduz a demonstrar por perícia contábil a inexistência de recursos, ou a preferência ao pagamento de salários, ao invés de Contribuições Sociais.

8. Descriminação

Existe corrente jurisprudencial que defende que a superveniência da Lei 8.666/94, a qual teria criado a figura, nesse mesmo entendimento, do depositário da Fazenda Pública da pessoa obrigada a recolher impostos, taxas e contribuições, teria também disciplinado a matéria da lei previdenciária, de modo a descriminar o tipo penal de não-recolhimento das contribuições sociais.

12. Nesse sentido a jurisprudência, pesquisada por Celso Delmanto, *apud Código Penal Comentado*, Renovar, 2.^a ed., p. 61 e 63, STF, RHC 62.698, *RTJ* 114/228 e *RT* 597/417; RHC 63.825, *RTJ* 118/152; RHC 60.835, *RTJ* 108/1.031; RHC 60.945, *RTJ* 107/960 e *RT* 578/423; RHC 59.857, *RTJ* 104/1.052 entre outras.

Fundamenta o voto o Juiz do Tribunal Regional da 5.^a Região, Dr. Lázaro Guimarães, nos seguintes termos:

“Ora, considerar crime o simples fato de deixar o contribuinte de recolher, na época própria, a contribuição para a seguridade social seria penalizar o próprio inadimplemento, instituindo-se tipo de prisão civil por dívida.

A figura criada pelo mencionado art. 95, *d*, da Lei 8.212 deve ser interpretada sistematicamente, de tal modo que se verifique a existência do tipo subjetivo implícito, consistente na fraude à Previdência Social. Não é, portanto, o só fato do inadimplemento que caracteriza a infração, mas também a intenção de sonegar o repasse dos valores recolhidos a título de contribuição”.

Não obstante o respeito infinito com o entendimento jurisprudencial aludido, não concordo com a tese. A prisão administrativa nada tem que ver com a prisão penal. A lei penal tem função preventiva e repressiva, como se introduziu. Impede, proíbe, veda a conduta tipificada, e, por outro lado, pune e castiga o infrator mediante a sanção penal. Não coage ao comportamento previsto, mesmo porque, com o adimplemento da obrigação, a conduta continua a ser criminosa. O valor jurídico protegido pela norma é a regularidade no recolhimento de tributos.

A prisão civil não tem caráter preventivo nem repressivo. De outra índole, é coativa do adimplemento da obrigação civil, desde que fundada em relação jurídica constitucionalmente prevista: depositário infiel e prestação alimentícia (art. 5.^o, LXVII). É forma indireta de execução, o que não é a lei penal.

As leis penais analisadas, à vista da distinção citada, não arrostam a proibição constitucional. Têm caráter preventivo e repressivo. Não mais guardam algum caráter coercitivo, uma vez que

o pagamento antes do recebimento da denúncia não mais extingue a punibilidade.

De mesma forma o ilícito perpetrado na emissão de cheques sem provisão de fundos não se equipara à prisão civil que do ato poderá eventualmente decorrer, caso venha a ser o devedor infiel depositário em execução por quantia certa. Uma questão é a regularidade no recolhimento de contribuições sociais, outra, bem distinta, é a relação civil que esse comportamento pode originar.

9. Conclusão

Em conclusão, os crimes de falta de recolhimento de contribuições sociais ou de falta de repasse de imposto sobre produtos industrializados, inicialmente previstos como formas de apropriação indébita por semelhança, são figuras típicas distintas do crime de apropriação indébita.

Nesses crimes não há falar-se de relação de depósito em sentido estrito jurídico, em virtude de que não existe desconto, propriamente dito, de qualquer importância. Por definição legal, no entanto, constituem depósito o não-recolhimento de contribuições devidas por parte de empregados e IPI — Imposto sobre Produtos Industrializados. Esse conceito legal não condiz, todavia, em nosso entendimento, com a realidade econômica e jurídica do conceito da relação de depósito, uma vez que a entrega do dinheiro (pagamento pelo contribuinte de fato) não é simultânea e necessariamente dependente da constituição do crédito tributário, no caso do IPI, e porque o desconto previdenciário, por seu turno, se soma ao custo da mão-de-obra, já que o salário em si não é geração de riqueza, mas custo da empresa sujeito às regras de mercado.

Tampouco essa relação influencia na esfera penal, uma vez que razões de

política criminal levaram a tipificar expressamente o não-recolhimento como crime, não mais a apropriação de importâncias.

A reprovação do comportamento omissivo de recolhimento de tributos sujeitando-o à sanção penal tem o condão de eleger o respeito à regularidade das contribuições e recolhimento de impostos.

No sistema jurídico, a lei complementar, CTN, pode estabelecer valor jurídico mais relevante, de modo a tornar o tipo penal impunível. Vale dizer, na ordem de preferência, a sanção penal não pode se sobrepôr à necessidade de adimplemento de crédito trabalhista.

O fato de haver possibilidade de pagamento ou previsão legal para o parcelamento não retira da lei penal sua eficácia, uma vez que o valor jurídico protegido penalmente é a regularidade do recolhimento e não a propriedade sobre o bem destinado ao Estado. Quanto à propriedade ou crédito tributário, o Estado vale-se dos meios processuais inerentes, como é a execução fiscal, medidas cautelares etc., podendo haver possibilidade de parcelamento no pagamento, sem que esse fato implique discriminação.

A superveniência da Lei 8.866 de 11.4.94, que normatiza a figura do depositário da Fazenda Pública da pessoa obrigada a recolher impostos, não revogou a Lei 8.212 de 24.7.91, na medida em que teria regulado totalmente e de forma mais benéfica o recolhimento de tributos federais.

Estabelecido que o bem jurídico tutelado na esfera penal não guarda relação necessária com a esfera civil, administrativa e tributária, é pertinente criticar que a lei teve o mérito de eleger o valor jurídico penalmente protegido, elevando a regularidade do recolhimento de tributo ao resguardo da sanção penal. Bem verdade é, também por

outro lado, que a função preventiva e repressiva do Direito Penal, em termos de política criminal, revela recrudescimento intolerável na legitimação da autoridade do Estado. Se a sanção é capaz de ser eficaz o suficiente a prevenir o comportamento, ou castigar e

punir convenientemente a iniciativa privada, eventualmente relapsa por um motivo ou outro, é tema de política criminal que a dinâmica da função política dos Poderes Judiciário, Legislativo e Executivo irá escrever na história próxima do País.

CRIME PREVIDENCIÁRIO

CÉSAR DE FARIA JÚNIOR

Advogado Criminal e Prof. de Processo Penal
da Universidade Federal da Bahia
Membro do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

Sob este título, irá se analisar o crime previsto no art. 95, *d*, da Lei 8.212, de 24.7.91, em face da Lei 8.620, de 5.1.93.

O referido art. 95, *d*, da Lei 8.212/91, descreve a seguinte conduta: “*deixar de recolher, na época própria, contribuição ou outra importância devida à Seguridade Social e arrecadada dos segurados ou do público*”.

Pelo núcleo do tipo, constata-se ser o delito omissivo, somente previsto na modalidade dolosa.

Não se pode admitir seja tal crime de mera conduta, pois a Constituição veda a prisão por dívida.

Pela sua proficiência e atualidade, vale destacar a seguinte decisão do c. TRF da 5.^a R.:

“Previdência Social: parcelado o débito, inexistente apropriação. O crime definido pelo art. 95, da Lei 8.212/91, não se configura sem a vontade de apropriar-se dos valores não recolhidos. Interpretar tal norma como definidora de crime de mera conduta é colocá-la em conflito com a norma da Constituição que veda a prisão por dívida. O ânimo de apropriar-se está ausente se o débito foi parcelado e novado, desaparecendo a ilicitude, antes mesmo do oferecimento da denúncia” (TRF, 5.^a R. — Recife, HC 94.05.38683-2, 1.^a T., Juiz Hugo Machado, j. 1.^o.12.94, v.u., *DJU*, 2.^a Seção, 10.3.95, p. 12.603).

A propósito, assinala o e. Prof. e Magistrado Álvaro Mayrink da Costa,

que: “na verdade, a omissão no recolhimento ao INAMPS ou IAPAS nos prazos estipulados, por força da crise financeira por que atravessam as macro e microempresas, não vislumbra o elemento subjetivo do tipo *animus rem sibi habendi* pois a *retenção* na maioria dos casos não objetiva simplesmente não pagar” (*Direito Penal, Parte Especial*, II/828, 3.^a ed., 1990).

No mesmo diapasão, leciona o pranteado Mestre Heleno Fragoso: “o atraso no recolhimento das contribuições devidas pelos empregados não é “arrecadada” pelo empregador, que paga sempre aos empregados o valor líquido dos salários. A *arrecadação* é, no caso, puramente ficta”.

Ainda, reitera o insigne catedrático da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, a inexistência do *animus rem sibi habendi*: “Dificilmente ocorre a retenção das contribuições com o propósito de não pagar. O que normalmente sucede é que o empregador em dificuldades financeiras, atrasa o pagamento” (*Lições, Parte Especial*, I/426, 10.^a ed., 1988).

Em consonância com essas lições, reconhecendo as dificuldades financeiras vividas pelos empresários, sobretudo a partir do Plano Collor, que causou profundos desequilíbrios na economia do País, a Lei 8.620, de 5.1.93, especificamente pelos seus arts. 9.^o e 12, permitiu, excepcionalmente, fossem suavemente parcelados os débitos junto à Seguridade

Social, inclusive os relativos às contribuições descontadas dos segurados empregados e trabalhadores avulsos e não recolhidas ao Instituto Nacional de Seguro Social, quando referentes a competências anteriores a 1.º 12.92, até mesmo, reduzindo em 50% as importâncias devidas a título de multa.

Sendo assim, haverá de se indagar se ainda subsiste o aludido crime previdenciário para os empresários que, valendo-se da Lei 8.620/93, obtiveram parcelamento das contribuições descontadas dos empregados, antes do recebimento da denúncia, e estão honrando religiosamente o pagamento das prestações ou já quitaram totalmente os seus débitos.

Com efeito, a nova lei, ao abrir a oportunidade para as empresas pagarem seus débitos previdenciários em atraso, através do benefício do parcelamento, conduz a jurisprudência a reconhecer que o pagamento ou parcelamento deferido desfigura o crime previsto na lei anterior, seja por uma verdadeira *abolitio criminis*, novação da dívida ou moratória legal.

A Lei 8.620/93, segundo sua própria Ementa, foi elaborada com a finalidade de alterar a Lei 8.212/91.

O Congresso Nacional, reconhecendo as dificuldades financeiras em que se achavam as firmas contribuintes, priorizou o interesse pragmático do INSS em receber os débitos em atraso, ainda que suavemente parcelados, mediante acordo lavrado entre o contribuinte e o instituto, expressando o consentimento da administração, excluindo, por consequência, o crime.

Esta lei teve boa repercussão nos cofres da Previdência Social, tanto que o Ministro de então, Antônio Brito, sagrou-se, logo depois, Governador do Rio Grande do Sul.

No Brasil, justifica-se este tratamento liberal dispensado ao problema pela nova legislação, pelas dificuldades eco-

nômico-financeiras que se tornaram crônicas, máxime diante dos fracassos sucessivos de planos econômicos, obrigando as empresas a optar entre atrasar o recolhimento de suas contribuições, ou deixar de pagar os próprios salários, ou não honrar seus débitos junto aos fornecedores, correndo o risco da bancarrota, com desastrosas consequências sociais.

A legislação pátria, ao longo dos anos, tem, sucessivamente, permitido o recolhimento do débito em atraso, e, em todas as vezes que isso ocorreu, a jurisprudência, pacificamente, entendeu ter "tornado o fato ora em exame penalmente impunível".

Em sua "Jurisprudência Criminal", 1.º/32-34, 4.ª ed., 1982), o sempre saudoso Heleno Fragoso cita diversos julgados do extinto TFR neste sentido.

Assim decidiu o TFR, no HC 1.220, Rel. Min. Cândido Lobo (DJ 6.5.65, 959).

A respeito, também decidiu, no AC 1.344, cabendo destacar o voto do e. Rel. Godoy Ilha: "... há que resultar da intenção manifesta do contribuinte em fazê-las suas. Fora isso, o regime de constante prorrogação de prazo de pagamento, em que se tem vivido, exclui por completo qualquer arguição de ofensa à lei penal" (DJ 9.9.68, 3.428).

Mantendo-se sempre fiel ao entendimento de que a possibilidade do recolhimento do débito em atraso, criada por lei, ilide o crime analisado, o sempre Eg. TFR reiteradamente, decidiu, no AC 1.317, Rel. o ilustre Min. Moacir Catunda (DJ 26.5.69, 2.184) e no HC 1.567, Rel. o culto Min. Amarílio Benjamin (JTRF 22/86).

De grande oportunidade, ainda, o voto do conceituado e erudito Min. Armando Rollemberg, no julgamento do HC 4.419, quando a 3.ª T. do TRF concedeu a ordem para trancar a ação penal instaurada com base na falta de recolhimento de contribuições descon-

tadas dos empregados, com a seguinte Ementa:

"Habeas corpus — Tendo em vista que a falta de recolhimento de contribuições previdenciárias descontadas de empregados, antes equiparada ao delito de apropriação indébita, após a adoção do regime de parcelamento dos débitos em atraso, passou a ser considerada como simples ilícito administrativo, e, ainda o fato de o paciente haver saldado integralmente sua dívida, conceda-se a ordem para determinar o trancamento da ação penal instaurada a propósito".

A legislação, por seu turno, revelou-se, em diversas ocasiões, compreensiva em relação aos atrasos no recolhimento das contribuições previdenciárias.

Ressalte-se que, antes da Lei 8.212/91, a legislação de custeio da Previdência Social, vigente nos anos de 1989 e 1990 (Lei 7.787/89 e Portaria MPAS 4.503/89), permitia o parcelamento.

Com o advento da Lei 8.212/91, que tipificou o delito sob exame, é que, por coerência, se vedou, expressamente, o parcelamento das contribuições descontadas dos empregados, pelo art. 38, § 1.º: "Não poderão ser objeto de parcelamento as contribuições descontadas dos empregados".

Só assim poderia subsistir o crime!

Ao permitir o parcelamento, a lei superveniente, tacitamente, descriminalizou a conduta, restando, apenas, o ilícito administrativo.

Ora, se se continuasse a reconhecer como crime o não pagamento na época própria, teria o empresário, inevitavelmente, que confessar a prática do crime previdenciário, para obter o parcelamento do débito atrasado.

Tamanha contradição inviabilizaria a aplicação da própria Lei 8.620/93.

Conclusivamente, a realidade econômico-financeira do País não permitiu fosse mantida a posição extremada da Lei 8.212/91, razão pela qual foi editada a Lei 8.620/93, reabrindo a oportunida-

de para as empresas parcelarem suas dívidas atinentes ao atraso no recolhimento das contribuições descontadas dos empregados, numa verdadeira *abolitio criminis*.

Como visto, em momento algum se pretendeu aqui invocar o pagamento como causa extintiva da punibilidade, tendo em vista a revogação do art. 14 da Lei 8.137/90, pelo art. 98 da Lei 8.383/91.

Ademais, não se trata de simples admissão do parcelamento do débito em atraso, mas sim de uma tomada de posição do Congresso Nacional, em conjunto com o Poder Executivo, representando a Administração Pública (INSS), que, através de Lei (não se está diante de decretos ou portarias), transformou a aludida retenção em simples ilícito administrativo, com a adoção do regime de parcelamento de débitos, com os seus benefícios legais.

Se, ainda assim, subsistisse o crime, estaria a nova lei, de maneira imoral, beneficiando "delinquentes".

O absurdo é manifesto!

Sob outro fundamento, pode-se chegar à idêntica conclusão. Senão veja-se:

A partir do instante em que a empresa parcelou o débito, deixou de ser devedora.

O multi-referido parcelamento é, em essência, uma novação, porquanto o devedor contrai com o credor nova dívida, para substituir a anterior.

O parcelamento regulariza a situação dos contribuintes perante o INSS, sendo possível até mesmo a expedição de certidão negativa (art. 206 do CTN).

Somente retomando à condição de devedores, se descumprirem as novas obrigações (pagamentos das parcelas). É importante frisar que o parcelamento era deferido por força de lei e não simplesmente por negociação das partes para evitar a ação penal.

Convém ter também presente, que a hipótese regulada não guarda paralelo

com a restituição da coisa furtada, que não apaga o crime.

As situações são substancialmente distintas.

O parcelamento decorre de permissão legal e extingue a dívida anterior, embora origine nova dívida, o que não ocorre na restituição da coisa furtada.

Esposando tal entendimento, o Juiz Olindo Menezes, da c. 3.^a T. do TRF da 1.^a Região, acolheu a tese ora sustentada, examinando a matéria posta no HC 94.01.33476-Ba, visando o trancamento de ação penal.

Contudo, se os fatos até aqui expendidos forem insuficientes para demonstrar a inexistência do crime previsto no art. 95, *d*, da Lei 8.212/91, restará, ainda, o irrefutável argumento da moratória.

A Lei 8.620/93, presumindo que as empresas atravessaram um período de dificuldades financeiras, excepcionalmente, permitiu o parcelamento das contribuições descontadas dos empregados, em determinados prazos e condições.

Os empresários que, valendo-se dos benefícios dessa lei, requereram e obtiveram a moratória do débito, honrando as prestações e/ou efetuando o pagamento integral da dívida, deram prova inequívoca da inexistência do *animus rem sibi habendi*, imprescindível para configuração do delito.

Essa foi a posição recentemente adotada pela e. 5.^a Turma do STJ, pelo voto condutor do culto Min. Assis Toledo, acolhido por unanimidade, no recurso de HC 4.408-0-Ba, interposto por este advogado.

Habeas corpus — Trancamento da ação penal — Apropriação indébita, Parcelamento da dívida — Ausência do *animus rem sibi habendi*. A Lei 8.620/93, em seu art. 12, permitiu, excepcionalmente, parcelamento das contribuições descontadas dos segurados, empregados e trabalhadores avulsos, e não

recolhidas ao INSS, em determinados prazos e condições.

Hipótese em que houve mais do que o parcelamento, pois os pacientes quitaram a dívida de uma única vez, no prazo para requerer a moratória.

Inexistência do crime do art. 95, *d*, da Lei 8.212/91, ante a inequívoca demonstração da ausência do *animus rem sibi habendi*.

Recurso de *habeas corpus* provido para conceder a ordem.

ACÓRDÃO — Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da 5.^a T. do STJ, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecido recurso e dar-lhe provimento para trancar a ação penal, nos termos do voto do Ministro-relator. Votaram de acordo os Mins. Edson Vidigal, Jesus Costa Lima e José Dantas. Ausente, ocasionalmente, o Min. Cid Flaquer Scartezini. Sustentou oralmente o Dr. César de Faria Júnior (pelos pacientes).

Brasília, 3 de abril de 1995.

VOTO — O Exmo. Sr. Min. Assis Toledo (relator): Em 6.7.94, os pacientes foram denunciados pela prática do crime do art. 95, *d*, da Lei 8.212/91, por ter a sua empresa, o Supermercado Central Ltda., no período de dez./91 a jun./92, descontado do salário de seus empregados a contribuição devida à Previdência Social, sem, contudo, efetuar o recolhimento ao INSS, no prazo do art. 30, I, *a*, da Lei 8.212/91.

A Lei 8.620/93, em seu art. 12, permitiu, excepcionalmente, nos meses de fevereiro a julho de 1993, o parcelamento das contribuições descontadas dos segurados, empregados e trabalhadores avulsos, e não recolhidas ao INSS, quando referentes a período anterior a 1.^o12.92.

Alcançados pelos benefícios dessa lei, os pacientes, em 21.6.93, portanto

dentro do prazo, efetuaram o pagamento integral da dívida.

Nessa hipótese, demonstrada a inexistência do *animus rem sibi habendi*, exigível na apropriação indébita, o antigo TFR reputava inexistente o crime: HC 5.555, DJ 30.6.83; Ap.Crim. 6.441, DJ 28.3.85; R.Crim. 1.150, DJ 26.2.87; Ap.Crim. 5.065, DJ 17.5.89; entre outros.

Nesse sentido, o voto do Min. Carlos Madeira, no HC 5.555, *in verbis*:

“O segundo argumento do impetrante é de que, tendo sido deferido o parcelamento do débito, desfigura-se o delito em mero ilícito administrativo.

Consta dos autos cópia do pedido de parcelamento da dívida, feito em 16.6.76 e deferido em 28 do mesmo mês. Não há, porém, prova do seu cumprimento, pois a Guia de Recolhimento de fls. é de 2.4.76 — anterior ao parcelamento —, e corresponde às contribuições de março desse ano. O Juiz impetrado informou que esse parcelamento jamais foi cumprido.

O acórdão da minha lavra, no HC 4.737-PI, que conclui por não considerar configurada a apropriação indébita na demora ou omissão de contribuições previdenciárias, cujo montante foi depois objeto de acordo de parcelamento, tem por pressuposto o cumprimento deste. Se o parcelamento é concedido e o devedor não o honra, remanesce a presunção de dolo, que a lei autoriza.

Esta Turma tem decidido em questões relativas à falta de recolhimento do IPI,

também sancionada com as penas da apropriação indébita que a imputação é improcedente, se ausente o *animus rem sibi habendi* (Min. Torreão Braz, Ement. 32/24, Min. Adhemar Raymundo, Ement. 35/21)”.

Na hipótese dos autos, houve mais que o parcelamento, pois os pacientes quitaram a dívida de uma única vez, no prazo para requerer a moratória. O crime previsto no art. 95, *d*, da Lei 8.212/91 (“deixar de recolher, na época própria, contribuição ou outra importância devida a Seguridade Social e arrecadados dos segurados ou do público”) deixa de existir, ante a inequívoca demonstração da inexistência do *animus rem sibi habendi*. A denúncia oferecida, após a quitação da dívida, não podia sequer ser recebida.

Ante o exposto, conheço do recurso e dou-lhe provimento a fim de determinar o trancamento da ação penal.

É o voto.

Por tudo exposto, conclui-se pela descaracterização do crime do art. 95, *d*, da Lei 8.212/91, para aqueles empresários que, antes do recebimento da denúncia, parcelaram seus débitos referentes às contribuições descontadas dos empregados e não recolhidas, à época, à Seguridade Social, regularizando sua situação perante o INSS, conforme lhes permitiu a Lei 8.620/93, acolha-se quaisquer dos três fundamentos sustentados: *abolitio criminis*, novação ou moratória.

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 a quem 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 consequências 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 delinquentes 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, delinquência 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 desjurisdicinalização 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, no endurecimento dos regimes 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 delinquência. 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 conseqüências 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 incensuráveis, 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, Traités de législation civile et pénale*, t. I, Ouvres, Bruxelas, 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 aquela 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.

NATUREZA JURÍDICA DOS CRIMES CONTRA AS RELAÇÕES DE CONSUMO*

DAMÁSIO E. DE JESUS

Membro do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária

1. O objeto jurídico e material do crime — 2. Sujeito passivo do delito — 3. A dogmática penal em face de novos objetos jurídicos do crime — 4. Traços característicos das relações de consumo: 4.1 Sujeito passivo (vitimização difusa); 4.2 Objeto jurídico; 4.3 Conduta típica; 4.4 Objeto material; 4.5 O dano não é visível; 4.6 Conclusão — 5. A realidade das relações de consumo — 6. Custo do delito — 7. Objetividade jurídica principal e secundária — 8. Natureza dos crimes contra as relações de consumo.

1. O objeto jurídico e material do crime

A moderna doutrina entende que o objeto jurídico do delito é o bem, interesse tutelado pela norma. Bem é tudo aquilo que satisfaz as necessidades humanas, seja de conteúdo material ou imaterial, como a vida, a honra, o patrimônio etc. Interesse é a relação entre o sujeito e o bem. Como dizia Antolisei, o bem consiste naquilo que nos pode servir, consubstanciando-se em qualquer coisa apta a satisfazer a necessidade humana, podendo configurar um objeto do mundo exterior, como uma coisa que se possua, uma qualidade do sujeito, como a integridade física ou algo de natureza imaterial, como a honra, o pudor etc.¹ No fundo, observa-

va Antolisei, o interesse não é mais do que o reflexo subjetivo do bem e expressa a tendência ou aspiração do sujeito em sua conservação.² De observar-se, contudo, que muitos doutrinadores empregam indistintamente as expressões bem e interesse para indicar a objetividade jurídica do delito.

Objeto material é aquilo contra o qual a conduta delituosa se dirige (pessoa ou coisa). Assim, a pessoa humana é o objeto material do crime de homicídio; no furto, é a coisa. Em alguns delitos, pode ocorrer a hipótese de dois sujeitos passivos diversos. É o caso do roubo, em que duas pessoas podem aparecer como sujeitos passivos, respectivamente, da violência física e da lesão patrimonial. Às vezes, confundem-se bem e objeto material. Ex.: crime de furto, em que a coisa configura o objeto material e o bem protegido pela norma. Em outros casos, o bem é diferente do objeto material. Ex.: estupro, em que a mulher aparece como objeto material, sendo a liberdade sexual o bem tutelado.

* Este trabalho, em sua feição original, foi apresentado no IV Congresso Internacional de Proteção ao Consumidor, realizado em Buenos Aires, Argentina, de 26 a 29.5.93 e publicado na RT 693/303. Nesta versão, com cortes e introdução de itens, novas idéias e argumentos, foi alterado e ampliado.

1. Antolisei, *Manual de Derecho Penal*, Uthea, B. Aires, trad. de Juan Del Rosal e Ángel Torio, 1960, p. 134.

2. Op. cit.

2. Sujeito passivo do delito

É o titular do interesse lesado pelo crime. Se o delito consiste, sob o aspecto material, na violação de um interesse protegido pelo Estado, em toda infração penal sempre há um sujeito passivo, titular do mesmo. É o Estado, chamado sujeito passivo constante ou formal. Sob outro aspecto, o crime atinge ou coloca em risco um interesse pertencente a alguém, que recebe o nome de sujeito passivo material ou eventual. Em alguns casos, como ficou assinalado, o sujeito passivo e o objeto material se confundem na mesma pessoa. É o que ocorre no homicídio.

Nas infrações penais contra o corpo social, como as que ofendem, p. ex., as relações de consumo, a fé ou a saúde pública, a lesão atinge interesses que pertencem a todos os membros do grupo, razão pela qual a coletividade aparece como sujeito passivo. São os chamados "crimes vagos". Nesses casos, mostrava Heleno Cláudio Fragoso, "há ofensa a interesse que pertence a todos os cidadãos, considerados *uti singuli*, motivo pelo qual é sujeito passivo necessariamente a coletividade ou o corpo social, e não o Estado como pessoa jurídica".³

Sujeito passivo material, em regra, é a pessoa humana, como no homicídio, na lesão corporal, nos crimes contra a honra etc. O delito, entretanto, pode atingir também a pessoa jurídica, o Estado e a coletividade.

3. A dogmática penal em face de novos objetos jurídicos do crime

A dogmática penal tradicional estava acostumada a tratar de interesses jurídicos tangíveis, como a vida, a incolumidade física, a liberdade pessoal, o

patrimônio etc., normalmente relacionados a um indivíduo e cujas lesões são facilmente perceptíveis. Como expõe Josiane Rose Petry Veronese, "tais delitos sempre têm vista um agente e um fato".⁴ Se pedirmos a alguém a indicação de um crime, como o faz Russel Mokhiber, ele apontará o homicídio, a corrupção ou o roubo, dificilmente relacionando um delito empresarial violento. De ver-se, entretanto, observa o editor do *Corporate Crime Reporter*, de Washington, que "130 americanos morrem todos os dias em desastres de automóveis, sendo que muitas dessas mortes são causadas ou por defeitos do veículo ou por *designs* deficientes".⁵ A humanidade, até o séc. XIX, tem prestado atenção mais ao indivíduo, esquecendo-se da coletividade. Em face disso, a ordem jurídica, cuidando do criminoso e da vítima, sempre desenvolveu leis para regular fatos isolados, tendo como pólos da relação "seres humanos individualmente considerados".⁶

Com o progresso da sociedade, entretanto, principalmente na economia, surgiram novos interesses jurídicos de difícil apreciação e determinação. Assim, as relações de consumo, hoje previstas nas Constituições Federais da maioria dos países (art. 170, V, da CF brasileira), que traduzem o interesse estatal no normal funcionamento do sistema no que diz respeito à observância dos direitos dos consumidores e das obrigações dos fornecedores. Como diz J. Marques Borges, eventuais condutas ilícitas de produtores podem violar, além

4. "Macrocriminalidade e vitimização difusa", *Livro de Estudos Jurídicos*, 7/193, Instituto de Estudos Jurídicos, Rio, 1993.

5. *Crimes corporativos*, S. Paulo, Ed. Página Aberta Ltda., trad. James F. S. Cook, 1995, p. 11.

6. Christopher Stone, *Where the law ends*, Nova York, Harper Torchbooks, 1975, p. 10, cit. por Russel Mokhiber, op. cit., p. 14.

3. *Lições de Direito Penal. A nova Parte Geral*, Rio, Ed. Forense, 8.ª ed., 1985, p. 285, n. 260.

de bens jurídicos individuais, interesses gerais da sociedade que se consubstanciam em normas reguladoras da produção, circulação e distribuição de bens.⁷ São interesses que não estão vinculados diretamente à pessoa humana e sim à ordem econômica. Em face disso, devem ser considerados coletivos ou difusos.⁸

Os interesses difusos se caracterizam, diferenciando-se dos coletivos, pela indeterminação dos titulares, pela invisibilidade do objeto e pela intensa litigiosidade interna.⁹ Já os coletivos têm como marcas distintivas a determinação dos sujeitos, um mínimo de organização e um vínculo jurídico básico comum a todos os participantes.¹⁰ Assim, tomando por base a qualidade de um produto, suponha-se que todos os veículos de uma linha de montagem sejam fabricados com defeito. Identificando-se os compradores é possível estabelecer com precisão um grupo de pessoas lesadas. Fala-se em interesses coletivos. No caso, por exemplo, de uma propaganda enganosa, é impossível determinar-se com precisão o número de pessoas eventualmente prejudicadas.

7. *Direito Penal Econômico e Defesa do Consumidor*, Lisboa, Rei dos Livros, 1987, p. 52.

8. Cf. a 5.^a conclusão do Colóquio Internacional sobre o Conceito e Princípios do Direito Penal Econômico e Proteção do Consumidor", Friburgo, Alemanha, de 20 a 23.9.82, in *Revue Internationale de Droit Pénal*, 1983, p. 77. No mesmo sentido, entendendo que esses delitos ofendem interesses difusos e coletivos: João Marcello de Araújo Júnior, *Dos crimes contra a ordem econômica*, S. Paulo, Ed. RT, 1995, p. 100; René Ariel Dotti, *A criminalidade econômica*, Comissão Nacional de Bolsa de Valores, reuniões de Curitiba e São Luiz, 1985.

9. Rodolfo de Camargo Mancuso, *Interesses difusos*, S. Paulo, Ed. RT, 1994, pp. 73 e ss.

10. Rodolfo de Camargo Mancuso, op. cit., p. 50.

Trata-se de hipótese de interesses difusos.¹¹ Nos dois casos, como enuncia Marco Antônio Zanellato, os fatos atingem "a própria integridade das relações de consumo".¹²

4. Traços característicos das relações de consumo

As relações de consumo, como objeto jurídico de determinados crimes que ofendem a ordem econômica, apresentam traços nítidos e distintos em relação à objetividade jurídica dos delitos em geral.¹³ No dizer de Winfried Hassemer, a criminalidade moderna, dentre a qual se inclui a concretizada contra as relações de consumo, "apresenta, em quase todos os seus aspectos, algo diferente da criminalidade clássica".¹⁴ Essa observação já havia sido feita por ocasião do Colóquio Internacional sobre o Conceito e Princípios do Direito Penal Eco-

11. Hugo Nigro Mazzilli, *A defesa dos interesses difusos em julzo*, S. Paulo, Ed. RT, 1991, p. 19. No mesmo sentido, tratando de crimes contra a saúde pública: Maria Paz Arenas Rodríguez, *Protección penal de la salud pública y fraudes alimentarios*, Madrid, Edersa, 1992, p. 143. Sobre o tema, v. René Ariel Dotti, *Reforma penal brasileira*, Rio, Ed. Forense, 1988, p. 365; René Ariel Dotti, "A tutela dos interesses coletivos, in coletânea *A tutela dos interesses difusos*, S. Paulo, Max Limonad, 1984, p. 69; Ada Pellegrini Grinover, "Interesses difusos", verbete da *Enciclopédia Saraiva de Direito* 45/401, S. Paulo, Ed. Saraiva.

12. "Apontamentos sobre os crimes contra as relações de consumo", in *Cadernos de Doutrina e Jurisprudência*, 5/7, S. Paulo, Associação Paulista do Ministério Público, 1990.

13. V. sobre o assunto: João Marcello de Araújo Júnior, *Dos crimes contra a ordem econômica*, S. Paulo, Ed. RT, 1995, p. 101.

14. "Perspectivas de uma moderna política criminal", *Revista Brasileira de Ciências Criminais* 8/43, S. Paulo, Ed. RT, 1994.

nômico e Proteção do Consumidor, realizado em Friburgo, Alemanha, em 1982.¹⁵

Vejamos alguns temas em que a distinção se mostra clara e significativa.

4.1 Sujeito passivo (vitimização difusa)

Nos crimes contra as relações de consumo a coletividade aparece como sujeito passivo principal. Como ensina Antônio Herman Benjamin, esses delitos atingem, de forma imediata, “a coletividade de consumidores”.¹⁶ No CDC brasileiro (Lei 8.078, de 11.9.90), essas infrações se encontram no Cap. II, cujo art. 61 reza: “Constituem crimes *contra as relações de consumo...*” (destaque nosso). Da mesma forma, a Lei 8.137, de 27.12.90, inclui essas infrações no Cap. II, que trata dos “crimes *contra... as relações de consumo*” (destaque nosso). E o Anteprojeto da Parte Especial do CP Brasileiro define esses delitos em Seção própria, com a denominação “Crimes contra as relações de Consumo”.¹⁷ Como se nota, não resta dúvida de que as condutas típicas dirigem-se contra as relações de consumo, cujo titular é a coletividade.

Enquanto na maioria dos delitos comuns, como o homicídio, a lesão corporal, o peculato, a falsidade, o estupro, o estelionato etc., há um sujeito passivo determinado, preciso, qual seja, o homem, a pessoa jurídica ou o Estado, em quase todos os casos de crimes de consumo, ao contrário, não existe um sujeito passivo certo, determinado, preciso, individualizado, uma vez que, seja

o interesse coletivo ou difuso, surge a coletividade como principal titular da objetividade jurídica.¹⁸ Dilui-se a lesão entre um número indeterminado de cidadãos que compõem o corpo social. A proteção, anotava Manoel Pedro Pimentel, “não é dada a um indivíduo, eventualmente chamado sujeito passivo (vítima), mas a todos os membros de uma coletividade”.¹⁹

É certo que, em alguns casos, o consumidor também surge como sujeito passivo do delito. Isso acontece naquelas hipóteses em que a conduta do autor atinge diretamente a pessoa. Ex.: venda de mercadoria imprópria ao consumo (art. 7.º, IX, da Lei 8.137, de 27.12.90, que define crimes contra as relações de consumo). Nessas hipóteses, o consumidor aparece como sujeito passivo secundário. Acontece que a norma penal incriminadora, protegendo o interesse difuso, tutela, por via reflexa, os interesses individuais, como a vida, a saúde, o patrimônio etc.

Pode-se afirmar, pois, que o sujeito passivo de todos os crimes contra as relações de consumo é a coletividade e, conforme o tipo penal, o consumidor aparece como sujeito passivo secundário.

Assim, há nesses delitos: a) um sujeito passivo principal, imediato e constante: a coletividade (vitimização difusa); e b) eventualmente, um sujeito passivo secundário e mediato: o consumidor. Isso também ocorre em alguns crimes contra a saúde pública, como os descritos nos arts. 280 e 282 do CP brasileiro (respectivamente, medicamento em desacordo com receita médica e exercício ilegal da medicina, arte dentária ou farmacêutica). Nos dois casos a coletividade é o sujeito passivo principal, titular da saúde pública, objeto jurídico

15. Cf. a 5.ª conclusão in *Revue Internationale de Droit Pénal* 1-2/77, 1983.

16. “Crimes de consumo no Código de Defesa do Consumidor”, *RF* 323/25.

17. João Marcello de Araújo Júnior, membro da Comissão de Reforma, foi encarregado desse tema. V. João Marcello de Araújo Júnior, op. cit., 1995, p. 167.

18. Nesse sentido: Winfried Hassemer, *Perspectivas...*, cit., p. 44.

19. “Aspectos novos da Lei de Economia Popular”, *RT* 607/264.

primário. No primeiro crime, surge também como sujeito passivo secundário a pessoa a quem é fornecida a substância medicinal em desacordo com a receita médica, titular da saúde individual, bem jurídico secundário. No segundo, é também sujeito passivo mediato o indivíduo em relação ao qual tiver sido ilegalmente exercida a profissão de médico, dentista ou farmacêutico, titular da objetividade jurídica secundária.²⁰

4.2 Objeto jurídico

O objeto jurídico, na maior parte dos delitos tradicionais, pertence ao homem, à pessoa jurídica e ao Estado. Nos crimes de consumo, a objetividade jurídica principal pertence à coletividade, sendo esse o seu traço marcante. Nada impede que se reconheça nesses delitos uma objetividade jurídica secundária, uma vez que a norma penal, tutelando o interesse coletivo das relações de consumo, protege por via indireta interesses individuais, como a saúde, o patrimônio, etc. Como se pronuncia Odone Sanguiné, "os interesses dos consumidores estão em primeiro plano protegidos, ao passo que o interesse individual de cada consumidor não o está senão por via de consequência".²¹

4.3 Conduta típica

O comportamento típico, nas infrações tradicionais, na maior parte das vezes exige um contato físico ou pessoal entre os sujeitos ativo e passivo. É o que

acontece no homicídio, no estelionato, no roubo, no constrangimento ilegal etc. Nos delitos de consumo, ao contrário, poucos são os tipos que exigem esse contato pessoal. Assim, p. ex., na publicidade enganosa veiculada pela televisão inexistem qualquer contato físico entre os protagonistas penais, uma vez que o sujeito passivo do delito é a coletividade.

4.4 Objeto material

O objeto material, nos delitos clássicos, geralmente pertence ao sujeito passivo. Exs.: furto, roubo, peculato, estelionato, subtração de documento, etc. Nas relações de consumo, em muitos casos o objeto material pertence ao produtor, i.e., ao próprio sujeito ativo do delito. Exs.: venda de mercadoria falsificada e exposição à venda de produto impróprio ao consumo.

4.5 O dano não é visível

Os crimes comuns, como o furto e o homicídio, produzem um resultado material visível. Nos delitos contra as relações de consumo, entretanto, a consumação não é visível,²² o que René Ariel Dotti denomina "criminalidade invisível".²³ Assim, p. ex., a exposição consciente, pelo comerciante, de produto impróprio para o consumo (art. 7.º, IX, da Lei 8.137, de 27.12.90, que descreve delitos contra as relações de consumo). A simples exposição do objeto material na prateleira do estabelecimento comercial já consome o delito.²⁴ A lesão jurídica à coletividade,

20. Damásio E. de Jesus, *Direito Penal*, S. Paulo, Ed. Saraiva, v. III, 1995, 11.ª ed. p. 367. No mesmo sentido: Celso Delmanto, *Código Penal Comentado*, Rio, Renovar, 1988, pp. 475-476.

21. "Introdução aos crimes contra o consumidor — Perspectiva criminológica e penal", RT 675/322.

22. Winfried Hassemer, *Perspectivas...*, cit., p. 44.

23. *Comentários ao Código do Consumidor*, coord. José Cretella Júnior e René Ariel Dotti, Rio, Ed. Forense, 1992, p. 220.

24. Paulo José da Costa Júnior et al. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, S. Paulo, Ed. Saraiva, 1991, p. 401.

contudo, embora de efeitos reais, não é visível, o que torna difícil a apuração do delito na fase anterior à produção de um dano efetivo a um dos membros do corpo social.

4.6 Conclusão

Essas distinções conduzem à observação de que estamos em face de objetos jurídicos que escapam à classificação tradicional, merecendo atenção especial do intérprete. Isto significa que nem todos os princípios do Direito Penal clássico se prestam aos delitos de consumo. Assim, os conceitos tradicionais de qualificação doutrinária, resultado, relação de causalidade, consumação, tentativa, dano, perigo etc. não podem simplesmente ser aplicados aos crimes contra as relações de consumo como sempre foram apresentados no tocante aos delitos comuns, ou porque nada têm a ver com eles ou porque são exigidos novos conceitos. Não estamos pretendendo dizer que o Direito Penal tradicional está superado. Afirmamos apenas que os seus conceitos, quando aplicados aos crimes contra as relações de consumo, exigem uma atenção cuidadosa, dada a natureza especial do interesse jurídico. Por isso, os temas fundamentais do Direito Penal precisam ser repensados. Na expressão de Tupinambá Azevedo, é necessário encontrar uma “nova maneira de ver as coisas”.²⁵

5. A realidade das relações de consumo

O objeto da tutela penal, seja considerado bem ou interesse, não é, como expunha Heleno Cláudio Fragoso, “um esquema conceitual, visando a proporcionar uma solução técnica da questão:

é o bem humano ou da vida social que se procura preservar, cuja natureza e qualidade depende, sem dúvida, do sentido que a norma tem ou que a ela é atribuído, constituindo, em qualquer caso, uma realidade contemplada pelo direito”.²⁶ Realmente, esses interesses jurídicos, quais sejam, as relações de consumo, mostram-se coletivos ou difusos, não são fictícios, não constituem meramente referências abstratas criadas pelo legislador.²⁷ Não são criados artificialmente pelo Direito, expõe Luís Tornaria Bertoni, tendo em vista que existem na realidade da vida como valor humano, sendo captados pela ordem jurídica com finalidade protetora.²⁸ São bens palpáveis, uma vez que se encontram relacionados com um grupo determinado de pessoas ou, na maioria dos casos, ligados a todos os membros da coletividade. Esses interesses, na opinião de Heleno Cláudio Fragoso, não deixam “de referir-se à concreta realidade social”.²⁹ Como afirma Juarez Tavares, concretamente apreensível, “o bem jurídico é uma realidade natural, não porque resulte de um suposto direito natural, mas porque se produz na relação social concreta, com todas as contradições que essa realidade encerra”.³⁰ Não podem pois, na expressão de

26. Op. cit., p. 278, n. 257.

27. Juan Bustos Ramírez, “Perspectivas atuais do Direito Penal Econômico”, in *Fascículos de Ciências Penais*, 4/4, Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris Ed., n. 2, 1991. No mesmo sentido: Odone Sanguiné, *Introdução*, cit., p. 33.

28. *El Mercosur y el bien jurídico tutelado*, Segundo Seminário Internacional — La regionalización del Derecho Penal en el Mercosur, Intendencia Municipal, Maldonado, Uruguai, 1993, p. 217.

29. Op. cit., p. 278.

30. “Critérios de seleção de crimes e cominação de penas”, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, S. Paulo, Ed. RT, 1992, n. de lançamento, p. 79.

25. Cit. por Herman Benjamin, op. cit., p. 112.

Odono Sanguiné, “ser esses bens qualificados de artificiais, ou seja, uma criação artificiosa do legislador, carentes de realidade social”.³¹ De modo que, quando lesionados, interferem na vida real de todos os membros da sociedade ou de parte dela antes de haver dano ou perigo de lesão individual.

6. Custo do delito

O custo desses delitos é muito elevado. Abrange, como anota Juary C. Silva cuidando da criminalidade econômica em geral, “não só as conseqüências econômicas do delito, como também toda uma gama de fatos econômicos que apresentem algum liame com a prática delituosa. Assim, as despesas com a manutenção do aparelho policial, judicial e do sistema penitenciário; as despesas e prejuízos acarretados a testemunhas e às pessoas atingidas pelo crime ou pelas medidas contra este, ainda que não sejam vítimas; a detração da força de trabalho representada pelo encarceramento de criminosos que não trabalhem na prisão” etc.³² Além disso, o crime contra as relações de consumo “ainda resulta em dano ao clima moral da sociedade”.³³ Sob o aspecto material, estima-se nos Estados Unidos que somente com produtos defeituosos os consumidores sofrem anualmente prejuízos entre US\$ 174 mil e US\$ 234 bilhões.³⁴ Realmente, a colocação no mercado de um produto impróprio ao consumo ou uma propaganda enganosa atinge um número indeterminado de destinatários passivos de maneira real e contínua. Antes de haver lesão a um bem particular, como a saúde ou o patrimônio, o fato atinge a coletividade, seu sujeito

passivo primário, ofendendo princípios que norteiam o normal funcionamento do sistema. E, protegendo as regras legais da ordem econômica, o Estado tutela os bens jurídicos particulares dos cidadãos (vida, saúde, patrimônio etc). Amparando-se os interesses sociais ficam protegidos os bens individuais, de superior importância.

7. Objetividade jurídica principal e secundária

Esses delitos têm as relações de consumo como objeto jurídico principal (imediato) e indisponível. De tal importância é essa objetividade que a CF brasileira, em seu art. 5.º, XXXII, estabelece que o “Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”. O direito à vida, à saúde, ao patrimônio etc., compõem a sua objetividade jurídica secundária (mediata), i.e., são tutelados por eles de forma indireta ou reflexa. Na palavra de Antônio Herman V. Benjamin, o bem jurídico inerente a todas as infrações de consumo “é a relação jurídica de consumo”, onde se concentra a “tutela imediata”.³⁵ Relações de consumo “são aquelas nas quais figuram um fornecedor de bens e um consumidor que, como tal, os adquire para atendimento direto de uma necessidade própria ou de um grupo de pessoas a ele diretamente vinculadas”.³⁶ A conduta delituosa desvaloriza estas relações entre produtores e consumidores.³⁷ A vida e a saúde são realmente amparadas, “mas de maneira reflexa”, como ensina Antônio H. Benja-

31. “Introdução”, cit., RT 675/323.

32. *A Macrocriminalidade*, S. Paulo, Ed. RT, 1980, pp. 45-46.

33. Russel Mokhiber, op. cit., 21.

34. Russel Mokhiber, idem.

35. Op. cit., p. 112.

36. Fábio Nusdeo, *Comentários ao Código do Consumidor*, coord. José Cretella Júnior e René Ariel Dotti, Rio, Ed. Forense, 1992, p. 23.

37. Juan Bustos Ramírez, *Bases críticas de un nuevo Derecho Penal*, Bogotá, Temis, 1982, p. 17.

min.³⁸ Há uma superposição de interesses jurídicos. A saúde, p. ex., é protegida como objeto jurídico principal no CP Brasileiro, no Capítulo próprio (arts. 267 e ss.). Nos crimes contra as relações de consumo, contudo, aparece como interesse jurídico secundário. Assim, se em consequência de um crime contra as relações de consumo há morte de uma pessoa, surge um concurso de crimes ou uma circunstância qualificadora, conforme a legislação.³⁹ Esse resultado (morte), contudo, não altera a natureza do crime, que continua lesionando seu objeto jurídico principal, ligado a toda a coletividade. Em outro campo, o patrimônio é protegido em Título próprio do CP (arts. 155 e ss. do estatuto penal brasileiro). Nessas hipóteses, o interesse patrimonial é o objeto jurídico principal. Nos delitos contra as relações de consumo, entretanto, ele é também tutelado, mas de forma reflexa, secundária. Não se protege o patrimônio individual de cada consumidor, mas as relações entre ele e o produtor.

Isso não significa que se conceda maior relevância às relações de consumo, relegando o direito à vida, à saúde etc. a plano secundário. Esses bens individuais se sobrepõem àquelas. Ocorre que, protegendo-se o interesse comum automaticamente se confere tutela aos bens particulares.

8. Natureza dos crimes contra as relações de consumo

Parte da doutrina entende que é inevitável o recurso à classificação dos

crimes contra as relações de consumo como infrações de perigo.⁴⁰

No XIII Congresso Internacional de Direito Penal, realizado no Cairo, em 1984, a Recomendação 9 indicou “o emprego de tipos delitivos de perigo abstrato como meio válido para a luta contra a delinquência econômica”. Antes disso, essa indicação havia sido feita por ocasião do Colóquio Internacional sobre o Conceito e Princípios do Direito Penal Econômico e Proteção do Consumidor.⁴¹

No Brasil, a doutrina quase unânime ensina que os delitos definidos no CDC (arts. 61 e ss. da Lei 8.078, de 11.9.90) e na Lei 8.137, de 27.12.90, que descreve crimes contra as relações de consumo, são de perigo abstrato.⁴² Elias de Oliveira, comentando a Lei 1.521/51, uma das primeiras a definir crimes contra a economia popular, já dizia que eram delitos de perigo presumido.⁴³

A recomendação e a doutrina, entretanto, não estão livres de objeções.

Como observa Adela Reta, “os delitos de perigo abstrato são casos em que se proíbe penalmente uma conduta por ser

40. Fernando Perez Alvarez, *Protección...*, cit., pp. 65 e 75.

41. Cf. a 8.^a conclusão in *Revue Internationale de Droit Pénal*, 1983, p. 78.

42. Paulo José da Costa Júnior, *Comentários...*, cit., p. 224; Tupinambá Miguel Castro do Nascimento, *Comentários ao Código do Consumidor*, Rio, Aide Ed., 1991, p. 150; Odone Sanguiné, “Introdução” cit., RT 675/325; Antônio Herman V. Benjamin, “Crimes de consumo no Código de Defesa do Consumidor”, *Revista de Direito do Consumidor*, 3/92-95, S. Paulo, Ed. RT, 1992; José Geraldo Brito Filomeno, *Manual de Direitos do Consumidor*, S. Paulo, Atlas, 1991, pp. 127, 132, 134 e 163; Marco Antônio Zanellato, “O Direito Penal Econômico e o Direito Penal de Defesa do Consumidor como instrumento de resguardo da ordem pública econômica”, in *Revista de Direito do Consumidor*, 5/155, S. Paulo, Ed. RT, 1993.

43. *Crimes contra a Economia Popular*, Rio, Freitas Bastos, 1952, p. 51, n. 24.

38. “Crimes de consumo”, cit., RF 323/24, nota 18.

39. No sentido do texto e do concurso de crimes, tratando de infrações penais contra a saúde pública: Maria Paz Arenas Rodríguez, op. cit., p. 130 e Fernando Perez Alvarez, *Protección penal del consumidor*, Barcelona, Ed. Praxis, 1991, p. 72.

considerada em si mesma perigosa para um bem jurídico. São tipos concebidos sobre a base de uma indicação de fatos, situações ou circunstâncias externas utilizadas pelo sujeito ativo que, a critério do legislador, acarretam um perigo para um bem jurídico digno de proteção penal".⁴⁴ Nessas infrações, ensina Winfried Hassemer, "não é necessário que se produza um dano, sequer é necessário que haja o perigo concreto, sendo suficiente que um ato proibido pelo legislador seja praticado".⁴⁵ Por isso, opinava Heleno Cláudio Fragozo, "a realização do tipo não traz nem perigo real nem dano ao bem jurídico tutelado".⁴⁶

Nos delitos de perigo abstrato o risco de dano não precisa ser comprovado, sendo suficiente a demonstração da realização da conduta. A situação de perigo é presumida pelo legislador, não permitindo prova contrária. Como observa Raúl Cervini, "tratando-se de uma presunção absoluta, fica impedido o exercício da possibilidade de o agente exonerar-se da responsabilidade penal naqueles casos em que não existiu o perigo, implicando numa afetação radical do direito de defesa, incompatível com um Direito Penal garantidor".⁴⁷ Por isso, como diz João Marcello de Araújo Júnior, "não é prudente o uso de crimes de perigo abstrato".⁴⁸

A presunção, de natureza absoluta (*juris et de jure*), não permite que o

acusado demonstre a inocuidade de seu comportamento, que sua conduta não se mostrou efetivamente perigosa. Luiz Flávio Gomes, criticando a adoção de infrações penais de perigo abstrato na legislação brasileira e sua aceitação pelos tribunais, ensina que "mesmo quando a conduta mostra-se inócua, em termos de ofensa ao bem jurídico, protegido, de acordo com ampla jurisprudência, impõe-se a condenação".⁴⁹ De modo que a figura típica só em parte é realizada pelo sujeito. A outra parte é completada pela presunção. Isso constitui absurdo, uma vez que "ninguém pode ser culpado pelo que não fez".⁵⁰ Como disse o Min. Vicente Cernicchiaro, relatando acórdão da 6.^a T. do STJ, no REsp. 46.424, opondo-se às presunções legais, "não se pode punir alguém por crime não cometido".⁵¹

A aceitação da existência de crime de perigo abstrato pela maior parte da doutrina e da jurisprudência não se mostra adequada ao moderno Direito Penal, que se fundamenta na culpabilidade. Com efeito, o princípio da responsabilidade penal pessoal previsto em nossa CF (art. 5.^o, II, XL, XLV, XLVI etc.), que se origina no brocardo *nullum crimen sine culpa*, não se harmoniza com textos que punem fatos que não se relacionam diretamente com o comportamento das pessoas.⁵² Esses crimes devem ser limitados ao máximo, uma vez que, tratando-se de presunção legal absoluta, impede-se o exercício da possibilidade de excluir-se a responsabilidade penal pela demonstração da inexistência efetiva de nenhum perigo a qualquer bem jurídico individual. Isso,

44. "La culpabilidad em los delitos de peligro", in *Anuario de Derecho Penal Uruguayo*, II/77, Montevideo, Ed. Fundac. de Cultura Universitária, 1978.

45. *Perspectivas*, cit., p. 46.

46. *Lições*, cit., p. 174, n. 143.

47. Los procesos de decriminalización, Montevideo, Editorial Universidad Ltda., 1992, p. 102. No mesmo sentido: Juan Bustos Ramírez, *Bases críticas de un nuevo Derecho Penal*, Bogotá, Temis, 1982; n. 5/83.

48. Op. cit., p. 50.

49. "A questão da inconstitucionalidade do perigo abstrato ou presumido", *Revista Brasileira de Ciências Criminais* 8/69, S. Paulo, Ed. RT, 1994.

50. Luiz Flávio Gomes, op. cit.

51. *DJU* de 8.8.94, p. 19.576.

52. Raúl Cervini, *Los Procesos*, cit., p. 100.

como anota Raúl Cervini, é incompatível com o moderno Direito Penal.⁵³ Basta anotar que não se admite, nos delitos de perigo abstrato, a demonstração de que o sujeito não previu ou não podia, diante das circunstâncias, prever o resultado perigoso. Essa solução, na observação de Mílton Cairolí, nega os princípios da culpabilidade, permitindo que se aplique uma sanção sem que antes se tenha demonstrado que o sujeito atuou com dolo ou culpa.⁵⁴ Trata-se, na lição de J. L. de La Cuesta Arzamendi, de uma fórmula técnica “muito discutível sob o aspecto do Direito Penal democrático”.⁵⁵ O réu, nesses casos, observa Hassemer, tem poucas possibilidades de defesa.⁵⁶ Cuidando-se de perigo presumido, escreve Luiz Flávio Gomes: “é evidente que à acusação cabe tão-somente demonstrar dentro do processo” que o sujeito “realizou formalmente a conduta”.⁵⁷

Como ficou assentado, a adoção de crimes de perigo abstrato não se afeição ao moderno Direito Penal, que se fundamenta na culpabilidade. No Brasil, a reforma penal de 1984 consagrou a culpabilidade como base da responsabilidade penal, princípio incompatível com presunções legais. Além disso, a CF brasileira de 1988 instituiu o princípio do estado de inocência, que também não se harmoniza com a presunção legal da abstração do perigo. Realmente, se

ninguém pode ser considerado culpado enquanto não sofre sentença condenatória com trânsito em julgado (CF, art. 5.º, LVII), esse princípio constitucional configura um limite frente ao legislador, em virtude do qual, como explicam Cobo Del Rosal e Vives Antón, “são nulos os preceitos legais que estabeleçam uma responsabilidade baseada em fatos presumidos ou em presunções de culpabilidade”.⁵⁸ Esse limite se encontra no Pacto de San José, que impôs à acusação a tarefa de “comprovar legalmente a culpabilidade” do réu. Realmente, o art. 8.º, n. 2, do Pacto, reza que “toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa”. Observando que a expressão culpa está sendo empregada em sentido amplo, significando culpabilidade, anote-se que, comprovar legalmente a culpabilidade do acusado, como leciona Luiz Flávio Gomes, “significa demonstrar dentro do processo a existência de um fato lesivo”.⁵⁹

O princípio da reserva legal exige que a condenação se baseie na prova da presença, no fato concreto, dos elementos do tipo. A figura típica, explica Miguel Reale Júnior, “cumpre igualmente uma função democrática, desenhando os limites máximos e extremos de intervenção estatal na liberdade individual, mediante o instrumento penal. Somente um fato típico, fundamentado em provas suficientes da infração criminal e indícios convergentes e unívocos de autoria, autoriza a drástica intervenção estatal nos direitos de cidadania”.⁶⁰

Nos delitos de perigo abstrato a idéia de perigo não configura elemento do

53. Op. cit., p. 102.

54. *Curso de Derecho Penal Uruguayo*, Montevideo, Ed. Fondo de Cultura Universitária, 1985, Parte General, p. 276.

55. “Legislación penal europea occidental comunitária y comparada sobre drogas”, in *Drogas, Abordagem interdisciplinar*, 3/38, Fascículos de Ciências Penais, Sérgio Antônio Fabris Ed., Porto Alegre, 1990, n. 2.

56. *Perspectivas*, cit., p. 46.

57. *A questão da inconstitucionalidade*, cit., p. 71.

58. *Derecho Penal, Parte General*, Valencia, Tirant lo blanch, 1990, p. 78, cit. por Luiz Flávio Gomes, op. cit., p. 81.

59. *A questão*, cit., p. 81.

60. *Direito Penal aplicado* — 4, São Paulo, Ed. RT, 1994, p. 122.

tipo,⁶¹ atuando apenas como fundamento da punição. É uma criação atípica do legislador aceita quase que passivamente pela doutrina e pelos tribunais. Ora, se nesses casos o perigo (abstrato) não está no tipo, não existe. E se não existe, vindo a ser presumido pela lei, não pode suportar uma condenação nos moldes do princípio da legalidade. A condenação, nessas circunstâncias, incide sobre um fato parcialmente atípico.

Como ficou consignado, o perigo abstrato é uma presunção do legislador. Na realidade, não existe. Logo, parte do tipo, quando nele se fundamenta, é imaginária. E, na palavra de José Frederico Marques, estando a Administração Pública subordinada à ordem jurídica, e “devendo atuar na esfera da legalidade”, a persecução penal deve incidir sobre uma “infração penal real” e não sobre um “fato imaginário”.⁶² V. p. ex., o crime de exposição à venda de produto impróprio para consumo (art. 7.º, IX, da Lei 8.137/90). É classificado pela doutrina como delito de perigo abstrato. A definição legal, porém, não apresenta o perigo como elemento típico. Como dizer, então, que se trata de crime de perigo? Sob outro plano, se, para alguns, o perigo está implícito, precisaria ser provado, uma vez que, como ensinava Eduardo Correia, “a inexistência real do perigo ilide a previsão legal”.⁶³ Essa situação causa enorme prejuízo penal ao acusado, uma vez que fica impedido, p. ex., de alegar o erro de tipo sobre a idéia do perigo. Além disso, a formulação típica dos delitos como infrações de perigo abstrato “constitui

uma considerável restrição da liberdade da ação empresarial”.⁶⁴

Não se mostra conveniente que essas infrações possam ser conceituadas como crimes de perigo concreto, aqueles que exigem, caso a caso, a demonstração da real ocorrência de probabilidade de dano ao objeto material. Como expunha Heleno Cláudio Fragoso, “há casos em que a realização da conduta traz consigo real probabilidade de dano, de cuja verificação depende a existência do crime. São os crimes de perigo concreto”.⁶⁵ Neles, a figura típica contém a situação de perigo como elementar.⁶⁶ Como é sabido, o perigo real ou concreto constitui resultado, modificação do mundo externo causado pela ação. O perigo, ensinava Elias de Oliveira, “é um resultado nos crimes de perigo”.⁶⁷ Na lição de Manoel Pedro Pimentel, “o perigo concreto se esboça como um resultado naturalístico da conduta, como um trecho da realidade”.⁶⁸ E a Exposição de Motivos do CP brasileiro de 1940 já mencionava que o perigo é um estado de fato, “um trecho da realidade que contém as condições da superveniência de um efeito lesivo e, por isso, não pode deixar de ser considerado objetivamente como resultado”.

Se o perigo concreto, configurando resultado típico naturalístico, constitui a figura típica, i.e., atua como elemento do tipo, precisa ser demonstrado, sob pena de inexistir correspondência exata entre o fato concreto e o modelo legal. Nesse caso, sendo atípico o fato por estar ausente uma elementar, não há crime.

61. Fernando Perez Alvarez, *Protección*, cit., pp. 57-58.

62. *Elementos de Direito Processual Penal*, 1/150, Rio, Ed. Forense, 2.ª ed., 1965.

63. “Notas críticas à penalização das atividades econômicas”, in *Ciclo de Estudos de Direito Penal Econômico*, Coimbra, Garcia e Carvalho Ltda., 1985, p. 22.

64. Tiedemann, *Poder económico y delito*, Barcelona, Ed. Ariel, 1985, p. 33.

65. *Lições*, cit., p. 174, n. 143.

66. Fernando Perez Alvarez, *Protección*, cit., p. 57.

67. *Crimes contra a Economia Popular*, cit., p. 51, n. 23-A.

68. “Crimes de mera conduta”, S. Paulo, Ed. RT, 1975, p. 127.

Posta a questão em termos práticos, a punição do autor, nesses processos, torna-se quase impossível em face da exigência de prova da real situação de perigo, como a experiência tem demonstrado. Como expõe Manoel da Costa Andrade, "a exigência sistemática de um perigo concreto corresponde, na prática, à impunidade generalizada e à perda da eficácia preventiva".⁶⁹

A jurisprudência tem mostrado a ineficiência da norma penal incriminadora quando o tipo exige perigo concreto, cumprindo à acusação, caso por caso, provar a ocorrência de uma situação atual e real de exposição do bem jurídico a perigo de dano. É o caso, p. ex., do crime de incêndio (CP brasileiro, art. 250), em que a condenação depende de prova do perigo de dano a um número indeterminado de pessoas e coisas. Abrindo-se os repertórios de jurisprudência encontramos um número infindável de acórdãos absolvendo réus exatamente pela falta de prova do perigo real.⁷⁰ Em nossa experiência de 26 anos de exercício no Ministério Público do Estado de São Paulo, como Promotor de Justiça e Procurador de Justiça, não encontramos meia dúzia de processos em que a acusação tenha logrado provar a ocorrência do exigido perigo concreto.

Na verdade, os crimes contra as relações de consumo são delitos de lesão e de mera conduta.

Nessas infrações, observa Tiedemann, os bens jurídicos são lesionados e não simplesmente postos em perigo.⁷¹ Como

ensina João Marcello de Araújo Júnior, "são crimes que provocam dano".⁷² Não são crimes de perigo abstrato ou concreto.⁷³ Tratando de crimes contra a saúde pública, que guardam similitude com os delitos contra as relações de consumo, diz com acerto Maria Paz Arenas Rodríguez que são crimes de lesão e não de perigo.⁷⁴

Não afirmamos a qualificação dos crimes contra as relações de consumo como delitos de dano ou de lesão no sentido tradicional de infrações em que "o tipo pressupõe que se lese o objeto da ação", i.e., o objeto material.⁷⁵ A lesão ou dano, em nossa posição, refere-se ao interesse jurídico e não ao objeto material do delito.

Note-se que o dano (lesão) pode recair sobre o interesse, sobre o bem ou sobre ambos. Como observava Antolisei, no furto de um automóvel não há alteração do objeto material (bem), recaindo a lesão sobre o interesse (relação entre o proprietário ou possuidor e a coisa). Se, entretanto, alguém destrói o veículo, a lesão incide diretamente sobre o bem. Observe-se que, no último caso, lesionando o objeto material (bem) o sujeito ofende também o interesse, uma vez que, destruindo o automóvel, o autor causa a perda, por parte do *dominus*, da disponibilidade sobre ele. Como dizia Antolisei, a lesão do bem pode ou não verificar-se; a lesão do interesse, porém, sempre ocorre.⁷⁶

72. *Dos crimes contra a ordem econômica*, cit., p. 103.

73. Nesse sentido: João Marcello de Araújo Júnior, op.cit., p. 150.

74. Op. cit., p. 148.

75. Jescheck, *Tratado de Derecho Penal*, I/358, trad. espanhola de Santiago Mir Pig e Muñoz Conde, Barcelona, Bosch Casa Ed. 1981.

76. *La acción y el resultado en el delito*, México, Ed. Jurídica Mexicana, 1959, trad. de José Luis Pérez Hernández, p. 120, n. 40.

69. "A nova Lei dos Crimes contra a Economia à luz do conceito de bem jurídico", in *Ciclo de Estudos de Direito Penal Econômico*, Coimbra, Garcia e Carvalho Ltda., 1985, pp. 93 e 103, nota 64.

70. RT 497/316, 519/411, 533/332, 538/334, 547/324, 575/337, 582/349, 611/335 e 658/273; RTJSP 69/376, 82/378 e 107/435; JTJSP 136/460; JUTACRIMSP, 20/386.

71. Op. cit., p. 36.

Conclui-se que o crime pode atingir o objeto jurídico (interesse) sem afetar o objeto material (bem). Em certos casos, ofende não só o interesse, lesionando também o objeto material. Em todas as hipóteses, porém, há dano ao interesse. É o que ocorre nos delitos contra as relações de consumo. Neles, sempre há lesão ao bem jurídico primário, as relações de consumo. Eventualmente, pode acontecer de o comportamento atingir um objeto material cujo titular seja um consumidor. Isso, entretanto, não é necessário à existência do crime.

Do que foi exposto, verifica-se que a essência dos delitos contra as relações de consumo está na lesão ao interesse jurídico da coletividade, não pertencendo necessariamente ao tipo incriminador a lesão ou perigo de dano a eventual objeto material individual dos consumidores. Isso pode ocorrer, quando então se falará em objeto jurídico, sujeito passivo e objeto material secundários. Como diz João Marcello de Araújo Júnior, "o dano ao qual nos referimos é causado ao próprio interesse coletivo de regularidade, transparência, licitude e equilíbrio das relações de consumo e não ao interesse individual dos consumidores".⁷⁷

Nada impede, explica Maria Paz Arenas Rodrigañez, que se adote a denominação de delitos de lesão para o objeto jurídico coletivo e se reserve com exclusividade a qualificação de perigosas para as condutas que atentem contra o bem jurídico particular.⁷⁸ A lesão ou perigo de lesão aos interesses particulares, entretanto, — repita-se — não é essencial ao tipo incriminador. Daí porque a questão da natureza de crimes de perigo abstrato ou concreto se torna irrelevante, como se verá a seguir.

De observar-se que o perigo pode ser considerado abstrato ou concreto somente se pusermos em consideração o fato típico em face dos bens jurídicos da pessoa humana, como a vida e a saúde. Se, entretanto, colocarmos o fato constitutivo do crime contra as relações de consumo em confronto com os bens jurídicos sociais, coletivos ou difusos, estes são na verdade lesionados e não somente submetidos a perigo de dano.⁷⁹ Na palavra de Tupinambá de Azevedo: "o que é abstrato à vista dos bens jurídicos pessoais é concreto em relação a bens jurídicos coletivos. No DP Econômico, o que, dirigido ao patrimônio individual é perigo abstrato, pode atingir, efetivamente, o funcionamento do sistema social. Essa nova maneira de ver as coisas, ampliando o sentido do bem jurídico protegido, permite classificar os delitos contra as relações de consumo" como de dano, "relativamente à própria integridade da relação de consumo".⁸⁰

Suponha-se, v.g., a dolosa colocação à venda pelo comerciante de um produto impróprio ao consumo. Se levarmos em consideração a figura dos consumidores, poderíamos pensar em delito de perigo abstrato pela simples exposição do produto na prateleira do estabelecimento. Se consumida a mercadoria, conforme as circunstâncias, poderíamos falar em perigo concreto. Note-se, porém, que, tomando em consideração o respeito que deve existir nas relações de consumo, o comerciante, com a simples conduta, lesionou o bem jurídico difuso, i.e., causou um dano ao interesse estatal de que as atividades da ordem econômica se desenvolvam normalmente ou, em outras palavras,

77. Op. cit., p. 103.

78. Op. cit., pp. 148-149.

79. Tiedemann, idem; Maria Paz Arenas Rodrigañez, op. cit., p. 148.

80. Cit. de Herman Benjamin, op.cit., p. 112.

lesionou o interesse estatal de que nenhum produtor exponha à venda mercadoria imprópria ao consumo. O autor lesa o mínimo da relação de confiança exigido pelo legislador nas relações entre produtor e consumidor. Como diz João Marcello de Araújo Júnior, o sujeito ofende o interesse concernente à regularidade e licitude das relações de consumo.⁸¹ Essa lesão já conduz à existência do crime, prescindindo-se de averiguação a respeito de dano ou perigo de dano aos bens jurídicos dos consumidores, considerados isoladamente.

De modo que a concretização da figura típica exige apenas a comprovação da conduta objetiva e subjetiva do sujeito, a par da presença de eventuais elementos objetivos, normativos e subjetivos do tipo, dispensando a demonstração de ter causado perigo concreto ou dano efetivo a interesses jurídicos individuais.

Crime de mera conduta é aquele cuja descrição típica só menciona o comportamento do sujeito, sem referência a eventual resultado naturalístico (modificação do mundo exterior). Exemplo característico é o delito de violação de domicílio, descrito no art. 150 do CP brasileiro. Na definição legal só encontramos a conduta do sujeito de entrar ou permanecer em casa alheia sem o consentimento de quem de direito. O tipo não menciona nenhum efeito derivado do comportamento. Assim também nos delitos de consumo, como, p. ex., a publicidade enganosa (art. 67 do CDC), cuja descrição só faz referência à conduta, sem alusão a eventual resultado. A questão não passou despercebida a Fábio Ulhoa Coelho, que, apreciando a publicidade enganosa, classifica-a como crime de mera con-

duta⁸² e Tupinambá Miguel Castro do Nascimento, em seus *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, sustenta que os delitos nele descritos são “de mera conduta, chegando à consumação por uma ação”.⁸³

No que tange à dispensa do perigo, convém observar, como o faz Maria Paz Arenas Rodríguez, que não se pode confundir a situação de eventual risco a bens individuais dos consumidores com a forma adotada pelo legislador para coibir as práticas delituosas.⁸⁴

Quanto à não se exigir lesão efetiva a bens individuais, de ver-se no comentário de Antônio Herman V. Benjamin, que o DP do consumidor cumpre, idealmente, ao lado de seu caráter repressivo, uma função eminentemente preventiva. “Não corre ou não deve correr”, prossegue, “atrás do dano, a ele se antecipa”.⁸⁵ De ver-se que, conforme observa Marco Antônio Zanellato, “por ser basicamente preventiva a ingerência penal do Estado na esfera das relações de consumo”, esses tipos penais aperfeiçoam-se “com a simples realização da conduta”, “prescindindo-se, pois, do resultado naturalístico de dano efetivo”.⁸⁶ Isso é exato. Tanto que nesses delitos o tipo não alcança aqueles com-

82. *O empresário e os direitos do consumidor*, S. Paulo, Ed. Saraiva, 1994, p. 289. No mesmo sentido, abordando a violação penal do dever de informar no Código de Defesa do Consumidor brasileiro; Marco Antônio Zanellato, “O sancionamento penal da violação do dever de informar no Código de Defesa do Consumidor”, S. Paulo, *Revista de Direito do Consumidor*, 8/92 e 96, Ed. RT, 1993.

83. Op. cit., p. 151.

84. Op. cit., p. 144.

85. “O Direito Penal do Consumidor”, capítulo do *Direito Penal Econômico*, in *Revista de Direito do Consumidor*, I/111, S. Paulo, Ed. RT, 1991.

86. *O Direito Penal Econômico*, cit., p. 145.

81. *Dos crimes*, cit., p. 103.

portamentos que, na lição de Rodriguez Devesa, ainda que se trate de venda de produtos nocivos ao consumo, realizem-se “entre particulares”, excluída a figura do produtor. Assim, — prossegue — a lei exclui a revenda de um produto de um particular a outro e a produção para consumo próprio, ainda quando o sujeito tenha conhecimento das infrações normativas.⁸⁷ Isso ocorre porque a conduta do particular, não sendo produtor, não lesiona os interesses da coletividade. Prova de que os interesses concernentes à vida, saúde, patrimônio etc. são de natureza secundária. Se fossem interesses primários, se o sujeito passivo principal fosse o consumidor em todos os casos, haveria delito mesmo nas hipóteses de condutas entre particulares. Como foi assinalado, isso não quer dizer que o legislador penal não dê importância ao direito à vida, à saúde etc. Para esses comportamentos o CP, na Parte Especial, contém Capítulos próprios, como os dos “Crimes contra a vida”, “Crimes de periclitacão da vida e da saúde” etc.

Poder-se-ia dizer que não existe diferença, quanto ao efeito, entre as considerações dos crimes contra o consumidor como de perigo abstrato (posição da maioria da doutrina) ou de mera conduta (nossa orientação), uma vez que, nos dois posicionamentos, a responsabilidade penal decorre da simples demonstração da realização da conduta. Isso, porém, não acontece, como a seguir ficará exposto. Há diferença e nela reside, talvez, a parte mais importante de nosso trabalho.

Nos delitos de perigo abstrato, como se impõe a probabilidade de dano por presunção, não se admitindo prova em contrário, não é possível a aplicação da teoria da insignificância (crime de bagatela, teoria da intervenção mínima).

Mesmo que o fato não apresente, na realidade, qualquer probabilidade de dano, mostra-se típico e, em princípio, há delito, uma vez que a presunção legal é absoluta. De ver-se, entretanto, que, considerados os crimes contra as relações de consumo como de mera conduta ou de simples atividade, cabível é a incidência da teoria da insignificância, excluindo-se a infração penal nos casos em que o comportamento tiver sido cometido em circunstâncias que afastem, de maneira cabal, a probabilidade de dano à objetividade jurídica. Assim, poder-se-á atender ao reclamo de Muñoz Conde, para quem “o Direito Penal só deve intervir nos casos de ataques muito graves aos bens jurídicos mais importantes, sendo que as perturbações mais leves da ordem jurídica devem ser objeto de outros ramos do direito.”⁸⁸

Bibliografia

- ALVAREZ, Fernando Perez. *Protección penal del consumidor*, Barcelona, Ed. Praxis, 1991.
- ANDRADE, Manoel da Costa. “A nova Lei dos Crimes contra a Economia à luz do conceito de bem jurídico”, in *Ciclo de Estudos de Direito Penal Econômico*, Coimbra, Garcia e Carvalho Ltda., 1985.
- ANTOLISEI, *Manual de Derecho Penal*, Uthea, B. Aires, trad. de Juan Del Rosal e Ángel Torio, 1960.
- . *La acción y el resultado en el delito*, México, Ed. Jurídica Mexicana, 1959, trad. de José Luis Pérez Hernández.
- ARAÚJO JÚNIOR, João Marcello. *Dos crimes contra a ordem econômica*, S. Paulo, Ed. RT, 1995.
- . *A reforma penal: ilícitos penais econômicos*, Rio, Ed. Forense, 1987.
- ARZAMENDI, J. L. de la Cuesta. “Legislación penal europea occidental — comunitária y comparada — sobre drogas”, in *Drogas, Abordagem interdisciplinar* 3, n.2, Fascículo.

87. *Derecho Penal español, Parte Especial*, Madri, 9.ª ed., 1983, p. 1.008.

88. Muñoz Conde, *Introducción al Derecho Penal*, Barcelona, Ed. Bosch, 1975, p. 59.

- los de Ciências Penais, Sérgio Antônio Fabris Ed., Porto Alegre, 1990.
- BAIGÚN, David, *Los delitos de peligro y la prueba del dolo*, B. Aires, Ed. Depalma, 1967.
- BATISTA, Nilo. *Concepções e princípios do Direito Penal Econômico*, inclusive a proteção dos consumidores, Salvador, Ciência Jurídica, Ed. Especial, 1989.
- . *Introdução crítica ao Direito Penal Brasileiro*, Rio, Ed. Revan, 1990.
- BENJAMIN, Antônio Herman V. "Crimes de consumo no Código de Defesa do Consumidor", *RF* 323/24 e *Revista de Direito do Consumidor* 3/88, S. Paulo, Ed. RT, 1992.
- . "O Direito Penal do Consumidor: capítulo do Direito Penal Econômico", in *Revista de Direito do Consumidor* 1/111, S. Paulo, Ed. RT, 1991.
- BERTONI, Luiz Tornaria. *El Mercosur y el bien jurídico tutelado*, Segundo Seminario Internacional — La regionalización del Derecho Penal en el Mercosur, Intendencia Municipal, Maldonado, Uruguai, 1993, p. 217.
- BORGES, J. Marques. Produção, circulação e distribuição de bens, *Direito Penal Econômico e Defesa do Consumidor*, Lisboa, Rei dos Livros, 1987.
- CAIROLI, Milton. *Curso de Derecho Penal Uruguayo*, Montevideo, Ed. Fondo de Cultura Universitaria, 1985, Parte General.
- CERVINI, Raúl. *Los procesos de descriminalización*, Montevideo, Ed. Universidad Ltda., 1992.
- COELHO, Fábio Ulhôa. *O empresário e os direitos do consumidor*, S. Paulo, Ed. Saraiva, 1994.
- CONDE, Muñoz. *Introducción al Derecho Penal*, Barcelona, Ed. Bosch, 1975.
- CORREIA, Eduardo. "Notas críticas à penalização das atividades econômicas", in *Ciclo de Estudos de Direito Penal Econômico*, Coimbra, Garcia e Carvalho Ltda., 1985, p. 22.
- COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, S. Paulo, Ed. Saraiva, 1991.
- DELMANTO, Celso. *Código Penal Comenta-*
- do*, Rio, Renovar, 1991.
- DEVESA, Rodriguez. *Derecho Penal español, Parte Especial*, Madri, 9.^a ed., 1983.
- DOTTI, René Ariel. "A tutela dos interesses coletivos", in *A tutela dos interesses difusos* (coletânea), S. Paulo, Max Limonad, 1984.
- . *Reforma Penal brasileira*, Rio, Ed. Forense, 1988.
- . *A criminalidade econômica*, Comissão Nacional de Bolsa de Valores, reuniões de Curitiba e São Luiz, 1985.
- . *Comentários ao Código do Consumidor*, coord. José Cretella Júnior e René Ariel Dotti, Rio, Ed. Forense, 1992.
- FILOMENO, José Geraldo Brito. *Manual de Direitos do Consumidor*, S. Paulo, Atlas, 1991.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal. A nova Parte Geral*, Rio, Ed. Forense, 8.^a ed., 1985.
- GOMES, Luiz Flávio. "A questão da inconstitucionalidade do perigo abstrato ou presumido", *Revista Brasileira de Ciências Criminais* 8/4, S. Paulo, Ed. RT, 1994.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. "Interesses difusos", verbete na *Enciclopédia Saraiva de Direito* 45, S. Paulo, Ed. Saraiva.
- HASSEMER, Winfried. "Perspectivas de uma moderna política criminal", *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, 8/43, S. Paulo, Ed. RT, 1994.
- JESCHECK. *Tratado de Derecho Penal*, trad. espanhola de Santiago Mir Pig e Muñoz Conde, Barcelona, Bosch Casa Ed., 1981, v. I.
- JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal*, S. Paulo, Ed. Saraiva, v. III, 1995.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos*, S. Paulo, Ed. RT, 1994.
- MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*, Rio, Ed. Forense, 2.^a ed., 1965.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*, S. Paulo, Ed. RT, 1991.
- . "Interesses coletivos e difusos", *Justitia* 157/41, S. Paulo, 1992.
- MOKHIBER, Russel. *Crimes corporativos*, S. Paulo, Ed. Página Aberta Ltda., trad. James F. S. Cook, 1995.

- NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro. *Comentários ao Código do Consumidor*, Rio, Aide Ed., 1991.
- NUSDEO, Fábio. *Comentários ao Código do Consumidor*, coord. José Cretella Júnior e René Ariel Dotti, Rio Ed. Forense, 1992.
- OLIVEIRA, Elias, *Crimes contra a Economia Popular*, Rio, Freitas Bastos, 1952.
- PEDRAZZI, Cesare. "El bien jurídico en los delitos económicos", in Barbero Santos, Ed. *La Reforma Penal: delitos socioeconómicos*, Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, 1985.
- PIMENTEL, Manoel Pedro, *Crimes de mera conduta*, S. Paulo, Ed. RT, 1975.
- RAMÍREZ, Juan Bustos. "Perspectivas atuais do Direito Penal Econômico", in *Fascículos de Ciências Penais*, 4/4, Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris Ed., n. 2, 1991.
- . *Bases críticas de um nuevo Derecho Penal*, Bogotá, Temis, 1982.
- . "Aspectos novos da Lei de Economia Popular", RT 607/263.
- REALE JÚNIOR, Miguel. *Direito Penal aplicado* — 4, S. Paulo, Ed. RT, 1994.
- RETA, Adela. "La culpabilidad en los delitos de peligro", in *Anuario de Derecho Penal Uruguayo* II/177, Montevideo, Editorial Fundac. de Cultura Universitaria, 1978.
- RODRIGAÑEZ, Maria Paz Arenas. *Protección penal de la salud publica y fraudes alimentarios*, Madri, Edersa, 1992.
- ROSAL E ANTÓN, Cobo Del e Vives. *Derecho Penal, Parte General*, Valência, Tirant lo blanch, 1990.
- SANGUINÉ, Odone. "Introdução aos crimes contra o consumidor — Perspectiva criminológica e penal", RT 675/325.
- SANTOS, Barbero. *La Reforma Penal: Delitos Socioeconómicos*, Univesidad de Madrid, Facultad de Derecho, Madrid, 1985.
- SILVA, Juary C. A *Macrocriminalidade*, S. Paulo, Ed. RT, 1980.
- STONE, Chistopher. *Where the law ends*, Nova York, Harper Torchbooks, 1975.
- TAVARES, Juarez. "Critérios de seleção de crimes e cominação de penas", *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, S. Paulo, Ed. RT, 1992, n. de lançamento, p. 79.
- TIEDEMANN. *Poder económico y delito*, Barcelona, Ed. Ariel, 1985.
- VERONESE, Josiane Rose Petry. "Macrocriminalidade e vitimização difusa", *Livro de Estudos Jurídicos* 7/193, Instituto de Estudos Jurídicos, Rio, 1993.
- ZANELLATO, Marco Antônio. "Apontamentos sobre os crimes contra as relações de consumo", in *Cadernos de Doutrina e Jurisprudência*, São Paulo, publicação da Associação Paulista do Ministério Público, 1990.
- . "O Direito Penal Econômico e o Direito Penal de Defesa do Consumidor como instrumentos de resguardo da ordem pública econômica", S. Paulo, publicação da Associação Paulista do Ministério Público, 1992, p. 19; *Revista de Direito do Consumidor*, 5/145, S. Paulo, Ed. RT, 1992.
- . "O sancionamento penal da violação do dever de informar no Código de Defesa do Consumidor", S. Paulo, *Revista de Direito do Consumidor*, 8/93, Ed. RT, 1993.

2 — DOCTRINA NACIONAL

OS CRIMES CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NO ESBOÇO DE NOVA PARTE ESPECIAL DO CÓDIGO PENAL DE 1994

JOÃO MARCELLO DE ARAÚJO JÚNIOR

Professor Titular de Direito Penal da Universidade do Rio de Janeiro

1. Introdução — 2. Conteúdo e limites dos ilícitos penais financeiros — 3. O bem jurídico protegido nos delitos financeiros — 4. Critérios que orientaram a elaboração do esboço — 5. A técnica de construção dos tipos — 6. O sistema de penas.

1. Introdução

O debate sobre as relações entre a economia e a criminalidade é antigo no Brasil. Desde há muito tempo, os juristas preocupam-se com ele. Roberto Lyra, já em 1933, em sua tese — *Economia e Crime* — demonstrava a vinculação entre os desajustes da economia e a criminalidade.¹ Podemos, entretanto,

1. Roberto Lyra, "Economia e Crime", *Tipografia do Jornal do Commercio*, Rio, 1933. A tutela penal da atividade das entidades financeiras é uma exigência do Direito Penal atual: Emilio Dolcini e Carlo Enrico Pagliero: "Il Diritto Penale Bancário, itinerari di diritto comparato", in *Revista Italiana di Diritto e Procedura Penale* 3-4/941. Essa necessidade não é nova, pois como ensina Günter Kaiser, *La Criminalidad Económica y la Forma de Combatirla*, Barbero Santos Ed.; *La Reforma Penal: Delitos socioeconómicos*, Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, Madrid, 1985, p. 171, nota 1, embora esteja por ser escrita a história da delinquência econômica, os precedentes de um Direito Penal Econômico aparecem já no Código de Justiniano e no Código de Hammurabi; a esse respeito cita: Geerds, F., *Probleme der Wirtschaftskriminalität und ihre Bekämpfung. Kriminalistik* 22/234 e ss., (1968); Lampe, E-

fixar nos anos de 1973, com a obra de Manoel Pedro Pimentel,² e 1981, com o livro de Gerson Pereira dos Santos,³ os marcos iniciais das nossas modernas investigações científicas sobre Direito Penal Econômico.

Em 1982, Grupo Brasileiro da Associação Internacional de Direito Penal organizou, sobre o tema, no Rio de Janeiro, no período de 20 a 23 de outubro daquele ano, um Colóquio Internacional, Preparatório do XIII Congresso Internacional de Direito Penal, que se realizaria no Cairo, em 1984, durante o qual os estudos penais-econômicos se corporificaram definitivamente. Na ocasião, Eduardo Novoa Monreal, Eugenio Raúl Zaffaroni, Heleno Cláudio Fragoso, João Mestieri, Juarez Cirino dos Santos, Miguel Reale Junior, Nilo Batista, René Ariel Dotti, Virgílio Luiz Donnici e o autor destas linhas, discutiram longamente suas idéi-

J., *Wirtschaftsstrafrecht. Handwörterbuch der Wirtschaftswissenschaft*, Stuttgart u.a. 1981, 310 e ss.

2. Manoel Pedro Pimentel, *Direito Penal Econômico*, RT, S. Paulo, 1973.

3. Gerson Pereira dos Santos, *Direito Penal Econômico*, Saraiva, S. Paulo, 1981.

as sobre o assunto.⁴ O debate aprofundou-se durante o Congresso da AIDP quando, no País das Pirâmides, especialistas brasileiros tiveram oportunidade de trocar, com penalistas do mundo inteiro, suas opiniões e experiências.⁵

No âmbito universitário, no ano de 1985 os estudos continuaram, com a realização, na Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, do I Colóquio Hispano-Brasileiro de Direito Penal, do qual resultou o livro "A Reforma Penal: ilícitos penais econômicos".⁶

Paralelamente a tudo isso, o Banco Central do Brasil elaborou o Parecer DEOPE/GABIN-81/004, de 10.2.81, que se fazia acompanhar de um anteprojeto de lei de delitos financeiros. O Parecer foi rejeitado pelo então Chefe Adjunto do Departamento Jurídico do Banco Central, José Bonifácio Diniz de Andrada, em razão de suas imperfeições. Mesmo assim, foi encaminhado à Comissão de Reforma da Parte Especial do Código Penal, que havia sido constituída pela Port. 518, do Ministro da Justiça, de 6.9.83. Essa Comissão, uma verdadeira seleção de notáveis⁷ não

levou em consideração a proposta do Banco Central, porém criou em seu Anteprojeto um Título novo, cuja epígrafe era: "Dos Crimes Contra a Ordem Econômica, Financeira e Tributária". Assim, pela primeira vez no Brasil a matéria estava sendo tratada de maneira orgânica. Em 17.7.84, foi autorizada a publicação do Anteprojeto, para que recebesse sugestões.⁸

A Comissão recebeu valiosa contribuição analítica da Procuradoria-Geral do Ministério da Fazenda, que permitiu, nos trabalhos de revisão do Anteprojeto, o aperfeiçoamento da matéria. O Anteprojeto revisto foi enviado ao Ministro da Justiça em 18.10.84, mas acabou dormitando no Ministério durante 3 anos. Sua publicação somente foi autorizada pela Port. 790, de 27.10.87.⁹

Paralisados os trabalhos de reforma da Parte Especial do Código Penal, o Presidente da República, pelo Dec. 91.159/85, instituiu uma outra Comissão, a qual elaborou um Anteprojeto de Lei que dispunha sobre as instituições financeiras e definia crimes financeiros.¹⁰

A OAB/RJ, tendo em vista o Anteprojeto Oficial, constituiu Comissão para oferecer sugestões, da qual tivemos a honra de ser presidente e relator.

A Comissão da OAB/RJ apresentou Substitutivo à parte penal do Anteprojeto, que logrou ampla divulgação e aceitação graças ao seu caráter pioneiro, especialmente quanto à organização e estrutura dos tipos, à instituição da responsabilidade penal da pessoa jurídica, à criminalização do *computer-*

4. Os trabalhos do Colóquio estão publicados na *Revista de Direito Penal e Criminologia* 33, jan-jun./82.

5. A delegação brasileira que compareceu ao XIII Congresso Internacional de Direito Penal estava composta pelos Profs. Damásio de Jesus, Édila Davies de Moura, João Marcello de Araújo Júnior, René Ariel Dotti e Vicente Caccioni.

6. João Marcello de Araújo Júnior e Marino Barbero Santos, *A Reforma Penal: ilícitos penais econômicos*; Forense, Rio, 1987.

7. A Comissão era composta pelos juristas: Francisco de Assis Toledo, Luiz Vicente Cernicchiaro, 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.

8. Port. 304, de 17.7.84, do Ministério da Justiça.

9. O Anteprojeto revisto somente foi publicado por provocação do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária.

10. O Anteprojeto elaborado pela Comissão, que ficou conhecida como Comissão Bulhões Pedreira, foi publicado no *DO* 24.1.86.

crime e ao sistema de penas proposto.¹¹

Nesse interregno, no Congresso Nacional foram diversas as tentativas de implantação de uma lei de delitos financeiros. Dentre elas, destacou-se, pela obscuridade, o Projeto de Lei da Câmara dos Deputados 5.163/85,¹² que pretendeu aplicar aos crimes financeiros as regras da vetusta Lei de Falências.

Era esse o quadro de elaboração científica e legislativa, quando o Diário Oficial de 18.6.86 publicou a Lei 7.492, de 16 do mesmo mês, que "define os crimes contra o sistema financeiro nacional...". Segundo Moraes Pitombo¹³ consta que os trabalhos de elaboração dessa lei foram originários do Ministério da Fazenda e encaminhados ao Ministério da Justiça pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional e que o Anteprojeto, antes de ser remetido ao Congresso, teria passado pela Comissão de Estudos sobre Crimes contra a Ordem Financeira e tributária.

Já Manoel Pedro Pimentel¹⁴ informa que a aludida lei não foi originária da

Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, mas sim do Projeto de Lei da Câmara dos Deputados 273, de autoria do Dep. Nilson Gibson, Projeto este que, entretanto, guardava semelhança com o Anteprojeto elaborado pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional. No Senado, o Projeto recebeu emenda substitutiva do Sen. José Lins, adotada pelo Senado por sugestão do Senador Hélio Gueiros, relator da matéria na Comissão de Constituição e Justiça. Voltando à Câmara, o Substitutivo do Senado foi acolhido no voto do relator, Dep. João Gilberto, que todavia afirmou: "o projeto sai imperfeito e reclamará, a curto prazo, nova legislação para revisar alguns de seus pontos. Infelizmente, não nos é dada mais a possibilidade de correção pelo estágio em que se encontra o processo legislativo".

A Lei 7.492/86 foi sancionada com vetos. Na Mensagem 252, na qual as razões dos vetos foram comunicadas ao Congresso Nacional, o Sr. Presidente da República afirmava que, em breve, enviaria ao Congresso Nacional um novo Projeto aperfeiçoando a matéria. Tratava-se, portanto, a Lei 7.492/86, por assim dizer, de uma "lei provisória".

Não bastasse isso para demonstrar a urgente necessidade da reforma da nossa legislação penal financeira, suficiente seria dizer que agora possuímos uma nova Constituição, à qual precisamos ajustar a normativa penal em vigor, pois de todos os ramos do Direito, o Penal é o mais sensível às modificações políticas.¹⁵

11. O Substitutivo e a Exposição de Motivos que o acompanhou estão publicados em João Marcello de Araújo Júnior e Marino Barbero Santos, *A Reforma Penal: ilícitos penais econômicos*, Forense, Rio, 1987, pp. 126 e ss.

12. *Diário do Congresso*, 16.5.85.

13. Conferência intitulada: *Crimes contra o sistema financeiro nacional* (nótuas à Lei 7.492/86), pronunciada no Seminário sobre Mercado de Capitais realizado em Salvador (1987), organizado pela Comissão Nacional de Bolsas de Valores (mimeo.).

14. Conferência intitulada: *Crimes contra o sistema financeiro nacional*, pronunciada no Seminário sobre Mercado de Capital realizado em São Paulo, organizado pela Comissão Nacional de Bolsas de Valores. Manoel Pedro Pimentel, *Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional*, RT, S. Paulo, 1992, apresenta o histórico completo de sua visão sobre as origens e antecedentes da Lei 7.492, de 16.6.86.

15. Marino Barbero Santos, "La reforma penal española en la transición a la democracia", in *Revue Internationale de Droit Pénal* 49/57, n. 1, 1978. Sobre a vinculação constitucional do Direito Penal, Klaus Tiedemann, "La Constitución y Derecho Penal, in *Derecho Penal*, homenaje ao Dr. Raúl Peña Cabrera, Ediciones Jurídicas, Lima, 1991, pp. 639 e

Diante disso, a nova Comissão, constituída pelo Ministério da Justiça para a Reforma da Parte Especial do Código Penal,¹⁶ seguindo a orientação político-criminal de sistematizar no Código a matéria constante da legislação extravagante, houve por bem dedicar um dos Capítulos do Título dos Crimes Contra a Ordem Econômica, aos Crimes Contra o Sistema Financeiro.

2. Conteúdo e limites dos ilícitos penais financeiros

O nosso tema está pontilhado de dúvidas. As dificuldades são tantas, que Tiedemann afirma que o seu conceito não é claro, nem unívoco.¹⁷

É comum vermos os delitos financeiros incluídos dentre os delitos empresariais,¹⁸ ou fazendo parte do Direito Penal dos Negócios,¹⁹ do Direito Penal Comercial,²⁰ do Direito Penal Societário.²¹ A confusão é tão grande que a própria Constituição brasileira viu-se

nela emaranhada. A prova disso está no Título VII do nosso estatuto político, cuja epígrafe distingue entre a ordem econômica e a financeira.

Toda essa balbúrdia deve ser evitada e, se possível, sem quebra da hierarquia constitucional, harmonizada pelo legislador ordinário.

Os delitos financeiros estão incluídos no Direito Penal Econômico, que é o ramo do Direito Penal que se destina a sancionar com uma pena as graves violações à "ordem econômica". Em suma, os delitos financeiros se destinam a punir as condutas intoleráveis, que importem em manobras lucrativas em prejuízo geral, mediante o aproveitamento da estrutura e organização do sistema financeiro, no qual se incluem as empresas de capital aberto.²²

Assim sendo, o delito financeiro expressa uma disfunção do sistema financeiro e o seu conteúdo está limitado pelo bem jurídico a ser protegido. Por isso, a epígrafe do Capítulo é: dos Crimes Contra o Sistema Financeiro e não contra a "ordem financeira", pois o que existe é a "ordem econômica, na qual se insere a questão financeira.

3. O bem jurídico protegido nos delitos financeiros

Como acabamos de ver, o bem ou interesse jurídico é o elemento limitador dos delitos financeiros. Assim, será útil que dediquemos um breve espaço ao assunto.

O legislador, quando seleciona determinados bens ou interesses da vida, para que sejam protegidos através da norma penal, está criando bens ou

ss. Idem, "Presente y futuro del Derecho Penal económico", in *Discurso de Investidura de Doctor Honoris Causa*, Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 1992, p. 36.

16. Port. 581, de 10.12.92, in *DO* 14.12.92.

17. Klaus Tiedemann, *Poder Econômico y Delito*, Barcelona, Bosch, 1985, p. 9, Do mesmo autor e no mesmo sentido, o recentíssimo: *Lecciones de Derecho Penal Económico*, PPU, Barcelona, 1993.

18. Astolfi de Amato (org.), *Trattato di Diritto Penale dell'Impresa*, Cedam, Padova, 1992.

19. Mireille Delmas-Marty, *Droit Pénal des Affaires*, Paris, 1981. Mireille Delmas-Marty e Evelyne Roche-Pire, *Criminalité des Affaires et le Marché Commun*, Economica, Paris, 1982.

20. Luigi Conti, *Diritto Penale Commerciale*, Turim, 1980.

21. Nicola Mazzacupa, "I reati Societari", in *Trattato di Diritto Penale dell'Impresa*, Cedam, Padova, 1992 e, também em *Problemi Attuali di Diritto Penale Societario*, Milão, 1985.

22. No mesmo sentido é a "Exposição de Motivos do Projeto de Lei Orgânica de Código Penal Espanhol", de 1980, publicado no *Boletim Oficial das Cortes Gerais*, de 17.1.80, p. 661 (Câmara de Deputados).

interesses jurídicos penalmente tutelados.²³

Hoje, como afirma Jescheck, os bens jurídicos deixaram de ser exclusivamente individuais²⁴ e Mir Puig aponta a tendência de sua coletivização.²⁵

A essa nova categoria, que no Brasil, segundo Cernicchiaro, tem conceito restrito,²⁶ pertencem os bens jurídicos tutelados pelo Direito Penal Econômico e, em especial, os que são violados pelos delitos contra o sistema financeiro. Neles, a despeito da lesão ao patrimônio individual que possam causar, a tônica da reprovação social está centrada na ameaça ou dano que representam para o sistema financeiro,²⁷ que se

caracteriza como um interesse jurídico supra-individual e no qual se destacam os seguintes aspectos: a) a organização do mercado; b) a regularidade dos seus instrumentos; c) a confiança neles exigida, e d) a segurança dos negócios. Estes os aspectos do bem jurídico que evidenciam aquela relação dialética entre a realidade das coisas e o ideal de valor. Essa relação, no Brasil, nos parece evidente. Vejamos.

Os delitos financeiros talvez sejam aqueles que, em nosso país, causem mais danos à economia. Referimo-nos ao macrodélito e não ao "delito econômico da miséria", ao qual se referiu Muñoz Conde, quando falou da Espanha do pós-guerra.²⁸ Para que se tenha idéia, ainda que de mero relance, desses danos, basta referir, que no dia 21.7.80, a Curadoria de Liquidações Extrajudiciais, em relatório apresentado à Procuradoria-Geral da Justiça do Estado do Rio de Janeiro, informava que o total dos prejuízos causados pelas liquidações extrajudiciais em curso, somente no Rio de Janeiro, naquele ano, montavam a um bilhão e vinte milhões de cruzeiros (dinheiro daquele época...). De 1980 até 1.º1.92, segundo pesquisas em andamento no Curso de Mestrado em Direito da Cidade da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, estima-se que o total de lesões causado pelos crimes tradicionais contra o patrimônio, cometidos no Rio de Janeiro, não corresponda a 50% do conseqüente dos ilícitos financeiros. Somente um caso, que não vem ao caso identificar nominalmente, provocou prejuízos equivalentes a 5% do Orçamento da República...

28. Francisco Muñoz Conde, "Aspectos jurídico-penales de la no devolución de las cantidades entregadas a cuenta para la construcción de viviendas", in *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha* 7/381, I Jornada de Magistrados, Fiscales y Profesores de Derecho Penal — Trabajos Preparatorios del Congreso de la AIDP, ago./89.

23. Manuel da Costa Andrade, "A nova lei dos crimes contra a economia (Dec.-lei 28/84, de 20 de janeiro) à luz do conceito de bem jurídico", in *Direito Penal Econômico*, Coimbra, 1985, p. 74.

24. Hans-Heinrich Jescheck, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, 1/351. Esta obra já conta com uma 4.ª ed. alemã, aparecida em 1988, estando em vias de últimação a tradução para o espanhol.

25. Santiago Mir Puig, *Derecho Penal, Parte General*, PPU, Barcelona, 1985, p. 103.

26. Luiz Vicente Cernicchiaro, *Criminalidade Econômica*, comunicação ao Seminário sobre Mercado de Capitais para a Magistratura e Ministério Público, realizado pela Comissão Nacional de Bolsas de Valores, na ASBAC, em Brasília, no dia 20.9.85 (mimeo.), p. 3.

27. Cesare Pedrazzi, "El Bien Jurídico en los Delitos Económicos", in Barbero Santos Ed., *La Reforma Penal: delitos socio-económicos*, Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, 1985, p. 285, afirma que a função primária do Direito Penal Econômico é a proteção da "constituição econômica", isto é, das estruturas que caracterizam o modelo econômico vigente em determinado momento histórico. Sobre a constituição econômica como objeto da tutela penal: Bajo Fernandez, "Marco constitucional del derecho penal económico", in *Comentarios a la legislación penal*, Madrid, 1982, 1/233 e 244. Também: Marino Barbero Santos, *La reforma penal. Cuatro cuestiones fundamentales*, Madrid, 1982, p. 148.

A necessidade de um tratamento sério e amplo de tais delitos é manifesta, especialmente se atentarmos para o fato de que o nosso Direito Penal dispõe de escassas e, lamentavelmente, imperfeitas normas, numa legislação fragmentária, elitista e seletiva, que tem como consequência, a impunidade.

A proposta, por isso, procura tratar sistematicamente a matéria, embora saibamos que não será exclusivamente com o Direito Penal que iremos resolver os seríssimos problemas que enfrentamos em matéria financeira. Nada obstante, diante das características peculiaríssimas de que se reveste a criminalidade do "colarinho branco", cremos (a palavra é adequada...) que o Direito Penal poderá contribuir, ainda que modestamente, para a colocação de diques às manifestações dessa moderna forma de criminalidade. Tem sido assim no mundo inteiro.

4. Critérios que orientaram a elaboração do esboço

O Esboço divide o Capítulo "Dos Crimes Contra o Sistema Financeiro" em Seções. Adotamos, seguindo a lição de Dolcini e Paliero,²⁹ como critério metodológico, um modelo estrutural fundado sobre as diferentes posições que as entidades financeiras e as companhias abertas podem ocupar na etiologia e na dinâmica dos ilícitos financeiros: a entidade financeira como "autora", como vítima e como instrumento da infração.

As normas incriminadoras abordam os delitos financeiros em diversos aspectos, dentre os quais: a) o monopólio e os limites da atividade financeira;

b) as condições pessoais exigidas para tal atividade; c) as obrigações de natureza contábil e as relativas às informações devidas aos órgãos públicos encarregados do controle; d) a proteção dos usuários dos serviços financeiros.

A proteção do sistema financeiro parte do mais geral, a "organização do mercado financeiro", para o mais específico, "a segurança dos negócios financeiros", passando pela "regularidade dos instrumentos financeiros" e pela "confiança no sistema financeiro".

Na primeira Seção, estão previstos os crimes contra a organização do mercado financeiro. Sem dúvida, quando se pretende estabelecer os limites do sistema, a primeira preocupação do legislador há de dirigir-se para a organização do mercado, por ser o ambiente no qual se desenvolvem as relações financeiras. Essa preocupação, diferentemente do que acontece com a legislação vigente, não deve chegar ao extremo de estabelecer uma espécie de responsabilidade sucessiva, porque esta viola o princípio da culpabilidade.

O tipo fundamental consiste na ação de exercer ou explorar, sem autorização da autoridade competente, atividade ou serviço privativo de instituição financeira.

O mercado não pode ser estruturado livremente, ou seja, não deve constituir-se à revelia do controle do Estado. Aquele que atua em tal mercado, prestando serviço próprio de instituição financeira, sem a prévia autorização da autoridade pública, merece ser punido. Verifica-se, assim, que o primeiro limite está na violação do monopólio estatal de autorizar a atividade financeira, aliás, tal qual previsto na Constituição de 1988, no Capítulo do Sistema Financeiro Nacional.

Em seguida, o Esboço preocupa-se com as pessoas naturais que dirigem as pessoas jurídicas que prestam serviços financeiros. Os aventureiros não podem estar no mercado, como nele não podem

29. Emilio Dolcini e Enrico Paliero, "Problemes de droit pénal bancaire: une analyse de droit comparé", in *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé* 4/655, 1988.

estar, também, aqueles que já revelaram a sua incapacidade. Daí a punição de quem exercer, de fato ou de direito, atividade de empresário financeiro, controlador, administrador ou membro de conselho, estando proibido, impedido ou inabilitado para tal, seja em razão de lei, regulamento ou sentença. Da mesma forma, é merecedor da pena o “testa-de-ferro”, aquele que se presta a figurar como empresário financeiro, controlador etc... para ocultar quem estava proibido, impedido ou inabilitado para tal.

A 1.ª Seção se completa com uma norma inovadora, que importa numa forma especial de abuso de poder, qual seja, a ação de decretar, fora dos casos legais de cabimento, a liquidação forçada de instituição financeira. A disposição, à primeira vista, parece redundante diante das normas já existentes relativas aos crimes contra a Administração Pública. Os profissionais do mercado, entretanto, sabem que as coisas não são bem assim e, certamente, hão de estar lembrados da época em que começaram a se formar os conglomerados financeiros. Em razão dessa política, os organismos oficiais de controle abusaram de seu poder e levaram à liquidação extrajudicial, e até mesmo à falência, empresas sadias, apenas porque resistiram às pressões de compra, exercidas por parte dos grupos maiores que pretendiam concretizar um projeto hegemônico. Daí ser salutar a norma prevista, pois a história pode repetir-se.

Na 2.ª Seção, o Esboço trata da regularidade dos instrumentos financeiros. Uma vez regulado o mercado, indispensável se torna a ordenação dos seus instrumentos, ou seja, dos papéis negociados, a “mercadoria” financeira. Tais instrumentos não são apenas aqueles que possam ser criados, emitidos, aceitos ou garantidos por instituições financeiras. No mercado giram, também, os valores mobiliários, isto é, papéis criados ou emitidos pelas empresas de

capital aberto. Por isso, o Esboço, sem cair num Direito Penal Societário,³⁰ inclui também as condutas ilícitas que possam ser praticadas por intermédio dessas empresas. A expressão “instrumentos financeiros” é a que melhor se ajusta ao conteúdo da Seção. Ademais disso, a expressão pertence à linguagem constitucional.³¹

Na 2.ª Seção pune-se quem emita ou crie um instrumento financeiro sem que satisfaça às exigências legais e regulamentares necessárias a tal emissão ou criação. Apenas, também, quem celebre qualquer negócio jurídico envolvendo tais instrumentos.

A regularidade dos instrumentos financeiros exige uma extraordinária transparência em relação às pessoas que os detêm. Por isso, será merecedor da pena quem, como “homem de palha”, apresentar-se como proprietário ou possuidor daqueles, para encobrir o verdadeiro titular.

As atividades no mercado financeiro estão fundadas em relações de confiança.³² Seus partícipes, assim como os motoristas no trânsito, acreditam e confiam que os demais atuarão segundo as regras do jogo, com o máximo de transparência, sinceridade e honestidade, num ambiente em que a veracidade

30. Que não trata de bens jurídicos supra-individuais e sim das relações que se estabelecem dentro da sociedade. Sobre o tema, veja-se, recentíssimo, Nicola Mazzacupa; “I reati societari”, in *Trattato di Diritto Penale Dell'Impresa*, Cedam, Padova, 1992, p. 4. Juan Terradillos Basoco, *Delitos Societários*, Akal, Madrid, 1987.

31. CF, art. 192, I.

32. Eddy Wymeersch, “Tendences recentes en matiere de la criminalité financiere relative aux marchés de valeurs mobilières (in Belgique)”, in *Nuove Forme de Criminalità Economica e Finanziaria: Sanzioni e Garanzie*, Il Fisco, Roma/Milano, 1989, p. 231, afirma que o mercado por ser público, isto é, acessível a todas as pessoas, exige uma grande confiança.

da informação representa um papel essencial. Nessas condições, a 3.^a Seção dedica-se ao tratamento das violações à confiança no sistema financeiro.

Como já dissemos e nunca será demaisia repetir, a confiança no sistema financeiro é elemento essencial à sua existência e ao seu normal funcionamento. O esboço, portanto, sugere a repressão de algumas fraudes e falsidades que possam ser perpetradas no giro dos negócios.

O alimento do mercado financeiro é a informação. Assim, a primeira conduta punível consiste na divulgação de informação falsa ou na omissão daquela que deveria ser prestada, em prospecto ou outro meio de divulgação da emissão pública de valor mobiliário ou de título de responsabilidade de instituição financeira. Na mesma linha de valoração, aparece a ação de quem divulga notícia falsa ou deturpada, com o fim de criar condições artificiais no mercado. Está previsto, também, o chamado crime de “pânico financeiro”, caracterizado pela divulgação de notícia falsa ou fato verdadeiro truncado ou deturpado, capaz de por em risco a confiança no sistema ou abalar o crédito de instituição financeira ou companhia aberta. Ainda com relação à informação, o Esboço define o crime de “omissão do dever de informação”, cuja ação típica consiste em deixar de prestar aos órgãos da administração pública as informações a que a instituição financeira ou companhia aberta estiver obrigada por força de lei, regulamento, sentença ou decisão administrativa. Fechando esse conjunto de delitos vinculados à informação, preenchamos uma velha lacuna de nossa legislação, ao punirmos a “informação privilegiada” (*insider trading*).

Em matéria de informação privilegiada, as legislações, de regra, adotam uma de duas posições. A solução administrativa ou a criminal. A nosso

juízo, a matéria deve necessariamente passar pelo magistério punitivo, pois a prática demonstrou que a regulação administrativa *tout court* não foi suficiente para conter essa atividade altamente perigosa para a confiança no sistema financeiro, sem embargo da gravidade da sanção pecuniária-administrativa.³³ O Esboço não distinguiu, para diverso tratamento penal, o crime cometido pelo funcionário daquele praticado pelo particular. Assim estabelecendo, evitou as inconveniências existentes entre as normas contidas nos arts. 391 e 298 do Projeto espanhol de 1992 e apontadas por Luis Arroyo.³⁴

Num segundo bloco de ilícitos, encontramos na Seção III os crimes de: “fraude em proposta de operação de crédito”; “defraudação de operação de crédito”; “fraude em pedido de subvenção”; “defraudação de subvenção”. Como se pode ver do simples enunciado dos *nomina iuris*, foi estabelecida uma salutar simetria dentro do sistema. As figuras criminosas ligadas às fraudes nas subvenções são uma exigência do moderno tráfico jurídico. Os tipos tradicionais, como afirma Oehler em relação ao art. 264 do CP alemão,³⁵ são insuficientes e incapazes de absorver uma grande parte da criminalidade que

33. Dingeldey, *Insider-Handeln und Strafrecht*, Colônia, 1983. Schmid, *Schweizerisches Insiderstrafrecht*, Berna, 1988. Seminara, *Insider trading e Diritto Penale*, Milão, 1989.

34. Luis Arroyo Zapatero, “Política Criminal de los delitos económicos en España”, *El proyecto de Código Penal de septiembre de 1992*, p. 28, mimeo. Conferência pronunciada no dia 26.9.92, durante as Journées Greco-Latines de Défense Sociale, Courmayeur Mont Blanc, Vale D'Aosta, Itália (26 a 28.9.92).

35. Dietrich Oehler, “El fraude en las Subvenciones”, in Barbero Santos Ed., *La Reforma Penal: Delitos socioeconómicos*, Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, 1985, p. 302.

se produz como consequência das manipulações de estruturas econômicas complexas, por parte de pessoas que intervêm no mundo dos negócios.

A Seção III se completa com o crime de "contas fantasmas"; "violação de sigilo"; "negócio simulado"; "contabilidade paralela"; e "reciclagem de dinheiro".

A lavagem de dinheiro, assunto que é tratado pela primeira vez em nossa legislação, mereceu a seguinte definição: "prestar serviço financeiro destinado a encobrir a real origem de dinheiro ou qualquer outra espécie de bem ou valor". Trata-se de disposição legal de altíssima relevância, que já existe na legislação penal da Austrália, Canadá, França, Itália, Luxemburgo, Holanda, Inglaterra, Estados Unidos, dentre outros. Até 1990, estavam em curso projetos de lei tendentes à sua instituição na Bélgica, Alemanha, Suécia e Suíça.

O crime em tela faz parte do conjunto de instrumentos destinados a combater o tráfico de drogas, tanto que previsto na Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Estupefacientes e Substâncias Psicotrópicas (Convenção de Viena, 1988).³⁶ Em 1987 as Nações

Unidas, não obstante algumas críticas, estimaram em 300 bilhões de dólares o movimento mundial do narcotráfico. Esse número cruel nos dá certeza da participação de empresas do sistema financeiro mundial, na reciclagem de dinheiro. Tal constatação deu lugar ao surgimento da Declaração de Princípios do Comitê de Bâle sobre as Regras e Práticas de Controle das Operações Bancárias (Declaração de Bâle),³⁷ que objetiva impedir a utilização do sistema bancário para a lavagem de fundos de origem criminosas.

O processo de ação de lavar dinheiro, em termos financeiros, foi assim definido pelo GAFI (Grupo de Ação Financeira dos 7 Países mais ricos do mundo): a) a transformação ou a transferência de bens que se saibam provenientes de comportamentos criminosos, com o fim de dissimular ou encobrir a origem ilícita, ou proporcionar ajuda a qualquer pessoa implicada na comissão de delitos, com o fim de subtraí-la às consequências de seu ato; b) a ocultação ou dissimu-

informam que um recente projeto de lei da Baviera estabelece que, uma vez transitada em julgado a sentença condenatória por lavagem de dinheiro, todos os bens direta ou indiretamente relacionados com essa atividade serão confiscados, salvo se for feita a prova de que foram lícitamente adquiridos. Esse projeto inverte o ônus da prova e estabelece uma presunção de ilicitude na aquisição de bens. É um caso a pensar-se...

36. De 20.12.88. Elias Carranza, "Tráfico de Drogas: Su Represión, Balance y Perspectivas"; in *Doctrina Penal* 59-60/298, ano 15, jul-dez./92, entende que o tráfico de drogas tem caráter transnacional e é um "processo integrado" de atividades delituosas, no qual participam numerosos agentes e segmentos sociais de distintos países do mundo, muitos deles desempenhando atividades econômicas lícitas. A Convenção de Viena recomenda o confisco dos lucros provenientes da lavagem de dinheiro. Walter Person, *Legislación penal vigente y proyectos de reforma sobre tráfico y consumo de drogas en la república de Alemania*, 1991, p. 12 e Frieder Dünkel, *The development of drug. Related crime and drug control in Germany*, 1991, p. 17, trabalhos apresentados ao "Seminário Internacional sobre a atual política criminal em matéria de tráfico e consumo de drogas", Málaga, 2 a 4.5.91,

37. De 12.12.88. Esse documento reconhece que a confiança no sistema bancário poderá ficar abalada, caso as instituições financeiras participem das atividades de lavagem de dinheiro. Para evitar isso, definiu alguns princípios básicos destinados a coibir as operações de reciclagem. Dentre eles destacam-se os seguintes: a) a identificação do cliente; b) respeito às leis e regulamentos referentes às operações financeiras e recusa da prestação dos serviços em relação a negócios suspeitos; c) cooperação com as autoridades encarregadas da repressão, dentro dos limites estabelecidos pelas leis de sigilo.

lação da verdadeira natureza, procedência, localização, cessão, movimentação de direitos concernentes a tais bens, ou à posse deles, sabendo-se serem provenientes de crime; c) a aquisição, detenção ou utilização de bens que se sabe serem provenientes de infração.³⁸

Diante da definição supra, justifica-se o conteúdo do tipo contido no Esboço, que é abrangente. Klaus Tiedemann, entretanto, ao comentar o Esboço, criticou a fórmula por nós encontrada para definir a "lavagem de dinheiro", justamente por seu caráter amplo.³⁹

Na 4.^a Seção, sob a epígrafe — "crimes contra a segurança dos negócios financeiros" — o Esboço fixa o limite final dos ilícitos penais financeiros. A atividade no mercado monetário, além de exigir organização, contar com instrumentos regulares e desenvolver-se num ambiente confiável, precisa também contar com agentes sérios que garantam a segurança dos negócios. Nessas condições, a lei penal deverá garantir tal segurança, punindo aquelas condutas que façam aumentar os riscos que são próprios desse mercado. Daí as seguintes figuras que formam um primeiro conjunto: "balanço fraudulento"; "operação com pessoa ligada"; "abuso de gestão"; "subordinação de operação".

As novidades começam a surgir no segundo conjunto, com o crime de "operação de mera especulação". Este, infelizmente, é um crime muito frequente e consiste em contratar a venda de valor mobiliário ou título de responsabilidade de instituição financeira, com

a declaração de ficar em poder do vendedor, custodiado em nome do comprador, o certificado objeto da venda quando, ao tempo da contratação, a instituição financeira não tinha a propriedade do valor mobiliário ou título negociado.

Outra inovação diz respeito ao crime de gestão fraudulenta ou temerária. O Esboço abandonou o tratamento tradicional dispensado a esse crime na Lei de Economia Popular, que se aproximava da fórmula da nossa velha Lei de Falências, bem como o tratamento estabelecido na Lei 7.492/86. Nesse tema, seguimos a orientação traçada pelo XIII Congresso Internacional de Direito Penal (Cairo, 1984). Assim, criamos um tipo de perigo concreto, no qual a decretação da liquidação forçada não mais funciona como condição objetiva de punibilidade, mas sim como simples condição de maior punibilidade, coberta pelo dolo. A lei atual, numa flagrante violação ao princípio da reserva legal, estatuiu em seu art. 4.^o um tipo aberto, uma vez que se limita a estabelecer: "gerir fraudulentamente instituição financeira".⁴⁰

Com isso, estabelecemos uma saudável simetria dentro do Esboço, entre os crimes financeiros e os crimes falimentares respeitadas, obviamente, as características de cada uma dessas categorias de infrações. Por isso, na gestão temerária financeira, não milita em favor do autor a causa especial de isenção de pena prevista no Capítulo dos Crimes Falimentares.

A 4.^a Seção é encerrada com os tradicionais crimes pós-liquidação forçada.

Vejamos, agora, qual a técnica empregada para a construção dos tipos previstos no Esboço.

38. Groupe d'action financiere présidé pour Denis Samuel-Lajeunesse, *La lutte contre le blanchiment de capitaux* — rapport demandé par les Chefs d'État lors du Sommet de l'Arche; Collection des Rapports Officiels, La Documentation Française, Paris, 1990, p. 26.

39. Na apresentação do livro *Dos crimes contra a ordem econômica*, de João Marcello de Araújo Júnior, Ed. RT, S. Paulo, 1995, p. 24.

40. Essa norma fere a tradição democrática do nosso Direito Penal, lembrando o art. 128 do CP soviético de 1926, que tratava da "gestão econômica ineficaz" dos diretores de empresas estatais.

5. A técnica de construção dos tipos

Todo trabalho legislativo deve partir da idéia de que o Direito Penal não é o único nem, muito menos, o melhor instrumento de combate à criminalidade.⁴¹ Por isso, deve ser empregado como *ultima ratio*. A sanção penal há de ser reservada, exclusivamente, para os casos mais graves e, mesmo assim, somente depois que os demais instrumentos de controle social se mostrarem insuficientes. O custo social da pena recomenda a parcimônia.⁴² Este modo de ver o Direito Penal não é novo, pois já estava contido no art. 8.º da Declaração francesa de Direitos Humanos de 26.8.1789 — “A lei não deve estabelecer mais penas que as estrita e manifestamente necessárias” — que acolhia uma das principais reivindicações de Beccaria. Na moderna Política Criminal corresponde aos princípios da proporcionalidade e da subsidiariedade do Direito Penal.

Esse entendimento justifica o número de disposições constante do Esboço, embora ele, a uma primeira leitura, possa parecer longo. Não podemos perder de vista que estamos trazendo, para o interior do Código Penal, tudo quanto tem sido tratado em leis extravagantes que, comparativamente, são muito mais extensas do que o Esboço.

Num trabalho de tal natureza, é preferível pecar pelo excesso do que pela omissão. Seja como for, cogitamos apenas de propor tipos legais de crimes que sejam capazes de acompanhar a

agilidade da vida econômica, de maneira a não tornar a Lei obsoleta em pouco tempo.

O Esboço acolheu, também, a idéia de que o Direito Penal, em certas matérias, deve ser necessariamente sancionatório, de modo a estabelecer uma saudável interação entre as esferas administrativa e criminal.

Partindo desse pensamento, o Direito Penal deve emprestar sua sanção a algumas regras de caráter administrativo, sem abusar da técnica das normas penais em branco, nem, muito menos, da constituição de tipos aberto,⁴³ para com isso não violar o princípio da reserva legal, nem transferir a atividade incriminadora do legislador para a administração. Esta é uma das regras do Direito Penal moderno, estando recomendada nas Conclusões do XIII Congresso Internacional de Direito penal (Cairo, 1984).

Os crimes financeiros, como de regra todos os crimes contra a ordem econômica, constituem uma categoria muito especial dentro do Direito Penal. Formam um Direito prático, que não se destina a, como diz Tiedemann, “a servir de instrumento legitimador do Estado social”⁴⁴ e, por isso, o legislador há de preocupar-se com a sua eficácia. Daí porque, no Esboço, evitamos aquelas soluções que, embora sejam dogmaticamente brilhantes, provoquem graves dificuldades de prova, no processo penal.

Foi pensando em facilitar a produção da prova nos processos a serem movidos contra os autores de delitos financeiros, que elaboramos as três linhas-

41. João Marcello de Araújo Júnior, “Os grandes Movimentos de Política Criminal de Nosso Tempo — aspectos”, in *Sistema Penal para o Terceiro Milênio*, Revan, Rio, 1991, 2.ª ed., p. 68.

42. Pierre-Henry Bolle, “La Politique Criminelle Européenne: fusion ou confusion”, in *Cahiers de Défense Sociale*, 1990/1991, p. 199. Raúl Cervini, *Los Procesos de Descriminalización*, Ed. Universidad, Montevideo, 1992, pp. 35 e ss.

43. Sérgio Salomão Shecaira, “A Construção do Tipo Penal”, in *Fascículos de Ciências Penais* 6/124, n. 1, ano 6, jan.-mar./93, citando Merle e Vitu.

44. Klaus Tiedemann, “Apresentação Crítica”, in João Marcello de Araújo Júnior, *Dos crimes contra a ordem econômica*, S. Paulo, RT, 1995, p. 20.

mestras do Esboço: a) a definição de "delitos-obstáculos", com renúncia aos crimes de resultado; b) o abandono do sistema baseado na "impregnação subjetiva do tipo"; e, c) o não emprego de "cláusulas gerais".

Sempre que possível, usamos a técnica do delito obstáculo, com recurso à definição de crimes de perigo. Os crimes de perigo selecionados no Esboço exigem, de regra, para a sua caracterização, o perigo concreto. É recomendável agir assim, por questão de segurança jurídica, pois a presunção do perigo representa, quase sempre, nas palavras do Des. Silva Franco, uma violação a preceitos nucleares do Direito Penal, tais como os princípios do bem jurídico e da legalidade.⁴⁵

Na prática legislativa latina, tem sido comum a exigência do dolo específico para a caracterização do delito. Essa impregnação subjetiva do tipo, entretanto, tem como consequência a impunidade, diante da extraordinária dificuldade de prova da intenção do agente. Infelizmente, em alguns casos, foi impossível deixar de prever elementos subjetivos do tipo, principalmente nas formas qualificadas e em casos de especial aumento da pena. A regra, entretanto, foi a proposição de tipos estritamente objetivos.

A objetividade do tipo, entretanto, não deve chegar ao extremo das formulações amplas e gerais. Isso porque, além de violar o princípio da reserva legal, as chamadas "cláusulas gerais" acabam por se transformar num obstáculo intransponível à capacidade probatória, pois quanto mais geral a cláusula constante da definição típica, mais fluído fica o seu conteúdo. Exemplo disso, que serve por todos, é o conceito de gestão fraudulenta constante da lei atu-

al. Como provar a conduta se não sabemos em que consiste dita conduta?

Vejam, agora, outros aspectos técnicos usados na construção dos tipos definidos no Esboço.

Como acontece em todas as legislações penais, foi inevitável a previsão, no Esboço, de alguns tipos legais de crimes permanentes e habituais.

Tentamos fugir dos tipos de conteúdo variado. Para tanto, preferimos desdobrar em parágrafos as diversas circunstâncias do ilícito. Da mesma forma, salvo em casos excepcionais, não previmos no tipo os chamados elementos normativos e, sempre que isso não foi possível, usamos palavras e expressões já consagradas na legislação atual, para evitar qualquer confusão conceitual.

Como se pode ver na Seção dos Crimes Contra a Segurança dos Negócios Financeiros, abandonamos as velhas condições objetivas de punibilidade, por entendê-las marcadas com a nódoa da responsabilidade objetiva.

Seguindo uma "particular linha de tendência do Direito Penal Econômico",⁴⁶ o Esboço fez uso dos crimes omissivos, porém procurando definir rigorosamente o objeto da proibição.

Cumpramos destacar que mantivemos as regras "topográficas" do Código atual, ou seja, a divisão em Títulos, Capítulos, Seções, artigos, parágrafos, números e letras, com epígrafes e ementas.

Manter a simetria dentro do sistema foi outra das preocupações do Esboço. Com isso, procuramos evitar no intérprete e no aplicador a perplexidade. Assim, por exemplo, a gestão fraudulenta e a temerária receberam o mesmo tratamento tanto no Capítulo dos Crimes Financeiros, quanto no dos Falimentares.

45. Alberto Silva Franco, *Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial*, RT, S. Paulo, 4.^a ed., 1993, p. 29.

46. Franco Bricola, "Elementi di novità e linee di tendenza nella legislazione penale in materia economica", in *Nuove Forme di Criminalità Economica e Finanziaria: Sanzioni e Garanzie*, Il Fisco, Roma/Milano, 1989, p. 25.

res, salvante, é óbvio, as peculiaridades de cada um desses grupos de crimes.

Além disso, a nomenclatura foi harmonizada, tendo por base o texto constitucional. Usamos sempre as mesmas palavras para expressar o mesmo conteúdo. Essa harmonização foi, a um só tempo, homogênea e heterogênea, pois ocorreu tanto dentro do Esboço, quanto em relação à legislação extrapenal.

6. O sistema de penas

Embora no texto do Esboço não tenhamos indicado as penas a serem cominadas, desenhemos um sistema de sanções. Vejamos.

A função de melhora ou de ressocialização, que outrora foi a importante novidade da ciência penal, exigindo longos anos de privação de liberdade para que, nos estabelecimentos sociais terapêuticos, se pudesse operar a transformação do criminoso, hoje, num movimento iniciado nos Estados Unidos e na Escandinávia, nas palavras de Palazzo,⁴⁷ “viu desaparecer as suas certezas e esfumar-se o seu entusiasmo, tanto no terreno dos princípios quanto no da aplicação prática”. Era o fim da ideologia do tratamento com seu mito medido.

Hoje a preocupação científica não está mais centrada na ressocialização forçada do homem criminoso, mas sim em evitar a sua “dessocialização”. São tantos os efeitos perversos das penas privativas de liberdade e dos sistemas penitenciários, que a política criminal moderna recomenda um amplo programa de descriminalização e de despenalização, para minimizá-los.⁴⁸

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

48. João Marcello de Araújo Junior, “Los Grandes Movimientos Actuales de Política Criminal”, in *Revista de Derecho Penal* 8/11 e ss., Montevideu, 1988.

A função de garantia, que se caracteriza pelo efeito de contenção do impulso criminoso exercido pela pena sobre os autores socialmente integrados, por sua vez deixou de exigir para sua eficácia, o emprego de penas longas. A condição de indivíduos socialmente integrados dos autores de certas classes de delitos recomenda a utilização de penas de menor duração conexas, como ensinava Zipf⁴⁹ a “um breve processo penal escassamente traumatizante”. Isso deverá ocorrer, especialmente em matéria de Direito Penal Econômico, do Trânsito e do Meio Ambiente. No mesmo sentido da lição do ex-professor de Salzburg⁵⁰ são os ensinamentos de Jescheck,⁵¹ para quem, nessas áreas da criminalidade, as penas de curta duração serão eficazes, em razão do seu forte efeito intimidativo sobre pessoas socialmente integradas.

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

As tendências do pensamento criminal do nosso tempo, no terreno de que

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

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

51. Hans-Heinrich Jescheck, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, II/1.066, Barcelona, Bosch, 1981.

estamos nos ocupando, podem ser assim resumidas: em primeiro lugar é generalizada a descrença na capacidade do sistema de justiça penal eliminar a criminalidade⁵² pois, acredita-se que o sistema penal possua eficácia muito pequena, como instância formal de controle social. Em segundo lugar, embora a pena continue a ser aquele processo de diálogo a que se refere o ilustre Ariel Dotti,⁵³ não mais se confia no seu efeito ressocializador forçado. Em terceiro lugar, as investigações atuais demonstraram a inutilidade dos movimentos de lei e ordem, que preconizam a intimidação exercida através da ameaça penal violenta, na qual aparecem como carro-chefe as penas privativas de liberdade de longa duração. Por último, entende-se que o Direito Penal não é o único, nem muito menos o melhor instrumento de combate à criminalidade, devendo, face ao custo social da sua execução, ser a *ultima ratio* do sistema de defesa social.⁵⁴

A decisiva tendência do momento atual é no sentido de tornar o sistema penal menos cruel, uma vez que estamos convencidos de que, num Estado Democrático de Direito o efeito esperado com a imposição de penas deve ser alcançado com o menor sacrifício possível para os indivíduos. O custo do sofrimento do homem, com a perda de

sua liberdade, é extremamente alto, devendo, por isso, tanto quanto possível, ser evitado ou minorado.

Essas concepções acerca das funções da pena podem ser aplicadas aos crimes contra o sistema financeiro.

A legislação penal financeira vigente ignorou toda a elaboração doutrinária até aqui exposta. A lei assumiu uma posição puramente retributiva, voltada para a prevenção geral por intermédio das penas privativas de liberdade de longa duração. Tanto é assim, que as penas cominadas são severíssimas.⁵⁵

Para visualizarmos o que acabamos de dizer, cumpre lembrar que a menor pena cominada na Lei 7.492/86 varia de 1 a 4 anos e a mais grave, prevista para o crime de gestão fraudulenta, é de reclusão de 3 a 12 anos.

A falta de ajustamento da lei ao pensamento do seu tempo conduz inexoravelmente à sua não-aplicação e, conseqüentemente, à impunidade.⁵⁶ Para que as leis penais sejam eficazes é indispensável que, além de expressarem o pensamento da época, correspondam a uma real necessidade punitiva em relação aos

52. Inkeri Anttila, "La ideologia del control del delito en Escandinavia, tendencias actuales", in *Cuadernos de Política Criminal*, 28/145, Madrid, 1986.

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

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

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

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

seus violadores.⁵⁷ A pena cominada deve atender à proteção do bem jurídico, à justa retribuição pela conduta depravada do autor e à sua necessidade de ressocialização. Examinaremos rapidamente este último aspecto.

Já em 1940, Sutherland⁵⁸ indigitava a existência de crimes que eram cometidos por “pessoas de consideração e elevado *status* social na esfera de sua profissão”. A esse tipo de autor denominou “criminoso do colarinho branco”.

Senão todos, pelo menos a grande maioria dos crimes financeiros são praticados por indivíduos que, em razão de seus negócios possuem uma especial habilidade no trato da sempre crescente complexidade da vida econômica. Os autores de delitos econômicos são homens que, em geral, pertencem às classes sociais mais poderosas, que desfrutam de boa estima pública, que exercem atividades reputadas importantes e, como lembra Fernandez Albor,⁵⁹ quase sempre não consideram suas condutas como

criminosas, mas, sim, como “simples negócios”. São pessoas socialmente ajustadas, que possuem aquela “... especial destreza para os negócios...” a que se referiu Lampe⁶⁰ e, por isso, aproveitam-se das disfunções do sistema econômico para obter lucros extraordinários, pondo em risco a confiança e a segurança da ordem econômica.⁶¹

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

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

A seriedade da resposta social ao delito financeiro, entretanto, não deve se expressar através de penas privativas de liberdade de longa duração, pois a experiência da lei atual revelou que elas não funcionam.

Para homens socialmente ajustados, que desprezam arrogantemente a ordem

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

58. Edwin H. Sutherland, “The White-collar Criminal”, in *American Sociological Review*, 1940, (idem.) *White-Collar Crime*, Nova York, 1949. A versão original do livro de Sutherland, que em sua primeira edição foi censurada pelo editor e pela Universidade de Indiana, foi publicada em 1983, por Gilber Gies e Collin Goff. Sobre o pouco conhecido episódio da censura, v. Marino Barbero Santos na apresentação da obra coletiva *La Reforma Penal: delito socioeconómicos*, Universidad de Madrid, Madrid, 1985, p. 15

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

60. Ernest-Joachim Lampe, “La protección jurídico-penal de la competencia económica en el Anteproyecto de Código Penal español de 1983”, in Barbero Santos, Ed., *La Reforma Penal: Delitos socioeconómicos*, Universidad de Madrid, Madrid, 1985, p. 365.

61. Günter Kaiser, “La criminalidad económica y la forma de combatirla”, in Barbero Santos Ed., *La reforma Penal: Delitos socioeconómicos*, Universidad de Madrid, Madrid, 1985, p. 175.

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

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

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

Por isso, estamos sugerindo a adoção de um sistema punitivo especial.

Como ensina Tiedemann,⁶² de um ponto de vista metodológico, as sanções para os delitos econômicos, segundo os diversos sistemas jurídicos existentes, podem ser sintetizados em dois grupos.

No primeiro grupo, ao qual pertence a Alemanha, as penas aplicáveis aos delitos econômicos são quase exclusivamente privativas de liberdade, além da multa. A prisão, executada em regime fechado é reservada para os delitos mais graves. No segundo grupo, no qual se

destaca a legislação dos Estados Unidos, existe um conjunto de medidas repressivas, sobressaindo a pena privativa de liberdade de curta duração, executada em regime fechado, sem direito a *sursis*, para os casos mais graves. Trata-se do sistema dos "3 S", ou seja, o do *Short, Sharp, Shock*.

Sugerimos a adoção deste último sistema que, além de nos Estados Unidos, vigora no Japão, em diversos países da Europa e é recomendado pelo Conselho da Europa.⁶³

Aos crimes econômicos deverão ser impostas penas privativas de liberdade de curta duração, porém inexoráveis. Em relação a elas não será admitida a substituição pela multa ou pelas penas restritivas de direitos, bem como não será tolerado o benefício da suspensão condicional. Nos casos graves a execução será em regime fechado, sem direito a remição e o livramento condicional somente poderá ser concedido depois de cumpridas duas terças partes da pena. Paralelamente a isso, deverão ser cominadas pesadas penas pecuniárias,⁶⁴ além de um rigoroso sistema de interdição de direitos e outras medidas de

63. Recomendação (81) 12, III, 3.

64. Marcos Juruena Villela Souto, "Crimes de Abuso de Poder Econômico"; in *Fascículos de Ciências Penais* 6/76, n. 1, jan.-mar./93, afirma que os crimes do colarinho branco são capazes de produzir tão elevados ganhos econômicos que a simples prisão não é suficiente para inibir a sua realização, já que, cumprida a pena, o criminoso poderá usufruir de todas as vantagens da prática delituosa. Florent Grégoire, "Criminologie de l'acte et économie du crime: une réflexion à propos de quelques concepts clés" in *Revue Internationale de Sciences Criminelles* 1-2/47, 1993, CISCIP, entende que a decisão de delinquir decorre da crença na otimização da esperança matemática da relação existente entre a vantagem decorrente do crime e as probabilidades de condenação ou impunidade.

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

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

Essa é a orientação da doutrina mais moderna. Marc Ancel, poucos anos antes de sua morte,⁶⁵ recomendava as penas privativas de liberdade inexoráveis de curta duração.⁶⁶ Também Jescheck, um dos nomes mais conceituados no cenário penal internacional, assim se expressa: “o sistema penal não pode prescindir da pena privativa de liberdade de curta duração. Esse tipo de pena pode ser

eficaz na criminalidade do trânsito e na contra a economia, por sua grande força intimidativa contra pessoas socialmente integradas”.⁶⁷ Tiedemann está também entusiasmado com essa idéia.⁶⁸

Devemos destacar ainda, que em relação aos autores de delitos financeiros não há que se temer o efeito desagregador da prisão. Tratando-se, como se trata, de indivíduos socialmente integrados e oriundos de classe social hegemônica, o perigo da “contaminação carcerária” é muito remoto. Pelo mesmo motivo, não se justifica, em relação a tais indivíduos, a imposição de longas penas, isso porque eles não necessitam de especial tratamento ressocializador. Além disso, existe uma outra razão de ordem pragmática: os tribunais não condenam os criminosos econômicos a penas longas e isso não ocorre somente no Brasil.⁶⁹

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

65. Marc Ancel nasceu no sudoeste da França em 14.7.02, tendo estudado em Paris. Tentado entre a literatura e o Direito, decidiu-se por este, ingressando na carreira da Magistratura, após brilhante concurso. Chegou às culminâncias do Poder Judiciário, aposentando-se como Presidente da 1.ª Câm. Civ. da Corte de Cassação. Destacou-se, também, no campo do Direito Comparado. Foi membro do Instituto de França (Academia de Ciências Morais e Políticas), da Academia de Moscou e Presidente da Sociedade Internacional de Defesa Social. Faleceu no dia 4.9.90. A notícia de sua morte abalou profundamente a quantos a receberam em Cuba, enquanto participavam do 8.º Congresso das Nações Unidas para a Prevenção do Delito e o Tratamento do Delinqüente. O Brasil foi o primeiro país do mundo a render homenagem à memória de Marc Ancel, dando o seu nome ao Colóquio Internacional realizado de 29.9 a 2.10.90, na Ilha de Itacuruçá, Rio de Janeiro, do qual resultou o livro *Sistema Penal para o Terceiro Milênio*.

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

67. Hans-Heirich Jescheck, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, II/1.066, Bosch, Barcelona, 1981.

68. Klaus Tiedemann, “Tendences mondiales d’introduction de sanctions nouvelles pour les crimes en col blanc”, in João Marcello de Araújo Júnior (org.), *Sistema Penal para o Terceiro Milênio*, Revan, Rio, 2.ª ed., 1992, p. 139.

69. Klaus Tiedemann, “Tendences mondiales d’introduction de sanctions nouvelles pour le crimes en col blanc”, in João Marcello de Araújo Júnior (org.) *Sistema Penal para o Terceiro Milênio*, Revan, Rio, 1992, p. 137, afirma que tradicionalmente os Tribunais penais são indulgentes com os criminosos econômicos.

têm como objeto a atividade econômica e que afetam a interesses difusos ou coletivos, ou seja, correspondentes a necessidades reais de amplos estratos da população geralmente privados de proteção por sua natureza antagônica ao poder econômico dominante".⁷⁰

Estas as características do Esboço no Capítulo dos Crimes Contra o Sistema Financeiro, que Tiedemann considerou um "Anteprojeto digno de interesse dos juristas e de discussão mundial"⁷¹ e Cervini viu nele "um sólido e unitário corpo de doutrina, útil a todos os membros da comunidade jurídica preocupados com o estudo e a aplicação das normas penais econômicas, seja no Brasil, seja em qualquer outro País".⁷²

Segue-se o texto do Esboço, no que se refere aos crimes financeiros.

DOS CRIMES CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO

Seção I — Dos crimes contra a organização do sistema financeiro

Instituição financeira clandestina

Art. — Exercer ou explorar, sem autorização da autoridade competente, atividade ou serviço privativo de instituição financeira:

Pena:...

Administração indevida

Art. — Exercer, de fato ou de direito, atividade de empresário financeiro, controlador, administrador ou membro de conselho de

instituição financeira ou companhia aberta estando proibido, impedido ou inabilitado para tal, por força de lei, regulamento, sentença ou decisão administrativa:

Pena:...

Simulação de controle

Art. — Figurar como empresário financeiro, controlador, administrador ou membro de conselho de instituição financeira ou companhia aberta, para ocultar quem estava proibido, impedido ou inabilitado para tal, por força de lei, regulamento, sentença ou decisão administrativa:

Penal:

Liquidação forçada ilegal

Art. — Decretar, contra expressa disposição legal, a liquidação forçada de instituição financeira:

Pena:...

Seção II — Dos crimes contra a regularidade dos instrumentos financeiros

Emissão irregular de valor mobiliário ou título de responsabilidade de instituição financeira.

Art. — Emitir qualquer título ou valor mobiliário que possa ser criado, aceito ou garantido por instituição financeira, ou companhia aberta, sem satisfazer a todos os requisitos legais e regulamentares necessários à sua criação ou emissão:

Pena:...

Parágrafo único — Nas mesmas penas incorre quem celebra qualquer negócio jurídico tendo por objeto, título de responsabilidade de instituição financeira ou valor mobiliário criado ou emitido nas condições deste artigo.

Distribuição clandestina

Art. — Distribuir no mercado, sem prévio registro no órgão competente, valor mobiliário de emissão pública:

Pena:...

Parágrafo único — Nas mesmas penas incorre quem distribui no mercado valor mobiliário de emissão pública, em condições ou quantidade diversas das constantes do registro no órgão competente.

Simulação de propriedade ou posse

Art. — Figurar como proprietário ou possuidor de título de responsabilidade de instituição financeira ou valor mobiliário, com o fim de ocultar o verdadeiro titular:

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

71. Klaus Tiedemann, "Apresentação Crítica", in João Marcello de Araújo Júnior, *Dos Crimes contra a ordem econômica*, S. Paulo, RT, 1995, p. 18.

72. Raúl Cervini, "Prólogo", in João Marcello de Araújo Júnior, *Dos crimes contra a ordem econômica*, S. Paulo, RT, 1995, p. 28.

Pena:...

Parágrafo único — Nas mesmas penas incorre o verdadeiro proprietário ou possuidor do título de responsabilidade de instituição financeira ou valor mobiliário a que se refere este artigo.

Seção III — Dos crimes contra a confiança no sistema financeiro

Falsidade de comunidade pública

Art. — Divulgar, em prospecto ou em qualquer outra comunicação pública de divulgação de título de responsabilidade de instituição financeira ou valor mobiliário, informação falsa ou omitir aquela que dele deveria constar:

Pena:...

Condições artificiais de mercado

Art. — Divulgar notícia falsa, ou fato verdadeiro truncado ou deturpado, com o fim de criar condições artificiais de oferta, demanda, preço ou cotação de título de responsabilidade de instituição financeira, valor mobiliário ou moeda:

Pena:...

Pânico financeiro

Art. — Divulgar notícia falsa ou fato verdadeiro truncado ou deturpado, com o fim de obter indevida vantagem para si ou para outrem, ou para satisfazer interesse ou sentimento pessoal, capaz de por em risco a confiança no sistema financeiro ou abalar o crédito de instituição financeira ou companhia aberta:

Pena:...

Informação privilegiada

Art. — Obter ou tentar obter, para si ou para outrem, qualquer vantagem, valendo-se de informação que ainda não tenha sido divulgada para conhecimento público e capaz de influir nas condições de oferta, demanda, preço ou cotação de título de responsabilidade de instituição financeira, valor mobiliário ou moeda, conseguida em razão do exercício de cargo ou função pública, ou na condição de empresário financeiro, controlador, administrador, membro de conselho ou órgão técnico, auditor, acionista, sócio, procurador, auditor independente ou empregado de instituição financeira ou companhia aberta:

Pena:...

Omissão de dever de informação

Art. — Deixar de prestar aos órgãos competentes da administração pública, ou prestá-la falsa ou incompleta, informação a que a

instituição financeira ou companhia aberta estava obrigada por força de lei, regulamento, sentença ou decisão administrativa:

Pena:...

Simulação de negócio

Art. — Participar de negócio simulado tendo por objeto título de responsabilidade de instituição financeira, valor mobiliário ou moeda, com o fim de criar condições artificiais de oferta, demanda, preço ou cotação de título de responsabilidade de instituição financeira, valor mobiliário ou moeda ou para encobrir a real origem do dinheiro ou qualquer outro bem ou valor:

Pena:...

Parágrafo único — Nas mesmas penas incorre quem, conhecendo a simulação, participa de qualquer atividade de intermediação necessária à execução do negócio simulado.

Fraude em proposta de operação de crédito

Art. — Propor ou solicitar operação de crédito, ativa ou passiva, a instituição financeira, falseando a verdade sobre qualquer condição exigida para sua concessão ou omitindo aquela que levaria ao indeferimento:

Pena:...

Parágrafo único — Nas mesmas penas incorre quem, conhecendo a falsidade, autoriza ou contrata a operação de crédito nas condições deste artigo.

Defraudação de operação de crédito

Art. — Defraudar operação de crédito com instituição financeira, desviando ou aplicando, em finalidade diversa daquela para a qual foram concedidos, os recursos mutuados:

Pena:...

Fraude em pedido de subvenção

Art. — Propor ou solicitar financiamento, transferência, subvenção ou incentivo a órgão da administração pública direta ou indireta, ou a organismo sob seu controle direto ou indireto, falseando a verdade sobre qualquer condição exigida para a concessão, ou omitindo aquela que levaria ao indeferimento:

Pena:...

§ 1.º — Nas mesmas penas incorre quem, conhecendo a falsidade, defere, autoriza ou contrata o financiamento, transferência, subvenção ou incentivo nas condições deste artigo, se o fato não constitui crime mais grave.

Forma qualificada

§ 2.º — Se o beneficiário utiliza os recursos obtidos em razão da proposta ou solicitação a que se refere este artigo:

Pena:...

Defraudação de subvenção

Art. — Defraudar financiamento, transferência, subvenção ou incentivo obtido de órgão da administração pública direta ou indireta, ou de organismos sob seu controle direto ou indireto, desviando ou aplicando, em finalidade diversa daquela para a qual foram concedidos os recursos recebidos:

Pena:...

Violação de sigilo

Art. — Divulgar indevidamente informação relativa a instituição financeira ou a seus negócios, ou a companhia aberta, da qual tomou conhecimento em razão de cargo, função, emprego, officio, ministério ou profissão, e que, por força de lei, regulamento ou norma interna, deva permanecer em sigilo:

Pena:...

Lavagem de dinheiro

Art. — Prestar qualquer serviço financeiro destinado a encobrir a real origem de dinheiro ou de qualquer outro bem ou valor:

Pena:...

Parágrafo único — Nas mesmas penas incorre quem se beneficia do serviço financeiro prestado nas condições deste artigo.

Seção IV — Dos crimes contra a segurança dos negócios financeiros

Balanço fraudulento

Art. — Elaborar, subscrever, apresentar à assembléia geral ou fazer publicar balanço ou qualquer outra demonstração financeira de instituição financeira ou companhia aberta, material ou ideologicamente falso:

Pena:...

Parágrafo único — Nas mesmas penas incorre quem, conhecendo a falsidade, concorre para a aprovação ou publicação do balanço ou demonstração financeira de que trata este artigo.

Operação com pessoa proibida

Art. — Aprovar ou autorizar operação financeira com pessoa que está proibida, impedida, ou inabilitada para tal, por força de lei, regulamento, sentença ou decisão administrativa:

Pena:...

Abuso de gestão

Art. — Abusar da condição de empresário financeiro, controlador ou administrador, celebrando negócio jurídico ou praticando

qualquer ato, contrário aos objetivos ou interesses de instituição financeira ou companhia aberta, capaz de causar dano ou prejuízo à instituição financeira ou companhia aberta, a acionista, sócio ou terceiros interessados:

Pena:...

Subordinação de operação

Art. — Subordinar a contratação ou prestação de serviço financeiro à aquisição ou contratação de outro, a ser prestado por instituição financeira ou por empresa integrante do mesmo grupo, ou à compra ou subscrição de título de responsabilidade de instituição financeira de valor mobiliário:

Pena:...

Operação de pura especulação

Art. — Contratar a venda de título de responsabilidade de instituição financeira ou de valor mobiliário, com a declaração de ficar em poder do vendedor, custodiado em nome do comprador, o certificado objeto da venda se, ao tempo da contratação, a instituição financeira não tinha a propriedade do título ou valor mobiliário vendido:

Pena:...

Gestão temerária

Art. — Expor instituição financeira ao perigo de liquidação forçada, mediante a prática de qualquer dos seguintes atos de gestão temerária:

I — realizar operação, ativa ou passiva, arriscada, de pura especulação ou de mero favor de que resulte perda elevada;

II — aprovar políticas ou operações, ativas ou passivas, que violem normas legais ou regulamentares sobre diversificação de riscos, limites operacionais e de imobilização, ou que sejam reputadas, segundo a boa técnica bancária e os usos e costumes na administração dos serviços financeiros, imprudentes ou perigosas;

III — contratar operação de crédito sem avaliar o risco do negócio, ou sem exigir as garantias prescritas em lei ou regulamento, ou pela boa técnica dos serviços financeiros;

IV — realizar despesas gerais ou imobilizações excessivas em relação à escala e ao resultado operacional da entidade financeira;

V — pagar juros notoriamente superiores aos praticados no mercado ou empregar qualquer outro meio ruinoso, para obter recursos e retardar a decretação da liquidação forçada;

VI — prosseguir na exploração deficitária da entidade financeira, quando inevitável a liquidação forçada;

VII — praticar qualquer outro expediente temerário do qual possa resultar prejuízo para a instituição financeira, seus acionistas, sócios ou credores:

Pena:...

Forma qualificada

Parágrafo único — Sobrevindo a liquidação forçada da instituição financeira, em razão da gestão temerária:

Pena:...

Gestão fraudulenta

Art. — Expor instituição financeira ao perigo de liquidação forçada, mediante a prática de qualquer dos seguintes atos de gestão fraudulenta:

I — desviar bem, pela compra em nome de terceiro;

II — simular despesa, dívida ativa ou passiva, ou perda;

III — fraudar execução, em curso ou de início previsível, destruindo, inutilizando ou deteriorando bem, ou praticando qualquer negócio jurídico, capaz de gerar obrigação, ou que importe em alienação patrimonial;

IV — empregar expediente fraudulento, do qual possa resultar prejuízo para a instituição financeira, seus acionistas, sócios ou credores, com o fim de criar indevida vantagem, para si ou para outrem:

Pena:...

Forma qualificada

Parágrafo único — Sobrevindo a liquidação forçada da instituição financeira, em razão da gestão fraudulenta:

Pena:...

Desvio de bens de massa liquidanda

Art. — Desviar ou ocultar bem de massa liquidanda de instituição financeira:

Pena:...

Atividade de terceiro

Art. — Figurar como proprietário ou possuidor de bem desviado de entidade financeira, receber crédito em detrimento de outro credor, ou participar de ato simulado de que possa resultar prejuízo para a entidade financeira ou seus credores:

Pena:...

Sonegação de informação ou documento

Art. — Deixar o ex-administrador de instituição financeira de apresentar ao interventor, liquidante ou síndico, nos prazos e condições estabelecidos em lei, as informações, declarações ou documentos de que tenha a posse ou disposição:

Pena:...

Declaração de crédito falsa

Art. — Fazer afirmação falsa em habilitação, declaração, retificação ou impugnação de crédito ou pedido de restituição do bem, liquidação forçada de instituição financeira:

Pena:...

Parágrafo único — Nas mesmas penas incorre quem reconhece, como verdadeiro, crédito que sabia falso.

Defraudação de bens indisponíveis

Art. — Defraudar a indisponibilidade legal de bens, resultante de intervenção, liquidação ou falência de instituição financeira:

Pena:...

SOBRE A IMPUNIDADE DA MACRO-DELINQUÊNCIA ECONÔMICA DESDE A PERSPECTIVA CRIMINOLÓGICA DA TEORIA DA APRENDIZAGEM

LUIZ FLÁVIO GOMES

Juiz de Direito em São Paulo. Mestre em Direito Penal pela USP

1. A impunidade da macro-delinquência econômica e seus fatores — 2. Ineficácia e deslegitimação do atual sistema penal frente à macro-delinquência econômica — 3. Controle penal da macro-criminalidade econômica: 3.1 O perigo pendular representado pela repressão a todo custo; 3.2 Desconsideração do desvalor do "status" social do autor para o efeito da imputação penal; 3.3 Revisão crítica do princípio "societas delinquere non potest"; 3.4 Redimensionamento da resposta estatal frente às pessoas físicas — 4. Rumo a um Direito Penal criminalmente preventivo e socialmente útil.

1. A impunidade da macro-delinquência econômica e seus fatores

a) É tarefa quase impossível tentar enumerar todos os fatores que concorrem para a impunidade da macro-delinquência econômica (também conhecida, desde Sutherland, como criminalidade do colarinho branco). Entendemos por macro-delinquência econômica a que envolve delitos econômicos, financeiros, tributários, ecológicos, fraudulentos etc. que causam graves danos sociais, a vítimas difusas. Apoiando-nos na doutrina dos penalistas espanhóis García-Pablos de Molina (1984, pp. 177 e ss.) e Bajo Fernández (1990, pp. 400 e ss.), poderíamos, sem a pretensão de esgotar a enumeração, mencionar os seguintes fatores que concorrem para a impunidade da (macro) delinquência econômica: 1) a complexidade do mundo organizacional e operacional de hoje, que está internacionalizado, e que confere, *prima facie*, "uma aparência de licitude dos fatos"; 2) o deliberado anonimato e

distanciamento entre o autor e a vítima, o que se consegue facilmente por meio de uma pessoa jurídica; 3) a reação social débil, é dizer, tais delitos não são ostensivos, como os clássicos (roubo, estupro, homicídio etc) e, assim, a escassa *crime appeal* ou visibilidade bem como a pouca carga de "afetividade" dificultam sua persecução; 4) a imagem extremamente favorável do autor, que geralmente tem prestígio, honorabilidade e influências e, ademais, tem a vantagem de que sua imagem está longe daquela lombrosiana, que é a que o público reconhece facilmente; 5) a organização para cometer a infração não é ostensiva, visível, pelo contrário, geralmente o principal beneficiado não toma parte formalmente da decisão criminosa, que é tomada por outras pessoas de hierarquia inferior na empresa; 6) a particular "psicologia da vítima" destes graves delitos, geralmente indefesa, temerosa do poder da corporação e totalmente incrédula a respeito da eficácia da Administração da Justiça etc.

b) Particularmente eficazes quando se trata de um autor com alto *status* e muito especialmente de delito macro-econômico, são as técnicas de “neutralização” e “justificação”, que são aprendidas do mesmo modo como se aprende a praticar a infração (as teorias da aprendizagem, destarte, tanto explicam a prática de alguns crimes, como a justificação de outros). Na forma mais sofisticada, constituem tais técnicas “no conjunto de estratégias que desencadeiam os forjadores da opinião pública dirigidas a ocultar, dissimular ou justificar certos comportamentos delitivos de forma sutil e sofisticada, em geral através de uma manipulação da imagem ou da linguagem, por meio dos poderosos meios de comunicação de massas” (García-Pablos de Molina, 1984, pp. 147 e ss.). Com o objetivo de conseguir uma opinião favorável do público apela-se “aos baixos níveis éticos imperantes no mundo dos negócios (‘moral de fronteira’), aos antecedentes biográficos do autor, à mera irregularidade formal — não criminal da conduta (*mala quia prohibita, non prohibita quia mala*), às presumíveis consequências catastróficas para a economia (nacional, regional ou local) ou para a própria vítima, derivadas da denúncia e eventual castigo dos fatos (como ‘perda de postos de trabalho’, ‘fechamento da empresa’ etc.), ou à suposta necessidade de assumir riscos empresariais para criar riqueza etc.... Deste modo se orienta e se mediatiza a própria reação social, bem como a atuação dos seus mecanismos e instâncias de controle, muito sensíveis a tal influência... É comum, de outro lado, que a infração seja apresentada como ‘uma prática normal e generalizada’, ou que está de acordo com a ‘moral de fronteira’ ou com os níveis éticos do mundo dos negócios ou, ainda, com a moral do êxito de nossa sociedade, ou que o infrator seja apresentado como {um criador de riqueza e de empregos’

etc. (García-Pablos de Molina, 1984, pp. 179-186). Ademais, de acordo com Sykes e Matza, mais além de buscar a exclusão da responsabilidade, a negação da ilicitude, a negação da própria vítima, ainda é possível que se procure desqualificar quem deve julgar o caso ou que se apele a valores éticos superiores (citados por García-Pablos de Molina, 1984, pp. 147-149).

c) Outro fator que contribui em grande medida para garantir a impunidade da macro-criminalidade (ou crime do colarinho branco) consiste em desviar a atenção da opinião pública para a delinquência “convencional”, sobretudo a violenta, que é a “única”, dizem, perigosa para a paz, segurança e prosperidade da nação. Forja-se, assim, uma imagem, muitas vezes deformada e interessada, do “delito” e do “delinquente”, “em cujo retrato robô não encaixa, obviamente, o delinquente de colarinho branco” (García-Pablos de Molina, 1984, p. 186). Cabe ainda considerar a deficiente regulação jurídica da macro-criminalidade. Há deficiências legislativas em todos os setores, é dizer, civil, administrativo, mercantil, processual mas, sobretudo, penal (García-Pablos de Molina, 1984, p. 188). A técnica utilizada pela legislação muitas vezes é deplorável (Muñoz Conde, 1982, p. 107), a tipificação não é tão evidente, o bem jurídico é complexo (Molina García, 1983, p. 48) e é “difícil propor novas disposições penais nesta matéria, tendo em vista que não é raro que poderosos grupos de interesses estejam em condições de obstruir a criação de novas normas penais (v. Tiedmann, 1983, p. 177).

d) Também contribui para a impunidade da macro-delinquência o fato de os Códigos Penais, sobretudo os do século passado, estarem inspirados em uma ideologia de proteção dos interesses econômicos da classe dominante (de esquerda ou de direita, como veremos),

não na proteção dos interesses sociais (ecologia por exemplo), que frequentemente estão em conflito com os interesses do mundo empresarial. Isso explica, em parte, a carga punitiva que recai sobre as classes subalternas, assim como a ineficaz criminalização dos setores com interesses preponderantes, seja em nível de seleção primária (legislativa), seja na secundária (Tribunais, Juízes, Promotores, Polícia etc.). (Muñoz Conde, 1982, p. 111).

e) Explica, ademais, porque paradoxalmente os novos projetos de Código Penal tipificam os delitos macro-econômicos de forma bastante branda (Muñoz Conde, 1982, p. 119). As dificuldades de entendimento da prova e a falta de uma coordenação internacional (v. Bajo Fernández, 1990, p. 401), a falta de estrutura material, humana e especializada da Administração da Justiça (v. El País de 6.4.91, p. 15), assim como o princípio *societas delinquere non potest* (Bajo Fernandez, 1990, p. 407; v. também Zugaldía Espinar, 1980, pp. 70 e ss.), são outros fatores da impunidade aqui tratada.

f) Para o Magistrado e filósofo italiano Luigi Ferrajoli, no entanto, a ineficácia dos poderes públicos na luta contra os delitos de colarinho branco se deve a um fator mais profundo, é dizer, “a um forte entrelaçamento entre a política e a criminalidade. Existe uma corrupção sistemática, quase estrutural do sistema político, ele enfatiza. Ademais, alguns setores da delinquência estão muito protegidos e a criminalidade organizada está escassamente perseguida. Não é um problema específico da Itália, ainda que lá tem forte presença. De outro lado, a Justiça é dura com os pequenos delinquentes porque é mais fácil para a Magistratura proceder contra eles que se situar contra os poderes fortes” (v. El País de 27.11.90, p. 28). Poderíamos ainda destacar como fator da impunidade da

macro-delinquência “a falta de uma decidida vontade política dos poderes públicos para prevenir, controlar e reprimir, com eficácia, esta criminalidade” (García-Pablos de Molina, 1984, pp. 193-194). E nesta falta de vontade incidiria, muitas vezes inconscientemente, inclusive o Poder Judiciário (v. Gonzado Martinez-Fresneda em El País de 28.2.90, p. 18).

g) Para encerrar essa interminável lista, cabe ainda fazer uma referência, ainda que muito rápida, à falta de independência dos órgãos encarregados de reprimir a criminalidade. Com efeito, a Polícia Judiciária está organicamente vinculada ao Poder Executivo, o Ministério Público em muitos países ainda está longe de ser mais que representante do governo e o Poder Judiciário ainda não conquistou sua independência total, principalmente a econômica e financeira. Em suma, o *Poder Jurídico*, neste final de segundo milênio, ainda é, apesar dos avanços constitucionais, o grande ausente da cena macro-econômica, desequilibradamente dominada pelo *Poder Político*.

2. Ineficácia e deslegitimação do atual sistema penal frente à macro-delinquência econômica

a) O “sistema” penal (v. sobre a crítica à expressão “sistema” Zaffaroni, 1990, p. 114) há tempos está em crise. Porém, agora, depois dos anos 70, a criminologia moderna demonstrou que existe algo mais que uma crise. Expôs sua irrefutável incapacidade operacional, é dizer, o que está programado para ingressar em seu controle é infinitamente superior à sua capacidade operacional (basta lembrar que se todos os autores de furto, roubo, estupro, tráfico de drogas, lesões, falsidades, ameaças, delitos de trânsito, corrupção, evasão de divisas, sonegação e defraudação fossem processados, quase que a popula-

ção inteira se veria afetada). Ao mesmo tempo, os estudos criminológicos comprovaram que a seletividade (inseparável inclusive de sua incapacidade operacional), a corrupção institucional, a reprodução da violência e a lentidão “não são características conjunturais, senão estruturais do exercício do poder de todos os sistemas penais” (v. Zaffaroni, 1990, p. 6). Talvez já não seja correto falar em “crise”, que pressupõe algo transitório, suscetível de emenda, a situação é, conforme o penalista argentino Zaffaroni, de verdadeira deslegitimação (1990, pp. 7 e ss.) ou fracasso (ao menos no que pertine à macro-delinquência, tal conclusão parece-nos incontestável). O Direito (sobretudo o Penal) encontra-se, por isso mesmo, em descrédito, está desprestigiado. Daí concluir Zaffaroni que o atual discurso penal é, portanto, irracional, porque lhe falta “coerência interna” e “o valor de verdade enquanto à operatividade social” (1990, pp. 7 e ss.).

b) Sua falta de coerência interna se faz perceptível quando se constata que o sistema penal ainda hoje continua valorando excessivamente alguns bens jurídicos que já não têm a importância que tiveram em seu dia (refiro-me especialmente aos delitos patrimoniais sem violência) e, de outro lado, deixa de tipificar condutas de suma importância na atual sociedade (como, por exemplo, o uso de informações privilegiadas etc.). Porém, é no tocante à sua operatividade social onde radica seu mais alto descrédito; a ineficácia do sistema penal e sua inerente seletividade produz, inevitavelmente, um alto índice de “cifra negra”, que é a relação entre a criminalidade real e a registrada oficialmente (Hassemer/Muñoz Conde, 1989, pp. 46 e ss.), é dizer, são poucos os casos que chegam ao conhecimento da Administração de Justiça (e quando chegam, todos sabemos, há uma lentidão indescritível até a sentença final).

c) De outra parte, todos sabemos que “as possibilidades de entrar na cifra negra dependem da classe social a que faz parte o delinquente” (v. Hassemer/Muñoz Conde, 1989, p. 47). Os delitos macro-econômicos são praticados frequentemente por pessoas de classe social alta, por isso não é estranho que nessa delinquência haja uma taxa muito grande de “cifra negra”, é dizer, de impunidade. É evidente que esta impunidade constitui um dos sinais mais claros de deslegitimação e de fracasso da atual Administração de Justiça que, teoricamente, está obrigada a respeitar o princípio da legalidade, a tratar todos conforme o princípio da igualdade e atuar com justiça. Aos que sustentam o “efeito preventivo da ignorância”, que desempenharia uma função social positiva e estabilizadora no controle penal, dando-lhe a impressão de respeito e capacidade para a solução de conflitos, cabe responder que a ignorância da criminalidade real é incompatível com o princípio da legalidade processual (v. Zaffaroni, 1990, p. 16) e é, ademais, um produto do deplorável funcionamento do sistema penal (Hassemer/Muñoz Conde, 1989, p. 48).

d) Desde o ponto de vista teórico, com importância mais capital que as construções marxistas, foram “as investigações interacionistas e fenomenológicas que constituíram o golpe deslegitimamente mais forte que recebeu o exercício do poder do sistema penal e do qual já não poderá repor o discurso jurídico penal, a não ser fechando-se hermeticamente a todo dado da realidade, por mínimo que seja, é dizer, estruturando-se como um delírio social” (Zaffaroni, 1990, p. 36). As teorias interacionistas, preocupando-se mais com o “etiquetamento” que com a conduta mesma, e diferentemente da criminologia tradicional, que estudou somente o delinquente e sua conduta (García-Pablos de Molina, 1984, pp. 79 e ss.) dirigiram

sua atenção às instâncias definidoras da conduta criminal, tanto informais (sociedade) como formais (Juiz, Promotor, Polícia etc.) (García-Pablos de Molina, 1988, p. 104-107). Dentre elas, a teoria mais “demolidora” do Direito Penal é a do *labeling approach*, que: “centra seu interesse no elemento definidor da desviação e da criminalidade, destacando: a definição do delito já não é uma descrição, senão uma atribuição; quem condena não constata o delito, senão que o produz; criminal não é uma qualidade da conduta, senão o resultado de uma definição através das instâncias de controle social. E continua: como se pode deduzir das estatísticas judiciais e penitenciárias, estas definições recaem de modo desigual em prejuízo dos estratos sociais mais baixos” (Hassemer/Muñoz Conde, 1989, p. 59). A teoria do *labeling approach*, em suma, destacou três características no controle penal: seu comportamento seletivo e discriminatório, sua função constitutiva ou geradora de criminalidade e seu impacto estigmatizante (García-Pablos de Molina, 1988, p. 106).

e) Esta teoria, ainda que “radical” e “excessiva”, seja porque na verdade há condutas desviadas e delitivas desde o ponto de vista ontológico, seja porque o “etiquetamento” nem sempre se faz arbitrariamente, senão de acordo com regras de incontestável aceitação social, seja enfim porque é incompatível com a existência de “cifra negra” e com os casos de erros judiciais (Hassemer/Muñoz Conde, 1989, pp. 63-65), inegavelmente, chamou a atenção para o fato de que há delitos em todas as camadas sociais (teoria da ubiqüidade), com a diferença de que quem tem poder frequentemente fica fora do âmbito penal, o que comprova que a Administração de Justiça atua seletivamente e quase que exclusivamente contra os setores mais baixos, em flagrante desrespeito a princípios elementares como o da igual-

dade, da legalidade, da oficialidade, sem haver conseguido eliminar ou compensar a injustiça social no Direito Penal (Hassemer/Muñoz Conde, 1989, pp. 63-65).

f) Referida teoria, de outro lado, preocupou-se especialmente com os países de regime capitalista. Mas suas críticas valem na mesma proporção para os países comunistas, cuja justiça penal também funciona seletiva e discriminatoriamente. O privilégio da impunidade que goza uma parte das elites burguesas nos sistemas capitalistas é desfrutado na mesma proporção pelos integrantes da *nomenklatura*. Seja nos sistemas capitalistas, seja nos comunistas, o grande ausente frente à macro-criminalidade é o Poder Jurídico, que ainda não se desenvolveu o suficiente para controlar o Poder Político-econômico. Em qualquer sistema, seja de que ideologia for, há ainda uma enorme distância entre a teoria e a prática do princípio da igualdade na lei ou perante a lei.

3. Controle penal da macro-criminalidade econômica

3.1 O perigo pendular representado pela repressão a todo custo

a) Se a impunidade é a marca registrada da macro-criminalidade, é evidente que muito deve ser feito para que essa constatação criminológica não se perdue. Mas isso não pode significar, evidentemente, repressão “a todo custo”. Não se pode sair da impunidade como regra para a repressão abusiva (que se dá na denúncia sem motivação, principalmente quando se trata de crime coletivo, na responsabilidade penal objetiva etc.). Mesmo em se tratando de macro-criminalidade, não podemos admitir a erosão do direito penal clássico, liberal. A pretexto de arcar com o “déficit” de rendimento do sistema frente a tal modalidade de delito, não é

possível conceber o corte de direitos e garantias fundamentais.

b) Para o efetivo controle social da macro-criminalidade muito poderia ser sugerido (atualização das leis, aprimoramento dos órgãos encarregados da persecução penal etc.). Dedicaremos nossa atenção, no entanto, a apenas 3 medidas político-criminais, que são: a desconsideração do desvalor do *status* social, a revisão do princípio *societas delinquere non potest* e o redimensionamento da resposta estatal frente à pessoa física.

3.2 Desconsideração do desvalor do "status" social do autor para o efeito da imputação penal

a) O controle da macro-criminalidade econômica ou do colarinho branco está sujeito, na prática, a um requisito extralegal que consiste na supervaloração do *status* social do autor. Para o reconhecimento e punição de alguns delitos, ao lado dos clássicos requisitos do "desvalor da conduta" e "desvalor do resultado", absurdamente, joga grande importância o desvalor do *status* social do autor. Assim, quanto mais alto esse *status* menos o autor corresponde à imagem discriminatória, positivista e lombrosiana de criminoso, de onde resultam grandes benefícios e, frequentemente, o grande privilégio da imunidade ou impunidade penal. O contrário também é verdadeiro, é dizer, quanto mais baixo o *status* social, mais o autor se encaixa na referida imagem, com toda a probabilidade de ser etiquetado como criminoso.

b) Na aplicação seletiva do direito "a classe social do acusado e do acusador é um dado fundamental", até porque "os delinquentes do colarinho branco vêm de círculos de poder social e político que consideram que a lei só vai em paralelo a eles e que nunca lhes vai encontrar. Diante de uma eventual

denúncia reagem indignados com acusações penais por difamação, que às vezes interpõem contra o ousado acusador. Resulta-lhes inconcebível não só ser condenados senão o fato mesmo de serem processados. Porque sempre acreditam que os tribunais existem para julgar os outros. E tudo isso vale tanto para os colarinhos brancos capitalistas como marxistas.

c) Em todos os países, como destaca o penalista português Figueiredo Dias (1986, pp. 37 e ss.), "há um sentimento generalizado de injustiça estrutural, relacionada com a impunidade ou vantagens de alguns criminosos". Duvida-se, inclusive, das reformas penais legislativas, que muitas vezes "têm um valor mais testemunhal e simbólico que eficácia prática imediata... É que para a solução deve se utilizar outros meios e recursos, além dos especificamente jurídico-penais, e estes meios supõem um câmbio de mentalidade e de estrutura difíceis". É de enorme importância, assim, uma reestruturação da Administração da Justiça para acabar com a discriminação perante a lei penal. Estabelecer o fiel cumprimento do princípio da igualdade e acabar com o reprovável desvalor do "*status* social" são tarefas imediatas da Justiça penal, para pôr sob controle a tão custosa como sutil, a tão grave como indivisível delinquência econômica. É evidente que não será tarefa fácil, porém, já seria de grande valor tomar consciência da injusta sistemática e do absoluto fracasso da política atual, guiada, como sabemos, pela ideologia dos interesses econômicos hegemônicos de alguns, em detrimento dos interesses gerais do grupo social.

3.3 Revisão crítica do princípio "*societas delinquere non potest*"

a) A complexidade da vida moderna, a internacionalização da economia e o

poder cada vez maior das empresas aconselham, sem dúvida, renunciar ao clássico princípio *societas delinquere non potest*, é dizer, as pessoas jurídicas devem ser sancionadas penalmente sempre que o fato delitivo for executado dentro da esfera das operações ou negócios da sociedade, se tem alguma relação com as atividades, se utilizaram meios ou recursos da empresa e, sobretudo, se o fato proporcionou algum proveito ou benefício econômico ou de outro tipo à empresa ou se ela foi utilizada para encobrir o fato punível. Como afirmava, dentre outros, o penalista italiano Franco Bricola, "referido princípio não tem um valor ontológico, senão que é simplesmente expressão da força das leis do poder econômico... Neste sentido, a admissão da responsabilidade criminal das pessoas jurídicas surge como uma desejável e elementar medida político-econômico-social". Não é suficiente a responsabilidade civil; tampouco é correto denominar de medidas de segurança as conseqüências jurídico-penais: devemos falar em pena, porque são muitas as penas compatíveis com a pessoa jurídica, como por exemplo a proibição de exercer suas atividades em determinadas zonas, sua dissolução, sua suspensão, perda de benefícios fiscais, multas, confisco de lucros, inabilitação funcional, proibição de propaganda etc.

b) É fundamental, de outro lado, delimitar os campos penal e administrativo, com base no valor do bem jurídico e no grau de lesão, cabendo à jurisdição penal aplicar as penas e à Administração Pública as sanções administrativas. A responsabilidade penal das pessoas jurídicas, ademais, não impedem a responsabilidade pessoal dos culpáveis que atuaram em nome dela. São distintas as responsabilidades penais como são distintas as penas. E uma não exclui a outra. Poderíamos falar aqui do princí-

pio da sanção cumulativa diferenciada: uma para as pessoas físicas e outra independente para a pessoa jurídica.

3.4 Redimensionamento da resposta estatal frente às pessoas físicas

a) Sem negar a eficácia de outras sanções, muitos opinam no sentido de que a pena privativa de liberdade é a mais adequada para o castigo dos delitos econômicos como resposta às exigências de proporcionalidade e à necessidade de uma prevenção geral. A pena de prisão, no entanto, com exceção da criminalidade violenta, só deve ser utilizada como *ultima ratio*. E mesmo assim, de acordo com sistema do *short-sharp-shock* (prisão intensa e curta, mas efetivamente cumprida).

b) É a combinação desse sistema com a reparação dos danos que constitui, na atualidade, a base do redimensionamento da resposta estatal frente ao delito não violento. A prisão é muito custosa e é reconhecidamente ineficaz (em termos de evitar a reincidência). Só para quem representa perigo sério para a convivência social é que se justifica. Fora disso, todo sistema penal deve ser repensado e já é hora de a vítima do delito ser lembrada. Muito melhor que a fixação de uma pena de prisão inútil é a reparação dos danos em favor da vítima que, muitas vezes, o que só espera do sistema é a sua recomposição patrimonial.

4. Rumo a um Direito Penal criminalmente preventivo e socialmente útil

a) A missão fundamental do Direito Penal é reprimir e prevenir a criminalidade e, assim, proteger a sociedade, a paz e a tranquilidade. Particularmente no que diz respeito à delinquência macro-econômica é fundamental o papel que pode jogar a sentença penal quanto à sua prevenção. Sem esquecer,

porém, que o Direito Penal é a *ultima ratio*, isto é, constitui o último instrumento de controle social, pois ele nunca pode ser por si mesmo a solução mágica para tão graves problemas. Ele só pode dar uma pequena contribuição; a responsabilidade maior e prévia é de outra natureza: corresponde aos distintos meios de controle com que conta uma sociedade democrática, que só em última instância pode se valer da repressão.

b) Muitos confiam em que a pena só pode ter efeito dissuasório quando é severa, certa e rápida. Também há uma crença generalizada no sentido de que o endurecimento das penas é um eficaz instrumento para a prevenção da criminalidade. Mas na verdade, como destaca Ortiz Berenguer (1984, pp. 307 e ss.), não percebem tais pessoas que incorrem em um lamentável erro de perspectiva, desconhecem o que é o Direito Penal e o que este pode dar de si, e, sobretudo, que não estão cientes, talvez interessadamente, de que o fenômeno criminal tem suas raízes enterradas em uma diversificada gama de estratos. Já dizia Beccaria (1982): "Não é crueldade das penas um dos mais grandes freios dos delitos, senão a infabilidade delas, e por conseguinte a vigilância dos magistrados, e aquela severidade inexorável do juiz, que para ser virtude útil deve estar acompanhada de uma legislação suave. A certeza do castigo, ainda que moderado, fará sempre maior impressão que o temor de outro mais terrível, unido com a esperança da impunidade".

c) A pena, assim, conforme nosso juízo, pode motivar as pessoas a não cometer delitos quando seja justa, certa e rápida. Pode e deve ser severa, assim como pode e deve ser suave: tudo depende de cada fato concreto, é dizer, de acordo com o princípio da proporcionalidade o delinquente deve ser sancionado na medida dos danos ou do perigo concreto de dano que causou para a convivência social; além de justa,

a pena deve ser certa, infalível (no sentido de que todos os delitos devem ser punidos), e, assim, deve ser aplicada a todos os criminosos sem os privilégios que ainda persistem em nosso tempo em favor das pessoas de alto *status* social; por último, a pena deve ser rápida, deve ser aplicada com prontidão. Sem a presença concomitante desses 3 requisitos não se pode esperar muito do direito penal. O triste e lamentável é que nenhum deles caracteriza a atual repressão da delinquência macro-econômica.

Bibliografia

- BAJO FERNÁNDEZ, M. (1990). *Manual de Derecho Penal — PE — Delitos patrimoniales y económicos*, Ed. Centro de Estudios Ramon Areces S/A, Madri.
- BECCARIA, Cesare (1982). *De los delitos y de las penas*, trad. de Juan Antonio de las Casas, Alianza, Madri, 2.^a ed.
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge de (1986). "Sobre a autonomia dogmática do direito penal econômico — Uma reflexão à luz do novo direito penal econômico português", em *Estudios Penales y Criminológicos*, 40/37 e ss., IX, Universidad de Santiago de Compostela.
- GARCÍA-PABLOS, Antonio Molina de (1984). *Problemas actuales de la Criminología*, ICUCM, Madri.
- . (1988). *Manual de Criminología — Introducción y teorías de la criminalidad*, Espasa Calpe, Madri.
- HASSEMER, W. e MUÑOZ CONDE, F. (1989). *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*, Tirant lo blanch, Valencia.
- MOLINA GARCÍA, Antonio (1983). "Consideraciones sobre los llamados delitos económicos", em *Poder Judicial* 9/45 e ss. CGPJ, Madri (dez.).
- MUÑOZ CONDE, Francisco (1982). "La ideología de los delitos contra el orden socio-económico en el Proyecto de Ley Organica de Código Penal", em *Cuadernos de Política Criminal*, 16/107 e ss., ICUCM, Edersa.

- ORTS BERENGUER, Enrique (1984). "Reflexiones sobre 'teoría' e 'práctica' en Derecho Penal", em *Estudios Penales y Criminológicos*, VII/307 e ss., n. 32, Universidad de Santiago de Compostela.
- TIEDEMANN, Klaus (1983). "La criminalidad económica como objeto de investigación", em *Cuadernos de Política Criminal*, 19/171 e ss., ICUCM, Edersa, Madri.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl (1990). *En busca de las penas perdidas*, Temis, Bogotá, 2.^a ed.
- ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel (1980). "Conveniencia político-criminal e imposibilidad dogmática de revisar la fórmula tradicional 'societas delinquere non potest'", em *Cuadernos de Política Criminal* 11/67 e ss., ICUCM, Madri.

DIREITO PENAL TRIBUTÁRIO — OBSERVAÇÕES DE ASPECTOS DA TEORIA GERAL DO DIREITO PENAL

LUIZ VICENTE CERNICCHIARO

Professor na Universidade de Brasília.
Ministro do STJ

1. Introdução — 2. Ordem econômica — 3. Fato-crime — 4. Direito Econômico — 5. Direito Público Econômico e Direito Tributário — 6. Crime tributário: 6.1 Situação dogmática; 6.2 Objeto jurídico — 7. Sujeito ativo: pessoa física e pessoa jurídica.

1. Introdução

O Direito é sistema. Como unidade, há harmonia das normas; completam-se. Não se contradizem. Não há lacuna.

Esse o ponto de partida para análise de qualquer setor dogmático.

A unidade, é certo, não sacrifica a pluralidade jurídica, no sentido de o todo ensinar partes. Cada uma, embora vinculada aos princípios gerais, apresenta complexo de princípios que lhe são próprios.

O Direito Constitucional, como ápice das normas formalizadas, síntese dos princípios jurídicos, não exclui a existência de áreas especializadas, de que são exemplos o Direito Civil, o Direito Comercial, o Direito Penal e o Direito Tributário.

A vida é extensa e complexa. O Direito, por isso, projeta extensão e complexidade.

A distinção entre as áreas ou setores jurídicos é trabalho que sempre preocupou os juristas. Os romanos elaboraram a ainda repetida divisão: Direito Público e Direito Privado, respectivamente, voltado, de preferência, para o interesse público, ou para o interesse privado. Hoje, fala-se (sem unanimidade) em

relação jurídica de subordinação e relação jurídica de coordenação.

O Direito acompanha a vida, caso não seja a própria vida. As mudanças sociais ensinam novas relações, juridicamente relevantes. Reclama-se, por isso, solução jurídica adequada.

A relação jurídica vincula o sujeito pretensor e o sujeito devedor. O conteúdo reúne o complexo de direitos e deveres contrapostos. O fato histórico comparece como causa dessa relação. A causa, por sua vez, responsável para constituição, modificação e desconstituição do vínculo.

O mundo moderno projeta feixe de causas que o distingue de tempos passados. Recentemente, assistiu-se à profunda, marcante modificação política. A queda do muro de Berlim teve consequências significativas no mundo. Desconstituiu-se o monobloco do "Leste Europeu". A unidade da União Soviética provocou a pluralidade de Estados independentes. A repercussão no Direito foi imediata. O regime de economia centralizada no Estado que controlava os meios de produção cedeu espaço à iniciativa privada, admitindo a livre concorrência. Da Economia dirigida passou-se ao neo-liberalismo. Trans-

formação econômica de evidentes, imediatos efeitos jurídicos. Virou-se importante página da história. O Direito, por isso, precisa ser repensado. E mais. As normas jurídicas relidas conforme outros princípios.

2. Ordem econômica

Todos os países disciplinam a riqueza, no sentido amplo do termo: produção, distribuição, circulação, consumo.

A Constituição da República (Tít. VII), no Cap. I enuncia os "Princípios Gerais da Atividade Econômica". O art. 170 ostenta esta orientação:

"A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social observados os seguintes princípios.

- I — soberania nacional;
- II — propriedade privada;
- III — função social da propriedade;
- IV — livre concorrência;
- V — defesa do consumidor;
- VI — defesa do meio ambiente;
- VII — redução das desigualdades regionais e sociais;
- VIII — busca do pleno emprego;
- IX — tratamento favorecido para as empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte.

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo casos previstos em lei".

Ainda com esteio na Carta Política, a Ordem Econômica compreende a Política Urbana, a Política Agrícola, Fundiária e a Reforma Agrária e o Sistema Financeiro Nacional.

A "ordem econômica", assim, está caracterizada como bem jurídico.

O objeto jurídico corresponde ao bem juridicamente tutelado. Do ponto de vista penal, ganha relevo quando

afetado (dano), ou criada probabilidade (não basta simples possibilidade) de dano (perigo).

O conceito de bem jurídico, sempre bom relembrar, é normativo. Não se confunde com o sentido material do termo. Podem coincidir fisicamente. Conservam, entretanto, normativamente, os respectivos conceitos.

O bem jurídico não pode ser descuidado. Integra os elementos essenciais da infração penal. E mais. Para individualizar o crime, Carrara, ao conceituar o delito, incluiu, na definição, a cláusula — politicamente danoso. Com efeito, a conduta deverá repercutir no plano da experiência. E mais. Desde que provoque dano socialmente relevante. Ou, pelo menos, perigo.

3. Fato-crime

O fato-crime sempre existiu. O quadro de nossa cultura permite afirmar que sempre existirá. Jimenez de Asúa, em seu Tratado, no capítulo "Direito Penal do Futuro" — registra que o Direito Penal tende a exaurir-se, ou seja, com o aperfeiçoamento dos homens, quando houver absoluto respeito mútuo, os conflitos deixarão de existir. Logicamente, desaparecerão as sanções repressivas.

Teoricamente, procede. Não é, entretanto, para hoje. Sequer para um tempo previsível.

E por que o crime sempre existiu, existe e continuará a existir?

Crime (substancialmente) é conduta qualificada. Evidente, negativamente qualificado. Enquanto a sociedade não for perfeita, haverá comportamentos contrastantes com o permitido, ou, pelo menos, tolerado. Daí, serem censurados, reprovados e, tantas vezes, punidos. Quando a censura, a reprovação atingem intensidade inquietante, a resposta se faz de modo mais rigoroso. Juridicamente (decorrência política), proje-

tam-se as sanções mais severas, denominadas sanções penais.

A sanção está vinculada ao resultado do crime (enquanto bem juridicamente tutelado). A doutrina reconheceu o princípio da proporcionalidade. Confere dimensão para cominar a pena.

Não é momento oportuno para maiores considerações, entretanto registre-se, embora o legislador, ao elaborar a lei, goze de amplo poder discricionário, resta, contudo, vinculado a princípios. E mais. Cumpre ser coerente. Quando se trata de definir qualidade e quantidade da pena. A coerência reclama projetar a intensidade do dano (ou do perigo) e a reprovação ao agente.

4. Direito Econômico

Justifica-se realçar espécie (setor) do gênero — Direito — em havendo bem jurídico que, por suas características, reúna normas, cuja disciplina reclama e identifica a espécie. Evidente, compreende princípios que também lhes dá autonomia.

Quando se fala — Direito Econômico — pensam-se duas grandezas: ordem econômica e crimes econômicos.

A produção, distribuição, acumulação e consumo de bens materiais podem ser analisados em dois aspectos, conforme o destino que se lhes der a direção que se quer imprimir ao bem jurídico a ser preservado.

Decorre, então, importante distinção que reúne dois setores, responsáveis por duas ordens ou categorias: a ordem pública econômica e a ordem privada econômica.

A distinção resulta da finalidade das normas. Quando visam a preservar o econômico, como Política do Estado, tem-se a ordem pública econômica. Em se voltando para proteger o conjunto de bens como expressão de valor de troca preocupado com o patrimônio individual, configura ordem privada econômica.

A história das idéias e instituições jurídicas demonstra, no âmbito do Direito Penal, que sempre se conferiu atenção ao patrimônio. A economia, como Política do Estado, só mais tarde, bem mais tarde, ganharia mesma preocupação e dignidade. No Decálogo está contido — não furtarás. Não encerra nenhuma preocupação com as diretrizes do Estado. A propósito, urge observar, a política econômica se impõe, ingressa nas Constituições com o avançar, embora lento, dos postulados democráticos.

Impõe reger-se a atividade do Estado, conferindo direitos aos cidadãos.

O Direito Tributário (expressão do Direito Econômico) ganha espaço bem antes. Contemporâneo do Direito Penal, diga-se, irmãos gêmeos, histórica e politicamente contemporâneos, notadamente depois da vitória dos postulados da Revolução Francesa. Consagram o princípio da legalidade (fato típico e fato impositivo). Mais, entretanto, do que Política Econômica, visava a proteger o patrimônio do contribuinte contra as investidas, cada vez mais gananciosas do soberano.

5. Direito Público Econômico e Direito Tributário

Volte-se a atenção para o bem jurídico tutelado pelo Direito Público Econômico. Insista-se, não se confunde com o Direito Privado Econômico.

O Direito Público Econômico reúne normas jurídicas para disciplinar a intervenção do Estado na ordem econômica. Nas últimas décadas, embora, atualmente, haja visível tendência contrária, o Estado buscando realizar justiça social, interferiu na área econômica, disciplinando-o, estabelecendo regras e sanções. Não faltaram, aliás, as sanções penais.

O Direito Público Econômico, assim, tem extensão maior do que o Direito Tributário. Aliás, compreende-o. Importa-

tante esta observação. Importante também, e a seguir, procura-se explicar, quando o Direito Tributário e o Direito Penal se encontram, entrelaçam-se as respectivas normas. Não se deve tomar esta afirmação como mera soma de normas. Ao contrário, interligam-se e bem identificam o setor jurídico.

6. Crime tributário

Há debate doutrinário, aparentemente, sem repercussão no sistema. Isto é, deve-se preferir o *nomen iuris* — “Direito Penal Tributário”, ou “Direito Tributário Penal”? Aparentemente, repita-se, a pergunta é de mero deleite intelectual. Interessa, porém, à interpretação jurídica, especialmente à interpretação lógico-sistemática. Conforme a colocação do instituto no mundo jurídico, os respectivos princípios comandarão as conclusões. Somente com a visão integral do sistema, poder-se-á extrair conclusão a respeito do significado de uma norma jurídica.

O Direito projeta relação entre pessoas. Repita-se. Sujeito pretensor e sujeito devedor. Esse vínculo resulta de um fato histórico (causa). Manter-se-á, outrossim, enquanto a causa continuar a manter efeito. Entre a constituição e a desconstituição da relação jurídica, pode-se ter a declaração, manutenção, ou modificação dessa relação (conteúdo).

Constituição, declaração, modificação, conservação, ou desconstituição da relação jurídica projetam-se de modo diferente no mundo jurídico, conforme as características das normas de cada setor dogmático.

Assim, exemplificadamente, a morte do devedor, para o Direito Civil, é, até certo ponto, irrelevante para o credor; aqui, a responsabilidade é patrimonial. Os herdeiros, no limite das forças da herança, responderão pelo débito. No Direito Penal, a morte do réu,

incontinenti, implica extinção do processo, ou sequer será iniciado, dado vigorar o princípio da responsabilidade pessoal (personalíssimo).

6.1 Situação dogmática

Importante, pois, situar a norma no mundo do Direito.

A expressão “Direito Tributário Penal” é imprópria. Traduz, é certo, uma idéia, todavia, sem precisão científica.

Retome-se, para exata explicação, o conceito de relação jurídica.

No Direito Penal, a causa é — o fato definido como infração penal (O Direito brasileiro adota o critério dicotômico — crime e contravenção penal). No Direito Tributário a causa é — o fato definido como tributo (a jurisprudência antes, hoje, também a Constituição da República, compreendem as contribuições sociais. Pelo menos para envolvê-las nos princípios do Direito Tributário).

O mesmo fato histórico pode ser, ao mesmo tempo, relevante no Direito Penal e no Direito Tributário. Assim, por exemplo, o não pagamento do tributo. Normativamente, no entanto, será diferente no Direito Penal e no Direito Tributário. Evidente, receberá tratamento do Direito Penal, quando relevante a essa área, e a disciplina do Direito Tributário quando interessar somente a esse setor dogmático.

A ilustração evidencia, creio, a importância de localização do instituto jurídico no sistema. Somente assim, estar-se-á apto a gerar a interpretação correta.

Insista-se, Direito é sistema. A divisão não é didática, embora para ensino nas Faculdades de Direito, a análise setorial facilite a compreensão inicial do estudo.

Como sistema, é de repetir-se, as normas intercomunicam-se. Daí, o conceito próprio de uma área, como regra,

ser acolhido por outro. "Pessoa", ilustre-se, é próprio para todas as áreas, indicando o ser dotado de personalidade jurídica. O conceito de outros institutos, contudo, tem sido reelaborado. "Domílcílio", para o Direito Penal não se confunde com o conceito do instituto no Direito Civil, Direito Comercial, no Direito Administrativo, no Direito Eleitoral. Tantas outras vezes, o Direito Penal define conceitos que dele se tornam exclusivos: estrada de ferro e funcionário público (Código Penal Brasileiro). De outro lado, recepciona idéias de outras áreas, como acontece com cheque definido no Direito Comercial.

A intercomunicação opera-se também em nível de princípios. O princípio da igualdade, vedada a discriminação de pessoas quanto à idade, raça, sexo, cor ou qualquer outra espécie de modo a implicar tratamento jurídico distinto, apesar da identidade das causas das relações jurídicas.

O Direito Penal é governado por princípios que se plasman no correr do tempo. Alguns universalmente consagrados e, nos dias de hoje, sintetizados (expressa e implicitamente) na Declaração dos Direitos do Homem. A Constituição da República do Brasil, tradicionalmente, os relaciona, desde a Constituição de 1824, a primeira após a independência política. Antes, aliás, vigoraram entre nós, as "Bases para a Constituição da Monarquia Portuguesa de 1821".

Em resumindo, e praticamente: se a "causa", posta a relação jurídica, situar-se no âmbito do Direito Penal, disciplinada será pelos princípios e normas dessa área.

O Direito Penal, outrossim, enseja divisões. A referência ao bem jurídico ganha, hoje, a preferência dos escritores. Responsável, aliás, pelo chamado Direito Penal Comum e o Direito Penal Especial. Os bens jurídicos reunidos na Parte Especial do Código formam o

primeiro, os demais integram a outra área, também chamada Direito Penal Extravagante.

Como as áreas jurídicas não são estanques, nada impede, é até lógico que assim aconteça, algum instituto próprio do Direito Tributário ser atraído para o Direito Penal. Com isso, mantém-se a unidade do sistema.

O fato impondível interessa (é relevante) ao Direito Tributário e ao Direito Penal. Ao primeiro para legitimar a exigência do pagamento. Ao segundo, para punir o agente da sonegação.

Lógico, os princípios que governam a cobrança não são os mesmos que comandam a punição.

O Direito Penal enseja subdivisões, tomando-se como referência bens juridicamente tutelados. A unidade (Direito Penal) reúne princípios e normas que disciplinam a aplicação da sanção penal. No Brasil, seguindo a trilha de outras legislações, adotou-se (para reforçar o direito de liberdade) critério formal, ou seja, pela categoria da sanção jurídica: reclusão, detenção e multa (crime ou delito) e prisão simples e multa (contravenção penal). A definição é dada pela Lei de Introdução ao Código Penal.

Assim, todas as vezes que a sanção de um instituto jurídico for uma dessas espécies, atraí-lo-á para o Direito Penal, ainda que outros aspectos sejam originários e disciplinados por outro ramo do Direito. O imposto, como regra, interessa ao Direito Tributário. A sonegação do imposto, entretanto, como categoria normativa, é própria do Direito Penal. Normativamente, o dever de recolher o tributo não se confunde com a omissão (dolosa) de fazê-lo. E não se identificam porque o Direito os disciplina diferentemente. Em termos de Teoria Geral, situam-se de modo próprio, inconfundível.

Em se considerando que as infrações penais são unidas conforme o objeto

jurídico tutelado, ter-se-ão tantas categorias quantos forem os bens protegidos. Pessoa, Patrimônio, Administração Pública, Ordem Política, Ordem Econômica, Ordem Tributária e assim por diante.

A doutrina costuma, ao promover a reunião das mesmas, subdividi-las em espécies. Toma como categoria geral (no Brasil e nos países que adotam a mesma orientação) a Parte Especial do Código Penal. Tudo o mais é tido como Direito Penal Especial. Trata-se de arranjo meramente formal. Substancialmente, qualquer "fato-infração penal" é próprio do Direito Penal. Queira ou não o legislador. Prevalece, sem dúvida, a natureza das coisas.

Direito Penal e Direito Tributário convivem harmoniosamente. Cada qual com as normas que lhes são próprias. Uma lei, tantas vezes, reúne em um só texto, matérias próprias de vários setores jurídicos. Comumente disciplinam o chamado direito material e o denominado direito instrumental. Nem por isso, o Direito Penal e o Direito Civil se identificam com o Direito Processual Penal e o Direito Processual Civil.

Impõe-se, assim, na lei tributária, distinguir o instituto tributário do instituto penal. E mais. Faz-se importante para bem identificar (sentido lógico) as espécies. Cada qual, regida pelos princípios e normas das áreas a que pertence.

Nesse contexto, soa mal, impróprio, insisto, mais uma vez, Direito Tributário Penal. Preferível a denominação Direito Especial (compreende várias espécies, dentre as quais, a categoria-tributária). Tolerar-se Direito Penal Tributário como integrante do Direito Penal Especial. O Direito Penal é uno. A presença do instituto próprio, oriundo de outra área jurídica não reclama (seja para facilitar a colocação do instituto) eleger nova espécie. É crime o ascendente não prestar assistência material e moral ao descen-

dente. O tema é próprio do Direito Civil. Não se vai, entretanto, por isso, compor o Direito Penal Civil (muito menos o Direito Civil Penal). No mesmo sentido, o peculato repercute no Direito Penal e no Direito Administrativo. Sem sentido falar Direito Penal Administrativo (com razão mais enfática, cumpre evitar Direito Administrativo Penal). Não se justifica, ademais, promover subdivisão Direito Penal Comercial (Direito Comercial Penal, menos ainda) porque definida como crime a emissão de cheque sem a suficiente provisão de fundos em poder do sacado.

A infração penal ou fato-infração penal, como fenômeno jurídico, projeta-se no plano normativo e no mundo físico. Compreende, ademais, conduta e resultado. Conduta é comportamento (ação ou omissão) do homem. Resultado, o evento que se projeta no âmbito da experiência (juridicamente considerado).

O crime tributário (pense-se a relação jurídica) tem como causa fato tributariamente relevante. Assim o é quando a norma conferir relevância a fato que incidir no âmbito do Direito Tributário. Relevância, no sentido de acarretar expressão normativa para a arrecadação (respectiva disciplina) de tributos.

O Direito Tributário, como o Direito Penal, submete-se ao princípio da reserva legal. Faz-se, por isso, necessária definição de lei (sentido formal) para gerar obrigação de recolhimento de tributo e contribuições sociais.

Própria, também nesse âmbito, a imagem que se dá ao Direito Penal, de ser descontínuo, no sentido de a ilicitude ser tópica, na medida e nas condições postas pela lei.

Ademais, sacrifica a verdade real em favor da verdade formal, no sentido de, em atenção ao bem jurídico ser admissível a cobrança somente nas hipóteses previamente definidas, ainda que isso deixa à margem situações semelhantes, análogas.

6.2 Objeto jurídico

Além da conduta (ação, ou omissão) impõe-se considerar também o objeto jurídico.

Objeto jurídico é o bem tutelado pelo Direito. Sendo valor, necessita ser resguardado. Toda norma jurídica é teleologicamente orientada.

O Direito Público Econômico, reunindo a Política Econômica do Estado, visa ao interesse público. Compreende o Direito Tributário disciplinador da arrecadação dos tributos. O bem jurídico, em consequência, é bifronte: de um lado, compreende o interesse público de o Estado obter os meios para a realização de suas atividades; de outro avulta o interesse do Tesouro, patrimonial, relacionado com a receita do Estado. Assim, o bem jurídico não traduz apenas interesse patrimonial. Alcança também os limites da política econômica, o que faz aumentar o significado do delito tributário. Quem, ilustrativamente, sonega o tributo não afeta apenas o patrimônio público, repercutindo na arrecadação. Vai além. Atinge a Economia, ocasionando, com isso, reflexo nas atividades do Estado.

Esse pormenor não é de interesse meramente literário. Em sendo característica do fato-infração penal, confere-lhe identidade normativa. Integra-se à unidade do Direito, submetendo-se, logicamente, ao sistema.

Daf, e não raro, as normas tributárias, ao lado dos tipos descritivos de omissão do contribuinte, ou seja, não cumprimento das obrigações, relacionar outros, impondo obrigações de fazer. Assim, por exemplo, esclarecer, mediante atos formais, o histórico da atividade fiscal.

7. Sujeito ativo: Pessoa física e pessoa jurídica

Conduta é manifestação de vontade. Projeta-se através de fazer (ação, co-

missão) e não-fazer (omissão). Manifestação de vontade é exclusiva do homem. Só o homem é ser pensante. No Brasil, a responsabilidade penal (imperativo da Constituição da República) é pessoal. Consagra-se o princípio da personalidade (art. 5.º, XLV). Está afastada a responsabilidade objetiva (cada vez mais aceita no Direito Civil) e a odiosa responsabilidade por fato de terceiro.

Em consequência, longo e penoso trabalho conduz, no Direito Penal moderno, à consagração de vários princípios. Alguns formalizados em nossa Carta Política: reserva legal, retroatividade benéfica, personalidade, individualização da pena; sanções conforme a dignidade humana, inimputabilidade. Outro implícitos, resultantes da expressão moderna e axiológica do Direito Penal: certeza, responsabilidade subjetiva da culpa, proporcionalidade, necessidade, significância. Por seu relevo, merece registro especial a culpabilidade no sentido de reprovabilidade (censurabilidade) ao agente do fato ilícito.

A pena é medida político-jurídica de resposta ao autor da infração penal. Tem significado de qualidade e quantidade. Busca comunicar ao agente a repulsa jurídica, pois, mensagem de conteúdo valorativo. Urge, assim, ser compreendida pelo condenado. Caso contrário, ter-se-á simples relação formal entre o preceito e a sanção da norma jurídica. Ao inimputável, reservam-se as medidas de segurança.

O tema traz a debate a polêmica relativa à pessoa jurídica como sujeito ativo da infração penal. Legislação quanto a alguns delitos, entre os quais os chamados delitos econômicos e do ambiente, visando a ampliar a esfera de proteção dos bens jurídicos, estão a admiti-las. No Brasil, alguns autores, notadamente, invocando o disposto nos arts. 173, §§ 5.º e 225, § 3.º da CR, subscrevem opinião favorável.

O pormenor merece ser considerado.

Repita-se. Um setor jurídico não se forma apenas pelo trabalho do legislador. Caracteriza-se, isso sim, pelo complexo de princípios. Evidente, a lei a eles se adapta. Antes de tudo, deve haver compatibilidade entre tais princípios e o texto legal.

Evidenciada a incompatibilidade, a consequência será o deslocamento da lei para outra área jurídica.

O Direito Penal moderno apóia-se fundamentalmente no princípio da culpabilidade. Repita-se: traduz idéia de censurabilidade, reprovabilidade ao agente da conduta que, podendo agir de modo diferente, deixa de fazê-lo. Vive-se o momento do Direito Penal da culpa. Sem censura ao agente, nada há que punir (entendo, por opção doutrinária, a culpabilidade compõe os elementos constitutivos da infração penal. Não é mero pressuposto para a aplicação da pena).

Essa colocação é suficiente para evidenciar: no Direito Penal, a pessoa física e a pessoa jurídica reclamam tratamento diferente.

O complexo de princípios que, através do tempo, lentamente foi se definindo, teve como preocupação política o homem, em homenagem ao direito de liberdade e, mais recentemente, também à dignidade humana.

A pessoa jurídica nunca chamou a atenção para isso.

Hoje, por questão prática, tem-se procurado estender o alcance da sanção penal.

Sem dúvida, ninguém desconhece, o progresso científico e a política econômica (até de alcance internacional) conferem às pessoas jurídicas importância e presença crescentes nas relações, notadamente de conteúdo econômico. Atuam isoladamente ou em conjunto, ultrapassando fronteiras de países. As empresas participam nesse e em outros setores mais do que as pessoas físicas. Nada mais é preciso dizer para marcar a importância das pessoas jurídicas.

As pessoas jurídicas são constituídas, comandadas, dirigidas, representadas por pessoas físicas. Assim, fazem-se presentes as grandezas e as vilanias do homem. Não se pode, sem dúvida, desconhecer o fato ou, o que é mais sério, restar de braços cruzados. Acontecem, então, condutas ilícitas.

Os investimentos de maior vulto, sem dúvida, são movimentados por pessoas jurídicas.

Não obstante a importância do fato, insista-se, só por isso, não podem, sem mais, serem atraídas pelo Direito Penal. Entenda-se. Direito Penal construído até aqui.

O Direito Penal, sublinhe-se mais uma vez, contém princípios que só fazem sentido relativamente à pessoa física.

A sanção penal, foi observado, é mensagem. Como apenas o homem será seu destinatário, só se pode censurar alguém, por causa de sua conduta, em havendo liberdade de agir. Censurar alguém é qualificar sua conduta. Evidente, precisar que poderia atuar de modo diverso.

A pessoa jurídica desenvolve a personalidade jurídica através de pessoas físicas. Estas, sim, dotadas de liberdade atuam de uma forma ou de outra. O juízo de reprovabilidade (sentido penal) só se justifica se a elas dirigidas.

Nada impede, pragmaticamente, e disso há exemplos, repita-se, em outras legislações, estabelecer sanções penais às pessoas jurídicas.

Cumpra, no entanto, consignar significativa distinção. A teoria geral do delito funda-se, e isto já foi consignado, no princípio da responsabilidade pessoal. Impõe-se relevância ao elemento subjetivo, indispensável à economia do crime.

O elemento subjetivo é incompatível com a pessoa jurídica. Daí, decorre relevante consequência: também, aqui, faz sentido invocar a culpabilidade.

As sanções penais, de outro lado, em grande parte, evidenciam-se incompatíveis, seja quanto à aplicação como em relação à eficácia.

Ampliar a área de sujeitos ativos, atraindo também as pessoas jurídicas, implicará reviver proposta da Escola positiva ao repousar a responsabilidade penal na responsabilidade social. Responder-se-ia criminalmente porque se vive em sociedade. Tão-só por isso, em havendo a prática de infração penal, justificar-se-ia a reação do Estado.

Como a responsabilidade subjetiva é moral (não basta o fato; reclama-se também o elemento subjetivo do fato-infração penal), evidente, manifesta, flagrante incompatibilidade com a pessoa jurídica. Somente se pode aplicar a responsabilidade social, em consequência imprópria, se revela também princípio da culpabilidade. A pena, por sua vez, ganha significado diferente. Deixa de ser mensagem para traduzir simples resposta. Análise mais profunda mostra que restará, como identifica-

de, o princípio da anterioridade da lei penal.

Nota-se, pois, são institutos distintos. Estruturalmente, para os efeitos penais, a pessoa física e a pessoa jurídica só têm em comum a personalidade jurídica. Não é, entretanto, suficiente para o sistema do Direito Penal.

Em termos de teoria geral, é impropriedade atrair a pessoa jurídica para o âmbito penal. Não se ajusta aos respectivos princípios.

Que se queira policiar a atuação dos entes. Tudo bem! Faz-se necessário, sem dúvida, recrudescer o tratamento jurídico. Urge, no entanto, ficar atento ao sistema. A solução deve ser coerente no plano material. Não basta o sentido meramente formal. Os temas jurídicos não se esgotam *nomen iuris*!

Aplicar o Direito Penal às pessoas jurídicas, na verdade, é fazer aplicação de princípios de outra área dogmática. Poder-se-á, quando muito, por transigência e homenagem à denominação, dizer Direito Penal II.

A INCAPACIDADE CRIMINAL DA PESSOA JURÍDICA (Uma perspectiva do direito brasileiro)

RENÉ ARIEL DOTTI

Professor Titular de Direito Penal
Membro da Academia Paranaense de Letras

1. Introdução: 1.1 Os ilícitos de autoria coletiva e a crise da investigação criminal; 1.2 A classificação das pessoas jurídicas; 1.3 O movimento abolicionista; 1.4 A sede natural do problema — 2. Abolição de princípios e garantias: 2.1 Ofensa a princípios e garantias constitucionais; 2.2 Ofensa a regras da aplicação da lei penal; 2.3 Ofensa a princípios relativos à teoria do crime; 2.4 Ofensa a princípios relativos à teoria das penas e das medidas de segurança; 2.5 Ofensa a princípios e regras do Direito Processual Penal — 3. A legislação em vigor: 3.1 O Código Penal; 3.2 A Lei das Contravenções Penais; 3.3 As demais leis especiais — 4. A reforma da parte especial do Código Penal: 4.1 O anteprojeto de 1984; 4.2 O esboço de 1994 — 5. O crime como propriedade do ser humano.

1. INTRODUÇÃO

1.1 Os ilícitos de autoria coletiva e a crise da investigação criminal

1. Os clássicos problemas da investigação criminal e da administração da justiça penal, que se revelam mais intensamente na criminalidade astuciosa das últimas décadas, constituem duas vertentes básicas para explicar a insensata tendência de neocriminalizar a pessoa jurídica como ente distinto das pessoas físicas que a compõem. Para superar os obstáculos opostos à identificação do autor e à caracterização das várias espécies de participação punível nas infrações de múltipla conduta, inverte-se a ordem natural do problema que tem natureza e caráter processuais. A expressão *crimes de autoria coletiva* ganhou estabilidade na linguagem da jurisprudência ao tratar do tema da aptidão ou inépcia da denúncia em ilícitos penais contra a ordem econômi-

ca e financeira e outros bens jurídicos, como a pessoa e o patrimônio, sempre que a incompetência, a omissão, a corrupção ou a simples impotência dos órgãos estatais determinam a *concordata* ou a *falência* da investigação.

2. Num primeiro estágio, existe uma espécie de *acerto* para a solução dos débitos gerados pelo crime. O Estado, como produtor ou garantidor de bens e interesses jurídicos dos credores individuais ou coletivos, atua como o comerciante que, reconhecendo a inadimplência, obtém as duas finalidades da concordata: a dilatação dos prazos para o pagamento da dívida social da apuração do crime e o abatimento no crédito dos indivíduos em ver satisfeitas as obrigações de segurança e justiça. Os prazos são dilatados e somente não se lançam ao infinito do tempo porque a prescrição extingue o chamado *jus puniendi*. A passagem dos anos e a viragem dos acontecimentos fazem com que se atenuem ou elimine a relação débito-crédito

gerada pela prática do ato ilícito. Esse reconhecimento vem se fortalecendo com a chamada *prescrição antecipada*. Trata-se de recente criação pretoriana que declara a prescrição pela pena concretizada antes da sentença condenatória e, por consequência, sem a aplicação concreta da sanção. Como é curial, a qualidade e a quantidade da resposta penal constituem as bases de cálculo para a declaração da extinção da punibilidade por esse caminho. Independentemente da avaliação sobre a pertinência científica dessa orientação judicante — que vem sendo rejeitada pelos tribunais¹ — é importante destacar que a falta da prestação jurisdicional, por essa ou aquela razão de carência, significa a violação da garantia constitucional do acesso ao Poder Judiciário (art. 5.º, XXXV). Com efeito, não somente o ofendido como também o acusado tem o direito de obter uma decisão sobre a sua causa em prazo determinado pela lei. E, obviamente, a demora ou a omissão em tal atendimento constitui uma das formas de injustiça que se mantém contra o direito e o interesse das partes em confronto.

Também o Ministério Público tem se mostrado receptivo a esta orientação. Em despacho proferido na forma do art. 28 do CPP, o Procurador-geral da Justiça de São Paulo, José Emmanuel Burle Filho, insistiu no arquivamento de inquérito policial, instaurado contra acusado de crime de lesão corporal culposa, menor de 21 anos à data do fato que ocorrera há mais de um ano. Sustentando faltar “justa causa para a ação penal”, o chefe do Ministério Público

estadual paulista, salientou que se a certeza da impossibilidade da fixação de pena no máximo legal leva à constatação antecipada de que ocorrerá prescrição retroativa, “não há sentido em acionar a máquina estatal para um esforço persecutório inútil. Seja porque falta interesse de agir, seja porque possível um juízo provisório a respeito do mérito da ação penal para verificação da extinção da punibilidade, a decorrência é a de que falta justa causa para a propositura da denúncia”.²

3. Numa segunda etapa, o *comerciante* se revela insolvente e falta com a obrigação assumida de apurar o delito ou atua enganosamente em relação aos credores pelo inadimplemento das obrigações em seu vencimento. É a *bancarrota*, a *quebra* como expressão da *falência de fato* do Estado-Administração da justiça penal. Surgem em tais situações os pregoeiros de fórmulas miraculosas que propõem a supressão da lei penal através da alienante *justiça alternativa* que declara o “estado jurídico da falência”. A *massa falida* será administrada pelos atomistas de ocasião, os arautos da ilusão e os taumaturgos do *direito alternativo*.

A necessária crítica ao direito positivo para revitalizá-lo ou até mesmo reformá-lo, como é desejável e necessário, foi cambiada pela aventura de um novo totalitarismo: o direito não estaria na lei, mas na cabeça do juiz. Nessa *nouvelle vague*, o “juiz-legislador” (*judge made law*) é personagem central da crise de segurança jurídica, uma extravagância de princípios, uma violência institucional e uma excrescência no sistema de distribuição e interação dos poderes do Estado. E nessa *marcha batida*, rumo à ditadura do solitário julgador, desfilam antigos e novos militantes do discurso político da anomia,

1. Cf. STJ, 5.ª T., HC 1.9083-8, Rel. Min. Edson Vidigal (DJU, de 20.9.93, p. 19.184 e *Boletim IBCCrim* 9, out./93); STJ, 6.ª T., RHC 2.926-9, Rel. Min. Vicente Cernicchiaro (DJU 28.2.94, p. 2.916 e *Boletim cit.*, p. 43); TACRIM-SP, 6.ª Câ., HC 248.194, em *Boletim e loc. cit.*

2. DOE 25.3.94 e *Boletim IBCCrim*, 15/48, 1994.

muitos deles distribuídos entre o magistério, a literatura jurídica e o foro. São os *anarquistas de sistemas* que, paradoxalmente, vivem a custa deles.

1.2 A classificação das pessoas jurídicas

4. Um dos aspectos ainda não enfrentado pelos corifeus da responsabilidade criminal das pessoas jurídicas diz respeito à indicação de quais os entes coletivos que seriam capazes de ação e de culpa jurídico-penal.

Segundo o Código Civil, as pessoas jurídicas são de Direito Público, Interno ou Externo, e de Direito Privado (art. 13). São pessoas jurídicas de Direito Público Interno: I — a União; II — cada um dos seus Estados e o Distrito Federal; III — cada um dos Municípios legalmente constituídos (art. 14). As autarquias são também pessoas jurídicas de Direito Público Interno, o mesmo ocorrendo com as fundações de Direito Público que têm o dever de cumprir os princípios inerentes à administração pública estabelecidos pelo art. 37 da CF. Por outro lado, são pessoas jurídicas de direito privado: as sociedades civis, religiosas, pias, morais, científicas ou literárias, as associações de utilidade pública e as fundações e as sociedades mercantis (art. 16).

A proposta generalizadora de capacitação criminal da pessoa jurídica não indica se a autoria "delituosa" é factível em relação a todas as pessoas jurídicas — inclusive no âmbito das relações internacionais — ou a algumas delas face a determinados tipos de crimes como os atentados contra o meio ambiente, contra a ordem econômica e financeira e as relações de consumo.³

3. Anota Marino Barbero Santos que os defensores dessa responsabilidade não a estendem aos entes públicos, embora haja alguns autores que advogam a responsabilidade

1.3 O movimento abolicionista

5. Diante da falta de recursos humanos e materiais para atender à grande demanda popular na satisfação de valores, bens e interesses que devem ser protegidos pelo Direito Penal, desponta o movimento abolicionista que prega a destruição do próprio sistema positivo. Trata-se de uma espécie de cirurgia radical para extirpar o suposto câncer produzido pelas *agências operativas* (a Polícia, a Magistratura, o Ministério Público, os advogados e demais instâncias de trabalhadores do processo), mas que, ao fundo e ao cabo, irá destruir o paciente.

A aventura intelectual que pretende afirmar a imputabilidade penal da pessoa jurídica tem um cariz manifestamente abolicionista. É o *ovo da serpente* de um processo de eliminação dos princípios e das garantias penais e processuais defendidas em regimes políticos liberais do final do séc. XVIII e que revelaram destacado progresso ao longo de períodos históricos seguintes, não obstante o eclipse do ser humano determinado pelas luzes ofuscantes do nazi-fascismo e outras doutrinas totalitárias que, de tempos em tempos, se alternam em vários lugares do mundo. Para elevar a pessoa jurídica à condição de sujeito ativo do crime, os ministros desse culto pregam o sacrifício das conquistas inerentes à elaboração das teorias da aplicação da lei, do delito e das reações penais, em territórios mais sensíveis do corpo e da alma das instituições modeladas com o cinzel da História. O Direito Penal é uma ciência de valores tendo como referência um sujeito concreto. Daí a verdade do axioma: "*Valor é sempre valor para*

dos Estados. ("Responsabilidade penal das pessoas jurídicas?", artigo publ. em *Ciência e Política Criminal em Honra de Heleno Fragoso*, Forense, Rio, 1992, p. 458, nota 35).

alguém. Valor — pode dizer-se — é a qualidade de uma coisa, que só pode pertencer-lhe em função de um sujeito dotado de uma certa consciência capaz de a registrar".⁴ O suspeito, o indiciado, o réu, o condenado ou o internado, como sujeito ativo na prática do crime, é sempre o homem inserido num universo de relações que lhe permitam a formação dos juízos de valor para orientar e definir a sua conduta. E na expressiva conclusão de Joahannes Hessen, "não é o indivíduo, mas o gênero homem, pura e simplesmente, que aqui entra em causa. Os valores acham-se referidos ao sujeito humano, isto é, àquilo que há de comum em todos os homens. Referem-se àquela mais profunda camada do ser que se acha presente em todos os indivíduos humanos e que constitui o fundamento objetivo do seu *serem homens*".⁵

1.4 A sede natural do problema

6. A dificuldade ou a impossibilidade para resolver questões relativas à prova da autoria e participação de um grande número de ilícitos onde haja pluralidade de condutas, sejam eles de concurso necessário ou eventual, porém cometidos mediante a atuação ou sob a capa da pessoa jurídica, tem motivado, como foi dito acima, a tendência para deslocar o eixo de rotação do procedimento investigatório. Em tal circunstância, mais fácil será debitar a causalidade do evento a um ente coletivo que proceder às diligências geralmente penosas para o estabelecimento das responsabilidades individuais.

No entanto, os problemas referentes à apuração da autoria, das facetadas modalidades de concurso e da colheita

de elementos para a formação do corpo de delito são de natureza e sede processual e neste terreno é que devem ser enfrentados. As providências de reconstituição do fato típico e de suas circunstâncias objetivas e subjetivas constituem tarefa a ser enfrentada através dos instrumentos jurídicos que servem ao processo penal.

2. ABOLIÇÃO DE PRINCÍPIOS E GARANTIAS

2.1 Ofensa a princípios e garantias constitucionais

7. A pretensão de atribuir a imputabilidade penal às pessoas jurídicas não está em harmonia com a letra e o espírito da Constituição.

Com efeito, no Capítulo relativo ao meio ambiente, a Carta Política de 1988 declara que "as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar o dano" (art. 225, § 3.º). Tal disposição, em sua interpretação literal, poderia ensejar o entendimento de que é admissível a responsabilidade penal dos entes coletivos. Porém, a melhor compreensão da norma nos leva à conclusão de que tanto a pessoa física como a pessoa jurídica podem responder nas ordens civil, administrativa e tributária pelos seus atos; mas a responsabilidade penal continua sendo de natureza e caráter estritamente humanos.

8. A Constituição adota (entre outras) as seguintes espécies de pena: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e e) suspensão ou interdição de direitos (art. 5.º, XLVI).

A presente relação não exclui a possibilidade, *in these*, da pessoa coletiva ser objeto de algumas das mencio-

4. Johannes Hessen, *Filosofia dos valores*, trad. de L. Cabral de Moncada, Arménio Amado, Ed., Sucesso, Coimbra, 1974, p. 47.

5. Ob. cit., p. 49.

nadas sanções. Salvo a primeira delas, de natureza eminentemente física, as demais poderiam se coadunar às pessoas jurídicas. Com efeito, penas patrimoniais como a perda de bens, a multa e a prestação social alternativa (de que é exemplo o trabalho em favor da comunidade) e penas restritivas de atividade, como a suspensão e a interdição de direitos, podem ser aplicáveis, em linha de princípio, contra a pessoa humana ou contra a pessoa moral. Mas, apesar dessa compatibilidade formal, a Constituição veda a hipótese de se levar a pessoa jurídica para o banco dos réus criminais. Tal conclusão deflui de outra regra constitucional de responsabilidade, agora prevista no Tít. VII que trata da ordem econômica e financeira em especial no Capítulo que define os princípios gerais da atividade econômica. O § 5.º do art. 173, dispõe: "A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular".

9. Luiz Vicente Cernichiaro, um dos mais qualificados intérpretes das normas constitucionais penais, em seus officios na magistratura e na cátedra, enfatiza que a sanção penal "está vinculada à responsabilidade pessoal (art. 5.º, XLV). Hoje, dela é inseparável. A Constituição brasileira, portanto, não afirmou a responsabilidade penal da pessoa jurídica, na esteira das congêneres contemporâneas".⁶

a) O princípio da igualdade

10. A inevitabilidade da pena como um corolário lógico do princípio de isonomia (CF, art. 5.º, caput) é uma das exigências

que seria fatalmente comprometida com a adoção da extravagância da capacidade penal das pessoas jurídicas.

Realmente, a partir do momento em que o inquérito policial, civil ou administrativo, se satisfizesse com a identificação da pessoa jurídica como "responsável" pela infração penal, os partícipes, ou sejam, os instigadores ou cúmplices, poderiam ser beneficiados com o relaxamento dos trabalhos de investigação. Com tal procedimento seria perfeitamente possível estimular um novo tipo de criminalidade organizada: em lugar do comando pessoal, isto é, individual e humanamente caracterizado, o *cappo* seria a empresa estatal ou privada; um novo tipo de "autor" e líder das condutas de seus diretores ou prepostos.

b) O princípio da humanização das sanções

11. O princípio da humanização das penas e das medidas de segurança está consagrado expressamente pela Constituição em mais de uma passagem normativa. Ao declarar a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, ao assegurar aos presos o respeito à integridade física e moral e ao garantir às presidiárias condições para permanecerem com os filhos durante o período de amamentação (arts. 1.º, III e 5.º, XLIX e L), a lei fundamental reafirma a proibição das penas cruéis (art. 5.º, XLVII, e).

12. As disposições acima indicadas têm como referencial exclusivo a condição humana que é inerente às pessoas físicas ou naturais.

c) O princípio da personalidade da pena

13. O delito é fruto da conduta humana individualmente considerada,

6. *Direito Penal na Constituição*, RT, S. Paulo, 1990, p. 144.

mesmo quando o evento típico decorre do concurso, necessário ou eventual, de duas ou mais pessoas. A sanção penal (pena ou medida de segurança) não pode ser aplicada ou executada contra quem não seja o autor ou partícipe. Este dogma, de longa maturação histórica e jurídica, tem a sua proclamação no art. 5.º, XLV, da Carta Política.

14. No sistema vigente, os efeitos secundários da pena, tanto materiais como morais, podem se projetar contra pessoas inocentes. Um exemplo rotineiro é o dos dependentes do condenado à prisão, que carecem de alimentos para sobreviver e são afetados pela impossibilidade de tal suprimento. Não obstante esse grave problema, ainda assim pode-se afirmar que a pena ou a medida de segurança não se aplicam e nem se executam contra o terceiro que não concorreu para o delito. A sentença que identifica um dos membros da família como autor solitário de uma infração penal é imposta somente contra ele e mais ninguém.

15. Os procedimentos de identificação e submissão acima expostos não se aplicam quando o “autor” do crime seja a pessoa jurídica. Mesmo que o fato típico tenha sido causado somente por um de seus diretores, todos os demais sofrem, em maior ou menor intensidade, os efeitos primários da condenação. E se, em consequência da sanção imposta, a pessoa jurídica não tiver condições materiais ou morais para sobreviver, tal evento alcança todas as pessoas físicas e jurídicas que vivem sob a sua dependência.

d) O direito de regresso

16. Consiste o direito de regresso, para os fins administrativos, no direito público subjetivo do Estado contra o seu servidor para cobrar o que a administração pagou a terceiro, em consequência de ato doloso ou culposos do servi-

dor. Em face da descentralização dos serviços públicos, o direito de regresso, em tal circunstância, também pode ser exercido pelas pessoas jurídicas de Direito Privado contra os seus prepostos. Esta é a regra constante do § 6.º do art. 37 da CF: “As pessoas jurídicas de Direito Público e as de Direito Privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”.

17. A chamada *ação regressiva*, prevista pelo mencionado dispositivo, é a que *deve* ser proposta pela União, as unidades federativas, o Estado, o Município e outras pessoas de direito público interno (autarquias, fundações), ou que pode ser promovida pelas pessoas jurídicas de direito privado para se ressarcirem dos prejuízos causados pelos seus agentes a terceiros, sempre que o causador do dano tenha obrado com dolo ou culpa. Tem-se, portanto, que, embora responsável objetivamente pelo dano, a pessoa jurídica não realiza a conduta física que o produz. O texto acima transcrito imputa ao *agente* da pessoa moral a causação do fato. E, nos termos do art. 13 do CP, a causalidade é o vínculo entre a *ação* ou *omissão* e o resultado. É curial, portanto, que a pessoa jurídica não é a causadora material da ofensa, mas, sim, o seu agente.

18. A se aceitar a esdrúxula proposta da imputabilidade penal da pessoa jurídica, não poderia ela promover a ação de ressarcimento contra o preposto causador do dano posto ser a “corresponsável” pelo crime gerador do dever de indenizar. Faltar-lhe-ia legitimidade pois um réu não pode promover contra o co-réu a ação de reparação de danos oriunda do fato típico, ilícito e culpável que ambos cometeram. Corolário dessa conclusão é a regra do

art. 270 do CPP: "O co-réu no mesmo processo não poderá intervir como assistente do Ministério Público".

2.2 Ofensa a regras da aplicação da lei penal

19. Também no terreno da aplicação da lei penal a delirante tentativa de incriminar a pessoa jurídica se mostra inviável frente à multiplicidade de problemas que seriam gerados em setores importantes do sistema teórico e prático do Direito Penal com seus naturais reflexos no quadro do processo penal. Uma sumária abordagem neste capítulo possibilita identificar algumas dessas dificuldades.

a) O tempo do crime

20. Nos termos do art. 4.º do CP, com a redação determinada pela Lei 7.209, de 11.7.84, considera-se praticado o crime no momento da ação ou omissão, ainda que outro seja o momento do resultado. A redação primitiva da Parte Geral do Código não estabelecia um critério reitor, deixando para a doutrina a definição entre as teorias da *atividade*, do *resultado* e a *mista*. Ao decidir-se pela primeira, o legislador entende que o momento da ação (ou da omissão) é que estabelece a marca temporal de qual resultam múltiplas conseqüências, entre elas o início da contagem do prazo prescricional (CP, art. 111).

21. Com a opção adotada, o sistema positivo faz da atividade o referencial exclusivo para reconhecer o tempo em que o crime foi praticado. Relativamente ao fato típico produzido pelo homem, nenhuma dificuldade maior poderá ocorrer, uma vez identificada a causa (conduta) que produziu o resultado (CP, art. 13). Porém, torna-se as mais das vezes impossível apurar o momento do delito quando o evento é característico dos *reati collegiali*, isto é, daqueles crimes

que surgem não dos sujeitos reunidos com tal objetivo, como na quadrilha ou bando, mas do interior da entidade já constituída pela lei ou pelo contrato, como sucede com a delinquência econômica e ecológica.

Com a teoria adotada para definir o momento do crime, o Código se orienta por um conceito de ação (ou omissão) humana, vale dizer, aquela atividade final própria das pessoas físicas. O entendimento contrário, isto é, de que a ação pode ser praticada pela pessoa jurídica encontra resistência intransponível da doutrina como se procura demonstrar nos itens 24 e 25 (*infra*).

b) O lugar do crime

22. Considera-se praticado o crime no lugar em que ocorreu a ação ou omissão, no todo ou em parte, bem como onde se produziu ou deveria produzir-se o resultado (CP, art. 6.º).

Também quanto a este tema o legislador decidiu-se em favor de uma das três teorias que disputavam preferência: a) *teoria da atividade*: o lugar do delito é aquele em que o agente desenvolveu a ação ou a omissão (atos executórios); b) *teoria do resultado*: também designada por *teoria do evento* ou *teoria do efeito*, o lugar do delito é o lugar da produção do resultado; c) *teoria da ubiquidade*: considera-se como *locus delicti* tanto o local da conduta como o do resultado. Esta foi a teoria agasalhada pelo sistema positivo brasileiro.

23. Em relação à (suposta) capacidade penal da pessoa jurídica, plantam-se novos problemas. Como estabelecer o local da "atividade" delituosa em relação às associações que têm diretorias e administrações em várias partes do território nacional? Ou relativamente às sociedades por ações que segundo os respectivos estatutos, é comandada pelo Conselho de Administração ou somente pela Diretoria (Lei 6.404, de 15.12.76, art. 138)?

Se tal problema poderia ser solucionado à luz da adoção do critério da ubiquidade, reconhecendo-se como lugar do delito o lugar do dano ou do perigo de dano (nos crimes econômicos, financeiros e contra as relações de consumo, por exemplo) restariam as dificuldades insuperáveis para definir os lugares onde os atos de execução foram praticados, a fim de apurar a responsabilidade dos administradores ou procuradores.

2.3 Ofensa a princípios relativos à teoria do crime

a) A conduta humana

24. A conduta, revelada através da ação ou da omissão, como primeiro elemento estrutural do crime, é produto do homem.

A literatura internacional, pela pena de eminentes escritores, não reconhece às pessoas jurídicas a capacidade de ação ou omissão como elemento primário da infração penal. Entre outros, pode-se referir Bettiol;⁷ Welzel;⁸ Jescheck;⁹ Maurach;¹⁰ Antolisei¹¹ e Zaffaroni.¹²

7. Giuseppe Bettiol, *Diritto penale — Parte Generale*, 11.ª ed., Cedam, Padova, 1982, p. 409.

8. Hans Welzel, *Derecho Penal Aleman — Parte General*, trad. Juan Bustos Ramírez e Sergio Yáñez Pérez, Ed. Jurídica de Chile, 11.ª ed., 1970, p. 50: "Toda la vida comunitaria del hombre se estructura, para bien o para mal, sobre la actividad final del hombre".

9. Hans-Heinrich Jescheck, *Tratado de Derecho Penal — Parte General*, trad. e acréscimos do direito espanhol por S. Mir Puig e F. Muñoz Conde, Bosch Casa Editorial, S.A., Barcelona, 1981, I/299.

10. Reinhart Maurach, *Tratado de Derecho Penal*, trad. Juan Córdoba Roda, Ed. Ariel, Barcelona, 1962, p. 178.

11. Francesco Antolisei, *Manuale di Diritto Penale — Parte Generale*, 7.ª ed., Giuffrè Ed., 1975, p. 480.

12. Zaffaroni, *Tratado de Derecho Penal — Parte General*, Ediar, B. Aires, 1981, III/57.

25. Os penalistas brasileiros, de modo geral, quando tratam deste assunto qualificam a ação como atributo exclusivo do ser humano. A propósito, Francisco de Assis Toledo: "Poder-se-á, pois, dizer, parodiando o poeta, que, no mundo social, só os seres humanos são capazes de ouvir e de entender as normas, portanto só eles podem cometer crimes".¹³ Em outras palavras: somente através da ação é que as tendências e deliberações criminosas do sujeito podem tornar-se juridicamente relevantes e colocar em funcionamento a justiça penal.¹⁴

O conceito de ação como "atividade humana conscientemente dirigida a um fim",¹⁵ vem sendo tranquilamente aceito pela doutrina brasileira,¹⁶ o que implica no *poder de decisão pessoal* entre fazer ou não fazer alguma coisa, ou seja, num atributo inerente às pessoas naturais. A quase unanimidade de penalistas, independentemente de suas concepções acerca das teorias sobre a ação, também repudia a hipótese da conduta ser atribuída à pessoa jurídica. Vale referir: Basileu Garcia: "Sujeito ativo do delito, ou agente, é quem o pratica. Só o homem, individualmente ou associado, pode sê-lo";¹⁷ Manoel Pedro Pimentel: "Responsabilizar criminalmente a pessoa jurídica é solução que a doutrina

13. Francisco de Assis Toledo, *Princípios básicos de Direito Penal*, Saraiva, S. Paulo, 1986, p. 85.

14. Anibal Bruno, *Direito penal: Parte Geral*, Forense, Rio, 1967, t. 1.º, p. 296.

15. Cf. Heleno Cláudio Fragoso, *Lições de Direito Penal: a nova parte geral*, Forense, Rio, 1985, p. 152.

16. Damásio de Jesus, "Conduta é a ação ou omissão humana consciente e dirigida a determinada finalidade" (*Direito Penal: Parte Geral*, Saraiva, S. Paulo, 1985, 1.º/197).

17. Basileu Garcia, *Instituições de Direito Penal*, Max Limonad, 4.ª ed., S. Paulo, I/214, t. I.

predominante não aceita";¹⁸ Jair Leonardo Lopes: "A ação humana, aqui conceituada, é simplesmente a atividade orientada no sentido de um fim";¹⁹ Miguel Reale Júnior: "Ao agir, o homem escolhe meios idôneos à consecução do fim almejado. A ação se alicerça em uma escolha de fins e de meios a estes adequados enquanto que a escolha se funda e um valor que se coloca como o fim mesmo da ação";²⁰ José Henrique Pierangelli: "Posto que a ordem jurídico-penal só regula condutas humanas, estabelecemos que as pessoas jurídicas não possuem capacidade de conduta";²¹ Juarez Tavares: "A vontade eleva-se, pois, à condição de 'espinha dorsal da ação'. Sem vontade não há ação, pois o homem não é capaz nem de cogitar de seus objetivos, se não se lhe reconhece o poder concreto de prever os limites de sua atuação";²² Antonio de Queiroz Filho: "A conduta criminosa: a ação e a omissão. O homem é um ser que se conduz. E, partindo desta característica que singulariza a criatura humana, conduta significa, na continuidade da vida, o modo de viver";²³ Luiz Luisi: "Todo ser vivo racional, ou melhor, toda pessoa humana, pode, em princípio, ser sujeito ativo de um delito. A regra, pois, é que todo homem, isto é, todas as pessoas físicas, têm condi-

ções — e elas exclusivamente — para serem sujeitos de um delito referido nos tipos penais";²⁴ Júlio Fabbrini Mirabete: "Apresenta a conduta várias características, a seguir mencionadas. É um comportamento humano, não estando incluídos, portanto, os fatos naturais (raio, chuva, terremoto), os do mundo animal e os atos praticados pelas pessoas jurídicas";²⁵ João José Leal: "Sendo o crime conduta humana, fica claro que somente o ser humano tem capacidade para delinquir. Até o final da Idade Média a justiça criminal julgava e condenava também animais como autores de infrações penais. Hoje apenas o homem pode ser o sujeito ativo do crime. É que a conduta delituosa exige a manifestação da vontade conscientemente dirigida a um fim e somente o ser humano pode atuar voluntariamente";²⁶ Sheila Jorge Selim de Sales: "Assim, segundo a nossa lei penal, às pessoas coletivas não se empresta nem 'capacidade de ação' nem 'capacidade de culpa'. Não há que se falar, pois, em 'responsabilidade penal' das mesmas, bem como em sanções penais a elas aplicáveis e em relação a elas exequíveis, tendo em vista o Código Penal e diante dos objetivos traçados na Lei de Execução Penal".²⁷

Em sentido contrário se manifesta João Marcello de Araújo Júnior: "A nosso juízo, as pessoas jurídicas têm vontade e capacidade de agir" (...) "Assim, entendemos que as pessoas

18. Manoel Pedro Pimentel, *Direito Penal Econômico*, RT, S. Paulo, 1973, p. 148.

19. Jair Leonardo Lopes, *Curso de Direito Penal — Parte Geral*, RT, S. Paulo, 1993, p. 109.

20. Miguel Reale Júnior, *Antijuridicidade concreta*, José Bushatsky Ed., S. Paulo, 1973, p. 39. A passagem transcrita está subordinada ao item que trata da "Compreensão axiológica do tipo e da ação".

21. José Henrique Pierangelli, *Escritos jurídico-penais*, RT, S. Paulo, 1992, p. 18.

22. Juarez Tavares, *Teorias do delito*, RT, S. Paulo, 1980, p. 59.

23. Antonio de Queiroz Filho, *Lições de Direito Penal*, RT, S. Paulo, 1966, p. 121.

24. Luiz Luisi, *O tipo penal, a teoria finalista e a nova legislação penal*, Sérgio Antonio Fabris Ed., Porto Alegre, 1987, p. 43.

25. Júlio Fabbrini Mirabete, *Manual de Direito Penal — Parte Geral*, Atlas, S. Paulo, 1985, 1/106.

26. João José Leal, *Curso de Direito Penal*, Sérgio Antonio Fabris Ed., Porto Alegre, 1991, p. 147.

27. Sheila Jorge Selim de Sales, *Do sujeito ativo*, Livraria Del Rey Ed., Belo Horizonte, 1993, p. 40.

jurídicas têm capacidade de vontade e de ação".²⁸

b) A crise do concurso de pessoas

26. A abolição de princípios e regras fundamentais ao Direito Penal em favor da adoção da capacidade penal da pessoa jurídica irá, fatalmente, gerar uma crise insolúvel também nos domínios do concurso de pessoas. Como pensar na *vontade comum* inerente à concorrência, entre a pessoa física, vinculada ou não à empresa, e esta quando se procure estabelecer a natureza e o grau da *divisão de tarefas*? Haverá possibilidade de se reconhecer a co-autoria entre a pessoa física e a pessoa jurídica? Como imaginar a hipótese de *instigação*, ou seja, da forma intelectual de participação pelo estímulo, que pressupõe a atividade psicológica de um agente em relação ao outro? Seriam muitas as situações espantosas desse festival de surrealismo promovido no cenário do processo penal. Alguns aspectos podem, desde já, ser abordados.

c) A medida da culpabilidade

27. Para evitar que os limites da relação de causalidade se ampliem ao infinito nos casos de participação e auxílio no concurso de pessoas, o Código Penal instituiu a *cláusula de adequação* através da exigência da culpabilidade que atua como fundamento e limite da pena. Reza o art. 29: "Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, *na medida de sua culpabilidade*".

Como, porém, "medir" a "culpabilidade" da pessoa jurídica quando ela "participar" do fato típico realizado pela pessoa física? Como saber a forma de

participação (mandato, comando, conselho e ameaça) ou de cumplicidade (auxílio material)? *Quem é quem* na estrutura administrativa da sociedade por ações ou da pessoa jurídica de Direito Público Interno para ser identificado como o prestador do serviço de informações? *Quem* poderá identificar a forma e o alcance da participação ou do auxílio? Em outras palavras: para *quem* o Delegado de Polícia (*rectius*: o escrivão) vai mandar a intimação?

d) A participação de menor importância

28. Dispõe o § 1.º do art. 29 do CP que "se a participação for de menor importância, a pena pode ser diminuída de 1/6 a 1/3".

Segundo orientação da jurisprudência, quanto mais a conduta se aproximar do núcleo do tipo, maior deverá ser a pena; quanto mais distante, menor deverá ser a resposta penal. A verificação concreta da menor importância da participação deve ser aferida em razão da eficiência na produção do evento.

e) A vontade de um crime menos grave

29. Se algum dos concorrentes *quis* participar de crime menos grave, ser-lhe-á aplicada a pena deste; essa pena será aumentada até metade, na hipótese de ser *previsível* o resultado mais grave (CP, § 2.º do art. 29).

As noções de *vontade* e *previsibilidade* certamente não se acomodam à estrutura da pessoa jurídica para se deslindar o problema referente à diferença entre o crime "pensado" e "querido" pela empresa ou associação, por exemplo, e o crime efetivamente praticado pelo seu preposto, com desvio de mandato.

30. Indubitavelmente, o tema da cooperação dolosamente distinta é mais um desafio para os patronos da responsabilidade criminal da pessoa jurídica.

28. João Marcello de Araújo Júnior, *Dos crimes contra a ordem econômica*, RT, S. Paulo, 1995, pp. 74 e 76.

ca. Cuida-se, neste passo, de reconhecer, por um lado, a exigência da *individualização da culpa* e, por outro, o imperativo da *proporcionalidade da punição*, em razão de o fato mais grave se conservar na linha de desdobramento psicológico da conduta do partícipe.

f) *As circunstâncias comunicáveis*

31. A pessoa jurídica poderá ser acusada pela prática de crime funcional sempre que “participar” no fato cometido por um servidor público, como, por exemplo, o peculato? Essa curiosa indagação somente poderá ser respondida com a admissibilidade de um *concurso anfibio* no qual a imaginação criadora do futuro legislador colocasse em letra de forma tal excentricidade.

32. A expressão “circunstâncias e condições de caráter pessoal” (CP, art. 30) indica o caráter subjetivo do coautor ou partícipe. Referem-se às condições ou qualidades do sujeito, à imputabilidade, à culpabilidade, ao dolo e à culpa, a reincidência e também às relações entre o culpado e a vítima.

g) *O tipo subjetivo: o dolo*

33. Nos termos do art. 18, diz-se o crime *doloso*, “quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo”.

Comentando esse dispositivo, Silva Franco observa que a reforma instituída pela Lei 7.209, de 11.7.84, deslocou o dolo — e também a culpa — do antigo domínio da culpabilidade para o terreno da tipicidade e, com tal orientação, atendeu a um dos postulados da teoria finalista da ação. E exemplifica, também, com as disposições dos arts. 20 (erro de tipo) e 29 (concurso de pessoas).²⁹

29. Alberto Silva Franco, *Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial*, 5.ª ed., RT, S. Paulo, 1995, p. 196.

34. Conforme autorizada doutrina, o *dolo* “é a consciência e vontade na realização da conduta típica. Compreende um *elemento cognitivo* (conhecimento do fato que constitui a ação típica) e um *elemento volitivo* (vontade de realizá-la).”³⁰

Distinguem-se, a partir do próprio texto legal, o *dolo direto* e o *dolo eventual*. Como é curial, no primeiro o agente *quer* o resultado como próprio de sua conduta; no segundo, aceita o risco de produzi-lo. A dificuldade prática em se reconhecer uma ou outra dessas modalidades de comportamento, principalmente quando se trate de separar o *dolo eventual* da *culpa consciente*, somente poderá ser contornada pelo diagnóstico da vontade.

Segundo Platão, o primeiro significado de vontade é o *apetite racional* ou conforme a razão, enquanto se distingue do *apetite sensível* que é o desejo. E, conforme Santo Agostinho, a vontade é identificada como princípio geral da ação, isto é, como *aptidão*.³¹

35. Torna-se impossível recortar, nos casos ocorrentes da vida, essas flutuações do pensamento e da representação que irão convergir na direção da conduta sem a identificação do universo interior do sujeito ativo do crime. Em acórdão relatado no Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, Silva Franco expõe com bastante clareza esse desafio judicial: “O momento volitivo se manifesta na esfera do subjetivo, no íntimo do agente e, deste modo, não é um dado da realidade que possa ser diretamente apreendido. Mas isto não significa que não possa ser extraído do *caráter* do agente e de todo o complexo de circunstâncias que cercaram o seu atuar.”³²

30. Heleno Cláudio Fragoso, ob. cit., p. 175.

31. Em Nicola Abbagnano, *Dicionário de Filosofia*, trad. de Alfredo Bosi, Ed. Mestre Jou, S. Paulo, 1970, pp. 970-971.

36. Os problemas relativos ao *erro de tipo*, tratados na sede da tipicidade e ao *erro de proibição*, analisado no quadro da ilicitude (CP, arts. 20 e 21), têm natureza e conteúdo radicalmente humanos. A distinção, amplamente aceita no plano penal, entre *erro* (a representação defeituosa da realidade) e a *ignorância* (a falta de representação da realidade) tem a sua base no processo psicológico, pois tanto o *conhecimento falso* como o *não conhecimento* se remetem ao universo interior do homem.

Nas primeiras linhas de sua monografia sobre o tema, à luz do sistema penal brasileiro, Luiz Flávio Gomes refere-se ao antigo provérbio latino: *errare humanum est*. E acentua que o erro “faz parte do cotidiano do homem e se a ciência jurídica, de modo especial a ciência penal, cuida, sobretudo, dos acontecimentos humanos, é evidente que deve também se ocupar do erro”.³² Em outra importante passagem de seu lúcido estudo, acolhe o axioma segundo o qual “a culpabilidade tem como fundamento a liberdade de vontade e esta tem seu limite extremo na previsibilidade e na evitabilidade”³⁴ que, como é curial, são operações do espírito humano.

h) Os tipos culposos e omissivos

37. Como bem observa Juarez Tavares, os tipos de *delitos culposos* e *omissivos* possuem outras características das do delito doloso comissivo. “O *delito culposo* contém, em lugar do tipo subjetivo, uma característica normativa aberta: o *desatendimento ao cuidado*

objetivo exigível ao autor. O crime omissivo anexa-se à infração do *dever ser de agir* (legalmente determinado) ou de *impedir o resultado* (tendo a real possibilidade física de realizar a ação)”.³⁵

38. A *culpa* consiste na violação de um dever de cuidado objetivo, resultante tal violação de um comportamento imprudente, negligente ou imperito. A propósito, o Anteprojeto de Código Penal elaborado por Nelson Hungria (1963) definia o crime culposo como a conduta do agente que, deixando de empregar a atenção ou a diligência ordinária ou especial a que estava obrigado em face das circunstâncias, não previu o resultado ou, prevendo-o, supunha levianamente que não se realizaria ou que poderia evitá-la (art. 16, II). Na primeira hipótese, diz-se que a culpa é *inconsciente*; na segunda, que é *consciente*.

39. Uma das mais freqüentes modalidades de responsabilidade civil imposta aos entes coletivos, tanto públicos ou privados, se situa muito mais nos domínios da negligência que da imperícia ou da voluntariedade (CC, art. 159). O problema da negligência, em sede penal, jamais seria resolvido com a atribuição de imputabilidade penal à pessoa jurídica. Conforme a lição de Juarez Tavares, a questão da ação típica é, sem dúvida, bastante complexa nos delitos negligentes, “pois envolve tanto os elementos constitutivos da conduta humana em geral, como os requisitos da estrutura normativa, expressa no dever de cuidado”.³⁶

i) Os elementos subjetivos do tipo

40. Não se confundem as hipóteses de dolo ou da culpa *stricto sensu*, como tipos subjetivos da *conduta* ilícita, com os elementos subjetivos do tipo. A

32. Em Alberto Silva Franco, ob. cit., p. 206.

33. Luiz Flávio Gomes, *Erro de tipo e erro de proibição (e a evolução da teoria causal-naturalista para a teoria finalista da ação)*, 2.ª ed., RT, S. Paulo, 1994, p. 17.

34. Ob. cit., p. 114.

35. Ob. cit., p. 68.

36. Juarez Tavares, *O direito penal da negligência*, RT, S. Paulo, 1985, p. 134.

propósito, observa com propriedade Luiz Luisi, que o legislador, ao elaborar os tipos legais de ilícito, muitas vezes insere neles expressões que traduzem, “além do dolo, certos estados de consciência do agente, bem como situações sentimentais e afetivas, e outras de matizes inquestionavelmente subjetivas”.³⁷ São várias as indicações em tal sentido: a) quando o agente deve ter conhecimento de determinada circunstância (ofensa à pessoa jurídica);³⁸ b) quando o tipo fixa um determinado fim (o rapto); c) quando o tipo fixa um determinado fim que se realiza com o delito (o homicídio com o objetivo de ocultar outro crime); d) quando o tipo prevê a conduta com determinado ânimo (furto); e) quando o tipo estabelece um estado psicofísico do autor (infanticídio).³⁹

j) A responsabilidade em função da culpa

41. “Sem culpabilidade não existe pena”. Este é um dogma de segurança individual garantido pelo sistema penal brasileiro, que não admite a responsabilidade objetiva ou sem culpa.

A doutrina clássica de Direito Penal considera a culpabilidade como um dos elementos estruturais do delito para se evitar a adoção da responsabilidade objetiva. Modernamente se sustenta que a culpabilidade não se esgota na relação de desconformidade substancial entre o fato e o ordenamento jurídico “sino que además fundamenta el reproche personal

contra el autor, en el sentido de que no omitió la acción antijurídica aun cuando podía omitirla. La conducta del autor no es como se la exige el Derecho, aunque él habría podido observar las exigencias del deber ser del Derecho.”⁴⁰ Dentro de tal perspectiva, a culpabilidade é um *pressuposto* da pena em obediência ao aforisma de garantia *nulla poena sine culpa*. Acolhendo esta linha de raciocínio, Damásio de Jesus conclui que “a culpabilidade é pressuposto da pena e não requisito ou elemento do crime”.⁴¹

42. A Lei 7.209, de 11.7.84, que reformou a Parte Geral do Código Penal brasileiro, harmoniza-se com o primado *nulla poena sine culpa*, expressamente consagrado em vários dispositivos: arts. 19, 20, 21 e 29, por exemplo. A culpabilidade é indicada como o primeiro dado de consulta para a fixação judicial da pena, para se estabelecer o regime inicial de execução e para operar a substituição da pena privativa de liberdade por outra cabível (art. 59).

Nos termos da Constituição brasileira, o princípio da culpa é extraído de um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, ou seja, da “dignidade da pessoa humana” (art. 1.º, III). Esta compreensão do generoso princípio em função do texto constitucional também se verifica em Portugal. Na correta afirmação de Souza e Brito, “a culpa pressupõe a consciência ética e a liberdade do agente, sem admissão das quais não se respeita a pessoa nem se entende o seu direito à liberdade. Implica que não há pena sem culpa, excluindo-se a responsabilidade penal objectiva, nem medida de pena que exceda a da culpa.”⁴²

37. Luiz Luisi, ob. cit., p. 69.

38. Tratava-se do tipo previsto no art. 147 do CP/69 (Dec.-lei 1.004 de 21.10.69) com as alterações da Lei 6.016, de 31.12.73, contendo a seguinte redação: “Propalar fatos, que sabe inverídicos, capazes de abalar o crédito de uma pessoa jurídica ou a confiança que esta merece do público”.

39. Luiz Luisi, ob. cit., pp. 69 e ss.

40. Hans Welzel, ob. cit., p. 196.

41. Damásio de Jesus, ob. cit., ed. de 1991, p. 398.

42. José de Souza e Brito, “A lei penal na Constituição”, trabalho pub., em *Estudos sobre a Constituição*, Ed. Livraria Petrony, Lisboa, 1978, 2.º/197.

43. A culpabilidade jurídico penal tem como elementos: a imputabilidade, a consciência (real ou potencial) da ilicitude do fato e a exigibilidade de conduta diversa.

O princípio da culpabilidade se extrai do direito positivo, como se poderá ver pelos arts. 19, 29 e 121, § 5.º do CP e se manifesta em outros dispositivos referentes ao crime e à pena (arts. 20 e § 1.º; 21; 22; 26 e parágrafo único; 27; 28, §§ 1.º e 2.º; 29 e §§).

44. Não se admite a capacidade criminal das pessoas jurídicas em face da exigência da culpabilidade que atua como fundamento e limite da pena. O primado *nulla poena sine culpa* é expressamente declarado pelo Código Penal: "Art. 19. (Agravação pelo resultado). Pelo resultado que agrava especialmente a pena, só responde o agente que o houver causado ao menos culposamente".

A culpabilidade é indicada como o primeiro elemento de referência para escolher e quantificar a pena, "conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime" (CP art. 59). E é novamente mencionada quando o Código trata do concurso de pessoas, ao declarar: "Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade".

Pode-se afirmar que no sistema proposto pela Lei 7.209, de 11.7.84, a culpa é o fundamento e a medida da pena enquanto a periculosidade é a base para a imposição da medida de segurança.

Nos costumes jurídicos brasileiros, a "culpabilidade da pessoa jurídica" é uma hipótese manifestamente incompatível não somente com a realidade ontológica das pessoas morais como também com o refinado conceito de culpa, vista como "reprovabilidade da conduta ilícita (típica e antijurídica) de quem tem capacidade genérica de entender e de querer (imputabilidade) e

podia, nas circunstâncias em que o fato ocorreu, conhecer a sua ilicitude, sendo-lhe exigível comportamento que se ajuste ao Direito".⁴³

Em obra que aborda o universo da criminalidade econômica, Gérson Pereira dos Santos pondera que falar-se em responsabilidade das pessoas jurídicas continua parecendo a muitos *cegueira científica*, malgrado o magistério de tantos estudiosos. No entanto, e apesar de reconhecer que a factual hipótese da responsabilidade da pessoa coletiva não se compagina com o império dos conceitos de culpa e personalidade da pena, o mestre baiano adverte que "o dissídio não é insuperável".⁴⁴

45. A imputabilidade é a *capacidade de culpa*. Segundo o conceito normativo extraído dos arts. 26 e 27 do CP, a imputabilidade consiste na reunião dos pressupostos de capacidade bio-psicológica que deve ter a pessoa humana, a partir dos 18 anos de idade, para entender o caráter criminoso do fato e de se determinar de acordo com esse entendimento. O requisito da idade é um dos dogmas nesse terreno como se verifica pela enfática redação do art. 228 da CF: "São penalmente inimputáveis os menores de 18 anos, sujeitos às normas da legislação especial".

46. A pretensão de se incriminar as pessoas coletivas esbarra na impossibilidade de se conceber que uma empresa comercial, por exemplo, tenha possibilidade de formar a "consciência de ilicitude" da atividade que é desenvolvida pelos seus prepostos e servidores. Nem seria razoável formular-se um juízo de reprovabilidade penal pelo desempenho de uma instituição financeira, embora seja possível estabelecer-se o

43. Heleno Cláudio Fragoso, *Lições de Direito Penal*, cit. p. 202.

44. Gérson Pereira dos Santos, *Direito Penal Econômico*, Saraiva, S. Paulo, 1981, pp. 137 e 134, respectivamente.

juízo externo de reprovação pelo seu comportamento nocivo junto ao mercado mobiliário. Mas, trata-se de um julgamento que desagua na imputação da responsabilidade administrativa, fiscal e civil; jamais de natureza criminal.

Também é importante acentuar que a culpa deve ser livre não somente em sua causa, isto é, na formação da consciência do proibido, mas, também, durante o itinerário do delito. E não é possível afirmar-se a autonomia da liberdade da pessoa jurídica que atua em consequência da conduta de seus agentes.

2.4 Ofensa a princípios relativos à teoria das penas e das medidas de segurança

a) Concepção nuclear da pena

47. Etimologicamente e na sua compreensão generalizada, a pena criminal é expressão de sofrimento e tormento, cuja imagem foi muito bem apreendida por Carnelutti ao estabelecer a relação entre *pena e dolore*.⁴⁵

Por outro lado, a pena deve ser necessária e suficiente para a prevenção e a reprovação do crime (CP, art. 59). O seu caráter nitidamente aflictivo se desume do sistema positivo ao tratar das medidas penais não institucionais como o livramento condicional e a suspensão da pena mediante condições que recortam a liberdade do condenado. Outro exemplo claro da identificação da pena como sofrimento nos vem da redação do § 5.º do art. 121 do CP: "Na hipótese de homicídio culposo, o juiz poderá deixar de aplicar a pena, se as circunstâncias da infração atingirem o próprio agente de forma tão grave que a sanção penal se torne desnecessária".

45. *Principi del processo penale*, Morano Ed., Napoli, 1960, p. 30, lembrado por Francisco de Assis Toledo, ob. cit., p. 217.

48. Através desta *previsão legal da tragédia*, verifica-se que a pena é sofrimento, é dor, enfim, uma *procissão de amargura*, mesmo naquelas hipóteses em que a liberdade física não é suprimida.

b) A aplicação da pena

49. A individualização judicial da pena, como um corolário lógico do princípio constitucional da personalidade da sanção constitui uma das mais importantes etapas da realização do Direito Penal. Pressupõe um conjunto de elementos de fato e de Direito sobre os quais o juiz vai refletir para a escolha e a quantidade da reação necessária e suficiente a fim de reprovar e prevenir o crime, bem como sobre o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade e a substituição desta espécie por outra (penas restritivas de direito e multa) (CP, art. 59).

A *culpabilidade*, os *motivos* e as *circunstâncias subjetivas* compõem parte de um roteiro indispensável a ser seguido pelo juiz além da verificação de outros indicadores como os antecedentes, a conduta social, a personalidade, as consequências do crime e o comportamento da vítima. Se a pessoa jurídica, *in these*, é portadora de alguns deles, não o será certamente quanto à maioria, que pressupõe a condição do *ser homem*.

c) A execução da pena

50. Para fechar o circuito de objeções à tentativa de se incriminar a pessoa jurídica (embora sem esgotar o tema) convém insistir num ponto: é inconcebível falar-se em execução da pena criminal — que pressupõe aflição e reinserção social — sobre a pessoa jurídica. Com efeito, tanto a pena como a medida de segurança se destinam ao *homem de carne e osso*, que é o destinatário das reações contra o delito.

O art. 1.º da Lei 7.210, de 11.7.84 (Lei de Execução Penal), embora não tenha assumido nenhum compromisso programático com a recuperação social ou reeducação do infrator, declara que “a execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”. Poderia a pessoa jurídica ser a destinatária de tal preceito?

d) Concepção nuclear da medida de segurança

51. Relativamente às medidas de segurança, além da prática de um fato previsto como crime, é seu pressuposto a *periculosidade* do agente. Trata-se de um conceito normativo que se extrai do art. 26 e parágrafo único do CP e válido somente em relação às pessoas naturais. A *internação* e o *tratamento ambulatorial*, como espécies das medidas de segurança (CP, art. 96), têm caráter pessoal em face da natureza das providências adotadas para lutar contra a periculosidade. O paciente internado ou em liberdade (CP, art. 97 e ss.; LEP, art. 172 e ss.) é somente o homem, como portador de anomalias biopsicológicas que o distinguem das demais pessoas.

2.5 Ofensa a princípios e regras do Direito Processual Penal

52. Os corifeus e os propagandistas da capacidade criminal das pessoas coletivas ainda não se dedicaram ao trabalho de analisar as conseqüências desse projeto no quadro do processo penal. Existem as mais variadas implicações com a *metamorfose* do Município ou da empresa industrial, por exemplo, em acusados na ação penal quando o desabamento de um prédio ou a poluição de águas constituírem fatos típicos. Quem prestará, em nome do “réu” ou da “ré”, o interrogatório? Ou o sistema legal dispensará em

tal hipótese o interrogatório que, além de um meio geral de prova é, também, um elemento de defesa? Como se tornará efetiva a investigação policial ou mesmo a instrução criminal se a pessoa jurídica tiver vários centros de atividade e que o fato típico tenha sido gerado por mais de um deles? Quais as testemunhas a serem ouvidas, principalmente se a ré tiver também domicílio em outras comarcas do Estado e do País? E se for uma transnacional?

Princípios e regras da maior importância, como os relativos à investigação, à verdade material, à concentração e à imediação, serão gravemente comprometidos pela *aventura* de se perseguir a pessoa coletiva como causadora de um evento delituoso. O assunto justifica uma exposição mais detalhada, tarefa que se remete para outra oportunidade.

53. No entanto, há necessidade de se destacar a frustração de um outro e importantíssimo princípio: o do *ônus da prova* (CPP, art. 156). Ultimamente se intensificam os precedentes dispensando a individualização das condutas em caso do chamado *crime de autoria coletiva*. Louvando-se no § 5.º do art. 39 do CPP, o Ministério Público vem dispensando a realização de inquérito (policial ou administrativo) para apresentação de denúncia em casos de crimes contra a ordem econômica e tributária, as relações de consumo e o meio ambiente.⁴⁶ Em tais situações o desafio imposto aos advogados criminalistas é muito relevante para demonstrar a violação dos mais caros princípios

46. Essa praxe tem, na generalidade, a interpretação literal e arbitrária do art. 28 da Lei 7.492/86. Não se confundem, obviamente, as noções de “documentos necessários à comprovação do fato” — para a responsabilidade fiscal — com os elementos do *corpus delicti* indispensáveis para estabelecer a responsabilidade criminal e as formas de participação, em se tratando de crime de autoria coletiva.

de ordem pública como observa Antonio Cláudio Mariz de Oliveira.⁴⁷

54. A tradição da jurisprudência do STF, em matéria de crime de autoria coletiva, era a de exigir a descrição individualizada da participação de cada um dos acusados no fato punível, para possibilitar o exercício do contraditório e da ampla defesa.⁴⁸ No entanto, aquela orientação vem se modificando como se constata pelo seguinte paradigma: “Nos casos de autoria conjunta ou coletiva, e em especial nos delitos praticados em sociedade, não se faz indispensável a individualização da conduta específica de cada agente”.⁴⁹

Em seu voto, na qualidade de relator, o Min. Octávio Gallotti declarou: “A circunstância de não individualizar a conduta específica de cada agente não se faz indispensável, como já assentou, este Tribunal, nos casos de autoria conjunta ou coletiva (HC 58.802, *RTJ* 100/556) e, em especial, nos delitos praticados em sociedade (HC 59.857, *RTJ* 104/1.002), hipótese em que consiste a espécie versada nestes autos. A participação ou não do recorrente, ante o que se argumenta no pedido, só com a prova produzida no curso da ação penal poderá ser averiguada. Não no âmbito estreito da via ora intentada. Nego provimento ao recurso”.⁵⁰

47. Antonio Cláudio Mariz de Oliveira, “A responsabilidade penal e os crimes tributários”, em *Seminário sobre crimes contra a ordem tributária*, Ed. IOB, S. Paulo, 1995, p. 9.

48. Em tal sentido, *RT* 574/440, *RT* 576/472.

49. RHC 62.968-7 (SP), j. 10.5.85, *RT* 597/416. No mesmo diapasão o acórdão de 20.9.94, HC 71.788-8 (PR), *DJU* 4.11.94, Sec. I, p. 29.830: “A denúncia, nos casos de crimes de autoria coletiva ou conjunta, em especial nos delitos praticados em sociedade, pode conter narração genérica dos fatos, sem especificação pormenorizada da conduta de cada agente, desde que não prejudique o direito de defesa, segundo jurisprudência do STF quanto ao art. 41 do CPP”.

50. *RT* 597/418. (Grifos do original).

Essa inversão do ônus da prova tem sido freqüente em ações penais instauradas contra diretores de empresa cujos nomes constam do contrato social, requisitado para instruir o procedimento fiscal. Em muitos casos são denunciados diretores que não mais exercem, de fato, qualquer atribuição na empresa e assim, não teriam participado de forma alguma para o apontado delito. E não são raras as aberturas de processo criminal contra a esposa do diretor ou gerente porque seu nome integra um dos conselhos.⁵¹

O STJ, ao qual compete uniformizar a interpretação e a aplicação, em última instância, da lei federal, não conheceu de Recurso Especial questionando a falta de individualização das condutas dos agentes em concurso. Vale transcrever: “O crime de autoria coletiva não obriga, a denúncia, a pormenorizar o envolvimento de cada réu, bastando a narrativa genérica do delito, sem que tolha, evidentemente, o exercício da defesa”.⁵² Em outro paradigma, a mesma Corte Federal já sentenciou que em se tratando dos denominados “crimes coletivos” (*rectius*: autoria coletiva), “os tribunais têm sido complacentes quanto à exigência da descrição da atividade de cada um dos partícipes (CP, art. 41)”.⁵³

51. Um dos poucos casos de limitação desse critério se contém na decisão do HC 94.04.09448-0/PR, da 1.ª T. do TRF da 4.ª Reg., j. 28.4.94. Embora admitindo a desnecessidade de descrição detalhada da participação, o Tribunal excluiu da denúncia a paciente “que era apenas sócia-quotista da empresa, e não ocupava funções de gerência e nem participava da administração da empresa” (*DJU* 8.6.94).

52. *RSTJ* 25/367, set. 91.

53. RHC 2.768-3 (93.013505-8) — SP, j. 28.6.93, 6.ª T., *DJU* 16.8.93, Sec. I, p. 15.996. No mesmo rumo e também do STJ: RHC 2.308-2 — RS, j. 5.2.93, em *DJU* 15.3.93, Sec. I, p. 3.823; RHC 2.847-5 (BA), j. 18.8.93, em *DJU* 13.9.93, Sec. I, p. 18.572; HC 2353-6 (PA), j. 8.2.94, em *DJU* 11.4.94, Sec. I, p. 7.659 e RHC 3.560-9 (PA), j. 18.4.94, em *DJU* 9.5.94, Sec. I, p. 10.885.

3. A LEGISLAÇÃO EM VIGOR

55. No sistema jurídico positivo brasileiro, a responsabilidade penal é atribuída, exclusivamente, às pessoas físicas. Os crimes ou delitos e as contravenções não podem ser praticados pelas pessoas jurídicas, posto que a imputabilidade jurídico-penal é uma qualidade inerente aos seres humanos. Quando o Código Penal trata deste tema o faz em consideração exclusiva às pessoas naturais, como agentes que revelam capacidade para entender o caráter ilícito do fato e de determinar-se de acordo com esse entendimento (art. 26). Os inimputáveis, sejam maiores ou menores, e os semi-imputáveis, são as pessoas físicas em torno das quais gravitam as noções de responsabilidade ou de irresponsabilidade pessoal e os objetos sobre os quais incidem os princípios e as regras atinentes à culpabilidade jurídico-penal.

56. O sistema positivo brasileiro é infenso à capacidade penal das pessoas jurídicas. Ver, a propósito, Heleno Cláudio Fragoso, salientando que a responsabilidade criminal é pessoal (depende de atuação do sujeito) e subjetiva (depende de culpa).⁵⁴

Esta conclusão é extensiva às leis especiais não somente em função da regra de abrangência ditada pelo art. 12 do CP, como também pela *communis opinio doctorum*. Vale como indicador o trabalho de Cesare Pedrazzi e Paulo José da Costa Junior, sobre o Direito Penal Societário brasileiro. O prestígio dos autores e a especialidade da matéria abordada sugerem a transcrição de expressivos trechos que bem caracterizam a repulsa à tese da capacidade penal da pessoa jurídica. Com efeito, assim se pronunciavam: "Mas, ainda que limitemos a discussão aos crimes que

ofendam exclusivamente interesses de terceiros, não parece que a responsabilidade penal da sociedade possa constituir meio eficaz de política criminal. A experiência ensina que nas sociedades por ações, não obstante a estruturação democrática imposta pela lei, o poder efetivo concentra-se habitualmente em mãos de número restrito de indivíduos, cujos interesses nem sempre coincidem com o interesse social. O fenômeno da dissociação entre propriedade e controle tende a acentuar o distanciamento entre interesse da sociedade como tal e interesse do grupo de comando. Daí resulta que a ameaça de uma sanção penal endereçada à sociedade não poderia desempenhar séria eficácia dissuasiva. *'O problema está, pelo contrário, em individuar e golpear as pessoas físicas que escondem sua atividade delituosa por trás dos muros protetores da pessoa jurídica'*".⁵⁵

3.1 O Código Penal

57. Em nenhuma passagem do Código Penal se infere a possibilidade de se estabelecer a capacidade penal da pessoa jurídica. Com o advento da Lei 7.209, de 11.7.84, que introduziu nova Parte Geral, eliminaram-se as medidas de segurança patrimoniais e com elas, a interdição de estabelecimento ou de sede de sociedade ou associação (art. 88). Especificamente assim declarava o revogado art. 99: "A interdição de estabelecimento comercial ou industrial, ou de sede de sociedade ou associação, pode ser decretada por tempo não inferior a 15 dias, nem superior a 6 meses, se o estabelecimento, sociedade ou associação, serve de meio ou pretexto para a prática de infração penal". Aque-

54. Heleno Cláudio Fragoso, *Comentários ao Código Penal*, Forense, Rio, 1978, I/628, t. II.

55. Cesare Pedrazzi e Paulo José da Costa Júnior, *Direito Penal das Sociedades Anônimas*, RT, S. Paulo, 1973, pp. 29-30. (Grifos meus).

la previsão legal foi criticada, entre outros, por Manoel Pedro Pimentel.⁵⁶

58. O sujeito ativo do delito é somente a pessoa física que na linguagem do Código Penal é referido por *agente, omitente, concorrente, réu, condenado, preso ou internado*. Já o sujeito passivo poderá ser tanto a pessoa natural como a pessoa jurídica que são referidas como *vítima* ou *ofendido*.

3.2 A Lei das Contravenções Penais

59. O primeiro artigo da Lei das Contravenções Penais (Dec.-lei 3.688, de 3.10.41), estabelece que a estes tipos de ilicitude se aplicam as regras gerais do Código Penal, sempre que o diploma não disponha de modo diverso. Vem a propósito a lição de Basileu Garcia, *in verbis*: “Subordinando-se a existência do fato contravencional a uma ação ou omissão voluntária, não se pode, é claro, dizer que o elemento subjetivo é dispensado. Este necessariamente existe. E, sendo manifestação da vontade, também o é da inteligência. Ocorre, pois, na contravenção, um processo intelectual-volitivo, em relação ao qual, porém, não se indaga se tendeu ou não para um evento de dano ou de perigo (dolo), nem se a ação ou omissão oriunda de tal processo foi realizada com imprudência, negligência ou imperícia (culpa)”.⁵⁷

60. A *voluntariedade*, o *dolo* e a *culpa*, assim como são considerados para o bom entendimento da lei, são fenômenos psicológicos inerentes às manifestações da pessoa humana, razão pela qual pode-se concluir que também nesse terreno vigora o princípio *societas delinquere non potest*.

56. Manoel Pedro Pimentel, *Direito Penal Econômico*, cit., p. 149.

57. Basileu Garcia, ob. cit., 1/282-283, t. I.

3.3 As demais leis especiais

61. Quanto às outras leis especiais, vigora o mesmo princípio acima enunciado. É certo que alguns diplomas contendo vícios de técnica⁵⁸ estariam, aparentemente, se opondo ao princípio da responsabilidade em função da culpa. Como exemplo pode-se referir os seguintes diplomas: a) a Lei 4.511, de 1.12.64 (dispõe sobre o meio circulante) ao afirmar que, quando a infração ao art. 13, § 1.^o for atribuída à autoridade pública, “o Ministro da Fazenda instaurará inquérito competente, sendo o fato considerado crime de responsabilidade”; b) a Lei 4.728, de 14.7.65 (disciplina o mercado de capitais), dispondo no § 2.^o do art. 73 que “a violação de qualquer dos dispositivos constituirá crime de ação pública, punido com pena de 1 a 3 anos de detenção, recaindo a responsabilidade, quando se tratar de pessoa jurídica, em todos os seus diretores” e c) a Lei 4.595, de 31.12.64 (dispõe sobre política e instituições monetárias, bancárias e creditícias), declarando: “Quaisquer pessoas físicas ou jurídicas que atuem como instituição financeira, sem estar devidamente autorizadas pelo Banco Central da República do Brasil, ficam sujeitas à multa referida neste artigo e detenção de 1 a

58. O grave problema da má redação das leis especiais tem sido denunciado com veemência por vários penalistas. A propósito Heleno Cláudio Fragoso, “O novo Direito Penal tributário e econômico”, em *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal*, 12/63 e ss., Ed. Universidade do Estado da Guanabara, 1966.

59. Lei 4.511/64, art. 13: “É proibido o uso, para qualquer fim, de cheques, vales, bilhetes, bônus, brindes ou qualquer outra forma de impresso, seja qual for a sua procedência ou origem, de natureza particular ou pública, que, de algum modo, se assemelhem às cédulas de papel-moeda ou às moedas metálicas”.

2 anos, ficando a estas sujeitos, quando pessoa jurídica, seus diretores e administradores" (art. 44, § 7.º).

Não obstante tais deficiências técnicas de redação, é inquestionável a atribuição de responsabilidade penal exclusivamente às pessoas naturais que agem em nome da pessoa jurídica. Tal conclusão é extraída da leitura dos textos ora indicados: a) a Lei 4.729, de 14.7.65 (crime de sonegação fiscal), ressalva que "quando se tratar de pessoa jurídica, a responsabilidade pelas infrações previstas nesta lei será de todos os que, direta ou indiretamente ligados à mesma, de modo permanente ou eventual tenham praticado ou concorrido para a prática da sonegação fiscal; b) a Lei 6.435, de 15.7.77, criminaliza a conduta de quem atua como entidade de previdência privada sem estar devidamente autorizada. E destaca que em se tratando de pessoa jurídica, os seus diretores e administradores incorrerão na mesma pena (art. 80).

Esta última disposição poderia gerar a impressão de que estar-se-ia a reconhecer a capacidade criminal da pessoa coletiva. Na verdade, porém, o texto deve ser interpretado à luz do critério lógico-sistemático e com base na regra geral do art. 12 do CP.

62. Relativamente aos atentados ao meio ambiente, o caráter pessoal e subjetivo da responsabilidade penal tem sido afirmado pelos nossos penalistas. Merece invocação, entre outros, o trabalho de Nilo Batista e Aurélio Wander Bastos, apresentado na VII Conferência da Ordem dos Advogados do Brasil, realizada em Manaus, no ano de 1980.⁶⁰

É possível afirmar que tanto os ilícitos ambientais já previstos no Código Penal, como os constantes da legislação extravagante, são punidos em função do mesmo sistema geral da responsabilidade

de baseada no dolo ou na culpa *stricto sensu*. Como exemplos das modalidades dolosas podem ser mencionados os tipos previstos nos artigos 163, 250, 251, 252, 256, 259, 271, 272 e 273, do CP. E das hipóteses culposas, os tipos previstos em parágrafos dos mencionados dispositivos, a partir do art. 250. Nas leis especiais, haverá crime doloso contra a fauna se for praticada a caça profissional; se houver o comércio de espécimes da fauna silvestre e de produtos e objetos que impliquem a sua caça, perseguição, destruição ou apanha ou outros ilícitos previstos pela Lei 5.197, de 3.1.67, art. 27, com a redação determinada pela Lei 7.653, de 12.2.88. Também haverá delito doloso se a pesca for praticada com a utilização de explosivos ou substâncias que, em contato com a água produzam efeito semelhante, ou através de substâncias tóxicas (Lei 7.679, de 23.11.88). Os atos de produzir, comercializar, transportar, aplicar ou prestar serviço na aplicação de agrotóxicos, seus componentes e afins, descumprindo as exigências estabelecidas nas leis e nos regulamentos, serão reconhecidos como criminosos. Se a conduta for *dolosa* a pena será de reclusão de 2 a 4 anos, além da multa de 100 a 1.000 maiores valores de referência. Em caso de culpa, a reclusão é de 1 a 3 anos, além da multa de 50 maiores valores de referência (Lei 7.802, de 11.7.89, art. 15). Igualmente prevenido as modalidades de crime doloso e crime culposo é o art. 16 desta mesma lei (infração praticada pelo empregador, profissional responsável ou prestador de serviço que deixar de promover as medidas necessárias de proteção à saúde e ao meio ambiente).

63. Finalmente e para revelar o espírito e a tendência da legislação penal especial, deve-se invocar dois diplomas mais recentes. Embora admitindo a presença da pessoa jurídica como entidade visível na prática de ato ilícito, o

60. "Liberdade e proteção do meio ambiente", em *Anais*, ed. da OAB, Rio, 1980, pp. 222 e ss.

legislador ressalta que a responsabilidade criminal é da pessoa natural. Em matéria eleitoral, a Lei 8.713, de 30.9.93, prevê crimes referentes ao abuso do poder econômico, abuso de propaganda e outros ilícitos. A pena criminal é reservada às pessoas físicas enquanto que à pessoa jurídica, da qual se origina recurso ilícito, ou seja, além do limite permitido pelo mesmo diploma, será aplicada multa de valor igual ao excesso verificado (art. 57, §§ 3.º a 5.º). E a Lei 9.029, de 13.4.95, que proíbe a exigência de atestados de gravidez e esterilização, e outras práticas discriminatórias para admissão ou permanência no trabalho, após cominar a pena privativa de liberdade de um a dois anos e multa, ressalta: "São sujeitos ativos dos crimes a que se refere este artigo: I — a pessoa física empregadora; II — o representante legal dos empregados, como definido na legislação trabalhista; III — o dirigente, direto ou por delegação, de órgãos públicos e entidades das administrações públicas direta, indireta e fundacional de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios" (art. 2.º, parágrafo único).

4. A REFORMA DA PARTE ESPECIAL DO CÓDIGO PENAL

4.1 O anteprojeto de 1984

64. Através da Portaria 518, de 6.9.83, o Ministro da Justiça Ibrahim Abi-Ackel instituiu uma Comissão para redigir o anteprojeto de reforma da Parte Especial do Código Penal e da Lei das Contravenções Penais. Seus membros foram Francisco de Assis Toledo (Coordenador), Luiz Vicente Cernicchiaro, 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

Andrade.⁶¹ Em 17 de julho daquele mesmo ano, foi autorizada a publicação do texto de anteprojeto da Parte Especial, para avaliação crítica e receber sugestões da comunidade científica e demais setores e pessoas interessadas.⁶²

Retomando as suas atividades, a Comissão passou a ser coordenada por Luiz Vicente Cernicchiaro. Após várias reuniões de trabalho nas quais foram conhecidas e discutidas muitas propostas de emenda, supressão e acréscimos ao texto publicado, um novo *disegno di legge* foi entregue ao Ministro da Justiça em 17.10.84. Mas foi somente por iniciativa do criminalista Eduardo Augusto Muylaert Antunes, no exercício da presidência do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária que o texto revisto do anteprojeto de 1984 foi publicado. E assim ocorreu pela Res. 34, de 19.10.87, acolhida pelo Ministro da Justiça Paulo Brossard.⁶³

65. O anteprojeto da Parte Especial de 1984, previu os crimes contra a ordem econômica, financeira e tributária e os crimes contra o meio ambiente (arts. 372 a 421). Em nenhuma passagem do texto se encontra base para estabelecer a imputabilidade penal da pessoa jurídica embora a sua categoria de sujeito passivo tenha sido reafirmada nas hipóteses clássicas (crimes contra o patrimônio e contra a administração pública, por exemplo) e instituída em novas figuras típicas como a ofensa ao conceito ou crédito de pessoa jurídica (art. 140).

4.2 O esboço de 1994

66. Em 10.12.92 e pela Portaria 581, o Ministro da Justiça Mauricio Corrêa instituiu Comissão para elaborar um anteprojeto da Parte Especial do Código Penal, distinguindo o e. Min. Evandro Lins e

61. *DOU* 8.9.83, p. 15.654.

62. Cf. Portaria 304, de 17.7.84.

63. Portaria 790, de 27.10.87.

Silva para coordenar os trabalhos. Foram nomeados para compor o grupo: Mins. Francisco de Assis Toledo, Luiz Vicente Cernicchiaro; Des. Alberto Silva Franco; Profs. René Ariel Dotti, João Marcello de Araújo Junior, Jair Leonardo Lopes e Juarez Tavares; Drs. Paulo Sérgio Pinheiro, Luiza Nagib Eluf e Wandenkolk Moreira; e Dep. Hélio Bicudo.

Os trabalhos foram iniciados em janeiro do ano seguinte e as reuniões se realizaram na Capital Federal, em São Paulo e Rio de Janeiro. Para maior rendimento, foram criadas Subcomissões com distribuição de temas em relação aos títulos já existentes e outros a serem criados. A primeira Subcomissão (Alberto Silva Franco, Jair Leonardo Lopes, Luiza Eluf e Paulo Sérgio Pinheiro) se encarregou dos crimes contra a pessoa, o patrimônio, a propriedade imaterial, o sentimento religioso, costumes, identidade genética e família; a segunda (Francisco Assis Toledo, Luiz Vicente Cernicchiaro e Hélio Bicudo), tratou dos crimes contra a incolumidade pública, paz pública, fé pública e administração pública e a terceira (René Ariel Dotti, Juarez Tavares, João Marcello de Araújo Junior e Wandenkolk Moreira) dos crimes contra a ordem econômica e financeira, contra os valores culturais e contra o Estado Democrático de Direito.

67. Em 19.10.94 a Comissão Geral comunicou ao Ministro da Justiça, Alexandre Dupeyrat, a impossibilidade de concluir o texto de um anteprojeto como era desejo daquele titular da Pasta da Justiça, a fim de submetê-lo ao Presidente da República e, em seguida, encaminhá-lo ao Congresso Nacional como projeto do Governo. Além de dissidências internas a respeito de várias soluções legislativas, a Comissão reconheceu a necessidade de divulgar previamente o trabalho para receber a avaliação crítica da comunidade especializada, bem como das pessoas e

entidades que devem participar de tal processo de discussão. Com o objetivo de identificar a natureza da proposta a Comissão deliberou nominar de "*Esboço de anteprojeto da Parte Especial do Código Penal*" o documento de 135 páginas, contendo as previsões típicas desde o art. 121 (homicídio) até o art. 468, que ressalvou a legislação especial relativamente aos crimes de responsabilidade, eleitorais, militares, de imprensa e informação e sobre tráfico de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física e psíquica. O mesmo dispositivo determinava a revogação das disposições em contrário, abrangendo uma vasta gama de leis especiais que foram em parte absorvidas e em parte revogadas. O último artigo determinava a entrada em vigor do Código para 6 meses contados de sua publicação.

68. Fiel à tradição legislativa brasileira, o *Esboço* não instituiu a capacidade penal da pessoa jurídica. E poderia fazê-lo posto que a Comissão tinha poderes para propor a revisão, a revogação ou a criação de disposições ou setores da Parte Geral a fim de compatibilizar o sistema proposto para a Parte Especial. No âmbito da 3.^a Subcomissão, foram relatores: João Marcello de Araújo Junior (crimes contra a ordem econômica e financeira); René Ariel Dotti (crimes contra o meio ambiente e os valores culturais) e Juarez Tavares (crimes contra o Estado Democrático de Direito).

Como se verifica, é precisamente nesses territórios de ilícitos que são plantadas as sementes para o cultivo da imputabilidade da pessoa jurídica.

O *Esboço*⁶⁴ mantém a criminalização de condutas que ofendem bens da pes-

64. O paciente e minucioso trabalho não foi publicado. Não mereceu do Min. Dupeyrat pelo menos, o benefício da dúvida a ser dirimida com o debate externo.

soa jurídica, assim como foi previsto no Anteprojeto elaborado há 10 anos antes.

5. O CRIME COMO PROPRIEDADE DO SER HUMANO

69. A História esclarece que primitivamente eram as tribos ou as nações as proprietárias do solo. Como observa Clóvis Beviláqua,⁶⁵ em relação a elas se estabelecia o parentesco e a responsabilidade contratual e criminal; a elas cabiam as prerrogativas e a maior parte dos direitos que estamos habituados a ver como emanções da personalidade individual. “Pouco a pouco é que o valor jurídico do indivíduo se vai destacando da massa amorfa comum, da nebulosa jurídica, que se espalha por todo o círculo de organização social, a que ele pertence. Só então o homem, individualmente considerado, assume o posto mais nobre de portador de direitos”.⁶⁶

70. Em meu entendimento e conforme o espírito da lei fundamental, somente o homem pode cumprir os vários estágios da *provação processual*: desde o momento em que aparece como suspeito ou indiciado até a derradeira saída do palco onde a história do delito é montada. O *preso* de que fala a Constituição é o homem e assim o é também o *acusado* a quem se assegura a presunção de inocência. O *condenado* que poderá ser credor da indenização pelo erro judiciário é somente o ser humano, nascido de mulher e capaz de operar o milagre da transformação das coisas e a metamorfose dos sentimentos.

71. Em passagem antológica de Direito Penal e Filosofia, Bettiol alude ao grande significado histórico do existencialismo por ter conseguido o regresso ao homem *concreto e completo*. E salien-

ta que “se, conceitualmente, os limites da culpa são constituídos pela possibilidade de um juízo de censura pela acção ilícita praticada, esta definição ainda, porém, não nos dá o verdadeiro sentido da culpa, que, além de ser voluntariedade do facto, é tormento, remorso, agitação. É a angústia que deve estar no coração da noção, não uma angústia transcendental, emurhecida na construção de uma impecável forma verbal, mas a angústia concreta, que se apodera do homem, autor do mal, e o leva ao arrependimento e ao desespero”.⁶⁷

Ao tratar da culpa jurídico-penal “no contexto de uma culpa da pessoa”, Figueiredo Dias — em obra coincidentemente dedicada a Giuseppe Bettiol — alude ao *sentido* da liberdade e da responsabilidade do homem como irrenunciáveis pressupostos de um conceito de culpa juridicamente válido.⁶⁸

72. É, portanto, no labirinto das emoções e paixões, como formas de expressão da consciência e da vontade humanas, que vamos conhecer o *coração* do Direito Penal que é a culpabilidade. As hipóteses de admissão ou rejeição da paixão como causa de aumento, diminuição ou isenção de pena se remetem aos mais distantes territórios da alma, assim como nos conta Humberto de Campos referindo-se a um gravíssimo delito de homicídio: “ (...) somente agora vim a conhe-

67. *O problema penal*, trad. de Fernando Miranda, Coimbra Ed., Ltda, 1967, pp. 33/34. Sobre o tema, Joe Tennyson Velo, *O juízo de censura penal (o princípio da inexigibilidade de conduta diversa e algumas tendências)*, Sergio Antonio Fabris Ed., Porto Alegre, 1993, p. 98: “Tem-se em mira a preliminar idéia de que a conduta, objeto do juízo de censura penal, não significa uma mera objetividade ao Direito, mas é o reflexo da personalidade do autor”.

68. *Liberdade, culpa, direito penal*, Coimbra Ed. Ltda, 1976, p. 181.

65. Clóvis Beviláqua, *Teoria Geral do Direito Civil*, Ed. Livraria Francisco Alves, S. Paulo, 1955, p. 104.

66. Clóvis Beviláqua, ob. e loc. cit.

cer na limpeza de sua verdade, o acontecimento vermelho e trágico de que tanto ouvia falar quando menino. E como se humanizou, aos meus olhos, em paixão amadurecida e consciente, o terror infantil que me enchia o

coração pequenino quando se pronunciava, diante de mim, o nome de Pontes Visgueiro!"⁶⁹

69. Humberto de Campos, *Destinos*, Opus Ed., S. Paulo, 1983, p. 176.

INSTITUTO BRASILEIRO DE PESQUISA E DESENVOLVIMENTO
DE MATERIAIS E EQUIPAMENTOS

2 — DOCTRINA NACIONAL

ABUSO DO PODER ECONÔMICO E SUA REPRESSÃO (MECANISMOS PENAIS E ADMINISTRATIVOS)

RUI STOCO

Magistrado em São Paulo
Membro do Conselho Diretor do Instituto
Brasileiro de Ciências Criminais

1. ESCORÇO HISTÓRICO
2. A REVOGADA LEI 4.137, DE 10.9.62
 - 2.1 A recepção da revogada Lei 4.137/62 pela CF/88
 - 2.2 Origem e conteúdo da revogada Lei 4.137/62
3. A LEI 8.884, DE 11.6.94, EM VIGOR
 - 3.1 Divisão orgânica e objetividade jurídica
 - 3.2 Sujeitos das infrações administrativas
 - 3.3 A previsão tarifada de condutas puníveis na Lei 8.884/94
 - 3.4 Elemento subjetivo, consumação e tentativa
4. O CADE — CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA
 - 4.1 Origem, estrutura e competência
 - 4.2 Caráter meramente administrativo das decisões do CADE
 - 4.3 Recorribilidade das decisões do CADE
5. MECANISMOS DE REPRESSÃO AO ABUSO DO PODER ECONÔMICO
 - 5.1 Mecanismos de natureza penal
 - 5.2 Mecanismos de natureza administrativa
 - 5.3 Mecanismos de coerção previstos nas Leis 4.137/62 e 8.884/94
6. CONCLUSÃO

1. ESCORÇO HISTÓRICO

A livre iniciativa é um dos princípios constitucionais basilares para o atingimento dos fins reservados à ordem econômica e social.

Diante de tal desiderato, segundo lição de Modesto Carvalhosa, os limites impostos a esse princípio, quer de ordem *positiva*, quando o Estado condiciona a atividade às vetorealizações propostas nos planos econômicos globais, setoriais ou regionais, visando o desenvolvimento nacional e à justiça social, ou *negativa*, quando o Estado exerce as funções de controle, colocando limites à livre iniciativa, a fim de que não se desenvolva contrariamente aos interesses sociais também erigidos em princípios de ordem econômica (harmonia e solidariedade entre as categorias ecossociais de produção e a abstenção de abuso de poder econômico), devem ser entendidos restritivamente (*A Ordem Econômica na Constituição de 1969*, RT, S. Paulo, 1972, p. 140).

O abuso do poder econômico traduz, portanto, a prática de atos econômicos por empresas e sociedades comerciais, conceitualmente lícitos, mas afetados de comportamento abusivo e ofensivo aos princípios do livre mercado, do direito de concorrência e do justo lucro.

Aplica-se ao “Direito Antitruste Brasileiro” a chamada “Regra da Razão”, uma das obras-primas de hermenêutica dos tribunais norte-americanos, significando que os atos ou condutas previstas na lei somente serão considerados como abusivos do poder econômico quando desarrazoados frente ao momento em que são praticados, ou seja, quando exercidos aeticamente, visando mesmo e efetivamente a dominação do mercado, com intenções monopolísticas.

A repressão ao abuso de poder econômico se faz visando, precipuamente, a preservação desses princípios, de modo a assegurar a ordem econômica e social,

tendo por objeto a realização do desenvolvimento nacional e da justiça social.

Essa repressão ao abuso do poder econômico é da tradição do Direito brasileiro.

A partir do governo republicano, tanto nos períodos de regime fechado, como naqueles de democracia plena, o Governo sempre interferiu na economia e nas relações econômicas, quer para apenas regular as relações comerciais, quer para impor condições de mercado, através de controle de preços, tabelamentos, congelamentos, imposição de condições mercadológicas; reprimindo a utilização abusiva do poder econômico, caracterizada pelos cartéis, trustes, *dumping*, concorrência desleal, e o arbitrário aumento dos lucros.

Fê-lo, e continua fazendo, de forma atabalhoada e descriteriosa, através de leis, decretos, regulamentos e portarias de natureza penal e administrativa.

Lamentavelmente, esse controle é feito sem qualquer controle, o que já contradiz a sua eficiência e adequação.

São tantas as leis repressivas prevenindo, tipificando e apenando as mesmas condutas, que o intérprete e o aplicador da lei já não mais compreendem qual verdadeiramente vige.

Tendo de conviver com esse cipoal de regras desarmonicas e heterógenas, cumpre entendê-las, dar-lhes a exegese adequada, de modo a que não se anteponham, nem se anulem.

Essa preocupação de controlar o poder econômico das empresas e sociedades comerciais remonta o passado longínquo.

A Constituição Federal de 1946 trouxe comando cogente, determinando que a lei infraconstitucional reprimisse qualquer forma de abuso do poder econômico, com a seguinte dicção:

“Art. 148. A lei reprimirá toda e qualquer forma de abuso do poder econômico, inclusive as uniões ou agrupamentos de empresas individuais ou sociais, seja qual for a sua natureza, que

tenham por fim dominar os mercados nacionais, eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros.”

A Constituição Federal de 1967, com a redação da EC 1/69 reiterou o princípio, nos seguintes termos:

“Art. 160. A ordem econômica e social tem por fim realizar o desenvolvimento nacional e a justiça social, com base nos seguintes princípios:

V — repressão ao abuso do poder econômico, caracterizado pelo domínio dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros.”

Também a atual Carta, de 5.10.88, contém previsão expressa, assim dispondo:

Art.173...

§ 4.º. A lei reprimirá o abuso de poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

Como se verifica, tanto as Constituições Federais anteriores, como a atual, cometeram à lei ordinária o efetivo controle e repressão do abuso do poder econômico, de modo que o preceito constitucional, sobre não ser auto-aplicável (senão programático), depende de regulamentação para ter eficácia.

É o que efetivamente ocorreu, anteriormente, com a Lei 4.137, de 10.9.62, regulamentando o art. 148 da CF/46 e, agora, com a vigente Lei 8.884, de 11.6.94, regulamentando o art. 173, § 4.º da CF, portanto, 6 anos após o advento da atual Carta.

2. A REVOGADA LEI 4.137, DE 10.9.62

2.1 A recepção da revogada Lei 4.137/62 pela CF/88

A primeira Carta da República que previu o estabelecimento de mecanismos de controle das relações econômicas e o agrupamento de empresas foi

a de 1946, em seu art. 148, como antes anotado.

Em razão desse comando, adveio a Lei 4.137, de 10.9.62, regulando a “repressão ao abuso do poder econômico” e fazendo menção expressa ao dispositivo constitucional mencionado.

Desse modo, tendo em vista que a Magna Carta em vigor lhe é posterior, cabe, por primeiro, indagar se esta lei ordinária foi, ou não, recepcionada pela Carta Constitucional, vigorou, ou foi abrogada.

A indagação, à primeira vista, poderia ser tida como despicienda, considerando que a Lei 4.137/62 já não mais faz parte do mundo jurídico. Ocorre, porém, que vige entre nós o princípio de que *tempus regit actum*, de modo que aplica-se a lei vigente no momento em que o ato foi praticado.

E, como há inúmeros procedimentos pendentes de julgamento, relativos a atos praticados sob a vigência da lei anterior, a questão exsurge relevante e pertinente.

Dúvida não resta no sentido de que o estatuto ordinário encontrava-se em plena vigência no interregno entre a colocação em vigor da Constituição Federal de 5.10.88 e a sua revogação expressa pela Lei 8.884, em 11.6.94.

Ocorreu o fenômeno da recepção, de modo que a lei regulamentadora foi recepcionada por inteiro pela nova ordem constitucional, pois com ela se harmoniza.

Isto porque o art. 173, § 4.º da CF/88, embora com redação diversa, tem o mesmo ou idêntico significado ou conteúdo teleológico das Cartas preceidentes, ao mandar coibir e reprimir o abuso de poder econômico, que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros, objetivos esses já buscados por aquelas.

Nesse sentido manifestou-se Edmundo Oliveira, assim discorrendo: “A Lei

4.137 foi recebida pela CF/88 em vigor, cujo art. 173, § 4.º dispõe da mesma forma, embora com outras palavras” (“Mecanismos penais para controle dos crimes contra a Administração Pública e do abuso de poder econômico no Direito Brasileiro”, *RBCCrim*, RT, S. Paulo, ano 1, jan.-mar./93, p. 89).

2.2 Origem e conteúdo da revogada Lei 4.137/62

A Lei 4.137/62, que regulava a repressão ao abuso do poder econômico, ficou conhecida como *Lei Antitruste Brasileira*, pois teve confessada inspiração e fonte histórica na análoga legislação dos Estados Unidos da América, com as adaptações necessárias à realidade de nosso país.

O estudo histórico dessa lei é feito com o objetivo de ensejar uma visão global do tema, com apreciação central e periférica mais abrangente, e para facilitar o entendimento das *quaestiones iuris* ora abordadas em todos os seus matizes e nuances.

Segundo observação de José Inácio Gonzaga Franceschini e José Luiz Vicente de Azevedo Franceschini: “O Projeto original, bem como o texto vigente, basicamente perfilharam figuras e princípios estabelecidos em quatro diplomas fundamentais do sistema jurídico antitruste dos EUA, a saber, a Lei Sherman, de 2.7.90, de iniciativa do Sen. John Sherman; a Lei da Comissão Federal de Comércio, de 26.9.14; a Lei Clayton, de 15.10.14, proposta pelo Sen. Henry de Lamar Clayton (e que segundo o Prof. G. W. Stocking, sobreveio como resposta à inadequação da anterior em obstar concentrações industriais e práticas monopolizadoras de mercados) e a Lei Robinson-Patman, que em 1936 complementou a anterior” (*Poder Econômico: Exercício e Abuso*, RT, S. Paulo, 1985, p. 2).

Como esclarecem esses expertos, está

justamente na genealogia de nossa lei o começo das dúvidas conceituais e hermenêuticas que até hoje dificultam a inteligência e a aplicação do diploma (cit., p. 2).

Assim, com raízes em ordenamento jurídico alienígena (*Common law*), substancialmente diverso da orientação romanística, foi a matéria, por primeiro, introduzida em nosso panorama jurídico em caráter pré-sistemático (sem lei específica), através da legislação concernente aos crimes contra a economia popular.

Daí a explicação dos autores por último citados, ao expor que “enquanto a Lei Sherman e os textos que a seguiram, no dizer do Juiz Charles E. Hughes, apresentam generalidade e adaptabilidade comparáveis com as que se consideram desejáveis nos preceitos constitucionais, recomendando, portanto, a adoção de “normas maleáveis”, ou *standards*, diante da impossibilidade de especificação taxativa das práticas consideradas abusivas do poder econômico, a legislação repressiva brasileira (em cujo contexto obviamente se incluem os diplomas atinentes a infrações contra a economia popular), está adstrita aos princípios fundamentais do Direito Penal comum, dentre os quais destaca-se o da reserva legal (*nullum crimen, nulla poena sine lege*)” (ob. cit., p. 2).

Decorre disso, como observado anteriormente, ter-se de exigir do intérprete da Lei Antitruste a convivência com a ambigüidade e a flexibilidade de adaptação de conceitos tão díspares entre si, como os da *equity*, do sistema anglo-saxão e o da tipicidade; entre o formalismo civilista e o pragmatismo da “regra da razão”.

A lei em estudo estabelecia no art. 2.º, sob a forma de incisos, as condutas que define como “formas de abuso do poder econômico”.

O inc. I, continha as condutas que, em tese, caracterizavam a dominação dos

mercados ou a eliminação da concorrência, enquanto o inc. II caracterizava como abuso a elevação de preços sem justa causa, nos casos de monopólio, com o objetivo de aumento arbitrário dos lucros, sem aumento da produção.

Já a instituição de monopólios e a especulação abusiva poderiam configurar-se através de inúmeras práticas, estabelecidas em *numerus clausus* no inc. III, característica, aliás, de todos os incisos da lei revogada.

A formação irregular de grupos econômicos por agregação de empresas poderia ocorrer, segundo o inc. IV, de duas formas, o mesmo ocorrendo com a concorrência desleal, segundo o inc. V.

A lei substituída, além de fixar as condutas reprováveis e ofensivas ao regular exercício do poder econômico abriu outros capítulos para criar e organizar o Conselho Administrativo de Defesa Econômica — CADE, com o objetivo de apurar e reprimir aquelas condutas referidas, fixando-lhe a competência; instituir Procuradoria junto ao CADE e respectivas atribuições; estabelecer as normas processuais e sistemas de fiscalização.

3. A LEI 8.884, DE 11.6.94, EM VIGOR

3.1 Divisão orgânica e objetividade jurídica

A Lei 8.884, de 11.6.94 revogou expressamente a Lei 4.137/62, passando a dispor sobre a transformação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica — CADE em autarquia e dispondo sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica.

Veio dar vida e eficácia ao art. 173, § 4.º da CF/88.

Sem dúvida, traduz enorme avanço legislativo, na medida em que melhor disciplinou, administrativamente, o

controle, equilíbrio e adequação do poder econômico em nosso país.

O novo texto supera, em muito, o anterior, quer em relação ao seu conteúdo intrínseco, quer no que pertine ao aspecto formal, de redação, de disciplinamento e de estabelecimento de corretos mecanismos de ordem procedimental e processual.

Está dividido em nove Títulos, quais sejam:

Título I: Das Disposições Gerais

Título II: Do Conselho Administrativo de Defesa Econômica — CADE

Título III: Do Ministério Público Federal perante o CADE

Título IV: Da Secretaria de Direito Econômico

Título V: Das Infrações de Ordem Econômica

Título VI: Do Processo Administrativo

Título VII: Das Formas de Controle

Título VIII: Da Execução Judicial das Decisões do CADE

Título IX: Das Disposições Finais e Transitórias.

O novel estatuto, filosoficamente, objetiva a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico, na dicção do seu art. 1.º.

Infere-se que o legislador preocupou-se em alargar o espectro de abrangência da lei regulamentadora, visando proteção integral da pessoa humana não só contra o abuso à ordem econômica como, também, à liberdade de iniciativa, à livre concorrência, defesa do consumidor e, ademais, servir de mecanismo eficaz para atribuir à proprie-

dade sua verdadeira função social, convertendo em realidade preceitos meramente programáticos da Carta Magna.

A objetividade jurídica está, pois, na prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica, visando coibir e impedir as práticas abusivas e prejudiciais à coletividade, como titular da proteção legal.

Em resumo, preocupou-se o legislador ordinário em atender ao princípio de que a exploração direta de qualquer atividade econômica deve sempre fundar-se na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, com o fim de assegurar a todos existência digna, conforme os ditames de justiça social, reprimindo-se, quando necessário, o abuso do poder econômico, a tentativa de eliminar a concorrência ou de aumentar arbitrariamente os lucros.

3.2 Sujeitos das infrações administrativas

Sujeitos ativos das ações tipificadas e incriminadas na lei, passíveis de sanções de natureza administrativa, serão as pessoas físicas ou jurídicas, de direito público ou privado, bem como quaisquer associações de entidades ou pessoas, de fato ou de direito que pratiquem as ações ou omissões puníveis (art. 15 da Lei 8.884/94).

Do que se conclui que sujeito ativo poderá ser qualquer pessoa física ou jurídica exercendo, legal ou ilegalmente, atividade econômica.

Circunstância peculiar e inovadora da lei está na criação da responsabilidade solidária entre a empresa ou sociedade, como ente jurídico, e a pessoa física de seus integrantes ou representantes legais.

O art. 15 da lei *sub examine* afirma sua aplicação “às pessoas físicas ou jurídicas, de direito público ou privado, bem como a quaisquer associações de

entidades ou pessoas, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, mesmo que exerçam atividade sob regime de monopólio legal”, enquanto que o art. 16 estabelece a responsabilidade da empresa e a responsabilidade individual de seus dirigentes ou administradores, solidariamente.

Também serão solidariamente responsáveis as empresas ou entidades integrantes do grupo econômico, que praticarem infração da ordem econômica.

Esse notável alargamento das responsabilidades permite maior eficiência da autoridade na sua atividade de coibir o abuso do poder econômico.

Assentado que sujeito ativo do ato ilícito poderá ser tanto a pessoa física como jurídica, cabe buscar a correta exegese dos preceitos fixados na lei.

Ressuma evidente que a pessoa física só pode ser agente ativo quando pratique atos de comércio, ou melhor, atos de natureza econômica.

Em verdade a lei buscou abarcar pessoas físicas que exercem movimentações econômicas, tal como ocorre hoje com as micro empresas, firmas individuais regularizadas ou não, e mesmo, com inúmeras outras exercentes daquilo que se convencionou chamar de “economia informal” ou atividade informal.

A solidariedade estabelecida não significa apenas o poder de escolha que tem a autoridade de exigir a satisfação da pena pecuniária ou de outra sanção imposta, como tradicionalmente ocorre.

Alargou-se o conceito de solidariedade passiva, no sentido de se dar ao credor a faculdade de exigir a receber de um ou alguns dos devedores a dívida comum, tal como preceitua o art. 904 do CC.

A solidariedade entre preponente (pessoa jurídica) e preposto (pessoa física) está na responsabilidade conjunta

pelo ato ou fato praticado e não no direito de garantia em haver o crédito decorrente da pena pecuniária imposta.

Melhor teria sido falar-se em participação ou em concurso de pessoas. Possivelmente buscou-se evitar tal terminologia para não dar caráter penal a um dispositivo de natureza meramente administrativa.

Portanto, diante de ação ou omissão que se subsuma no arquétipo legal, a autoridade imporá à empresa (pessoa jurídica) multa de 1% a 30% do valor do faturamento bruto no seu último exercício e ao administrador (gerente, sócio-gerente, procurador ou preposto), desde que responsável pelo ato ilícito cometido pela empresa, multa de 10% a 50% do valor da multa imposta à empresa (art. 23).

A lei pune, individualmente, a pessoa física do "administrador".

Cabe, então, esclarecer o que seja esse administrador que responde solidariamente com a própria empresa ou sociedade.

Administrador é aquele a quem foram outorgados poderes para decidir sobre as questões relativas à sociedade. Não basta que o indivíduo seja sócio ou acionista. Deverá estar munido de poderes de decisão, do exercício da gerência.

Assim, tanto pode ser um acionista, sócio-cotista ou preposto contratado para aquele mister. O que importa é que lhe tenham sido atribuídos poderes de decisão e gerenciamento.

Impende observar, por que ressuma da lei, não haver possibilidade de se impor sanção pecuniária apenas à pessoa física do administrador, salvo quando haja com excesso de mandato, considerando que a punição da pessoa jurídica decorre da ação do seu administrador enquanto preposto.

A recíproca, contudo, não parece verdadeira. Poderá ser imposta pena apenas à empresa, se configurada a

infração sem que se possa apurar aquele que lhe deu causa, sob pena de se instalar a impunidade.

Objeto da tutela jurídica do Estado ou sujeito passivo da ação ilícita praticada será sempre a coletividade, como titular dos bens jurídicos protegidos pela lei e pela Constituição Federal (art. 1.º, parágrafo único da Lei 8.884/94).

Importa observar que a lei regulamentadora deu à empresa nacional conceito dilargado e mais consentâneo do que a CF/88 (art. 171), ao dispor no parágrafo único do art. 2.º, que "reputa-se situada no Território Nacional a empresa estrangeira que opere ou tenha no Brasil filial, agência, sucursal, escritório, estabelecimento, agente ou representante".

Com esse alargamento de conceito a imposição de penalidades às pessoas físicas e jurídicas, nacionais e estrangeiras, mostra-se muito mais eficaz e com poder inibidor potencializado.

A providência, sem dúvida, mostra-se digna de encômios, na medida em que cobra com igualdade ou isonomia de todos aqueles que atuam na atividade econômica.

3.3 A previsão tarifada de condutas puníveis na Lei 8.884/94

Algumas questões e particularidades da lei merecem ser ressaltadas para melhor compreensão e sua adequada aplicação.

As condutas puníveis, que serão melhor analisadas adiante, estão previstas na lei em *numerus clausus*, importando dizer que não é qualquer conduta que constitui infração da ordem econômica, senão apenas aquelas previamente tipificadas.

Daí a nossa discordância com observação feita por Pêrsio Mancebo, discorrendo sobre a novel Lei 8.884/94, ao afirmar:

“O problema das formas do abuso do poder econômico está relacionado com o problema da tipicidade das previsões legais, definidoras dessa modalidade de ilícito. No âmbito do Direito Penal Econômico há tendência para conceitos juridicamente indeterminados para aludir à imprecisão conceitual do delito econômico, com acentuado declínio da subsunção dos fatos à conceitos jurídicos fixos (tipicidade fechada) e pela crescente valoração autônoma por parte do aplicador da lei, no processo de alcançar o sentido e abrangência das normas prescritivas em linha de evolução do direito estrito ao direito equitativo. Essa, a hermenêutica dos tipos de abuso do poder econômico que tende a predominar. No processo interpretativo com a influência dos *standards* jurídicos ou modelos abertos, há tendência para uma renovada visão da chamada tipicidade fechada para atendimento da realidade contemporânea de entender os limites da atividade jurisdicional para além do formalismo clássico” (“A Lei Antitruste”, in *Boletim do IBCCrim* 31, ano 3, jul./95).

Dúvida não resta que nosso legislador sofre forte influência de outros segmentos e estratos da sociedade, de modo a ceder à tendência para criar conceitos juridicamente indeterminados, estabelecendo tipos penais abertos no âmbito do Direito Penal Econômico.

Tal contudo, não se deu com a nova Lei Antitruste (Lei 8.884/94).

A uma, que não se trata de lei penal.

A duas, que contém previsão taxativa de condutas puníveis, como se infere das disposições constantes do Capítulo II.

A três, que tais previsões demonstram atributo de tipos específicos, com condutas objetivamente estabelecidas no art. 21, que só podem ser praticadas segundo o *standard* ali enunciado, sem o que não se configurará qualquer das infrações previstas no art. 20.

Os mecanismos de repressão às infrações contra a ordem econômica previstos na lei de regência são todos de natureza administrativa, estabelecidos, taxativamente, no art. 20.

É certo que o art. 20 da lei estabelece constituir infração da ordem econômica: I) limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; II) dominar mercado relevante de bens ou serviços; III) aumentar arbitrariamente os lucros; e IV) exercer de forma abusiva posição dominante. Essa dicção da lei, de forma genérica, poderia induzir o exegeta a concluir que se trata de tipo aberto.

Entretanto, o art. 21 estabelece, taxativamente e em *numerus clausus* as condutas exigidas para que as infrações do artigo precedente se caracterizem.

Tanto é certo que este artigo assim preceitua:

“Art. 21. As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no art. 20 e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica”.

A expressão “além de outras” não tem o condão de infirmar a assertiva, considerando que as condutas estabelecidas no art. 21 só terão relevância se se subsumirem ao três tipos constantes do art. 20, alçados, estes sim, à categoria de infrações.

3.4 Elemento subjetivo, consumação e tentativa

O art. 20 da Lei 8.884/94 dispõe: “Constitui infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

Verifica-se que o legislador estabeleceu a chamada responsabilidade objetiva.

A caracterização da infração administrativa independe de culpa *stricto sensu*, quer dizer, do elemento volitivo ou vontade, a caracterizar o dolo, ou da negligência, imprudência ou imperícia, configuradoras da culpa *lato sensu*.

Emprestando conceitos do Direito Penal, poderíamos dizer que se trata de ilícito administrativo de mera conduta ou simples atividade, bastando que o agente pratique a ação ou omissão que se subsuma ao arquétipo legal.

Dessume-se isso da expressão “ainda que não sejam alcançados” (os efeitos).

Assim, praticada uma ação ou omissão visando aumentar arbitrariamente os lucros (art. 20, III) o ilícito estará caracterizado com a só prática comissiva ou omissiva, independentemente do resultado ou, segundo a lei, ainda que o objetivo colimado não tenha sido alcançado.

Tratando-se, desenganadamente, de ilícito de mera conduta, não há falar em tentativa, considerando que esta foi equiparada à consumação. Desse modo a só tentativa já configura a infração da ordem econômica, até porque o preceito acima transcrito ao se referir aos atos “que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos” deixou claro que se contenta com a só tentativa para efeito de penalização.

O rigor da lei não se justifica.

Mostra-se, aliás, na contramão das conquistas recentes e da evolução jurídica de nosso país.

A admissão da responsabilidade objetiva e a criação de preceitos de natureza punitiva prevendo ilícitos de mera conduta estabelecerá forte distorção, com a possibilidade de cometimento de injustiças, com prejuízos irreparáveis.

Ao CADE caberá a difícil missão de dar à nova lei a exegese que melhor se coaduna com os princípios constitucionais e com a correta e justa distribuição de justiça.

4. O CADE — CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA

4.1 Origem, estrutura e competência

O CADE — Conselho Administrativo de Defesa Econômica foi criado pela Lei 4.137, de 10.9.62, que regulava a repressão ao abuso do poder econômico, com sede no Distrito Federal e jurisdição em todo o território nacional.

Constitui órgão judicante da estrutura do Ministério da Justiça, tendo por objetivo precípuo a apuração e repressão dos abusos do poder econômico. Anteriormente estava vinculado ao Presidente do Conselho de Ministros, dele, contudo, se desvinculando para agregar-se ao Ministério da Justiça.

A Lei 8.884/94 transformou o CADE em autarquia federal, mantendo sua vinculação ao Ministério da Justiça.

Funciona junto à Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça (SDE), que lhe dá suporte administrativo e de pessoal, segundo nova regulamentação estabelecida na Lei 8.158, de 8.1.91, que instituiu normas para a defesa da concorrência e na Lei 8.884/94, art. 13.

Esse Conselho é constituído pelo Presidente, 6 Conselheiros, escolhidos dentre brasileiros com mais de 30 e menos de 65 anos de idade, exigindo-se-lhes notável saber jurídico ou econômico e reputação ilibada, nomeados pelo Presidente da República, por indicação do Ministro da Justiça, após aprovação de seus nomes pelo Senador Federal (art. 14, parágrafo único, da Lei 8.158/91 e art. 4.º, da Lei 8.884/94).

O mandato dos integrantes do CADE é de 2 anos, permitida apenas uma recondução por igual período, significando que nenhum deles poderá permanecer no Conselho mais de 4 anos.

Exige-se-lhes dedicação exclusiva, vedada a acumulação de cargos, exceto

as constitucionalmente permitidas. Assim, não podem receber valores a qualquer título ou pretexto, exercer profissão liberal, participar de empresas e sociedades, emitir pareceres fora de suas atividades ou exercer atividade político-partidária.

Em contrapartida, é-lhes assegurada efetividade no cargo, só perdendo o mandato em virtude de decisão do Senado Federal, por provocação do Presidente da República, ou em razão de sentença irrecorrível em processo judicial de natureza penal, por crime doloso, ou em procedimento administrativo-disciplinar.

Junto ao CADE funciona uma Procuradoria, dirigida por um Procurador Geral indicado pelo Ministro da Justiça e nomeado pelo Presidente da República, depois de aprovado pelo Senado Federal, devendo os respectivos Procuradores ser escolhidos e requisitados dentre os assistentes, assessores jurídicos e Procuradores da União e suas entidades autárquicas e paraestatais, que gozarem de estabilidade, bem como, nas mesmas condições, dentre os membros do Ministério Público da União e dos Estados.

A convocação será feita pelo prazo de 2 anos, facultada a recondução.

Aos Procuradores compete prestar assessoria jurídica à autarquia (CADE), defendendo-a em Juízo, bem como: a) promover a execução judicial das suas decisões e julgados; b) requerer medidas judiciais; c) promover acordos judiciais e outros.

Em todos os processos sujeitos à apreciação do CADE oficiará um membro do Ministério Público Federal, designado pelo Procurador-Geral da República.

Sua atribuição é de *custos legis*, atuando, pois, superpartes.

Dentre as atribuições do CADE destacam-se: a) verificar se há real motivo para instauração de processo adminis-

trativo destinado a apurar e reprimir os abusos do poder econômico; b) apurar a existência de atos puníveis; c) ordenar as providências necessárias à cessação do abuso do poder econômico; d) decidir sobre a existência de abusos do poder econômico; e) requisitar diligências, informações, documentos e providências aos órgãos estatais; f) requerer ao Poder Judiciário a execução de suas decisões; g) cominar multa aos infratores; h) propor a intervenção e desapropriação de empresas, do acervo de empresas, de suas ações ou quotas; i) decidir os processos instaurados pela Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça; j) decidir os recursos de ofício do Secretário da SDE; l) determinar à Procuradoria do CADE a adoção de providências administrativas e judiciais; m) firmar contratos e convênios; n) responder a consultas sobre matéria de sua competência.

4.2 Caráter meramente administrativo das decisões do CADE

Em excepcional, inédito e único trabalho até hoje produzido sobre o tema ora em estudo José Inácio Gonzaga Franceschini e José Luiz Vicente de Azevedo Franceschini sustentam, *in verbis*:

“Com efeito, a Lei Antitruste nacional não é, como chegou a ser sustentado, tema aderente ao Poder de Polícia, ou seja, vinculado ao Direito Administrativo, mas, sim, um diploma penal, enquadrado em o novíssimo ramo do Direito Penal Econômico. Impõe-se o entendimento, embora por alguns contestado, não só pelas já referidas origens históricas do diploma, tanto indígena como estrangeira, como, também, por lhe serem estranhos e inaplicáveis os atributos específicos e peculiares ao exercício do questionado Poder de Polícia: a “discrecionabilidade”, a “auto-executoriedade” e a “coercibilidade”.

Laivos do primeiro desses atributos despontam tão-só em iniciativas investigatórias, quanto *ex officio* providenciadas pelo órgão tutelar da Lei" (*Poder Econômico: Exercício e Abuso*, Ed. RT., S. Paulo, 1985, p. 3).

Para sustentar esse posicionamento os ilustres autores invocam pareceres de Orosimbo Nonato (consulta feita por Cia. Cervejaria Brahma, Cia. Antarctica Paulista e Distribuidora de Bebidas Mineira Ltda., com parecer datado de 4.2.69, in *Poder Econômico: Exercício e Abuso*, cit., p. 486) e Pontes de Miranda (parecer encomendado, proferido em 23.1.69, in *Poder Econômico: Exercício e Abuso*, cit., p. 481) e escuram-se em decisões proferidas pelo CADE.

Também o CADE, em inúmeras decisões, assim se manifestou.

No Proc. SC-GB 675/64, de 25.5.65 o Conselheiro Gratuliano Brito afirmou que: "a Lei de repressão ao abuso do poder econômico é, desenganadamente, uma lei penal e parte do Direito Penal Econômico".

Também o Conselheiro Guilherme A. Canedo de Magalhães obtemperou ser a legislação antitruste de natureza penal (Proc. Adm. 21, decisão de 7.2.77, *DOU* de 10.3.77, Sec. I, Parte I, pp. 2.755 e ss.).

No voto do Conselheiro Gratuliano Brito (Proc. Adm. 5, de 6.5.69, in *Revista de Direito Econômico* 5/122) foi-se mais além, ao posicionar-se no sentido de que: "Os princípios gerais do Direito Penal são aplicáveis ao Direito Penal Econômico. Assim, por força do princípio da reserva legal, não há delito de abuso do poder econômico sem lei anterior que o defina".

Nada mais inexato, não obstante a autoridade de quem emana tais conceitos e o respeito que merecem.

O Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), como o próprio etmo da palavra sinaliza, constitui ape-

nas e tão-somente um órgão administrativo de apoio do Poder Executivo, voltado à apuração e punição extrapenal de práticas consideradas abusivas do poder econômico por parte de empresas, sem autonomia para aplicar diretamente as sanções previstas na lei de regência, necessitando do *referendo* do Poder Judiciário.

Esse mesmo órgão, não obstante decisões em contrário dele mesmo emanadas, vem assim se posicionando.

No Proc. Adm. 69, relatado pelo Conselheiro Wanor Pereira de Oliveira, firmou-se que "o CADE é órgão autônomo, porém, auxiliar do Poder Judiciário, com jurisdição sobre todo o território nacional" (*DOU* de 10.5.83, Sec. I, p. 7.648).

Em despacho do Conselheiro-Relator Féres Nader, no Proc. 20.402/80, de 7.10.80, o CADE posicionou-se no sentido de que: "A Lei 4.137/62 é de ordem administrativa. Assim, as figuras ilícitas nela contempladas, embora taxativas, não contém tipicidade penal".

Decidiu o Juiz de Direito da 9.^a Vara da Justiça Federal em São Paulo que: "O CADE carece de personalidade jurídica que lhe permita atuar em nome próprio em Juízo, cabendo à União Federal, através da Procuradoria da República, defender os atos do Conselho em ações judiciais aforadas contra estes" (Proc. 4.825.390, da 9.^a Vara em S. Paulo, decisão de 7.2.83).

O Consultor-Geral da República, no Parecer 3, de 8.5.64, assim se manifestou sobre o tema: "O CADE não é pessoa jurídica de direito público. É órgão que faz parte da União, esta, sim, pessoa jurídica de direito público. Não pode, por isso, comparecer diretamente em Juízo. As medidas judiciais cuja iniciativa lhe cabe são encaminhadas pelo Ministério Público da União. É o que se depreende da própria Lei, art. 55" (in *Revista de Direito Econômico* 1/36 e RDA 78/398).

O saudoso Hely Lopes Meirelles ensinava que o CADE constitui um órgão colegiado, com funções “parajudiciais” ou “quase-judiciais”, cujos julgamentos são sempre administrativos (*Direito Administrativo Brasileiro*, RT, S. Paulo, 8.^a ed., p. 615).

Recentemente Pécio Mancebo observou em alentado artigo, que a Lei 8.884/94 estabeleceu: “uma espécie de contencioso administrativo, que visa coibir todas as práticas que sejam consideradas lesivas ao interesse dos consumidores e inibam a prática da concorrência”. E mais: que “esse poder inibitório a ser exercido pelo CADE não se confunde com o poder punitivo. O seu exercício se fundamenta na cautela e na proteção *a priori* do interesse público e não no *ius puniendi* do Estado” (*A Lei Antitruste*, in *Boletim do IBCCrim* 31, ano 3, Jul./95).

Feito esse breve exórdio e apontadas as posições antagônicas assumidas, cabe, segundo nos parece, colocar as coisas nos seus devidos lugares.

Dois os aspectos fundamentais que devem ser analisados sobre a questão: a Lei 4.137/62 (agora revogada) e a Lei 8.884/94 (em vigor), sua natureza jurídica e alcance de suas disposições sancionatórias e o CADE, como órgão de aplicação dessa lei, no que pertine ao alcance e natureza de suas decisões.

Tanto a Lei 4.137/62 como a Lei 8.884/94, sob comentário, têm natureza meramente administrativa.

Regula esta última a repressão ao abuso do poder econômico sob esse único enfoque, enquanto outras leis, de natureza penal, impõem penas desta natureza, inclusive restritivas da liberdade.

Assim não fosse e estaríamos diante de invencível conflito de normas, ou seja, conflito da Lei Antitruste em face da Lei 8.137/90, que lhe é anterior, e que no Capítulo II define figuras penais para reprimir os crimes contra a ordem

econômica e as relações de consumo, ademais da Lei 1.521/51, parcialmente em vigor, e que já definia outras figuras de natureza penal para coibir os crimes contra a economia popular.

As condutas puníveis estabelecidas no art. 20 da Lei 8.884/94 não têm natureza penal, nem se traduzem como preceitos primários incriminadores, de modo a exigir-se — tal como na esfera criminal — a chamada tipicidade ou a existência prévia do *tatbestand*.

São, sem dúvida, figuras previstas em *numerus clausus*, não se tratando, pois, de preceito meramente exemplificativo, mas desenganadamente taxativo, não obstante a defeituosa redação do *caput* dos arts. 20 e 21.

Isso não quer dizer que, só por isso, se convertem em preceitos de natureza penal.

Cabe, para melhor expor o tema, dissecar o conteúdo da Lei 8.884/94, na parte em que prevê as condutas abusivas do poder econômico, contidas no art. 20.

Perceba-se que o *caput* desse artigo enuncia: “Constituem infração da ordem econômica....”.

Nenhuma lei de caráter penal, codificada ou não, tem essa redação.

O preceito primário da regra incriminadora contém fórmulas sacramentais, iniciando-se pela alocação: “Constitui crime...”, para em seguida listar, em *numerus clausus*, as condutas criminosas e prever, no preceito secundário, a pena correspondente.

Não é o que ocorre no Estatuto *sub studio*.

Cabe não olvidar que *infração à ordem econômica* é muito diferente de *crime contra a ordem econômica*. Ademais, os crimes contra a ordem econômica e as relações de consumo estão previstos na Lei 8.137, de 27.12.90.

Aliás, a lei sob comentário abre um capítulo especial para a previsão das penas, sendo certo que nos tipos penais o preceito primário (previsão do crime

in abstracto) liga-se ao preceito secundário (limites mínimo e máximo da pena cabível e/ou multa) até mesmo fisicamente.

Ao CADE não compete propriamente a imposição de penas com absoluta autonomia, tanto que a lei lhe cometeu apenas "requerer ao Poder Judiciário a execução de suas decisões" (art. 7.º, XIII).

A nós parece que essa restrição mostra-se em antinomia com o n. II do mesmo artigo, dispondo que ao Plenário do CADE compete "decidir sobre a existência de infração à ordem econômica e aplicar as penalidades previstas na lei".

Isto porque se a autarquia tem o poder de penalizar mas só pode exigir o cumprimento da sanção através do Poder Judiciário, o poder de coerção da pena mostra-se enfraquecido e de difícil eficácia.

Significa, também, que se a decisão for no sentido da cessação das atividades da empresa infratora, ou a cisão da sociedade, transferência de controle acionário, venda de ativos etc., não será auto-executável. Dependerá de autorização judicial ou execução aparelhada.

Com autonomia compete-lhe apenas cominar multas pecuniárias. A execução da pena de multa também terá que ser feita judicialmente, através dos Procuradores.

A intervenção e expropriação de empresas ou de seus bens deve ser requerida ao Poder Judiciário, quando assim decidir o Conselho do CADE.

Mas, como dito, todos esses encaminhamentos só serão possíveis através dos Procuradores.

Aliás, ainda mais surpreende a corrente à qual se contrapõe este trabalho, considerando que a própria lei estabelece no art. 32 que a existência de abusos do poder econômico será apurada em processo administrativo instaurado por despacho fundamentado do

Secretário da Secretaria de Direito Econômico, que será julgado pelo Plenário do CADE.

Ora, ressuma evidente que o processo administrativo só pode conduzir à aplicação de penalidade com a mesma natureza administrativa.

Ao CADE, como órgão da Administração Indireta do Estado, afeto ao Poder Executivo e subordinado ao Ministério da Justiça, não foi e não poderia ser cometida a jurisdição, ou o chamado poder jurisdicional, privativo dos membros do Poder Judiciário.

Cumprе obter a afirmação de ser a Lei Antitruste um diploma penal encontra barreira intransponível no atual arcabouço constitucional estabelecido.

Se a Lei 4.137/62 efetivamente se tratasse de diploma com essa afetação (natureza penal) e então, desenganadamente, estaria revogada, tão logo veio a lume a Magna Carta, por contrariá-la frontalmente, de modo que se poderia afirmar, com convicção, não ter sido recepcionado por ela.

E, com relação a atual Lei Antitruste (Lei 8.884/94), porque posta em vigor já na vigência da CF/88, teria nascido com o insanável vício da inconstitucionalidade.

Dispõe a Constituição Federal, em seu art. 173:

§ 5.º. A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular.

Ora, o preceito constitucional permitiu à lei infraconstitucional apenas a imposição de punições às empresas, "compatíveis com sua natureza", ou seja, meramente administrativa.

Como não se desconhece, apenas a pessoa física, ser individual dotado de

vontade e inteligência, pode ser sujeito ativo de crime.

A pessoa jurídica está indene às penas de caráter aflictivo, por razões óbvias.

Sobre isso não se controverte.

Como observou Joaquim Simões Barbosa, “ocorre que, por não ter existência material, a pessoa jurídica não pode ir para a cadeia. Também não é possível pensar na responsabilização penal das pessoas jurídicas, com a penalização recaindo sobre seu representante legal, independentemente de sua participação pessoal para a prática do delito. Somente o ser humano é capaz de delinquir, e, em consequência, responder penalmente por seus atos” (*Riscos da atividade empresarial no âmbito penal*, RDM, 91/42).

Tem-se, pois, que as práticas abusivas definidas na Lei Antitruste só podem ser praticadas por empresas — pessoas jurídicas de natureza privada — e não por pessoas físicas.

Por essa razão é que o art. 2.º, parágrafo único definiu empresa nacional à empresa estrangeira que opere ou tenha no Brasil filial, agência, sucursal, escritório, estabelecimento, agente ou representante.

Se a lei elege sujeitos ativos principais os entes ideais, como então afirmar-se que se trata de estatuto de natureza penal?

Há nessa afirmação verdadeira *contraditio in terminis*.

Se realmente se tratasse de estatuto de natureza penal o Conselho Administrativo de Defesa Econômica — CADE não poderia aplicá-lo, nem teria atuação válida.

Isto porque se trata de mero Conselho Administrativo, isto é, foram-lhe cometidas atribuições apenas administrativas e não jurisdicionais.

O único instrumento processual de que pode se valer para o atingimento de seu desiderato é o processo administrativo.

Se tivesse atribuições jurisdicionais, como se afirmou alhures, então estaríamos diante de verdadeiro tribunal de exceção, proibido e abominado pela Carta Magna.

Em consequência, a Lei Antitruste mostrar-se-ia inconstitucional porque atentaria contra o princípio do juiz natural (na consideração de que foi ela quem criou o CADE).

O art. 5.º, inciso XXXVII da CF/88 dispõe que não haverá júízo ou tribunal de exceção.

Como ensina José Frederico Marques, “o princípio do juiz natural não exclui a existência de justiça especiais, mas tão-só dos juízos de exceção e extraordinários” (*Tratado de Direito Processual Penal*, Saraiva, S. Paulo, 1980, p. 242).

Segundo P. Rossi, citado por Frederico Marques”, deve-se entender por juiz natural “les juges appropriés aux différents matières”; e com a regra de que ninguém pode ser tirado de seu juiz natural, quis-se proscrever os Juízes extraordinários, qualquer que seja o seu nome, as comissões, cortes especiais e outras, os Juízes constituídos *post factum*, constituídos *ad hoc*, para o julgamento de tal e tal caso” (op. cit., p. 243).

Para Calamandrei a garantia do juiz natural é inseparável do sistema da legalidade (*Istituzioni di diritto processuale civile*, Parte Seconda, 1944, p. 25).

Mas, sendo a lei infraconstitucional, agora revogada (Lei 4.137/92), anterior ao advento da Carta Magna, seria impróprio falar em inconstitucionalidade de qualquer de seus preceitos frente à Constituição. O correto afirmar é a não-recepção da disposição desconforme, ou seja, em revogação parcial ou derrogação.

Nesse sentido a expressiva lição do STF: “A lei ou é constitucional ou não é lei. Lei inconstitucional é uma contradição em si. A lei é constitucional

quando fiel à Constituição; inconstitucional na medida em que a desrespeita, dispondo sobre o que lhe era vedado. O vício da inconstitucionalidade é congênito à lei e há de ser apurado em face da Constituição vigente ao tempo de sua elaboração. Lei anterior não pode ser inconstitucional em relação à Constituição superveniente; nela, o legislador poderia infringir Constituição futura. A Constituição sobrevida não torna inconstitucionais leis anteriores com ela conflitantes: revoga-as. Pelo fato de ser superior, a Constituição não deixa de produzir efeitos revogatórios. Seria ilógico que a lei fundamental, por ser suprema, não revogasse, ao ser promulgada, leis ordinárias. A lei maior valeria menos que a lei ordinária" (STF, Pleno, ADIn 521, Rel. Paulo Brossard, J. 7.2.92, RDA 188/288).

4.3 Recorribilidade das decisões do CADE

Observou Hely Lopes Meirelles que a Lei instituidora do CADE não prevê qualquer recurso hierárquico de suas decisões e que essa anomalia, entretanto, não impede a revisão judicial de tais julgamentos que, embora provindos de um órgão colegiado, são sempre administrativos (ob. cit., p. 615).

O próprio CADE já assentou esse entendimento, nos seguintes termos: "O CADE é órgão investido de independência funcional, não cabendo de suas decisões recurso hierárquico para Ministro de Estado ou para o Presidente da República" (Voto proferido pelo Rel. Gratuliano Brito no Proc. de Averiguações Preliminares 34, de 7.11.72, in *DOU* 18.12.72, Sec. I, Parte I, p. 11.354).

Contudo, atualmente, a assertiva comporta restrições e temperamentos.

Em obra recente de nossa lavra afirmamos que o procedimento administrativo em nosso país encontra-se jurisdic-

cionalizado (Rui Stoco, *Procedimento Administrativo Disciplinar no Poder Judiciário*, publicação sob os auspícios da Escola Paulista da Magistratura de São Paulo, 1995, p. 32).

Marcelo Caetano observa que se considera jurisdicionalizado o procedimento administrativo quando: "a) a lei especificar as faltas puníveis e as sanções correspondentes; b) a prática de uma infração der forçosamente origem a processo; c) esse processo se instaure e siga com todas as garantias de prova, a fim de permitir ao juiz independente, declarar ou não verídico o fato incriminado; d) proferir o juiz como consequência necessária, uma decisão com valor de caso julgado" (*Princípios de Derecho Administrativo*, 1949, p. 477).

Se a atuação do CADE traduz obrigação vinculada, não se lhe permite qualquer margem de discricionariedade, de modo que, verificada a prática de ato que se subsuma na Lei Antitruste, com aparência de abuso econômico, cabe-lhe, obrigatoriamente, instaurar o procedimento administrativo.

Essa jurisdicionalização obriga que se obedeça aos princípios constitucionais basilares, dentre eles, os do contraditório e da ampla defesa.

Aliás, a Lei Magna foi mais além, ao assegurar, no art. 5.º, LV, "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes".

O direito ao recurso, portanto, tanto no processo judicial ou administrativo, passou a constituir garantia constitucional irretirável, após o advento da CF/88.

Isso significa que a omissão, tanto da revogada Lei 4.137/62, como da vigente Lei 8.884/94, no que pertine ao recurso ordinário é despicienda, considerando que embora editada esta última em período posterior à vinda a lume da Carta Federal de 1988, a esta deve amoldar-se e render obediência.

Hoje, portanto, já não se pode mais afirmar que das decisões administrativas do CADE não cabe recurso da mesma natureza, ou mesmo revisão de processo findo, como fez expressamente.

Aliás, a Lei 8.158, de 8.1.91, editada após a vigência da Carta da República, e que institui normas para a defesa da concorrência, alterou a Lei Antitruste (Lei 4.137/62) e reestruturou o CADE, assim dispõe em seu art. 21: "As decisões administrativas previstas nesta lei serão passíveis de recurso, voluntários ou de ofício, interposto ao Ministro da Justiça, no prazo de 10 dias.

Portanto, das decisões administrativas proferidas pelo CADE cabem os recursos administrativos tradicionalmente preconizados pelo Direito Administrativo, a seguir especificados, apesar da omissão legal.

O pedido de reconsideração, apenas em caráter anômalo pode ser considerado recurso. Pode ser formulado pela empresa interessada à mesma autoridade da qual emanou a decisão contra a qual se insurge.

O recurso voluntário ao Ministro da Justiça deve ser interposto no prazo de 10 dias e não terá efeito suspensivo, de modo que a sanção imposta poderá ser executada.

Admite-se, mesmo, o pedido de revisão, como recurso extraordinário ou anômalo, quando a decisão já tenha transitado em julgado e poderá ser aviventada a qualquer tempo, dentro do prazo prescricional, embora a lei diga o contrário. Incide, *in casu*, o permissivo constitucional.

Nesse aspecto há que se mostrar enfático no sentido de que o art. 50 da lei em estudo é inconstitucional, por afrontar garantia constitucional, ao dispor que: "as decisões do CADE não comportam revisão no âmbito do Poder Executivo, promovendo-se, de imediato, sua execução e comunicando-se, em seguida, ao Ministério Público, para as

demais medidas legais cabíveis no âmbito de suas atribuições".

É o entendimento esposado por Raymundo N. B. Noronha, Consultor da República, ao dizer que: "O CADE está, portanto, sujeito à supervisão ministerial e, desse modo, suas decisões são passíveis de revisão, através de contencioso interadministrativo, principalmente quando se trata de harmonizar a sua atuação com a dos demais Ministérios" (in "Pareceres", RDP 93/102).

Evidentemente que esse recurso administrativo não pode ter e não terá efeito suspensivo. Mas, insista-se, o direito ao recurso hoje é garantia constitucional expressa, como corolário do princípio do *due process of law*.

Perceba-se que das decisões da SDE (Secretaria de Direito Econômico) que determinarem o arquivamento das averiguações preliminares por ela encetadas deverá esta suscitar recurso de ofício ao CADE.

Contudo, das decisões do Secretário da SDE (evidentemente no sentido da instauração do processo administrativo pelo CADE) não caberá recurso ao superior hierárquico (art. 41).

Esgotados os meios administrativos, poder-se-á valer dos meios judiciais cabíveis, objetivando rever as decisões daquele órgão.

5. MECANISMOS DE REPRESSÃO AO ABUSO DO PODER ECONÔMICO

5.1 Mecanismos de natureza penal

Inúmeras são as leis de natureza penal, tendo como objetividade jurídica a proteção econômica em geral, coibindo os crimes contra a ordem tributária, a ordem econômica, às relações de consumo, à economia popular etc.

Pioneiramente temos a Lei 1.521, de 26.12.51, definindo os crimes contra a economia popular.

A Lei 8.137, de 27.12.90, em seu Capítulo II (arts. 4.º a 7.º), reprime os crimes contra a ordem econômica e, em parte, revoga a Lei 1.521/51, na medida em que reproduz as mesmas figuras criminosas ali previstas, cria figuras novas e mantém outras ali contidas.

Desse modo, temos hoje a definir e coibir os crimes contra a economia popular e contra a ordem econômica (expressões usadas como sinônimas pelo legislador), duas leis básicas, não obstante outras periféricas.

A grande dificuldade é que a Lei 1.521/51 estabelece as penas de detenção de 6 meses a 2 anos e multa, para os crimes definidos no art. 2.º, e detenção de 2 anos a 10 anos e multa, para aqueles definidos no art. 3.º.

Entretanto, a Lei 8.137/90 fixa a pena de detenção de 2 anos a 5 anos ou multa para as figuras do art. 4.º; de 2 a 5 anos, ou multa no art. 5.º; de 1 a 4 anos ou multa, no art. 6.º e de 2 a 5 anos ou multa no art. 7.º.

Do que se conclui que para condutas de mesma gravidade estabeleceram-se penas de caráter afliitivo diversas.

Ademais, no estatuto mais vetusto — mas ainda vigente em parte — a pena afliitiva e restritiva da liberdade está cumulada com a de multa, enquanto que na lei mais nova a imposição de pena é alternativa, ou uma ou outra.

A primeira questão que se antepõe é da não-recepção da *lex gravior* pela CF/88, por ofensa a princípios por ela estabelecidos.

A nós parece que a imposição de penas diversas para hipóteses assemelhadas ou condutas de mesma gravidade ofende o princípio da isonomia, considerando que a objetividade jurídica é uma só.

O princípio da igualdade, que se funda no art. 5.º, *caput*, da CF/88, tem outra dimensão, além do que se entendia no passado, quando se referia à igualdade de todos na aplicação da lei.

Observou Gomes Canotilho ter-se interpretado, inicialmente, a igualdade perante a lei como “exigência dirigida ao juiz legal e às autoridades administrativas no sentido de se assegurar formalmente uma igual aplicação da lei a todos os cidadãos” (*Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*, 1982, p. 381).

Logo verificou-se, porém, que o princípio da igualdade não se exauria na mera aplicação igualitária da lei. Além do juiz e do administrador, o princípio tem outro endereço: o próprio legislador, na medida em que dele se exige a criação de um direito igual para todos os cidadãos.

Desse modo, não basta a igualdade perante a lei, mas e ainda é de mister a igualdade na lei.

Leis penais que tipificam condutas iguais, como ensejadoras do mesmo delito, mas que impõem penas quantitativa e qualitativamente desiguais ofendem, a um só tempo, os princípios da proporcionalidade e da humanização da pena e, portanto, desatendem, ainda, ao princípio da igualdade.

A segunda questão que essa disparidade suscita é do evidente conflito de normas que se vislumbra.

A Lei 8.137/90, de natureza penal e repressiva de crimes contra a economia popular e de abuso do poder econômico preconiza penas alternativas de detenção ou multa.

A indagação que surge é da possibilidade de convivência da multa de natureza penal da Lei 8.137/90 com as multas preconizadas pela Lei 8.884/94, cuja apuração e imposição compete ao CADE, sem que se possa invocar o *bis in idem*.

Quer nos parecer que, em face da natureza diversa das sanções e do seu destinatário, nada impede que ambas sejam aplicadas.

A razão, ademais, é lógica.

A pena de multa da Lei 8.137/90, tendo natureza penal, só pode ser imposta à pessoa física, enquanto que a multa prevista na Lei Antitruste, de natureza administrativa, visa apenas compelir a empresa a abster-se da prática dos atos apurados como abusivos do poder econômico, atingindo a pessoa jurídica e a pessoa física (administrador), esta apenas de ricochete.

Podem-se, ainda, alinhar como de natureza econômico-tributária a Lei 4.729/65, que define os crimes de sonegação fiscal (agora revogada); a referida Lei 8.137/90, na parte em que reprime os crimes contra a ordem tributária e as relações de consumo; e de natureza econômica, a Lei 8.176, de 8.2.91 (define crimes contra a ordem econômica e cria o Sistema de Estoques de Combustíveis); a Lei Delegada 4, de 26.9.62, que dispõe sobre a intervenção no domínio econômico para assegurar a livre distribuição de produtos necessários ao consumo do povo; a Lei 7.492, de 16.6.86, que define os crimes contra o sistema financeiro nacional; a Lei 8.002, de 14.3.90, que dispõe sobre a repressão de infrações atentatórias contra os direitos do consumidor (revogada pela Lei 8.884/94, em estudo); a Lei 8.158, de 8.1.91, que institui normas para a defesa da concorrência e a Lei 8.078, de 11.9.90 (CDC).

Cabe observar que o rol acima não esgota o elenco de medidas legislativas preconizadas pelo legislador, existindo outras leis extravagantes versando sobre o tema. Aquelas, contudo, são as principais e mais expressivas.

5.2 Mecanismos de natureza administrativa

Além das leis repressivas penais visando proteger a ordem tributária, financeira, econômica, à economia popular e às relações de consumo, todas tendo em comum a sua ligação com o

Direito Penal Econômico, há leis extrapenais, visando o mesmo desiderato, através de providências de natureza administrativa, cometidas ao Poder Executivo.

Os exemplos mais expressivos passam a ser colacionados.

Apenas para ficar em período mais recente, em 1962 foi editada a Lei Delegada 4, de 26.9.62, com o objetivo de assegurar a livre distribuição de produtos necessários ao consumo do povo, através da intervenção no domínio econômico.

Prevê esse estatuto, como formas de intervenção:

a) compra, armazenamento, distribuição e venda de gêneros, bens e produtos em geral por parte do Governo;

b) fixação de preços e controle do abastecimento;

c) desapropriação de bens e requisição de serviços necessários aos objetivos da lei;

d) promoção de estímulos à produção.

Essa lei, ao mesmo tempo em que descreve condutas assemelhadas às aquelas contidas nas leis penais repressivas dos crimes contra a economia popular e de abuso do poder econômico, prevê, para coibi-las, a imposição de multa até cem vezes o salário mínimo, "sem prejuízo das sanções penais que couberem na forma da lei".

Do que se conclui, sem resquício de dúvida, que a sanção de natureza penal pode conviver com a multa ali prevista, de natureza diversa.

Contudo, problema de maior envergadura surge no cotejo e confronto da Lei Delegada 4/62 com as Leis Antitruste (Lei 4.137/62, ora revogada e Lei 8.884/94, em vigor), considerando que todas elas trazem previsão de multa de natureza administrativa.

Seria possível impor mais de uma penalidade, de natureza pecuniária, às empresas, pelo mesmo fato, mas com fundamento em cada uma dessas leis?

A questão já foi enfocada pelo próprio CADE, que assim se manifestou: "Os ilícitos econômicos previstos na Lei Delegada 4/62, e na Lei 4.137, do mesmo ano, são de natureza diversa, sujeitos a sanções que se diferenciam nos seus propósitos, podendo o mesmo ilícito atentar contra a livre distribuição de produtos necessários ao consumo do povo e representar uma forma de abuso de poder econômico, ao mesmo tempo, sujeitando, assim, o infrator, às sanções previstas nas duas leis" (Proc. Adm. 21, 7.2.77, *DOU* 10.3.77, Sec. I, Parte I, p. 2.755).

Mas, *data venia*, discordamos do posicionamento tomado pelo Plenário do CADE.

Exame atento das hipóteses ou condutas puníveis, definidas nas duas leis em vigor, levará à conclusão que elas não se identificam, nem guardam afinidade entre si.

A Lei Antitruste pune figuras como: dominar mercado relevante de bens ou serviços, eliminar a concorrência, elevar preços através de monopólio, provocar condições monopolistas ou especulação abusiva, aumentar arbitrariamente os lucros ou exercer de forma abusiva posição dominante.

Mas a Lei Delegada 4/62 tipifica condutas outras, com diverso desiderato, como: a) vender, expor à venda ou oferecer serviços por preços superiores aos tabelados; b) sonegar gêneros e mercadorias; recusar vendê-los ou os reter para fins de especulação; c) não fixar tabela de preços; d) favorecer ou preferir freguês em detrimento de outro; e) deixar de fornecer fatura ou nota fiscal etc.

São todas figuras que guardam semelhança com os delitos previstos nas leis que descrevem os crimes contra a ordem tributária e contra a economia popular antes mencionadas.

Desse modo, não há como punir administrativamente o mesmo fato com mais de uma sanção, com supedâneo

nas duas leis *sub examine*, que têm objetividade jurídica diversa e definem condutas que não se afinam, nem se identificam.

Afirmamos anteriormente que, embora não sejam leis de natureza penal, preconizam condutas puníveis de forma taxativa e em *numerus clausus*, de modo que não se pode impor penalidade em razão de uma conduta que não se subsuma à perfeição no dispositivo legal.

Se assim é, mostra-se impossível impor dupla pena pecuniária pelo mesmo fato, com suporte na Lei Delegada e na Lei Antitruste.

Isto porque ou a conduta se subsume numa ou noutra lei mas nunca em ambas.

Mostra-se esse raciocínio de meridiana compreensão, como se pode verificar do seguinte exemplo: se um estabelecimento comercial não afixar a tabela de preços em lugar visível deverá a autoridade, primeiramente, verificar se essa conduta subsume-se em algum preceito proibitório.

Verificado que caracteriza infração prevista na Lei Delegada 4/62, fará o necessário enquadramento e imporá a penalidade correspondente.

Evidentemente que tal conduta, por não estar expressamente prevista na Lei Antitruste, não poderá ser apenada com fundamento nesta lei.

A questão se resume à tipicidade, de modo que, no caso em estudo, se a conduta se amolda ao tipo de uma das leis é porque não se enquadra na outra.

Outra lei editada como instrumento válido para o Executivo exercer seu poder de polícia na fiscalização dos atos atentatórios à economia e ao consumidor é a Lei 8.002, de 14.3.90 (agora expressamente revogada pelo art. 92, da Lei 8.884/94, em estudo), que sujeitou à pena de multa de 500 a 200.000 BTN, "sem prejuízo das sanções penais que couberem na forma da lei" (art. 1.º), aquele que:

I — recusar a venda de mercadoria diretamente a quem se dispuser a adquiri-la;

II — condicionar a venda de mercadoria ao seu transporte ou à prestação de serviço acessório, pelo próprio vendedor ou por terceiro... quando o comprador se dispuser transportá-la por sua conta e risco.

É a chamada “venda casada”, também prevista no art. 2.º, IV, *b*, da Lei 4.137/62, no art. 5.º, II, da Lei 8.137/90 e art. 3.º, VIII, da Lei 8.158/91, objeto de profundo estudo por parte de Tércio Sampaio Ferraz Jr. (“Venda casada de bens e serviços, contrato de franquia e a legislação brasileira de defesa de concorrência”, *Arquivo do Ministério da Justiça* 44/31, Brasília, jan.-jun./91).

Aqui dúvida não resta de que a multa penal (imposta em razão da prática de fato tipificado como crime), prevista para as mesmas condutas na Lei 8.137/90 e a multa administrativa prevista nas demais leis mencionadas, são de convivência pacífica.

Cabe observar que essa convivência vai até a revogação da Lei 8.002/90, pois a chamada “venda casada” (objeto desta lei revogada) agora está prevista no art. 21, inciso XXIII, da Lei 8.884/94, em estudo.

Nada se modifica, neste passo, pois a multa penal da Lei 8.137/90 poderá continuar convivendo com a multa pecuniária, de natureza administrativa, da Lei Antitruste (Lei 8.884/94).

Tal não se dá, contudo, se, em razão da mesma conduta, forem aplicadas penas pecuniárias com base nas leis chamadas administrativas 4.137/62, 8.002/90 e 8.158/91, considerando que todas elas coíbem práticas econômicas abusivas.

Desse modo se aplicada multa com base em qualquer delas, não se poderá impor outra, com fundamento no mesmo fato, sob pena de configurar *bis in*

idem, exsurgindo como inválida e írrita.

Por fim, a Lei 8.158/91, que institui normas para a defesa da concorrência também prevê a imposição de multa diária, de valor não inferior a 10.000 BTNF para o descumprimento das medidas preventivas por ela instituídas, além da possibilidade de expropriação de empresas, ações ou quotas, por infração desta ou da Lei 4.137/62 (art. 15).

Em verdade esta última lei referida alterou dispositivos da Lei Antitruste revogada, modificando e dilargando o seu espectro punitivo, de modo que as considerações a esta feitas são pertinentes ao comentário daquela.

Em resumo, como se verifica no mundo todo, como, com pertinência, observou Edmundo Oliveira, a multa tem sido a alternativa mais recepcionada (art. cit., p. 89) pela legislação dos mais diversos países.

Sem dúvida, com o objetivo precípuo de coibir os crimes econômicos e os abusos do poder econômico, a multa pecuniária representa poderoso e eficiente instrumento, talvez mais oportuno do que a repressão penal, com aplicação de penas privativas da liberdade.

Aliás, desde o Direito Romano, como lembrado pelo autor por último citado, se conheceu a admoestação (*admonitio*) como mecanismo para controlar a criminalidade.

Por sua vez, o Direito Canônico estabeleceu as advertências (*monitiones*). O Direito francês consagrou a repreensão (*réprimande*) e o Direito alemão adota a censura (*Verweis*).

5.3 Mecanismos de coerção previstos nas Leis 4.137/62 e 8.884/94

A Lei 4.137/62 considerava abuso do poder econômico as condutas que enumerou taxativamente no art. 2.º, que, em resumo, se traduzem em atos de dominação dos mercados, eliminação da concorrência, estabelecimento de mono-

pólios, especulação, irregular formação de grupo de empresas, concorrência desleal etc.

Substituída que foi pela Lei 8.884/94, manteve-se a mesma filosofia e o mesmo desiderato, até porque suas balizas estão traçadas e suas margens delimitadas pela Constituição da República, de modo que continua o novel estatuto a objetivar a prevenção e a repressão do abuso da ordem econômica, coibindo e punindo a dominação do mercado, o aumento arbitrário dos lucros e o exercício abusivo de posição dominante.

A prática de tais atos acarretam sanções, previstas como possíveis de ser estabelecidas.

Agora, felizmente, ao contrário do que ocorria com a lei revogada, a lei sob análise contém um preceito primário, onde prevê as condutas puníveis e um preceito secundário, onde define as penalidades, sabido que tal não é prerrogativa das leis de natureza penal.

Definiu-se com maior objetividade a competência da Secretaria de Direito Econômico (SDE), com atribuições de investigação preliminar, arquivamento e instauração de processos administrativos e do Conselho Administrativo de Defesa Econômica — CADE, por decisão plenária, para a aplicação das penalidades previstas na lei.

Poderá, também, propor a desapropriação de empresas ou do seu acervo, ações ou quotas, nos casos ali previstos na Lei (art. 17, p).

Segundo parece, conforme antes anotamos, apenas a pena de multa poderá ser cominada pelo CADE, com autonomia e sem o referendo prévio do Poder Judiciário.

O processo judicial, visando a efetiva aplicação das penalidades previstas, ou seja, a execução judicial das decisões do CADE, segue o rito estabelecido nos arts. 60 e ss. da Lei 8.884/94.

Titulares ou *dominus litis* da ação judicial serão os Procuradores da Repú-

blica a que se refere o art. 10, II, da Lei 8.884/94, ou seja, aos membros do Ministério Público Federal. Nesse sentido Parecer de Adroaldo Mesquita da Costa, Consultor-Geral da República (in *Revista de Direito Econômico* 1/26 e *RDA* 78/398).

Se a execução tiver por objeto apenas a multa pecuniária imposta, será feita de acordo com o rito estabelecido na Lei de Execução Fiscal (Lei 6.830/80).

A intervenção será requerida em qualquer das Varas da Fazenda Pública do Distrito Federal, ou da sede ou domicílio do executado, à escolha do CADE (Lei 8.884/94, art. 64).

Tal prerrogativa de escolha do foro ao talante da autarquia mostra-se inconstitucional, na medida em que ofende o princípio da igualdade entre as partes e descumpre as regras sobre competência estabelecidas na Constituição Federal e no Código de Processo Civil, aplicado subsidiariamente aos processos administrativos e judiciais previstos nesta lei sob análise, conforme seu art. 83.

O Juízo competente deverá ser o da sede da empresa incriminada, nos termos do art. 100, IV, *a*, do CPC, *c/c* o § 1.º, do art. 109 da Magna Carta, ao dispor que “as causas em que a União for autora serão aforadas na seção judiciária (da Justiça Federal) onde tiver domicílio a outra parte”.

A lei sob enfoque dedica um capítulo exclusivamente à intervenção judicial das empresas, “quando necessária para permitir a execução específica”, que será provisória, com prazo nunca superior a 180 dias (art. 73).

Essa intervenção é prevista como meio coercitivo ao cumprimento das decisões do CADE que impuserem penalidades às empresas.

Não tem caráter de pena autônoma, senão de meio através do qual se compõe a pessoa jurídica a dar cumprimento à verdadeira pena.

O regime de penalidades estabelecido no instituto repressivo da Lei Antitruste dimensiona penas cumulativas, de modo que, além da pena principal de multa, poderão ser impostas, em caráter cumulativo e de acessoriedade, as penalidades consistentes em:

a) publicação, em meia página e às expensas do infrator, em jornal indicado na decisão, de extrato da decisão condenatória, por 2 dias seguidos;

b) a proibição de contratar com instituições financeiras oficiais e participar de licitação;

c) a inscrição do infrator no Cadastro Nacional de Defesa do Consumidor;

d) a recomendação aos órgãos públicos competentes para a não concessão de licença de patentes ou de parcelamento de tributos federais;

e) a cisão da sociedade, transferência de controle societário, venda de ativos, cessação parcial de atividade.

A lei de regência não se mostra clara com relação ao rito procedimental a ser seguido na hipótese de ação de desapropriação de empresas, seu acervo, ações ou quotas, cisão da sociedade, transferência de controle societário, venda de outros ativos, cessação parcial de atividade etc.

Isto porque os arts. 60 a 68 dispõem sobre o processo de execução das multas e de obrigação de fazer ou não fazer, conversão da obrigação de fazer ou não fazer em perdas e danos e de indenização por perdas e danos, enquanto que os arts. 69 a 78 dispõem apenas sobre a intervenção judicial.

Ademais, o art. 60 erigiu à categoria de "título executivo extrajudicial" apenas as decisões do Plenário do CADE que cominem multa ou imponham obrigação de fazer ou não fazer.

Por consequência, a decisão do CADE que determinar a perda de bens ou patrimônio da empresa infratora não constitui título executivo extrajudicial, de modo que sua efetivação e execução,

nos termos do art. 7.º, XIII, deverá ser requerida previamente ao Poder Judiciário, em ação de conhecimento de natureza condenatória, de rito ordinário, ficando suspensa a decisão administrativa, até o julgamento da causa.

Dessarte, a tutela específica visando a obtenção do resultado prático correspondente e por antecipação a que alude o art. 62, § 1.º, não tem aplicação às decisões que imponham essa perda de bens, só valendo naquelas hipóteses em que a autarquia tenha constituído o título executivo extrajudicial.

Como antes observado, as multas aplicadas pelo CADE serão cobradas através de execução fiscal, a ser ajuizada pelos Procuradores da República, junto às Varas Federais privativas (onde houver), ou aquela com competência cumulativa, segundo a regra de competência acima esclarecida.

Segundo nos parece, formando a decisão do CADE, com trânsito em julgado, título executivo extrajudicial, inexistência a inscrição do débito em dívida ativa, como pressuposto ou condição da ação de execução, tendo em vista que a multa pecuniária, *in casu*, não tem natureza tributária.

6. CONCLUSÃO

Cabe concluir com a advertência de que as leis econômicas, prevendo a repressão dos crimes contra a ordem tributária, econômica, financeira; contra as relações de consumo e contra à economia popular, necessitam de revisão, de modo a que tenhamos um único estatuto, coerente, coeso e harmônico.

Deste mesmo estatuto deveriam constar as disposições de natureza extrapenal, prevendo a responsabilidade civil e administrativa das pessoas físicas (diretores, gerentes e administradores) e jurídicas (empresas, sociedades comerciais, grupos econômicos etc.), como instrumento adicional de intervenção nas relações eco-

nômicas, de modo a disciplinar o mercado, monitorar a distribuição e o abastecimento, impor regras às empresas e sociedades, impedir a formação de grupos cartelizados, monopolizados, os trustes, a dominação dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros, através dos mecanismos decorrentes do uso do poder de polícia da Administração Pública.

Tal como a matéria está hoje disciplinada não se vislumbra possibilidade de êxito, nem de obediência às regras em vigor, até porque inexiste segurança jurídica quanto àquelas que efetivamente se encontram vigendo, ou quanto à sua eficácia.

Cobra-se, ainda, maior eficiência e organização dos órgãos governamentais encarregados da fiscalização, punição e aplicação das leis coibidoras de tais práticas.

Porém, perdeu-se a oportunidade de aprimorar as instituições jurídicas, considerando que, ao apreciar e promulgar a recente Lei 8.884/94, objeto deste estudo, o legislador infraconstitucional e o Poder Executivo poderiam e deveriam ter alargado o horizonte de seus estudos e meditação, para lograr a condensação e coesão de todos os institutos mencionados num só estatuto, consolidando toda a matéria que pertine ao Direito Econômico, quer no que se refere ao aspecto penal, como extrapenal, abarcando as questões econômicas sob os enfoques tributário, do abuso à ordem econômica, das relações de consumo, da distribuição de combustíveis, da ordem financeira, da economia popular, da defesa dos consumidores e outros.

Tal como as leis estão postas em vigência não há como obter eficiência no combate aos abusos e desmandos econômicos, posto que esses dispositivos continuam desarmonizados, contraditórios, colidentes e ineficientes ao alcance do desiderato colimado pela Constituição que nos rege.

BIBLIOGRAFIA

- BARBOSA, Joaquim Simões. "Riscos da atividade empresarial no âmbito penal", *RDM* 91/42.
- CAETANO, Marcelo. *Princípios de Derecho Administrativo*, 1949.
- CALAMANDREI. *Istituzioni di diritto processuale civile*, Parte Seconda, 1944.
- CANOTILHO, Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*, 1982.
- CARVALHOSA, Modesto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1969*, RT, S. Paulo, 1972.
- COSTA, Adroaldo Mesquita da. "Parecer" in *Revista de Direito Econômico* 1/26 e *RDA* 78/398.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. "Venda casada de bens e serviços, contrato de franquia e a legislação brasileira de defesa da concorrência", *Arquivo do Ministério da Justiça*, Brasília, 44/31, jan.-jun./91.
- FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga, FRANCESCHINI, José Luiz Vicente A. *Poder Econômico: Exercício e Abuso*, RT, S. Paulo, 1985.
- MANCEBO, Pécio, "A Lei Antitruste", in *Boletim do IBCCrim* 31, ano 3, jul./95.
- MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Processual Penal*, Saraiva, S. Paulo, 1980.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, RT, S. Paulo, 8.^a ed.
- MIRANDA, Pontes de. *Poder Econômico: Exercício e Abuso*, RT, S. Paulo, 1985, p. 481.
- NONATO, Orosimbo. *Poder Econômico: Exercício e Abuso*, RT, S. Paulo, 1985, p. 486.
- NORONHA, Raymundo N. B. In "Pareceres", *RDP* 93/102.
- OLIVEIRA, Edmundo. "Mecanismos penais para controle dos crimes contra a Administração Pública e do abuso de poder econômico no Direito Brasileiro", *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, RT, S. Paulo, ano 1, jan.-mar./93.
- ROSSI, P. In José Frederico Marques, *Tratado de Direito Processual Penal*, Saraiva, S. Paulo, 1980.
- STOCO, Rui. *Procedimento Administrativo Disciplinar no Poder Judiciário*, pub. da Escola Paulista da Magistratura, S. Paulo, 1995.

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 económico 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. Dentre 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 of 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 (Edelherzt 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 diferencial”.

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

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

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”.

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 turbacão do delito e o anonimato do delinqüente, 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 "volatilização 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 verdades: 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 conseqüências 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”?

3 — PARECERES

SIGILO BANCÁRIO — QUEBRA — REQUISIÇÕES DA RECEITA FEDERAL E DO MINISTÉRIO PÚBLICO

JOSÉ CARLOS DIAS

Advogado em São Paulo

1. As questões apresentadas se revestem de maior importância, porque objetivam tutelar o direito ao sigilo bancário que assiste aos cidadãos e, ao mesmo tempo, garantir que o fervor na defesa de tal direito não venha a constituir crime de desobediência à autoridade que pretende desvendá-lo.

Acentue-se que o cumprimento de solicitação descabida para revelação de informações agasalhadas pelo segredo, podem vir a constituir delito de violação de sigilo bancário, estabelecido no nosso ordenamento jurídico. Daí a oportuníssima inquietação que inspira a consulta, a demonstrar o zelo do consultante no respeito à lei e aos direitos de seus clientes. Muitas vezes, efetivamente, a instituição financeira se posiciona perante um impasse, numa situação de perigo realmente pendular, entre o crime de desobediência e o de violação de sigilo bancário, além dos gravames éticos e de imagem que a entrega de informações acarreta à instituição financeira.

2. A leitura do art. 38 da Lei 4.595/64 conduz à exegese segundo a qual instituições financeiras estão obrigadas a fornecer dados de seus clientes, revestidos pelo sigilo bancário, ao Poder Judiciário, às Comissões Parlamentares de Inquérito e aos agentes fiscais, quando houver, nesta última hipótese, processo instaurado.

A consulta foi estimulada pelo acórdão da lavra do Min. Demócrito Rei-

nado nos autos do Resp. 37.566-5/RS. Após minuciosa análise da matéria, com interpretação integrada e sistemática dos arts. 38, § 5.º, da Lei 5.495/64 e 197, II, parágrafo único, do CTN, diante do art. 192 da CF/88, o recurso veio a ser improvido, fundamentando-se a decisão na impossibilidade da quebra do sigilo bancário com base em procedimento administrativo-fiscal.

Como o consultante e outras instituições financeiras continuam a receber ofícios da Receita Federal e do Ministério Público, com ameaças de instauração de inquérito policial ou mesmo de ação penal, com fundamento no art. 330 do CP, que define o crime de desobediência, além de multa pecuniária, são absolutamente pertinentes e oportunas as questões que a seguir serão respondidas.

3. Enfrentamos a discussão acerca da legalidade dos ofícios enviados pela Receita Federal, ou ainda, por órgãos do Ministério Público.

O sigilo bancário é uma extensão da proteção da privacidade a que têm direito os cidadãos, direito este assegurado na Constituição Federal, em seu Tít. II, Cap. I, que estabelece os direitos e deveres individuais e coletivos. Se assim é, claro está que é inadmissível outra interpretação que não seja rigorosamente restritiva. Impossível cogitar-se de exegese que induza ou tolere interpretação extensiva de qualquer artigo de lei, que tenha por finalidade violar as prerrogativas da cidadania.

A Constituição em todos os artigos em que admite a invasão da privacidade do cidadão, em nome do interesse maior da sociedade, estatui a obrigação da existência de ordem judicial, afora a hipótese em que o sigilo pode ser quebrado por deliberação das Comissões Parlamentares de Inquérito.

Como decidido no acórdão acima citado e em vários outros, todos eles lastreados nos mesmos fundamentos, as instituições financeiras somente estarão obrigadas a fornecer, documentos e informações sobre seus clientes, protegidos pelo sigilo bancário ao Poder Judiciário e às Comissões Parlamentares de Inquérito.

Essa é a melhor interpretação doutrinária e jurisprudencial, tendo-se em vista a interpretação sistemática do disposto no art. 192 da CF, em vista do art. 38 da Lei 4.595/64 e do art. 26, II, § 2.º, da Lei 8.625/93.

Estabelece o art. 192 da CF: “O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, será regulado em *lei complementar*...” (grifo nosso).

O art. 38 da Lei 4.595/64, diz:

“As instituições financeiras conservam sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados.

§ 1.º. As informações e esclarecimentos ordenados pelo *Poder Judiciário*, prestados pelo Banco Central do Brasil ou pelas instituições financeiras, e a exibição de livros e documentos em Juízo, se revestirão sempre do mesmo caráter sigiloso, só podendo a eles ter acesso as partes legítimas na causa, que deles não poderão servir-se para fins estranhos à mesma” (grifo nosso).

Cotejamos tais dispositivos com o art. 26 da Lei 8.625/93:

“No exercício de suas funções, o Ministério Público poderá:

II — requisitar informações e documentos a entidades privadas, para ins-

truir procedimentos ou processo em que officie;

§ 2.º. O membro do Ministério Público será responsável pelo uso indevido das informações e documentos que requisitar, inclusive nas hipóteses legais de sigilo.”

Deste modo, cabe-nos analisar se a Lei 8.625/93 derogou o princípio contido no art. 38 da Lei 4.595/64.

Como salientado em diversos acórdãos, a Constituição Federal, ao estatuir que o sistema financeiro nacional será regulado em lei complementar, recepcionou a Lei 4.595/64 como lei complementar, por ser a que disciplina tal sistema. Não tendo, por outro lado, a Lei 8.625 estatua de Lei complementar, obviamente não pode revogar princípios estabelecidos na Lei 4.595.

Estes são os ensinamentos do constitucionalista Celso Ribeiro Bastos ao analisar o art. 192 da CF, em *Comentários à Constituição do Brasil*, 7.º/358: “O presente artigo estipula que o sistema financeiro nacional será regulado em lei complementar. Na verdade já existe o referido sistema disciplinado pela Lei 4.595/64, que passa a vigorar com força de lei complementar. Não é que a referida lei se converta em norma dessa categoria. O que acontece é que, não podendo a matéria atinente ao sistema financeiro, ser disciplinada senão por lei complementar, a normatividade anterior, nada obstante não constar dessa natureza, só pode ser modificada por preceito dessa categoria legislativa. Daí a sua eficácia ser de lei complementar e poder falar-se em consequência, que a Lei 4.595/64 tem força de lei complementar”.

A Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (8.625/93), editada pois, sob a égide da nova Constituição, que deu ao Ministério Público poderes e prerrogativas de grande alcance (arts. 127 e ss. da CF), não ousou pretender derogar o que dispõe a Lei 4.595/64,

pois sendo lei ordinária não pode alterar a vigência de um preceito consagrado em lei complementar.

Portanto, para que se possa fornecer informações requeridas pelo *parquet*, devem estas ser determinadas por ordem judicial fundamentada, sob o risco de se estarem ultrapassando os limites das garantias individuais asseguradas na Lei Maior.

O mesmo raciocínio lastreia a afirmação de que o art. 29 da Lei 7.492/86, que define os crimes contra o sistema financeiro nacional, lei de caráter ordinário, não pode ser invocado para que o Ministério Público desvende os segredos bancários, somente podendo atingir tal intento se pedir ao Poder Judiciário e tiver deferido sua pretensão. Aliás tal dispositivo objetiva dar ao Ministério Público poderes para solicitar informações de autoridades, não de particulares, para os efeitos exclusivos do mencionado diploma legal:

“O órgão do Ministério Público Federal, sempre que lugar necessário, poderá requisitar, a qualquer autoridade, informação, documento ou diligência relativa à prova dos crimes previstos nesta lei.

Parágrafo único. O sigilo dos serviços e operações financeiras não pode ser invocado como óbice ao atendimento da requisição prevista no *caput* deste artigo.”

Se nem mesmo ao Ministério Público compete requisitar informações que estejam protegidas pelo sigilo bancário, muito menos, tem a Receita Federal poderes para intrometer-se tão diretamente na vida privada dos cidadãos.

Aqui, cabe ressaltar trecho da decisão proferida no REsp. 37.566-5/RS, já referido, após análise e interpretação dos arts. 38, § 5.º da Lei 4.595/64 e 197, II e parágrafo único do CTN: “Segundo entendo, a exegese integrada do art. 197, II e parágrafo único do CTN, concede à autoridade fiscal o poder de solicitar as informações que reputa necessária à

instrução ou apuração de débito tributário, desde que as mesmas não se abriguem sob o manto inviolável do sigilo bancário”.

Noutras palavras: “devem as instituições financeiras atender à solicitação do Fisco, cumprindo-lhe, porém, negar-se a fornecer qualquer espécie de notícia ou documentação pertinente à movimentação ativa e passiva do correntista/contribuinte, bem como dos serviços a ele prestados (art. 38, *caput*, da Lei 4.595/64)”. Somente lastreada em ordem judicial pode a Secretaria da Receita Federal solicitar tais informações.

Este foi o entendimento ressaltado no acórdão relatado pelo Min. Demócrito Reinaldo, já anteriormente citado, segundo o qual a interpretação integrada do art. 38, da Lei 4.595/64 com o art. 197 do CTN, leva à conclusão de que a expressão processo instaurado, ali contida, refere-se ao processo judicial instaurado e não pode ser interpretado como processo administrativo-fiscal, considerando-se a expressão autoridade, como aquela revestida de funções jurisdicionais.

Tal exegese levou a FEBRABAM a enviar aos seus Bancos filiados a carta-circular BG40345, no dia 25.5.94, na qual, após fazer menção às providências tomadas junto às autoridades no plano federal e estadual adotadas, “recomendou aos bancos associados só entregarem tais informações se houver autorização judicial, dando cobertura nos termos do acórdão do STJ, divulgado em nosso expediente anterior sobre o tema”.

Pelo todo exposto, deve essa instituição financeira se recusar a dar informações que invadam os limites assegurados constitucionalmente pelo sigilo bancário, tanto ao Ministério Público, quanto à Receita federal, sem que o pedido esteja respaldado em ordem judicial, sob pena de incorrerem seus dirigentes e prepostos, nas penas do art. 38, § 7.º, da Lei 4.595/64.

4. A segunda questão que foi posta para nossa meditação, se refere à possibilidade de se impetrarem medidas preventivas para obstar problemas de natureza penal, já que a receita tem reiterado tais pedidos de informações, nos quais ameaça esse banco, como de hábito age contra outras instituições financeiras, de envio de representação ao Ministério Público para que disso resulte procedimento de natureza penal, por crime de desobediência, além da aplicação de multa pecuniária. Em caso positivo, nos foi pedido, que indicássemos quais seriam os órgãos competentes para conhecer de tais medidas.

Diante da natureza das requisições, caso sejam enviadas por órgão do Ministério Público ou por agentes fiscais, ressaltamos dois procedimentos legais, que podem ser adotados por essa instituição financeira:

Como o Ministério Público é o titular da ação penal, pode ordenar à autoridade policial a instauração de inquérito policial. Tal preceito está contido no art. 5.º, II, do CPP: “Nos crimes de ação pública o *inquérito policial* será iniciado mediante *ofício* da autoridade judiciária ou do *Ministério Público*, ou do ofendido ou de quem tenha qualidade para representá-lo (grifos nossos)”.

E ainda, prevendo o mesmo diploma legal, que o inquérito policial não é imprescindível, pode o Ministério Público, munido de elementos suficientes, quanto à autoria e materialidade delituitosa, oferecer denúncia sem anterior instauração de procedimento investigatório. Assim, é que devem ser analisadas, diferentemente, as requisições encaminhadas por este órgão daquelas enviadas pela Receita Federal.

Assim, se o Ministério Público ameaça processar qualquer indivíduo, por determinado crime de ação pública, como é o caso do crime de desobediência, sendo ele o titular exclusivo do direito de ação, por tratar-se o crime em

tese de crime de ação pública (art. 129 da CF), clara está a caracterização do constrangimento ilegal imposto, justificando-se a interposição de *habeas corpus*, por manifesta falta de justa causa para a ação penal, calcada em imputação de fato absolutamente atípico.

Atípico por quê? Porque o delito de desobediência vem assim definido no art. 330 do CP: “Desobedecer a ordem legal de funcionário público”.

É, pois necessária a competência funcional do ordenante para que se caracterize o delito, como indispensável que a ordem seja calcada na lei.

Como o Ministério Público, tem foro privilegiado, a medida preventiva sugerida, *habeas corpus*, deve ser interposta perante Órgão Judiciário de 2.ª Instância, se seu representante atuar em 1.º grau de jurisdição, ou então perante o órgão competente para julgar seus representantes, caso atue em outro grau de jurisdição.

No entanto, não entendemos que essa medida possa ser anterior a uma representação em concreto, porque a ameaça em si é que constitui o constrangimento ilegal.

Outra razão para que o *habeas corpus* preventivo seja interposto em virtude de uma ameaça em concreto é que, embora o Ministério Público seja uma instituição permanente, seus representantes têm independência funcional, assegurada pelo art. 127, § 1.º da Lei Maior. Se, cada um de seus membros pode ter condutas diferentes diante de uma mesma situação, não se pode interpor uma medida preventiva que vise determinar que todos os seus representantes ajam de uma mesma forma.

Objetivando tornar ineficaz representação da Receita ao Ministério Público, entendemos que o remédio é o mandado de segurança.

Sendo a Receita Federal, órgão do Poder Executivo, seus agentes são autoridade pública, portanto, contra seus

atos abusivos, caberá Mandado de Segurança (art. 5.º, LXIX da CF).

Parece-nos oportuno, ainda, salientar que entendendo, pela instituição financeira, ser abusiva a ordem, já que absolutamente desmotivada ou arbitrária, mesmo que emanada de autoridade competente (Poder Judiciário ou CPI), não pode ser desacetada. Sendo no entanto passível de reexame pelo Poder Judiciário, através de urgente medida de natureza processual civil ou criminal, com o objetivo de se evitar a irreparabilidade do dano causado pela revelação dos dados mantidos sob reserva.

5. Quanto ao item *c* da consulta, que versa sobre a hipótese de o Ministério Público requisitar a instauração de inquérito policial ou propor, de plano, ação penal, parece-nos que a solução já foi aventada quando nos manifestamos

sobre o cabimento do *habeas corpus*, por falta de justa causa, cabendo, apenas salientar, apesar de óbvio que se a ação penal já tiver sido proposta, o recebimento da denúncia fixa a autoridade judiciária receptora da inicial como a autoridade coatora.

6. Em relação à pergunta formulada no item *d* da carta-consulta, à primeira vista, não nos parece adequado que sejam consignadas as informações confidenciais em Juízo, isto porque, além de tal expediente carecer de previsão legal, as informações, protegidas pelo segredo bancário, não podem ser violadas, ainda que seja o Poder Judiciário competente para requisitá-las. No entanto, não é de ser descartada a hipótese em caso extremo, dentro de circunstâncias especialíssimas que precisariam ser examinadas.