

O DIREITO PENAL E SUA INTERVENÇÃO NO MODELO SÓCIO – ECONÔMICO: DIREITO COMPARADO BRASIL E ESPANHA

DINEIA LARGO ANZILIERO¹, ANDRÉ LUIZ CALLEGARI²

RESUMO

O trabalho visa estudar os delitos econômicos e a eficácia da atuação do Estado no combate a esse tipo de criminalidade. Nesse âmbito, torna-se necessária a proposta de criação, pelo legislador, de novos tipos penais que alcancem a criminalidade econômica sem ferir os direitos fundamentais e os princípios do direito penal, bem como reforçada a eficácia das leis vigentes e o estudo do bem jurídico protegido contra esse tipo de criminalidade. Não há um prévio estudo das garantias fundamentais do cidadão, como ocorre nas leis contra o sistema financeiro, crimes contra ordem tributária, sonegação fiscal, apropriação indébita previdenciária e a lavagem de dinheiro. Falta um estudo sistematizado que procure selecionar as condutas que devem ser tipificadas. Há uma preocupação geral com a criação de novos tipos penais com penas elevadas, com a séria crença de que se resolverá o problema da criminalidade econômica crescente, esquecendo-se que a prevenção geral nunca foi eficaz no combate à criminalidade. O projeto desse trabalho propõe um estudo de direito comparado com a legislação espanhola, referente aos crimes econômicos, soluções adotadas, condutas que devem ser tipificadas pelo legislador, garantias processuais que devem ser dadas ao acusado e a eficácia da pena dos delitos econômicos.

Palavras-chave: direito penal, direito penal econômico, delitos econômicos, crimes contra o sistema financeiro

¹Acadêmica do Curso de Direito – Bolsista do PROICT/ULBRA

²Professor - orientador do Curso de Direito/ULBRA

ABSTRACT

The work seeks to study the economic crimes and the effectiveness of the performance of the State in the combat to this crime rate type. In this ambit, it becomes necessary the creation proposal, for the legislator, of new penal types that reach the economic crime rate without hurting the fundamental rights and the beginnings of the penal right, well as reinforced the effectiveness of the effective laws and the study of the very juridical protected against that crime rate type. There is not a previous study of the citizen's fundamental warranties, as it happens in the laws against the financial system, crimes against tributary order, fiscal defraudment, appropriation undue foresight and the wash of money. It lacks a systematized study that tries to select the conducts that should be typified. There is a general concern with the creation of new penal types with high featherses, with the serious faith that the will be solved problem of the growing economic crime rate, forgetting that the prevention general it was never effective in the combat to the crime rate. The project of this work proposes a law study compared with the Spanish legislation, regarding the economic crimes, adopted solutions, conducts that should be typified for the legislator, trial warranties that should be given to the accused and the effectiveness of the feather of the economic crimes.

Key Words: *Criminal law, economic criminal law, economic delict, crimes against the financial system*

INTRODUÇÃO

A existência de um direito penal especial, dentro do estudo do direito econômico, destinado à instrumentalização, mediante ordenação jurídica da política econômica do Estado³, decorre do fato de que este não dispõe de mecanismos e sanções aptos a inibir ou reprimir lesões mais graves à ordem econômica, instrumento de desenvolvimento e bem – estar geral. Através da criminalização de certas condutas, tidas como graves por afetarem bens e direitos relevantes, temos um número indeterminado de pessoas que são destinatárias da atividade econômica, assim como as empresas e seus interesses, e, por isso devem ser protegidas contra atividades fraudulentas e especulativas⁴. Devemos levar em

conta a crise pela qual está passando o direito penal comum, não sendo eficaz no controle à criminalidade crescente. A pena restritiva de liberdade não ressocializa o preso, que volta a delinquir, em constante conflito, Estado versus cidadão. Depara-se com um Código Penal que em alguns casos teria grande eficácia caso fossem respeitadas as leis e as suas medidas alternativas como é o caso da pena restritiva de direitos e do Sursis.

Sendo assim, a doutrina preconiza que o Estado siga a postura da “intervenção mínima”, reservando-se o direito penal a situações extremas, despenalizando-se pequenos crimes ou, ao menos, substituindo-se a pena privativa de liberdade por multas e/ou penas restritivas de direito. Isso tornaria o direito penal efetivo⁵, e deixaria as medidas mais severas para os delitos que realmente as necessitem.

³ GRAU, Eros Roberto. “ A Ordem Econômica na Constituição de 1988 – Interpretação e Crítica”, p. 168, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1990.

⁴ SOUTO, Marcos Juruena Vilela. “Crimes de Abuso do Poder Econômico”, pág.79-88, Revista Forense vol.321.

⁵ Idem.

Então o surgimento do direito penal econômico onde “ o enquadramento das infrações econômicas num direito penal, especialmente determinado, supõe ainda a elaboração de um tipo de direito de mera ordenação social, no qual se enquadrem algumas dessas infrações. Do mesmo modo cabe à criminologia procurar se não as causas, pelo menos a interação dos vários elementos que tornam possível compreender este tipo de criminalidade”⁶. Surgindo, tal direito, de forma excepcional e facilitando a catalogação de crimes contra a economia, de novos métodos de controle que sejam eficazes e que consigam obter resultados positivos.

Importante estudar e ter como exemplo alguns ensinamentos da doutrina espanhola que ensina: “ La criminalización de la infracción tributaria puede responder a dos planteamientos diferentes: puede ser el fruto de la convicción de que se há logrado un sistema fiscal, dentro de lo que cabe, justo, merecedor del respeto de todos y de que, por tanto, la infracción tributaria resulta intolerable, o puede ser el producto de la comprobación estadística de que casi todo el mundo defrauda y que, por consiguiente, es preciso desencadenar el terror penal para que la gente satisfaga los tributos.

El primer planteamiento parece acertado. El segundo inadmisibile, porque pretende usar la pena criminal, con fines meramente utilitaristas para encubrir en definitivo un fracaso del propio sistema fiscal.”⁷.

⁶ CORREIA, Eduardo. Introdução ao Direito penal Econômico. Direito Penal Econômico e Europeu: textos doutrinários. Volume 1. Problemas gerais. Instituto de Direito Penal Econômico e Europeu. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra editora, P. 318.

⁷ GONZALO, Rodríguez Mourullo, *Presente y futuro del delito fiscal*, Civitas, Madrid, 1974, pp. 24-25.

O que nos faz admitir que a criminalização frequente e acelerada de todos os inadimplementos de obrigações tributárias, fiscais, não melhora eternamente essa condição,mas sim, intimida num primeiro momento e depois torna-se suportável por parte dos infratores que acabam “se acostumando a serem réus e conhecendo as armas que podem utilizar nas disputas com o Estado repressor, de sorte que aquele efeito intimidativo vai ficando amortecido”⁸, assim, fica cada vez mais fácil para o infrator estudar e testar novas técnicas deste crime, e mais difícil para o Estado que tudo quer criminalizar e acaba por não acompanhar novos crimes a cada instante.

Com o passar dos anos, houve um revolucionário desenvolvimento tecnológico, impedindo que muitas vezes a legislação penal, através dos tipos previamente elaborados, acompanhasse a conduta humana, fato que gerou a elaboração de leis esparsas, muitas vezes elaboradas rapidamente pelo legislador, porém, sem um prévio estudo das próprias garantias fundamentais do cidadão (v.g. lei dos crimes contra o sistema financeiro, crimes contra ordem tributária, sonegação fiscal, apropriação indébita previdenciária). Não há um estudo sistematizado que procure selecionar as condutas que devem ser tipificadas. Há uma preocupação geral com a criação de novos tipos penais com penas elevadas, com a séria crença de que se resolverá o problema da criminalidade econômica crescente, esquecendo-se de que, como vimos no exemplo da doutrina espanhola “ el terror penal” de nada adianta sem um sistema eficaz.

⁸ MACHADO, Hugo de Brito. Crimes Contra Ordem Tributária: textos, nova série – n.1, Ed. Revista dos Tribunais: Centro de Extensão Universitária, 1995, pág. 111 –113.

Estamos diante de uma nova era, de um direito penal da globalização, da sociedade pós-industrial, onde as informações chegam rápido e quem tem acesso a elas tem acesso ao poder, ao novo, ao grande.

A sociedade, dinâmica e veloz, vê diante de si fenômenos imprevisíveis, complicados, em que as decisões humanas apresentam um grande risco, “fazem mesmo perigar a própria continuação (pelo menos tal qual a conhecemos) da vida do nosso planeta.”⁹ E isso poderia ameaçar toda a humanidade. Esse contexto necessita de um direito penal acelerado, qualificado, com pessoas especializadas, treinadas, constantemente atualizadas e com apoio técnico à altura. As pessoas estão exigindo mais, o Estado tem que cumprir seu papel e garantir esse passo rumo à nova era, seja avaliando o que temos e o que podemos alterar, seja nos valendo de outros países, em que está dando certo essa mudança no Código Penal, em que já está sendo praticada nova política de ordem.

A preocupação pela delinquência econômica vem, entretanto, de mais longe, e adquiriu carta da natureza na criminologia desde que ao final dos anos trinta o sociólogo norte-americano Sutherland acrescentou a expressão “White-collar-criminality”¹⁰ para descrever a delinquência característica realizada por setores econômicos mais poderosos amparados pelo poder e da realização que isso supõe. Definiu-se, assim, um crime que é cometido no âmbito da sua profissão por uma pessoa de respeitabilidade e elevado estatuto social. Passando-se com isso a analisar o crime eco-

⁹ FERNANDES, Paulo Silva. Globalização, “sociedade de risco” e o futuro do direito penal. Coimbra: Almedina, 2001, p. 15.

¹⁰Temas de Direito Penal Econômico/Organizador Roberto Podval. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.2000.Pág.193.

nômico sobre vários aspectos: a confiança, o poder, a inteligência do infrator, o cargo que ele exerce, enfim, uma série de fatores que tornaram possível a concretização desses delitos juntamente com a qualificação que exigem e que o Estado nem sempre está estruturado para enfrentar, investigar e aplicar a lei.

Percorremos então o caminho da igualdade, nosso princípio constitucional, questionando-se sobre a justiça e as desigualdades, sobre as injustiças, como Braithwaite notou, “ se o crime dos poderosos se explica por alguns terem demasiado poder e riqueza e se os crimes comuns se explicam pelo fato de outros terem muito pouca riqueza e poder, uma redistribuição da riqueza e poder diminuirá o crime.”¹¹. Assim ficamos na dúvida se uma igualdade social não andaria de mãos dadas com uma igualdade na aplicação da justiça. Mas não devemos abandonar a idéia de lutar por uma igualdade e tornar nossa sociedade mais justa, talvez seja a solução para boa parte dos crimes de natureza econômica.

Enquanto não definimos o paradigma das igualdades e desigualdades, saliente-se que a reforma produzida no Código Penal Espanhol em 1995 conseguiu sistematizar, na parte especial, os delitos de repercussão econômica, demonstrando, assim, a necessidade de uma melhor tipificação e sistematização desses delitos.

Neste sentido, Sánchez afirma que “ é evidente que não será apenas a criação de novos tipos penais com tratamento uniforme, acolhidos num título próprio da Parte Especial do Código Penal que irá prevenir a criminalidade econômica e suas manifestações. O que conta é que o

¹¹CF.Braithwaite, “ ” Poverty, power and whithe-collar crime”, in White – Collar crime reconsidered, cit.,p.90.

direito penal não pode ser usado como instrumento de uma política interna, mas uma vez definido o bem jurídico tutelado de conteúdo econômico supra-individual, a lesão ao mesmo deverá implicar uma efetiva aplicação das normas penais, evitando que o controle penal esteja direcionado a determinados estamentos sociais.”¹²

O Estado deve sim intervir na economia, “controlando-a e corrigindo seus excessos”¹³, para que ocorra uma distribuição mais justa e então o Código Penal terá uma base mais sólida na aplicação da lei, haverá uma definição de sua intervenção, um limite, para que o direito penal não descaracterize sua condição de *ultima ratio legis*. Pois o direito penal e sua proteção aos bens jurídicos clássicos não pode “converter-se num Direito penal meramente funcionalista, orientado exclusivamente à finalidade de lograr uma defesa da sociedade o mais eficaz possível diante dos riscos derivados das disfunções do moderno sistema social”¹⁴. É preciso ter cuidado para não descaracterizar o direito penal.

De fato, não precisamos excluir os tipos de vez do âmbito penal, mas encontrar uma maneira de aí inseri-los, nesse sentido W. Hassemer, “... as infrações concernentes a estes novos bens jurídicos (no caso por exemplo, a ordem econômica) poderiam ser reguladas pelo “Direito da Intervenção” que teria que ser configurado como um di-

reito sancionador situado a meio caminho entre o Direito Penal e o Direito de contravenções ou de infrações de ordem, entre o Direito Público e o Direito Civil. Este direito da Intervenção se caracterizaria por conter garantias e procedimentos menos rigorosos e exigentes que os que acompanham o direito penal e disporia de sanções de menor gravidade que este último, ou seja, menos lesivas para os Direitos Individuais”¹⁵, é um posicionamento que pode ser analisado a longo prazo e que seria extraordinário, por ora o nosso sistema carece de uma delimitação e sistematização dos delitos econômicos, visto que não há uma regulamentação jurídica unitária na esfera penal no Brasil.

O legislador optou por criar leis penais isoladas, visando, na elaboração desses leis, que visam a proteção de bens jurídicos diversos, mas relacionados com a ordem econômica (delitos previdenciários, delitos fiscais, sonegação de impostos e tributos estaduais e federais etc.), o que dificulta e muito o acesso a essas leis por exemplo, por pessoas que não atuam na área do

¹²SÁNCHEZ, Rodrigo Rios. “Reflexões Sobre o Delito Econômico e a sua Delimitação”, Doutrina Penal – Primeira Seção, RT-775 - maio de 2000-89º. Ano.

¹³CONDE MUÑOZ, Francisco. “ Principios policriminales que inspiram el tratamiento de los delitos contra el orden socioeconómica en el proyecto de Código penal de 1994”. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: Ed.RT,n.11, julho-setembro, 1995.p.9.O

¹⁴MARTINEZ-BUJAN, Carlos Pérez, Derecho penal económico,p.22.

¹⁵HASSEMER, Winfried.Kennzeichen und Krisen des modernen strafrechts, em ZRP, 1992.p.383.Trad. espanhola por F. Muñoz Conde. Cfr. A versão em espanhol: Viejo y nuevo derecho penal, 1995.Nuestra obra, Hassemer aprofunda a distinção entre o direito penal “clássico” – vinculado a tutela de bem jurídicos individuais e coletivos. Estes últimos serão funcionais às exigências individuais – e o Direito penal “novo” vinculado com interesses meramente funcionais. Neste caso, a técnica de tipificação estaria voltada para os tipos de perigo, talvez por ser inevitável que o Estado tutele de qualquer forma a eficácia da própria atividade em setores como o meio ambiente, a saúde, o mercado etc. Para o professor da Universidade de Frankfurt a atuação normativa aos interesses funcionais coletivos deveria ser dada pelo meio especial do “ Interventionsrecht”, que estaria a meio caminho do direito penal e do direito das infrações administrativas, menos garantidor sobre o plano substancial e processual, mas em compensação estaria dotado de instrumentos sancionadores menos afilivos.Cf. Gabriele Fornasari, op. Cit., p. 141, nota 17.

Direito. Inclusive nas Universidades, quase não se estudam leis esparsas, estuda-se o Código Penal. O estudo dessas leis esparsas aprofundaria o conhecimento destas tornando-as mais freqüentemente discutidas e utilizadas pelos atuais e futuros operadores do direito.

Em regra, a tutela e a proteção de bens e de interesses devem ficar a cargo de outros ramos do Direito. Ao Direito Penal ficariam reservados aqueles de maior magnitude ou aqueles em relação aos quais as normas de natureza diversa se mostrarem insuficientes para a salvaguarda de situações 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 a descriminação daquelas que não correspondem às necessidades de proteção de certos direitos, pela aceitação social daquilo que já representara uma violação dos mesmos, “se o mecanismo penal, com sua pesada máquina punitiva, fosse destinado a solucionar todos os atritos ou desvios de conduta, o convívio social seria sufocante, insuportável mesmo”¹⁶, porque teríamos então que apelar, em todas as situações, para o direito penal, para tudo seria necessário uma sanção, o que acarretaria uma falência ainda maior da instituição Direito Penal.

Neste sentido, preconiza Franco, “ Num Estado Democrático de Direito, a intervenção penal não pode Ter uma dimensão expansionista: deve ser necessariamente mínima, expressando, apenas e exclusivamente, a idéia de proteção de

bens jurídicos vitais para a livre e plena realização da personalidade de cada ser humano e para a organização, conservação e desenvolvimento da comunidade social em que está inserido”¹⁷.

Sob o prisma da prevenção geral e da prevenção especial considera-se hoje duvidoso e muito o valor das sanções penais . Medidas administrativas ou mesmo judiciais de natureza civil, com o cunho patrimonial ou de sanções econômicas, à evidência, dariam um maior e mais eficiente amparo a inúmeros bens e interesses relevantes, produzindo o desejado efeito intimidativo, deixando o Direito Penal somente para os casos relevantes e extremos.

MATERIAL E MÉTODOS

Os materiais e métodos aqui utilizados foram a análise da legislação, jurisprudência, doutrina nacional e estrangeira, bem como textos diversos extraídos de revistas jurídicas, jornais e sinopses abaixo citados.

RESULTADOS PARCIAIS

Com isso, pudemos constatar a revisão de conceitos e práticas superadas, desvinculados de uma nova realidade jurídica e social que estabeleceu um paradigma constitucional – garantista, principalmente no que tange aos direitos fundamentais.

Também observamos com êxito a intervenção do direito penal como regulador de conflitos soci-

¹⁶FRANCO, Alberto Silva. “Do princípio da Intervenção Mínima ao Princípio da Máxima Intervenção. Doutrina Jurídica – Ver. Justiça e Democracia – p. 166-253.

¹⁷Id. Ibidem.

ais, principalmente nos casos em que falham outros ramos do direito ou que ocorre pressão política para aprovação de reformas legislativas que desprezam as garantias constitucionais existentes.

DISCUSSÃO

A doutrina penal atualmente encontra dificuldades na delimitação e sistematização dos delitos econômicos, visto que não uma regulamentação jurídica unitária na esfera penal no Brasil. O legislador optou por criar tipos penais isolados, visando, na elaboração desses tipos, a proteção de bens jurídicos diversos relacionados com a ordem econômica.

A preocupação de nosso trabalho e pesquisa é no sentido de que, ao contrário do que hoje existe no Brasil, não se utilize o Direito Penal para ameaçar o contribuinte quando há, na verdade, uma falha nos sistemas eficazes de cobrança e arrecadação pelas vias ordinárias. Então, passaríamos a intimidação através da pena, que se discute na teoria e na prática.

A discussão que comporta este tema, é no sentido de tornar eficaz no Brasil, como já é efi-

caz na Espanha, as penas alternativas. Inserir na parte especial do Código Penal brasileiro, os delitos econômicos que estão tipificados em leis esparsas, organizando-os de maneira clara e concisa assim como está no Código Penal Espanhol que vem obtendo muitos êxitos neste sentido com reconhecimento internacional.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste estudo, comparamos o direito com a legislação espanhola referente aos crimes econômicos, soluções e condutas que devem ser tipificadas pelo legislador, as garantias processuais que devem ser dadas ao acusado e a eficácia da pena dos delitos econômicos com o nosso direito positivo e as suas soluções e garantias que aqui são respeitadas e aplicadas no direito penal e processual penal.

A pressa do legislador culmina com a redação ineficiente de tipos penais que, por sua vez, ocasionam a sua não aplicação pelos operadores do direito, transformando-se num método ineficaz e que produz apenas uma inflação legislativa na esfera criminal.